

## Öffentliches Recht

**Standort: Verfassungsrecht**

**Problem: Zuwanderungsgesetz verfassungswidrig**

BVERFG, URTEIL VOM 18.12.2002

2 BVF 1/02 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

**Problemdarstellung:**

Mit diesem Urteil hat das BVerfG das sogen. Zuwanderungsgesetz gekippt, weil es mangels Zustimmung im Bundesrat nicht verfassungskonform zustande gekommen sei. Das Gericht gab damit den Normenkontrollanträgen von sechs Landesregierungen statt.

Im Bundesrat war es zu Tumulten gekommen, nachdem für Brandenburg zunächst Minister Ziel mit "Ja", anschließend jedoch Minister Schönbohm mit "Nein" gestimmt hatte, obwohl Art. 51 III 2 GG ausdrücklich vorsieht, dass die Stimmen eines Landes nur einheitlich abgegeben werden können. Bundesratspräsident Wowereit rückfragte daraufhin Ministerpräsident Stolpe, der "als Ministerpräsident [...] mit 'Ja' " stimmte. Anschließend stellte der Bundesratspräsident - begleitet von empörten Zwischenrufen, u.a. Schönbohms mittlerweile nicht nur unter Juristen berühmt gewordenem Satz "Sie kennen meine Auffassung, Herr Präsident" - fest, dass Brandenburg dem Gesetz zugestimmt habe. Der genaue Verlauf der Sitzung ist im nachstehenden Sachverhalt sehr ausführlich wiedergegeben, weil er für die Argumentation des BVerfG von entscheidender Bedeutung ist. Der mit dem Sachverhalt vertraute Leser mag sich sogleich der Urteilsbegründung zuwenden:

1. Das BVerfG stellt sich zunächst auf den Standpunkt, dass grds. eine sogenannte "Stimmführerschaft", nach der ein Vertreter des Bundeslandes für dieses insgesamt die Stimmen abgibt, verfassungsrechtlich unbedenklich sei. Dies gelte allerdings nur solange, wie keine Uneinigkeit über die Stimmabgabe bestehe. "Stimmführerschaft" dürfe also nicht etwa so missverstanden werden, dass ein stimmberechtigtes Bundesratsmitglied - i.d.R. der Ministerpräsident - die übrigen, abweichenden Stimmen "auf seine Seite ziehe".

2. Stimmen die ein Land repräsentierenden Mitglieder uneinheitlich ab, sei dies für sich genommen auch nicht verfassungswidrig. Art. 51 III 2 GG verbiete es lediglich, einen gespaltenen Landeswillen im Abstimmungsergebnis des Bundesrates durch Aufteilung der Stimmen des Landes zu berücksichtigen. Der Verfassungsverstoß lag also nicht darin, dass die Minister Ziel und

Schönbohm unterschiedlich abgestimmt haben, sondern darin, dass Bundesratspräsident Wowereit die Stimme Brandenburgs nach Rückfrage bei Ministerpräsident Stolpe als "Ja" gezählt hat.

3. Das BVerfG sieht i.Ü. allein schon in der Nachfrage bei Stolpe einen Verfassungsverstoß. Der Bundesratspräsident sei nur dann zur Nachfrage befugt, wenn Unklarheiten im Abstimmungsverhalten bestünden. Im konkreten Fall habe aber ein Vertreter (Ziel) eindeutig mit "Ja", ein Vertreter (Schönbohm) eindeutig mit "Nein" gestimmt. In diesem Fall hätte es dem Bundesratspräsidenten nur noch obliegen, die uneinheitliche Stimmabgabe zu protokollieren und die Stimmen des Landes Brandenburg insgesamt wie eine Enthaltung zu werten.

4. Dem Urteil sind ausführliche Sondervoten der Richterinnen Osterloh und Lübke-Wolff beigelegt, von deren Abdruck hier aus Platzgründen abgesehen werden musste. Die Richterinnen stimmen der Senatsmehrheit darin zu, dass die ursprüngliche Stimmabgabe uneinheitlich war, gehen jedoch davon aus, dass der Bundesratspräsident mit seiner Nachfrage beim Ministerpräsidenten Stolpe in zulässiger und formgerechter Weise ein erneutes Abstimmungsverfahren eröffnet habe, in welchem die Stimme Brandenburgs durch den Ministerpräsidenten eindeutig mit "Ja" abgegeben worden sei. Da Minister Schönbohm dem nicht mehr mit hinreichender Deutlichkeit widersprochen habe - seine Replik "Sie kennen meine Auffassung, Herr Präsident" genüge nicht, da nur eindeutig mit "Ja", "Nein" oder "Enthaltung" abgestimmt werden könne und jede andere Äußerung schon deshalb keine Stimmabgabe sein könne, weil sonst zukünftig jeder Zwischenruf gedeutet werden müsse -, läge i.E. keine uneinheitliche Stimmabgabe (mehr) vor. Da mit der Stimme Brandenburgs die notwendige Mehrheit dem Gesetz zugestimmt habe, sei es auch verfassungskonform zustande gekommen, der Normenkontrollantrag daher unbegründet.

**Prüfungsrelevanz:**

Die Prüfungsrelevanz der Entscheidung, die bundesweit für höchstes Aufsehen gesorgt hat, ist evident, zumal sie sich leicht in Normenkontroll- und Verfassungsbeschwerdefälle kleiden lässt. Die Entscheidung des BVerfG liegt

im Wesentlichen auf der Linie der schon bisher h.M. in der Lit., die davon ausgeht, dass die Stimmen des betroffenen Landes ungültig sind. Lediglich eine m.M. interpretierte die "Stimmführerschaft" des Ministerpräsidenten in dem Sinne, dass bei einem Dissens letztlich dessen Stimme maßgeblich sei (vgl. hierzu die nachfolgenden Vertiefungshinweise).

In prozessualer Hinsicht sei noch angemerkt, dass die hier vorliegende abstrakte Normenkontrolle nicht mit der konkreten Normenkontrolle verwechselt werden darf:

- Mit der *abstrakten Normenkontrolle* nach Art. 93 I Nr. 2 GG i.V.m. §§ 13 Nr. 6, 76 ff. BVerfGG können *Bundesregierung, Landesregierung oder mindestens ein Drittel der Bundestagsmitglieder* Bundes- oder Landesrecht (also *Gesetze, Rechtsverordnungen und Satzungen*) auf ihre Verfassungsmäßigkeit hin überprüfen lassen, wenn und soweit sie an dieser zweifeln. Eines konkreten Anlasses oder Falles bedarf es hierfür nicht. Ist die Norm verfassungswidrig, erklärt das BVerfG sie mit allgemeinverbindlicher Wirkung für nichtig, § 78 BVerfGG.

- Bei der *konkreten Normenkontrolle* nach Art. 100 GG i.V.m. §§ 13 Nr. 11, 80 ff. BVerfGG legt ein *Gericht*, für dessen Entscheidung im konkreten Fall es auf die Verfassungsmäßigkeit und damit die Gültigkeit eines *Gesetzes* (nach Rspr. des BVerfG muss es sich um ein nachkonstitutionelles Gesetz handeln) ankommt, diese Frage dem BVerfG vor. Nimmt das BVerfG eine Verfassungswidrigkeit an, wird auch hier das Gesetz mit allgemeinverbindlicher Wirkung für nichtig erklärt, §§ 82 I i.V.m. 78 BVerfGG. Bei sonstigen Normen (vorkonstitutionelles Recht, Rechtsverordnungen, Satzungen) hat das Fachgericht hingegen eine eigene Verwerfungskompetenz, d.h. es wendet die verfassungswidrige Vorschrift auf seinen konkreten Fall nicht an. Zu einer allgemeinverbindlichen Nichtigkeitserklärung ist es aber nicht befugt.

#### **Vertiefungshinweise:**

Zum Abstimmungsverhalten im Bundesrat anlässlich des Zuwanderungsgesetzes: *Odendahl*, JuS 2002, 1049; *Hoppe*, DVBl 2002, 725

#### **Kursprogramm:**

*Examenskurs*: "Der Lottokönig"

#### **Leitsätze:**

**1. Der Bundesrat ist ein kollegiales Verfassungsorgan des Bundes, das aus Mitgliedern der Landesregierungen besteht.**

**2. Die Länder wirken durch den Bundesrat nicht unmittelbar an der Gesetzgebung und der Verwaltung des Bundes und in Angelegenheiten der Eu-**

**ropäischen Union mit, sondern vermittelt durch die aus dem Kreis der Landesregierungen stammenden Mitglieder des Bundesrates. Die Länder werden jeweils durch ihre anwesenden Bundesratsmitglieder vertreten.**

**3. Die Stimmen eines Landes im Bundesrat werden durch seine Bundesratsmitglieder abgegeben. Das Grundgesetz erwartet die einheitliche Stimmenabgabe und respektiert die Praxis der landesautonom bestimmten Stimmführer, ohne seinerseits mit Geboten und Festlegungen in den Verfassungsraum des Landes überzugreifen.**

**4. Aus der Konzeption des Grundgesetzes für den Bundesrat folgt, dass der Abgabe der Stimmen durch einen Stimmführer jederzeit durch ein anderes Bundesratsmitglied desselben Landes widersprochen werden kann und damit die Voraussetzungen der Stimmführerschaft insgesamt entfallen.**

**5. Der die Abstimmung leitende Bundesratspräsident ist grundsätzlich berechtigt, bei Unklarheiten im Abstimmungsverlauf mit geeigneten Maßnahmen eine Klärung herbeizuführen und auf eine wirksame Abstimmung des Landes hinzuwirken. Das insoweit bestehende Recht zur Nachfrage entfällt allerdings, wenn ein einheitlicher Landeswille erkennbar nicht besteht und nach den gesamten Umständen nicht zu erwarten ist, dass ein solcher noch während der Abstimmung zustande kommen werde.**

#### **Sachverhalt:**

##### *A. Streitgegenstand*

Die Antragstellerinnen - die Landesregierungen des Saarlandes, von Baden-Württemberg, Hessen und Thüringen sowie die Staatsregierungen von Bayern und Sachsen - wenden sich mit ihrem Normenkontrollantrag gegen das Gesetz zur Steuerung und Begrenzung der Zuwanderung und zur Regelung des Aufenthalts und der Integration von Unionsbürgern und Ausländern vom 20. Juni 2002 - Zuwanderungsgesetz - (BGBl I S. 1946). Einzelne Regelungen des Zuwanderungsgesetzes sind am 26. Juni und 1. Juli 2002 wirksam geworden (vgl. Art. 15 Abs. 1 und 2 Zuwanderungsgesetz). Die übrigen - hier maßgeblichen und nach außen wirksamen - Bestimmungen sollen nach Art. 15 Abs. 3 Zuwanderungsgesetz am 1. Januar 2003 in Kraft treten.

##### *B. Behandlung im Bundesrat*

Der Bundesrat behandelte das Zuwanderungsgesetz auf seiner 774. Sitzung am 22. März 2002.

##### *I. Redebeiträge im Vorfeld der Abstimmung*

Die Beratungen zu dem Gesetz begannen unter dem

Tagesordnungspunkt 8 nach Aufruf durch den amtierenden Bundesratspräsidenten, den Regierenden Bürgermeister von Berlin, Klaus Wowereit.

In der Plenardebatte zu diesem Tagesordnungspunkt äußerten sich die meisten Rednerinnen und Redner nicht nur zu Bedeutung und Inhalt des Zuwanderungsgesetzes, sondern auch zu der bevorstehenden Abstimmung und zu den in diesem Zusammenhang bestehenden Meinungsverschiedenheiten. Der Bundesratspräsident erteilte nacheinander dem Ministerpräsidenten des Freistaates Sachsen, Prof. Dr. Kurt Biedenkopf, der Ministerpräsidentin des Landes Schleswig-Holstein, Heide Simonis, dem Ministerpräsidenten des Saarlandes, Peter Müller, und dem Ministerpräsidenten des Landes Rheinland-Pfalz, Kurt Beck, das Wort. Weitere ausdrückliche Bezugnahmen auf die bevorstehende Abstimmung enthielten die sich anschließenden Reden der Ministerpräsidenten des Landes Hessen, Roland Koch, und des Landes Niedersachsen, Sigmar Gabriel (vgl. Plenarprotokoll 774, Stenografischer Bericht, S. 131 D - 146 C). Es folgte die Rede des brandenburgischen Innenministers, Jörg Schönbohm. Ein Abschnitt der Rede, der der bevorstehenden Abstimmung im Bundesrat gewidmet ist, lautet wörtlich:

"[...] Vor dem Hintergrund des soeben Gesagten möchte ich Sie darüber informieren, dass ich bei diesem Gesetz mit Nein stimmen werde. Nach unserem Koalitionsvertrag müssten wir uns der Stimme enthalten. Die Zustimmung zu diesem Gesetz stellte den Bruch unseres Koalitionsvertrages dar. Mit meinem Nein möchte ich diesen Bruch heilen. Ministerpräsident Stolpe und ich sind in einer persönlich außerordentlich schwierigen Situation. Wir haben uns bisher trotz unterschiedlicher persönlicher Biographie zusammengefunden, um gemeinsam etwas für unser Land Brandenburg, dem wir uns verpflichtet fühlen, zu tun. Wir wollen in unserem Land die innere Einheit vollenden. Es wäre in Brandenburg niemandem zu vermitteln, wenn die Koalition daran zerbräche. Wir haben in meinem Heimatland eine Arbeitslosigkeit von 18,7 %. 2 % Ausländer leben unter uns. Wir haben keine Schwierigkeiten bei dem Thema "Integration", was wichtiger Bestandteil des Gesetzes ist. Trotzdem läuft die strategische Zielrichtung darauf hinaus, Brandenburg vorzuführen und zu spalten; denn die unterschiedlichen Auffassungen waren bekannt. Zunächst hat die Strategie der Bundesregierung Herrn Stolpe mit der Aufforderung, der Erwartung oder der Vermutung, unseren Koalitionsvertrag zu brechen, in eine schwierige Situation gebracht. Sollte er dieses tun, werde ich die rechtlichen Möglichkeiten nutzen, um die Folgen zu heilen. Auch das ist für mich menschlich eine außerordentlich schwierige Situation. Das Vorgehen der Bundesregierung, ihr Zeitplan und ihre mangelnde Bereitschaft, den Vermittlungsausschuss anzurufen, lassen mir keine andere Wahl. Ich hätte ein gemeinsames Er-

gebnis im Vermittlungsausschuss vorgezogen. Aber dazu waren Sie, die SPD-geführten Länder und die Bundesregierung, nicht bereit. Diese mangelnde Verhandlungsbereitschaft führt zu der Situation, in der wir uns heute befinden. Ich weiß, dass mein Vorgehen bisher einmalig ist. Aber mit dem Versuch, Mehrheiten zu erzwingen, fordert die Bundesregierung eine solche Reaktion heraus. Herr Bundesminister Schily, wir haben auch einige persönliche Gespräche geführt. Ich habe in der Innenministerkonferenz häufig mit Ihnen gesprochen. Warum ist es nicht möglich, diesen letzten Schritt hin zu einem Kompromiss zu tun? Ich habe dafür eine Erklärung, zu der ich nicht viel sagen möchte. Staatspolitisch gesehen haben Sie damit die Chance verpasst, ein für die Zukunft unseres Volkes wichtiges Gesetz im breiten politischen Konsens zu verabschieden. Die Mitglieder des Bundesrates entscheiden in eigener Verantwortung. Die Mitglieder des Bundesrates werden Ihnen für Ihr Vorgehen die Mehrheit nicht geben. Als zuständiger Minister des Innern kann ich diesem Gesetz also nicht zustimmen. Bei unterschiedlicher Abstimmung einer Landesregierung sind die Stimmen dieser Regierung nach herrschender Rechtsauffassung ungültig. Diese Auffassung hat man auch aus der Verwaltung des Bundesrates gehört. Ich möchte, nachdem Herr Gabriel dies angesprochen hat, drei Ziffern aus einem Rechtsgutachten zitieren, das ich von Herrn Isensee, einem namhaften Professor der Jurisprudenz, habe erstellen lassen. In der Zusammenfassung seiner Bewertung schreibt er:

1. Wenn die vier Vertreter des Landes Brandenburg im Bundesrat sich nicht auf ein einheitliches Votum verständigen, können sie kein wirksames Votum abgeben. Im Falle der Uneinigkeit wird das Land so behandelt, als wenn es nicht an der Abstimmung teilnähme.

Um die Einheitlichkeit der Abstimmung sicherzustellen, gibt es Koalitionsverträge - das sage ich jetzt - und Absprachen in Kabinetten. Wenn man sich in den Kabinetten nicht einigen kann, was zum letzten Mal im Jahr 1949 geschah, tritt dieser Fall ein. Das ist der Punkt.

Der zweite Punkt, den er nennt: Ohne Verständigung in der Sache gibt es keinen Stimmführer. Der Ministerpräsident wäre nicht ermächtigt, das "Stimmenpaket" des Landes abzugeben.

Der dritte Punkt: Der Dissens unter den Vertretern muss in der Beratung rechtzeitig und deutlich angezeigt und ebenso in der Abstimmung verlaublich werden.

Ich habe diesen Dissens, meine ich, deutlich genug angezeigt. Herr Präsident, ich beschreibe meine Position deswegen so eindeutig, damit Sie nachher beim Aufrufen des Landes Brandenburg nicht überrascht sind. Ich werde meine Ablehnung des Gesetzes in Kenntnis von Artikel 51 Abs. 3 unseres Grundgesetzes sowie der sich daraus ergebenden Gesetze und Verordnungen, wie sie im "Handbuch des Bundesrates" von Reuter beschrie-

ben sind, laut und unzweideutig formulieren. Ersparen Sie es uns bitte, durch Nachfragen noch einmal ein anderes Stimmverhalten zu erwarten oder anzumahnen. Die erste Aussage wird klar und unmissverständlich sein. [...] Meine Damen und Herren, ich kann nicht anders entscheiden, als ich es hier dargestellt habe. Meine Verantwortung gegenüber unserem Vaterland gebietet mir das. Ich möchte schließen mit dem Bekenntnis von General von der Marwitz, einem Zeitgenossen Friedrichs des Großen, der gesagt hat: 'Wählte Ungnade, wo Gehorsam keine Ehre brachte.' Vielen Dank." (Plenarprotokoll 774, Stenografischer Bericht, S. 147 D und 149 A).

Daran anschließend erteilte der Bundesratspräsident dem Innenminister des Landes Nordrhein-Westfalen, Dr. Fritz Behrens, und dem Justizminister des Landes Rheinland-Pfalz, Herbert Mertin, das Wort. Beide Minister argumentierten für die Zustimmung des Bundesrates zum Zuwanderungsgesetz, ohne dabei allerdings auf die bevorstehende Abstimmung einzugehen. Eine solche Bezugnahme enthielt wiederum die nachfolgende Rede der hessischen Ministerin für Wissenschaft und Kunst, Ruth Wagner. Es schloss sich der Redebeitrag des Ministerpräsidenten des Landes Brandenburg, Dr. Manfred Stolpe, an. Ministerpräsident Dr. Stolpe erläuterte seine Bedenken gegen das Zuwanderungsgesetz in der dem Bundesrat übermittelten Fassung. Dabei erwähnte er die Arbeitsvermittlung, die Ausgestaltung des Abschiebungsschutzes, die Praktikabilität der Härtefallregelung und die Aufteilung der Integrationskosten; auf das Abstimmungsverfahren nahm er keinen Bezug. Es folgten Redebeiträge des Bundesministers des Inneren, Otto Schily, des Ministerpräsidenten des Freistaates Bayern, Dr. Edmund Stoiber, erneut des Bundesinnenministers, des saarländischen und des niedersächsischen Ministerpräsidenten, des Innenministers des Freistaates Bayern, Dr. Günther Beckstein, sowie ein weiteres Mal des Bundesinnenministers. In keinem dieser Redebeiträge wurde noch einmal auf das Abstimmungsverfahren Bezug genommen.

## II. Vermerk der Bundesratsverwaltung zu Art. 51 III GG

Auf Bitten des Bundesratspräsidenten hatte der Direktor der Bundesratsverwaltung vor der 774. Sitzung des Bundesrates einen Vermerk zu Art. 51 Abs. 3 Satz 2 GG angefertigt. Dieser lautete:

### 1. Vorfall vom 19.12.1949

"Gemäß Artikel 51 Abs. 3 Satz 2 GG können im Bundesrat die Stimmen eines Landes nur einheitlich abgegeben werden. Landesrechtliche Bestimmungen gleich welcher Art lassen diese Regel unberührt. Aus der frühen Geschichte des Bundesrates ist ein Fall bekannt, in dem die Stimmen eines Landes nicht einheitlich abge-

geben wurden: In der Sitzung des Bundesrates am 19.12.1949 stimmten zwei Vertreter desselben Landes verschieden ab. Der Präsident stellte darauf hin fest, dass die Stimmen eines Landes nur einheitlich abgegeben werden können und gab, da es sich um das Land handelte, in dem er selbst Ministerpräsident war, die Stimmen für das Land selbst ab (Sten. Bericht, S. 116). Die Angelegenheit ist seinerzeit nicht gerichtlich überprüft worden.

### 2. Rechtsauffassungen in der Literatur

Rechtsprechung zur Frage, welche Folgen ein Verstoß gegen das Gebot der einheitlichen Stimmabgabe hat, liegt nicht vor. Dagegen hat sich die Rechtslehre mit der Frage befasst. Nach einer vereinzelt vertretenen Ansicht im etwas jüngeren Schrifttum soll bei widersprüchlichem Abstimmungsverhalten die Stimme des Regierungschefs maßgeblich sein [...]. Diese Auffassung ist mit dem klaren Wortlaut des Grundgesetzes nicht vereinbar [...] und verkennt den verfassungsrechtlichen Grundsatz der Gleichwertigkeit der Stimmen der Mitglieder des Bundesrates. Die ganz herrschende Lehre hält deshalb mit Recht alle Stimmen des betreffenden Landes für ungültig, wenn sie nicht einheitlich abgegeben werden. [...] Für den Fall, dass bei der Abstimmung durch Aufruf nach Ländern die Stimmen eines Landes nicht einheitlich abgegeben würden, sollte Herrn Präsidenten vorgeschlagen werden, die Vertreter des betreffenden Landes auf das Gebot der einheitlichen Stimmabgabe wie folgt hinzuweisen:

"Gemäß Artikel 51 Absatz 3 Satz 2 des Grundgesetzes können die Stimmen eines Landes nur einheitlich abgegeben werden. Ich bitte deshalb um einheitliche Beantwortung der Abstimmungsfrage, anderenfalls die Stimmabgabe als ungültig gewertet wird".

Bleibe es bei der uneinheitlichen Stimmabgabe, sollte er die Feststellung treffen, dass das betreffende Land ungültig gestimmt hat und mit der Abstimmung fortfahren."

### III. Die Abstimmung

Nachdem keine weiteren Wortmeldungen vorlagen, leitete der Bundesratspräsident die Abstimmung ein. Der federführende Ausschuss für Innere Angelegenheiten und der Wirtschaftsausschuss des Bundesrates hatten die Empfehlung abgegeben, dem Zuwanderungsgesetz nicht zuzustimmen (BRDrucks 157/1/02). In den weiteren, mit beratenden Bundesratsausschüssen war eine Empfehlung nicht zustande gekommen (BRDrucks 157/1/02). Da sich zunächst eine Mehrheit für ein Vermittlungsverfahren ausgesprochen hatte, stimmte der Bundesrat zunächst über die einzelnen Anrufungsgründe ab. Die entsprechenden Anträge des Saarlandes (BRDrucks 157/3/02) und des Landes Rheinland-Pfalz (BRDrucks 157/2/02) fanden jedoch keine Mehrheit, sodass die Anrufung des Vermittlungsausschusses ins-

gesamt abgelehnt wurde (vgl. Plenarprotokoll 774, Stenografischer Bericht, S. 171 B - C). Auf Antrag des Landes Rheinland-Pfalz wurde gemäß § 29 Abs. 1 Satz 2 Geschäftsordnung des Bundesrates (GOBR) in der Fassung der Bekanntmachung vom 26.11.1993 (BGBl I S. 2007, geändert durch Bekanntmachung vom 25.11.1994, BGBl I S. 3736, BRDrucks 990/94 ) sodann durch Aufruf der Länder abgestimmt. Der Bundesratspräsident forderte den Schriftführer auf, die Länder aufzurufen. Nach dem stenografischen Bericht der Bundesratssitzung nahm dieser Sitzungsabschnitt nach dem Aufruf Brandenburgs folgenden Verlauf:

*Alwin Ziel* [Brandenburg]: Ja!

*Jörg Schönbohm* [Brandenburg]: Nein!

*Präsident Klaus Wowereit*: Damit stelle ich fest, dass das Land Brandenburg nicht einheitlich abgestimmt hat. Ich verweise auf Artikel 51 Absatz 3 Satz 2 Grundgesetz. Danach können Stimmen eines Landes nur einheitlich abgegeben werden. Ich frage Herrn Ministerpräsidenten Stolpe, wie das Land Brandenburg abstimmt.

*Dr. h.c. Manfred Stolpe* [Brandenburg]: Als Ministerpräsident des Landes Brandenburg erkläre ich hiermit Ja.

*Jörg Schönbohm* [Brandenburg]: Sie kennen meine Auffassung, Herr Präsident!

*Präsident Klaus Wowereit*: Damit stelle ich fest, dass das Land Brandenburg mit Ja abgestimmt hat.

*Zurufe*: "Das ist unmöglich!"; "Das geht wohl gar nicht!"; "Verfassungsbruch"; "Das gibt es doch nicht!"; "Selbst Sie sind an die Verfassung gebunden, Herr Präsident!"

*Präsident Klaus Wowereit*: Dann geht es weiter in der Abstimmung.

*Zurufe*: "Nein!"; "Nein, Herr Präsident! Sie brechen das Recht!"

*Präsident Klaus Wowereit*: Ich habe bei der zweiten Frage gefragt, ob Herr Ministerpräsident Stolpe für Brandenburg eine Erklärung abgibt. Das hat er gemacht.

*Weitere Zurufe*

*Roland Koch* [Hessen]: Herr Präsident, unterbrechen Sie, damit wir das beraten! Das gibt es nicht! [...] Da ist offensichtlich und gewollt das Recht gebrochen! Das geht nicht! [...] Wenn Herr Schönbohm eben geschwiegen hätte, mag das sein! Aber er hat gesagt: Ich nicht!

*Präsident Klaus Wowereit*: Ich kann auch Herrn Ministerpräsidenten Stolpe nochmal fragen, ob das Land noch Klärungsbedarf hat.

*Roland Koch* [Hessen]: Das Land hat keinen Klärungsbedarf! Sie manipulieren eine Entscheidung des Bundesrates! Was fällt Ihnen ein!

*Weitere Zurufe*

*Dr. h.c. Manfred Stolpe* [Brandenburg]: Als Ministerpräsident des Landes Brandenburg erkläre ich hiermit

Ja.

*Roland Koch* [Hessen]: So! Und was sagt Herr Schönbohm?

*Präsident Klaus Wowereit*: So, dann ist das so festgestellt. Ich bitte fortzufahren in der Abstimmung.

*Weitere Zurufe; sodann Fortsetzung und Abschluss der Abstimmung*

*Präsident Klaus Wowereit*: Das ist die Mehrheit. Der Bundesrat hat dem Gesetz zugestimmt.

#### *IV. Fortgang des Verfahrens nach der Abstimmung*

Auf Antrag des Ministerpräsidenten des Landes Thüringen, Dr. Bernhard Vogel, wurde die Sitzung vom Bundesratspräsidenten unterbrochen. Nach der Wiederaufnahme der Sitzung stellte der hessische Ministerpräsident Koch "Namens der Bundesländer Bayern, Baden-Württemberg, Hamburg, Hessen, Saarland, Sachsen und Thüringen" den Antrag zur Geschäftsordnung, der Bundesratspräsident möge seine Feststellung des Abstimmungsergebnisses zum Zuwanderungsgesetz korrigieren (vgl. Plenarprotokoll 774, Stenografischer Bericht, S. 173 B).

Der Bundesratspräsident antwortete - den Vermerk des Direktors der Bundesratsverwaltung nochmals zitierend -, er habe sich entsprechend dem Vermerk verhalten (vgl. Plenarprotokoll 774, Stenografischer Bericht, S. 174 C). Sodann erhielt der niedersächsische Ministerpräsident Gabriel das Wort zur Geschäftsordnung. Dieser sprach sich gegen den Antrag von Ministerpräsident Koch aus. Daraufhin stellte der Bundesratspräsident fest, dass das Abstimmungsverhalten nicht korrigiert werde. Die Abstimmung sei korrekt gewesen, die notwendige Mehrheit von 35 Stimmen erzielt worden (vgl. Plenarprotokoll 774, Stenografischer Bericht, S. 175 A). Ein Antrag des thüringischen Ministerpräsidenten Dr. Vogel, die Bundesratssitzung zu vertagen, dem der rheinland-pfälzische Ministerpräsident Beck widersprach, fand keine Mehrheit. Als die Sitzung durch Aufruf des nächsten Tagesordnungspunktes fortgesetzt wurde, verließen die Vertreter der Länder Baden-Württemberg, Bayern, Hamburg, Hessen, Saarland, Sachsen und Thüringen den Plenarsaal des Bundesrates (vgl. Plenarprotokoll 774, Stenografischer Bericht, S. 175 B (C)).

#### *C. Ausfertigung durch den Bundespräsidenten*

Die Urschrift des Gesetzes wurde dem Bundespräsidenten am 17. April 2002 zur Ausfertigung gemäß Art. 82 Abs. 1 GG übermittelt. Der Bundespräsident fertigte das Zuwanderungsgesetz am 20. Juni 2002 aus und gab die Verkündung im Bundesgesetzblatt in Auftrag, die am 25. Juni 2002 erfolgte. Anlässlich der Ausfertigung gab der Bundespräsident in seinem Amtssitz eine Erklärung ab, in der er auf die Umstände der Bundesratssitzung vom 22. März 2002 einging und die wichtigsten Ge-

sichtspunkte für seine Entscheidung, das Gesetz auszufertigen, erläuterte.

#### *D. Ansicht der Antragstellerinnen*

Die Antragstellerinnen haben gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG in Verbindung mit §§ 13 Nr. 6, 76 Abs. 1 BVerfGG beantragt, das Zuwanderungsgesetz wegen der fehlenden Zustimmung des Bundesrates für nichtig zu erklären. Das Zuwanderungsgesetz sei auf Grund des verwaltungsverfahrenrechtlichen Charakters einzelner Vorschriften insgesamt gemäß Art. 84 Abs. 1 GG zustimmungsbedürftig. Eine Zustimmung des Bundesrates liege nicht vor, weil das Land Brandenburg nicht einheitlich abgestimmt habe. Die Rechtsfolge unterschiedlicher Voten der Vertreter eines Landes sei die Ungültigkeit der Stimmen des Landes. Dieses folge aus Wortlaut sowie Sinn und Zweck von Art. 51 Abs. 3 Satz 2 GG und werde durch verfassungsgeschichtliche Erfahrungen gestützt.

Mitglieder des Bundesrates seien natürliche Personen, die ihre eigene Stimme hätten, auch wenn diese im Interesse der Repräsentation des Landes nur gesamthänderisch mit den anderen Mitgliedern aus demselben Land ausgeübt werden könne. Das Grundgesetz stelle nur auf den Erfolg der Einheitlichkeit ab und treffe keine Aussage über den Weg zur Willensbildung der Landesvertreter. Aus der Sicht des Grundgesetzes erfolge diese Einigung auf der Grundlage freier Verständigung unter Gleichen. Deshalb habe auch der Ministerpräsident eines Landes keine herausgehobene Stellung unter den anderen Bundesratsmitgliedern desselben Landes. Die hierarchischen Strukturen innerhalb einer Landesregierung setzten sich im Bundesrat nicht fort, wie auch landesverfassungsrechtliche Vorgaben für die Außenvertretung eines Landes keine Bedeutung auf der Ebene der Bundesverfassung hätten. Die Instruktion, die ein Mitglied des Bundesrates von der Landesregierung erhalte, habe keine Auswirkungen auf die Stimmabgabe. Die in der Praxis des Bundesrates entwickelte Institution des Stimmführers habe keine Grundlage im Verfassungsrecht. Der Stimmführer verlaute das gemeinsame Votum des Landes im Sinne eines Sprechers der einem Land zugehörigen Bundesratsmitglieder. Sein Votum sei nur wirksam, wenn es von den übrigen Mitgliedern mitgetragen werde, hingegen falle die Stimmführerschaft in sich zusammen, wenn ein Mitglied während der Abstimmung widerspreche. Wer als Stimmführer im Bundesrat auftrete, werde durch freie Einigung der Vertreter des Landes bestimmt. Die Statusgleichheit der Bundesratsmitglieder schließe es aus, dass sich entweder der Ministerpräsident selbst zum Stimmführer ernenne oder durch den Bundesratspräsidenten als solcher bestimmt werde.

Schließlich enthalte das Grundgesetz keine Verpflichtung zu einheitlicher Stimmabgabe, da Art. 51 Abs. 3

Satz 2 GG lediglich ein rechtliches "Können", nicht jedoch ein "Müssen" festlege. Dass sich die Vertreter eines Landes auf ein einheitliches Votum verständigten, sei lediglich eine rechtlich nicht sanktionierte "Verfassungserwartung". Aus diesem Grunde habe der Bundesratspräsident auch kein Recht, durch sitzungsleitende Maßnahmen auf ein einheitliches Votum hinzuwirken. In dem divergierenden Abstimmungsverhalten der Vertreter des Landes Brandenburg liege kein Verstoß gegen das Gebot der Verfassungsorgantreue, weil die Funktionsfähigkeit des Bundesrates durch das ungültige Votum eines Landes nicht beeinträchtigt werde. Ein uneinheitliches Votum wirke sich im Ergebnis nämlich wie ein "Nein" oder eine Stimmenthaltung aus.

Bei der Abstimmung im Bundesrat hätten die brandenburgischen Minister Ziel und Schönbohm offenkundig uneinheitliche Stimmen abgegeben, was vom Bundesratspräsidenten auch in dieser Weise festgestellt worden sei. Da Minister Schönbohm sein Abstimmungsverhalten bereits in seiner Rede im Rahmen der Plenardebatte angekündigt habe, habe eine endgültig uneinheitliche Stimmabgabe des Landes Brandenburg vorgelegen. Der Bundesratspräsident habe deshalb auch kein Nachfrage-recht gehabt.

Hilfsweise wird vorgetragen, dass der Dissens unter den brandenburgischen Bundesratsmitgliedern auch nach der ersten Nachfrage fortbestanden habe, weitere Nachfragen seien spätestens ab diesem Zeitpunkt unzulässig gewesen.

#### *E. Ansichten der Äußerungsberechtigten*

Bundestag, Bundesrat, Bundesregierung und die Regierungen der Länder hatten gemäß § 77 Nr. 1 BVerfGG Gelegenheit zur Äußerung.

##### *I. Bundesregierung*

Die Bundesregierung hält den Normenkontrollantrag für unbegründet. Das Zuwanderungsgesetz sei verfassungsgemäß zustande gekommen.

Die Abstimmung im Bundesrat vom 22. März 2002 stehe im Einklang mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben. Der Bundesratspräsident habe das Recht, die Sitzungen des Bundesrates nach seinem pflichtgemäßen Ermessen abzuwickeln, er habe sie gerecht, unparteiisch und im Einklang mit der Geschäftsordnung zu gestalten. Im Rahmen dieser Leitungsfunktion habe er innerhalb der Sitzungen und Abstimmungen einen Handlungsspielraum im Sinne einer Auslegungsprärogative. Aus seiner Stellung als Verfassungsorgan folge, dass ihm auch gegenüber dem Bundesverfassungsgericht ein Eigenbereich zustehe, der einer gerichtlichen Überprüfung nur bei Willkür oder evidenter Unsachgemäßheit zugänglich sei.

Die in Art. 51 Abs. 3 Satz 2 GG vorausgesetzte einheitliche Abgabe der Stimmen eines Landes entfalte

auch für den Bundesratspräsidenten eine unmittelbare Wirkung. Auf der Grundlage der Auffassung, dass die uneinheitlich abgegebenen Stimmen der Bundesratsmitglieder eines Landes ungültig seien, sei es die verfassungsrechtliche Aufgabe des Bundesratspräsidenten, dem betroffenen Land die Gelegenheit zu einer gültigen Stimmabgabe zu geben. Denn die ungültige Stimmabgabe verletze ein vitales politisches Interesse des betroffenen Landes.

Das Gebot der einheitlichen Stimmabgabe unterstreiche zudem die Funktion der Bundesratsmitglieder als Vertreter ihrer Regierungen, die Vorrang vor ihrer individuellen Entscheidungsfreiheit habe. Die Mitglieder des Bundesrates führten die Stimmen ihres Landes, da im Bundesrat der Wille der Länder zum Ausdruck komme. Die zentrale Stellung der Länder als Willensträger im Bundesrat begründe und legitimiere das Institut der Stimmführerschaft. Die darin verkörperte Übung sei zur Vermeidung einer uneinheitlichen Stimmabgabe eingeführt worden. Der Stimmführer verlaute wirksam die Stimmen des Landes, soweit andere anwesende Landesvertreter nicht widersprechen. Ministerpräsident Dr. Stolpe habe auf die Frage des Bundesratspräsidenten die Stimmführerschaft in Anspruch genommen, Innenminister Schönbohm habe zunächst nicht in der gebotenen Klarheit und - nach erneuter Stimmabgabe durch den Ministerpräsidenten - überhaupt nicht widersprochen.

Die Bundesratsmitglieder unterlägen ferner der Weisung ihrer Regierung und seien im Rahmen einer Richtlinienkompetenz an die Weisung ihres Ministerpräsidenten gebunden. Das folge im Umkehrschluss aus Art. 53a Abs. 1 Satz 3 Halbsatz 2 GG und Art. 77 Abs. 2 Satz 3 GG. Das Grundgesetz gehe in Art. 51 Abs. 3 Satz 2 Halbsatz 1 GG von Prozessen auf Länderebene aus, in denen Einheitlichkeit gewährleistet und Weisungen erteilt werden könnten. Der Bundesratspräsident sei gehalten, solchen Prozessen in angemessener Weise Raum zu geben. Der Ministerpräsident des Landes Brandenburg bestimme nach Art. 89 Satz 1 der brandenburgischen Verfassung die Richtlinien der Regierungspolitik. Er sei deshalb auch in Einzelfällen von besonderer politischer Bedeutung zur Erteilung von Einzelweisungen befugt. Die so verstandene Richtlinienkompetenz umfasse auch das Abstimmungsverhalten der Mitglieder des Bundesrates. Durch seine Erklärung habe Ministerpräsident Dr. Stolpe die ihm zustehende Richtlinienkompetenz in Anspruch genommen. Der zunächst zwischen den Bundesratsmitgliedern des Landes Brandenburg bestehende Dissens habe noch während des Abstimmungsvorganges ausgeräumt werden können. Die Abstimmung dauere so lange, bis der Bundesratspräsident das Ergebnis festgestellt habe. Dies entspreche § 32 Satz 1 GOBR, wonach die Beschlüsse des Bundesrates erst mit dem Ende der Sitzung wirksam

werden. Danach könne über Verfahrensgegenstände gemäß § 32 Satz 2 GOBR so lange beraten und abgestimmt werden, bis deren Behandlung im Rechtssinne abgeschlossen sei. Die Stimmabgabe Brandenburgs sei nach den Äußerungen der Minister Ziel und Schönbohm noch nicht beendet gewesen. Vielmehr habe zu diesem Zeitpunkt noch kein Votum des Landes vorgelegen. Die Bundesratsmitglieder Brandenburgs hätten ihren Konsens über das Abstimmungsverhalten erst im Laufe des Abstimmungsverfahrens, spätestens mit der Antwort auf die zweite Nachfrage des Präsidenten des Bundesrates an Ministerpräsident Dr. Stolpe, hergestellt. Mit den Nachfragen habe der Präsident des Bundesrates die verfassungsrechtlich gebotene Klarheit des Abstimmungsverhaltens bewirkt. Bei Unklarheiten sei der Ministerpräsident der verfassungsrechtlich korrekte Ansprechpartner. Der Bundesratspräsident sei überdies nach dem Grundsatz des bundesfreundlichen Verhaltens gehalten gewesen, bei einem verfassungsrechtlichen Konflikt innerhalb eines Landes dem Landesverfassungsrecht Raum für eine Lösung zu geben. Auch der bislang einzige Fall der uneinheitlichen Abstimmung eines Landes im Bundesrat in der 10. Sitzung des Bundesrates vom 19. Dezember 1949 spreche für das Zustandekommen des Zuwanderungsgesetzes. Seinerzeit seien die sich widersprechenden Voten zweier Minister des Landes Nordrhein-Westfalen dadurch aufgehoben worden, dass der damalige Ministerpräsident des Landes die Stimmen einheitlich abgegeben habe.

## *II. Landesregierung Mecklenburg-Vorpommern*

Die Regierung des Landes Mecklenburg-Vorpommern vertritt die Ansicht, dass der Bundesrat dem Zuwanderungsgesetz wirksam zugestimmt habe. Die Erklärungen der Beteiligten in der Bundesratssitzung vom 22. März 2002 stellten eine einheitliche Stimmabgabe des Landes Brandenburg dar. Bereits in der Abgabe der Stimme durch Minister Ziel sei die für das Land Brandenburg verbindliche Erklärung zu sehen, dass dem Gesetz zugestimmt werde. Wenn die Regierung eines Landes beschlossen habe, ein Mitglied des Bundesrates zur Stimmabgabe zu ermächtigen, könne ein weiteres Mitglied durch eine abweichende Stimmabgabe nicht widersprechen. Andernfalls könne ein einzelnes Mitglied die Stimmen des Landes insgesamt ungültig machen.

Hilfsweise sei anzunehmen, dass bei einem uneinheitlichen Abstimmungsverhalten eine Klarstellung erfolgen könne und müsse. Die Erklärung des brandenburgischen Ministerpräsidenten auf Nachfrage des Bundesratspräsidenten sei als eine solche Klarstellung zu sehen. Der Ministerpräsident habe mit seiner Erklärung die Funktion des Stimmführers für sich reklamiert und zugleich von seiner Richtlinienkompetenz Gebrauch gemacht. Das Verhalten des Ministers Schönbohm könne nicht als ausdrücklicher Widerspruch gewertet werden.

Ferner ergebe sich aus dem Landesverfassungsrecht, dass in einem Konfliktfall auf die Stimmabgabe des Ministerpräsidenten abzustellen sei. Aus der Staatspraxis und den landesverfassungsrechtlich festgelegten Kompetenzen des Ministerpräsidenten folge dessen Mandat gegenüber den weiteren Landesvertretern im Bundesrat, ein verfassungsmäßiges Abstimmungsverhalten sicher zu stellen.

Die Rechtsfolge eines Verstoßes gegen Art. 51 Abs. 3 Satz 2 GG sei die Unwirksamkeit der Abstimmung insgesamt. Die Annahme der Ungültigkeit der Stimmen eines Landes bei nicht einheitlicher Stimmabgabe würde letztendlich eine inhaltliche Entscheidung, nämlich die Verweigerung der Zustimmung, bedeuten. Eine solche Konsequenz eines Verfahrensfehlers sei dem Grundgesetz nicht zu entnehmen.

### *III. Landesregierung Niedersachsen*

Die Landesregierung Niedersachsens ist der Ansicht, dass das Zuwanderungsgesetz nach Art. 78 GG zustande gekommen sei.

Die Stimmen des Landes Brandenburg seien einheitlich abgegeben worden. Der Bundesratspräsident habe das Verhalten des brandenburgischen Innenministers in tatsächlicher Hinsicht zutreffend dahin gewertet, dass dieser sein abweichendes Stimmverhalten nicht bis zum letzten Zeitpunkt der Stimmabgabe Brandenburgs aufrecht erhalten habe. Die Regelung über das Abstimmungsverhalten im Bundesrat, wie sie Art. 51 GG treffe, sei unter verschiedenen Gesichtspunkten abhängig von Entscheidungen und Regelungen auf der Landesebene. Dazu gehöre auch die in Art. 89 Satz 1 der brandenburgischen Verfassung vorgesehene Richtlinienkompetenz des Ministerpräsidenten für die Regierungspolitik. In Fällen, in denen bei der Stimmabgabe im Bundesrat für ein Land unterschiedliche Erklärungen von den Ressortministern abgegeben würden, habe der Ministerpräsident auf der Grundlage der Richtlinienkompetenz und seiner besonderen Rolle das Recht, über die Stimmabgabe des Landes abschließend zu entscheiden.

### *IV. Landesregierung Nordrhein-Westfalen*

Die Regierung des Landes Nordrhein-Westfalen trägt vor, dass sich im Bundesrat die Abstimmung durch Stimmführer als ungeschriebenes Verfahrensrecht entwickelt habe. Da das Grundgesetz die Ausübung der Stimmführerschaft als eine Frage des Landesorganisationsrechts nicht regele, werde die Frage nach der Person des Stimmführers durch Regelungen oder Vereinbarungen auf Landesebene beantwortet. Das Land Brandenburg sehe in seiner Verfassung die Richtlinienkompetenz für den Ministerpräsidenten vor, in deren Anwendungsbereich das Abstimmungsverhalten im Bundesrat falle und die der brandenburgische Ministerpräsident durch die Abgabe seines Votums auf Nach-

frage des Bundesratspräsidenten wahrgenommen habe. Im Übrigen habe auch kein weiteres anwesendes Bundesratsmitglied Brandenburgs der Stimmführerschaft des Ministerpräsidenten widersprochen. Es zähle zu den Pflichten des sitzungsleitenden Bundesratspräsidenten, für einen ordnungsgemäßen Sitzungsablauf, insbesondere für eine verfassungskonforme Abstimmung zu sorgen. Auch der Verfassungsgrundsatz des länderfreundlichen Verhaltens gebiete bei vorhandenen Zweifeln über die Einheitlichkeit der Stimmabgabe eines Landes nachzufragen.

### *V. Landesregierung Rheinland-Pfalz*

Die Regierung des Landes Rheinland-Pfalz vertritt in ihrer Stellungnahme, der sich das Land Berlin angeschlossen hat, die Ansicht, dass der Normenkontrollantrag unbegründet sei.

Aus dem Verbot der uneinheitlichen Stimmabgabe gemäß Art. 51 Abs. 3 Satz 2 GG folge das Recht des Bundesratspräsidenten, durch Nachfrage den Vertretern des Landes die Möglichkeit einer verfassungsgemäßen Stimmabgabe zu geben. Bei einem evidenten Verfassungsverstoß, wie er im Fall des Zuwanderungsgesetzes vorliege, habe der Bundesratspräsident sogar die Pflicht, auf ein verfassungsgemäßes Ergebnis hinzuwirken. Da die Stimmabgabe Brandenburgs unklar gewesen sei, habe der Bundesratspräsident zu Recht nachgefragt. Der Ministerpräsident Brandenburgs habe durch den Hinweis auf sein Amt im Rahmen der Stimmabgabe die Stimmführerschaft reklamiert, der die anderen Bundesratsmitglieder des Landes nicht widersprochen hätten. Es liege deshalb der Schluss nahe, dass es sich um einen Fall der im konkludenten Konsens gekorenen Stimmführerschaft gehandelt habe.

### *VI. Landesregierung Schleswig-Holstein*

Die Regierung des Landes Schleswig-Holstein trägt vor, das Land Brandenburg habe im Ergebnis einheitlich abgestimmt, indem der Ministerpräsident Brandenburgs im Verlaufe der Abstimmung die Stimmführerschaft, im Einklang mit Art. 89 Satz 1 der brandenburgischen Verfassung, an sich gezogen habe und die anderen Bundesratsmitglieder Brandenburgs dem nicht ausdrücklich widersprochen hätten.

Die landesverfassungsrechtlich verbürgte Richtlinienkompetenz erstreckte sich auch auf das Abstimmungsverhalten der Mitglieder des Bundesrates, sofern es sich um eine Frage von grundlegender Bedeutung handele. Die Ausübung der Richtlinienkompetenz durch den Rückgriff auf die Stimmführerschaft könne in einer Bundesratssitzung auch formlos erfolgen. Wolle ein Bundesratsmitglied von der dadurch ausgesprochenen Weisung abweichen, müsse es ausdrücklich auf seinem abweichenden Votum bestehen.



*Aus den Gründen:**A. Zulässigkeit*

Der Normenkontrollantrag ist zulässig. Nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG entscheidet das Bundesverfassungsgericht bei Meinungsverschiedenheiten oder Zweifeln über die förmliche und sachliche Vereinbarkeit von Bundesrecht mit dem Grundgesetz auf Antrag einer Landesregierung. Gemäß § 76 Abs. 1 Nr. 1 BVerfGG ist der Antrag der Landesregierungen von Baden-Württemberg, Bayern, Hessen, Sachsen, des Saarlandes und von Thüringen zulässig; die Antragstellerinnen halten das Zuwanderungsgesetz für mit dem Grundgesetz formell unvereinbar.

*B. Begründetheit*

Der Normenkontrollantrag ist begründet. Das Gesetz zur Steuerung und Begrenzung der Zuwanderung und zur Regelung des Aufenthalts und der Integration von Unionsbürgern und Ausländern vom 20. Juni 2002 - Zuwanderungsgesetz - (BGBl I S. 1946) ist mit Art. 78 GG unvereinbar und daher nichtig. Das Zuwanderungsgesetz bedarf wegen der in ihm enthaltenen Bestimmungen über das von den Behörden der Länder durchzuführende Verwaltungsverfahren gemäß Art. 84 Abs. 1 GG als Ganzes der Zustimmung des Bundesrates. Hierfür fehlt es an der gemäß Art. 52 Abs. 3 Satz 1 GG erforderlichen Mehrheit der Stimmen des Bundesrates. Der Bundesratspräsident durfte die Stimmenabgabe für das Land Brandenburg nicht als Zustimmung werten (I). Da es an einer Zustimmung des Landes Brandenburg fehlte, vermochte auch die Feststellung des Bundesratspräsidenten nach Aufruf der weiteren Länder, der Bundesrat habe dem Gesetz zugestimmt, keine Rechtswirkung zu entfalten (II).

*I. Keine Zustimmung Brandenburgs*

An einer Zustimmung des Landes Brandenburg zum Zuwanderungsgesetz fehlt es, weil bei Aufruf des Landes die Stimmen nicht einheitlich abgegeben wurden (1). Die Uneinheitlichkeit der Stimmenabgabe Brandenburgs ist durch den weiteren Abstimmungsverlauf nicht beseitigt worden (2).

*1. Uneinheitliche Stimmabgabe**a. Stimmführerschaft grundsätzlich zulässig*

Der Bundesrat ist ein kollegiales Verfassungsorgan des Bundes, das aus Mitgliedern der Landesregierungen besteht (vgl. Art. 51 Abs. 1 Satz 1 GG). Er wird nicht aus den Ländern gebildet. Art. 50 GG umschreibt nur die Funktion dieses Bundesverfassungsorgans: "Durch den Bundesrat wirken die Länder bei der Gesetzgebung und Verwaltung des Bundes und in Angelegenheiten der Europäischen Union mit". Diese Mitwirkung erfolgt

nicht unmittelbar, sondern vermittelt durch die aus dem Kreis der Landesregierungen stammenden Mitglieder des Bundesrates (vgl. BVerfGE 8, 104 <120>). Die Länder werden jeweils durch ihre anwesenden Bundesratsmitglieder vertreten.

Die Stimmen eines Landes werden durch seine Bundesratsmitglieder abgegeben. Wer aus dem Kreis dieser Vertreter die Stimmen eines Landes abgibt, bestimmen in der Regel die Vertreter selbst oder im Vorfeld einer Bundesratssitzung die jeweilige Landesregierung. Das Grundgesetz erwartet die einheitliche Stimmenabgabe und respektiert die Praxis der landesautonom bestimmten Stimmführer, ohne seinerseits mit Geboten und Festlegungen in den Verfassungsraum des Landes überzugreifen.

Aus dieser Konzeption des Grundgesetzes für den Bundesrat folgt, dass der Abgabe der Stimmen durch einen Stimmführer jederzeit durch ein anderes Bundesratsmitglied desselben Landes widersprochen werden kann und damit die Voraussetzungen der Stimmführerschaft insgesamt entfallen. Der Bundesratspräsident nimmt somit die Stimme eines einzelnen Bundesratsmitglieds als Stimmenabgabe für das ganze Land entgegen, sofern nicht ein anderes Mitglied des jeweiligen Landes abweichend stimmt.

*b. Uneinheitlichkeit der Stimmen als Grenze der Stimmführerschaft*

Die Stimmen eines Landes sind nach Art. 51 Abs. 3 Satz 2 GG einheitlich abzugeben. Die Stimmabgabe ist die Verlautbarung der Stimmen des Landes durch einen willentlichen Begebungsakt. Mehrere Stimmenabgaben der Bundesratsmitglieder eines Landes müssen übereinstimmen. Das im Abstimmungsverfahren aufgerufene Land Brandenburg hat hier seine vier Stimmen nicht einheitlich abgegeben. Entsprechend der beantragten Abstimmungsart durch Aufruf der Länder gemäß § 29 Abs. 1 Satz 2 GOBR richtete der sitzungsleitende Bundesratspräsident durch seinen Schriftführer jeweils die Frage an die anwesenden Bundesratsmitglieder der einzelnen Länder, die für das jeweilige Land dessen Stimmen abgeben. Im vorliegenden Fall hat für Brandenburg zunächst das Bundesratsmitglied Ziel mit "Ja" geantwortet, unmittelbar darauffolgend das Bundesratsmitglied Schönbohm mit "Nein". Der brandenburgische Ministerpräsident Dr. Stolpe und der Minister Prof. Dr. Schelter - ebenfalls anwesende Bundesratsmitglieder - haben sich bei Aufruf des Landes nicht geäußert. Aus den eindeutigen Erklärungen der Bundesratsmitglieder Ziel und Schönbohm folgte, dass die Abgabe der Stimmen durch die Bundesratsmitglieder des Landes Brandenburg im Sinne des Art. 51 Abs. 3 Satz 2 GG uneinheitlich war. Dies hat der Bundesratspräsident zutreffend unmittelbar nach der Stimmenabgabe förmlich festgestellt.

## 2. Keine Heilung durch Votum des Ministerpräsidenten

Durch den sich anschließenden Abstimmungsverlauf ist die Uneinheitlichkeit der Stimmenabgabe seitens des Landes Brandenburg nicht beseitigt und in ein einheitliches zustimmendes Votum umgewandelt worden. Der nachfolgende Abstimmungsverlauf ist nicht mehr rechts-erheblich, weil er sich außerhalb der verfassungsrechtlich gebotenen Form des Abstimmungsverfahrens bewegte. In einem zum Gesetzgebungsverfahren gehörenden Abstimmungsverfahren vermag das formwidrige Verhalten das ihm vorangehende formgerechte nicht in seiner Rechtswirkung zu verändern. Der sitzungsleitende Bundesratspräsident hatte in diesem besonderen Fall kein Recht zur Nachfrage an Ministerpräsident Dr. Stolpe (a). Unterstellt man dennoch ein solches Recht, hätte die Nachfrage nicht nur an den Ministerpräsidenten, sondern zumindest auch an den Minister Schönbohm gerichtet werden müssen (b).

### a. Kein Recht zur Nachfrage

Der Bundesratspräsident durfte nach seiner Feststellung, dass das Land Brandenburg uneinheitlich abgestimmt habe, nicht das Bundesratsmitglied Dr. Stolpe fragen, wie das Land Brandenburg abstimme. Eine solche Frage bewegte sich außerhalb der mit dem Abstimmungsverfahren gewählten Form des Aufrufs nach Ländern und bedurfte deshalb der gesonderten Rechtfertigung, an der es hier fehlte.

### aa. Fragerecht nur bei Unklarheit

Der die Abstimmung leitende Bundesratspräsident ist grundsätzlich berechtigt, bei Unklarheiten im Abstimmungsverlauf mit geeigneten Maßnahmen eine Klärung herbeizuführen und auf eine wirksame Abstimmung des Landes hinzuwirken. Dies entspricht seiner Pflicht als unparteiischer Sitzungsleiter, dem die Aufgabe obliegt, den Willen des Bundesrates im Gesetzgebungsverfahren klar festzustellen. Art. 78 GG i.V.m. dem Rechtsstaatsprinzip gebietet, den Willen der beteiligten Verfassungsorgane zurechenbar festzustellen; dies gilt für den förmlichen Gesetzesbeschluss des Bundestages ebenso wie für die Zustimmung des Bundesrates. Wann insofern von einer Unklarheit als Anlass für Rückfragen auszugehen ist, ist verfassungsgerichtlich nachprüfbar; indes steht dem sitzungsleitenden Bundesratspräsidenten insofern eine Einschätzungsprärogative zu. Das Recht zur Nachfrage entfällt allerdings, wenn ein einheitlicher Landeswille erkennbar nicht besteht und nach den gesamten Umständen nicht zu erwarten ist, dass ein solcher noch während der Abstimmung zustande kommen werde.

### bb. Hier klarer Dissens

Der Wille des Landes Brandenburg zur uneinheitlichen

Abstimmung lag klar zu Tage. Das Bundesratsmitglied Schönbohm hatte seine politische Position in unmissverständlicher Form in der der Abstimmung unmittelbar vorausgegangenen Plenardebatte dargelegt. Er werde dem Gesetz nicht zustimmen und er werde seine Ablehnung in Kenntnis von Art. 51 Abs. 3 GG laut und unzweideutig formulieren (vgl. Plenarprotokoll 774, Stenografischer Bericht, S. 147 C - D). Das Bundesratsmitglied Schönbohm hatte zudem auch das Ziel seines Verhaltens klar umrissen. Er wollte mit seinem "Nein" eine einheitliche Abgabe der Stimmen Brandenburgs verhindern (vgl. Plenarprotokoll 774, Stenografischer Bericht, S. 148 A - B). Es war zudem allgemein bekannt, dass die brandenburgische Landesregierung über die Abgabe der Stimmen des Landes keinen Beschluss gefasst hatte. Ein Teil der Redebeiträge in der Plenardebatte und die sorgsame rechtliche Vorbereitung der Beteiligten belegen, dass ein einheitlicher politischer Landeswille weder vor der Bundesratssitzung festgelegt war noch im Verlauf der Sitzung erwartet wurde - es bestand Klarheit über den Dissens. Die Uneinheitlichkeit wurde denn auch bei Aufruf des Landes Brandenburg erwartungsgemäß förmlich erklärt. Den Sitzungsleiter traf in diesem atypischen Fall einer vom Beginn der Abstimmung an bestehenden Klarheit über die beabsichtigte Uneinheitlichkeit der Stimmenabgabe lediglich die Pflicht, dies zu protokollieren. Mit der anschließenden Nachfrage an das Bundesratsmitglied Dr. Stolpe griff der Bundesratspräsident in den Verantwortungsbereich des Landes über und erweckte den Anschein, es gelte nunmehr, den "wahren Landeswillen" festzustellen oder doch noch auf eine Einheitlichkeit der Stimmenabgabe hinzuwirken. Zu einer solchen Lenkung des Abstimmungsverhaltens des Landes Brandenburg war der Bundesratspräsident unter den gegebenen Umständen nicht befugt.

### cc. Unterschiede zum Vorfall vom 19.12.1949

Anders als in der 10. Sitzung des Bundesrates vom 19. Dezember 1949 konnte nicht angenommen werden, dass lediglich eine Irritation vorlag, die zur Herstellung eindeutiger Verhältnisse im Abstimmungsvorgang nach einer Klarstellung verlangte. In der damaligen Abstimmung hatte es keinen Anhaltspunkt dafür gegeben, dass politische Kräfte in der nordrhein-westfälischen Landesregierung im Hinblick auf die Zustimmung oder Ablehnung des Gesetzes im Bundesrat in einem unüberbrückbaren Gegensatz gestanden hätten. Aus den gesamten Umständen musste jeder folgern, dass nicht klar war, zu welcher Haltung sich das Land Nordrhein-Westfalen im Kabinett entschieden hatte (vgl. insoweit Bundesrat, Sitzungsbericht vom 23.12.1949, S. 116 B - C). Ob das Verhalten des damaligen Bundesratspräsidenten im Einzelnen den verfassungsrechtlichen Anforderungen entsprach, bedarf vorliegend keiner Erörterung. Jedenfalls durfte der Präsident in einem

solchen Fall der nicht beabsichtigten und im Vorhinein angekündigten Uneinheitlichkeit Maßnahmen zur Klärung ergreifen, damit ein mutmaßlich einheitlicher Landeswille nicht lediglich wegen eines möglichen Irrtums ohne Wirkung blieb. In der hier zu beurteilenden 774. Sitzung des Bundesrates lag der Fall anders. Ein einheitlicher Landeswille hatte ersichtlich nicht bestanden - im Gegenteil. Davon gingen auch alle rechtlichen Überlegungen der Beteiligten aus. Da angesichts dieser Ausgangslage auch nicht erwartet werden konnte, dass ein solcher noch während der Abstimmung zustande kommen würde, war für eine Rückfrage an den Ministerpräsidenten des Landes Brandenburg kein Raum.

*dd. Kein Vorrang des Votums des Ministerpräsidenten*

Die gezielte Rückfrage des Bundesratspräsidenten nur an den Ministerpräsidenten eines Landes ließe sich mangels Klärungsbedarfs nur rechtfertigen, wenn ein Ministerpräsident sich in der Abstimmung über die Stimmenabgabe durch die anderen Bundesratsmitglieder des Landes hätte hinwegsetzen dürfen, sei es, dass er ein Weisungsrecht im Bundesrat beanspruchen könnte, sei es, dass nur so ein drohender Verstoß gegen die Bundesverfassung hätte abgewendet werden können.

Beide Voraussetzungen waren nicht gegeben. Rangverhältnisse des Landesverfassungsrechts spielen auf der Bundesebene keine Rolle. Der Inhaber einer landesrechtlichen Richtlinienkompetenz hat keine bundesverfassungsrechtlich herausgehobene Stellung, die es ihm erlaubte, einen Abstimmungsdissens zweier anderer anwesender Mitglieder allein durch seine Willensbekundung zu überwinden. Die landesrechtliche Weisung an Bundesratsmitglieder, die das Grundgesetz im Bundesrat - anders als im Gemeinsamen Ausschuss (Art. 53a Abs. 1 Satz 3 GG) oder im Vermittlungsausschuss (Art. 77 Abs. 2 Satz 3 GG) - erlaubt, ist die der Landesregierung, nicht die des Inhabers der Richtlinienkompetenz. Besteht keine Weisung der Landesregierung und stimmen die ein Land und dessen Landesregierung repräsentierenden Mitglieder uneinheitlich ab, ist dies nicht verfassungswidrig. Art. 51 Abs. 3 Satz 2 GG verbietet es lediglich, einen gespaltenen Landeswillen im Abstimmungsergebnis des Bundesrates durch Aufteilung der Stimmen des Landes zu berücksichtigen.

*b. Hilfsweise: Falsches Prozedere bei der Nachfrage*  
Selbst wenn dem Bundesratspräsidenten grundsätzlich ein Nachfragerecht zugestanden hätte, hätte er es nur in der gebotenen neutralen Form ausüben dürfen. Dazu hätte erneut das Land Brandenburg aufgerufen und damit die Frage, wie das Land abstimme, an alle anwesenden Bundesratsmitglieder des Landes gerichtet werden müssen. Entschied sich der sitzungsleitende Präsident jedoch zu einer direkt an ein Mitglied gerichteten

Frage, so war es unabdingbar, nach dem "Ja" des Ministerpräsidenten anschließend zumindest an Minister Schönbohm die Frage zu richten, ob er nach der Stimmabgabe des Ministerpräsidenten bei seinem "Nein" bleibe. Denn durch die Frage an Ministerpräsident Dr. Stolpe und dessen Antwort war möglicherweise Klärungsbedarf entstanden, ob Minister Schönbohm an seinem "Nein" auch in unmittelbarer Konfrontation mit seinem Ministerpräsidenten festhalte. Die Pflicht zur Frage an beide Anwesenden wurde noch durch den Zwischenruf des Bundesratsmitglieds Schönbohm verstärkt. Ungeachtet der Frage, ob ein Zwischenruf, der weder durch einen - erneuten - Aufruf des Landes noch durch ein vom Sitzungsleiter an Minister Schönbohm gerichtetes Wort die gehörige Form fand, überhaupt eine rechts-erhebliche Bekundung im förmlichen Abstimmungsvorgang sein kann, durfte jedenfalls aus dem Inhalt des Zwischenrufs nicht ohne klärende Nachfrage auf eine Abänderung der Nein-Stimme in eine Ja-Stimme oder eine Anerkennung der Stimmführerschaft des Ministerpräsidenten geschlossen werden.

*II. Keine Bindungswirkung der Feststellung der Zustimmung Brandenburgs durch den Bundesratspräsidenten*

Die unmittelbar nach dem im Protokoll verzeichneten Zwischenruf des Bundesratsmitglieds Schönbohm förmlich getroffene Feststellung des Bundesratspräsidenten, dass das Land Brandenburg mit "Ja" abgestimmt habe, war fehlerhaft, weil ein einheitliches Abstimmungsverhalten Brandenburgs nicht vorlag.

Die Abstimmung wurde nach dieser ungültigen Feststellung des Bundesratspräsidenten für das Land Brandenburg nicht wieder eröffnet. Auf Vorhaltungen aus dem Plenum formulierte der Bundesratspräsident lediglich folgende Frage: "Ich kann auch Herrn Ministerpräsidenten Stolpe nochmal fragen, ob das Land noch Klärungsbedarf hat." Dies war keine der Form der Abstimmung genügende Frage. Weder wurde das Land erneut aufgerufen noch auch nur ein einzelnes Mitglied um die Abgabe der Stimmen des Landes gebeten. Die auf die erneute bejahende Erklärung des Bundesratsmitglieds Dr. Stolpe folgende Aussage des Bundesratspräsidenten: "So, dann ist das so festgestellt" bekräftigte lediglich die zuvor getroffene förmliche Feststellung einer Zustimmung des Landes Brandenburg (vgl. Plenarprotokoll 774, Stenografischer Bericht, S. 172 C). Dass Minister Schönbohm auf die Aussage von Ministerpräsident Dr. Stolpe seinerseits nicht noch einmal das Wort ergriff, um den fortbestehenden Dissens zu bekräftigen, ist in diesem Zusammenhang unerheblich. Minister Schönbohms Schweigen kann weder ein rechtlicher Erklärungswert zugesprochen werden, noch gibt es eine Pflicht zum ungefragten Zwischenruf. Da es an einer gültigen Zustimmung des Landes Brandenburg

fehlte, hatte auch die nach Aufruf der weiteren Länder erfolgende Feststellung, der Bundesrat habe dem Gesetz

zugestimmt, keine Rechtswirkung.

## Standort: Europarecht

## Problem: Nichtigkeitsklage von Personen gegen EG-VO

EUGH, URTEIL VOM 25.07.2002  
RS. C-50/00 P (BAYVBL 2003, 11)

### Problemdarstellung:

Im vorliegenden Fall geht es um die Frage, welche Rechtsschutzmöglichkeiten eine natürliche oder juristische Person gegen eine EG-Verordnung hat.

I. Unmittelbar gegen die Verordnung könnte nur eine Nichtigkeitsklage nach Art. 230 EG erhoben werden. Dies ist für eine natürliche oder juristische Person aber in praxi kaum denkbar, da Art. 230 IV EG hierfür eine individuelle Betroffenheit fordert. Eine solche wird in aller Regel nicht vorliegen, da Verordnungen gem. Art. 249 II EG allgemeine Geltung haben, also wie Rechtsnormen wirken. Rechtsnormen sind aber nicht individueller, sondern de iure genereller Natur. Die Fälle, in denen der EuGH eine Nichtigkeitsklage von Personen gegen EG-Verordnungen für statthaft gehalten hat, weil sie diese ausnahmsweise wie bei einer Entscheidung (vgl. Art. 249 IV EG) individuell betrifft, lassen sich daher an einer Hand abzählen.

II. Möglich wäre nur eine Klage nach nationalem Recht gegen Umsetzungs- oder Sanktionsakte der Mitgliedsstaaten, also in der BRD etwa eine Anfechtungsklage gegen auf der Grundlage einer solchen Verordnung ergangene Verwaltungsakte. In deren Rahmen könnte bzw. müsste das Fachgericht bei Zweifeln an der Gültigkeit der Verordnung ein Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 234 EG durchführen, wodurch eine Inzidentkontrolle durch den EuGH erreicht würde. Eine solche Möglichkeit gibt es aber auch nicht, wenn die Verordnung - wie im vorliegenden Fall - self-executing ist, d.h. keines Umsetzungsaktes der nationalen Behörden mehr bedarf. Gibt es keine umsetzenden Verwaltungsakte, können solche auch nicht angefochten werden.

III. Es zeigt sich also eine gravierende Lücke beim Rechtsschutz gegen unmittelbar anwendbare, vollzugsunabhängige EG-Verordnungen, die letztlich daraus resultiert, dass das EG-Recht ein unserer Gesetzerfassungsbeschwerde nach Art. 93 I Nr. 4a GG vergleichbares Instrumentarium für EG-Verordnungen nicht kennt. Dies ist mit der auch auf EG-Ebene vom EuGH immer wieder postulierten Garantie effektiven Rechtsschutzes nur schwerlich vereinbar. Das Gerichts erster Instanz (EuG, vgl. Art. 225 EG) hat daher - unter Zustimmung der Literatur - kürzlich versucht,

diese Lücke durch eine weite Auslegung des Art. 230 IV EG, die einem Verzicht auf das Erfordernis individueller Betroffenheit nahekam, zu schließen (Nachweise siehe Vertiefungshinweise). Der EuGH pfeift das EuG mit der vorliegenden Entscheidung zurück, indem er ausdrücklich an dem Erfordernis der individuellen Betroffenheit festhält. Der EuGH verhehlt dabei nicht, dass auch er dieses Ergebnis für unbefriedigend hält, sieht sich aber durch den eindeutigen Wortlaut des Art. 230 IV EG gebunden. Diesen Zustand zu ändern liege jedoch nicht in seiner Kompetenz, sondern sei ausschließlich durch eine Vertragsänderung möglich, d.h. Sache der Mitgliedsstaaten.

### Prüfungsrelevanz:

Die Bedeutung des Europarechts insbesondere im ersten Staatsexamen nimmt immer mehr zu. In vielen Bundesländern ist es mittlerweile Pflichtfach, jedenfalls kann es Wahlfach sein. Das Urteil ist von erheblicher Bedeutung, da es einen Konflikt des EuGH mit der EuG begründet und zudem in der Fachliteratur bereits jetzt ein breites Echo gefunden hat. Auch eignet es sich hervorragend als Aufhänger einer mündlichen Prüfung, da man zunächst die einzelnen Rechtsakte des sekundären Gemeinschaftsrechts und deren Wirkungsweise (vgl. Art. 249 EG) abprüfen kann, um sich sodann die Rechtsbehelfe (Art. 226 ff. EG) erläutern zu lassen. Diese Bestandsaufnahme wird dann zwangsläufig zur Lücke im Rechtsschutzsystem bei vollzugsunabhängigen Verordnungen führen, also dem Ausgangsproblem des vorliegenden Falles.

### Vertiefungshinweise:

Abweichende Entscheidung des EuG: *EuG*, BayVBl 2002, 663 mit Anm. *Kment* = *EuZW* 2002, 412 mit Anm. *Lübbig*

Anmerkung zum vorliegenden Urteil des EuGH: *Lindner*, BayVBl 2003, 12

### Kursprogramm:

*Examenskurs*: "Die Umsatzsteuerrichtlinie"

*Examenskurs*: "Schwangerschaftsberatung"

### Leitsatz (der Redaktion):

**Eine natürliche oder juristische Person kann nur dann Nichtigkeitsklage gem. Art. 230 EG gegen**

**eine Verordnung erheben, wenn sie nicht nur unmittelbar, sondern wegen der besonderen Umstände des Einzelfalls auch individuell, d.h. in einer dem Adressaten einer Entscheidung vergleichbaren Weise, betroffen ist.**

#### *Sachverhalt:*

Die "Unión de Pequeños Agricultores" hat mit Rechtsmittelschrift, die am 16.2.2000 bei der Kanzlei des Gerichtshofes eingegangen ist, gemäß Art. 49 der EG-Satzung des Gerichtshofes ein Rechtsmittel gegen den Beschluss des Gerichts erster Instanz vom 23.11.1999 in der Rechtssache T-173/98 ("Unión de Pequeños Agricultores"/Rat, Slg. 1999, II-3357, im Folgenden: angefochtener Beschluss) eingelegt, mit dem das Gericht ihre Klage auf teilweise Nichtigerklärung der Verordnung Nr. 1638/98/EG des Rates vom 20.7.1998 zur Änderung der Verordnung Nr. 136/66/EWG über die Errichtung einer gemeinsamen Marktorganisation für Fette (ABl. L 210, S. 32, im Folgenden: angefochtene Verordnung) als offensichtlich unzulässig abgewiesen hat.

Mit ihren vier Rechtsmittelgründen, die zusammen zu prüfen sind, macht die Rechtsmittelführerin im Wesentlichen geltend, die auf die Erwägungen in den Randnummern 61 bis 64 des angefochtenen Beschlusses gestützte Abweisung ihrer Klage als unzulässig verstoße gegen ihr Recht auf effektiven gerichtlichen Rechtsschutz für die Verteidigung ihrer eigenen Interessen oder derjenigen ihrer Mitglieder.

Die streitigen Bestimmungen der angefochtenen Verordnung, mit denen die Interventionsregelung, die Verbrauchsbeihilfe und die Beihilfe für Kleinerzeuger abgeschafft würden, verlangten keine nationalen Durchführungsvorschriften und kein Tätigwerden der spanischen Behörden. Infolgedessen habe die Rechtsmittelführerin nach spanischem Recht nicht die Möglichkeit, die Nichtigerklärung eines nationalen Rechtsakts in Bezug auf diese Bestimmungen zu beantragen, so dass ein Vorabentscheidungsersuchen zur Prüfung ihrer Gültigkeit ausgeschlossen sei. Die Rechtsmittelführerin oder ihre Mitglieder könnten auch nicht gegen derartige Bestimmungen verstoßen, um anschließend die Rechtmäßigkeit der gegebenenfalls gegen sie verhängten Sanktionen zu bestreiten.

#### *Aus den Gründen:*

##### *A. Statthaftigkeit der Nichtigkeitsklage*

[34.] Nach Art. 173 Abs. 2 und 3 EG-Vertrag ist der Gerichtshof für Klagen zuständig, die ein Mitgliedstaat, der Rat oder die Kommission wegen Unzuständigkeit, Verletzung wesentlicher Formvorschriften, Verletzung des Vertrages oder einer bei seiner Durchführung anzuwendenden Rechtsnorm oder wegen Ermessens-

missbrauchs erhebt, sowie für Klagen des Europäischen Parlaments, des Rechnungshofes und der Europäischen Zentralbank, die auf die Wahrung ihrer Rechte abzielen. Nach Absatz 4 dieses Artikels kann jede natürliche oder juristische Person [...] unter den gleichen Voraussetzungen gegen die an sie ergangenen Entscheidungen sowie gegen diejenigen Entscheidungen Klage erheben, die, obwohl sie als Verordnung oder als eine an eine andere Person gerichtete Entscheidung ergangen sind, sie unmittelbar und individuell betreffen.

##### *B. Parteifähigkeit von natürlichen oder juristischen Personen*

[35.] Im Rahmen von Art. 173 EG-Vertrag kann somit eine Verordnung als Handlung allgemeiner Geltung von keinem anderen Rechtssubjekt als den Organen, der Europäischen Zentralbank und den Mitgliedstaaten angefochten werden (in diesem Sinne Urteil vom 6.3.1979 in der Rechtssache 92/78, Simmenthal/Kommission, Slg. 1979, 777, RdNr. 40).

##### *I. Individuelle Betroffenheit als Voraussetzung*

[36.] Eine Handlung allgemeiner Geltung wie eine Verordnung kann allerdings unter Umständen bestimmte natürliche oder juristische Personen individuell betreffen und damit ihnen gegenüber Entscheidungscharakter haben (vgl. u.a. Urteile vom 16.5.1991 in der Rechtssache C-358/89, Extramet Industrie/Rat, Slg. 1991, I-2501, RdNr. 13; vom 18.5.1994 in der Rechtssache C-309/89, Codorniu/Rat, Slg. 1994, I-1853, RdNr. 19, und vom 31.5.2001 in der Rechtssache C-41/99 P, Sadam Zuccherifici u.a./Rat, Slg. 2001, II-4239, RdNr. 27). Dies ist dann der Fall, wenn die fragliche Handlung eine natürliche oder juristische Person wegen bestimmter persönlicher Eigenschaften oder wegen besonderer, sie aus dem Kreis aller übrigen Personen heraushebender Umstände berührt und sie dadurch in ähnlicher Weise individualisiert wie einen Adressaten (vgl. u.a. Urteile vom 15.7.1963 in der Rechtssache 25/62, Plaumann/Kommission, Slg. 1963, 213, 238, und vom 22.11.2001 in der Rechtssache C-452/98, Niederl. Antillen/Rat, Slg. 2001, I-8973, RdNr.60).

[37.] Eine natürliche oder juristische Person, die diese Voraussetzung nicht erfüllt, kann keinesfalls Nichtigkeitsklage gegen eine Verordnung erheben (vgl. insoweit Beschluss vom 24.4.1996 in der Rechtssache C-87/95 P, CNPAAP/Rat, Slg. 1996, I-2003, RdNr. 38).

##### *II. Spannungsverhältnis zur Garantie effektiven Rechtsschutzes*

[38.] Die Europäische Gemeinschaft ist jedoch eine Rechtsgemeinschaft, in der die Handlungen ihrer Organe daraufhin kontrolliert werden, ob sie mit dem EG-

Vertrag und den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, zu denen auch die Grundrechte gehören, vereinbar sind.

[39.] Die Einzelnen müssen daher einen effektiven gerichtlichen Schutz der Rechte in Anspruch nehmen können, die sie aus der Gemeinschaftsrechtsordnung herleiten, wobei das Recht auf einen solchen Schutz zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen gehört, die sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten ergeben. Dieses Recht ist auch in den Art.6 und 13 der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten verankert (vgl. u.a. Urteile vom 15.5.1986 in der Rechtssache 222/84, Johnston, Slg. 1986, 1651, RdNr. 18, und vom 27.11.2001 in der Rechtssache C-424/99, Kommission/Österreich, Slg. 2001, I-9285, RdNr. 45).

### *III. Lösung durch Verweis auf Rechtsschutz nach nationalem Recht*

[40.] Der EG-Vertrag hat mit den Art. 173 und 184 [jetzt Art. 230 und 241 EG, Anm. d. Red.] einerseits und Art. 177 [jetzt Art. 234 EG, Anm. d. Red.] andererseits ein vollständiges System von Rechtsbehelfen und Verfahren geschaffen, das die Kontrolle der Rechtmäßigkeit der Handlungen der Organe, mit der der Gemeinschaftsrichter betraut wird, gewährleisten soll (in diesem Sinne Urteil vom 23.4.1986 in der Rechtssache 294/83, Les Verts/Parlament, Slg. 1986, 1339, RdNr. 23). Nach diesem System haben natürliche oder juristische Personen, die wegen der Zulässigkeitsvoraussetzungen des Art. 173 Abs. 4 EGV Gemeinschaftshandlungen allgemeiner Geltung nicht unmittelbar anfechten können, die Möglichkeit, je nach den Umständen des Falles die Ungültigkeit solcher Handlungen entweder inzident nach Art. 184 EGV vor dem Gemeinschaftsrichter oder aber vor den nationalen Gerichten geltend zu machen und diese Gerichte, die nicht selbst die Ungültigkeit der genannten Handlungen feststellen können (vgl. Urteil vom 22.10.1987 in der Rechtssache 314/85, Foto-Frost, Slg. 1987, 4199, RdNr. 20), zu veranlassen, dem Gerichtshof insoweit Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen.

[41.] Es ist somit Sache der Mitgliedstaaten, ein System von Rechtsbehelfen und Verfahren vorzusehen, mit dem die Einhaltung des Rechts auf effektiven gerichtlichen Rechtsschutz gewährleistet werden kann.

[42.] In diesem Rahmen haben die nationalen Gerichte gemäß dem in Art. 5 EGV [jetzt Art. 10 EG, Anm. d. Red.] aufgestellten Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit die nationalen Verfahrensvorschriften über die Einlegung von Rechtsbehelfen möglichst so auszulegen und anzuwenden, dass natürliche und juristische Personen die Rechtmäßigkeit jeder nationalen Entscheidung oder anderen Maßnahme, mit der eine Gemeinschaftshandlung allgemeiner Geltung auf sie angewandt wird, gerichtlich anfechten und sich dabei auf die Ungültig-

keit dieser Handlung berufen können.

### *IV. Nichtigkeitsklage bleibt auch dann ausgeschlossen, wenn kein Rechtsschutz nach nationalem Recht möglich*

[43.] Insoweit ist, wie der Generalanwalt in den Nummern 50 bis 53 seiner Schlussanträge ausgeführt hat, festzustellen, dass einer Auslegung des Rechtsschutzsystems nicht gefolgt werden kann, wie sie die Rechtsmittelführerin vertritt und nach der eine Direktklage mit dem Ziel der Nichtigklärung beim Gemeinschaftsrichter möglich sein soll, soweit nach einer konkreten Prüfung der nationalen Verfahrensvorschrift durch diesen Richter dargetan werden kann, dass diese Vorschriften es dem Einzelnen nicht gestatten, eine Klage zu erheben, mit der er die Gültigkeit der streitigen Gemeinschaftshandlung in Frage stellen kann.

#### *1. Sonst müsste der EuGH nationales Recht prüfen*

Denn eine solche Regelung würde es in jedem Einzelfall erforderlich machen, dass der Gemeinschaftsrichter das nationale Verfahrensrecht prüft und auslegt, was seine Zuständigkeit im Rahmen der Kontrolle der Rechtmäßigkeit der Gemeinschaftshandlungen überschreiten würde.

#### *2. Sonst würde die Beschränkung des Art. 230 IV EG umgangen*

[44.] Schließlich ist zu bemerken, dass nach dem durch den EG-Vertrag geschaffenen System der Rechtmäßigkeitskontrolle eine natürliche oder juristische Person nur dann Klage gegen eine Verordnung erheben kann, wenn sie nicht nur unmittelbar, sondern auch individuell betroffen ist. Diese Voraussetzung ist zwar im Licht des Grundsatzes eines effektiven gerichtlichen Rechtsschutzes unter Berücksichtigung der verschiedenen Umstände, die einen Kläger individualisieren können, auszulegen (vgl. z.B. Urteil vom 2.2.1988 in den Rechtssachen 67/85, 68/85 und 70/85, Van der Kooy u.a./Kommission, Slg. 1988, 219, RdNr. 14, sowie Urteile Extramet Industrie/Rat, RdNr. 13, und Codorniu/Rat, RdNr. 19); doch kann eine solche Auslegung nicht, ohne dass die den Gemeinschaftsgerichten durch den Vertrag verliehenen Befugnisse überschritten würden, zum Wegfall der fraglichen Voraussetzung, die ausdrücklich im EG-Vertrag vorgesehen ist, führen.

#### *3. Änderung des EG-Vertrages nur durch die Mitgliedsstaaten möglich*

[45.] Auch wenn ein anderes System der Rechtmäßigkeitskontrolle der Gemeinschaftshandlungen allgemeiner Geltung als das durch den ursprünglichen Vertrag geschaffene, das in seinen Grundzügen nie geändert wurde, sicherlich vorstellbar ist, so wäre es doch Sache der Mitgliedstaaten, das derzeit geltende System

gegebenenfalls gemäß Art. 48 FU zu reformieren.  
[46.] Demnach ist festzustellen, dass das Gericht keinen Rechtsfehler begangen hat, als es die Klage der Rechtsmittelführerin für unzulässig erklärte, ohne zu

prüfen, ob im vorliegenden Fall ein Rechtsbehelf vor einem nationalen Gericht gegeben war, der die Prüfung der Gültigkeit der angefochtenen Verordnung ermöglicht hätte.

## Standort: § 123 VwGO

## Problem: Darlegungslast bei Konkurrentenklage

BVERFG, BESCHLUSS VOM 24.09.2002  
2 BVR 857/02 (DVBL 2002, 1633)

### Problemdarstellung:

Im Beamtenrecht gilt der "Grundsatz der Ämterstabilität". Dieser besagt, dass ein einmal ernannter bzw. in ein höheres Amt beförderter Beamter grds. nicht mehr aus diesem entfernt werden kann, selbst wenn seine Ernennung rechtswidrig gewesen sein sollte (arg. ex § 59 BRRG). Das hat weit reichende prozessuale Konsequenzen:

1. Eine Verpflichtungsklage auf eigene Ernennung (§ 113 V 1 VwGO) bzw. Neubescheidung (§ 113 V 2 VwGO; allein diese ist praxisrelevant, da der Ernennung stets eine Ermessensentscheidung vorausgeht und es für ein Verpflichtungsurteil nach § 113 V 1 VwGO in aller Regel an einer Ermessensreduzierung fehlen dürfte) erledigt sich mit Besetzung der vom Kl. angestrebten Stelle durch einen Dritten. Denkbar bliebe allenfalls eine Fortsetzungsfeststellungsklage nach § 113 I 4 VwGO, für die allerdings regelmäßig das Fortsetzungsfeststellungsinteresse fehlen wird.
2. Eine Anfechtungsklage gegen die Ernennung des Konkurrenten wäre zwar noch statthaft, da der Ernennungs-VA noch in der Welt ist; dieser fehlt jedoch das allg. Rechtsschutzinteresse, eben weil im Beamtenrecht die Ämterstabilität eine nachträgliche Aufhebung der Ernennung entgegensteht. Hintergrund hierfür ist die Tatsache, dass infolge von Konkurrentenstreitigkeiten sonst u.U. auf Jahre hinaus Planstellen nicht besetzt werden könnten.
3. Konkurrentenstreitigkeiten laufen daher nahezu ausnahmslos über den vorläufigen Rechtsschutz nach § 123 I 1 VwGO (Sicherungsanordnung), wodurch eine Ernennung des Konkurrenten verhindert werden soll. Gem. §§ 123 III VwGO, 920 II, 294 ZPO bedarf es für die Begründetheit eines solchen Antrags u.a. der Glaubhaftmachung eines Sicherungsanspruchs. Die Fachgerichte gingen in der Vergangenheit oftmals davon aus, dass ein solcher im Bereich der Konkurrentenstreitigkeiten nur gegeben ist, wenn (1.) der Antragsteller glaubhaft macht, dass die Ernennung des Konkurrenten rechtswidrig wäre und (2.) er selbst ernannt werden müsste. Das BVerfG erteilt dieser Ansicht vorliegend eine Absage, da das zweite Kriterium die

Anforderungen an die Darlegungslast des ASt. übersteige und diesem daher kein effektiver Rechtsschutz (Art. 19 IV GG) mehr gewährt würde.

### Prüfungsrelevanz:

Die beamtenrechtliche Konkurrentenklage ist ein Klassiker des Prüfungsrechts, weil sie Probleme des Verwaltungsprozessrechts mit denen des allgemeinen Verwaltungsrechts kombiniert, das Beamtenrecht, welches als solches häufig nicht Prüfungsstoff ist, hingegen nur am Rande bzw. als "Aufhänger" streift. Während auf die prozessuale Seite bereits oben eingegangen wurde, seien nachfolgend kurz die Hauptprobleme des allgemeinen Verwaltungsrechts angerissen:

1. Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen sind nur bei Verwaltungsakten statthaft, § 42 I VwGO. Hier wird der Kandidat zu prüfen haben, ob die beamtenrechtliche Ernennung ein VA ist. Insbesondere könnte es an der Außenwirkung (§ 35 S. 1 VwVfG) im Sonderrechtsverhältnis fehlen, weil Beamte in einer besonderen Nähebeziehung zum Staat stehen. Ernennung und Beförderung betreffen jedoch nicht nur das Amt, sondern auch den Amtswalter als Person, weil sie sich auf seine Privatsphäre auswirken. Ist aber dieses "Grund- oder Statusverhältnis" betroffen, liegt - im Gegensatz zu rein innerdienstlichen Weisungen - auch Außenwirkung vor. Über diesen Problemkreis hat die RA erst kürzlich berichtet (vgl. Vertiefungshinweise).
2. Bei der beamtenrechtlichen Beurteilung, welche der Ernennung vorausgeht, erkennen die Gerichte einen sogen. "Beurteilungsspielraum" der Behörden an, der aus Gründen der Gewaltenteilung - ähnlich wie der Ermessensspielraum - nur eingeschränkt, nämlich auf evidente Beurteilungsfehler, überprüfbar ist. Dies müsste auch in einem Gutachten berücksichtigt werden. Dort dürfte der Verfasser in der Rolle des Gerichts keinesfalls seine eigene Beurteilung an die Stelle der behördlichen Beurteilung setzen. Es war daher - wie vom BVerfG im vorliegenden Beschluss zu Recht gerügt - vom OVG auch fehlerhaft, eine eigene Beurteilung der Eignung des Klägers vorzunehmen. Über diesen Problemkreis hat die RA erst kürzlich (BVerfG, RA 2002, 571 = DVBl 2002, 1203 = NVwZ 2002, 1368) ausführlich berichtet.
3. Ein materieller Anspruch auf ermessens- und

beurteilungsfehlerfreie Auswahl folgt nach der Rspr. von BVerwG und BVerfG bereits unmittelbar aus Art. 33 II GG (vgl. BVerwG, RA 2002, 509 - Kopftuch).

**Vertiefungshinweise:**

Zum Beurteilungsspielraum der Verwaltung: *OVG Münster*, RA 2001, 325 = DVBl 2001, 823; RA 1999, 306 = NWVBl 1999, 188; *OVG Lüneburg*, RA 2000, 645 = NdsVBl 2000, 251; BVerfG, RA 2002, 571 = DVBl 2002, 1203 = NVwZ 2002, 1368

Außenwirkung von beamtenrechtl. Maßnahmen: *VGH München*, RA 2000, 227 = BayVBl 2000, 180

Fälle zur einstweiligen Anordnung nach § 123 VwGO: *OVG Münster*, RA 2000, 349 = NWVBl 2000, 216; *VGH Mannheim*, RA 2000, 375 = NVwZ-RR 2000, 397; *VGH München*, RA 2001, 520 = BayVBl 2001, 500

**Leitsätze (der Redaktion):**

**1. Aus Gründen des effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 IV GG) dürfen an die Glaubhaftmachung eines Anordnungsanspruchs nach § 123 VwGO nicht höhere Anforderungen gestellt werden als für ein Obsiegen in der Hauptsache.**

**2. Zum vorläufigen Rechtsschutz nach § 123 VwGO im beamtenrechtlichen Konkurrentenstreit.**

**Sachverhalt:**

Die Verfassungsbeschwerde betrifft die Frage, welche Anforderungen die Verwaltungsgerichte im einstweiligen Anordnungsverfahren nach § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO an die Glaubhaftmachung eines Anordnungsanspruchs stellen dürfen, wenn Gegenstand des Verfahrens die Sicherung des Anspruchs des abgelehnten Bewerbers auf effektiven gerichtlichen Schutz seines Rechts auf gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt nach Befähigung, Eignung und fachlicher Leistung gemäß Art. 33 Abs. 2 GG i.V. mit Art. 19 Abs. 4 GG im Rahmen der Überprüfung einer beamtenrechtlichen Auswahlentscheidung (sogen. Konkurrentenstreit) ist.

Der Bf. steht als Regierungsamtsrat (BesGr. A 12 BBesO) im Dienst des Nds. Ministeriums für Frauen, Arbeit und Soziales. Nachdem er sich ohne Erfolg auf eine von vier Beförderungsstellen beworben hatte, nahm er vorläufigen gerichtlichen Rechtsschutz in Anspruch. Das VG gab dem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung mit dem Ziel des Freihaltens einer der Beförderungsstellen statt, weil die letztlich allein nach dem Beförderungsdienstalter getroffene Auswahlentscheidung gegen den Leistungsgrundsatz verstoße. Da alle 21 Bewerber unabhängig von ihrer

tatsächlichen Leistung mit der Höchstnote dienstlich beurteilt worden seien, fehle es an der für die Bestenauslese erforderlichen Grundlage. Das Nds. OVG lehnte dagegen den Antrag des Bf. auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ab, weil er - ungeachtet der möglichen Rechtswidrigkeit der Auswahlentscheidung - jedenfalls nicht die realistische Möglichkeit glaubhaft gemacht habe, dass in einem erneuten Auswahlverfahren bei Vermeidung des unterstellten Fehlers er anstelle eines Mitbewerbers ausgewählt werden würde.

**Aus den Gründen:**

Die Kammer nimmt die zulässige Verfassungsbeschwerde zur Entscheidung an, weil dies zur Durchsetzung der in § 90 Abs. 1 BVerfGG genannten Rechte angezeigt ist (§ 93b i.V.m. § 93a Abs. 2 Buchst. b BVerfGG), und gibt ihr statt. Die für die Beurteilung der Verfassungsbeschwerde maßgeblichen verfassungsrechtlichen Fragen zu Art. 19 Abs. 4 GG hat das BVerfG bereits entschieden (vgl. BVerfGE 35, 263, 274; 40, 272, 275; 44, 302 305; 77, 275, 284; 79, 69, 74; 84, 34, 49; 93, 1, 13; 101, 106, 122; 103, 142, 156). In diesem - die Kompetenz der Kammer begründenden - Sinne ist die Verfassungsbeschwerde offensichtlich begründet.

**A. Verfassungsrechtliche Vorgaben**

Der angegriffene Beschluss des Nds. OVG vom 29.4.2002 verletzt den Bf. in seinen Rechten aus Art. 19 Abs. 4 GG i.V. mit Art. 33 Abs. 2 GG.

**I. 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, 184). Daraus folgt der Anspruch eines Beförderungsbewerbers auf ermessens- und beurteilungsfehlerfreie Entscheidung über seine Bewerbung (vgl. BVerwGE 101, 112, 114). Dieser Anspruch (Bewerbungsverfahrensanspruch) lässt sich nach der bisherigen, verfassungsrechtlich nicht beanstandeten verwaltungsgerichtlichen Rspr. nur vor einer Ernennung des ausgewählten Konkurrenten mittels einer einstweiligen Anordnung nach § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO effektiv sichern. Wird hingegen die im Streit stehende Stelle besetzt, bleibt dem unterlegenen Bewerber sowohl die erfolgreiche Inanspruchnahme gerichtlichen Eilrechtsschutzes als auch primärer Rechtsschutz in der Hauptsache in Form der Bescheidungsklage nach § 113 Abs. 5 Satz 2 VwGO versagt (vgl. BVerwGE 80, 127, 129; BVerfG, DVBl. 1989, 1247; vgl. hierzu allerdings jetzt auch BVerwG, DVBl. 2002, 203, 204).

**II. Art. 19 IV GG**



Aufgrund dieser Verfahrensabhängigkeit des sich aus Art. 33 Abs. 2 GG ergebenden subjektiven Rechts sind die VGe bei der Auslegung und Anwendung des S 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO im sog. beamtenrechtlichen Konkurrentenstreit gehalten, den Erfordernissen eines effektiven Rechtsschutzes gerade im Eilverfahren besonders Rechnung zu tragen. Art. 19 Abs. 4 GG garantiert nicht nur das formelle Recht und die theoretische Möglichkeit, die Gerichte anzurufen, sondern auch eine tatsächliche wirksame gerichtliche Kontrolle (vgl. BVerfGE 35, 263, 274; 40, 272, 275; 61, 82, 110; 77, 275, 284; 79, 69, 74; 93, 1, 13; 97, 298, 315; 101, 106, 122; 103, 142, 156; st.Rspr.). Droht dem Ast. bei Versagung des einstweiligen Rechtsschutzes eine erhebliche, über den Randbereich hinaus gehende Verletzung in seinen Grundrechte, die durch eine der Klage stattgebende Entscheidung in der Hauptsache nicht mehr beseitigt werden kann, so ist - erforderlichenfalls unter eingehender tatsächlicher und rechtlicher Prüfung des im Hauptverfahren geltend gemachten Anspruchs - einstweiliger Rechtsschutz zu gewähren, wenn nicht ausnahmsweise gewichtige Gründe entgegenstehen. Hierbei muss das Gericht das Verfahrensrecht in einer Weise auslegen und anwenden, die dem Gebot effektiven Rechtsschutzes Rechnung trägt (vgl. BVerfGE 79, 69, 75; 97, 298, 315).

#### *B. Verstoß durch den Beschluss des OVG*

Diesen Vorgaben aus Art. 19 Abs. 4 GG i.V. mit Art. 33 Abs. 2 GG wird der angegriffene Beschluss nicht gerecht. Er überspannt die Anforderungen an die Glaubhaftmachung eines Anordnungsanspruchs zu Lasten des Bf., indem er für den Erlass einer einstweiligen Anordnung nicht nur die Glaubhaftmachung einer Fehlerhaftigkeit der Auswahlentscheidung fordert, sondern darüber hinaus auch die Glaubhaftmachung der realistischen, nicht nur entfernten Möglichkeit, dass der Bf. bei Vermeidung des Fehlers einem der ausgewählten Mitbewerber vorgezogen wird. Dadurch wird dem Bf. die Möglichkeit einer erfolgreichen Inanspruchnahme vorläufigen Rechtsschutzes, der nach der bisherigen verwaltungsgerichtlichen Rspr. zur Abwendung vollendeter Tatsachen und somit zur effektiven Sicherung des Anspruchs aus Art. 33 Abs. 2 GG ausschließlich in Betracht kommt, in unzumutbarer Weise erschwert.

#### *I. Hauptsacheverfahren als Maßstab für die Anforderungen an den Anordnungsanspruch*

Der Maßstab, der an die Glaubhaftmachung eines Anordnungsanspruchs und damit des zu sichernden Rechts, dessen Verwirklichung ohne den Erlass einer einstweiligen Anordnung vereitelt oder wesentlich erschwert würde, anzulegen ist, hat sich an dem Rechtsschutzziel zu orientieren, das der Bf. mit seinem Be-

gehren verfolgt. Ist die geltend gemachte materielle Rechtsposition grundsätzlich sicherungsfähig, hängt die Bejahung eines Anordnungsanspruchs nach der Rspr. der VGe regelmäßig davon ab, welche Erfolgsaussichten im Hauptsacheverfahren bestehen. Diese verwaltungsgerichtliche Praxis ist verfassungsrechtlich grundsätzlich unbedenklich (vgl. BVerfGE 79, 69, 74 f.).

#### *1. Situation im beamtenrechtlichen Konkurrentenstreit*

Im Rahmen einer auf Art. 33 Abs. 2 GG gestützten Bescheidungsklage, mit der sich der unterlegene Beamte gegen die Ablehnung seiner Bewerbung richtet, ist die gerichtliche Überprüfung der Auswahlentscheidung - verfassungsrechtlich unbeanstandet - regelmäßig darauf beschränkt, ob der Dienstherr ermessens- und beurteilungsfehlerfrei über die Bewerbung entschieden hat. Dagegen kann der unterlegene Bewerber - von dem unwahrscheinlichen Fall einer Reduzierung des Beurteilungsspielraumes bzw. des Ermessens auf Null abgesehen - unter Berufung auf Art. 33 Abs. 2 GG nicht gerichtlich feststellen lassen, dass er an Stelle des ihm vorgezogenen Konkurrenten hätte ausgewählt werden müssen. Streitgegenstand ist mithin nicht ein möglicher Anspruch auf Beförderung, sondern allein das dahinter zurückbleibende Recht auf fehlerfreie Entscheidung über die Bewerbung. Wird dieses subjektive Recht aus Art. 33 Abs. 2 GG durch eine fehlerhafte Auswahlentscheidung des Dienstherrn verletzt, folgt daraus, dass der unterlegene Beamte eine erneute Entscheidung über seine Bewerbung zumindest dann beanspruchen kann, wenn seine Aussichten, beim zweiten Mal ausgewählt zu werden, offen sind, d. h. wenn seine Auswahl möglich erscheint. Dementsprechend wird der Dienstherr mit einer der Klage stattgebenden Entscheidung verpflichtet, unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut über die Bewerbung des Kl. zu entscheiden.

Der selbe Maßstab wie im Hauptsacheverfahren ist auch anzulegen, wenn der bei der Auswahl eines Beförderungsbewerbers unterlegene Beamte verwaltungsgerichtlichen Eilrechtsschutz zur vorläufigen Sicherung seines Anspruchs aus Art. 33 Abs. 2 GG begehrt. Da hier effektiver Rechtsschutz letztlich nur im Wege einer einstweiligen Anordnung zu leisten ist, dürfen die Anforderungen an die Glaubhaftmachung eines Anordnungsanspruchs mit Blick auf Art. 19 Abs. 4 GG nicht über das hinausgehen, was für ein Obsiegen des unterlegenen Bewerbers im Hauptsacheverfahren gefordert werden können.

#### *2. Fehlerhafte Würdigung des OVG*

Das Postulat des OVG in der angegriffenen Entscheidung, der Bf. habe glaubhaft zu machen, dass er in einem erneuten Auswahlverfahren bei Vermeidung

des unterstellten Fehlers anstelle eines ausgewählten Mitbewerbers zum Zuge komme, führt zu dem Ergebnis, dass dem Bf. auch bei unterstellter Verletzung von Art. 33 Abs. 2 GG - und dementsprechend gegebener Erfolgsaussicht in der Hauptsache - vorläufiger Rechtsschutz versagt bleibt. Die unterstellte Rechtsverletzung könnte jedoch im Hauptsacheverfahren nach erfolglos durchgeführtem Eilverfahren und einer sich daran anschließenden Ernennung der ausgewählten Mitbewerber nicht mehr korrigiert werden, weil nach dem gegenwärtigen Stand der verwaltungsgerichtlichen Rspr. das Rechtsschutzinteresse an einer erneuten Entscheidung entfallen wäre. Die nach der Auffassung des OVG im verwaltungsgerichtlichen Eilverfahren zu überwindende Hürde ist wegen der Anforderungen an die Glaubhaftmachung eines Anordnungsanspruchs zu hoch; zu einer Entscheidung in der Hauptsache könnte es allein aus prozessualen Gründen nicht mehr kommen, so dass der Bf. letztlich schutzlos bleibt.

## *II. Keine eigene Beurteilung der Erfolgsaussichten der Bewerbung durch die Gerichte möglich*

An diesem Ergebnis ändert auch die Einschätzung des OVG nichts, es bestehe nicht die realistische Möglichkeit, dass der Bf. bei einer neuen, das Spektrum der

Beurteilungsnoten besser ausnutzenden Beurteilungsaktion im Vergleich zu den ausgewählten Mitbewerbern um eine ganze Notenstufe besser abschneiden würde, weil sich die bessere Eignung des Bf. weder aus den Texten der zuletzt erteilten Beurteilung noch aus der davor erteilten Beurteilungen ergebe. Zum einen erscheint es nicht tragfähig, dass das OVG die Chancen des Bf. in einem erneuten Auswahlverfahren aufgrund der vorhandenen dienstlichen Beurteilungen überprüft, obwohl es deren Rechtswidrigkeit wegen eines Verstoßes gegen den Leistungsgrundsatz unterstellt. Zum anderen ist es im Hinblick auf den dem Dienstherrn bei der Auswahlentscheidung zustehenden Beurteilungs- und Ermessensspielraum grundsätzlich nicht Aufgabe des Gerichts, den besser geeigneten Bewerber zu bestimmen und eine eigene Prognose der Erfolgsaussichten der Bewerbung vorzunehmen.

Die angegriffene Entscheidung, die auf die Aussichten des Bewerbers im erneuten Auswahlverfahren abstellt, wäre gemessen an Art. 19 Abs. 4 GG nur dann verfassungsrechtlich unbedenklich, wenn der Bf. - über den regelmäßigen Gewährleistungsinhalt des Art. 33 Abs. 2 GG hinausgehend - als Rechtsschutzziel ausdrücklich seine Beförderung beansprucht hätte; das ist aber nicht der Fall. [...]

## **Standort: Amtshaftung**

## **Problem: "Mobbing" als Amtsausübung**

BGH, BESCHLUSS VOM 01.08.2002  
III ZR 277/01 (DVBL 2002, 1639)

### **Problemdarstellung:**

Im Rahmen der Amtshaftung nach § 839 BGB richten sich die Ansprüche des Geschädigten Kraft gesetzlicher Überleitung durch Art. 34 GG gegen den Staat, nicht gegen den Beamten persönlich. Voraussetzung für die Bejahung eines Amtshaftungsanspruchs ist es aber laut Art. 34 GG ausdrücklich, dass der Beamte "in Ausübung" seines öffentlichen Amtes handelt. Schädigt er den Betroffenen hingegen nur "bei Gelegenheit", haftet nicht der Staat, sondern der Beamte persönlich (etwa aus §§ 823 I, II BGB; 826 BGB etc.). Eine gleichzeitige deliktische Haftung nach §§ 823 ff. BGB von Beamtem und Staat ist ausgeschlossen (anders u.U. bei Verkehrsunfällen im Rahmen von Dienstfahrten mit Privatfahrzeugen, wo § 7 StVG laut BGH anwendbar bleiben soll). Vorliegend ging es um die Frage, ob "Mobbing" im Dienst noch als Amtsausübung zu verstehen ist, m.a.W. ob für dessen Folgen - hier: Ansprüche auf Schadensersatz und Schmerzensgeld infolge eines Mobbing-bedingten Selbstmords -

der Beamte persönlich oder der Staat haftbar zu machen sind. Der BGH bejaht eine Amtsausübung und damit die Einstandspflicht des Staates.

### **Prüfungsrelevanz:**

Das Urteil ist für Prüfungsaufgaben im Bereich der Amtshaftung relevant, in denen das Merkmal "in Ausübung" i.S.d. Art. 34 GG zu prüfen ist. Der BGH wiederholt seine Ansicht, wonach bei dessen Auslegung eher großzügig zu verfahren ist. Er begründet dies damit, dass dem Geschädigten hieraus mehr Vor- als Nachteile erwachsen sollen, insbes. ihm mit dem Staat stets ein solventer Schuldner zur Verfügung steht. Nicht unerwähnt bleibt allerdings auch, dass mit der Bejahung eines Amtshaftungsanspruchs auch Nachteile verbunden sind, insbes. die Haftungserleichterungen nach §§ 839 I 2, II, III BGB, auf die sich der Beamte persönlich im Rahmen von §§ 823, 826 usw. BGB nicht berufen könnte.

### **Vertiefungshinweise:**

□ Amtshaftungsfälle aus der neueren Rechtsprechung: BGH, RA 2001, 316 = DVBL 2001, 807 (Dritt-

bezug der Amtspflicht); RA 2001, 131 = BayVBl 2001, 122 (Passivlegitimation)

Überblick zur Amtshaftung: *Schoch*, Jura 1988, 585

Gutachterliche Falllösung zur Amtshaftung: *Cremer*, JuS 1996, 143

#### **Kursprogramm:**

Examenskurs: "Die vergessene Motorsäge"

Examenskurs: "Ende einer Dienstfahrt"

#### **Leitsatz:**

**Für Schäden, die dadurch entstehen, dass ein Polizeibeamter im Rahmen der gemeinsamen Dienstausbübung durch seinen Vorgesetzten (Art. 4 Abs. 2 Satz 2 BayBG) systematisch und fortgesetzt schikaniert und beleidigt wird ("Mobbing"), haftet der Dienstherr des Schädigers nach Amtshaftungsgrundsätzen.**

#### **Sachverhalt:**

Der Kl. verlangt vom Bekl. aus übergegangenem und abgetretenem Recht Zahlung von Schmerzensgeld und Erstattung von Beerdigungskosten.

Die Tochter des Kl. war Polizeibeamtin. Sie verrichtete vom 1. bis zum 13.12.1998 und vom 1. bis zum 23.1.1999 ihren Dienst in der A-Schicht der Polizeiinspektion in M., deren Dienstgruppenleiter der Bekl. war. Die Tochter des Kl. begab sich Ende Januar 1999 für einige Tage wegen des Verdachts eines psycho-vegetativen Erschöpfungssyndroms in stationärer Behandlung. Am 14.2.1999 beging sie Selbstmord. In einem Abschiedsbrief hatte sie geäußert, sie habe keine Lust mehr, sich von der A-Schicht quälen zu lassen.

Der Kl. hat vorgetragen, der Bekl. habe seine Tochter fortlaufend schikaniert, ihre dienstlichen Leistungen herabgewürdigt und sie in obszöner Weise ständig beleidigt. Der vom Bekl. ausgeübte Psychoterror sei Ausdruck seiner Grundhaltung gewesen, Frauen seien untergeordnete Personen; er habe seinen geradezu triebhaften Zwang, Frauen zu erniedrigen und zu demütigen, aus rein persönlichen Motiven im Dienst ausgelebt. LG und OLG haben die Klage abgewiesen. Mit der Revision verfolgen der Kl. und sein Streithelfer, der Freistaat Bayern, das Zahlungsbegehren weiter. Der BGH hat die Revision nicht angenommen.

#### **Aus den Gründen:**

Die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung (§ 554b ZPO a.F.). Die Revision hat im Ergebnis auch keine Aussicht auf Erfolg (vgl. BVerfGE 54, 277). Die Vorinstanzen haben ihre klageabweisenden Entscheidungen damit begründet, dass sich die auf der Grundlage des Kl.-Vorbringens in Frage kommenden Scha-

densersatzansprüche nach §§ 839 Abs. 1, 844 Abs. 1, 847 Abs. 1 BGB, Art. 34 Satz 1 GG gegen das Land als Dienstherrn und nicht gegen den Bekl. persönlich richteten. Dem ist zuzustimmen.

#### *A. "In Ausübung" des öffentlichen Amtes als Voraussetzung des Amtshaftungsanspruchs*

§ 839 Abs. 1 Satz 1 BGB setzt voraus, dass der Amtsträger in Ausübung des ihm anvertrauten öffentlichen Amtes handelt. Dies bestimmt sich nach der st.Rspr. des Senats danach, ob die eigentliche Zielsetzung, in deren Sinn die Person tätig wurde, hoheitlicher Tätigkeit zuzurechnen ist und ob bejahendenfalls zwischen dieser Zielsetzung und der schädigenden Handlung ein so enger äußerer und innerer Zusammenhang besteht, dass die Handlung ebenfalls als noch dem Bereich hoheitlicher Betätigung angehörend angesehen werden muss. Dabei ist nicht auf die Person des Handelnden, sondern auf seine Funktion, d.h. auf die Aufgabe, deren Wahrnehmung die im konkreten Fall ausgeübte Tätigkeit dient, abzustellen (vgl. nur BGHZ 147, 169, 171; 118, 304, 305).

#### *B. Rechtsbeziehung zwischen Beamten und Staat und Beamten untereinander*

Nach § 2 Abs. 1 BRRG, Art. 2 BayBG steht der Beamte zu seinem Dienstherrn in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis, bei dem der umfassenden Dienstleistungs- und Treuepflicht des Beamten (§ 36 BRRG, Art. 64 Abs. 1 BayBG) die ebenso umfassende Fürsorge- und Treuepflicht des Dienstherrn gegenüber steht (§ 48 BRRG, Art. 86 BayBG). Im Verhältnis zum Vorgesetzten (Art. 4 Abs. 2 Satz 2 BayBG) obliegen dem Beamten Beratungs-, Unterstützungs- und Gehorsampflichten (§ 37 BRRG, Art. 64 Abs. 2 BayBG). Umgekehrt bestimmen die in § 35 Abs. 1 Satz 2, § 36 Satz 3 BRRG sowie in Art. 62 Abs. 1 Satz 2, Art. 64 Abs. 1 Satz 3 BayBG enthaltenen Pflichten in besonderem Maße das Verhalten des Vorgesetzten zu seinen Untergebenen. Im Umgang mit ihnen ist er zu einem korrekten, achtungs- und vertrauenswürdigen Auftreten verpflichtet, wobei er sich insbesondere eines angemessenen Umgangs zu befleißigen hat (vgl. Clausen/Janzen, BDO, 8. Aufl., Einl. C Rdnr. 54a ff.; Zängl, in: Weiß/Niedermaier/Summer/Zängl, BayBG, Art. 64 Anm. 14a).

#### *C. Innerdienstliches Verhalten ist regelmäßig Amtsausübung*

Angesichts dieses beamtenrechtlichen (öffentlich-rechtlichen) Normengefüges wird ein Vorgesetzter, der - wie hier - im Rahmen der gemeinsamen Dienstausbübung einen Untergebenen respektlos behandelt, regelmäßig hoheitlich tätig. Dies hat zur Folge, dass für

etwaige daraus entstehende Gesundheitsschäden des Untergebenen nach Amtshaftungsgrundsätzen grundsätzlich nicht der Vorgesetzte Beamte persönlich, sondern dessen Dienstherr haftet. Davon geht im rechtlichen Ansatz auch die Revision aus.

### *I. Kein dienstlicher Anlass erforderlich*

Entgegen der Auffassung der Revision rechtfertigt der Umstand, dass jedenfalls bezüglich der fortgesetzten anstößigen Beleidigungen ein konkreter dienstlicher Anlass nicht immer erkennbar ist, diese Äußerungen vielmehr in nachvollziehbarer Weise nur als Ausdruck einer frauenfeindlichen Grundhaltung des Bekl. zu erklären sind, keine andere Beurteilung der Rechtslage.

#### *1. Weite Auslegung des Begriffs der "Amtsausübung"*

Nach st. Rspr. darf bei der Frage, ob ein Amtsträger in Ausübung des ihm anvertrauten öffentlichen Amtes oder nur bei Gelegenheit der Amtsausübung gehandelt hat, der Begriff der Ausübung nicht zu eng ausgelegt werden (so schon RGZ 104, 286, 289). Auch ein Missbrauch des Amtes zu eigennützigen, schikanösen oder gar strafbaren Zwecken, eine Pflichtwidrigkeit aus eigensüchtigen oder rein persönlichen Gründen schließt den für das Handeln in Ausübung des Amtes maßgeblichen inneren Zusammenhang zwischen Amtsausübung und schädigendem Verhalten nicht von vornherein aus (vgl. BGH, LM BGB § 139 [Fg] Nr. 5).

Insbesondere ist ein Tätigwerden in Ausübung des übertragenen öffentlichen Amtes selbst dann nicht ausgeschlossen, wenn der Beamte gerade das tut, was er verhindern sollte (wenn etwa Wachtpersonal, das Plünderungen vermeiden soll, sich selbst daran beteiligt, RGZ 104, 304; wenn ein Polizeibeamter, der die missbräuchliche Verwendung von Dienstfahrzeugen verhindern soll, selbst einen Dienstwagen zu einer Schwarzfahrt benutzt, BGHZ 124, 15, 18; 1, 388, 392).

#### *2. Gesamtschau erforderlich*

Darüber hinaus ist zu beachten, daß nach der Rspr. des Senats der gesamte Tätigkeitsbereich, der sich auf die Erfüllung einer bestimmten hoheitlichen Aufgabe bezieht, als Einheit beurteilt werden muß und es nicht angeht, die einheitliche Aufgabe in Einzelakte - teils hoheitlicher, teils bürgerlich-rechtlicher Art - aufzuspalten und einer gesonderten Beurteilung zu unterziehen (BGHZ 42, 176, 179 f. zur Frage, ob die Teilnahme eines Amtsträgers am allgemeinen Verkehr als Dienst- oder Privatfahrt einzuordnen ist; BGHZ 16, 111, 112 f. zur Paketbeförderung durch die damals noch öffentlich-rechtlich organisierte Post).

### *II. Subsumtion für den konkreten Fall*

Nach diesen Maßstäben steht vorliegend nur die Haf-

tung des Landes als Dienstherr der zu Tode gekommenen Polizeibeamtin in Frage.

Diese hatte mit dem Bekl. nur im Rahmen der gemeinsamen Dienstausbübung Kontakt. Die vorgetragene Herabwürdigungen ihrer dienstlichen Leistungen durch den Bekl., die Verweigerung von Hilfestellung, die - diskriminierende - Praxis, der Beamtin, im Unterschied zu allen anderen (männlichen) Kollegen der A-Schicht Dienstanweisungen nicht mehr mündlich, sondern durch Notizzettel zu erteilen, sowie das Ansinnen, eine falsche Ordnungswidrigkeiten-Anzeige aufzunehmen, haben eindeutig einen dienstlichen Bezug. Die notwendige innere Beziehung der schädigenden Handlung zur Dienstausbübung ist insoweit, und zwar ohne Rücksicht auf die Absichten und Beweggründe des Bekl. fraglos gegeben. Bezüglich der fortgesetzten Beleidigungen hat das OLG im Anschluss an die bereits zitierte Rspr. zutreffend angenommen, dass eine isolierte Betrachtungsweise dahin, dass bei solchen Vorfällen, in denen ein konkreter Bezug zu dienstlichen Vorgängen nicht erkennbar ist, der Vorgesetzte nach allgemeinem Deliktsrecht persönlich haften soll, nicht möglich ist.

### *III. Kein Widerspruch zu früheren Entscheidungen des BGH*

Aus den von der Revision des Kl. angeführten Entscheidungen ergibt sich nichts anderes.

Dem Senatsurteil BGHZ 11, 181 lag der Fall zugrunde, dass ein Truppenangehöriger einen Offizier »aus Wut und Rache« plötzlich durch einen mittels einer Maschinepistole abgegebenen Feuerstoß getötet hatte. Hier hat der Senat einen inneren Zusammenhang zwischen Tat und Dienst verneint, obgleich die persönlichen Beweggründe zur Tat durch Vorkommnisse im Dienst veranlasst worden sein sollten. Mit einer derartigen Konstellation, der eine spontane, selbst in Kriegszeiten kaum nachvollziehbare Überreaktion zugrunde liegt, die strafrechtlich möglicherweise als Mord zu ahnden ist (vgl. auch RGZ 104, 286, 290), ist der vorliegende Fall nicht vergleichbar. Er zeichnet sich vielmehr auf der Grundlage des Kl.-Vorbringens dadurch aus, dass ein Vorgesetzter seine hervorgehobene Amtsstellung in einer im Einzelfall mehr oder weniger auf einen konkreten dienstlichen Anlass bezogenen Art und Weise dazu missbraucht, einen Untergebenen systematisch und fortgesetzt zu beleidigen, zu schikanieren und zu diskriminieren ("Mobbing"). Diese Verhaltensweise erfordert eine einheitliche Beurteilung, die dann, wenn - wie hier - das Mobbing im Rahmen bestehender Beamtenverhältnisse stattfindet, zur Anwendung von Amtshaftungsrecht führt.

### *D. Keine private Haftung des Beamten*

Dies hat zur Folge, dass vorliegend allein das Land als

Dienstherr des Bekl. passivlegitimiert ist. Soweit die Revision des Kl. darauf hinweist, dass neben Ansprüchen aus Amtshaftung gegen die Anstellungskörperschaft auch eine persönliche Ersatzpflicht des Amtsträgers aus anderem Rechtsgrund in Frage kommen kann, so betrifft dies insbesondere Ansprüche gegen den Beamten nach § 7 StVG (etwa wenn der Beamte mit seinem eigenen Pkw eine Dienstfahrt durchführt, vgl. BGHZ 29, 38). Hingegen verbleibt es allein bei der Haftung aus § 839 BGB, Art. 34 Satz 1 GG, wenn der Beamte in Ausübung eines öffentlichen Amtes eine Handlung begeht, die bei Anwendung des allgemeinen Deliktrechts den Tatbestand des § 823 Abs. 1 und Abs. 2 (i.V. mit §§ 185, 223 StGB) oder des § 826 BGB erfüllen würde (vgl. BGHZ 69, 128, 138 ff.; 78, 274, 279). Aus der von der Revision des Kl. angeführten Senatsentscheidung BGHZ 147, 381 ergibt sich nichts anderes.

*E. Sachgerechte Ergebnisse sprechen für Bejahung der Amtsausübung*

Diese Haftungsfolge ist auch sachgerecht. Sie führt zu klaren und eindeutigen Ergebnissen, die für den Geschädigten mehr Vor- als Nachteile mit sich bringen.

Dies gilt auch für die vorliegende Fallkonstellation (Mobbing durch Vorgesetzte): Dem geschädigten Beamten steht insbesondere ein leistungsfähiger Schuldner gegenüber. Die Subsidiaritätsklausel des § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB greift im allgemeinen schon deshalb nicht ein, weil "fahrlässiges Mobbing" kaum denkbar ist. Auch § 839 Abs. 3 BGB wird in gravierenden Fällen, in denen - wovon vorliegend nach dem Kl.-Vortrag auszugehen ist - die Mobbing-Handlungen des Vorgesetzten gegenüber einer diensttuenden Beamtin mit (zumindest) stillschweigender Billigung der anderen (männlichen) Kollegen erfolgt sind, kaum zu einem Anspruchsverlust führen. In einer derartigen Situation muss das "Mobbing-Opfer" befürchten, dass durch Einlegung einer Beschwerde eine baldige Besserung seiner Situation nicht zu erreichen, vielmehr im Gegenteil eine deutliche Verschlechterung zu befürchten ist. Eine unbillige Entlastung des handelnden Beamten ist damit nicht verbunden, da in eindeutigen "Mobbing-Fällen", in denen ein Vorgesetzter seine Amtsbefugnisse vorsätzlich und schwerwiegend missbraucht, der haftende Dienstherr Regress nehmen kann (§ 46 BRRG, Art. 85 BayBG).

#### IMPRESSUM

<b>HERAUSGEBERIN:</b>	JURA INTENSIV VERLAGS-GMBH & CO. KG, Salzstraße 18, 48143 Münster Tel.: 0251/4824-60; Fax: 0251/4824-545 <a href="http://www.jura-intensiv.de">http://www.jura-intensiv.de</a> ra@jura-intensiv.de
<b>CHEFREDAKTION:</b>	Rechtsanwalt Frank Schildheuer ( <i>zugleich Öffentliches Recht</i> )
<b>REDAKTEURE:</b>	Rechtsanwalt Dr. Carsten Scheen ( <i>Zivilrecht</i> ); Rechtsanwalt Uwe Schumacher ( <i>Strafrecht</i> ) Die Redakteure sind postalisch erreichbar unter der Adresse der Herausgeberin.
<b>ABONNEMENT:</b>	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.
<b>BEZUGSPREISE:</b>	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.
<b>VERSAND:</b>	Ohne Zusicherung eines festen Veröffentlichungstermins monatlich per Post.
<b>NACHBESTELLUNG:</b>	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.
<b>DRUCK:</b>	Wiermer Drucke, Gutenbergstraße 3, 48341 Altenberge; Tel. 02505/930811

*Zivilrecht***Standort: Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte      Problem: Versicherungsgutachten**

BGH, URTEIL VOM 17.09.2002  
X ZR 237/01 (NJW 2002, 3625)

**Problemdarstellung:**

Zur Bestimmung ihrer Einstandspflicht aus einer Unfallversicherung hatte die Versicherungs-AG beim Bekl. einen Todesfallbericht angefordert, ob der Tod ihres Versicherungsnehmers, dem Ehemann der Kl., auf einen Verkehrsunfall oder einem anderen früheren Ereignis (hier: Arbeitsunfall) beruhte. In seinem Todesfallbericht führte der Bekl. als Todesursache nur zu 25% den versicherten Verkehrsunfall und zu 75% den vorangegangenen Arbeitsunfall an. Dieser Todesfallbericht erwies sich später als insofern falsch, dass im Wesentlichen nur der Verkehrsunfall zum Tode des Versicherungsnehmers geführt hat. Die Kl. nimmt den Bekl. auf Schadensersatz wegen sorgfaltswidriger Gutachtenerstellung in Anspruch.

Der BGH musste nunmehr die Frage klären, ob die Kl. den Bekl. aus einem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter in Anspruch nehmen kann. Dabei wird nach st. Rspr. eine Berufshaftung für Berufsgruppen, die über eine besondere vom Staat anerkannte Sachkunde verfügen (Rechtsanwälte, Steuerberater, Sachverständige, etc.), nach den Grundsätzen des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter angenommen, wenn deren Vertragsleistungen von vornherein erkennbar zum Gebrauch gegenüber Dritten bestimmt sind und nach dem Willen des Auftraggebers mit einer entsprechenden Beweiskraft ausgestattet sein sollen (vgl. BGHZ 133, 168; BGH, NJW 2001, 3115). Diese Voraussetzungen können grundsätzlich auch bei einem ärztlichen Gutachten für eine Versicherung vorliegen. Aber es fehlt hier an der besonderen Pflicht der den Gutachtenauftrag erteilenden Versicherung zum Schutz von Vermögensinteressen der Kl. (vgl. BGH, NJW 2001, 3115). Im Übrigen fehlt es an einer Kausalitätsbeziehung zwischen dem fehlerhaft erstellten Gutachten und dem eingeklagten Schaden, da die Kl. von vornherein nicht an die Richtigkeit des Todesfallberichts des Bekl. geglaubt hat.

**Prüfungsrelevanz:**

Neben dem gesetzlich geregelten Fall des Vertrages zugunsten Dritter gem. §§ 328 ff. BGB, der für den

Dritten einen Anspruch auf die vereinbarte Leistung begründet, hat die Rechtsprechung als besondere Art der Drittberechtigung den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter herausgebildet. Dabei steht der Anspruch auf die geschuldete (Haupt-)Leistung allein dem Gläubiger zu, der Dritte ist jedoch in der Weise in die vertraglichen Sorgfalts- und Obhutspflichten (§ 241 II BGB) einbezogen, dass er bei deren Verletzung vertragliche Schadensersatzansprüche geltend machen kann. Grund für die Herausbildung des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter war die Unzulänglichkeit des Deliktsrechts, insbesondere die unbefriedigende Regelung der Gehilfenhaftung gem. § 831 BGB mit ihrer Exkulpationsmöglichkeit. Rechtsgrundlage der vertraglichen Schutzwirkung zugunsten Dritter ist nach der Rechtsprechung eine ergänzende Vertragsauslegung, während die Literatur überwiegend eine richterrechtliche Rechtsfortbildung unter Analogie zu §§ 328 ff. BGB annimmt. In den praktischen Voraussetzungen und Rechtsfolgen stimmen aber beide Ansichten überein.

Damit die Haftung des Schuldners nicht uferlos ausgedehnt wird, sind an die Einbeziehung Dritter in den vertraglichen Schutzbereich strenge Anforderungen zu stellen. Zuerst muss einmal der Dritte bestimmungsgemäß mit der vertraglichen Leistung in Berührung kommen, so dass er den Gefahren von Vertragsverletzungen ebenso ausgeliefert ist wie der Gläubiger. Dann muss der Gläubiger ein Interesse daran haben, den Dritten in den Schutzbereich des Vertrages miteinbeziehen zu wollen, was durch Auslegung zu ermitteln ist. Zudem muss dem Schuldner die Drittbezogenheit seiner Leistung und das Einbeziehungsinteresse des Gläubigers erkennbar sein. Zuletzt muss der Dritte schutzwürdig sein, d.h. er darf keine inhaltsgleichen Ansprüche gegen einen der Beteiligten schon auf andere Weise haben.

**Vertiefungshinweise:**

□ Zu § 328 BGB im Zusammenhang mit Versicherungen: *LG Bielefeld*, *NVersZ* 2002, 278; *OLG Koblenz*, *NJW-RR* 1997, 1183

**Kursprogramm:**

□ *Examenskurs*: "Die aggressiven Holzwürmer vom Niederrhein"

**Leitsatz:**

**Unter dem Gesichtspunkt einer dem Auftraggeber gegenüber einem Dritten obliegenden Personensorge- oder Fürsorgepflicht kommt die Einbeziehung eines durch einen Versicherungsvertrag Begünstigten in die Schutzwirkungen eines zwischen dem Versicherer und einem von diesem herangezogenen Gutachter geschlossenen Vertrags nur dann in Betracht, wenn der Versicherungsvertrag und das in dessen Rahmen eingeholte Gutachten Rechtsgüter des Versicherten berühren, deren Wahrung und Schutz dieser von seinem Vertragspartner in besonderem Maße erwarten darf.**

**Sachverhalt:**

Der Ehemann der Kl., der bei der Versicherungs AG eine Unfallzusatzversicherung zur Lebensversicherung, eine Privat-Unfallversicherung und eine Pkw-Insassenunfallversicherung abgeschlossen hatte, erlitt 1962 einen Arbeitsunfall und im November 1995 einen Verkehrsunfall. Infolge des Verkehrsunfalls wurde er im Dezember 1995 vom Bekl. operiert; am 18. 12. 1995 verstarb er an Herz-Kreislauf-Versagen. Die Versicherung forderte nach dem Tod des Ehemanns der Kl. beim Bekl. einen Todesfallbericht an, den der Bekl. am 22. 1. 1996 abgab, in dem er den Tod des Ehemanns der Kl. im Wesentlichen auf den Arbeitsunfall aus dem Jahre 1962 zurückführte und angab, dass die damals erlittene Halswirbelsäulenverletzung mit Pseudarthrose an dem Tod des Ehemanns der Kl. zu 75% mitgewirkt habe. Die Versicherung rechnete die Leistungen aus den Versicherungen zunächst auf der Grundlage der Angaben des Bekl. im Todesfallbericht mit einer Quote von 25% ab. Die Kl. nahm die Versicherung daraufhin in einem Vorprozess vor dem LG auf Zahlung einer Quote von 75% aus der Privat-Unfallversicherung in Anspruch, da der Arbeitsunfall nur zu 25% am Tod ihres Ehemanns mitgewirkt habe. In diesem Verfahren wurde ein Gutachten des Sachverständigen Prof. Dr. V vom 19. 5. 1998 eingeholt, demzufolge kein Zweifel bestehen könne, dass der entscheidende Faktor für die zum Tode führende Erkrankung nach dem Verkehrsunfall vom November 1995 in der hochgradigen Instabilität der Halswirbelsäule zwischen dem ersten und zweiten Wirbelkörper gewesen sei, die ebenso sicher nicht durch den Unfall bedingt, sondern wesentlich älter sei, nicht notwendig aber auf dem Arbeitsunfall von 1962 beruhe. Das LG sah die Angaben des Bekl. im Todesfallbericht vom 22. 1. 1996 durch dieses Gutachten bestätigt und wies die Klage ab; das Urteil ist rechtskräftig. In einem von der Kl. geführten weiteren Prozess vor dem SG wurde der Bekl. zum Sachverständigen bestellt und erstattete

dort ein Gutachten, in dem er nach Auswertung der über den Arbeitsunfall und danach erstellten Krankenunterlagen des Ehemanns der Kl. zu dem Ergebnis kam, der Ehemann der Kl. habe 1962 wahrscheinlich eine Densfraktur erlitten, die nicht durch knöcherne Durchbauung, sondern durch bindegewebige Umwachsung (Pseudarthrose) und ligamentäre Hypertrophie (Pannusbildung) abgeheilt sei, so dass es eines schweren Traumas bedurft habe, um diese feste Verbindung zum Zerreißen zu bringen; die Gesundheitsstörungen, die die Operation im Dezember 1995 erforderlich gemacht hätten, seien im Wesentlichen auf den Unfall von 1995 zurückzuführen. Die Versicherung leistete nach dem vor dem LG geführten Rechtsstreit keine weiteren Zahlungen aus der Privat-Unfallversicherung. Dagegen hob die Versicherung die Leistungen aus der Unfall-Zusatzversicherung auf Grund der Annahmeerklärung der Kl. vom 13. 9. 1999 auf insgesamt 50% an. Auf Grund der Unfall-Entschädigungserklärung der Kl. vom 12. 1. 2000 leistete die Versicherung ferner über die bereits gezahlten 25% hinaus einen weiteren Betrag von 15000 DM aus der Insassen-Unfallversicherung. Mit der im August 2000 erhobenen Klage macht die Kl. geltend, der Bekl. habe bei der Erstellung des Todesfallberichts vom 22. 11. 1996 die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht gelassen.

Das LG hat die Klage abgewiesen. Das BerGer. hat den Bekl. verurteilt, 38 518,20 DM nebst 8% Zinsen seit dem 6. 10. 2000 zu zahlen. Die Revision des Bekl. hatte Erfolg.

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

Das BerGer. hat die Klage für begründet erachtet, weil der Bekl. wegen fahrlässig fehlerhafter Äußerungen im Todesfallbericht vom 22. 11. 1996 aus Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte auf Schadensersatz für die der Kl. entgangenen Versicherungsleistungen haftete. Es hat dazu ausgeführt:

Entgegen der Auffassung des LG sei der so genannte Todesfallbericht, den der Bekl. für die Versicherung erstellt habe, ein Gutachten, das Schadensersatzansprüche auslösen könne, wenn es fahrlässig fehlerhaft erstattet worden sei. In den Schutzbereich des Gutachtenvertrags der Versicherung mit dem Bekl. sei die Kl. einbezogen, weil für den Bekl. ersichtlich gewesen sei, dass die Versicherung um seine Bewertung der Todesursache gebeten hatte, um entsprechend mit dem durch die Versicherung Begünstigten abzurechnen. Der Rechtsverkehr bringe der gutachterlichen Äußerung eines leitenden Arztes das für die Einbeziehung der Kl. in die Schutzwirkungen des Gutachtenvertrags erforderliche Vertrauen entgegen. Die Bezeichnung

des Gutachtens als „Todesfallbericht“ stehe dem nicht entgegen. Die äußeren Umstände des vom Bekl. abgegebenen Gutachtens legten zwar - auch für Dritte - die Annahme nahe, dass der Arzt seine Stellungnahme nur auf Grund seines Untersuchungsergebnisses, seiner Kenntnis des Behandlungsverlaufs und der ihm vorliegenden Unterlagen abgebe. Sowohl für die Versicherung wie für den Versicherungsnehmer, der mit dem ausgefüllten Bericht konfrontiert werde, liege auf der Hand, dass der Arzt keine weiteren Unterlagen hinzuziehe. Das hindere aber nicht, Dritte in die Schutzwirkung des Vertrags einzubeziehen.

Das Gutachten des Bekl. hat das BerGer. für fehlerhaft gehalten, weil die Bewertung, dass der Tod des Ehemanns der Kl. zu 75% auf den Arbeitsunfall aus dem Jahre 1962 zurückzuführen sei, nur hätte abgegeben werden können, wenn der Bekl. die ärztlichen Unterlagen über den Unfall im Jahre 1962 und die Behandlungsunterlagen der darauf folgenden Jahre beigezogen hätte. Dann wäre möglicherweise die Bewertung gerechtfertigt gewesen, dass die alten Unfalfolgen überwiegend todesursächlich gewesen seien. Stattdessen habe der Bekl., der nichts Näheres über die Verletzungen bei dem Unfall im Jahr 1962 habe wissen können, diese Einschätzung ohne jede Einschränkung abgegeben. Richtigerweise hätte diese Frage entweder offen gelassen oder eine einschränkende Antwort in dem Sinne gegeben werden müssen, dass die Bewertung nicht auf einer näheren Kenntnis des alten Unfalls und seiner Folgen fuße. Zwar wüssten die Versicherung wie der Versicherungsnehmer, dass der Arzt, der gutachtliche Äußerungen im Rahmen eines „Todesfallberichts“ abgebe, keine Unterlagen speziell für den Bericht beiziehe. Der Adressat des Gutachtens müsse aber bei einer derart uneingeschränkten Äußerung, wie sie der Bekl. abgegeben habe, annehmen, die Bewertung des Arztes ergebe sich zweifelsfrei aus dem Untersuchungsbefund, wobei die Befunde aus dem Jahre 1962 und eine Anamnese der Krankengeschichte dieses Ergebnis nicht in Zweifel ziehen werde. Wie das spätere Gutachten des Bekl. vom 1. 2. 1990 zeige, sei das Gegenteil der Fall.

Hierdurch sei der Kl. der geltend gemachte Schaden entstanden. Es könne davon ausgegangen werden, dass die Kl. von der Versicherung voll abgefunden worden wäre, wenn der Bekl. in dem Todesfallbericht deutlich gemacht hätte, dass der Verursachungsanteil des alten Unfalls am Tod des Ehemanns der Kl. offen sei. Die Versicherung hätte nämlich, nachdem der Tod in nahem zeitlichem Zusammenhang mit dem Verkehrsunfall und der hierdurch erforderlichen Operation eingetreten war, die Beweislast dafür gehabt, dass und in welchem Umfang die Vorerkrankung an den Folgen des Unfalls mitgewirkt habe. Sie hätte die Kl. voll abgefunden, wenn die Vorerkrankung zu weniger als

25% ursächlich für die Unfallfolge gewesen sei (§ 8 AUB). Dem könne der Bekl. nicht entgegenhalten, in dem Vorprozess vor dem LG sei der Gutachter Prof. Dr. V ebenfalls zu dem Ergebnis gekommen, dass nur 25% der Unfallfolgen auf das Geschehen vom 21. 11. 1995 zurückzuführen seien. Es könne dahinstehen, ob das Gutachten überzeugend begründet sei. Immerhin halte es auch dieser Gutachter nicht für beweisbar, dass der Unfall aus dem Jahre 1962 noch ursächlich für den Tod gewesen sei. Wenn der Bekl. den Tod nicht überwiegend auf den Unfall von 1962 zurückgeführt hätte, wäre es zu diesem Klageverfahren gar nicht gekommen.

#### *B. Entscheidung des BGH in der Revision*

Die Ausführungen des BerGer. halten der revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand. Das BerGer. ist davon ausgegangen, dass zwischen der Versicherung und dem beklagten Arzt ein Auskunftsvertrag geschlossen worden sei, in dessen Schutzwirkungen die Kl. als Erbin des Versicherungsnehmers einbezogen sei. Das BerGer. hat weiter angenommen, dass der Bekl. ein objektiv fehlerhaftes Gutachten abgegeben habe und der mit der Klage geltend gemachte Schaden durch das objektiv fehlerhafte Gutachten des Bekl. verursacht worden sei. Die dagegen erhobenen Rügen greifen durch und führen zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückweisung der Berufung der Kl. gegen das klageabweisende Urteil des LG.

#### *I. Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter bei Berufsgruppen mit staatlich anerkannter Sachkunde*

Nach ständiger Rechtsprechung gibt es unter dem Gesichtspunkt des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte eine Berufshaftung für Rechtsanwälte, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer und Sachverständige, also für Berufsgruppen, die über eine besondere vom Staat anerkannte Sachkunde verfügen, wenn deren Vertragsleistungen von vornherein erkennbar zum Gebrauch gegenüber Dritten bestimmt sind und nach dem Willen des Auftraggebers mit einer entsprechenden Beweiskraft ausgestattet sein sollen, wie dies bei einer Bilanz oder einem Sachverständigengutachten der Fall ist, die nicht nur für das Innenverhältnis zwischen Auftraggeber und Rechtsanwalt, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer oder Sachverständigen bestimmt sind (BGHZ 133, 168 = NJW 1996, 2927 = LM H. 12/1996 § 157 [C] BGB Nr. 46; Senat, NJW 2001, 3115 = LM H. 3/2002 § 328 BGB Nr. 102). Diese Voraussetzungen können grundsätzlich auch bei einem von einem Arzt für eine Versicherung erstatteten Gutachten oder einer der Versicherung von einem Arzt erteilten Auskunft vorliegen. Davon ist das BerGer. zutreffend ausgegan-



gen. Gegen diesen Ausgangspunkt erhebt die Revision keine Rügen.

## *II. Kein Einbeziehungsinteresse der Versicherung mangels Wahrnehmungspflicht für die Interessen des Versicherten*

Der Bekl. haftet nicht schon deshalb nach den Grundsätzen des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte dem Grunde nach auf Ersatz der geltend gemachten Schäden, weil - wie die Revisionsbekl. im Termin zur mündlichen Verhandlung ausgeführt hat - der Todesfallbericht als Gutachten von einer Versicherung eingeholt worden ist und diese - für den Bekl. erkennbar - in diesem Zusammenhang auch die Vermögensinteressen ihres Versicherungsnehmers hätte wahrnehmen müssen. Insoweit kann dahinstehen, ob die Einbeziehung des Versicherungsnehmers in den Schutzbereich des zwischen der Versicherung und einem von ihr herangezogenen Gutachter geschlossenen Vertrags in Betracht kommt, wenn der Versicherungsvertrag und das zur Vorbereitung von Entscheidungen in dessen Rahmen eingeholte Gutachten Rechtsgüter des Versicherten berühren, deren Wahrung und Schutz er von seinem Vertragspartner in besonderem Maße erwarten darf; eine generelle Pflicht zur Wahrnehmung der Interessen des Versicherten bei der Einholung von Gutachten zur Vorbereitung der eigenen Regulierungsentscheidung, die schon als solche zur Einbeziehung des Versicherten in den Schutzbereich des Vertrags führen könnte, besteht nicht.

Wie der Senat bereits entschieden hat, kann eine solche Pflicht allerdings dann bestehen, wenn dem Auftraggeber des Gutachtens gegenüber dem davon betroffenen Dritten eine Personensorge- oder Fürsorgepflicht obliegt (Senat, NJW 2001, 3115 = LM H. 3/2002 § 328 BGB Nr. 102), während die allgemeinen Sorgfaltspflichten, die Vertragsparteien oder staatliche Stellen im Rahmen ihrer Entscheidungen treffen, in diesem Zusammenhang nicht genügen. Eine in diesem Sinne gesteigerte Pflicht erscheint auch im Rahmen von Versicherungsverhältnissen etwa dann denkbar, wenn diese - wie möglicherweise bei einer Krankenversicherung - wesentliche Lebensgrundlagen des Versicherten berühren, dessen Leben und Gesundheit von der Eintrittsbereitschaft des Versicherers für eine Behandlung abhängen können. Auf Versicherungen, die wie im Falle der Kl. lediglich eine Geldzahlung betreffen, lassen sich diese Erwägungen nicht übertragen. Hier kommt ein Schutz des Dritten allenfalls dann in Betracht, wenn die Stellungnahme des Gutachters auch aus dessen Sicht als Grundlage für Dispositionen auch des Dritten mit insbesondere vermögensrechtlichen Folgen dient und der Dritte im Vertrauen auf das Gutachten solche Dispositionen getroffen hat. Für einen darüber hinausgehenden Schutz des Dritten ist

ein Bedarf nicht zu erkennen. Damit scheidet insoweit die Annahme eines Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte schon deshalb aus, weil dieses von der Rechtsprechung entwickelte Institut allein dazu dient, einen anderweitig nicht oder jedenfalls nicht angemessen gewährleisteten Schutz des Dritten zu eröffnen.

## *III. Kausalitätsprobleme*

Ob die von der Revision gerügte Annahme des BerGer. zutrifft, der Todesfallbericht des Bekl. habe nach Inhalt und Form bei Verwendung gegenüber Dritten Anlass zu einem Vertrauen in das Vorliegen einer abschließenden Bewertung der Todesursachen und deren Richtigkeit geboten, bedarf hier ebenso wenig einer abschließenden Erörterung wie die weitere Frage, ob das BerGer. die objektive Fehlerhaftigkeit des Gutachtens festgestellt hat und welche Folgen sich ergäben, wenn der Bericht die Ursache objektiv richtig beurteilen sollte. Denn jedenfalls fehlt es - wie die Revision mit Recht rügt - an der erforderlichen Kausalität zwischen der behaupteten Pflichtverletzung des Bekl. und dem mit der Klage geltend gemachten Schaden.

Es ist anerkannt, dass für die Schadenszurechnung im Allgemeinen und bei Schadensersatzansprüchen aus Verträgen mit Schutzwirkung für Dritte neben der Kausalität der schadensstiftenden Handlung im Sinne logisch-naturwissenschaftlicher Kausalität auch die rechtliche Zurechnung des Schadens zur schadensstiftenden Handlung unter dem Gesichtspunkt der Adäquanz erforderlich ist, wobei solche Schadensverläufe unter dem Gesichtspunkt der Adäquanz nicht zu einer Schadensersatzpflicht führen können, die dem Verantwortlichen billigerweise nicht mehr zugerechnet werden können (Senat, NJW 2001, 512 = LM H. 10/2001 § 249 [Bb] Nr. 72 m. w. Nachw.). Eine solche Zurechnung scheidet im Falle objektiv unrichtiger Gutachten aus, wenn der in die Schutzwirkung eines Gutachten- oder Auskunftsvertrags einbezogene Dritte die Unrichtigkeit des Gutachtens erkennt oder ernsthafte Zweifel an der Richtigkeit des Gutachtens hegt und seine Dispositionen unabhängig von Inhalt und Ergebnis des Gutachtens trifft (Senat, NJW 2001, S12 = LM H. 10/2001 § 249 [Bb] Nr. 72).

Im Streitfall hat die Kl. die - von ihr behauptete - Unrichtigkeit des Todesfallberichts des Bekl. erkannt und ihre Dispositionen unabhängig von Inhalt und Ergebnis des Todesfallberichts des Bekl. getroffen. Dies ergibt sich zum einen aus dem Umstand, dass die Kl. in dem von ihr vor dem SG geführten Prozess, in dem der Bekl. sein vom Todesfallbericht abweichendes Gutachten abgegeben hat, trotz der im Todesfallbericht getroffenen Feststellungen zur Ursächlichkeit der Vorschädigung, die ein solches Vorgehen als sinnlos hätte erscheinen lassen müssen, weitergehende Leistungen eingeklagt hat. Des Weiteren hat die Kl. die Versiche-

rung in dem vor dem LG geführten Prozess, in dem der Sachverständige Prof. Dr. V sein den Todesfallbericht des Bekl. bestätigendes Gutachten abgegeben hat, auf Leistungen in Anspruch genommen, die ihr nicht zugestanden hätten, wenn sie auf die Richtigkeit des Todesfallberichts des Bekl. vertraut hätte oder dessen Richtigkeit bei ihren Dispositionen ernsthaft in Betracht gezogen hätte. Dass die Kl. ihre Dispositionen ohne Rücksicht auf die Richtigkeit oder Fehlerhaftigkeit aller dieser Gutachten getroffen hat, ergibt sich schließlich aus dem Umstand, dass sie kein Rechtsmittel gegen das klageabweisende Urteil des LG T. eingelegt hat, sondern bezüglich der beiden von diesem Urteil nicht betroffenen Unfallversicherungen Abfindungsvereinbarungen mit der Versicherung über - gemessen am Todesfallbericht des Bekl. - erhöhte Versicherungsleistungen geschlossen hat. Daraus folgt, dass der mit der Klage geltend gemachte Schaden dem Bekl. nicht zugerechnet werden kann, weil die Kl. ihre Dispositionen nicht auf der Grundlage des ihrer Ansicht nach fehlerhaften Todesfallberichts getroffen hat, sondern unabhängig von ihm und aus freiem Entschluss nach dem zum Anlass der Ersatzforderung genommenen Geschehen in den durch den Todesfallbericht in Gang gesetzten Kausalverlauf eingegriffen

hat, ohne die von ihr auf der Grundlage der Behauptung, der Todesfallbericht des Bekl. sei fehlerhaft, geltend gemachten Ansprüche abschließend gerichtlich durchzusetzen.

Auf Grund dieses unstreitigen Verhaltens der Kl. nach der Erstellung des Todesfallsberichts und seiner von der Kl. bereits damals behaupteten Fehlerhaftigkeit steht fest, dass es an der Zurechenbarkeit des geltend gemachten Schadens zu der behaupteten Fehlerhaftigkeit des Todesfallberichts des Bekl. fehlt.

### *C. Aufhebung des Berufungsurteils und Klageabweisung*

Da die die Haftung des Bekl. ausschließenden Umstände festgestellt und unstreitig sind, da ferner die Voraussetzungen einer Haftung des Bekl. aus unerlaubter Handlung (§ 826 BGB) von der Kl. nicht dargelegt worden sind und die Parteien im Revisionsverfahren darauf auch nicht mehr zurückgekommen sind, kann der Senat abschließend entscheiden, so dass das Berufungsurteil auf die Revision aufzuheben und die Berufung gegen das klageabweisende Urteil des LG mit den Kostenfolgen aus §§ 91, 97 ZPO zurückzuweisen ist.

## **Standort: Bankrecht**

## **Problem: Existenz eines allgemeinen Bankvertrages**

BGH, URTEIL VOM 24.09.2002  
XI ZR 345/01 (NJW 2002, 3695)

### **Problemdarstellung:**

In diesem Revisionsverfahren ging es letztlich um die vom BGH zu beantwortende Frage, ob bei längerer Geschäftsverbindung zwischen einer Bank und einem ihrer Kunden durch Girovertrag, Darlehensvertrag, etc. auch ein eigenständiger allgemeiner Bankvertrag als umfassender Rahmenvertrag mit entsprechender allgemeiner Beratungs- und Treupflicht zustande kommt.

Während das BerGer. einen solchen allgemeinen Bankvertrag als Rahmenvertrag bejahte, hat der BGH die Existenz eines solchen Vertrages verneint. Allein aus der Existenz einer langjährigen Geschäftsbeziehung in Form verschiedener Verträge (Darlehen, Girovertrag, etc.) lässt sich ohne besondere Anhaltspunkte der Abschluss eines eigenständigen allgemeinen Bankvertrages als Rahmenvertrag zwischen der Bank und dem Kunden nicht herleiten. Auch die Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen, die nicht nur für das konkrete Giro- oder Darlehensverhältnis zugeschnitten sind, sondern auch spätere Geschäfte re-

geln sollen, reichen nicht aus, da das Gesetz (§§ 2 II AGBG a.F., 305 BGB n.F.) eine solche vorweggenommene Verallgemeinerung der AGB zulässt. Die Annahme eines allgemeinen Bankvertrages wird zudem dem Vertragsbegriff nicht gerecht, da es an einer eigenständigen verbindlichen Rechtsfolge für einen solchen Bankvertrag fehlt. Außerdem spricht nichts für eine Bereitschaft von Banken, sich schon bei Aufnahme von Geschäftsbeziehungen unter Aufgabe der Vertragsfreiheit irgendeinem Kontrahierungszwang für künftige einzelne Rechtsgeschäfte zu unterwerfen.

### **Prüfungsrelevanz:**

Die allgemeinen Lehren zum Vertragsabschluss gem. §§ 145 ff. BGB gehören zu den elementaren Grundkenntnissen für eine erfolgreiche juristische Staatsexamensprüfung. Ein Vertrag ist ein regelmäßig zweiseitiges Rechtsgeschäft, bei dem durch mindestens zwei übereinstimmende Willenserklärungen ein rechtlicher Erfolg erzielt werden soll (Vertragswille), wobei die die zeitlich zuerst abgegebene Willenserklärung laut Gesetz Antrag und die darauf folgende Annahme heißt.

Dabei gilt der Grundsatz der Vertragsfreiheit, d.h. so-

wohl der Abschluss als auch der Inhalt eines Vertrages unterliegen grundsätzlich der freien Parteibestimmung; die im Besonderen Schuldrecht geregelten Fälle von Verträgen sind nur typische Beispiele mit gesetzlichen Leitbildcharakter, von denen die Parteien aber grundsätzlich abweichen und anderweitige Regelungen treffen können (Dispositivität des Schuldrechts). Daher konnten sich im Wirtschaftsleben auch weitere, im BGB nicht geregelte Verträge herausbilden, z.B. Leasingvertrag, Factoringvertrag, Franchisevertrag. Daher besteht - wie der vorliegende Fall zeigt - im Bankrecht die Möglichkeit, über die gesetzlich geregelten Verträge mit Banken (Darlehen gem. §§ 488 ff. BGB, Überweisungsvertrag gem. §§ 676 a ff. BGB, Girovertrag gem. §§ 676 f ff. BGB) auch einen allgemeinen Bankvertrag eigenständig abzuschließen als eine Art Rahmenvertrag.

Die Vertragsfreiheit findet ihre Grenzen in gesetzlichen Bestimmungen, die sich auf den Vertragsabschluss oder den Vertragsinhalt beziehen können (z.B. Festsetzung von Gebühren nach BRAGO). Einem solchen Vertragsabschluss- bzw. Kontrahierungszwang unterliegen u.a. öffentliche Monopolbetriebe. Aufgrund der Privatautonomie kann außerhalb von Monopolen aber auch jede andere natürliche oder juristische Person durch Vertrag einem Kontrahierungszwang unterworfen. Gesetzliche Grenze einer solchen Selbstbindung ist vor allem die Sittenwidrigkeit.

#### **Vertiefungshinweis:**

Zu dieser Thematik: *OLG Frankfurt a.M.*, WM 2002, 852; *OLG Karlsruhe*, NJW-RR 1997, 364

#### **Kursprogramm:**

*Examenskurs*: "Die aggressiven Holzwürmer vom Niederrhein"

#### **Leitsätze:**

1. **Aus einer längeren Geschäftsverbindung zwischen einer Bank und einem Kunden im Zusammenhang mit einem Giro- oder einem Darlehensvertrag ergibt sich noch nicht das Bestehen eines eigenständigen allgemeinen Bankvertrags als Rahmenvertrag.**
2. **An einem allgemeinen Bankvertrag fehlt es auch dann, wenn mit dem ersten Giro- oder Darlehensvertrag Allgemeine Geschäftsbedingungen vereinbart werden, die nicht nur das Giro- oder Darlehensverhältnis regeln, da sie ungeachtet ihrer Bedeutung für spätere andere Geschäfte nur Bestandteil des Giro- oder Darlehensvertrags sind.**
3. **Die Annahme eines neben einem Giro- oder**

**Darlehensvertrag mit Einbeziehung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen geschlossenen separaten allgemeinen Bankvertrags wird dem allgemeinen Vertragsbegriff nicht gerecht, da es an einer eigenständigen bindenden Rechtsfolge eines solchen Bankvertrags fehlt, die durch die von den Parteien abgegebenen Willenserklärungen in Kraft gesetzt wird.**

**4. Es spricht grundsätzlich nichts für einen Vertragswillen der Bank, sich schon bei Aufnahme der Geschäftsbeziehung unter Aufgabe ihrer gesetzlich eingeräumten Vertragsfreiheit einem privatrechtlichen Kontrahierungszwang hinsichtlich vom Kunden gewünschter risikoneutraler Geschäftsbesorgungen zu unterwerfen.**

#### **Sachverhalt:**

Der Kl., Verwalter im Konkursverfahren über das Vermögen eines Diplomingenieurs (im Folgenden: Gemeinschuldner), und die bekl. Bank streiten noch über entgangene Anlagezinsen. Die Bekl. durch ihre Filiale in L. und der Gemeinschuldner schlossen am 20. 6. 1994 einen Darlehensvertrag über 2409230 DM. Das mit 6,5% zu verzinsende Darlehen war am 30. 6. 1995 zurückzuzahlen. Als Sicherheit verpfändete der Gemeinschuldner unter anderem sein Guthaben von 1 117144 US-Dollar, das er damals bei der Filiale der Bekl. in H. unterhielt. Dieses - im Darlehensvertrag als Festgeld-Konto bezeichnete - Währungsguthaben war bei täglicher Verfügbarkeit von der Bekl. mit 0,5% zu verzinsen. Mit Schreiben vom 18. 10. 1994, 5. 1. 1995 und 10. 7. 1995 machte der Gemeinschuldner geltend, ihm sei seitens der Bekl. am 20. 6. 1994 für sein Guthaben auf dem Währungskonto eine Verzinsung in Höhe von 5,5% ausdrücklich zugesagt worden. Nach Prolongation des Darlehens wurde für das Währungskonto eine Festgeldabrede mit einer entsprechend höheren Verzinsung ab dem 18. 8. 1995 getroffen. Mit der Klage verlangt der Kl. unter Berufung auf eine getroffene Vereinbarung höherer Zinsen sowie eine schuldhaft Verletzung von Nebenpflichten der Bekl. eine Verzinsung des Währungsguthabens mit 5,5%. Die in der Zeit vom 1.7.94 bis 18.8.95 entgangenen Zinsen hat er zuletzt mit 94502,01 DM beziffert. Das LG hat die Klage abgewiesen; das OLG hat ihr in Höhe von 83364,61 DM stattgegeben. Die Revision der Bekl. hatte Erfolg.

#### **Aus den Gründen:**

##### *A. Entscheidung und Begründung des BerGer.*

Das BerGer. hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme habe der

Gemeinschuldner zwar mit der Bekl. keine besseren Zinskonditionen vereinbart. Dem Kl. stehe jedoch ein Schadensersatzanspruch wegen positiver Vertragsverletzung zu. Zwischen der Bekl. und dem Gemeinschuldner habe für die gesamte und langjährige Geschäftsbeziehung ein Rahmenvertrag bestanden, der die Grundlage für alle einzelnen Bankgeschäfte gebildet habe. Aus diesem Rahmenvertrag und den abgeschlossenen Einzelverträgen habe sich für die Bekl. die Pflicht ergeben, den Gemeinschuldner ordnungsgemäß zu beraten und zu betreuen. Diese Pflicht habe die Bekl. dadurch verletzt, dass sie das US-Dollar-Festgeld zu Tagesgeldkonditionen auf dem Konto belassen habe, obwohl dieses mit einem Sperrvermerk versehen war. Während der Laufzeit des Darlehens von einem Jahr habe der Gemeinschuldner deshalb nicht über das verpfändete Guthaben verfügen können, so dass die vereinbarten Tagesgeldkonditionen nicht mehr den tatsächlichen Gegebenheiten entsprochen hätten. Die Bekl. sei daher nicht nur verpflichtet gewesen, dem Gemeinschuldner auf dessen Verlangen unverzüglich angemessene Bedingungen einzuräumen. Sie habe ihn darüber hinaus auf die unzureichende Verzinsung hinweisen müssen. Der Gemeinschuldner habe das Guthaben in diesem Fall zu marktüblichen Bedingungen für einjähriges Festgeld anlegen können. Bei einem marktüblichen Zinssatz von 5,35% bzw. 5,45% seien ihm in dem Zeitraum vom 1.7.94 bis zum 18.8.95 Zinsen von 83364,61 DM entgangen.

#### *B. Entscheidung des BGH in der Revision*

Diese Ausführungen sind mit Rechtsfehlern behaftet. Dem Kl. steht ein Schadensersatzanspruch aus positiver Vertragsverletzung nicht zu. Die Ansicht des BerGer., die Bekl. habe gegen eine Pflicht zu ordnungsgemäßer Beratung und Betreuung des Gemeinschuldners verstoßen, ist unzutreffend.

#### *I. Kein Abschluss eines allgemeinen Bankvertrages zwischen den Parteien*

Soweit das BerGer. eine solche Pflicht auf einen als Rahmenvertrag geschlossenen Geschäftsbesorgungsvertrag zu stützen versucht, verkennt es bereits, dass ein solcher Vertrag nicht zu Stande gekommen ist.

##### *1. Kein substantzierter Vortrag des Kl.*

Zum Abschluss eines besonderen Rahmenvertrags fehlt ausreichender Vortrag des Kl. Dieser hat in den Vorinstanzen in erster Linie die ausdrückliche Vereinbarung einer Verzinsung des verpfändeten Guthabens mit 5,5% jährlich behauptet und sich hilfsweise auf eine schuldhafte Verletzung einer aus einem „Geschäftsführungsvertrag“ abgeleiteten vertraglichen Nebenpflicht berufen. Das BerGer. legt denn auch nicht dar, wann sich der Gemeinschuldner und die

Bekl. auf einen eigenständigen Rahmenvertrag mit welchem Inhalt geeinigt haben sollen. Es beschränkt sich insoweit vielmehr auf die Rechtsbehauptung, der Rahmenvertrag habe die Grundlage für alle einzelnen Bankgeschäfte zwischen dem Gemeinschuldner und der bekl. Bank gebildet.

#### *2. Kein konkludenter Abschluss eines allgemeinen Bankvertrages durch langjährige Geschäftsbeziehung*

Allein aus der Existenz einer langjährigen Geschäftsverbindung in Form verschiedener Verträge über Bankkonten und Darlehen lässt sich ohne besondere Anhaltspunkte der Abschluss eines eigenständigen allgemeinen Bankvertrags als Rahmenvertrag zwischen dem Gemeinschuldner und der Bekl. Bank nicht herleiten.

##### *a. Literaturansichten und bisherige BGH-Rechtsprechung zu dieser Thematik*

Von Teilen der Literatur wird allerdings die Ansicht vertreten, zwischen der Bank und ihrem Kunden komme, wenn nicht nur ein einzelnes Geschäft abgewickelt, sondern wie in der Regel eine längere Geschäftsbeziehung begründet werde, ein eigenständiger allgemeiner Bankvertrag als Grund- oder Rahmenvertrag zu Stande. Das werde insbesondere aus der üblichen Vereinbarung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken oder der Sparkassen deutlich, die nicht nur Regelungen für einzelne Bankgeschäfte enthielten, sondern die gesamte Geschäftsverbindung grundlegend behandelten. Der allgemeine Bankvertrag regle als Dienstvertrag mit Geschäftsbesorgungscharakter das Dauerschuldverhältnis zwischen der Bank und ihrem Kunden und bilde die Grundlage bzw. den Rahmen für die einzelnen rechtlich verschiedenen Bankgeschäfte. Aus ihm ergäben sich zwar keine durchsetzbaren primären Leistungspflichten, wohl aber sekundäre Schutz- und Verhaltenspflichten (vgl.; Hopt, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, BankR-Hdb., 2. Aufl., § 1 Rdnrn. 18 ff.; Staudinger/Martinek, BGB, 13. Aufl., § 675 Rdnr. B 4; Palandt/Sprau, BGB, 61. Aufl., § 675 Rdnr. 9; Claussen, Bank- und BörsenR, 2. Aufl., § 4 Rdnrn. 10 d und e).

Der BGH hat zur Existenz eines eigenständigen allgemeinen Bankvertrags, der neben geschlossenen besonderen Verträgen besteht, noch nicht Stellung genommen. In den Entscheidungen BGHZ 23, 222 (226) und BGHZ 63, 87 (90), auf die sich Palandt/Sprau, § 675 Rdnr. 9, berufen, hat er lediglich einen Giro- und Kontokorrentvertrag als Bankvertrag bezeichnet.

##### *b. Rechtsansicht des erkennenden BGH-Senats: kein allgemeiner Bankvertragsabschluss*

Der erkennende Senat folgt der vorgenannten Ansicht

nicht, sondern schließt sich der von einem anderen Teil der Literatur (Hadding/Häuser, in: MünchKommHGB, ZahlungsvertrRdnrn. A 151 f.; Westermann, in: MünchKomm, 3. Aufl., Vorb. § 607 Rdnrn. 15 f.; Schlegelberger/Hefermehl, HGB, 5. Aufl., Anh. § 365 Rdnr. 13; Heymann/Horn, HGB, Anh. § 372 Rdnr. 6; Canaris, BankvertragsR, 3. Aufl., Rdnrn. 4ff.; Kümpel, Bank- und KapitalmarktR, 2. Aufl., Rdnrn. 2.765ff.; Schwark, ZHR 151 [1987], 32S [329f.]; Werner, ZBB 1990, 236 [238]) vertretenen Gegenmeinung an.

*aa. Dauerhafte Geschäftsverbindung ist keine Grundlage für einen allgemeinen Bankvertrag*

Aus einer längeren Geschäftsverbindung zwischen einer Bank und einem Kunden im Zusammenhang mit einem Giro- oder einem Darlehensvertrag ergibt sich noch nicht das Bestehen eines eigenständigen allgemeinen Bankvertrags als Rahmenvertrag. Eine längere Geschäftsverbindung als solche ist nichts weiter als eine Beziehung, die auf einem Dauerschuldverhältnis oder einer mehr oder weniger großen Zahl von Einzelverträgen beruht.

*bb. Erteilung Allgemeiner Geschäftsbedingungen ist keine Grundlage für einen allgemeinen Bankvertrag*

An einem allgemeinen Bankvertrag fehlt es auch dann, wenn mit dem ersten Giro- oder Darlehensvertrag Allgemeine Geschäftsbedingungen vereinbart werden, die nicht nur das Giro- oder Darlehensverhältnis regeln. Giro- und Darlehensverträge sind regelmäßig von vornherein auf längere Zeit angelegt. Sie bilden als Dauerschuldverhältnisse die Grundlage der Geschäftsbeziehung. Allgemeine Geschäftsbedingungen der Banken und Sparkassen, die aus Anlass eines Giro- oder Darlehensvertrags vereinbart werden, sind, auch soweit sie nicht nur das Giro- oder das Darlehensverhältnis regeln, Teil des Giro- oder Darlehensvertrags. Dass sie auch für spätere andere Geschäfte von Bedeutung sind, ändert nichts. Eines allgemeinen Bankvertrags bedarf es dafür mit Rücksicht auf § 2 II AGBG nicht (Werner, ZBB 1990, 236 [238]).

*cc. Keine eigenständige Rechtsfolge für einen allgemeinen Bankvertrag*

Die Annahme eines neben einem Giro- oder Darlehensvertrag mit Einbeziehung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen geschlossenen separaten allgemeinen Bankvertrags wird außerdem dem allgemeinen Vertragsbegriff nicht gerecht. Es fehlt an einer eigenständigen bindenden Rechtsfolge eines solchen Bankvertrags, die durch die von den Parteien abgegebenen Willenserklärungen in Kraft gesetzt wird. Auch nach Ansicht seiner Anhänger löst der allgemeine Bankvertrag keine primären Leistungspflichten,

sondern sekundäre Schutz- und Verhaltenspflichten aus. Solche Pflichten bestehen indes unabhängig vom Willen der Parteien (Canaris, Rdnr. 5).

*dd. Kein Wille der Bank zu einem privatrechtlichen Kontrahierungszwang*

Demgegenüber kann nicht mit einem Teil der Literatur (vgl. Hopt, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, BankR-Hdb., 2. Aufl., § 1 Rdnrn. 27ff.; Claussen, Bank- und BörsenR, 2. Aufl., § 4 Rdnr. 10 g; a.A. insoweit Lwowski/Roth, in: Heliner/Steuer, BuB Rdnr. 2/5) darauf verwiesen werden, aus dem allgemeinen Bankvertrag ergebe sich auch die Pflicht der Bank zur Vornahme einzelner vom Kunden gewünschter risikoneutraler Geschäftsbesorgungen. Nichts spricht für die Bereitschaft der Bank, geschweige denn einen dem Kunden gegenüber ausdrücklich erklärten Vertragswillen, sich schon bei Aufnahme der Geschäftsbeziehung unter Aufgabe ihrer gesetzlich eingeräumten Vertragsfreiheit einem beschränkten privatrechtlichen Kontrahierungszwang zu unterwerfen. Die Annahme eines solchen Rechtsbindungswillens, der mit dem Interesse der Bank erkennbar nicht im Einklang steht, ist genauso fiktiv wie der des Kunden, er wolle sich verpflichten, künftig alle Bankgeschäfte nur mit dieser Bank, nicht aber mit einer anderen abzuwickeln (Canaris, Rdnrn. 6 f.).

*ee. Überflüssigkeit eines allgemeinen Bankvertrages für den Rechtsverkehr*

Der allgemeine Bankvertrag als übergreifender, die gesamte Geschäftsbeziehung regelnder Rahmenvertrag erweist sich danach als überflüssig. Das wird insbesondere dadurch deutlich, dass Schutz- und Verhaltenspflichten, die aus dem allgemeinen Bankvertrag folgen sollten, auch von Anhängern der Lehre vom allgemeinen Bankvertrag auf Grund der Geschäftsbeziehung zwischen Bank und Kunden bestehenden gesetzlichen Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflichten abgeleitet werden kann, wenn der allgemeine Bankvertrag nichtig ist (vgl. Baumbach/Hopt, BankGesch Rdnr. A/7).

*c. Mangels Vertrag keine Rechtspflicht der bekl. Bank gegenüber dem Kl.*

Aus einem die gesamte Geschäftsbeziehung als Rahmenvertrag überlagernden allgemeinen Bankvertrag ergibt sich eine Beratungs- und Betreuungspflicht der Bekl. danach nicht. Erst recht geht es entgegen der Ansicht des BerGer. nicht an, die Bekl. für verpflichtet zu halten, sich auf Verlangen des Kl. unverzüglich mit der Umwandlung der tagesfälligen Dollareinlage in ein Jahresfestgeld und dessen Verzinsung entsprechenden den marktüblichen Zins ohne Rücksicht darauf einverstanden zu erklären, ob sie für eine Festeinlage in US-

Dollar Bedarf hatte und ob sie die künftige Zinsentwicklung bei Dollaranlagen möglicherweise wesentlich anders einschätzte als dies im aktuellen Marktzins zum Ausdruck kam.

### *II. Keine Rechtspflicht der Bekl. gegenüber dem Kl. aus der dauerhaften Geschäftsverbindung*

Auf Grund des geschlossenen Darlehensvertrags sowie des Vertrags über die Dollaranlage schuldete die Bekl. dem Gemeinschuldner weder Beratung noch Betreuung noch gar die bestmögliche Anlageverwaltung. Die gegenteilige Ansicht des BerGer. entbehrt jeder Grundlage. Bei einer Geldanlage setzt auch eine Beratungspflicht grundsätzlich den Abschluss eines besonderen Vertrags voraus. Ein Beratungsvertrag kommt nach ständiger Rechtsprechung des BGH konkludent zu Stande, wenn - gleichgültig ob auf Initiative des Kunden oder aber der Bank - im Zusammenhang mit einer Geldanlage tatsächlich Beratung stattfindet (BGHZ 74, 103 [106] = NJW 1979, 1449; BGHZ 100, 117 [118] = NJW 1987, 1815; BGHZ 123, 126 [128] = NJW 1993, 2433; Senat, NJW 1997, 1361 = WM 1997, 662 [663]). Das war hier nicht der Fall. Der Gemeinschuldner hat die Bekl. weder um eine Beratung über eine zinsgünstigere Anlage des Dollarguthabens gebeten noch ist die Bekl. in eine Beratung mit dem Ziel einer sachgerechten Empfehlung eingetreten. Der Gemeinschuldner hat sich vielmehr auf die nach den rechtsfehlerfreien Feststellungen des BerGer. unrichtige Behauptung beschränkt, die Bekl. habe mit ihm eine Verzinsung der Dollareinlage mit 5,5% jährlich verbindlich vereinbart.

### *III. Keine Rechtspflicht der Bekl. gegenüber dem Kl. aus der Sicherungsabrede bzw. der Verpfändung*

Auch auf Grund der getroffenen Sicherungsabrede und der Verpfändung der Einlage war die Bekl. entgegen der Ansicht des BerGer. weder verpflichtet, den Gemeinschuldner zu beraten, noch auch nur auf die für ihn ungünstigen Konditionen einer tagesfälligen Dollareinlage hinzuweisen.

Nach ständiger Rechtsprechung des BGH prüft eine kreditgebende Bank ihr angebotene Sicherheiten und die Folgen einer Sicherheitenbestellung grundsätzlich nicht im Kunden-, sondern nur im eigenen Interesse (BGH, NJW 1982, 1520 = WM 1982, 480 [481]; Senat, NJW 1992, 1820 = WM 1992, 977, und NJW 1998, 305 = WM 1997, 2301 [2302]). Die Bekl. war danach weder bei Abschluss des Verpfändungsvertrags noch später verpflichtet, zur Wahrung der Interessen des Gemeinschuldners zu überprüfen, ob die für die Dollareinlage vereinbarte Verzinsung im Hinblick auf die mit der Verpfändung einhergehende Verfü-

gungssperre noch angemessen war, und dem Gemeinschuldner zu einer zinsgünstigeren Anlage zu raten. Es war vielmehr, wie die Revision zu Recht geltend macht, Sache des Gemeinschuldners, vor der Verpfändung seines Dollarguthabens für das Darlehen mit einjähriger Laufzeit mit der Bekl. oder aber mit einer anderen Bank günstigere Zinskonditionen auszuhandeln und das Guthaben erst dann zu verpfänden.

Eine Verpflichtung der Bekl., den Gemeinschuldner auf die ungünstige Verzinsung seiner Dollareinlage hinzuweisen, bestand entgegen der Ansicht des BerGer. schon deshalb nicht, weil der Gemeinschuldner insoweit nicht aufklärungsbedürftig war. Ihm war unstrittig bekannt, dass die Bekl. seine Einlage mit nur 0,5% jährlich verzinst. Das ergibt sich auch aus seinem Schreiben vom 18. 10. 1994, mit dem er unter - unrichtiger - Behauptung einer Vereinbarung von circa 5,5% Jahreszinsen die ihm übersandten Kontoauszüge beanstandet hat. Von der Verletzung einer Pflicht der Bekl., den Gemeinschuldner vor der Gefahr einer niedrigen Verzinsung seiner Dollareinlage zu warnen, kann daher entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung keine Rede sein.

### *C. Keine Richtigkeit des Berufungsurteils aus anderen Gründen*

Das Berufungsurteil stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 563 ZPO a. F.).

#### *I. Falschbezeichnung als Festgeldkonto begründet keine Verzinsungspflicht*

Entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung ist dem Umstand, dass das Währungskonto in der Sicherungsabrede des Darlehensvertrags unzutreffend als „Festgeld-Konto“ bezeichnet worden ist, keine Verpflichtung der Bekl. zur Zahlung marktüblicher oder zumindest hausüblicher Festgeldzinsen zu entnehmen. Es handelt sich um eine schlichte Falschbezeichnung, der ein rechtsgeschäftlicher Erklärungswille im Hinblick auf die Verzinsung des Währungskontos nicht zu entnehmen ist. Das folgt hier auch daraus, dass nach der - allerdings unrichtigen - Behauptung des Kl. über die Verzinsung des Währungskontos eine gesonderte Vereinbarung mündlich geschlossen worden sein soll.

#### *II. Keine Anspruchsbegründung durch den Wegfall der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB n.F.)*

Zu Unrecht meint die Revisionserwiderung auch, der zuerkannte Anspruch lasse sich auf die Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage stützen.

#### *1. Marktübliche Verzinsung ist nicht Geschäftsgrundlage*

Der Darlehensvertrag ist für die Zeit bis zum 18. 8.

1995 nicht dahin anzupassen, dass sich die vom Gemeinschuldner geschuldeten Darlehenszinsen im Umfang entgangener Anlagezinsen verringern. Zwar können Vertragsparteien nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage zur Anpassung eines bestehenden Vertrags an die veränderten Verhältnisse verpflichtet sein. Die Gewährung einer marktüblichen oder jedenfalls hausüblichen Verzinsung für das an die Bekl. verpfändete Dollarguthaben ist aber nicht Geschäftsgrundlage des Darlehensvertrags geworden.

Geschäftsgrundlage sind nach ständiger Rechtsprechung des BGH die nicht zum eigentlichen Vertragsinhalt erhobenen, bei Vertragsschluss aber zu Tage getretenen gemeinsamen Vorstellungen beider Vertragsparteien oder die dem Geschäftsgegner erkennbaren und nicht beanstandeten Vorstellungen des anderen Vertragsteils von dem Vorhandensein oder künftigen Eintritt bestimmter Umstände, auf denen der Geschäftswille der Parteien sich aufbaut (BGHZ 128, 230 [236] = NJW 1995, 592; BGHZ 135, 333 [338] = NJW 1997, 2519; Senat, NJW 1998, 683). Diese Voraussetzungen liegen hier nicht vor. Der Gemeinschuldner hat zwar bei Abschluss des Darlehensvertrags in L. die Erhöhung der Verzinsung des Währungskontos verlangt. Die Mitarbeiter der Bekl. sind dem jedoch entgegengetreten und haben ihn an die Filiale der Bekl. in H. verwiesen, bei der das Währungskonto geführt wurde. Die künftige Verzinsung dieses Kontos sollte daher zunächst offen bleiben und allenfalls Gegenstand einer gesonderten Vereinbarung sein.

*2. Verfügbarkeit des Währungskonto ist auch keine Geschäftsgrundlage*

Schließlich kann der Kl. eine höhere Verzinsung des

Guthabens auf dem Währungskonto auch nicht mit der Begründung verlangen, dass mit dessen Verpfändung die tägliche Verfügbarkeit und damit zugleich die Geschäftsgrundlage des diesbezüglichen Vertrags weggefallen seien. Erwartungen und Umstände, die nach den vertraglichen Vereinbarungen in den Risikobereich nur des einen Vertragsteils fallen, ermöglichen es diesem grundsätzlich nicht, sich auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage zu berufen (BGHZ 120, 10 [24] = NJW 1993, 259; BGHZ 121, 378 [392] = NJW 1993, 1856; BGH, NJW 2000, 1714 = WM 2000, 1012 [1015]). Dasselbe gilt, wenn der nachteilig Betroffene die entscheidende Änderung der Verhältnisse selbst bewirkt hat (BGHZ 129, 297 [310] = NJW 1995, 2028) oder wenn die Änderung für ihn vorhersehbar war (BGH, NJW 1981, 1668 = WM 1981, 583).

So liegt es hier. Dass eine Verzinsung des verpfändeten Guthabens in Höhe von lediglich 0,5 % angesichts der für ein Jahr eintretenden Verfügungssperre wirtschaftlich nicht mehr angemessen sein würde, war für den Gemeinschuldner bei Vornahme der Verpfändung ohne weiteres vorhersehbar und fiel darüber hinaus erkennbar auch in seine Risikosphäre. Es wäre daher, wie dargelegt, seine Sache gewesen, mit Abschluss des Darlehensvertrages mit der Bekl. eine Erhöhung der Zinsen für die verpfändete Dollareinlage zu vereinbaren.

*D. Aufhebung und Zurückweisung der Berufung*

Das Berufungsurteil war daher aufzuheben (§ 564 I ZPO a.F.). Da weitere Feststellungen nicht zu treffen sind, konnte der Senat in der Sache selbst entscheiden (§ 565 III Nr. 1 ZPO a.F.) und die Berufung des Kl. insgesamt zurückweisen.

## Standort: Werkvertrag

## Problem: Unverhältnismäßigkeit der Mängelbeseitigung

BGH, URTEIL VOM 07.03.2002

VII ZR 1/00 (NJW 2002, 3543)

### **Problemdarstellung:**

Bei diesem Rechtsstreit musste der BGH zwei werkvertragliche Fragen klären.

Zum einen ging es um die Frage, ob ein Bauwerk mangelhaft sein kann, auch wenn die abweichende Bauausführung ggf. sogar wirtschaftlich und technisch besser war, als die vereinbarte. Der BGH stellte im Grunde simplifizierend fest, dass ein Baumangel schon allein deshalb vorlag, weil von der vertraglich vereinbarten Bauausführung abgewichen und der vertraglich vorausgesetzte Gebrauch (ebenerdige Terrassenbenutzung) dadurch eingeschränkt worden ist. Der klagende

Bauunternehmer war verpflichtet, die ursprünglich vereinbarte Werkleistung zu erbringen. Völlig unerheblich ist in diesem Zusammenhang, dass die jetzige Leistung wirtschaftlich und technisch besser als die geplante war. Maßstab für die Frage, ob ein Baumangel vorliegt, ist ausschließlich der vom Bauunternehmen aufgrund des Werkvertrages versprochene Erfolg und nicht die aus der Sicht eines Sachverständigen oder eines Gerichts vorzugswürdigere Ausführung des Bauwerks.

Zum anderen ging es um die Frage, ob der Architekt die erforderlichen Abrisskosten für das mangelhafte Bauwerk wegen Unverhältnismäßigkeit verweigern kann (§§ 633 II 3 BGB a.F., 635 III BGB n.F.), wenn dieser Mangelfolgeschaden aufgrund seiner mangel-

haften Bauplanungsleistung erfolgte. Dazu stellt der BGH fest, dass die Unverhältnismäßigkeitseinrede nur den Aufwand betrifft, der für die Nachbesserung des Planungsmangels und nicht für die Mangelfolgeschäden erforderlich ist. Folglich kann gegenüber solchen Mangelfolgeschäden die Einrede der Unverhältnismäßigkeit nicht erhoben werden.

#### **Prüfungsrelevanz:**

Auch nach der Schuldrechtsreform verbleibt dem Unternehmer die Möglichkeit, die durch den Besteller gewünschte Nachbesserung am mangelhaften Werk wegen Unverhältnismäßigkeit des Aufwandes zu verweigern, § 633 II 3 BGB a.F. bzw. § 635 III BGB n.F.

Eine solche Unzumutbarkeit liegt vor, wenn der Aufwand des Unternehmers zur Mängelbeseitigung berechnet nach dem Zeitpunkt, in dem die vertragsgemäße Leistung geschuldet war, in keinem vernünftigen Verhältnis zu dem mit der Mängelbeseitigung erzielbaren Erfolg stehen würde, d.h. zu dem Vorteil, den der Besteller dadurch erlangt (BGHZ 59, 365; BGHZ 96, 111; BGH, NJW 1995, 1836). Bei dieser Verhältnismäßigkeitsprüfung sind alle Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen, z.B. Schwere der Pflichtverletzung und der Grad des Verschuldens (BGH, NJW-RR 1997, 1106). Wie dieses Urteil zeigt, ist jedoch der Aufwand für die Beseitigung von Mangelfolgeschäden nicht zu berücksichtigen. Ein berechtigtes Interesse des Bestellers an der Mängelbeseitigung, insbesondere bei spürbarer Funktionsbeeinträchtigung am Werk, schließt in der Regel den Unverhältnismäßigkeitseinwand aus (BGH, NJW 1996, 3269).

Es verbleibt aber dem Besteller der Anspruch auf Ersatz der Aufwendungen, die er dadurch gehabt hat, dass er den Mangel dann selbst beseitigt hat oder beseitigen ließ (BGHZ 59, 365).

#### **Vertiefungshinweis:**

Zu dieser Thematik: *BGH*, NJW-RR 2002, 661 = NZBau 2002, 338; *OLG Düsseldorf*, NJW-RR 2000, 1262 = NZBau 2000, 526; *Ganten*, BauR 2000, 643

#### **Kursprogramm:**

- Examenskurs*: "Die sturm- und wetterfeste Aluminiumfassade"  
 *Examenskurs*: "Die neue Kanzlei"

#### **Leitsätze:**

**1. Ein Mangel eines Bauwerks liegt vor, wenn die Bauausführung von dem geschuldeten Werk Erfolg abweicht, und durch diesen Fehler der nach dem Vertrag vorausgesetzte Gebrauch gemindert wird. Für die Frage, ob ein Mangel vor-**

**liegt, ist es unerheblich, dass die Bauausführung möglicherweise wirtschaftlich und technisch besser ist, als die vereinbarte.**

**2. Die Einrede der Unverhältnismäßigkeit betrifft nur den Aufwand für die Nachbesserung des Planungsmangels eines Architektenwerks und nicht die Mangelfolgeschäden. Die auf Grund eines Planungsmangels verursachte Mangelhaftigkeit des Bauwerks ist kein Mangel des Architektenwerks, sondern die Folge des Planungsmangels.**

#### **Sachverhalt:**

Der Kl., ein Bauunternehmer, verlangt von der Bekl. restlichen Werklohn. Die Bekl. verlangt mit ihrer Widerklage von dem Kl. und dem von ihr beauftragten Architekten, dem Widerbekl. zu 2, Vorschuss für die Kosten für den Abriss des bisher errichteten Rohbaus, die Erstattung geleisteter Abschlagszahlungen sowie die Erstattung von sonstigen finanziellen Aufwendungen. Der Grund des Streits ist die um 1,15 m höhere Gründung des Kellers als in den genehmigten und vereinbarten Bauplänen vorgesehen. Die Bekl. beauftragte den Widerbekl. zu 2 mit den Architektenleistungen für den Bau eines Dreifamilienhauses auf ihrem Grundstück. Der Widerbekl. zu 2 forderte mehrere Unternehmen auf, Angebote über Erd- und Rohbauarbeiten einzureichen. Im November 1997 unterbreitete der Kl. ein Angebot mit einer Netto-Angebotssumme von 106 094,23 DM. Nachdem die Baugenehmigung erteilt worden war, fand am 10. 1. 1998 eine Besprechung statt, an der unter anderem der Kl., der Widerbekl. zu 2 und der Ehemann der Bekl. teilnahmen. Die Parteien streiten darüber, ob in diesem Termin die in den genehmigten Plänen vorgesehene Gründung um 1,15 m höher einvernehmlich festgelegt worden ist. Nach der Besprechung beauftragte der Widerbekl. zu 2 als Bevollmächtigter der Bekl. eine Tiefbaufirma mit den Erdarbeiten und den Kl. mit den Mauer-, Beton- und Stahlbetonarbeiten. In dem schriftlichen VOB/B-Vertrag vom 13.11.5. 1. 1998 mit dem Kl. ist folgender Passus enthalten: „Als Bevollmächtigter des Bauherrn gilt der Bauleiter. Er ist berechtigt, Anordnungen zu treffen, die zur vertraglichen Durchführung der Leistung erforderlich sind“. Auf Weisung des Widerbekl. zu 2 gründeten der Tiefbauunternehmer und der Kl. den Keller um 1,15 m höher als ursprünglich geplant. Als die Bekl. die höhere Gründung bemerkte, ordnete sie einen Baustopp an und beauftragte die Sachverständigen H und G mit der Vermessung. Für die Vermessung zahlte sie 1894,48 DM. Auf die erste Abschlagsrechnung des Kl. über 20700 DM zahlte die Bekl. 21 000 DM. Nach der zweiten Abschlagsrechnung über 53 153,10 DM ordnete die Bekl. am 11. 3. 1998 den Baustillstand an. Seither ruht das Bauvorhaben. Die Nachtragsbaugenehmigung hinsichtlich der



Gründungshöhe scheitert ausschließlich daran, dass die Bekl. sich weigert, den vom Widerbekl. zu 2 vorbereiteten Bauantrag zu unterschreiben. Der Kl. verlangt mit seiner Klage 32 123,11 DM, die er ursprünglich als weitere Abschlagszahlung verlangt hat. Die Bekl. hat mit der Widerklage 44702,48 DM und die Feststellung verlangt, dass der Kl. und der Widerbekl. zu 2 als Gesamtschuldner für den Schaden haften.

Das LG hat der Klage stattgegeben. Auf die Widerklage der Bekl. hat es den Widerbekl. zu 2 verurteilt, 1894,48 DM zu zahlen. Dem Feststellungsantrag gegen den Widerbekl. zu 2 hat es in eingeschränktem Maße stattgegeben. Im Übrigen hat es die Widerklage abgewiesen. Die Berufung der Bekl. gegen das Urteil des LG ist weitgehend erfolglos geblieben. Die Revision der Bekl. hatte Erfolg und führte zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das BerGer.

#### *Aus den Gründen:*

##### *A. Anzuwendendes Schuldrecht auf den vorliegenden Fall*

Auf das Schuldverhältnis ist das Bürgerliche Gesetzbuch in der bis zum 31. 12. 2001 geltenden Fassung anzuwenden (Art. 229 § 5 S. 1 EGBGB).

##### *B. Entscheidung und Begründung des BerGer.*

Das BerGer. hat die Widerklage gegen den Kl. mit folgenden Erwägungen abgewiesen:

Der Kl. habe auf Grund der Anordnungen des von der Bekl. bevollmächtigten Architekten, des Widerbekl. zu 2, abweichend von der ursprünglichen Planung das Gebäude höher gründen dürfen, ohne dass er die Bekl. darauf hätte hinweisen müssen.

Auf Grund der Bevollmächtigung in dem Bauvertrag sei der Architekt der Bekl. berechtigt gewesen, sämtliche Anordnungen zu treffen, die zur Durchführung des Vertrags erforderlich seien. Dazu würden auch Planungsänderungen gehören. Der Kl. habe darauf vertrauen dürfen, dass die Bekl. den Architekten bevollmächtigt habe, derartige Planungsänderungen anzuordnen. Das gelte insbesondere für die höhere Gründung des Gebäudes. Der Kl. habe auf Grund des Bautermins, an dem der Tiefbauunternehmer, der Architekt und der Ehemann der Bekl., der als Dachdecker „vom Fach“ gewesen sei, teilgenommen hätten, annehmen dürfen, dass die Höhenproblematik zwischen den Beteiligten erörtert worden sei. Es könne dahinstehen, ob zwischen dem Kl. und der Bekl., vertreten durch den Architekten, ein Änderungsvertrag zu Stande gekommen sei. Jedenfalls habe der Kl. seine Leistung entsprechend den Vorgaben des Architekten erbringen dürfen, weil der Tiefbauunternehmer die Baugrube niedriger ausgeschachtet habe. Aus der Formulierung

„vertragliche Durchführung“ folge nicht, dass der Architekt zur Planungsänderung nicht berechtigt gewesen sei.

Der Kl. sei auf Grund der Umstände nicht verpflichtet gewesen, bei der Bekl. nachzufragen, ob sie mit der Anordnung des Architekten einverstanden sei. Er habe darauf Vertrauen können, dass die Bekl. von dem Architekten und ihrem Ehemann hinreichend über die Höhenprobleme, die sich aus der Lage der vorhandenen Abwasserkanäle ergeben habe, aufgeklärt worden sei.

Eine Mitteilung sei auch deshalb nicht erforderlich gewesen, weil der Kl. gegen die Anordnung des Architekten keine Bedenken hätte haben müssen. Die höhere Gründung des Bauwerks sei planerisch und hinsichtlich der tatsächlichen Durchführung ohne Bedenken zulässig und möglich gewesen. Der Kl. habe nicht erkennen müssen, dass der Architekt eigenmächtig von den verbindlichen Vorgaben der Bekl. abgewichen sei.

##### *C. Entscheidung des BGH in der Revision*

Diese Erwägungen halten einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand, sie rechtfertigen nicht die Abweisung der auf den Vorschuss gerichteten Klage gegen den Kl.

##### *I. Feststellung der Mangelhaftigkeit des Bauwerkes*

Die bisher von dem Kl. erbrachte Leistung ist mangelhaft. Die höhere Gründung des Hauses ist ein Mangel, weil sie von der vertraglich vereinbarten Ausführung abweicht und den nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch einschränkt. Der Kl. war nach dem Vertrag verpflichtet, die Leistung entsprechend der anfänglich genehmigten Planung des Architekten auszuführen. Der ursprüngliche Vertrag ist mangels gegenteiliger Feststellungen des BerGer. nicht dahin gehend geändert worden, dass der Kl. verpflichtet wäre, das Gebäude 1,15 m höher zu gründen. Folglich war der Kl. verpflichtet, die ursprünglich vereinbarte Werkleistung auszuführen.

##### *II. Keine Vollmacht des Widerbekl. zu 2 zur Vertragsänderung*

Der Widerbekl. zu 2 war auf Grund der ihm von der Bekl. erteilten Vollmacht nicht berechtigt, den ursprünglich abgeschlossenen Vertrag mit Wirkung für die Bekl. zu ändern. Die dem Architekten erteilte Vollmacht erfasst nur die üblicherweise zur Erfüllung der Bauausführung erforderlichen rechtsgeschäftlichen Erklärungen, nicht hingegen die Befugnis, den Vertrag in wesentlichen Punkten zu ändern (BGH, NJW 1978, 99S = LM § 164 BGB Nr. 41 = BauR 1978, 139). Die höhere Gründung des Hauses widerspricht der vereinbarten Planung. Die höhere Gründung hat im Ver-

gleich zu der vereinbarten Gründung eine erhebliche Veränderung des optischen Eindrucks des Gebäudes zur Folge. Sie erfordert außerdem zwei wesentliche Änderungen des ursprünglich vereinbarten Bauwerks. Es muss eine Eingangstreppe errichtet werden, und die Terrasse der Erdgeschosswohnung kann nicht entsprechend der ursprünglichen Planung errichtet werden. Es wäre entweder eine Aufschüttung von 1,15 m erforderlich oder die Terrasse müsste durch einen Balkon ersetzt werden.

### *III. Auch keine Vollmacht des beteiligten Ehemanns der Kl.*

Die Teilnahme des Ehemanns der Bekl. an einer Besprechung auf dem Grundstück ist für den Inhalt des Vertrags ohne Bedeutung. Abgesehen davon, dass die Besprechung vor dem Abschluss des Bauvertrags mit dem Kl. stattfand, hatte der Ehemann keine Vollmacht seiner Ehefrau für den Abschluss oder die Änderung des Vertrags.

### *IV. Keine Anscheins- oder Duldungsvollmacht*

Der Kl. konnte nicht darauf vertrauen, dass der Architekt berechtigt war, die höhere Gründung mit Wirkung für die Bekl. anzuordnen. Nach den Feststellungen des BerGer. sind keine Anhaltspunkte dafür gegeben, dass die Voraussetzungen einer Duldungs- oder Anscheinsvollmacht vorliegen.

### *V. Auswirkungen des Mangels auf die vertraglich vorausgesetzten Gebrauchs des Gebäudes; Irrelevanz einer wirtschaftlichen oder technischen Verbesserung*

Der Mangel beeinträchtigt den nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch, weil das Gebäude nicht die für diesen Gebrauch erforderliche Beschaffenheit aufweist. Für das Bauwerk war eine ebenerdige Terrasse im Erdgeschoss und eine ebenerdige Eingangstür vorgesehen, die keine Eingangstreppe erforderte. Auf die Frage, ob der im Vergleich zu der geschuldeten Ausführung veränderte optische Eindruck des Gebäudes zu einer Beeinträchtigung des Werts oder Gebrauchstauglichkeit des Bauwerks führt, kommt es nicht an. Die Argumentation des BerGer., die jetzige Leistung sei wirtschaftlich und technisch besser als die ursprünglich geplante Lösung, ist rechtlich unerheblich. Maßstab für die Frage, ob ein Mangel vorliegt, ist ausschließlich der vom Bauunternehmer auf Grund des Werkvertrags versprochene Erfolg und nicht die aus der Sicht des Sachverständigen oder des Gerichts vorzugswürdige Ausführung des Bauwerks.

### *VI. Keine ausreichenden Feststellungen zum Klagebegehren im Übrigen*

Die Frage, ob der Bekl. ein Vorschussanspruch oder

ein Schadensersatzanspruch gegen den Kl. zusteht, lässt sich abschließend nicht beurteilen. Dazu fehlt es an den erforderlichen Feststellungen des BerGer.

### *C. Zur Widerklage auf Zahlung der Abrisskosten und auf Erstattung der Abschlagszahlungen*

Das BerGer. hat die Widerklage gegen den Widerbekl. zu 2, die auf Zahlung der Abrisskosten und auf Erstattung der an den Kl. gezahlten Abschlagszahlungen sowie der seit dem 2. 7. 1998 gezahlten Bereitstellungsinsen gerichtet ist, mit folgenden Erwägungen als unbegründet erachtet:

#### *I. Entscheidung und Begründung des BerGer.*

Es könne dahinstehen, ob als Anspruchsgrundlage für die Schadensersatzforderung § 635 BGB oder eine positive Vertragsverletzung in Betracht komme. Gegen § 635 BGB als Anspruchsgrundlage spreche, dass die Planung des Architekten fehlerfrei gewesen sei. Ob die Bauausführung, die höhere Gründung, ein Mangel sei, erscheine zweifelhaft, weil die tatsächliche Bauausführung nach den Feststellungen des Sachverständigen W technisch und wirtschaftlich die bessere Lösung sei. Es spreche allerdings einiges dafür, dass der Architekt seine Vertragspflichten dadurch verletzt habe, dass er die Bekl. nicht auf die nachträgliche Änderung der ursprünglich geplanten Aushubtiefe hingewiesen habe.

Der unterlassene Hinweis des Architekten sei allerdings nicht kausal für die geltend gemachten Schäden. „Die Bekl. hat nicht glaubhaft darzulegen vermocht, dass sie bei einem entsprechenden Hinweis des Architekten auf der tieferen, wesentlich kostengünstigeren Gründung des Gebäudes bestanden hätte. Sie hat im Senatstermin auf Befragen auch nicht darzulegen vermocht, dass sie bei der Beauftragung des Architekten deutlich gemacht hat, dass die tiefe Gründung des Gebäudes für sie von besonderer Wichtigkeit sein sollte“.

Ein Schadensersatzanspruch der Bekl. scheitere letztlich daran, dass die Abbruchkosten keine erforderlichen Aufwendungen zur Beseitigung des angeblichen Mangels seien. Die Aufwendungen seien unverhältnismäßig, so dass der Widerbekl. zu 2 sie im Rahmen des § 635 BGB nicht erstatten müsse. Der durch die Mängelbeseitigung erzielbare Erfolg stehe außer Verhältnis. Dem bisher geschaffenen erheblichen Wert stehe lediglich die subjektive Vorstellung der Bekl. entgegen, „das von ihr geplante Drei-Familien-Haus füge sich nicht in die örtliche Umgebung ein und entspreche nicht den von ihr bevorzugten praktischen und ästhetischen Bedürfnissen“. Die höhere Gründung führe nach dem Gutachten des Sachverständigen W zu erheblichen Baukosteneinsparungen und sie führe in Verbindung mit den Ausgleichsmaßnahmen auch zu keiner

wesentlichen optischen Beeinträchtigung. Der als Zeuge vernommene Ingenieur D vom zuständigen Bauamt habe bekundet, das Gebäude füge sich auch bei der höheren Gründung ohne weiteres in die vorhandene Bebauung ein, so dass keine Bedenken gegen eine nachträgliche Genehmigung bestehen würden. Folglich verstoße das Abriss-verlangen der Bekl. gegen Treu und Glauben.

Da die Bekl. die Abrisskosten nicht verlangen könne, habe sie auch keinen Anspruch gegen den Widerbekl. zu 2 auf Erstattung der an den Kl. geleisteten Abschlagszahlung und keinen Anspruch auf die hilfsweise beantragte Freistellung von etwaigen Werklohnansprüchen des Kl.

Die Bereitstellungsinsen für die Zeit vom 2. 7. 1998 bis zum Februar 1999 könne die Bekl. nicht ersetzt verlangen, weil sie nicht berechtigt gewesen sei, das Bauvorhaben stillzulegen und ihre Unterschrift unter den Nachtragsgenehmigungsantrag zu verweigern.

## II. Entscheidung des BGH in der Revision

Diese Erwägungen halten einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand:

Der Widerbekl. zu 2 haftet nach § 635 BGB auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung auf Grund eines Planungsfehlers. Der Antrag der Bekl., den Widerbekl. zu 2 auf Zahlung eines Vorschusses zu verurteilen, ist dahin gehend auszulegen, dass sie von dem Widerbekl. zu 2 Schadensersatz verlangt. Der Architekt, der die Planung eines Bauwerks übernommen hat, schuldet eine der vertraglichen Vereinbarung entsprechende Planung. Eine von der ursprünglich vereinbarten Planung abweichende Planung ist nur dann vertragsgerecht, wenn die Vertragsparteien eine entsprechende Änderung vereinbart haben. Wenn der Planungsfehler sich in dem Bauwerk realisiert hat, weil der Bauunternehmer nach den fehlerhaften Plänen gebaut hat, kann der Auftraggeber ohne Fristsetzung und Ablehnungsandrohung von dem Architekten Schadensersatz für die Baumängel verlangen, die auf Grund eines vom Architekten verschuldeten Planungsfehlers verursacht worden sind (BGH, NJW-RR 1989, 86).

Die Voraussetzungen für einen Schadensersatzanspruch der Bekl. wegen Nichterfüllung gem. § 635 BGB liegen vor.

### 1. Schuldhafter Planungsfehler durch den Widerbekl. zu 2

Der Widerbekl. zu 2 schuldet als vertragsgemäße Erfüllung eine Planung des Gebäudes, die eine um 1,15 m niedrigere Gründung vorsieht. Der Widerbekl. zu 2 ist durch die eigenmächtige Umplanung von der vereinbarten Planung abgewichen und hat dadurch schuldhaft einen Planungsfehler verursacht. Da der Planungsfehler, die erhöhte Gründung des Bauwerks, sich

durch die Ausführung in dem Bauwerk manifestiert hat, kann die Bekl. von dem Widerbekl. zu 2 Schadensersatz gem. § 635 BGB verlangen.

### 2. Irrelevanz der technischen bzw. wirtschaftlichen Verbesserung für die Feststellung des Planungsmangels

Die höhere Gründung des Bauwerks ist die Folge der eigenmächtigen Umplanung durch den Widerbekl. zu 2. Der Umstand, dass die Bauausführung nach den Feststellungen des Sachverständigen technisch und wirtschaftlich die bessere Lösung sein soll, ist für die Beurteilung der Frage, ob die ausgeführte Umplanung mangelhaft ist, ohne Bedeutung. Maßstab für die Vertragsgerechtigkeit der Planung des Widerbekl. zu 2 ist der vereinbarte und geschuldete Werkerfolg (§ 631 I BGB).

### 3. Kausalität des Planungsmangels für die Bauausführung

Der Planungsmangel ist ursächlich für die vertragswidrige Bauausführung und damit für den dadurch verursachten Schaden. Die Erwägungen des BerGer., die Pflichtverletzung des Widerbekl. zu 2 sei nicht kausal für den Schaden, weil die Bekl. nicht glaubhaft darzulegen vermocht habe, dass sie bei einem Hinweis des Widerbekl. zu 2 auf die kostengünstigere tiefere Gründung auf dieser bestanden hätte, ist für einen Schadensersatzanspruch nach § 635 BGB ohne Bedeutung.

### 4. Kein Einwand der Unverhältnismäßigkeit gem. § 633 II 3 BGB a.F. (= § 635 III BGB n.F.)

Der Widerbekl. zu 2 kann sich hinsichtlich der Abbruchkosten nicht auf die Unverhältnismäßigkeit des Aufwands für die Nachbesserung des Bauwerks nach § 633 II 3 BGB berufen. Die Einrede der Unverhältnismäßigkeit des für die Mangelbeseitigung erforderlichen Aufwands betrifft nur den Aufwand für die Nachbesserung des Planungsmangels und nicht die Mangelfolgeschäden. Die auf Grund des Planungsmangels verursachte Mangelhaftigkeit des Bauwerks ist kein Mangel des Architektenwerks, sondern Folge des Planungsmangels. Der Umfang des Schadens richtet sich nach den §§ 249 ff. BGB, die Einrede der Unverhältnismäßigkeit aus § 633 II 3 BGB ist gegenüber der Schadenshöhe nicht möglich. Die Bekl. kann den Schaden ersetzt verlangen, der ihr durch die Nichterfüllung des Vertrags entstanden ist. Sie kann verlangen so gestellt zu werden, wie sie stehen würde, wenn sie den Vertrag nicht abgeschlossen hätte (BGHZ 27, 215, 216).

### 5. Kein Einwand des Verstoßes gegen Treu und Glauben gem. § 242 BGB

Die Forderung auf Ersatz der Abrisskosten verstößt

nicht gegen Treu und Glauben. Die Bekl. hat einen Anspruch auf die vereinbarte und genehmigte Planung. Sie ist als Auftraggeberin nicht verpflichtet, die mangelhafte Planung als erfüllungstaugliche Leistung des Widerbekl. zu 2 zu akzeptieren, weil die Ausführung der mangelhaften Planung genehmigungsfähig ist.

*D. Gesamtschuldnerschaft zwischen dem Kl. und dem Widerbekl. zu 2*

Unter der Voraussetzung, dass die Forderung der Bekl. gegen den Kl. als Vorschuss- oder Schadensersatzanspruch begründet ist, haften der Kl. und der Widerbekl. zu 2 der Bekl. als Gesamtschuldner.

Der planende Architekt und der Bauunternehmer haften dem Besteller für einen von ihnen verursachten Mangel als Gesamtschuldner. Der Auftraggeber muss sich das Planungsverschulden des Architekten gem. § 278 BGB zurechnen lassen, so dass der Unternehmer berechtigt ist, gegenüber dem Auftraggeber ein Mitverschulden gem. § 254 BGB einzuwenden (st. Rspr.; vgl. BGHZ 95, 128 [131]; NJW 1978, 2393). Der Architekt und der Bauunternehmer haften auch dann gegenüber dem Auftraggeber als Gesamtschuldner, wenn der Bauunternehmer noch berechtigt ist, den

Mangel nachzubessern (BGH, NJW 1978, 2393 = LM § 639 BGB Nr. 17 = BauR 1978, 405; BGHZ 51, 275 [277] = NJW 1969, 653 = LM § 426 BGB Nr. 28). Der Anteil, der Mithaftung des Auftraggebers im Verhältnis zum Bauunternehmer richtet sich nach den jeweiligen Verursachungsbeiträgen der Parteien oder eines verursachenden Beitrags eines Erfüllungsgehilfen.

*E. Aufhebung des Berufungsurteils und Zurückverweisung zur erneuten Verhandlung*

Das Berufungsurteil war aufzuheben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das BerGer. zurückzuverweisen, weil die Sache nicht entscheidungsreif ist. Das BerGer. wird nach der Zurückverweisung gegebenenfalls auf Grund ergänzenden Sachvortrags der Parteien klären und entscheiden müssen, ob die Voraussetzungen eines Anspruchs der Bekl. gegen den Kl. auf einen Vorschuss oder Schadensersatz vorliegen. Sollte ein derartiger Anspruch begründet sein, wird das BerGer. prüfen und entscheiden müssen, ob und in welchem Umfang die Bekl. sich das Planungsverschulden des Widerbekl. zu 2 als Verursachungsbeitrag zurechnen lassen muss.

## Standort: Kreditkartenrecht

## Problem: Kein Widerruf der Weisung

BGH, URTEIL VOM 24.09.2002  
XI ZR 420/01 (NJW 2002, 3698)

**Problemdarstellung:**

In diesem Verfahren musste sich der BGH mit der Rechtsnatur und dementsprechenden Folgen des Kreditkarteneinsatzes beschäftigen.

Zunächst bestätigte der BGH mit dieser Entscheidung seine geänderte Rechtsansicht über die Natur des ausgefüllten und unterschriebenen Kreditkartenbelegs durch den Karteninhaber. Nach neuerer Rechtsprechung ist darin nunmehr ein abstraktes Schuldversprechen des Kreditkartenunternehmens gegenüber dem jeweiligen Vertragsunternehmen gem. § 780 BGB zu sehen (BGH, NJW 2002, 2234).

Getrennt davon ist das Verhältnis zwischen dem Kreditkartenunternehmen und dem Karteninhaber, der mit dem Ausfüllen und Unterschreiben des Kartenbelegs eine Weisung gegenüber dem Kreditkartenunternehmen erteilt, zu sehen. Die herrschende Meinung sieht in dieser Weisung eine Weisung gem. §§ 675, 665 BGB, die grundsätzlich unwiderruflich ist, weil das Vertragsunternehmen mit der Unterzeichnung des Kreditkartenbelegs eben jenen irreversiblen Zahlungsanspruch gegen das Kreditkartenunternehmen aufgrund des abstrakten Zahlungsverprechens erhält.

Nach anderer Ansicht stellt sich die Weisung des Kreditkarteninhabers als Anweisung gem. §§ 783 ff. BGB dar, die mangels schriftlicher Annahme (§ 784 II 1 BGB) bis zur Bewirkung der Leistung, also der Zahlung durch das Kreditkartenunternehmen, gem. § 790 BGB frei widerrufbar sei.

Der BGH hat sich der h.M. und damit der grundsätzlichen Unwiderruflichkeit der Kreditkartenweisung angeschlossen, da die Kreditkarte ihre Funktion als bargeldersetzendes Zahlungsmittel nur erfüllen kann, wenn das Vertragsunternehmen gegen das Kreditkartenunternehmen einen Anspruch erlangt, der einer Barzahlung wirtschaftlich gleichkommt, also insbesondere von Einwendungen aus dem Valutaverhältnis zwischen Kreditkartenunternehmen und -inhaber frei ist.

**Prüfungsrelevanz:**

Das Recht zum Kreditkartenverkehr eignet sich als Examenstoff, um vom Prüfling ein praxisorientiertes, aber in der universitären Ausbildung vernachlässigtes Thema abzuverlangen. Das Kreditkartenrecht stellt eine Gemengelage von Geschäftsbesorgung (§§ 675, 662 ff. BGB), abstraktem Schuldversprechen (§ 780 BGB) und Anweisungsrecht (§§ 783 ff. BGB) dar, das man aufgrund des Dreiecksverhältnis zwischen Kreditkartenunternehmen, Kreditkarteninhaber und

Vertragsunternehmen auseinander halten muss.

Der Vertrag zwischen einem Kreditkartenherausgeber und einem Kreditkarteninhaber ist ein entgeltlicher Geschäftsbesorgungsvertrag, durch den sich der Kreditkartenherausgeber verpflichtet, Verbindlichkeiten des Karteninhabers bei den entsprechenden Vertragsunternehmen zu tilgen. Kommt er dieser Verpflichtung nach, steht ihm ein Aufwendungsersatzanspruch gem. §§ 675, 670 BGB gegen den Karteninhaber zu. Der ausgefüllte und unterschriebene Kreditkartenbeleg stellt sich dabei als Weisung des Kreditkarteninhabers gem. §§ 675, 665 BGB dar, aber keine abstrakte Anweisung gem. § 783 BGB.

Bereits mit der Unterzeichnung und Übergabe des Kreditkartenbelegs durch den Karteninhaber erwirbt das Vertragsunternehmen damit einen abstrakten Anspruch (§ 780 BGB) gegen das Kreditkartenunternehmen auf der Grundlage des zwischen ihnen geschlossenen Rahmenvertrages. Folglich kann das Kreditkartenunternehmen Einwendungen aus dem Valutaverhältnis zum Kreditkarteninhaber - vorbehaltlich vertraglicher Vereinbarungen - nicht entgegen halten. Seine Grenzen findet diese Abstraktheit - wie dieses Urteil zeigt - nur in § 242 BGB (Rechtsmissbrauch).

#### **Vertiefungshinweis:**

Zu dieser Thematik: *BGH*, NJW 2002, 2234; NJW 2002, 285; *LG Aachen*, NJW-RR 1994, 1009; *Möllers/Leisch*, LM H. 9/2002 § 437 BGB Nr. 10;

#### **Kursprogramm:**

*Examenskurs*: "Der Heimatfilm"

#### **Leitsätze:**

**1. Die in der Unterzeichnung eines Belastungsbelegs liegende Weisung des Kreditkarteninhabers an das Kreditkartenunternehmen, an das Vertragsunternehmen zu zahlen, ist grundsätzlich unwiderruflich.**

**2. Mit der Unterzeichnung des Belastungsbelegs durch den Karteninhaber erlangt das Vertragsunternehmen einen abstrakten Zahlungsanspruch aus § 780 BGB gegen das Kreditkartenunternehmen, dem Einwendungen aus dem Valutaverhältnis zwischen Karteninhaber und Vertragsunternehmen - vorbehaltlich abweichender vertraglicher Vereinbarungen - nicht entgegengehalten werden können. Etwas anderes gilt, wenn das Vertragsunternehmen das Kreditkartenunternehmen rechtsmissbräuchlich in Anspruch nimmt, weil offensichtlich oder liquide beweisbar ist, dass dem Vertragsunternehmen eine Forderung gegen den Karteninhaber nicht zusteht.**

#### **Sachverhalt:**

Der Kl. unterhält bei der bekl. Bank ein Girokonto und ist Inhaber einer von ihrer Rechtsvorgängerin ausgegebenen Kreditkarte (Eurocard). Er verlangt Rückzahlung von Beträgen, die die Bekl. seinem Konto auf Grund der Verwendung der Kreditkarte belastet hat. Der Kl. unterzeichnete am 20. 11. 1998 zwischen 3.43 Uhr und 6.10 Uhr in einem Nachtlokal unter Verwendung der Kreditkarte neun Belastungsbelege in Höhe von 1000 DM, 1200 DM, 1200 DM, 1600 DM, 2000 DM, 500 DM, 3000 DM, 5000 DM und 2500 DM. Nach einem kurzen Schlaf im Hotel forderte er die Bekl. noch am Morgen desselben Tages auf, keine Zahlungen an den Inhaber des Lokals als Vertragsunternehmer zu leisten und sein Konto nicht zu belasten. Zur Begründung machte er geltend, er sei „sturzbetrunken“ und nicht Herr seiner Sinne gewesen. Er sei betrogen worden und wolle Strafanzeige erstatten. Die Bekl. glich die am 23. 11. 1998 vom Vertragsunternehmer vorgelegten Belege aus und belastete das Konto des Kl. in Höhe von 18000 DM. Das auf die Strafanzeige des Kl. hin eingeleitete strafrechtliche Ermittlungsverfahren wurde mangels hinreichenden Tatverdachts eingestellt.

Das LG hat die Klage auf Zahlung von 18000 DM nebst Zinsen abgewiesen. Das BerGer. (NJW-RR 2002, 620 = WM 2002, 1800) hat die Berufung zurückgewiesen. Die Revision hatte keinen Erfolg.

#### **Aus den Gründen:**

##### **A. Entscheidung und Begründung des BerGer.**

Das BerGer. hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

Die Bekl. habe gegen den Kl. gem. § 670 BGB einen Aufwendungsersatzanspruch in Höhe von 18000 DM gehabt. Auf Grund seiner Weisungen (§ 665 BGB) in Form unterzeichneter Belastungsbelege habe sie Zahlungen an den Vertragsunternehmer geleistet. Die Weisungen seien mit Rücksicht auf die Bargeldersatzfunktion der Kreditkartenverwendung grundsätzlich nicht widerruflich. Die Bekl. habe den Widerruf auch nicht deshalb beachten müssen, weil der Kl. ihn mit der Unwirksamkeit seiner mit dem Vertragsunternehmer geschlossenen Geschäfte und seiner mit der Unterzeichnung der Belastungsbelege erklärten Zahlungsanweisungen begründet habe. Da der Kl. die Behauptungen über die alkoholbedingte Störung seiner Geistestätigkeit und die Sittenwidrigkeit der Geschäfte nicht hinreichend belegt und trotz entsprechender Aufforderung der Bekl. nicht schriftlich niedergelegt habe, sei die Bekl. nicht in der Lage gewesen, gegenüber dem Vertragsunternehmer mit Aussicht auf Erfolg Einwendungen geltend zu machen.

Dem Kl. stehe gegenüber dem Aufwendungsersatzanspruch der Bekl. kein Leistungsverweigerungsrecht zu. Ein solches könne allenfalls in Betracht kommen, wenn sich nachträglich Umstände ergäben, die der Bekl. auf Grund feststehender oder leicht nachweisbarer Einwendungen die Rückforderung ihrer Zahlungen vom Vertragsunternehmer ermöglichten. Solche Umstände habe der Kl. aber nicht dargelegt. Eine alkoholbedingte Geschäftsunfähigkeit gem. § 105 II BGB könne nicht festgestellt werden. Sein Vorbringen reiche nicht aus, seine mit dem Vertragsunternehmer geschlossenen Geschäfte wegen überhöhter Getränkepreise, wegen der Höhe der Einzelbelege oder der Gesamtbelastung oder wegen der Inanspruchnahme und Abgeltung sexueller Leistungen als sittenwidrig anzusehen.

### *B. Entscheidung des BGH in der Revision*

Diese Ausführungen halten rechtlicher Überprüfung stand. Der Kl. hat gegen die Bekl. keinen Anspruch gem. §§ 667, 675 I BGB (vgl. BGHZ 121, 98 [106] = NJW 1993, 735; Senat, NJW 2002, 3093 = WM 2002, 1683 [1685]) auf Rückbuchung und Auszahlung der seinem Konto belasteten 18000 DM. Die Kontobelastung ist zu Recht erfolgt, weil der Bekl. gegen den Kl. ein Aufwendungsersatzanspruch gem. Nr. 6 Satz 2 der von ihr verwandten „Bedingungen für den Eurocard-Service“, die nach dem Vortrag des Kl. dem Vertragsverhältnis zwischen den Parteien zu Grunde liegen, und gem. §§ 670, 675 I BGB in Höhe des Belastungsbetrags zustand.

### *I. Qualifizierung des Kreditkartenvertrages als entgeltlicher Geschäftsbesorgungsvertrag*

Der Vertrag zwischen einem Kreditkartenherausgeber und einem Karteninhaber ist ein entgeltlicher Geschäftsbesorgungsvertrag, durch den sich der Kreditkartenherausgeber verpflichtet, die Verbindlichkeiten des Karteninhabers bei den Vertragsunternehmen zu tilgen. Kommt er dieser Verpflichtung nach, steht ihm ein Aufwendungsersatzanspruch gem. §§ 670, 675 I BGB gegen den Karteninhaber zu (BGHZ 91, 221 [223f.] = NJW 1984, 2460). Diese Verpflichtung des Karteninhabers wird in Nr. 6 Satz 2 der „Bedingungen für den Eurocard-Service“ ausdrücklich hervorgehoben.

### *II. Wirksame Weisung des Kl. als Karteninhaber an die Bekl. als Kreditkartenunternehmen*

Der Aufwendungsersatzanspruch setzt gem. Nr. 5 Satz 1 Spiegelstrich 1 der „Bedingungen für den EurocardService“ voraus, dass der Karteninhaber einen vom Vertragsunternehmer ausgestellten Beleg unterschreibt und dem Kreditkartenherausgeber damit die Weisung i. S. der §§ 665, 675 I BGB (BGHZ 91,

221 [224] = NJW 1984, 2460) erteilt, seine Verbindlichkeit zu tilgen. Solche Weisungen hat der Kl. erteilt, indem er die Belastungsbelege des Vertragsunternehmers unterzeichnet hat.

### *1. Keine Unwirksamkeit der Weisung gem. § 105 II BGB*

Die Revision macht ohne Erfolg geltend, die Weisungen seien wegen der Alkoholisierung des Kl. gem. § 105 II BGB nichtig. Das BerGer. hat zwar zu diesem Nichtigkeitsgrund, bezogen auf die Unterzeichnung der Belege, keine Feststellungen getroffen. Es hat diesen Nichtigkeitsgrund aber für den Abschluss der durch die Verwendung der Kreditkarte bezahlten Grundgeschäfte mit dem Vertragsunternehmer nicht feststellen können. Dies gilt, da der Kl. die Belege gleichzeitig mit dem Abschluss der Grundgeschäfte unterzeichnet hat, auch für die Erteilung der Weisungen i. S. der §§ 665, 675 I BGB. Die gegen diese tatrichterliche Feststellung erhobenen Rügen der Revision hat der Senat geprüft und nicht für durchgreifend erachtet. Von einer Begründung wird gern. § 565 a ZPO a. F. abgesehen.

### *2. Keine Unwirksamkeit der Weisung infolge der Widerrufsübung*

Der Kl. hat die Weisungen nicht wirksam widerrufen, indem er die Bekl., noch bevor ihr der Vertragsunternehmer die Belege zur Vergütung vorlegte, zur Zahlungsverweigerung aufforderte.

### *a. Rechtsstreit um die Widerrufbarkeit der Anweisung durch Unterzeichnung des Belastungsbelegs*

Ob ein Karteninhaber seine in der Unterzeichnung eines Belastungsbelegs liegende Veranlassung des Kreditkartenherausgebers zur Zahlung bis zur Vorlage des Belegs durch das Vertragsunternehmen bei dem Kreditkartenherausgeber widerrufen kann, wird in der instanzgerichtlichen Rechtsprechung und in der Literatur unterschiedlich beurteilt. Die herrschende Meinung sieht die Veranlassung des Kreditkartenunternehmens zur Zahlung durch den Kreditkarteninhaber als Weisung i. S. der §§ 665, 675 I BGB an, die grundsätzlich unwiderruflich ist, weil das Vertragsunternehmen mit der Unterzeichnung des Belastungsbelegs auf Grund des Akquisitionsvertrags mit dem Kreditkartenunternehmen einen irreversiblen Zahlungsanspruch erlange (OLG Schleswig, WM 1991, 453 [454]; OLG München, WM 1999, 2356 [2357]; LG Aachen, WM 1994, 2158 [2160]; LG Frankfurt a.M., WM 1994, 111 [113]; Oechsler, WM 2000, 1613 [1618]). Teilweise wird die Weisung i. S. der §§ 665, 675 I BGB als widerruflich angesehen, solange das Kreditkartenunternehmen gegenüber dem Vertragsunternehmen nach Maßgabe der Vertragsgestaltung zwischen diesen Parteien noch nicht endgültig gebunden ist (LG Tübingen, NJW-RR

1995, 746 [747]; Langenbucher, Die Risikozuweisung im bargeldlosen Zahlungsverkehr, 5. 274 [276]; vgl. auch Wolf, EWiR 1991, 209). Nach anderer Ansicht ist die Unterzeichnung des Belastungsbelegs durch den Karteninhaber eine Anweisung i. S. des § 783 BGB, die mangels schriftlicher (§ 784 II 1 BGB) Annahme bis zur Bewirkung der Leistung, das heißt bis zur Zahlung an das Vertragsunternehmen, gem. § 790 S. 1 BGB widerrufen sei, sofern nichts anderes vereinbart werde (OLG Frankfurt a. M., WM 1994, 942; LG Berlin, WM 1986, 1469 [1471]; Canaris, BankvertragsR, 2. Aufl., Rdnrn. 1624, 1634).

*b. Rechtsauffassung des erkennenden Senats zur Unwiderruflichkeit*

Der Senat teilt die herrschende Auffassung. Die Unterzeichnung des Belastungsbelegs ist keine von den zu Grunde liegenden Schuldverhältnissen abstrakte (vgl. Martinek/Oechsler, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, § 67 Rdnr. 33) Anweisung i. S. des § 783 BGB, sondern eine Weisung i. S. der §§ 665, 675 I BGB (BGHZ 91, 221 [224] = NJW 1984, 2460) im Rahmen des Geschäftsbesorgungsvertrags zwischen dem Kreditkartenherausgeber und dem Kreditkarteninhaber und zugleich die Bedingung, mit deren Eintritt der Anspruch des Vertragsunternehmens gegen das Kreditkartenunternehmen auf Grund eines rahmenmäßig vereinbarten abstrakten Schuldversprechens entsteht. Bereits mit der Unterzeichnung und Übergabe des Belastungsbelegs durch den Karteninhaber, nicht erst mit dessen Einreichung (ungenau insoweit Senat, NJW 2002, 2234 = WM 2002, 1120 [11221]), erwirbt das Vertragsunternehmen auf Grund des Aquisitionsvertrags einen abstrakten Anspruch (§ 780 BGB) gegen das Kartenunternehmen auf Ausgleich der im Verhältnis zwischen dem Vertragsunternehmen und dem Karteninhaber begründeten Forderungen (Haun, in: Hellner/Steuer, Rdnrn. 6/1940). Schon damit liegt eine irreversible Vermögensdisposition des Kreditkartenunternehmens vor, die einen Widerruf der Weisung ausschließt (Martinek/Oechsler, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, § 67 Rdnr. 35). Etwaige Einwendungen, die das Kreditkartenunternehmen auf Grund des Vertrags mit dem Vertragsunternehmen gegen dessen Zahlungsanspruch erheben kann, können allenfalls für die Frage von Bedeutung sein, ob das Kreditkartenunternehmen seine Zahlung an das Vertragsunternehmen, das heißt die Aufwendung i. S. des § 670 BGB, für erforderlich halten darf. Sie rechtfertigen es aber nicht, den Anspruch des Vertragsunternehmens zur Disposition des Karteninhabers zu stellen und von dessen Widerruf abhängig zu machen. Die Kreditkarte kann die ihr von den Beteiligten zugewiesene bargeldersetzende Funktion nur erfüllen, wenn der Anspruch, den das Vertragsunternehmen gegen das Kreditkartenunter-

nehmen erlangt, einer Barzahlung wirtschaftlich gleichwertig ist (vgl. Senat, NJW 2002, 2234 = WM 2002, 1120 [1121]). Das ist nur dann der Fall, wenn die Weisung des Karteninhabers unwiderruflich ist (OLG Schleswig, WM 1991, 453 [454]).

*III. Aufwendungsersatzanspruch der Bekl. gem. §§ 670, 675 I BGB*

Die Zahlungen der Bekl. an das Vertragsunternehmen waren Aufwendungen i. S. der §§ 670, 675 I BGB, die sie den Umständen nach für erforderlich halten durfte.

*1. Grundsatz: keine Überprüfungspflicht des Kartenunternehmens zur Wirksamkeit des zugrunde liegenden Geschäfts*

Wenn das Vertragsunternehmen ordnungsgemäße Belastungsbelege einreicht, darf das Kreditkartenunternehmen die Zahlung an das Vertragsunternehmen grundsätzlich für erforderlich halten, ohne zu prüfen, ob dem Vertragsunternehmen eine wirksame Forderung gegen den Karteninhaber zusteht. Diesbezügliche Reklamationen und Beanstandungen sind gem. Nr. 9 der „Bedingungen für den Eurocard-Service“ zwischen Vertragsunternehmen und Karteninhaber zu klären und berühren die Zahlungsverpflichtung des Karteninhabers gegenüber der Bekl. nicht. Nr. 6 II 1 der „Bedingungen für die D.-Kreditkarten“, derzufolge eine Erstattungspflicht des Karteninhabers gegenüber der Bekl. nicht besteht, wenn eine wirksame Forderung des Vertragsunternehmens nicht begründet wurde, ist nach dem Vortrag des Kl. zwischen den Parteien nicht wirksam vereinbart worden.

*2. Ausnahme: Rechtsmissbrauch durch das Vertragsunternehmen*

Die Zahlung des Kreditkartenunternehmens an das Vertragsunternehmen ist allerdings ausnahmsweise dann keine Aufwendung, die das Kreditkartenunternehmen für erforderlich halten darf, wenn das Vertragsunternehmen das Kreditkartenunternehmen rechtsmissbräuchlich in Anspruch nimmt (vgl. Senat, NJW 2002, 2234 = WM 2002, 1120 [1124]). Dann ist das Kreditkartenunternehmen zur Zahlungsverweigerung nicht nur berechtigt, sondern auf Grund des Geschäftsbesorgungsvertrags mit dem Karteninhaber auch verpflichtet. Da das Vertragsunternehmen, wie dargelegt, mit der Unterzeichnung des Belastungsbelegs durch den Karteninhaber einen abstrakten Zahlungsanspruch aus § 780 BGB gegen das Kreditkartenunternehmen erwirbt mit der Folge, dass diesem Anspruch - ähnlich wie beim Akkreditiv - Einwendungen aus dem Valutaverhältnis - vorbehaltlich abweichender vertraglicher Vereinbarungen, zu denen im vorliegenden Fall nichts vorgetragen worden ist - nicht entgegengehalten werden können, liegt eine

rechtsmissbräuchliche Inanspruchnahme des Kreditkartenunternehmens nur vor, wenn das Vertragsunternehmen seine formale Rechtsposition ersichtlich treuwidrig ausnutzt. Das ist nur dann der Fall, wenn offensichtlich oder liquide beweisbar ist, dass dem Vertragsunternehmen eine Forderung aus dem Valutaverhältnis gegen den Karteninhaber nicht zusteht (Hadding, in: MünchKomm-HGB, Zahlungsverf. Rdnrn. G 29, 42; Martinek/Oechsler, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, § 67 Rdnr. 37; Pfeiffer, in: Graf v. Westphalen, Rdnr. 69; Kümpel, Rdnr. 4.942; Haun, in: Heliner/Steuer, Rdnrn. 6/1953 f.; Taupitz, in: Hadding/Hopt/Schimansky, Bankrechtstag, 1998, 5. 3, 12; Bitter, ZBB 1996, 104 [113]; Oechsler, WM 2000, 1613 [1617]; s. auch LG Frankfurt a.M., WM 1994, 111 [113]). Davon kann hier indes keine Rede sein.

*a. Kein substantzierter und beweisbarer Vortrag zur Unwirksamkeit gem. § 105 II BGB*

Der Kl. hat der Bekl. zur Unwirksamkeit des Valutaverhältnisses nach § 105 II BGB am 20. 11. 1998 lediglich mitgeteilt, er sei bei Unterzeichnung der Belastungsbelege „sturzbetrunken“ und nicht Herr seiner Sinne gewesen. Beweismittel hat er der Bekl. dafür weder übergeben noch benannt. Unter diesen Umständen konnte die Bekl. die Nichtigkeit des Valutaverhältnisses gem. § 105 II BGB gegenüber dem Vertragsunternehmen nicht einmal substantziiert behaupten, geschweige denn ohne weiteres beweisen.

*b. Kein substantzierter und beweisbarer Vortrag zur Sittenwidrigkeit gem. § 138 BGB*

Zur angeblichen Sittenwidrigkeit des Valutaverhältnisses hat der Kl. der Bekl. vor Zahlung an das Vertragsunternehmen ohne Benennung von Beweismitteln lediglich mitgeteilt, es gebe Belastungsbelege zu Gunsten eines Nachtlokals über 18000 DM, er sei insoweit betrogen worden und wolle Strafanzeige erstatten. Dass die Bekl. auf Grund dieses unsubstanzierten, nicht einmal schriftlich niedergelegten Vorbringens des Kl. nicht gehalten war, einen Ausgleich der

ordnungsgemäßen Belastungsbelege zu verweigern und es gegebenenfalls auf einen Rechtsstreit mit dem Vertragsunternehmen ankommen zu lassen, liegt auf der Hand.

*IV. Kein Leistungsverweigerungsrecht des Kl.*

Ob dem Karteninhaber, wie das BerGer. erwogen hat, gegenüber dem Aufwendungsersatzanspruch des Kreditkartenunternehmens nach Ausgleich des Belastungsbelegs ein Leistungsverweigerungsrecht zustehen kann, wenn dem Kreditkartenunternehmen nachträglich Umstände bekannt werden, die einen Rückforderungsanspruch gegenüber dem Vertragsunternehmen begründen können, erscheint zweifelhaft, weil dem Karteninhaber im Falle der Unwirksamkeit des Grundgeschäfts ein eigener Anspruch gegen das Vertragsunternehmen auf Mitwirkung bei der Stornierung der Belastungsbuchung durch das Kreditkartenunternehmen zusteht (Pfeiffer, in: Graf v. Westphalen, Rdnr. 84). Dabei kann der Karteninhaber anders als das Kreditkartenunternehmen, das auch im Rückforderungsprozess gegen das Vertragsunternehmen nach Ausgleich des Belastungsbelegs, vorbehaltlich einer anderweitigen vertraglichen Regelung, auf offensichtliche oder liquide beweisbare Einwendungen aus dem Valutaverhältnis beschränkt ist (vgl. Hadding, in: MünchKomm-HGB, Zahlungsverf., Rdnr. G 29a. E.), alle Einwendungen aus dem Valutaverhältnis ohne eine solche Einschränkung geltend machen.

Die angesprochene Frage bedarf hier indes keiner abschließenden Entscheidung. Jedenfalls ist es dem Karteninhaber verwehrt, das Kreditkartenunternehmen nach Ausgleich ordnungsgemäß unterzeichneter Belastungsbelege auf einen etwaigen Rückforderungsanspruch gegen das Vertragsunternehmen zu verweisen, wenn er es - wie hier - vor Begleichung der Belastungsbelege versäumt hat, das Kreditkartenunternehmen in die Lage zu versetzen, offensichtliche oder liquide beweisbare Einwendungen gegen die Forderung des Vertragsunternehmens aus dem Valutaverhältnis zu erheben.

**Standort: BGB - AT**

**Problem: Verzicht auf Kassenarztzulassung**

BGH, URTEIL VOM 22.07.2002  
II ZR 90/01 (NJW 2002, 3536)

**Problemdarstellung:**

Die Kl. betreiben eine ärztliche Gemeinschaftspraxis, in der eine Stelle als Kassenvertragsarzt durch Ausscheiden eines Arztes frei geworden ist. Der Bekl. trat nach Zulassung und Genehmigung als Kassenvertragsarzt in diese Gemeinschaftspraxis ein, wobei im Gesell-

schaftsvertrag die Regelung getroffen wurde, dass im Fall eines vorzeitigen Ausscheidens es dem Bekl. verboten war, im fraglichen Landkreis eine privat- oder kassenärztliche Tätigkeit auszuüben. Bereits im ersten Jahr kam es zum Zerwürfnis und zur Aufkündigung des Vertragsverhältnisses. Daraufhin führte der Bekl. zunächst mit seiner Vertragsarztzulassung eine Einzelpraxis im fraglichen Landkreis. Die Kl. verlangen nunmehr Schadensersatz wegen der entgangenen weite-



ren Vertragsarztstelle.

Im Kern ging es bei diesem Rechtsstreit um die Sittenwidrigkeit der gesellschaftsvertraglichen Regelung zum Verzicht auf die Kassenarntzulassung gem. § 138 BGB. Dabei ist festzuhalten, dass berechnigte Interessen beider Parteien aus Art. 12 GG (Berufsfreiheit) dabei gegenseitig abzuwägen sind. Durch Art. 12 GG wird ein einheitliches Grundrecht der Berufsfreiheit begründet, dem bezüglich einer Gemeinschaftspraxis immanent ist, dass diese Praxis in der Form und mit der Anzahl von Vertragsarztstellen grundsätzlich weiter betrieben werden kann (vgl. zur Verkleinerung einer Praxis: § 103 VI SGB V). Aber auch dem Bekl. steht aus Art. 12 GG das Grundrecht der Berufsfreiheit zu, so dass dieses Spannungsfeld im Wege einer praktischen Konkordanz, d.h. durch Abwägung der widerstreitenden Interessen gelöst werden muss. Im vorliegenden Fall wurde ein solches örtlich begrenztes Wettbewerbsverbot wegen der kurzen Dauer der Mitarbeit in der Gemeinschaftspraxis nicht als sittenwidrig gem. § 138 BGB bewertet.

#### Prüfungsrelevanz:

Diese Entscheidung des BGH verdeutlicht die Möglichkeit der Einflussnahme der Grundrechte auf das Zivilrecht. Die Frage, auf welche Weise und in welchem Umfang die Grundrechte auf das Zivilrecht einwirken, ist weiterhin streitig. Nach der Lehre von der unmittelbaren Drittwirkung gelten die Grundrechte als gesetzliche Verbote (§ 134 BGB) bzw. Schutzgesetze (§ 823 II BGB) unmittelbar auch für das Privatrecht (vgl. Hager JZ 1994, 373; früher auch BAG 1, 193). Nach der Gegenansicht, der Theorie zur mittelbaren Drittwirkung, können die Grundrechte als subjektiv öffentliches Recht nicht ohne weiteres in das Privatrecht übernommen werden; sie wirken aber, wie die Werteordnung des Grundgesetzes insgesamt, durch Auslegung und über die Generalklauseln (§§ 138, 242 BGB) auf das Privatrecht ein (BVerfGE 7, 198; 34, 280). Eine abschließende Stellungnahme durch den BGH fehlt, auch wenn er das Grundgesetz für seine Rechtsprechung zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht (BGHZ 13, 338; 15, 258), zum Recht auf freie Meinungsäußerung (BGHZ 31, 313; 45, 308) und zum Verhältnis von Glaubensfreiheit und elterlicher Verpflichtung (BGHZ 33, 149; 38, 319).

Insbesondere über § 138 BGB wirkt das im Grundgesetz verkörperte Wertesystem in das Privatrecht; so benutzt der BGH Art. 12 GG, um die Sittenwidrigkeit von vertraglichen Wettbewerbsverboten zu erörtern (BGH NJW 1986, 2944). Für das JPA bietet sich dadurch ein hervorragende Schnittstelle, um Zivilrecht und öffentliches Recht zugleich prüfen zu können.

#### Vertiefungshinweis:

Vgl. zu dieser Thematik: *BGH*, NJW 2002, 3538; *OLG Stuttgart*, NZG 2001, 660; *Spickhoff*, NJW 2002, 1758; *Saenger*, NZS 2001, 234

#### Kursprogramm:

*Examenskurs*: "Schwarzarbeit"  
 *Examenskurs*: "Drum prüfe, wer für Pappi bürgt"

#### Leitsätze:

- 1. Übernimmt ein neu zugelassener Arzt in einer Gemeinschaftspraxis eine vakant gewordene Vertragsarztstelle, so kollidiert im Falle seines freiwilligen Ausscheidens aus der Praxis das durch Art. 12 I GG geschützte Interesse der verbleibenden Ärzte, die Gemeinschaftspraxis in dem bisherigen Umfang fortzuführen, mit dem Grundrecht des ausscheidenden Arztes auf Berufsfreiheit. Der auftretende Konflikt ist nach dem Grundsatz der praktischen Konkordanz zu lösen.**
- 2. Eine gesellschaftsvertragliche Regelung, die dem neu eingetretenen Vertragsarzt für den Fall, dass er freiwillig aus der Gemeinschaftspraxis ausscheidet, die Pflicht auferlegt, auf seine Zulassung als Kassenarzt zu verzichten, verstößt jedenfalls dann nicht gegen § 138 I BGB i.V. mit Art. 12 I GG, wenn der Ausscheidende wegen der relativ kurzen Zeit seiner Mitarbeit die Gemeinschaftspraxis noch nicht entscheidend mitprägen konnte.**

#### Sachverhalt:

Die Kl. sind seit 1975 in einer Gemeinschaftspraxis als Kassenärzte in E. miteinander verbunden. Im Jahre 1992 erweiterten sie die Praxis um einen dritten Kollegen. Nach dem Ausscheiden seines Vorgängers trat der Bekl. am 1. 1. 1996 in die Gemeinschaftspraxis ein, nachdem er durch den Zulassungsausschuss für Ärzte I im Zulassungsbezirk N.-W. am 29. 8. 1995 die Zulassung als Vertragsarzt erhalten hatte und sein Eintritt in die Praxis der Kl. genehmigt worden war. Die Vergabe kassenärztlicher Zulassungen im Planungsbereich E. war zum damaligen Zeitpunkt gem. §§ 101, 103 SGB V beschränkt. Nachdem es im Rahmen der Verhandlungen der Parteien über den Abschluss eines Gesellschaftsvertrags zu Unstimmigkeiten gekommen war, erklärte der Bekl. am 13. 5. 1996 die Kündigung zum 30. 6. 1996, woraufhin die Kl. ihrerseits am 14; 5. 1996 das Vertragsverhältnis fristlos kündigten. Der Zulassungsausschuss für Kassenärzte stellte daraufhin die Beendigung der Gemeinschaftspraxis zum 13. 5. 1996 fest. Der nicht unterzeichnete Entwurf eines Ge-

sellschaftsvertrags zwischen den Parteien sah für beide Seiten die Möglichkeit vor, im ersten Jahr die Zusammenarbeit mit einer Frist von sechs Wochen zum jeweiligen Quartalsende kündigen zu können. Ein Abfindungsanspruch sollte dem Bekl. für diesen Fall nicht zustehen. Weiter sollte nach § 17 des Vertragsentwurfs für den Fall des Ausscheidens der Bekl. einem fünfjährigen Verbot unterliegen, sich in E. und dem gleichnamigen Landkreis als Arzt in freier Praxis zur Ausübung privat- und/oder kassenärztlicher Tätigkeit niederzulassen. Nach seinem Ausscheiden aus der Gemeinschaftspraxis der Kl. eröffnete der Bekl. zunächst eine Einzelpraxis in E., dann in R. Auf seine Zulassung in E. verzichtete er zum 31. 7. 1997, woraufhin die Vertragsarztstelle neu ausgeschrieben wurde. Der Zulassungsausschuss erteilte einem Bewerber die Zulassung, der zu einem Eintritt in die Praxis der Kl. nicht bereit war, während ein anderer Bewerber, Dr. W., der hierzu bereit gewesen wäre, nicht zum Zuge kam. Der gegen die Entscheidung eingelegte Widerspruch der Kl. und des Bekl. war erfolglos; zur Begründung der Zurückweisung des Widerspruchs der Kl. führte der Berufungsausschuss für Ärzte I für den Bezirk der kassenärztlichen Vereinigung N.-W. aus, die ausgeschriebene Stelle beziehe sich nicht auf die Nachfolge des Bekl. als Mitglied der von den Kl. geführten Gemeinschaftspraxis, sondern auf die Nachfolge der vom Bekl. in E. geführten Einzelpraxis. Geschützte Interessen der Kl. nach § 103 VI i. V. mit IV SGB V seien daher nicht berührt. Die Kl. haben vorgetragen, sie hätten sich im Rahmen der Verhandlungen über den Abschluss eines Gesellschaftsvertrags mit dem Bekl. mündlich darüber geeinigt, dass er für den Fall seines Ausscheidens auf die Zulassung verzichte, um so der klägerischen Praxis den dritten Vertragsarztsitz zu erhalten. Dr. W. hätte bei Verzicht des Bekl. auf die Zulassung daher in diesem Fall den Vorzug erhalten müssen. Da dieser zur Zahlung eines Kaufpreises von 480 000,00 DM für den Anteil an der Praxis bereit gewesen wäre, sei ihnen, den Kl., ein Schaden in entsprechender Höhe entstanden. Dessen Ersatz verlangen sie von dem Bekl.

Die Klage blieb in beiden Vorinstanzen ohne Erfolg. Die Revision der Kl. hatte Erfolg und führte zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das BerGer.

#### **Aus den Gründen:**

##### *A. Zur Sittenwidrigkeit der vertraglichen Verzichtspflichtung auf die Kassenarztzulassung*

Das BerGer. hat ausgeführt, eine Verpflichtung des Bekl. zum Verzicht auf die Zulassung als Kassenarzt mit Ausscheiden aus der Gemeinschaftspraxis der Kl. habe selbst dann nicht bestanden, wenn er eine solche

Zusage gemacht hätte. Denn auf jeden Fall wäre eine derartige Verpflichtung wegen Verstoßes gegen § 138 BGB nichtig. Das hält revisionsrechtlicher Überprüfung nicht stand.

Der Bekl. war verpflichtet, im Zeitpunkt seines Ausscheidens aus der Gemeinschaftspraxis auf die Zulassung als Kassenarzt zu verzichten. Diese Verpflichtung folgte - wie der Senat in Ermangelung weiterer für die Auslegung bedeutsamer Gesichtspunkte selber entscheiden kann - auch ohne dahin gehende ausdrückliche Abmachung aus Sinn und Zweck der im Entwurf des Gesellschaftsvertrags zwischen den Parteien vereinbarten Probezeit in Verbindung mit dem Umstand, dass der Bekl. die Zulassung als Kassenarzt gerade als Nachfolger seines Vorgängers in der Gemeinschaftspraxis der Kl. erhalten hatte. Sie ist nicht gem. § 138 I BGB nichtig.

##### *1. Berechtigtes Interesse der Kl. an dem Erhalt der Kassenarztzulassung für ihre Praxis*

Die Kl. haben ein berechtigtes Interesse an dem Erhalt der dritten Vertragsarztstelle.

##### *1. Berechtigtes Interesse der Kl. aus Art. 12 GG*

Dieses Interesse ist durch Art. 12 I GG geschützt. Art. 12 I GG enthält ein einheitliches Grundrecht der Berufsfreiheit, das sich dem Grunde nach auf die Berufswahl wie die Berufsausübung erstreckt (BVerfGE 7, 377 [402], st. Rspr.). Wird die Tätigkeit als Kassenarzt in zulässiger Weise in einer Gemeinschaftspraxis ausgeübt, so stellt die Wahl einer solchen Praxisform eine Entscheidung für eine bestimmte Art der Berufsausübung dar und ist ebenfalls durch Art. 12 I GG geschützt. Diesem Schutz ist immanent, dass die Gemeinschaftspraxis in der Form und mit der Anzahl von Vertragsärzten grundsätzlich weiter betrieben werden kann, die für sie vorgesehen ist. Deshalb hat der Gesetzgeber die Verkleinerung einer Gemeinschaftspraxis durch das Ausscheiden eines Vertragsarztes in § 103 VI SGB V erschwerten Bedingungen unterworfen. Das BSG hat aus dem Sinn und Zweck dieser Bestimmung für die Ärzte einer Gemeinschaftspraxis ein eigenes Recht hergeleitet, nach dem Ausscheiden eines Vertragsarztes ein Ausschreibungsverfahren für dessen Nachfolge einzuleiten, obwohl das Gesetz ursprünglich nur dem Ausscheidenden ein derartiges Recht einräumen wollte (BSG, NZS 1999, 470). Zudem hat es entschieden, dass im Nachbesetzungsverfahren Ärzten, welche die Tätigkeit des ausgeschiedenen Arztes in der Gemeinschaftspraxis nicht fortsetzen wollen, auf der Grundlage des § 103 IV 3 SGB V keine Zulassung erteilt werden darf (BSGE 85, 1).

##### *2. Berechtigtes Interesse der K. aus Art. 14 GG*

Ob den Kl. auch das Grundrecht auf Schutz des

Eigentums (Art. 14 I 1 GG) zur Seite steht, kann offen bleiben. Zum verfassungsrechtlich geschützten Eigentum gehören zwar alle vermögenswerten Rechtspositionen, die das bürgerliche Recht einem privaten Rechtsträger als Eigentum zuordnet (BVerfGE 95, 64 [82] = NJW 1997, 722). Das Verhältnis von Art. 14 II zu Art. 12 I GG ist jedoch dadurch geprägt, dass das Grundrecht auf Schutz des Eigentums das Erworbenene, das Ergebnis der Betätigung, das Grundrecht der Berufsfreiheit dagegen den Erwerb, die Betätigung als solche, schützt. Wird in die Freiheit der individuellen Erwerbs- und Leistungsbetätigung eingegriffen, so ist der Schutzbereich des Art. 12 I GG berührt; begrenzt er mehr die Innehabung und Verwendung vorhandener Vermögensgüter, so kommt der Schutz des Art. 14 I 1 GG in Betracht (BVerfGE 30, 292 [335] = NJW 1971, 1255).

Der Schwerpunkt des vorliegenden Falls liegt bei der Erwerbsbetätigung. Wenn Art. 14 I GG trotzdem eingriffe, wären die Mitglieder einer Gemeinschaftspraxis aber auch durch ihn geschützt. Gesetzliche Eigentumsbindungen (Art. 14 I 2 GG) müssen zur Erreichung des angestrebten Ziels geeignet und notwendig sein und dürfen nicht weiter gehen, als der Schutzzweck reicht (BVerfGE 79, 174 [198]). Sie dürfen überdies nicht unzumutbar sein (BVerfGE 76, 220 [238]). Von solchen Bindungen hat der Gesetzgeber für den Fall, dass ein Vertragsarzt die Gemeinschaftspraxis verlässt, zugunsten der verbleibenden Mitglieder nicht nur abgesehen, sondern die von den verbleibenden Mitgliedern nicht gewollte Verkleinerung sogar erschwert.

### *3. Konflikt mit dem berechtigten Interesse des Bekl. auf Berufsfreiheit gem. Art. 12 I GG; praktische Konkordanz*

Diesen grundrechtlich geschützten Interessen der Kl. steht - worauf das BerGer. zu Recht hinweist - das Grundrecht des Bekl. auf Berufsfreiheit gegenüber. Dieser Konflikt ist nach dem Grundsatz der praktischen Konkordanz zu lösen, der fordert, dass nicht eine der widerstreitenden Rechtspositionen bevorzugt und maximal behauptet wird, sondern alle einen möglichst schonenden Ausgleich erfahren (BVerfGE. 93, 1 [21]). Dabei ist zu ermitteln, welche verfassungsrechtliche Position für die konkret zu entscheidende Frage das höhere Gewicht hat (BVerfGE 2, 1 [72 f.] = NJW 1952, 1407). Die schwächere Position darf nur so weit zurückgedrängt werden, wie das logisch und systematisch zwingend erscheint; ihr sachlicher Grundwertgehalt muss in jedem Fall respektiert werden (BVerfGE 28, 243 [261] = NJW 1970, 1729). Dem trägt der vom Senat in ständiger Rechtsprechung vertretene Grundsatz der nach beiden Seiten interessengerechten Auslegung Rechnung (Senat, NJW 2000, 2099).

Die Auffassung des BerGer., ohne entsprechenden

Ausgleich für den Verzicht auf die Zulassung werde dem ausscheidenden Vertragsarzt das Risiko des Scheiterns der Zusammenarbeit während der Probezeit einseitig auferlegt, so dass seine Lebensgrundlage aufs Spiel gesetzt werde, wird diesem Maßstab nicht gerecht. Der Bekl. hatte seine Zulassung wegen seiner Bereitschaft erhalten, in die Gemeinschaftspraxis einzutreten. Sein Ausscheiden aus der Gemeinschaftspraxis der Kl. nur wenige Monate nach der Aufnahme seiner Tätigkeit rechtfertigt es, von ihm den Verzicht auf seine Zulassung zu verlangen. Der Bekl. war auf Probe in der Gemeinschaftspraxis tätig. Er sollte im ersten Jahr der Zusammenarbeit ein monatliches Fixum erhalten und an den Gewinnen und Verlusten nicht beteiligt werden. Beiden Seiten wurde nach dem Entwurf des Gesellschaftsvertrags das Recht eingeräumt, das Vertragsverhältnis ohne Folgen - wie etwa Abfindungsansprüchen - kurzfristig zu beenden; beide Vertragsparteien haben hiervon auch Gebrauch gemacht. Ohne eine derartige Probezeit könnte angesichts des erforderlichen Maßes an persönlicher und fachlicher Übereinstimmung ein neuer Partner nur schwer in die Gemeinschaftspraxis aufgenommen werden. Andererseits würde die Probezeit für die aufnehmenden Vertragsärzte - worauf die Revision zutreffend hinweist - zum unkalkulierbaren Risiko, könnte der ausscheidende Arzt seine Zulassung mitnehmen, mit der Folge, dass der Vertragsarztsitz für die aufnehmende Praxis erlischt. Für den ausscheidenden Arzt ist der Zulassungsverzicht nicht einschneidender als für jeden Arbeitnehmer, dessen Arbeitsverhältnis während der Probezeit endet: Nach der Kündigung und dem Verlust der Zulassung steht er lediglich da, wo er wenige Wochen oder Monate vorher gestanden hat; er muss sich erneut nach einer Stelle umschauen. Jeder vernünftig Handelnde wird für diese Zeit daher keine nicht oder nur schwer rückgängig zu machende Dispositionen treffen, so dass von zwangsweise eintretenden einschneidenden Folgen privater und finanzieller Art entgegen der Auffassung des BerGer. nicht die Rede sein kann. Genauso hat sich auch der Bekl. verhalten, indem er unstreitig, während er für die Kl. arbeitete, in T. wohnen blieb. Auch der Umstand, dass er seine eigene Praxis in E. nach einem halben Jahr wieder aufgab, um eine Praxis in R. zu eröffnen, spricht dagegen, dass der Wechsel des Zulassungsbezirks für ihn einschneidende private Folgen gehabt hätte, und lässt eher vermuten, dass er zum Zeitpunkt des Beginns der Zusammenarbeit mit den Kl. noch dabei war, sich beruflich zu orientieren. Außerdem haben die Kl. unter Beweistritt vorgetragen, dass der Bekl. schon im März 1996, mithin nach gerade zweimonatiger Tätigkeit, auf der Suche nach eigenen Praxisräumen war. Der Bekl. war im Ergebnis viel zu kurz als Vertragsarzt in der Praxis der Kl. tätig, um

eine Rechtsposition erlangt zu haben, die gegenüber derjenigen der Kl. vorrangig sein könnte. Er hatte noch nicht in die Praxis investiert, insbesondere keine Einlage in das Gesellschaftsvermögen erbracht. Auch von daher ergibt sich kein Argument, ihm die überhaupt erst durch die Aufnahme in die Praxis erlangte Zulassung auf deren Kosten zu erhalten. Soweit das BerGer. das Recht des Bekl. auf freie Ortswahl beeinträchtigt sieht, besteht ein solches seit der Einführung der Zulassungsbeschränkung zum 1.1.93 durch den Gesetzgeber ohnehin nicht mehr.

## II. Kein unzulässiges Wettbewerbsverbot

Aus der Rechtsprechung des BGH zur Zulässigkeit von Wettbewerbsverboten lässt sich nach Auffassung des Senats eine Sittenwidrigkeit des Verzichts auf die Zulassung nicht herleiten. Richtig ist zwar, dass der Senat ein zeitlich unbefristetes und örtlich unbeschränktes Wettbewerbsverbot für den aus einer Sozietät ausscheidenden Rechtsanwalt für sittenwidrig erachtet hat, weil es auf ein lebenslanges Berufsverbot hinauslief (BGH, NJW 1986, 2944). Damit ist aber der vorliegende Fall nicht zu vergleichen. Zum einen kann eine Zulassung, wenn auch oft mit einem Ortswechsel verbunden, in jedem nicht gesperrten Bezirk erlangt werden, was die Frist erheblich relativiert, zum anderen steht es dem die Zulassung aufgebenden Arzt frei, sich in gesperrten Bezirken auf eine Vertragsarztstelle zu bewerben. Von einem örtlich unbeschränkten Wettbewerbsverbot durch Zulassungsverzicht kann daher nicht ausgegangen werden. Auch aus der „Laborärzteentscheidung“ des 1. Zivilsenats (NJW 1997, 799) folgt nichts anderes, weil es dort um ein Wettbewerbsverbot für Weiterbildungsassistenten ohne eigene Kassenzulassung ging und der Assistent sich außerhalb des örtlichen Geltungsbereichs des Wettbewerbsverbots frei niederlassen durfte. Dem Urteil des Senats vom 14. 7. 1997 (WM 1997, 1707) ist ebenfalls mangels Vergleichbarkeit des Sachverhalts eine Sittenwidrigkeit des Zulassungsverzichts nicht zu entnehmen: Wie bei einer vergleichbaren Entscheidung des OLG München (MedR 1997, 221) ging es dort um einen Fall des Ausscheidens eines Praxispartners nach langjähriger Zusammenarbeit, nicht aber während der ersten Monate; zum anderen lag der Senatsentscheidung ein zeitlich unbefristetes Wettbewerbsverbot für den ausgeschiedenen Tierarzt zu Grunde, was mit der vorliegenden Konstellation nicht verglichen werden kann.

## III. Kein Erfordernis einer Karenzentschädigung (§§ 74 ff. HGB analog) als Ausgleich für den Zulassungsverzicht

Nicht zu folgen vermag der Senat auch der Auffassung des OLG, ein Verzicht auf die Zulassung sei allenfalls gegen Zahlung einer Karenzentschädigung nach §§ 74 ff. HGB analog zulässig. Es ist schon äußerst fraglich, ob der Bekl. angesichts seiner im Vertragsentwurf vorgesehenen künftigen Gesellschafterstellung unter den Schutz der genannten Vorschriften fällt. Einer direkten wie analogen Anwendung stehen auf jeden Fall Sinn und Zweck der Probezeit, wonach das Vertragsverhältnis in kurzer Frist für beide Seiten folgenlos beendet werden kann, entgegen, so dass ein rechtlich geschütztes Dispositionsinteresse des ausscheidenden Arztes nicht angenommen werden kann.

## B. Schadensersatzanspruch der Kl.

Ein Schadensersatzanspruch der Kl. kann nicht von vornherein verneint werden. Den Kl. kann nicht vorgehalten werden, sie hätten nach dem Ausscheiden des Bekl. aus der Gemeinschaftspraxis ein eigenes Ausschreibungsverfahren für dessen Nachfolge einleiten können. Zu dem Zeitpunkt, zu dem der Bekl. auschied, existierte die neue Rechtsprechung des BSG noch nicht. Im Zeitpunkt der Entscheidung des BSG war der etwaige Schaden bereits eingetreten.

Die Kl. haben unter Beweisannahme vorgetragen, Dr. W wäre bereit gewesen, schon im Jahre 1996 gegen Zahlung von 480 000 DM in die Gemeinschaftspraxis einzutreten. Soweit das BerGer. ausführt, es sei unsicher, ob Dr. W überhaupt den Zuschlag erhalten hätte, übersieht es die Bedeutung der Regelung des § 103 VI SGB V für die Zulassungsentscheidung, wenn die Vertragsarztstelle einer Gemeinschaftspraxis zu besetzen und ein eintrittswilliger Bewerber vorhanden ist. Auch wenn die Verwaltungspraxis im Jahre 1996 teilweise anders war als nach der neueren Rechtsprechung des BSG, wurde schon zwei Jahre zuvor deutlich die Auffassung vertreten, dass die Interessen der verbleibenden Partner der Gemeinschaftspraxis im Zulassungsverfahren ein besonderes Gewicht hätten, ja sogar vorrangig seien (Steinhilper, MedR 1994, 232; Wertbruch, MedR 1996, 485 [489]). Auch der Berufungsausschuss für Ärzte I für den Bezirk der kassenärztlichen Vereinigung N. -W. ist offensichtlich dieser Auffassung gewesen, weil er in seiner Begründung für die Zurückweisung des Widerspruchs der Kl. entscheidend darauf abgestellt hat, die ausgeschriebene Stelle beziehe sich nicht auf die Nachfolge des Bekl. als Mitglied der von den Kl. geführten Gemeinschaftspraxis, sondern auf die Nachfolge der vom Bekl. in E. eröffneten Einzelpraxis, weshalb geschützte Interessen der Kl. nach § 103 VI i.V. mit IV SGB V nicht berührt seien. [...]

*Strafrecht***Standort: § 227 StGB****Problem: Erfolgsqualifizierter Versuch**

BGH, URTEIL VOM 09.10.2002  
5 STR 42/02 (NJW 2003, 150)

**Problemdarstellung:**

In dem vorliegenden Fall - der seinerzeit wegen seines aktuellen politischen Bezugs in allen Medien ausführlich behandelt wurde - war einer der Angeklagten von einem Ausländer provoziert worden. Daraufhin scharte er eine Gruppe von bis zu 11 Gleichgesinnten um sich, die unter Absingen rechtsradikaler Lieder und Texte geradezu eine Treibjagd auf alle greifbaren Ausländer eröffneten. Eines ihrer Opfer, der F, geriet ob der Überzahl und offensichtlich hohen Gewaltbereitschaft seiner Verfolger so in Panik, dass es in Todesangst eine Scheibe eintrat, um so zu fliehen. Dabei erlitt F jedoch so schwerwiegende Schnittwunden, dass er später verblutete und starb. Das LG hatte die Angeklagten bzgl. des Verhaltens gegenüber F nur wegen fahrlässiger Tötung verurteilt. Der BGH änderte den Schuldspruch dahingehend ab, dass er eine Strafbarkeit der Angeklagten bzgl. des F wegen versuchter gefährlicher Körperverletzung und versuchter Körperverletzung mit Todesfolge annahm. Den Strausspruch ließ der BGH hingegen unverändert.

**Prüfungsrelevanz:**

Die Fallgruppe des erfolgsqualifizierten Versuchs, die einen zentralen Punkt der vorliegenden Entscheidung darstellt, aber auch die anderen vom BGH diskutierten Probleme aus dem Bereich der Körperverletzungsdelikte und des Versuchs stellen im Staatsexamen Grundlagenwissen dar.

Der BGH befasst sich zunächst mit der Frage, wann der Täter zum Versuch eines Körperverletzungsdelikts unmittelbar angesetzt hat. BGH und hM nehmen einen solchen Versuchsbeginn dann an, wenn der Täter die Schwelle zum "Jetzt geht's los!" überschreitet, was der Fall sein soll, wenn der Täter Handlungen vornimmt, die nach seinem Tatplan ohne weitere wesentliche Zwischenschritte in die Tatbestandverwirklichung einmünden sollen und deshalb nach seinem Tatplan auch bereits eine unmittelbare Gefährdung des geschützten Rechtsguts eingetreten ist (BGHSt 43, 177; Lackner/Kühl, § 22 Rn. 8 mwN). Dies wird im vorliegenden Fall insofern präzisiert, als dass nach Auffassung des BGH auch das Verfolgen eines fliehenden

Opfers bereits ein unmittelbares Ansetzen zur Körperverletzung darstellen kann.

Weiterhin stellte sich die Frage, ob die Verursachung eines Angstzustandes beim Opfer ohne direkte körperliche Einwirkung bereits eine vollende Körperverletzung darstellen kann. Zwar ist nach hM eine körperliche *Einwirkung* des Täters auf das Opfer nicht unbedingt erforderlich, jedoch muss die Handlung des Täters beim Opfer körperliche *Auswirkungen* haben im Sinne einer "Reizung der die sinnlichen Eindrücke vermittelnden Empfindungsnerve des Zentralnervensystems" (vgl. LK-Lilie, § 223 Rn. 8); eine bloße seelische Beeinträchtigung des Wohlbefindens des Opfers genügt nicht (BGH NStZ 1997, 123; Schönke/Schröder-Eser, § 223 Rn. 4 mwN). Das bedeutet, dass in den Fällen, in denen der Täter das Opfer "nur" in Panik versetzt, die Angst sich bereits körperlich auswirken muss (z.B. durch heftige Magenschmerzen, vgl. BGH MDR 1975, 22), damit die Tat gem. § 223 I StGB vollendet ist.

Schließlich behandelt das vorliegende Urteil den Problembereich des erfolgsqualifizierten Versuchs. Ein solcher liegt vor, wenn bereits durch den Versuch des Grunddelikts die schwere Folge herbeigeführt wurde.

Hier ist streitig, ob der erfolgsqualifizierte Versuch strafbar ist, wenn - wie z.B. bei § 221 I StGB - der einfache Versuch dies nicht ist und ob es auch beim erfolgsqualifizierten Versuch einen Rücktritt gibt (vgl. die Darstellung in RA 2002, 747), was jedoch im vorliegenden Fall nicht entscheidungserheblich war.

Vom BGH zu erörtern war jedoch die Frage des Unmittelbarkeitszusammenhangs beim erfolgsqualifizierten Versuch. Nach ganz hM setzt eine Strafbarkeit wegen (vollendeter) Erfolgsqualifikation nicht nur die Kausalität des Grunddelikts für den Eintritt der schweren Folge voraus, sondern auch einen deliktsspezifischen Gefahr- oder Unmittelbarkeitszusammenhang, der nur dann gegeben ist, wenn der Eintritt der schweren Folge Resultat einer spezifischen Gefahr des Grunddelikts ist (BGHSt 41, 16; Tröndle/Fischer, § 227 Rn. 2 mwN). Da auch beim erfolgsqualifizierten Versuch dem Täter der Eintritt der schweren Folge zur Last gelegt wird, ist dieser Zusammenhang auch hier zu fordern.

Insofern ist i.R.v. § 227 StGB streitig, ob der Unmittelbarkeitszusammenhang nur dann gegeben ist, wenn

der Tod des Opfers auf dem vom Täter vorsätzlich herbeigeführten Körperverletzungserfolg beruht (so sog. die Letalitätstheorie, vgl. Puppe, NStZ 1983, 24 mwN) oder ob es ausreicht, dass die Körperverletzungshandlung des Täters den Tod herbeiführt (so die wohl hM, vgl. BGHSt 14, 110; Schönke-Schröder-Stree, § 227 Rn. 5 mwN). Während nach der Letalitätstheorie ein erfolgsqualifizierter Versuch i.R.v. § 227 StGB somit gar nicht denkbar wäre (denn beim erfolgsqualifizierten Versuch liegt ja der Erfolg des Grunddelikts, aus dem aber nach dieser Meinung die schwere Folge resultieren müsste, gerade nicht vor), ist dies nach der hM sehr wohl möglich.

Nach der hM soll zwar der Unmittelbarkeitszusammenhang entfallen, wenn erst das Verhalten des Opfers oder eines Dritten den Tod herbeiführt (BGH, NJW 1971, 152). Jedoch betont der BGH im vorliegenden Fall (wie auch schon früher, vgl. BGH, NJW 1992, 1708), dass der Unmittelbarkeitszusammenhang dann doch gegeben ist, wenn das Verhalten des Opfers eine Panikreaktion darstellt, die auf das Verhalten des Täters zurückgeht.

#### Vertiefungshinweise:

- Zum unmittelbaren Ansetzen: *Fahl/Scheuermann-Ketner*, JA 1999, 124; *Rath*, JuS 1998, 1006
- Zu § 223 I StGB bei fehlender körperlicher Einwirkung: *BGH*, NStZ 1986, 166; 2000, 106; *OLG Frankfurt a.M.*, VRS 39, 49; *OLG Köln*, NJW 1987, 2936
- Zum Unmittelbarkeitszusammenhang bei Erfolgsqualifikationen (insb. bei § 227 StGB): *BGH*, NStZ 2001, 478; 2002, 315; *Altenhain*, GA 1996, 33; *Dencker*, NStZ 1992, 311; *Sowada*, Jura 1994, 643
- Zum erfolgsqualifizierten Versuch: *BGH*, RA 2002, 746; *Laubenthal*, JZ 1987, 1065; *Schmoller*, JurBl 1984, 654; *Sowada*, Jura 1995, 653; *Ulsheimer*, GA 1966, 257

#### Kursprogramm:

- Examenskurs: "Schmuckhändler"
- Examenskurs: "Hooligan"

#### Leitsatz:

**Der Versuch einer Körperverletzung mit Todesfolge in Form eines „erfolgsqualifizierten Versuchs“ ist möglich.**

#### Sachverhalt:

In der Nacht zum 13.02.1999 besuchten der Angekl. E, der rechtskräftig Verurteilte A und der Zeuge O die Diskothek "Dance-Club" in Guben. Als bald gerieten sie dort in einen Streit mit mehreren vietnamesischen Besuchern, der in eine tätliche Auseinandersetzung vor

der Diskothek mündete. In deren Verlauf, es war etwa 2.30 Uhr, griff der Zeuge J, ein kubanischer Staatsangehöriger mit dunkler Hautfarbe, zu einem flachen metallischen Gegenstand, der auch eine Machete gewesen sein kann. Als er damit auf die deutschen Jugendlichen zurannte, flüchteten diese. [...] Im Laufe der nächsten beiden Stunden trafen der Angekl. E und der rechtskräftig Verurteilte A in der Nähe der Diskothek auf die weiteren Angekl. B, H, K, R, S und T sowie den gesondert Verfolgten U und berichteten ihnen, dass sie von Ausländern bedroht und von Vietnamesen misshandelt worden seien. "In erregter Stimmung gegenüber dem Ausländer J, gegenüber Vietnamesen und gegenüber Ausländern im allgemeinen" entschlossen sich die Angekl., den Kubaner auf eigene Faust zu suchen und zu ergreifen. Allen war bewusst, dass sie dabei Gewalt anwenden und die Person auch möglicherweise verletzen würden; auch die später hinzukommenden Angekl. D und P erklärten sich damit einverstanden. Als bald nachdem diese nunmehr aus elf Personen bestehende Gruppe mit den von den Angekl. R, T und K geführten Fahrzeugen losgefahren waren, [...] schrieten die Angekl. B und E [...] ausländerfeindliche Parolen; die Stimmung wurde durch das lautstarke Abspielen von Musikkassetten mit fremdenfeindlichen Texten weiter geschürt. In dieser Situation - es war etwa 4.40 Uhr - bemerkten die Angekl. drei Ausländer: die Zeugen (und Nebenkl.) L und C, sowie den später verstorbenen F, die nach dem Besuch des "DanceClubs" auf dem Heimweg waren. Die Fahrer bremsen auf Höhe der Ausländer die Autos scharf ab. Die Angekl. B und E sowie weitere Angekl. stürmten laut schreiend aus den Fahrzeugen auf die Ausländer zu. Diese ergriffen beim Anblick der zum Teil mit so genannten Bomberjacken und Springerstiefeln bekleideten Angekl. angstvoll die Flucht zurück in Richtung Diskothek. Mittels der Pkw, in die diese Angekl. wieder eingestiegen waren, setzten sie die Verfolgung fort. Nach ca. 50 bis 100 m überholten sie die Flüchtlinge und bremsen die Wagen direkt vor ihnen ab, um den Weg zur Diskothek zu verstellen. Die Ausländer sahen, dass wiederum mehrere Angekl. aus den Fahrzeugen sprangen - darin verblieben neben den Fahrern nur die Angekl. H und P sowie der rechtskräftig Verurteilte A - und auf sie zuliefen. Aus Angst und in Panik liefen sie nunmehr in unterschiedliche Richtungen davon. Die Verfolger teilten sich entsprechend auf: Während C und F durch die Angekl. B und E verfolgt wurden, liefen der rechtskräftig verurteilte U sowie die Angekl. S und D hinter L her. [...] Die Angekl. B und E hatten hingegen die weitere Verfolgung der beiden anderen Flüchtenden nach "einigen Metern" abgebrochen, weil sie sie aus den Augen verloren hatten oder ihnen deren Vorsprung mittlerweile zu groß erschien. Ihre Suche nach den beiden weiteren gaben die An-

gekl. jedoch nicht auf. Indessen wähten C und F die Verfolger noch hinter sich. Sie liefen zu einem etwa 200 m von dem letzten Haltepunkt der Pkw entfernten Mehrfamilienhaus. Da F die Haustür nicht öffnen konnte, trat er in Todesangst die untere Glasscheibe der Tür ein. Dabei oder beim anschließenden Durchsteigen verletzte er sich an den im Türrahmen verbliebenen Glasresten; er zog sich eine 8,5 cm tiefe Wunde am rechten Bein und die Verletzung einer Schlagader zu. Binnen kurzer Zeit verblutete das Opfer.

### *Aus den Gründen:*

#### *A. Entscheidung des LG und Ergebnisse der Revisionen*

Das LG hat die Angekl. wegen gefährlicher Körperverletzung in Tateinheit mit Nötigung und mit fahrlässiger Tötung - letzteres gilt nicht für die Angekl. H und P - sowie wegen anderer Delikte zu Jugendstrafen verurteilt [...] Gegen dieses Urteil haben die Angekl. - mit Ausnahme des Angekl. H - und die Nebenkl. M (als Bruder des Getöteten F) sowie C (als Geschädigter) Revision eingelegt. Die Revisionen der Angekl. und die Revisionen der Nebenkl. - beschränkt auf die Entscheidung über die zu ihren Lasten bzw. zu Lasten ihrer Angehörigen von den damals Heranwachsenden begangenen Taten - führten zur Umstellung der Schuldsprüche, im Übrigen waren sie unbegründet. [...]

Die sachlichrechtlichen Einwendungen der Nebenkl. haben [...] zum Teil Erfolg. Die Angekl. haben sich durch die zum Nachteil der Geschädigten begangenen Taten nicht nur wegen gefährlicher Körperverletzung (Vorgehen gegen L) in Tateinheit mit Nötigung, sondern tateinheitlich dazu auch wegen versuchter gefährlicher Körperverletzung gem. § 224 I Nr. 4, 22, 23 StGB (Vorgehen gegen C) und - ausgenommen die Angekl. H und P - in Tateinheit mit versuchter Körperverletzung mit Todesfolge gem. §§ 227, 22, 23 StGB (Vorgehen gegen F) schuldig gemacht. Im Übrigen ist das sachlichrechtliche Vorbringen der Nebenkl. unbegründet.

#### *B. Zu unmittelbaren Ansetzen beim Versuch der Körperverletzung*

Das LG hat die Begehung versuchter Körperverletzungen zum Nachteil von F und C verneint, da die Angekl. zu diesen weiteren Delikten noch nicht "unmittelbar angesetzt" hätten (§ 22 StGB). Das ist rechtsfehlerhaft. Für ein unmittelbares Ansetzen ist nicht erforderlich, dass der Täter bereits ein Tatbestandsmerkmal verwirklicht. Es genügt, dass er Handlungen vornimmt, die nach seinem Tatplan der Erfüllung eines Tatbestandsmerkmals vorgelagert sind und unmittelbar in die tatbestandliche Handlung einmünden. Das Versuchs-

stadium erstreckt sich deshalb auch auf Handlungen, die in ungestörtem Fortgang unmittelbar zur Tatbestandserfüllung führen sollen oder die in unmittelbarem räumlichen und zeitlichen Zusammenhang mit ihr stehen. Dies ist der Fall, wenn der Täter subjektiv die Schwelle zum "Jetzt geht es los" überschreitet, es eines weiteren "Willensimpulses" nicht mehr bedarf und er objektiv zur tatbestandsmäßigen Angriffshandlung ansetzt, so dass sein Tun ohne Zwischenakte in die Erfüllung des Tatbestands übergeht (vgl. BGHSt 28, 162 [1631 = NJW 1979, 378; BGHSt 26, 201 [202 ff.] = NJW 1976, 58; BGH, NStZ 2000,422; NStZ 1999,395 [396]).

Es kann dabei offen bleiben, ob die Angekl. etwa bereits mit dem ersten Bremsmanöver und dem folgenden Hinausspringen aus den Fahrzeugen unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung angesetzt haben. Spätestens mit dem zweiten Halt, der Verfolgung der Flüchtenden zu Fuß und dem weiteren, dem Verhalten der Flüchtenden angepassten arbeitsteiligen Vorgehen haben die Angekl. die Schwelle zum "Jetzt geht es los" überschritten; eines weiteren "Willensimpulses" oder "Willensrucks" zur Umsetzung ihrer Pläne bedurfte es hiernach nicht mehr, was auch durch die unmittelbar folgende Misshandlung des Geschädigten L belegt wird.

#### *C. Zur fehlenden Vollendung der §§ 223 ff. StGB*

Der für die Vollendung eines Körperverletzungsdelikts nach §§ 223 ff. StGB erforderliche Verletzungserfolg ist - entgegen der Ansicht der Nebenkl. - bei den Geschädigten C und F nicht eingetreten.[...]

#### *I. Keine Körperverletzung i.S.v. § 223 I StGB wegen Angst und Panik des Opfers*

Zwar weisen die Nebenkl. zu Recht darauf hin, dass die Verfolgung bei den Opfern Angst- und Panikgefühle ausgelöst hätten. Jedoch genügen solche rein psychischen Empfindungen nicht, um eine Körperverletzung i.S. des § 223 StGB zu begründen. Dafür spricht neben dem Wortlaut dieser Vorschrift auch § 225 III Nr. 2 StGB, der zwischen der Gefahr einer erheblichen Schädigung der körperlichen und der seelischen Entwicklung ausdrücklich unterscheidet. Vielmehr liegt in diesen Fällen eine Körperverletzung nur dann vor, wenn die psychischen Einwirkungen den Geschädigten in einen pathologischen, somatisch objektivierbaren Zustand versetzt haben (vgl. nur BGHR StGB § 223 Abs. 1 Gesundheitsbeschädigung 2, insoweit in BGHSt 41, 285 = NJW 1996, 1068 = NStZ 1996, 131 nicht abgedr.; BGH, NStZ 1997, 123; NStZ 1986, 166; NStZ-RR 2000, 106). Ungeachtet der Frage, ob auch "posttraumatische Belastungsstörungen" einen "pathologischen, somatisch objektivierbaren Zustand" begründen können, hat das LG solche Störungen weder

ausdrücklich festgestellt, noch sind sie dem Gesamtzusammenhang der Urteilsgründe zu entnehmen.

## *II. Kein Vorsatz wegen wesentlicher Abweichung des tatsächlichen vom vorgestellten Kausalverlauf*

Die Stich- und Schnittverletzungen, die sich F bei der Flucht zugezogen hat und die innerhalb kürzester Zeit zu seinem Tod geführt haben, sind von den Angekl. nicht vorsätzlich herbeigeführt worden. Angesichts der gesamten Tatumstände liegt insoweit eine wesentliche Abweichung zwischen vorgestelltem und tatsächlich eingetretenem Kausalverlauf vor (vgl. BGHSt 38, 32 [34]; 37, 106 [131]; 7, 325 [329]).

## *D. Zur versuchten Körperverletzung mit Todesfolge*

Die genannten Angekl. haben sich darüber hinaus auch wegen versuchter Körperverletzung mit Todesfolge schuldig gemacht. § 227 StGB setzt unter anderem voraus, dass der Tod der verletzten Person "durch die Körperverletzung (§ 223 bis 226)" verursacht worden ist, wobei dem Täter hinsichtlich dieser Tatfolge Fahrlässigkeit zur Last fallen muss (§ 18 StGB).

## *I. Erfordernis eines deliktsspezifischen Gefahrsammenhangs i.R.v. § 227 StGB*

Dabei reicht es nicht aus, dass zwischen der Körperverletzungshandlung und dem Todeserfolg überhaupt ein ursächlicher Zusammenhang besteht, die Körperverletzung also nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass damit zugleich der Tod des Verletzten entfiere. § 227 StGB soll allein der mit der Körperverletzung verbundenen Gefahr des Eintritts der qualifizierenden Todesfolge entgegenwirken. Die genannte Vorschrift erfasst deshalb nur solche Körperverletzungen, denen die spezifische Gefahr anhaftet, zum Tode des Opfers zu führen; gerade diese Gefahr muss sich im tödlichen Ausgang niedergeschlagen haben (BGHSt 31, 96 [98] = NJW 1982, 2831; BGH, NStZ 1992, 335; NJW 1971, 152 [153]).

## *II. Deliktsspezifischer Gefahrsammenhang auch bei Gefährlichkeit der Körperverletzungshandlung*

Eine solche deliktsspezifische Gefahr kann auch schon von der bloßen Körperverletzungshandlung ausgehen (BGHSt 14, 110 [112] = NJW 1960, 683; Stree, in: Schönke/Schröder, StGB, 26. Aufl., § 227 Rdnrn. 4 ff.; a. A. Hirsch, in: LKStGB, 11. Aufl., § 227 Rdnrn. 4 ff.; Küpper, in: Festschr. f. Hirsch, 1999, S. 615; jew. m.w. Nachw.). Der Wortlaut der Bestimmung steht einer solchen Auslegung nicht entgegen (BGHSt 14, 110 [112] = NJW 1960, 683; Tröndle, GA 1962, 225 [238]). Auch der Gesetzgeber ist dieser Rechtsprechung nicht entgegengetreten. Vielmehr hat er § 227 I StGB durch den Zusatz "(§ 223 bis 226)" ergänzt (vgl. BGBl I 1998, 164), ohne - was im Sinne der so ge-

nannten Letalitätstheorie (vgl. Hirsch, in: LK-StGB, § 227 Rdnrn. 4 ff.; Küpper, in: Festschr. f. Hirsch, 1999, S. 615; Roxin, StrafR AT, Bd. 1, 3. Aufl., § 10 Rdnr. 115) dann aber angezeigt gewesen wäre - die in §§ 223, 224, 225 StGB enthaltenen versuchten Körperverletzungsdelikte (jeweils Abs. 2) vom Anwendungsbereich des § 227 StGB auszunehmen (vgl. Rengier, StrafR BT II, 4. Aufl., § 16 Rdnr. 4; a.A. Kühl, in: Festschr. 50 Jahre BGH, Bd. IV, S. 237 [255]). Verwirklicht sich die von der Körperverletzungshandlung ausgehende Gefahr und führt dies zum Tod des Opfers, kann die Anwendbarkeit des § 227 StGB ferner nicht davon abhängen, ob darüber hinaus ein vorsätzlich herbeigeführter Körperverletzungserfolg eingetreten ist, da dieser für den Unrechtsgehalt der Tat allenfalls von untergeordneter Bedeutung sein kann (a.A. zur Rechtslage vor der Versuchspönalisierung in § 223 II StGB [BGBl I 1998, 164]; BGH, NJW 1971, 152 ohne Begründung und nicht tragend). Mithin ist der Versuch einer Körperverletzung mit Todesfolge auch in Form eines "erfolgsqualifizierten Versuchs" möglich. Es gilt insoweit nichts anderes als bei sonstigen erfolgsqualifizierten Delikten wie beim Raub mit Todesfolge nach § 251 oder bei der Brandstiftung mit Todesfolge nach § 306 c StGB (vgl. BGHSt 7, 37 = NJW 1954, 1335; BGHSt 46, 24 = NJW 2000, 1878; BGHR StGB § 251 Todesfolge 3; Tröndle/Fischer, StGB, 50. Aufl., § 18 Rdnr. 4; Stree, in: Schönke/Schröder, StGB, 26. Aufl., § 227 Rdnr. 5).

## *III. Kein Ausschluss des deliktsspezifischen Gefahrsammenhangs wegen eigenverantwortlichen Opferverhaltens*

Eine solche im Rahmen der Körperverletzung mit Todesfolge nach § 227 StGB spezifische Gefahr ging von den Handlungen der genannten Angekl. aus und führte zum Tod des F. Der erforderliche Zurechnungszusammenhang wurde auch nicht durch das eigene Verhalten des Opfers unterbrochen. Denn dessen Reaktion war eine nahe liegende und nachvollziehbare Reaktion auf den massiven Angriff der Angekl.. Ein solches durch eine Flucht "Hals über Kopf" geprägtes Opferverhalten ist vielmehr bei den durch Gewalt und Drohung geprägten Straftaten geradezu deliktstypisch und entspringt dem elementaren Selbsterhaltungstrieb des Menschen (vgl. Wessels/Hettinger, StrafR BT, Teil 1, 25. Aufl., Rdnr. 301). Zwar hat der BGH in Einzelfällen eine Zurechnung infolge selbstgefährdenden Verhaltens des Opfers ausgeschlossen (vgl. etwa NJW 1971, 152; s. aber auch BGHR StGB § 226 Todesfolge 5, 8, und BGH, Urt. v. 28. 6. 1960 - 1 StR 203/60); doch steht dies hier - angesichts des außergewöhnlich massiven Vorgehens der Angreifer und der weiteren Besonderheiten - dem gefundenen Ergebnis nicht entgegen. Schon angesichts der Anzahl der Fahrzeuge,



des Gebarens der Fahrzeugführer, vor allem aber in Anbetracht der Anzahl und des aggressiven Auftretens der aus den Wagen überfallartig auf sie losstürmenden Angekl. mussten alle Geschädigten damit rechnen, binnen kürzester Zeit heftig attackiert und misshandelt zu werden. Dies veranlasste (auch) F in "Todesangst zur panischen Flucht in den Hauseingang". Dass seine Verfolger zwischenzeitlich zu den Fahrzeugen zurückgekehrt waren, ohne indes die Suche endgültig aufzugeben zu haben, ist ohne Belang, da F dies nicht bemerkt hatte. Um nicht dort noch von den Angekl. ergriffen zu werden und um von den Bewohnern Beistand zu erlangen, sah er keine andere Möglichkeit, als die Glastür einzutreten und in das Treppenhaus einzusteigen, wobei er sich die tödlichen Verletzungen zuzog.

#### *IV. Zurechnung des Erfolges des § 227 StGB gem. § 25 II StGB auch ohne kausale Beiträge der einzelnen Mittäter*

Der Tod des F ist im Rahmen des § 227 StGB allen Angekl. als Mittätern zuzurechnen (§ 25 II StGB). Anders als bei Fahrlässigkeitsdelikten, bedarf es bei der Körperverletzung mit Todesfolge nicht des Nachweises, dass ein jeder von mehreren Beteiligten einen für den Erfolg kausalen Beitrag erbracht hat. Es macht sich nach § 227 StGB nämlich auch derjenige strafbar, der die Verletzung nicht mit eigener Hand ausführt, jedoch auf Grund eines gemeinschaftlichen Tatenschlusses mit dem Willen zur Tatherrschaft zum Verletzungserfolg beiträgt. Voraussetzung ist allerdings, dass - wie vorliegend festgestellt - die Handlung der anderen im Rahmen des allseitigen ausdrücklichen oder stillschweigenden Einverständnisses lag (vgl. BGHR StGB § 226 Kausalität 2, 3).

#### *V. Fahrlässigkeit bzgl. der Todesfolge (§ 18 StGB)*

Zudem muss ein jeder hinsichtlich des Erfolgs wenigstens fahrlässig gehandelt haben, insbesondere muss der Todeserfolg für jeden vorhersehbar gewesen sein. Hierfür reicht es aus, dass der Erfolg nicht außerhalb aller Lebenserfahrung liegt; alle konkreten Einzelheiten brauchen dabei nicht voraussehbar zu sein. Es genügt die Vorhersehbarkeit des Erfolgs im allgemeinen (Tröndle/Fischer, StGB, 50. Aufl., § 227 Rdnr. 3, § 222 Rdnrn. 25, 26). Dies hat das LG - im Rahmen des

einen gleichgelagerten Prüfungsmaßstab aufweisenden § 222 StGB - hinsichtlich der aktiv an der Verfolgung beteiligten Angekl. rechtsfehlerfrei bejaht, im Hinblick auf die in den Fahrzeugen passiv verbliebenen Angekl. H und P dagegen verneint. Gegen diese Differenzierung ist aus revisionsrechtlicher Sicht nichts zu erinnern. Soweit das LG dieses Ergebnis unter anderem mit den individuellen Fähigkeiten und Fertigkeiten gerade dieser beiden Angekl. und zudem, den Angekl. P betreffend, mit dessen erheblicher alkoholischer Beeinträchtigung begründet, lässt auch das keinen Rechtsfehler erkennen.

#### *E. Kein Verstoß gegen § 265 StPO trotz Schuld-spruchänderung*

§ 265 StPO steht der Schuld-spruchänderung nicht entgegen. Die hiervon betroffenen Angekl. hätten sich gegen die Annahme einer versuchten Körperverletzung mit Todesfolge in Tateinheit mit versuchter gefährlicher Körperverletzung nicht anders verteidigen können.

#### *F. Keine Änderung der Strafaussprüche*

Auf die Strafaussprüche bleibt dies ohne Einfluss. Der Senat schließt aus, dass ein neuerlich zur Entscheidung berufener Tatrichter auf Grundlage der aus dem Tenor ersichtlichen Schuldsprüche gegen die Heranwachsenden andere Rechtsfolgen aussprechen würde. Die Körperverletzung mit Todesfolge weist zwar gegenüber den jeweiligen Grunddelikten einen gesteigerten Unrechtsgehalt auf. Auf der anderen Seite ist jedoch zu beachten, dass seit Erlass des tatrichterlichen Urteils beinahe zwei Jahre verstrichen sind. Schon angesichts des außergewöhnlichen Umfangs des Verfahrens und der erforderlichen Zeit, das tatrichterliche Urteil abzusetzen, stellt dies zwar keine rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung dar (vgl. nur BGHR StGB § 46 Abs. 2 Verfahrensverzögerung 11). Doch müsste allein schon der Zeitablauf bei erneuter Strafzumessung jedenfalls strafmildernd berücksichtigt werden. Hinzu kommt, dass gerade im Anwendungsbereich des Jugendstrafrechts einer zügigen strafrechtlichen Reaktion auf Straftaten ein besonderer Stellenwert zukommt (vgl. BGHR StPO § 354 Abs. 1 Strafausspruch 8; Eisenberg, JGG, 9. Aufl., § 18 Rdnr. 15e; Ostendorf, JGG, 5. Aufl., § 43 Rdnrn. 6, 8 a).

**Standort: Urkundsdelikte****Problem: Austausch von Diagrammscheiben**

OLG KARLSRUHE, URTEIL VOM 16.05.2002

3 Ss 128/00 (NSTZ 2002, 652)

**Problemdarstellung:**

Der Angeklagte - ein Fernfahrer - war mit einem Sattelzug unterwegs, dessen Fahrtenschreiber über je ein Fach für Schaublätter für Fahrer und Beifahrer verfügte. Nachdem er einige Zeit gefahren war, tauschte der Angeklagte das Schaublatt im Fahrerfach, auf dem kein Name eingetragen war, gegen das Schaublatt im Beifahrerfach, das seinen Namen trug, aus. Das AG hatte von einer Verurteilung gem. §§ 267, 268 StGB aus rechtlichen Gründen abgesehen. Der BGH bestätigte diese Entscheidung.

**Prüfungsrelevanz:**

Urkundsdelikte sind häufiger - vor allem in Verbindung mit Vermögensdelikten - Gegenstand von Examensaufgaben. Hierbei ist allerdings von den vom BGH geprüften Vorschriften der § 267 StGB als wesentlich examensrelevanter einzustufen als der (etwas ausführlicher besprochene) § 268 StGB.

Tatobjekt des § 267 StG sind Urkunden, also verkörperte Gedankenerklärungen, die zur Beweiserbringung im Rechtsverkehr geeignet und bestimmt sind und einen Aussteller erkennen lassen (vgl. die ausführliche Darstellung bei Schönke/Schröder-Cramer, § 267 Rn. 2 ff.). § 268 StGB hingegen bezieht sich auf technische Aufzeichnungen, wobei dieser Begriff in § 268 II StGB legaldefiniert wird.

Tathandlung des § 268 I Nr. 1 StGB ist (in Entsprechung zu § 267 I 1. Fall StGB) insb. das Herstellen unechter technischer Aufzeichnungen. Dem Herstellen steht allerdings gem. § 268 III StGB die störende Einwirkung auf den Aufzeichnungsvorgang gleich. Herstellen i.S.v. § 268 StGB ist die Nachahmung einer technischen Aufzeichnung (LK-Tröndle, § 268 Rn. 29 b; Widmayer, NJW 1970, 1358; a.A. bei Nachahmung von Hand Lampe, NJW 1970, 1101), jedoch nicht bei Zweckentfremdung eines anderen Registriergerätes (BayObLG, VRS 46, 124; a.A. Puppe, NJW 1974, 1174). Eine Einwirkung auf den Aufzeichnungsvorgang hingegen setzt einen Eingriff in den Mechanismus des Aufzeichnungsgeräts voraus (BGHSt 28, 300; Kienapfel, JR 1980, 347). Ein bloßes Auswechseln der Aufzeichnungsmedien (Schaublatt, Endlospapier usw.) erfüllt den Tatbestand des § 268 StGB hingegen nicht.

I.R. der Prüfung des § 267 I 1. Fall StGB ist besonderes Augenmerk zu legen auf die "Unechtheit" der Ur-

kunde. Unecht i.S.v. § 267 StGB ist eine Urkunde grundsätzlich dann, wenn die verkörperte Erklärung nicht von demjenigen stammt, der in ihr als Aussteller bezeichnet ist, sie also über die Identität des Ausstellers täuscht (BGHSt 33, 159; Schönke/Schröder-Cramer, § 267 Rn. 48). § 267 I StGB schützt also - anders als §§ 271, 348 StGB - nur das Vertrauen auf die Echtheit der Urkunde, d.h. auf die Identität des Ausstellers, nicht jedoch hingegen das Vertrauen auf die Richtigkeit der Urkunde, d.h. das tatsächliche Vorliegen der beurkundeten Tatsachen. Eine Urkunde, die zwar von dem in ihr bezeichneten Aussteller stammt, die allerdings Tatsachen beurkundet, die nicht der Wirklichkeit entsprechend, ist somit nicht "unecht" i.S.v. § 267 StGB, sondern es handelt sich hierbei um eine sog. "schriftliche Lüge."

**Vertiefungshinweise:**

☐ Zu § 268 StGB: *BayObLG*, NStZ-RR 2001, 371; *OLG Stuttgart*, NstZ-RR 2000, 11; *Freund*, JuS 1994, 207; *Kienapfel*, JZ 1971, 163; *Kunz*, JuS 1977, 604

☐ Zur (Un-)Echtheit von Urkunden: *BGH*, wistra 1986, 109; *LG Bremen*, StV 1999, 322; *Freund*, JuS 1993, 731, 1016; JuS 1994, 30, 125, 207, 305; *Jung*, JuS 1994, 174; *Mewes*, NStZ 1996, 14; *Puppe*, Jura 1986, 22

**Kursprogramm:**

☐ *Examenskurs*: "Juraexamen"

☐ *Examenskurs*: "Der listenreiche Provisionsvertreter"

**Leitsatz:**

**Dadurch, dass der allein fahrende Kraftfahrer die in das EG-Kontrollgerät eingelegten Schaublätter auswechselte, indem er das im Fahrerfach befindliche namenlose Schaublatt in das Beifahrerfach und das im Beifahrerfach befindliche, mit seinem Namen versehene Schaublatt in das Fahrerfach einlegte, um die Einhaltung der Lenk- und Ruhezeiten vorzutäuschen, hat er weder die Tatbestände des § 268 noch die des § 267 StGB erfüllt.**

**Sachverhalt:**

Am 02.06.1999 ab 4.50 Uhr war der Angekl. mit dem Sattelzug Typ Scania unterwegs. Bei Fahrtantritt legte der Angekl. in das EG-Kontrollgerät sowohl auf der Fahrerseite als auch auf der Beifahrerseite jeweils

eine Diagrammscheibe ein, obwohl sich kein Beifahrer im Lkw befand. Um 13.05 Uhr, nach einer Fahrt mit 2 Pausen von je 60 Minuten, wechselte der Angekl. die Diagramm-scheiben in der Weise aus, dass er die auf der Fahrerseite eingelegte Scheibe in das Beifahrerfach legte und die Scheibe aus dem Beifahrerfach in das Fahrerfach. Auf der Scheibe, die nun im Fahrerfach lag, trug er spätestens zu diesem Zeitpunkt seinen Namen ein. Die andere Scheibe, die nun im Beifahrerfach lag, blieb namenlos. Durch diese Vorgehensweise wollte der Angekl. verschleiern, dass er vor Wiederaufnahme der Fahrt keine ausreichende Ruhezeit eingehalten und die zulässige Lenkzeit überschritten hatte. Um 15.15 Uhr wurde der Angekl. von der Polizei kontrolliert. Der Angekl. hat dem kontrollierenden Polizeibeamten die vorgenannten Diagrammscheiben ausgehändigt in der Erwartung, dieser werde die Täuschung nicht bemerken.

#### **Aus den Gründen:**

Das AG sprach den Angekl. von dem gegen ihn mit Anklageschrift der StA erhobenen Vorwurf der Fälschung technischer Aufzeichnungen aus rechtlichen Gründen frei. Die (Sprung-) Revision der StA hatte einen vorläufigen Erfolg.

#### **A. Keine Strafbarkeit gem. § 268 StGB**

Eine Verurteilung des Angekl. nach § 268 StGB ist, wie das AG zutreffend ausführt, auf Grund dieses Sachverhaltes, gegen dessen Unterstellung die StA als solches nichts erinnert, nicht möglich. Das fragliche Verhalten des Angekl. genügt - entgegen der Meinung der StA - nicht den Tatbestandserfordernissen der Fälschung technischer Aufzeichnungen nach § 268 StGB.

#### **I. Fahrtenschreiberaufzeichnungen als Tatobjekt i.S.v. § 268 StGB**

Freilich sind die Aufzeichnungen eines solchen Fahrtenschreibers auf den eingelegten Schaublättern technische Aufzeichnungen i.S. von § 268 II StGB (BGHSt 40, 26).

#### **II. Keine Herstellen oder Gebrauchen unechter Aufzeichnungen gem. § 268 I StGB**

Indes wurden durch das Eintragen des - zutreffenden - Namens des Angekl. und das Austauschen der beiden Schaublätter keine "unechten" technischen Aufzeichnungen i.S. von § 268 I Nr. 1 StGB hergestellt. Auch eine störende, das Aufzeichnungsergebnis beeinflussende Einwirkung auf den Aufzeichnungsvorgang i.S. von § 268 III StGB kann darin nicht gefunden werden. Mithin wurde durch das Aushändigen der Schaublätter auch kein Gebrauch von unechten oder verfälschten technischen Aufzeichnungen gemacht (§ 268 I Nr. 2 StGB).

§ 268 StGB dient dem Schutz des Vertrauens in die Zuverlässigkeit technisch selbstständiger Aufzeichnungen. Der Rechtsverkehr soll sich darauf verlassen können, dass die Aufzeichnungen so, wie sie vorliegen, aus einem Herstellungsvorgang stammen, der in seinem Ablauf durch die selbsttätige Arbeitsweise des betreffenden Geräts zwangsläufig vorgegeben ist, so dass hierdurch die Aufzeichnungen als das Ergebnis eines automatisierten Herstellungsvorgangs die Vermutung inhaltlicher Richtigkeit für sich haben.

Der Angekl. griff durch das vom AG festgestellte Verhalten nicht in den automatisierten Herstellungsmodus der Aufzeichnungen des EG-Kontrollgeräts ein. An den Aufzeichnungen des Fahrtenschreibers als solchen manipulierte er nicht. Dass die beiden in das Kontrollgerät eingelegten Schaublätter dann, gegeneinander ausgetauscht, wieder in das Kontrollgerät eingelegt wurden, war ein der technischen Eigenart und Verwendung des Geräts entsprechender Vorgang; die Aufzeichnungsergebnisse auf beiden Schaublättern, aus denen jeweils insbesondere auch zutreffend hervorging, welchen Zeitraum diese jeweils betrafen, blieben unberührt.

#### **III. Keine störende Einwirkung auf den Aufzeichnungsvorgang gem. § 268 III StGB**

Eine störende Einwirkung auf den Aufzeichnungsvorgang i.S. des § 268 III StGB kann sich zum einen auf die Anzeigeeinrichtung, zum anderen aber auf den Gegenstand (Medium) der Darstellung beziehen. Da die technische Aufzeichnung in Absatz 2 der Vorschrift durch die Selbsttätigkeit des technischen Vorgangs gekennzeichnet ist, sind daher alle jene Eingriffe in diese Selbsttätigkeit als störende Einwirkung auf den Aufzeichnungsvorgang zu qualifizieren. Fremdbetätigungen des technischen Geräts, die von seiner Funktionsweise her vorgesehen sind (wie z.B. Öffnen und Schließen des Geräts, Einlegen und Entnehmen von Schaublättern), fallen demnach nicht hierunter. Entscheidend ist somit nicht, ob das Gerät - bei Wahrung seiner ordnungsgemäßen technischen Funktionsweise, d. h. ohne störenden Eingriff auf die Technik des Gerätes - nicht so bedient werden darf.

Dementsprechend sind in der Rechtsprechung als störende Einwirkungen angesehen worden das Verbiegen des Geschwindigkeitsschreibers, das Verstellen der Zeituhr des Kontrollgeräts oder das Verwenden gerätefremder Diagrammschreiber (BGH aaO). Hierher gehören auch das Einkleben eines Fremdkörpers in den Fahrtenschreiber und das Verändern des Zahnzahlenverhältnisses am Ausgleichsgetriebe.

Nicht als störende Einwirkung ist angesehen worden das Nichtaufziehen des Uhrwerks, Nichteinlegen eines Schaublatts, das Abschalten des Geräts durch Öffnen des Geräte-deckels (vgl. hierzu BayObLG VRS 100,

444 m.w.N.).

Dass der Angekl. vortäuschen wollte, dass er die Lenk- und Ruhezeiten eingehalten habe, führt zu keiner anderen Beurteilung. Darüber, ob im Fahrzeug tatsächlich mehrere Fahrer zur Verfügung stehen, sagen das EG-Kontrollgerät und seine technischen Aufzeichnungen selbst nichts aus. Das Gerät kann nämlich auch durch einen Fahrer - ohne technischen Eingriff - so bedient werden, auch wenn es so nicht bedient werden darf. In die technische Arbeitsweise des Geräts selbst wird daher nicht eingegriffen, wenn 2 Schaublätter nur durch einen Fahrer verwendet werden. Das Gerät dokumentiert daher nur, dass im Fahrerschacht 2 ein Schaublatt eingelegt ist bzw. war und eine Ruhezeit aufgezeichnet worden ist. Damit wird nicht die Zuverlässigkeit des technischen Herstellungsvorgangs in Frage gestellt, sondern nur die Zuverlässigkeit entsprechender Bekundungen des auf dem Schaublatt eingetragenen Fahrers.

#### *IV. Schutzzweck des § 268 StGB nicht verletzt*

Dass der Angekl. glauben machen wollte, die Aufzeichnungen seien aus vorschriftsgemäßer, Art. 15 II Unterabs. 1 S. 2 VO (EWG) Nr. 3821/85 wärender Verwendung der Schaublätter hervorgegangen, berührt nicht die mit dem technischen Herstellungsvorgang verbundene Zuverlässigkeit der Schaublattaufzeichnungen, sondern die Verlässlichkeit entsprechender Bekundungen des Angekl. Das Vertrauen auf die inhaltliche Richtigkeit der Bekundungen des Angekl. wird durch § 268 StGB aber nicht geschützt.

Geschütztes Rechtsgut der Bestimmung des § 268 StGB ist - wie bereits eingangs ausgeführt - die Sicherheit der Informationsgewinnung mittels technischer Geräte. Deren Aufzeichnungen sollen in ihrer Entstehung vor gerätefremden Machinationen geschützt und ihre Herkunft aus einem ordnungsgemäß arbeitenden Gerät verbürgt werden (Tröndle/Fischer 50. Aufl., § 268 Rn 2; BGHSt 28, 304). Geschütztes Rechtsgut ist nicht ein Interesse an der inhaltlichen, hier mit den Vorschriften des Fahrpersonalrechts übereinstimmenden Richtigkeit. Denn dann wäre eine Abgrenzung des Tatbestandes des § 268 StGB von falschen Eigeneintragungen des Fahrers auf dem Schaublatt nicht mehr möglich. Zielrichtung des § 268 StGB ist der strafrechtliche Schutz des Vertrauens auf die Zuverlässigkeit und technische Vollkommenheit der selbsttätigen Vorrichtung im Rechtsverkehr.

Damit sieht sich der Senat in Übereinstimmung mit dem OLG Stuttgart (NStZ-RR 2000, 11), dem Brandenburg. OLG (VRS 92, 373), dem KG (VRS 57, 121) und dem BayObLG (NStZ-RR 2001, 371).

#### *B. Keine Strafbarkeit gem. § 267 StGB*

Auch ein Vergehen der Urkundenfälschung gem. §

267 StGB scheidet aus.

#### *I. Fahrtenschreiberaufzeichnungen als Urkunden i.S.v. § 267 StGB*

Wohl handelt es sich bei den handschriftlich mit dem Namen eines Fahrers versehenen Fahrtenschreiberaufzeichnungen um Urkunden i.S. von § 267 StGB. Zwar enthalten Schaublätter in ihrem Diagrammteil keine Gedankenerklärung. Sie sind vielmehr nach Aufzeichnung durch den Fahrtenschreiber sog. Augenscheinsobjekte, die keinen Urkundencharakter aufweisen. Mit der Eintragung des Fahrers und des Datums der Fahrt wird aber nach Beginn der Aufzeichnung durch den Fahrtenschreiber eine feste Beweisbeziehung zum Augenscheinsobjekt hergestellt, wodurch das Schaublatt als Ganzes zur zusammengesetzten Urkunde wird (vgl. schon BayObLG NJW 1981, 774; NZV 1994, 36 und NStZ-RR 1999, 153; OLG Karlsruhe Justiz 1999, 400 = VRS 97, 166). Denn die Eintragungen bekommen infolge der integrierenden Verbindung mit dem Bezugsobjekt den für den Urkundencharakter erforderlichen Gedankeninhalt, nämlich, dass der auf dem Schaublatt eingetragene Fahrer zu der eingetragenen Zeit das Kraftfahrzeug, in dessen Fahrtenschreiber die technische Aufzeichnung erfolgt ist, geführt bzw. nicht geführt hat. Diese sich aus der zusammengesetzten Urkunde somit ergebende Gedankenerklärung ist auch zum Beweis geeignet und bestimmt.

Nach den Feststellungen trug der Angekl. im Zuge des Austausches der Diagrammscheiben (spätestens zu diesem Zeitpunkt) seinen Namen auf dem Fahrtenschreiberschaublatt ein, das er in das Fahrerfach legte. Mit dieser Eintragung seines Namens gewann das Schaublatt mit Fahrtantritt Urkundenqualität i.S. des § 267 StGB.

#### *II. Keine Unechtheit der Urkunde*

Indes stellte der Angekl. keine unechte Urkunde her, da er seinen zutreffenden Namen eintrug und mithin nicht über den wahren Aussteller täuschte. Das ihm zugeordnete Schaublatt verkörperte als Urkunde die Gedankenerklärung, dass er als auf dem Schaublatt eingetragener Fahrer zu der eingetragenen Zeit das Fahrzeug geführt hat. Soweit die in diesem Schaublatt aufgezeichnete Ruhezeit dem Angekl. als Aussteller zugerechnet werden könnte, fehlt es ebenfalls ersichtlich an einer Täuschung über die Identität des Ausstellers, es handelte sich schlicht um eine sog. "schriftliche Lüge" des wahren Ausstellers. Inhaltlich unwahre Angaben in echten Urkunden, schriftliche Lügen, sind aber nur im Falle öffentlicher Urkunden (§ 271, 348 StGB) strafbar (S/S-Cramer 26. Aufl., § 267 Rn 54).

Das zweite Schaublatt, das der Angekl. im Zuge des Austausches der Schaublätter aus dem Fahrerschacht in den Beifahrerschacht legte, blieb nach wie vor na-

menlos, stellte mithin keine Urkunde i. S. des § 267 StGB dar. Auch der Versuch einer Urkundenfälschung kommt nach den Urteilsfeststellungen insoweit

nicht in Betracht (vgl. hierzu aber bei anders gelager-tem Sachverhalt BayObLG NStZ-RR 1999, 153).

## Standort: §§ 15, 21 StGB

## Problem: Vorsatz bei verminderter Schuldfähigkeit

BGH, URTEIL VOM 18.09.2002

2 STR 125/02 (NSTZ-RR 2003, 8)

### Problemdarstellung:

Der Angeklagte war schon seit geraumer Zeit dadurch belastet, dass seine Ehefrau, das spätere Tatopfer, die, insb. wg. früheren sexuellen Missbrauchs durch ihren Vater, selbst unter psychischen Problemen litt, oft mit ihm stritt, krankhaft eifersüchtig war und ihm deswegen Kontakte außerhalb der Familie verbot. Als das Opfer den Angeklagten während eines besonders heftigen Streites mit einer Glasscherbe schnitt und sich über dessen Verletzungen lustig machte, erstach sie der Angeklagte mit einem Küchenmesser. Später verbrannte er den Leichnam und meldete seine Frau als vermisst. Das LG verurteilte den Angeklagten wegen eines minder schweren Falles des Totschlags gem. §§ 212 I, 213 StGB, wobei es die Anwendung des § 213 StGB aus dem Vorliegen verminderter Schuldfähigkeit gem. § 21 StGB ableitete. Der BGH wies die Revisionen des Angeklagten und der StA zurück und bestätigte das Urteil.

### Prüfungsrelevanz:

Probleme im Rahmen des Vorsatzes - vor allem Irrtümer - sind besonders häufig Gegenstand von Examensarbeiten. Was die verminderte Schuldfähigkeit (§ 21 StGB) angeht, werden vom Bearbeiter im Examen zumindest Grundkenntnisse der relevanten Probleme erwartet.

Das Problem möglicher wechselseitiger Beziehungen zwischen verminderter Schuldfähigkeit und Vorsatz stellt sich nicht nur dann, wenn sich der Täter - wie im vorliegenden Fall - in einem Affektzustand befindet, der den für § 21 StGB erforderlichen Grad erreicht hat. Gerade im Bereich der Verkehrsdelikte stellt es eine häufige Konstellation in Examensaufgaben dar, dass der Täter infolge Alkoholkonsums nicht nur fahruntüchtig ist i.S.v. §§ 315 c I Nr. 1 a; 316 StGB, sondern dass seine Alkoholisierung auch ausreicht, um eine verminderte Schuldfähigkeit i.S.v. § 21 StGB anzunehmen (ab ca. 2,0 bis 2,2 ‰, vgl. BGH NStZ 1998, 296; Lackner/Kühl, § 21 Rn. 3 mwN). In diesem Fall (und erst Recht dann, wenn der Zustand der Schuldunfähigkeit gem. § 20 StGB erreicht ist) stellt sich die Frage, ob der Täter, dessen Unrechtseinsichtsfähigkeit

zumindest als erheblich vermindert anzusehen ist, noch in der Lage ist, die tatbestandlichen Voraussetzungen der Tat zu erfassen, also einen Vorsatz zu bilden. Die Rechtsprechung steht jedoch auf dem Standpunkt, dass es zwischen Vorsatz und Unrechtseinsicht bzw. Unrechtseinsichtsfähigkeit keine Interdependenz gibt und beide Punkte somit unabhängig voneinander zu prüfen sind (BGH NStZ 1991, 126; Schönke/Schröder-Lenckner/Peron, § 20 Rn. 28 mwN). Dies betont der BGH im vorliegenden Fall erneut und stellt klar, dass diese Wertung nicht nur im Rahmen des Eventualvorsatzes gilt, sondern dass auch die Annahme eines dolus directus durch das Vorliegen einer verminderten Schuldfähigkeit nicht ausgeschlossen wird.

Eine weiteres Problem - allerdings eher in der Praxis als im juristischen Examen - ist die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Erregungszustand des Täters (sog. Affekt) einen Grad erreicht hat, der ausreicht, um eine verminderte Schuldfähigkeit gem. § 21 StGB anzunehmen. Der BGH stellt im vorliegenden Fall erneut das Offensichtliche klar, dass nämlich - insb. bei schweren Straftaten wie Tötungsdelikten - eine Erregung des Täters im Tatzeitpunkt den Normalzustand darstellt und deshalb hieraus nicht auf eine verminderte Schuldfähigkeit geschlossen werden kann, sofern nicht zusätzliche Punkte hinzukommen (BGH, StV 1987, 434; Schlothauer, StV 1990, 493).

### Vertiefungshinweise:

☐ Zum Vorsatz bei verminderter und fehlender Schuldfähigkeit: *BGH*, StraFo 2001, 249; *OLG Hamm*, DAR 2002, 565; *OLG Schleswig*, DAR 1973, 20, *Ziegert*, Vorsatz, Schuld und Vorverschulden, 1987

☐ Zu §§ 20, 21 StGB bei Affekthandlungen: *BGH* MDR/H 1990, 1066; StV 1997, 630; *Foerster*, StrFo 1997, 165; *Krümpelmann*, ZStW 1999, 191

### Kursprogramm:

- ☐ *Examenskurs*: "Der Trinker"
- ☐ *Assessorkurs*: "Sommer"

### Leitsätze:

**1. Die Klärung der Frage, ob ein Täter mit direktem oder bedingtem Tötungsvorsatz gehandelt hat, setzt eine Gesamtwürdigung aller objektiven**

und subjektiven Tatumstände voraus.

**2. Auch ein Täter, der in seinem Hemmungsvermögen erheblich vermindert ist, kann gemessen an der Verfolgung seines deliktischen Ziels durchaus folgerichtig und zielgerichtet handeln. Überlegtes und zielgerichtetes Handeln und erheblich verminderte Steuerungsfähigkeit (z. B. wegen einer tiefgreifenden Bewusstseinsstörung aufgrund Affekts) schließen sich deshalb nicht grundsätzlich aus.**

**3. Eine affektive Erregung stellt bei den meisten vorsätzlichen Tötungsdelikten den Normalfall dar. Ob der Affekt einen solchen Grad erreicht hat, dass er zu einer tiefgreifenden Bewusstseinsstörung, die im Rahmen von § 21 StGB relevant wäre, geführt hat, ist im Rahmen einer Gesamtwürdigung zu beurteilen.**

**4. Eine zeitlich eng begrenzte totale Erinnerungslücke oder inselhaft erhalten gebliebene Erinnerungsreste stellen Kennzeichen für mögliche affektbedingte Beeinträchtigungen der Schuldfähigkeit dar, ohne dass es auf Erinnerungsverluste ankommt, welche die Vorgeschichte der Tat oder das Nachtatverhalten umfassen.**

#### **Sachverhalt:**

Der Angekl. und das Tatopfer waren seit 1991 verheiratet. Aus der Ehe sind zwei Kinder hervorgegangen. Die Ehe war seit 1997 durch das Wiederaufleben von traumatischen Erlebnissen des Tatopfers (sexueller Missbrauch durch den Vater) belastet, es kam zu heftigen verbalen Auseinandersetzungen zwischen den Ehepartnern. Beim Tatopfer brach die seit längerem bestehende Neurodermitis-Erkrankung mit besonderer Heftigkeit wieder aus, sie lehnte körperliche Annäherungen des Angekl. immer häufiger ab. Nach einer psychotherapeutischen Behandlung im Jahre 1998 trat zunächst eine Besserung ein, ab dem Jahre 1999 kam es aber wieder zu häufigen verbalen Auseinandersetzungen, weil das Tatopfer "das Leben des Angekl. außerhalb seiner Familie immer weiter einschränkte, wobei sie ihre Forderungen mit eifersüchtigen Vorwürfen verknüpfte". Der um familiäre Harmonie bemühte Angekl. zog sich aus seinem Freundeskreis zurück und stellte jedwede Art eigener Freizeitaktivitäten, in die seine Familie nicht eingebunden war, zurück. Bei ihm kam nach und nach das Empfinden auf, "ausgenutzt zu werden und mit heruntergeklappten Hosentaschen an der Wand zu stehen", wobei er das Verhalten seiner Frau als Undankbarkeit wertete. Im Sommer 2000 traf er dann zufällig auf eine frühere Bekannte, was die Eifersucht seiner Ehefrau weckte. Mit der Bekannten nahm der Angekl. kurze Zeit später heimlich Kontakt

auf, und zwar auch während des Urlaubs der Familie, bei dem es mehrfach zu verbalen Auseinandersetzungen zwischen den Eheleuten kam. Nach Rückkehr aus dem Urlaub steigerten sich die ehelichen Spannungen. Der Angekl., der nunmehr vehement seine Freiheit einforderte, konfrontierte das Tatopfer auch mit der Frage, ob er denn ausziehen sollte. Letztere, die den dringenden Verdacht ehelicher Untreue hegte, beklagte das Empfinden sexueller Ausnutzung und der emotionalen Vernachlässigung durch den Angekl. Bei einem Festbesuch am 04.08.2000 erklärte dieser seiner Ehefrau, dass er "nicht mehr könne". Am Abend des 06.08.2000 begann er nach dem Besuch einer Geburtstagsfeier das Tatopfer, das sich wie der Angekl. ausgezogen hatte, zu liebkosen. Es kam im Wohnzimmer zum einverständlichen Geschlechtsverkehr. Anschließend entstand aber wieder ein Streit, bei dem das Tatopfer dem Angekl. Vorwürfe wegen einer mit Freunden geplanten Radtour machte, während dieser ihr vorhielt, was er alles für sie getan habe. Im Verlaufe des immer lauter werdenden Streits schlug er mit der Faust auf einen gläsernen Couchtisch, eine Vase ging zu Bruch, der Angekl. erklärte, "verdammst nochmal, jetzt geht zum ersten Mal in unserer Ehe etwas zu Bruch, jetzt hör endlich auf". Beide Eheleute versuchten die Scherben aufzuheben, das Tatopfer hielt dem Angekl. dabei eine Scherbe entgegen und sagte "Du bringst mich noch zur Weißglut". Sie ging auf ihn noch näher zu, dieser forderte sie erneut auf, endlich aufzuhören und griff nach der Scherbe. Dabei zog er sich an den Fingern der rechten Hand eine blutende Verletzung zu. Als seine Ehefrau schadenfroh erklärte, das habe er jetzt davon, wich er einen Schritt in den Eingangsbereich der Küche zurück, drehte sich zu dem unmittelbar dort befindlichen Messerblock, nahm daraus ein Küchenmesser mit einer Klingenslänge von ca. 25 cm, drehte sich seiner Frau wieder zu und versetzte ihr in Tötungsabsicht einen wuchtigen Stich in den nackten Oberkörper, wobei sie entweder im Rücken oder in der Brust getroffen wurde. Ob der Angeklagte ein zweites Mal zugestochen hat, konnte nicht geklärt werden. Durch den Stich wurde sowohl die aufsteigende wie auch die absteigende Körperhauptschlagader des Tatopfers getroffen, dessen Tod trat kurze Zeit später durch Verbluten ein. Der Angekl. kniete zunächst neben seiner Frau nieder, nahm sie auf den Schoß, begann sie zu schütteln und versuchte sie anzusprechen. Als er merkte, dass sie tot war, entschloss er sich, die Leiche wegzuschaffen und alle Spuren zu beseitigen. Er verstaute die Leiche in seinem PKW und reinigte den Tatort. Die Leiche verbrachte er in die Nähe einer Mülldeponie und zündete sie mit dem Benzin an. Bei Verwandten und Bekannten gab er anschließend vor, seine Frau zu suchen, er erzählte ihnen wahrheitswidrig, diese habe wegen eines Streits

die Wohnung verlassen, er wisse nicht wo sie sei. Am 08.08.2000 versuchte er bei der Polizei Vermisstenanzeige zu erstatten, diese Anzeige wurde aber erst am 10.08.2000 entgegengenommen. An diesem Tag wurde dann auch die Leiche gefunden, die am 15.08.2000 als die Ehefrau des Angekl. identifiziert wurde. Bei seiner Vernehmung als Beschuldigter an diesem Tag und auch in der Hauptverhandlung räumte er die Tat ein.

#### *Aus den Gründen:*

Das LG wertete das Verhalten des Angekl. als Totschlag (§ 212 StGB), es ging davon aus, dass er auf Grund eines Affekts im Zustand erheblich verminderter Schuldfähigkeit gehandelt habe. Die Strafe entnahm es § 213 StGB, dessen 2. Alternative wegen des Vorliegens des vertypen Milderungsgrunds des § 21 StGB gegeben sei. Es verurteilte den Angekl. wegen Totschlags zu einer Freiheitsstrafe von 5 Jahren. Gegen diese Entscheidung richtete sich die Revision des Angekl. und die wirksam auf den Strafausspruch beschränkte Revision der StA. Beide Rechtsmittel blieben erfolglos.

#### *A. Zur Revision des Angeklagten*

Die Revision des Angekl. ist unbegründet. Das Urteil weist keinen ihn belastenden Rechtsfehler auf. Zu Erörterungen Anlass gibt nur die Annahme des LG, der Angekl. habe mit direktem Vorsatz gehandelt. Aus Rechtsgründen ist dies aber nicht zu beanstanden.

#### *I. Voraussetzungen für die Annahme von (direktem) Vorsatz durch den Tatrichter*

Die Klärung der Frage, ob ein Täter mit direktem oder bedingtem Tötungsvorsatz gehandelt hat, setzt eine Gesamtschau aller objektiven und subjektiven Tatumsstände voraus (st. Rspr. vgl. u. a. BGHR StGB § 212 I Vorsatz, bedingter 7, 10, 27 und 54). Dem wird das LG unter anderem auch dadurch gerecht, dass es neben der Richtung des geführten Messerstichs in den Oberkörper ersichtlich auch auf die Motivation des Angekl. abstellt. Dieser sah sich in den immer heftigeren Ehestreitigkeiten als Verlierer, er stand unter einem anderen als unerträglich empfundenen Druck. Nach dem Scheitern des erneuten Versöhnungsversuchs wollte er nicht wieder zurückstecken. "Der Pegel seiner durch ständiges Nachgeben aufgebauten Gefühle von Feindseligkeit und Destruktivität stieg an". Die schadenfrohe Bemerkung seiner Ehefrau zu der ihm mit einer Scherbe zugefügten Verletzung gab den Anlass, zum Messer zu greifen. Dies spricht dafür, dass das LG davon ausging, der Angekl. habe im Zeitpunkt seines "Ausrastens" beabsichtigt, einen endgültigen Schlussstrich zu ziehen, er wollte den Partner "vernichten". Eine solche Motivation spricht für ein Handeln mit direktem

Vorsatz. Es ist auszuschließen, dass das Schwurgericht übersehen haben könnte, dass auf Grund des Verhaltens des Angekl. nach der Tat (Niederknien neben seiner Frau, auf den Schoß nehmen, schütteln und ansprechen) eine andere Wertung möglich wäre.

#### *II. Kein Ausschluss des Vorsatzes wegen verminderter Schuldfähigkeit*

Als rechtsfehlerhaft kann auch nicht angesehen werden, dass das LG die Persönlichkeitsstruktur des Angekl. und dessen psycho-physische Verfassung zur Tatzeit (vgl. BGH, Beschl. v. 06.03 2002 - 4 StR 30/02) bei der Erörterung der Vorsatzform nicht ausdrücklich in die Abwägung einbezogen hat. Der die Steuerungsfähigkeit beeinträchtigende Affekt musste sich nicht auf den Vorsatz und dessen Form auswirken. Auch ein Täter, der in seinem Hemmungsvermögen erheblich vermindert ist, kann gemessen an der Verfolgung seines deliktischen Ziels durchaus folgerichtig und zielgerichtet handeln. Überlegtes und zielgerichtetes Handeln und erheblich verminderte Steuerungsfähigkeit (z.B. wegen einer tiefgreifenden Bewusstseinsstörung auf Grund Affekts) schließen sich somit grundsätzlich nicht aus (vgl. BGH, StV 1997, 630 f.; StraFo 2001, 249 f. mwN.). Dass ein Fall vorliegt, in dem ausnahmsweise die Auswirkungen des Affekts auf die Verwirklichung des Entschlusses (Schuldform-Vorsatz) besonderer Erörterung bedurft hätte, belegen die Urteilsgründe nicht.

#### *B. Zur Revision der Staatsanwaltschaft - Verminderte Schuldfähigkeit gem. § 21 StGB bei Tötungsdelikten*

Auch die - auf den Rechtsfolgenausspruch beschränkte - Revision der StA ist unbegründet.

Die Annahme erheblich verminderter Schuldfähigkeit auf Grund eines Affekts hält im Ergebnis rechtlicher Nachprüfung stand. Eine affektive Erregung stellt bei den meisten vorsätzlichen Tötungsdelikten den Normalfall dar. Oh der Affekt einen solchen Grad erreicht hat, dass er zu einer tiefgreifenden Bewusstseinsstörung, die im Rahmen von § 21 StGB relevant wäre, geführt hat, ist im Rahmen einer Gesamtwürdigung zu beurteilen (vgl. Jähnke, in: LK-StGB, 11. Aufl., § 20 Rn 54 ff., 57 mwN.). Dem wird das Urteil noch gerecht.

Diese notwendige Gesamtwürdigung, die hier insbesondere das - gegen einen Affekt sprechende (vgl. u. a. BGH, NSTZ 1995, 539; 1999, 508; NSTZ-RR 1997, 296) - Nachtatverhalten einschließen musste, hat das LG, das sich insoweit den Ausführungen eines psychiatrischen Sachverständigen angeschlossen hat, im Ergebnis ausreichend vorgenommen. Der Gesamtzusammenhang der Urteilsgründe belegt, dass die Schwurgerichtskammer alle in Betracht kommenden tatsäch-

lichen Gesichtspunkte, auch solche, die gegen einen Affekt sprechen könnten, in seine Überlegungen einbezogen hat. Das LG ist davon ausgegangen, mit ausschlaggebend für die Bejahung einer affektbedingten tiefgreifenden Bewusstseinsstörung sei eine beim Angekl. festgestellte "Bewusstseinsstörung" gewesen, die sich darin gezeigt habe, dass einige Tatumstände nicht in sein Bewusstsein aufgenommen worden seien. Eine zeitlich eng begrenzte totale Erinnerungslücke oder inselhaft erhalten gebliebene Erinnerungsreste stellen Kennzeichen für mögliche affektbedingte Beeinträchtigungen der Schuldfähigkeit dar, ohne dass es auf Erinnerungsverluste ankommt, welche die Vorgeschichte der Tat oder das Nachtatverhalten umfassen. Die Unterscheidung eines solchen Symptoms von Schutzbehauptungen und Ergebnissen psychischer Verdrängungsvorgänge ist allerdings schwierig (BGH, NStZ 1997, 296). Das LG sieht die tatsächlichen Grundlagen dieser "Bewusstseinsstörung" darin, dass der von dem Angekl. geschilderte Tathergang, wonach das Tatopfer direkt nach dem Zusteichen tot umgefallen sei, aus rechtsmedizinischer Sicht so nicht möglich gewesen sei. Zwischen dem Stich und dem Eintritt des Todes habe ein Sterbevorgang des Opfers gelegen, der mehrere Minuten gedauert habe. Da dem Angekl. die Erinnerung daran fehle, ohne dass er insoweit unwahre Angaben gemacht habe, sei davon auszugehen, dass bei ihm eine - wenn auch kurzzeitige - Bewusstseinsstörung vorgelegen habe, die durch

eine intensive Gefühlsaufwallung ausgelöst worden sei. Aus diesen Ausführungen ergibt sich, dass das LG den Angaben des Angekl. Glauben schenkte, ein Vortäuschen einer Erinnerungslücke durch ihn ausschließt und deshalb als festgestellt ansieht, dass bei ihm eine "Bewusstseinsstörung im Minutenbereich" vorgelegen habe und andere tatsächliche Feststellungen nicht möglich gewesen seien. Der Senat kann auch ausschließen, dass die Schwurgerichtskammer nicht bedacht hat, der Angekl. könnte die Situation verkannt und deshalb geglaubt haben, seine Ehefrau sei sofort tot gewesen. Denn diese Möglichkeit wird im Urteil ausdrücklich erwähnt, ohne dass sie aber als erwiesen angesehen wird. Dafür spricht auch, dass der Angekl. nach seinen glaubhaften Angaben das Tatopfer nach dem Stich auf den Schoß genommen hat. Bei dieser Gelegenheit hätte er, wenn sein Bewusstsein nicht getrübt gewesen wäre, Lebenszeichen, wie Herzschlag oder Atembewegungen, bemerkt. Ein Irrtum auf seiner Seite lag deshalb fern.

Dass das LG sich zur Frage der Erheblichkeit des Affekts den gutachterlichen Ausführungen des erfahrenen Sachverständigen Dr. M "auf Grund eigener Meinungs- und Überzeugungsbildung angeschlossen" hat, ist unter den gegebenen Umständen im Ergebnis nicht zu beanstanden (BGHSt 7, 238 [240] = NJW 1955, 840; BGHSt 34, 29 [31] = NJW 1986, 2384 = NStZ 1986, 311; vgl. auch Kleinknecht/MeyerGoßner, 45. Aufl. § 267 Rn 13 mwN.).



## Urteile in Fallstruktur

**Standort: Öffentliches Recht**

**Problem: Klage auf Normerlass**

BVERWG, URTEIL 04.07.2002

2 C 13/01 (NVWZ 2002, 1505)

### Problemdarstellung:

Im vorliegenden Fall geht es um die Frage, unter welchen Voraussetzungen Bürger einen Anspruch auf normatives Handeln der Verwaltung, hier die Änderung einer Rechtsverordnung durch das Justizministerium, haben und wie sie diesen gerichtlich durchsetzen können. Der Fall streift vor allem prozessuale Probleme, so die Frage nach der statthaften Klageart (Feststellungs- oder Leistungsklage) sowie den Voraussetzungen der als statthaft erkannten Feststellungsklage im Beamtenrecht (Stichworte: Klagebefugnis, Vorverfahren).

### Prüfungsrelevanz:

I. Ansprüche von natürlichen oder juristischen Personen auf ein normatives Tätigwerden von *Verwaltungsorganen* (neben dem hier verfolgten Anspruch auf Änderung einer Rechtsverordnung kommen auch Klagen auf Erlass, Aufhebung oder Änderung von Satzungen in Betracht) hat in der jüngeren Vergangenheit immer wieder die Gerichte beschäftigt (siehe Vertiefungshinweise). Sie bereiten in prozessualer Hinsicht vielen Examenskandidaten Probleme, weil das Begehren nicht in ein gängiges Klageschema passt. So bereitet bereits die Suche nach der statthaften Klageart Schwierigkeiten, denn auf den ersten Blick scheint die allgemeine Leistungsklage besser zu passen als die vom BVerwG favorisierte Feststellungsklage. Erst auf den zweiten Blick erschließt sich, dass die allg. Leistungsklage auf Einzelakte zugeschnitten ist, bei denen eine nach Art und Umfang genau benannte, individuelle Begünstigung erstrebt wird, während mit der Feststellung, dass die Verwaltung überhaupt normativ tätig zu werden hat ("Ob"), der aus Gründen der Gewaltenteilung (Art. 20 III GG) gebotene Gestaltungsspielraum der Verwaltung beim "Wie" besser gewahrt werden kann (Einzelheiten hierzu: Schmitt Glaeser, *VerwProzessR*, 15 Aufl. Rz. 375). Aus diesem Grund ist die Feststellungsklage dann auch nicht subsidiär i.S.d. § 43 II VwGO (Schmitt Glaeser, a.a.O.).

Das BVerwG vertritt ferner in st.Rspr. die im vorliegenden Urteil nur in einem Ergebnissatz erwähnte Auffassung, dass § 47 VwGO einer Normenerlassklage nicht entgegenstehe, weil dort zwar nur Rechtsschutz *gegen* Normen geregelt sei, dies aber Klagen *auf* Normen nicht ausschließe. Eine m.M. in der Lit. will demgegenüber § 47 VwGO entnehmen, dass die VwGO bzgl. des Erlasses von Rechtsnormen ausschließlich repressiven Rechtsschutz ermögliche. Dies ergibt sich allerdings aus § 47 VwGO nicht. Zudem ist diese Ansicht mit Art. 19 IV GG kaum vereinbar, weil sie eine Lücke im Rechtsschutz zurück ließe.

II. Die Fälle rechtswidrigen normativen Unterlassens gibt es ferner als *verfassungsrechtliche* Aufgabenstellung, wenn nämlich ein Bürger Verfassungsbeschwerde (Art. 93 I Nr. 4a GG i.V.m. §§ 13 Nr. 8a, 90 ff. BVerfGG) wegen des Nichterlasses eines Gesetzes erhebt. Hauptbeispiel ist das Unterlassen von Schutznormen, also z.B. nicht ausreichender Datenschutz, unzureichende Emissionsgrenzwerte usw. Ein solcher Anspruch wird vom BVerfG grds. aus Gründen der Gewaltenteilung (Art. 20 III GG) abgelehnt, weil sonst die Gerichte (Judikative) den Gesetzgeber (Legislative) nicht mehr nur kontrollieren, sondern ihm ein Handeln vorschreiben könnten. Etwas anderes gilt allerdings dann, wenn (1.) eine Rechtspflicht zum Handeln im Grundgesetz ausdrücklich vorgesehen ist (z.B.: Art. 6 V GG) und diese (2.) bereits so hinreichend nach Inhalt und Umfang bestimmt ist, dass keine Verkürzung des Gestaltungsspielraums des Gesetzgebers zu befürchten ist.

### Vertiefungshinweise:

- Feststellungsklage als statthaft Klageart für Normerlass: *BVerwGE* 80, 355, 359
- Feststellungsklage auch für *Unterlassen* von Normen statthaft: *BVerwGE* 40, 323, 327; 54, 211, 214
- Keine Sperrwirkung des § 47 VwGO für Normenerlassklagen: *BVerwG*, DVBl 1990, 155, 156; *HessVGH*, DÖV 1992, 121; *BayGH*, BayVBl 1981, 499, 501

### Leitsätze:

1. Der Streit um die Verpflichtung der Exekutive

**zum Erlass oder zur Änderung untergesetzlicher Rechtsnormen ist nichtverfassungsrechtlicher Art (wie bisherige Rechtsprechung).**

**2. § 47 VwGO schließt Klagen nicht aus, mit denen ein Anspruch auf Erlass oder Änderung einer untergesetzlichen Rechtsnorm geltend gemacht wird (wie bisherige Rechtsprechung).**

**3. § 49 III BBesG enthält nicht nur eine Ermächtigung zum Verordnungserlass, sondern verpflichtet den Dienstherrn zur regelmäßigen Entschädigung der angefallenen notwendigen Kosten eines Gerichtsvollzieherbüros.**

#### **Sachverhalt:**

Die Kl. sind als Gerichtsvollzieher an verschiedenen Amtsgerichten des Bekl. eingesetzt. Sie beantragten schriftlich bei der zuständigen Behörde - dem Bayerischen Ministerium der Justiz - die Erhöhung der in § 3 III, IV der Bayerischen Verordnung zur Abgeltung der Bürokosten der Gerichtsvollzieher (Verordnung vom 26.9.1975, GVBl. S. 338, im Folgenden: GVEntschVO) geregelten allgemeinen Bürokostenentschädigung um jährlich mindestens 12.000 DM. Zur Begründung verwiesen sie auf die seit Jahren erheblich gestiegenen Kosten eines Geschäftszimmers, zu dessen Unterhaltung sie verpflichtet seien. Die Anträge wurden unter der Begründung zurückgewiesen, die Gerichtsvollzieher erhielten im Durchschnitt einen ausreichenden Ersatz der notwendigen Bürokosten. Besondere Härten könnten nach § 3 VI, VII GVEntschVO ausgeglichen werden, wonach in besonderen Fällen auch eine höhere als die durchschnittliche Entschädigung beansprucht werden könne. Da die Kl. aber keine Angaben über ihre konkreten Kosten gemacht hätten, sei ein solcher Härtefall nicht ersichtlich.

Die Kl. beehrten daraufhin vor dem VG die Verpflichtung des beklagten Freistaats Bayern zur Änderung der GVEntschVO in ihrem Sinne. Das bekl. Land beantragte Klageabweisung unter dem Hinweis, den Kl. stünde kein Anspruch auf die geltend gemachte Gebührenanpassung in der Verordnung zu.

Wie wird das VG entscheiden?

*[Anm.: Es ist zu unterstellen, dass die Bürokosten der Gerichtsvollzieher tatsächlich deutlich über den Beträgen liegen, die im Durchschnitt nach der GVEntschVO erstattungsfähig sind.]*

#### **Lösung:**

Das VG wird der Klage stattgeben, soweit sie zulässig und begründet ist.

#### *A. Zulässigkeit*

##### *I. Verwaltungsrechtsweg*

Fraglich ist zunächst die Eröffnung des Rechtswegs zum VG. Das BVerwG leitet diesen aus § 40 I 1 VwGO ab, wobei es insbes. auf die Abgrenzung zur verfassungsrechtlichen Streitigkeit eingeht:

“Der Sache nach (§ 88 VwGO) begehren die Kl. eine Änderung der allgemeinen Enrschädigungsregelung nach § 3 III und IV GVEntschVO. Für dieses Rechtsschutzbegehren ist nach § 40 I VwGO der Verwaltungsrechtsweg eröffnet. Gegenstand des Klagebegehrens ist die Änderung einer Rechtsnorm im Range unterhalb eines förmlichen Gesetzes. Die gerichtliche Kontrolle der Verwaltung, auch soweit diese - wie beim Erlass einer Rechtsverordnung - rechtsetzend tätig wird, obliegt den Verwaltungsgerichten (vgl. BVerfGE 68, 319 [325]; 71, 305 [343]). Diese dürfen untergesetzliche Rechtsnormen, auf deren Gültigkeit es für die Entscheidung über ein Klagebegehren ankommt, als ungültig verwerfen. Der Streit um die Verpflichtung der Exekutive zum Erlass oder zur Änderung solcher Rechtsnormen ist nicht verfassungsrechtlicher, sondern lediglich verwaltungsrechtlicher Art (vgl. BVerwGE 80, 355 [357]; BVerwG, NVwZ 1990, 162).”

*[Anm.: Das VG, nach dessen Entscheidung hier gefragt war, muss die Rechtswegeröffnung prüfen. Nach §§ 17a V GVG i.V.m. 173 VwGO ist jedoch das BVerwG, dessen Revisionsurteil dem Fall zugrunde liegt, als Rechtsmittelgericht nicht zur Prüfung des Rechtswegs berufen. Dass es gleichwohl Ausführungen hierzu macht, erklärt sich daraus, dass hier nicht - wie es § 17a V GVG im Auge hat - zu anderen Gerichtsbarkeiten, sondern zu verfassungsrechtlichen Streitigkeiten, also zur Zuständigkeit des BVerfG abgegrenzt wird. Dies bleibt jedoch ebenso unerläutert wie die Frage, warum das BVerwG überhaupt auf § 40 I VwGO abstellt, obwohl mit § 126 I BRRG für Gerichtsvollzieher eine aufdrängende Spezialzuweisung eingreift (diese sind “Beamte im Vollstreckungsdienst”, vgl. nur §§ 49 BBesG, 154 GVG, und damit auch Beamte im Sinne dieser Vorschrift), zumal das BVerwG beim Vorverfahren selbst auf § 126 III BRRG abstellt (s.u.).]*

##### *II. Klageart*

Die statthafte Klageart richtet sich gem. § 88, 2. Hs VwGO nach dem Begehren der Kl. Das BVerwG nimmt eine Feststellungsklage an:

“Die von den Kl. erhobene Feststellungsklage (§ 43

VwGO) ist die statthafte Klageart. Ein der Klärung im Wege der Feststellungsklage zugängliches konkretes Rechtsverhältnis (§ 43 I VwGO) der Kl. zu dem bekl. Land ist gegeben. Klärungsfähig und klärungsbedürftig ist die zwischen den Parteien streitige Frage, ob die Kl. eine generelle Erhöhung der in der Verordnung vorgesehenen Bürokostenentschädigung verlangen können und ob das Bayerische Staatsministerium der Justiz durch das Unterlassen einer Anpassung der Verordnung an geänderte tatsächliche Verhältnisse Rechte der Kl. verletzt hat.“

### III. Klagebefugnis

Fraglich ist, ob auch im Rahmen der Feststellungsklage analog § 42 II VwGO eine Klagebefugnis zu fordern ist. Während dies insbesondere von der Rspr. unter Hinweis auf die Notwendigkeit des Ausschlusses der Popularklage bejaht wird, verneint dies die wohl h.L. unter Hinweis auf die fehlende Regelungslücke, da das Feststellungsinteresse nach § 43 I VwGO a.E. insoweit abschließend sei. Eine nähere Erörterung dieser Streitfrage kann jedoch dahin stehen, wenn die Kl. jedenfalls klagebefugt sind. Dann müssten sie geltend machen können, durch die Nichtanpassung der Verordnung in ihren subjektiv-öffentlichen Rechten verletzt zu sein. Mithin müsste zumindest die Möglichkeit bestehen, dass den Kl. ein Anspruch auf Erlass einer geänderten Verordnung haben. Das BVerwG bejaht einen solchen aus höherrangigem Recht (Bundesrecht), ohne allerdings die als Anspruchsgrundlage in Betracht kommenden Vorschriften - § 49 III BBesG und Art. 33 V GG - zu nennen:

“Die untergesetzliche Rechtsnorm, deren Änderung die Kl. begehren, wird zwar als abstrakt-generelle Regelung im Interesse der Allgemeinheit erlassen. Das schließt jedoch nicht aus, dass der einzelne durch die Norm begünstigte Bürger einen Anspruch auf ihren Erlass oder ihre Änderung haben kann. Ein solcher Anspruch kann sich aus höherrangigem Recht ergeben. Besteht ein Anspruch auf Erlass oder Änderung einer Verordnung, kann er auch gerichtlich durchgesetzt werden. Art. 19 IV GG gewährleistet Rechtsschutz nicht nur gegen höherrangiges Recht verletzende Rechtssetzungsakte, sondern auch gegen ein mit höherrangigem Recht unvereinbares Unterlassen des Ordnungsgebers (vgl. BVerwGE 80, 355 [361]; BVerwG, NVwZ 1990, 162). § 47 VwGO schließt die Zulässigkeit solcher Klagen nicht aus (vgl. BVerwGE 80, 355 [362]).“

### IV. Feststellungsinteresse

Das nach § 43 I VwGO a.E. erforderliche Feststellungsinteresse ist weit zu interpretieren. Es kann ein

rechtliches, tatsächliches, wirtschaftliches oder ideelles Interesse sein. Hier machen die Kl. Ansprüche aus § 49 III BBesG und Art. 33 V GG, also Rechte geltend. Da es inhaltlich um die Anpassung von Kostenerstattungsvorschriften geht, haben die Kl. ferner ein wirtschaftliches Interesse an der Änderung der GVEntschVO.

### V. Keine Subsidiarität

Gem. § 43 II VwGO ist die Feststellungsklage u.a. zur Leistungsklage subsidiär. Hier hätten die Kl. möglicherweise auch eine allgemeine Leistungsklage auf Normänderung erheben können. Die allgemeine Leistungsklage ist statthaft, wenn die begehrte Leistung nicht in einem Verwaltungsakt besteht (dann: Verpflichtungsklage gem. § 42 I, 2. Hs VwGO als besondere Form der Leistungsklage). Das BVerwG sieht keine Verletzung des Subsidiaritätsgrundsatzes, wobei es bzgl. der allgemeinen Leistungsklage den Anwendungsbereich des § 43 II VwGO teleologisch reduziert:

#### 1. Verpflichtungsklage

“Eine Verpflichtungsklage scheidet schon deswegen aus, weil die Kl. nicht den Erlass eines Verwaltungsakts begehren.“

#### 2. Allgemeine Leistungsklage

“Ob die Kl. anstelle des Feststellungsbegehrens auch eine allgemeine Leistungsklage, gerichtet auf Normerlass in Gestalt einer die Kl. begünstigenden Änderung der Entschädigungsverordnung, erheben könnten, mag auf sich beruhen. Darauf kommt es nicht an. Die Möglichkeit der Erhebung einer allgemeinen Leistungsklage schließt das Feststellungsbegehren jedenfalls nicht aus. § 43 II VwGO ist seinem Zweck entsprechend einschränkend auszulegen. Die angeordnete Subsidiarität der Feststellungsklage gegenüber einer Leistungsklage gilt bei Klagen gegen den Staat nur, wenn - anders als im vorliegenden Fall - die Sonderregelungen über Fristen und Vorverfahren für Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen unterlaufen würden (st. Rspr.; vgl. u.a. BVerwG, NJW 1997, 2534; BVerwG, LKV 2001, 316).

Die Verfolgung des Klagebegehrens durch eine Feststellungsklage trägt im Übrigen eher als eine Leistungsklage dem Gewaltenteilungsprinzip Rechnung, weil auf die Entscheidungsfreiheit des rechtsetzenden Organs gerichtlich nur in dem für den Rechtsschutz des Bürgers unumgänglichen Umfang eingewirkt wird (vgl. BVerwG, NVwZ 1990, 162). Die Entscheidung, in welcher Weise eine festzustellende Rechtsverletzung zu beheben ist, bleibt dem Normgeber überlassen.“

## VI. Vorverfahren

Fraglich ist, ob vor Klageerhebung ein Vorverfahren durchführen mussten.

### 1. Anwendbarkeit des § 68 VwGO auf Feststellungsklagen

Gem. § 68 I, II VwGO ist dies grds. nur vor Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen erforderlich. Gerichtsvollzieher sind jedoch Beamte i.S.d. BRRG, vgl. § 154 GVG. Für sie gelten mithin die Vorschriften des BRRG, insbesondere auch § 126 III BRRG, der für Streitigkeiten aus einem Beamtenverhältnis den 8. Abschnitt der VwGO - in selbigem steht § 68 VwGO - auch bei Feststellungsklagen für anwendbar erklärt.

### 2. Verwaltungsakt von oberster Landesbehörde

Jedoch bedarf es nach § 68 I 2 Nr. 1 VwGO der Durchführung eines Vorverfahrens nicht, wenn der angegriffene Verwaltungsakt von einer obersten Landesbehörde erlassen worden ist. Hier stammt der Ablehnungsbescheid vom Bayerischen Ministerium der Justiz, also einer obersten Landesbehörde. § 126 III Nr. 1 BRRG ordnet als spezialgesetzliche Vorschrift allerdings an, dass in den Fällen, in denen der Verwaltungsakt von der obersten Dienstbehörde erlassen worden ist, in beamtenrechtlichen Streitigkeiten doch wieder ein Vorverfahren nötig ist. Dies ist hier der Fall, da das Bayerische Ministerium der Justiz zugleich oberste Dienstbehörde der Gerichtsvollzieher ist. Mithin bedurfte es gem. §§ 126 III BRRG, 68 VwGO der Durchführung eines Vorverfahrens. Dem Sachverhalt lässt sich jedoch nicht entnehmen, dass ein solches durchgeführt worden wäre.

### 3. Heilung bei rügeloser Einlassung

Allerdings hat das beklagte Land Klageabweisung nur aus sachlichen Gründen beantragt, ohne das fehlende Vorverfahren zu rügen. Das BVerwG geht in st.Rspr. davon aus, dass diese rügelose Einlassung ein fehlendes Vorverfahren heilt:

“Dem Erfordernis des Vorverfahrens (§ 126 III BRRG) ist genügt. [...] Das BVerwG hat [...] in st. Rspr. aus Gründen der Prozessökonomie ein Vorverfahren für entbehrlich gehalten, wenn sich der auch für die Widerspruchsentscheidung zuständige Beklagte auf die Klage einlässt und deren Abweisung beantragt (vgl. u.a. BVerwG, NVwZ-RR 2000, 172 m.w.N.). Auch diese Voraussetzung liegt vor.”

[Anm.: Im Originalfall hatte das BVerwG zudem in den schriftlichen Anträgen der Kl. auf Gebührenerhöhung einen Widerspruch gesehen und die hier gewählte Variante der rügelosen Einlassung nur

als Hilfsbegründung herangezogen.]

## VII. Klagegegner

Die Feststellungsklage ist hier gegen den Rechtsträger zu richten, also den Freistaat Bayern als Träger des Justizministeriums. Dies ist ebenfalls geschehen.

Die Klagen sind mithin zulässig.

### B. Streitgenossenschaft

Vorliegend klagen mehrere Gerichtsvollzieher auf die Anpassung der GVEntschVO. Diese Begehren können gemeinschaftlich erhoben und entschieden werden, da über § 173 VwGO die Vorschriften der ZPO über die Streitgenossenschaft Anwendung finden und alle Kläger Ansprüche aus denselben Rechtsgründen herleiten, wie § 59, 2. Hs ZPO fordert.

### C. Begründetheit

Die Klage ist begründet, soweit das Rechtsverhältnis besteht, d.h. die Kl. einen Anspruch gegen das bekl. Land, handelnd durch das Bayerische Ministerium der Justiz, auf Anpassung der GVEntschVO haben.

#### I. Anspruchsgrundlage

Das bekl. Land bestreitet, dass eine entsprechende Anspruchsgrundlage existiert. Das BVerwG leitet einen solchen Anspruch jedoch aus § 49 III BBesG und Art. 33 V GG ab, aus denen sich ein Anspruch der Beamten auf angemessene Alimentierung ergibt:

“§ 49 III BBesG ermächtigt die Landesregierungen, durch Rechtsverordnung die Abgeltung der den Gerichtsvollziehern durch die Einrichtung und Unterhaltung eines Büros entstehenden Kosten zu regeln. Diese Bestimmung ist nicht nur bloße Ermächtigungsnorm, sondern verpflichtet zugleich den Dienstherrn zum regelmäßigen Ersatz der angefallenen Bürokosten. Diese Verpflichtung ergibt sich zudem aus dem Gebot amt-sangemessener Alimentation. Den Gerichtsvollziehern wird nicht zugemutet, Kosten, die ihnen zwangsläufig auf Grund dienstlicher Verpflichtung entstehen, selbst zu tragen. Aus Gründen der verfassungsrechtlich geschützten Alimentationspflicht (Art. 33 V GG) sollen die Gerichtsvollzieher nicht mit dienstlich veranlassten Aufwendungen belastet werden, die andere Beamte gleichen Amtes nicht zu tragen haben. Deshalb ist die Entschädigung an den angefallenen notwendigen Sach- und Personalkosten auszurichten und realitätsnah festzusetzen.”

#### II. Voraussetzungen

Fraglich ist, ob die Voraussetzungen für einen Anpassungsanspruch hier vorliegen. dann müsste die beste-

hende Regelung nicht mehr "realitätsnah" im vorgenannten Sinne sein. Laut Sachverhalt sind die Bürokosten der Gerichtsvollzieher in der Vergangenheit derart stark gestiegen, dass unterstellt werden kann, dass die unverändert gebliebene GVEntschVO in ihren Regelsätzen nach § 3 III, IV den tatsächlichen Aufwand nicht mehr abdeckt.

[Anm.: im Originalfrage hatte das BVerwG diesbezüglich noch weiteren Aufklärungsbedarf gesehen und die Sache zurückverwiesen.]

### III. Kein Ausschluss

Möglicherweise könnte ein Anpassungsanspruch aber deshalb ausgeschlossen sein, weil schon jetzt auf Härtefälle gem. § 3 VI, VII GVEntschVO mit höheren Erstattungsbeträgen reagiert werden kann. Das bekl. Land hat auch dahingehend argumentiert, dass die Kl. bestenfalls ein subjektiv-öffentliches Recht auf eigene angemessene Alimentierung hätten. Eine Anpassung der GVEntschVO würde aber abstrakt-generell wirken, d.h. für alle Gerichtsvollzieher im Regelungsbe- reich der Norm gelten. Seien den Kl. tatsächlich un- verhältnismäßig hohe Kosten entstanden, bestünde also (nur) ein Anspruch auf deren Erstattung im Ein-

zelfall, nicht auf Anpassung der Norm. Das BVerwG erteilt dieser Argumentation jedoch eine Absage:

"Auf die Möglichkeit nach § 3 VI (VII) GVEntschVO in den jeweiligen Fassungen, von der Entschädigungs- regelung in besonderen Fällen abzuweichen, können die Kl. nicht verwiesen werden. Diese Ausnahme setzt das Vorliegen eines "besonderen Falles" voraus. Ein solcher Fall wird durch atypische Umstände ge- kennzeichnet, die ihn von der Menge gleich liegender „Normalfälle" unterscheiden und die so bedeutsam und gewichtig sind, dass sie die normative Regel aus- nahmsweise zurücktreten lassen. Um eine solche Aty- pik als Voraussetzung einer Ausnahme von der norma- tiven Regel geht es hier nicht. Die Kl. machen viel- mehr geltend, die Entschädigungsregelung sei wegen der allgemeinen Erhöhung der Bürokosten für die gro- ße Zahl der Regelfälle generell unzureichend. Trifft dies zu, kann dem nicht in der Weise begegnet werden, dass die normative Ausnahmeregelung ohne eine normgeberische Entscheidung auf Regelfälle ange- wendet wird."

Mithin ist die Klage also auch begründet. Sie hat daher Erfolg.

## Standort: Zivilrecht

## Problem: Organisationsverschulden der DB-AG

OLG MÜNCHEN, URTEIL VOM 21.02.2002  
24 U 570/01 (NJW 2002, 3113)

### Problemdarstellung:

In diesem Schadensersatzfall aus unerlaubter Hand- lung (§ 823 BGB) musste sich der BGH mit den er- forderlichen Verkehrssicherungspflichten der Deut- schen Bundesbahn an Bahnhöfen auseinandersetzen.

Zunächst stellte der BGH fest, dass auf dem fragli- chen Bahnhof mit zwei schienengleichen Bahnüber- gängen eine besondere Gefahrenlage für die Bahn- kunden besteht und daher die Deutsche Bahn die Pflicht hat, alles wirtschaftlich und organisatorisch Vertretbare zu tun, um diese Gefahrenlage für ihre Kunden möglichst gering zu halten. Was im konkreten Fall vertretbar und zumutbar zur Verkehrssicherung ist, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Hier war es der Bahn aufgrund der Kundenfrequenz nicht zuzumuten, durch eine Unterführung oder einen Brückenübergang für einen sicheren Zugang der Bahnkunden zu sorgen. Allerdings wäre es der Bahn möglich und zumutbar gewesen, die schienengleichen Bahnübergänge mit Warnvorrichtungen oder Hinder-

nissen (z.B. Kettenabsperungen, Signalleuchten, Halbschranken, Drehkreuze) zu versehen, um das Be- treten der Gleise durch die Bahnkunden zu vermeiden.

Da die Bahn von diesen beispielhaft aufgezählten Möglichkeiten keinen Gebrauch gemacht hat, war sie zumindest verpflichtet, organisatorisch dafür Sorge zu tragen, dass ihre Lautsprecherdurchsagen als Hinweis auf die besondere Gefahrenlage genutzt wurden. Da im vorliegenden Fall die Lautsprecherdurchsagen we- der inhaltlich noch lautstärkemäßig verständlich waren, hat die Bahn insofern ihre Verkehrssicherungspflicht verletzt.

### Prüfungsrelevanz:

Diese Entscheidung eignet sich zur Examensvorberei- tung wegen der Wiederholung der deliktischen Proble- matik der Verkehrssicherungspflichtverletzungen. Im Rahmen der deliktischen Haftung gem. §§ 823 ff. BGB, insbesondere bei mittelbaren Verhalten oder Un- terlassungshandlungen des Täters, greift die Recht- sprechung stets auf die - gesetzlich nicht geregelte - Verkehrssicherungspflicht jedes einzelnen zurück, die dann für den jeweiligen Fall speziell ausformuliert wird.

Ihre dogmatische Grundlage findet die Verkehrssicherungspflicht - wenn nicht schon bereits aus Vertrag oder Gesetz - für jedermann in § 242 BGB, wonach sich jeder im Rechtsverkehr so zu verhalten hat, wie die Gebote von Treu und Glauben es gebieten, vor allem keinen anderen zu schädigen. Ganz allgemein bedeutet die Verkehrssicherungspflicht, dass derjenige, der eine Gefahrenquelle schafft bzw. unterhält und sie Dritten zugänglich macht, die allgemeine Rechtspflicht hat, die zumutbaren und notwendigen Vorkehrungen zu deren Schutz zu schaffen, d.h. für einen verkehrssicheren Zustand zu sorgen. So ist z.B. der Verfügungsberechtigte für ein Grundstück insbesondere verpflichtet, Straßen und Wege nach deren Verkehrsbedeutung in ordnungsgemäßen Zustand zu erhalten, zu beleuchten, bei Glatteis zu bestreuen etc. Ähnliche Pflichten gibt es bei Baustellen, Miethäusern, Gaststätten, u.s.w.

In Fortentwicklung dazu hat die Rechtsprechung auch berufsspezifische Verkehrssicherungspflichten getroffen, z.B. für Warenproduzenten (sog. "Produzentenhaftung") oder für Ärzte (sog. "Arzthaftung").

#### *Vertiefungshinweis:*

Zur Verkehrssicherungspflicht der Deutschen Bahn AG: *OLG München, NZV 2000, 43*

#### *Kursprogramm:*

*Examenskurs:* "Der geschädigte Kollege"

*Examenskurs:* "Der defekte Gaszug"

#### *Leitsätze:*

**1. Fährt auf einem kleinen Bahnhof mit schienenparallelen Übergängen ein Pendler-Zug ausnahmsweise auf einem anderen Gleis als üblich ein, muss insbesondere dann, wenn sonstige Schutzvorrichtungen (z.B. Lichtzeichen, Schranke, Absperrung, Drehkreuz) im Bereich der Übergänge fehlen, bei der Lautsprecherdurchsage auf die besondere Gefahrenlage deutlich hingewiesen werden.**

**2. Bei (inhaltlich und/oder akustisch) mangelhafter Lautsprecherdurchsage kann die Bahn wegen Organisationsverschuldens ein Mithaftungsanteil von 50% treffen, wenn eine Schülerin das Bahngleis unaufmerksam betritt und von dem einfahrenden Zug erfasst wird.**

#### *Sachverhalt:*

Die Kl. verlangt Schadensersatz nach einem Bahnunfall. Am 2. 10. 1998 wollte die damals 17 Jahre alte Kl. mit der Bahn von I. nach M. zur Schule fahren. Der Regionalzug fuhr aus betrieblichen Gründen statt

wie üblich auf Gleis 2 an diesem Tag auf Gleis 1 ein. Bei Einfahrt des Zuges wollte die Kl. über einen der beiden schienenparallelen, mit Holzbohlen versehenen Übergänge vom Bahnsteig A zum Bahnsteig B gelangen. Dabei wurden sie wie auch ihre sie begleitende Freundin von dem einfahrenden Zug erfasst und schwer verletzt. Unter anderem erlitt die Kl. ein stumpfes Bauchtrauma mit Leberkontusion, eine Facialisparesie rechts, ein Schädelhirntrauma, eine Kopfschwartenablederung, verschiedene Frakturen und Beschädigungen der Zähne 10, 11 und 21. Der linke Vorfuß musste amputiert werden. Die Kl. hat vorgetragen, die Bekl. habe ihre erhöhten Verkehrssicherungspflichten in Bezug auf die Absicherung des schienenparallelen Bahnübergangs und angesichts der Gleisänderung am Unfalltag in besonders hohem Maße verletzt. Deshalb komme auch ein möglicher Mitverschuldensanteil nicht zum Tragen. Im Wesentlichen hat die Kl. behauptet, die Ansage sei undeutlich und ohne Hinweis auf die Gleisänderung, die Beleuchtung wegen einer ausgefallenen Lampe unzureichend, der Reisendensicherer 25 m vom Übergang entfernt und unzureichend in seine Aufgaben eingewiesen gewesen. Der Zug habe auf der eingleisigen Bahnstrecke ohne rechtzeitigen Achtungspfeiff erst kurz vor dem Bahnsteig auf Gleis 1 gewechselt und sei vom Standort der Kl. aus wegen einer Baustelle nicht sichtbar gewesen. Auf dem Bahnhof hätten sich schon mehrere Unfälle ereignet; die Bekl. habe eine Langsamfahrstelle einrichten und einen Übergang sperren müssen. Die Bekl. hat eine Mithaftung in Höhe von 50% eingeräumt, eine erhöhte Betriebsgefahr und ein Verschulden in ihrem Verantwortungsbereich jedoch bestritten.

Hat die Kl. wegen des Bahnunfalls Schadensersatzansprüche aus § 823 I BGB gegen die Deutsche Bahn AG?

#### *Lösung:*

##### *A. Rechtsgutsverletzung*

Zunächst müsste die Kl. in einem von § 823 I BGB geschützten Rechtsgut verletzt worden sein. Zu den ausdrücklich von § 823 I BGB genannten Rechtsgütern gehören u.a. Körper und Gesundheit eines jeden einzelnen. Die verschiedenen Verletzungen der Kl. infolge des Bahnunfalls vom 02.10.1998 (Bauchtrauma mit Leberkontusion, Kopfschwartenablederung, Knochenfrakturen, Zahnbeschädigungen) stellen, insbesondere hinsichtlich der Vorfußamputation eine Körperverletzung dar.

##### *B. Verhalten der Schädigerin*

Die erforderliche Verletzungshandlung durch die be-

klagte Bahn AG als Schädigerin kann in einem Tun oder einem pflichtwidrigen Unterlassen bestehen (Palandt-Thomas, § 823 I BGB, Rdnr. 2); wobei sich die Bahn AG mangels eigener Handlungsfähigkeit analog § 31 BGB das Verhalten ihrer Organe zurechnen lassen muss.

In diesem Fall kommt als Vorwurfshandlung nur ein Unterlassen der Bahn bzw. ihrer Organe in Betracht, indem sie keine Sicherungsmaßnahme wegen der unerwarteten Gleisänderung vorgenommen hat. Eine Rechtspflicht der Deutschen Bahn AG zur Vornahme solcher Sicherungsmaßnahmen kann sich hier nur aus einer Verkehrssicherungspflichtigkeit der Bekl. ergeben. Der BGH stellt dazu fest:

„Auch nach Ansicht des Senats wurden im Bereich der Bekl. Verkehrssicherungspflichten verletzt. Die Bekl. musste angesichts der auf dem Bahnhof I. durch zwei schienengleiche Bahnübergänge geschaffenen besonderen Gefahrenlage alles wirtschaftlich und organisatorisch Vertretbare tun, um diese Gefahrenlage für ihre Kunden möglichst gering zu halten.

Es mag der Bahn aus nachvollziehbaren Gründen nicht möglich oder angesichts der Kundenfrequenz auf dem Bahnhof I. nicht zumutbar gewesen sein, durch Unterführung oder Überweg einen sicheren Zugang unter anderem zum Bahnsteig B zu schaffen. Auch bestand wohl keine Verpflichtung der Bahn, im Bereich der vorhandenen beiden Bahnübergänge Personal (z. B. mehrere Reisendensicherer) abzustellen, um gegebenenfalls einzelne Bahnfahrer vor einem unvorsichtigen Überqueren der Gleise zu warnen oder abzuhalten. Abgesehen davon hätte ein unmittelbar am streitgegenständlichen Bahnübergang positionierter Reisendensicherer nach Sachlage weder Anlass noch die Möglichkeit gehabt, die Kl. und ihre Freundin vom Betreten des Bahnübergangs vor dem herannahenden Zug abzuhalten. Denn beide Mädchen betraten die Gleisanlage offensichtlich völlig unvermittelt - vergleichbar mit Fußgängern, die sich auf einem Gehsteig aufhalten und dann trotz Fahrzeugverkehrs plötzlich auf die Straße laufen.

Allerdings wäre es der Bahn möglich und zumutbar gewesen, die üblichen - hier mit Holzbohlen versehenen - schienengleichen Bahnübergänge mit Warnvorrichtungen oder Hindernissen zu versehen, wie sie im Straßen- und Trambahnverkehr vielfach üblich sind, beispielsweise: akustische oder Lichtzeichen vor einfahrendem Zug; gegebenenfalls lichtschrankengesteuerte Halbschranken; einfache Kettenabsperren, Drehkreuze oder Ähnliches. Des Weiteren hätte die Möglichkeit bestanden, die Gleisanlage so einzurichten und den Fahrbetrieb so zu organisieren, dass einfahrende Züge vor dem jeweiligen Übergangsbereich zum

Halten kommen - eine senatsbekannt von der Bahn insbesondere auf kleineren Bahnhöfen gewählte Betriebsform. Mit den genannten technischen oder organisatorischen Mitteln ließe sich - bei allen Einwänden gegen die eine oder andere Maßnahme - der Schutz der Reisenden erheblich verbessern. Insbesondere unvorsichtige oder - wie Berufspendler oder sonstige Dauerkunden - gewohnheitsmäßig handelnde Bahnfahrer würden dann mehr oder weniger gezwungen, vor dem Betreten der Gleise auf einfahrende Züge zu achten.

Wenn die Bahn von den nur beispielhaft aufgezeigten Möglichkeiten keinen Gebrauch machte, war sie zumindest verpflichtet, organisatorisch dafür Sorge zu tragen, dass ihre Bediensteten die vorhandenen Einrichtungen zum Schutz der Bahnkunden optimal nutzten. Dies ist, wie das LG zutreffend festgestellt hat, im vorliegenden Fall nicht geschehen.

Nach den Ermittlungen der StA Memmingen, insbesondere zahlreichen Zeugenvernehmungen, die im Einverständnis der Parteien im vorliegenden Rechtsstreit verwertet werden, waren die Lautsprecherdurchsagen weder inhaltlich noch, was die Lautstärke und Verständlichkeit im Bahnhofsbereich betrifft, ausreichend.

Angesichts der Besonderheit, dass der Zug nach M. normalerweise auf Gleis 2 einfuhr, war damit zu rechnen, dass nach und nach im Bahnhof eintreffende Reisende wie üblich das Gleis 1 überquerten, um auf den Bahnsteig B zu gelangen. Dies konnten vor allem solche Reisenden sein, die erst nach einer ersten Durchsage über die Einfahrt im Bahnhof eingetroffen waren oder solche, welche die Ansage, weil üblicherweise für Gleis 2 geltend, nicht beachtetten bzw. überhörten. Für solche Bahnkunden bestand ersichtlich beim Überschreiten des Gleises 1 eine erhöhte Gefahrenlage, wenn sich ein Zug dem Bahnhof näherte.

Unter diesen Umständen musste seitens der Bahn dafür gesorgt werden, dass auch bei der Lautsprecherdurchsage auf die besondere Gefahrenlage hingewiesen wurde. Dafür reichte entgegen der Auffassung der Bekl. der bloße Hinweis auf eine Gleisänderung nicht aus. Es konnte und musste deutlich und aussagekräftig, etwa mit den Worten gewarnt werden: „Achtung, Achtung - der Zug ... fährt heute ausnahmsweise statt auf Gleis 2 auf Gleis 1 ein . . .“. Eine solche Durchsage konnte ab einem bestimmten Zeitpunkt vor Einfahrt des Zuges mit einem Hinweis verbunden werden, dass das Betreten der Gleise untersagt wurde.

Selbstverständlich musste die Durchsage akustisch im Bahnhofsbereich auch einwandfrei zu hören sein. Dies setzte eine (nach den staatsanwaltschaftlichen Ermittlungen zum Unfallzeitpunkt vorhandene) technisch ein-

wandfreie Übertragungsanlage voraus. Wichtig war aber weiterhin, dass der mit der Durchsage betraute Bahnbedienstete so laut und deutlich sprach, dass seine Worte für die Bahnkunden unter Berücksichtigung des auf Bahnhöfen herrschenden Lärmpegels zu verstehen waren. Denn die beste Lautsprecheranlage nützt dem Reisenden nichts, wenn der Sprecher undeutlich, zu schnell oder zu leise spricht. Senatsbekannt werden aus diesem Grund Lautsprecherdurchsagen bei der Bahn deshalb häufig nicht verstanden bzw. gehen unter. Zumindest bei Warnhinweisen bestand insoweit eine besondere Sorgfaltspflicht der Bahn zum Schutze der Reisenden.

Nach den Zeugenaussagen waren die Durchsagen „leise“ bzw. „zu leise“ und „undeutlich“ bzw. „von schlechter Qualität“. Lediglich der Zeuge A will die Durchsage über eine Gleisänderung gut gehört haben, wusste aber nichts von einer zweiten Ansage, konnte letztere auch überhört haben. Der Zeuge B glaubte, die Durchsage sei von einer Frau erfolgt. Der Reisendensicherer, der Zeuge C, hatte - wohl wegen der Funkverbindung - auf die Durchsagen überhaupt nicht geachtet.

Unter diesen Umständen sieht auch der Senat die Durchsagen bewiesenermaßen als unzureichend an mit der Folge, dass eine objektive Pflichtverletzung der Bahnbediensteten anzunehmen ist. Daran ändert nichts der Umstand, dass nach dem Unfallbericht des Bundesgrenzschutzamts Stuttgart die Lautsprecher funktionierten, wovon auch der Senat ausgeht, und dass die Probeansagen „deutlich und gut zu verstehen waren“.  
[...]

Der Bkl. ist, zumindest was die Lautsprecherdurchsagen betrifft, ein Organisationsverschulden ihrer Organe (§ 31 BGB) anzulasten. Die Bkl. hat nach einem Hinweis des Senats im Termin zur mündlichen Verhandlung, worin er im Wesentlichen die ihr vorwerfbare Verkehrspflichtverletzung zu sehen gedenkt, zu diesem Punkt substantiiert nichts Entlastendes vorgebracht. Der Senat geht deshalb davon aus, dass für Gefahrensituationen, wie sie bei schienengleichem Übergang zum üblicherweise angefahrenen Hauptgleis und ausnahmsweiser Einfahrt eines Zuges auf einem Nebengleis entstehen können, inhaltliche Vorgaben an die Lautsprecherdurchsagen fehlen. Auch im Übrigen fehlt es an substantiiertem Sachvortrag, und ist nicht ersichtlich, ob seitens der Bahn dafür Sorge getragen wird, dass Durchsagen von Mitarbeitern über (unterstellt) technisch einwandfreie Lautsprecheranlagen für die Reisenden ausreichend verständlich sind. Letzteres müsste, da die akustische Information der Reisenden vor allem bei Gefahrenlagen von größter Wichtigkeit sein kann, von Zeit zu Zeit intern überprüft werden.”

### *C. Haftungsbegründende Kausalität*

Zwischen der Rechtsgutsverletzung bei der Kl. und dem zugerechneten Verletzungsverhalten der Bkl. (§ 31 BGB analog) muss ein adäquater Kausalzusammenhang bestehen. Ein Unterlassen als Verletzungshandlung ist dann adäquat kausal für den Verletzungserfolg, wenn die pflichtwidrig unterlassene Handlung nicht hinzugedacht werden kann, ohne dass der konkrete Erfolg mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit entfiel. Der BGH meint dazu:

“Der Senat ist davon überzeugt und es entspricht der Lebenserfahrung, dass die Kl. und die sie begleitende Freundin das Gleis 1 unmittelbar vor Einfahrt des herannahenden Zuges nicht betreten hätten, wäre die Gleisänderung durch wiederholte warnende und ausreichend gut verständliche Durchsagen bekannt gegeben worden.”

### *D. Rechtswidrigkeit*

Das Verletzungsverhalten der Bkl. muss auch rechtswidrig sein, wobei die adäquat kausal verursachte Rechtsgutsverletzung diese Rechtswidrigkeit indiziert. Mangels Vorliegen etwaiger Rechtfertigungsgründe ist damit die erforderliche Rechtswidrigkeit festzustellen.

### *E. Verschulden*

Des weiteren müsste die bekl. Bundesbahn AG ein Verschulden durch Vorsatz oder Fahrlässigkeit an der rechtswidrig herbeigeführten Rechtsgutsverletzung treffen. Dabei ist ebenfalls auf ein entsprechendes Verschulden der Organe analog § 31 BGB abzustellen. Aufgrund des festgestellten Organisationsverschuldens der Deutschen Bahn AG durch ihre Organe bei der Bahnhofsdurchsage ist die im (Rechts-)Verkehr erforderliche Sorgfalt nicht eingehalten worden, so dass eine entsprechende Verkehrssicherungspflicht bejaht werden konnte (s.o. B.) Damit indiziert die Verkehrssicherungspflichtverletzung zugleich den Verschuldensvorwurf.

### *F. Schaden*

Die Kl. müsste zudem einen Schaden erlitten haben. Nach der Differenzmethode stellt jede materielle oder immaterielle Verschlechterung, die sich bei einem Vergleich der Situation des Geschädigten mit und ohne das schädigende Ereignis bestimmen lässt, einen Schaden dar (Palandt-Heinrichs, Vorb. vor § 249 BGB, Rdnr. 7 ff.).

Gem. § 249 II 1 BGB sind die erlittenen Körperverletzungen durch den Geldbetrag für die Wiederherstellung bzw. ärztliche Versorgung zu ersetzen. Gem. § 253 II BGB ist für die erlittenen Schmerzen eine an-



gemessene Entschädigung in Geld vorzunehmen. Hinsichtlich der Angemessenheit dieser billigen Entschädigung führt der BGH aus:

“Die ausführliche Begründung des LG zur Bemessung des Schmerzensgeldes ist ebenfalls zutreffend. Die Auswirkungen des Vorfußverlustes mögen sich durch angepasstes Verhalten der Kl. künftig in Grenzen halten. Das ändert nichts daran, dass die Verletzung in vielerlei Hinsicht eine schwere Lebensbeeinträchtigung für die noch sehr junge Frau darstellt. Zu einer Herabsetzung des im ersten Rechtszug unter Berücksichtigung des Mithaftungsanteils festgesetzten, durchaus angemessenen Schmerzensgeldes besteht in dieser Hinsicht keinerlei Anlass.”

#### *G. Haftungsausfüllende Kausalität*

Schließlich muss noch zwischen der eingetretenen Rechtsgutsverletzung und den festgestellten Schäden ein adäquater Kausalzusammenhang bestehen. In diesem Fall sind sogar die Rechtsgutsverletzung (Körperschädigung) und die festgestellten Schäden (§§ 249 II 1, 253 II BGB) identisch.

#### *H. Mitverschulden der Kl.*

Es stellt sich aber die Frage, ob nicht dieser Schadensersatzanspruch der Kl. wegen ihres eigenen Mitverschuldens gem. § 254 I BGB zu kürzen ist.

Nach § 254 I BGB hängt der Umfang der Ersatzpflicht entscheidend davon ab, inwieweit bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Geschädigten mitgewirkt hat.

Bezüglich der angesetzten 50 % Mitverschuldensquote führt der BGH noch ergänzend folgende Erwägungen an:

“Der Senat folgt den Ausführungen des LG zum Mitverschulden der Kl. und zur Haftungsabwägung ...

Ergänzend wird ausgeführt: Das Eigenverschulden der Kl. beim unvorsichtigen Betreten der Gleisanlage erscheint im Hinblick darauf gemildert, dass sie gewohnheitsmäßig handelte und weil sie der aus den genannten Gründen unzureichenden Lautsprecherdurchsage offensichtlich keine oder nicht ausreichend Beachtung schenkte. An dieser Beurteilung ändert sich nichts durch den Umstand, dass auf Gleis 2 ein unbeleuchteter Zug abgestellt war. Letzteres ergibt sich aus der Aussage des Fahrdienstleiters, des Zeugen D. Ein Personenzug hat wegen seines langen Bremsweges eine hohe Betriebsgefahr. Im konkreten Fall war diese Betriebsgefahr wegen des schienengleichen Übergangs, der Gleisänderung und der mangelhaften Lautsprecherdurchsage noch besonders erhöht. Deshalb ist der Mithaftungsanteil der Bekl. von derart hohem Gewicht, dass ein Zurücktreten der Betriebsgefahr ausscheidet”

#### *Ergebnis:*

Damit hat die Kl. einen hälftigen Schadensersatz- und Schmerzensgeldanspruch gegen die bekl. Deutsche Bahn AG gem. § 823 I BGB

*[Anm.: Abgesehen davon haftet die Bekl. nach Ansicht des Gerichts auch für ihre Bediensteten als Verrichtungsgehilfen gem. §§ 823 I, II BGB i. V. mit § 223, 230 StGB, § 831 BGB. Denn Letztere haben bei der Vorbereitung der im konkreten Fall besonders gefahrenträchtigen Einfahrt eines Personenzuges objektiv Verkehrssicherungspflichten verletzt und rechtswidrig gehandelt. Einen Entlastungsbeweis hinsichtlich des die Bekl. treffenden Auswahl- und Überwachungsverschuldens habe diese nicht geführt.]*

**Standort: §§ 306 ff. StGB****Problem: "Teilweises Zerstören"**

BGH, URTEIL VOM 12.09.2002

4 STR 165/02 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

**Problemdarstellung:**

Im vorliegenden Fall ging es um eine Angeklagte, die - um die Aufmerksamkeit ihres Verlobten zu erregen - wiederholt Feuer legte. In dem hier geschilderten Fall hatte sie in der Wohnung ihres Verlobten einen Altpapierstapel angezündet und, nachdem bereits einige Möbel Feuer gefangen hatten, die Feuerwehr verständigt. Das LG hatte dieses Verhalten als schwere Brandstiftung gem. § 306 I Nr. 1 StGB gewertet. Der BGH hob das Urteil insofern auf, da die Feststellungen des LG - im Unterschied zum hier in der Falllösung vorgegebenen Sachverhalt - ein vollendetes teilweises Zerstören nicht belegten.

Außerdem sei wegen der Alarmierung der Feuerwehr durch die Angeklagte bei vollendeter Brandstiftung der Strafaufhebungsgrund der tätigen Reue (§ 306 e I StGB) zu prüfen gewesen.

**Prüfungsrelevanz:**

Die Brandstiftungsdelikte sind immer wieder Gegenstand von Examensarbeiten, da sie nicht nur zahlreiche eigene Probleme beinhalten, sondern sich auch hervorragend mit Problemen des Allgemeinen Teils (Täterschaft und Teilnahme; Irrtümer) kombinieren lassen.

Den Schwerpunkt der vorliegenden Entscheidung bildet die Prüfung der Tathandlung des "durch eine Brandlegung teilweise Zerstörens", die sich in den §§ 306, 306 a StGB findet. Bis zum 6. StrRG gab es i.R. der Brandstiftungsdelikte lediglich die Tathandlung des Inbrandsetzens. Ein solches ist dann gegeben, wenn das Tatobjekt oder wesentliche Teile davon so vom Feuer erfasst sind, dass sie auch nach Wegnahme des Zündstoffs selbstständig weiterbrennen (BGHSt 18, 363; StV 1988, 66; NJW 1989, 2900). Wegen der zunehmenden Verwendung feuerfester Baustoffe ergab sich jedoch immer häufiger die Konstellation, dass es überhaupt nicht mehr zu einem selbstständigen Brennen wesentlicher Gebäudebestandteile kam, also kein "Inbrandsetzen" vorlag, trotzdem aber - insb. durch Hitze und Rauch - erhebliche Sachschäden und auch Gefahren für Menschen entstanden, so dass der Gesetzgeber ein Bedürfnis sah, auch solche Fälle in den §§ 306 ff. StGB zu erfassen. Deshalb wurde die Tathandlung "durch eine Brandlegung ganz oder teilweise zerstören", die im Tatbestand des § 305 StGB ihren Ursprung hat, in §§ 306, 306 a StGB aufgenommen.

I.R.v. § 305 StGB ist ein (teilweises) Zerstören dann gegeben, wenn die Sache (bzw. Teile davon) ihre Eignung zu einer bestimmungsgemäßen Verwendung für eine nicht unbeträchtliche Zeit verlieren (Schönke/Schröder-Stree, § 305 Rn. 5 mwN). In der vorliegenden Entscheidung stellt der BGH klar, dass diese Wertung auf die §§ 306 ff. StGB zu übertragen ist, wobei die bestimmungsgemäße Verwendung des Tatobjekts auch im Lichte des Schutzgutes des jeweiligen Tatbestandes (bei § 306 a I Nr. 1 StGB: Wohnen als Mittelpunkt menschlichen Lebens) zu sehen ist.

Des weiteren enthält dieses Urteil Ausführungen zu § 306 e StGB. Hierbei handelt es sich um einen persönlichen Strafaufhebungsgrund, bei dem - ebenso wie bei § 24 StGB - ein Verhalten des Täters nach Begründung der Strafbarkeit zu deren Wegfall führen kann. Anders als der Rücktritt gem. § 24 StGB, der grds. nur auf Versuche Anwendung findet, ermöglicht die tätige Reue gem. § 306 e StGB eine Strafaufhebung sogar dann noch, wenn die Tat bereits vollendet ist. Da eine tätige Reue i.S.v. § 306 e StGB stets ausgeschlossen ist, sobald ein "erheblicher Schaden" eingetreten ist, erlangt dieser Begriff natürlich eine ganz zentrale Bedeutung. Ein Teil der Literatur zieht die Grenze für den erheblichen Schaden, insb. wg. des identischen Wortlauts der Normen, bei § 306 e StGB ebenso wie bei § 315 c I StGB bei ca. 750 i (vgl. Lackner/Kühl, § 306 e Rn. 2 mwN). Der BGH betont jedoch, dass i.R.v. § 306 e StGB erheblich höherer Sachwert für das Vorliegen eines "erheblichen Schadens" anzusetzen ist. Dies wird vor allem damit begründet, dass § 306 e StGB erst anwendbar ist, wenn die Brandstiftung vollendet ist eine Vollendung der Brandstiftung (insb. in den Fällen des § 306 a I 2. Fall StGB) bereits einen erheblichen Sachschaden impliziert, so dass der § 306 e StGB jedenfalls in diesen Fällen leer liefe.

**Vertiefungshinweise:**

Zu den Tathandlungen der §§ 306, 306 a StGB: *BayObLG*, NJW 1999, 3570; *Geppert*, Jura 1998, 597; *Radke*, ZStW 110, 857

Zu § 306 e StGB: *BGH*, StV 1999, 211; *Cantzler*, JA 1999, 474; *Radke*, ZStW 110, 857

**Kursprogramm:**

*Examenskurs*: "Feuerfalle"

**Leitsatz:**

**Zur Tatbestandsalternative „teilweises Zerstören“**

**ren“ durch eine Brandlegung in § 306 a StGB.****Sachverhalt:**

Nach den Feststellungen der Strafkammer war die Angeklagte A mit ihrer Situation unzufrieden. Sie fühlte sich von ihrem Verlobten vernachlässigt und beschloss, durch Brandstiftungen „auf sich aufmerksam“ zu machen.

Am Morgen des 19.06.2000 entschloss sich die Angeklagte, die in einem Mehrfamilienhaus gelegene 2-Zimmer-Wohnung ihres Verlobten V in Brand zu setzen und dadurch unbewohnbar zu machen, um von diesem „als vermeintliches Opfer eines Unglücks“ mehr Aufmerksamkeit und Zuwendung zu erhalten und ihn zu zwingen, zu ihr zu ziehen. Sie entzündete im Wohnzimmer eine auf einem Stapel Altpapier liegende Zeitung, begab sich zu ihrem Kind in das Schlafzimmer und verständigte kurze Zeit später telefonisch die Feuerwehr. Sodann verließ sie mit dem Kind die Wohnung und informierte die Nachbarn. Beim Eintreffen der Feuerwehr hatten die Flammen eine Couch und einen Sessel erfasst. Eine Wand war stark verrußt, ebenso die Deckenvertäfelung. Verschiedene Gegenstände waren durch die Hitze verformt worden. Das gesamte Wohnzimmer war wegen des Brandschadens von Grund auf renovierungsbedürftig. Die Wohnung wurde von dem Verlobten, der zunächst zu der Angeklagten gezogen war, renoviert und von ihm drei Wochen später wieder bezogen. [...]

Strafbarkeit der A?

*[Bearbeitervermerk: Es ist davon auszugehen, dass ein Sachschaden von 2.000 i entstanden ist und dass die Wohnung tatsächlich drei Wochen lang nicht benutzt werden konnte.]*

**Lösung:**

A. Strafbarkeit wegen schwerer Brandstiftung gem. § 306 a I StGB

**I. Tatbestand****1. § 306 a I Nr. 1 StGB****a. Taugliches Tatobjekt**

Bei der Wohnung des V müsste es sich um eine Räumlichkeit handeln, die der Wohnung von Menschen dient.

Der BGH führt insofern aus: „Geschütztes Tatobjekt des - durch das Sechste Gesetz zur Reform des Strafrechts (6. StrRG) vom 26. Januar 1998 (BGBl I 164) neu gefassten - § 306 a Abs. 1 Nr. 1 StGB ist jede

Räumlichkeit, die der Wohnung von Menschen dient; Gebäude, Schiff und Hütte werden nur exemplarisch genannt (BTDrucks. 13/8587 S. 88). Geschützt ist die „Wohnstätte“ des Menschen (Heine in Schönke/Schröder StGB 26. Aufl. § 306 a Rdn. 3). Mit der in der Vorschrift genannten „andere(n) Räumlichkeit“ sollen auch Wohnungen erfasst werden, die kein „Gebäude“ sind, wie beispielsweise Wohn- oder Künstlerwagen (vgl. BTDrucks. 13/8587 S. 68 f.; Hörnle Jura 1998, 181). Wohnungen in Gebäuden [...] sind Teile des Gebäudes (vgl. BGH NStZ 2001, 252; BGH, Beschluß vom 3. April 2002 - 3 StR 32/02 [Zimmer in einem Asylbewerberheim]); sie [die Wohnung des V] war damit taugliches Tatobjekt.“

**b. Tathandlung**

A müsste eine der in § 306 a I StGB genannten Tathandlungen vorgenommen haben.

**aa. Inbrandsetzen**

A könnte die Wohnung des V in Brand gesetzt haben. Hierzu der BGH: „In Brand gesetzt ist ein Gebäude, wenn es so vom Feuer erfasst ist, dass es selbstständig ohne Fortwirken des Zündstoffs weiterbrennt, wobei es erforderlich, aber auch ausreichend ist, dass sich der Brand auf Teile des Gebäudes ausbreiten kann, die für dessen bestimmungsgemäßen Gebrauch von wesentlicher Bedeutung sind (BTDrucks. 13/8587 S. 26; vgl. nur BGHSt 18, 363, 364 ff.; 34, 115, 117; BGHR StGB § 306 Nr. 2 Inbrandsetzen 1, 3, 6; BGH NStZ 1981, 220 f.; 1982, 201; NJW 1999, 299). Die bisherigen Feststellungen belegen nicht, dass diese Voraussetzungen vorlagen: im Fall II 1 hatten die Flammen lediglich eine Couch und einen Sessel erfasst, eine Wand und die Deckenvertäfelung waren verrußt und verschiedene Gegenstände waren von der Hitze verformt, bevor die von der Angeklagten herbeigerufene Feuerwehr eintraf. [...] Ein vollendetes [...] Inbrandsetzen ist damit nicht festgestellt (zur „Inbrandsetzung“ beweglicher Gegenstände und des Mobiliars vgl. BGHSt 16, 109, 110; BGH NStZ 1984, 74; BGH, Urteil vom 18. Oktober 1994 - 1 StR 502/94; zur „Verrußung“ vgl. BGH NStZ 2001, 252; BGH, Beschlüsse vom 18. Oktober 1983 - 5 StR 760/83 - und vom 5. Dezember 2001 - 3 StR 422/01; zur Beeinträchtigung durch Hitzeeinwirkung vgl. BGH NStZ 1982, 201; StV 1997, 518); denn Feststellungen, dass das Feuer Bestandteile des Gebäudes erfasst hat, es auf für das jeweilige Gebäude wesentliche brennbare Bestandteile hätte übergreifen können und die Angeklagte dies auch wollte oder sie zumindest damit rechnete (vgl. BGHSt 18, 363, 366 f.), enthält das Urteil nicht.“

*bb. Durch eine Brandlegung ganz oder teilweise zerstören*

A könnte jedoch die Wohnung des V durch die Legung des Brandes zumindest teilweise zerstört haben.

Die Ausführungen des BGH: "Die Handlungsalternative „wer ... durch eine Brandlegung ganz oder teilweise zerstört" wurde durch das 6. StrRG in die Brandstiftungstatbestände (§§ 306, 306 a StGB) eingefügt (vgl. hierzu Stein in Dencker/Struensee/Nelles/Stein, Einführung in das 6. Strafrechtsreformgesetz 1998, S. 84 ff.). Anlass zur Ergänzung der früheren - alleinigen - Tatbestandshandlung „Inbrandsetzen“ war für den Gesetzgeber, dass die zunehmende Verwendung feuerbeständiger und feuerhemmender Baustoffe und Bauteile dazu führen kann, dass bei Brandlegungen zwar wesentliche Gebäudebestandteile selbst nicht brennen, gleichwohl aber durch große Ruß-, Gas- und Rauchentwicklung sowie durch starke Hitzeeinwirkung Gefährdungen für Leben und Gesundheit der Bewohner, aber auch für bedeutende Sachwerte, entstehen (BTDrucks. 13/8587 S. 26; vgl. BGH NStZ 2001, 252). Den Gesetzesmaterialien lässt sich entnehmen, dass der Gesetzgeber eine weitere Handlungsalternative deswegen für erforderlich hielt, weil „in Fällen erheblicher Menschengefährdung und hoher Sachschäden“ die §§ 303, 305 StGB, die (möglicherweise) einschlägig wären, wenn eine Verurteilung wegen Brandstiftung ausscheidet, „für eine angemessene Ahndung der Tat“ nicht ausreichen (BTDrucks. 13/8587 S. 26); „teilweises Zerstören“ sollte „in Anlehnung“ an die gleichlautenden Formulierungen in den §§ 305, 305 a StGB - die durch das 6. StrRG nicht geändert wurden - verstanden werden (BTDrucks. 13/8587 S. 88). Daraus folgt zum einen, dass nach dem Willen des Gesetzgebers grundsätzlich auf die Auslegung des Begriffs „teilweises Zerstören“ in den §§ 305, 305 a StGB zurückgegriffen werden kann (vgl. Radtke ZStW 110 [1998], 848, 871), zum anderen aber, dass - auch bei Berücksichtigung der (Gemein-)Gefährlichkeit einer jeden Brandlegung - im Hinblick auf die hohe Strafdrohung in den §§ 306 Abs. 1, 306 a Abs. 1, 2 StGB (Freiheitsstrafe von einem bis zu zehn bzw. bis zu 15 Jahren; §§ 305, 305 a StGB: Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren) ein „teilweises Zerstören“ von Gewicht vorliegen muss, um im Sinne der §§ 306, 306 a StGB tatbestandsmäßig zu sein (vgl. zu diesem Gesichtspunkt BTDrucks. 13/8587 S. 48 [Abgrenzung der Sachbeschädigungstatbestände (Vergehen) von der Brandstiftung (Verbrechen)]).

Teilweises Zerstören im Sinne der §§ 305, 305 a StGB wird angenommen, wenn - für eine nicht nur unbeträchtliche Zeit (vgl. BGHSt 41, 219, 221; Stree in Schönke/Schröder StGB 26. Aufl. § 305 Rdn. 5) - das

Tatobjekt wenigstens für einzelne seiner Zweckbestimmungen unbrauchbar gemacht wird, wenn ein für die ganze Sache zwecknötiger Teil unbrauchbar wird (vgl. OGHSt 2, 209, 210) oder wenn einzelne Bestandteile der Sache, die für einen selbständigen Gebrauch bestimmt und eingerichtet sind, wie etwa Abteilungen eines Gebäudes, gänzlich vernichtet werden (vgl. RGSt 54, 205, 206). Dabei ist eine Zerstörung der Substanz der Sache nicht erforderlich (BGHSt 44, 34, 38).

An dem primären Schutzzweck des § 306 a Abs. 1 Nr. 1 StGB - Wohnen als „Mittelpunkt menschlichen Lebens“ (vgl. BGHSt 26, 121, 123) - ausgerichtet, bedeutet „teilweises Zerstören“ (von Gewicht) bei einer Brandlegung in einem Mehrfamilienhaus, dass (zumindest) ein zum selbstständigen Gebrauch bestimmter Teil des Wohngebäudes - d.h. eine zum Wohnen bestimmte, abgeschlossene „Untereinheit“ - durch die Brandlegung für Wohnzwecke unbrauchbar geworden ist. Das ist dann der Fall, wenn für den „verständigen“ Wohnungsinhaber die Wohnung wegen der Brandlegungsfolgen für eine beträchtliche Zeit - und nicht nur für Stunden oder einen Tag - nicht mehr benutzbar ist. Zur Erfüllung des Tatbestandes „teilweises Zerstören eines Gebäudes“ reicht es nicht aus, dass (lediglich) das Mobiliar zerstört wurde.

Dementsprechend wurde in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu § 306 a Abs. 1 Nr. 1 StGB „teilweises Zerstören durch eine Brandlegung“ angenommen, wenn eine Wohnung u.a. durch starkes Verrußen des gesamten Wohnbereichs nicht mehr benutzbar ist (BGH NStZ 2001, 252; Zaczyk in: Nomos-Kommentar zum StGB [1998] § 305 Rdn. 9 [Zerstörung einer Wohnung in einem Mehrfamilienhaus ist „teilweises Zerstören“]).

Danach läge im Fall II 1 der Urteilsgründe „teilweises Zerstören“ des Wohngebäudes durch Brandlegung vor, wenn die brandgeschädigte Wohnung infolge der Tat handlung (objektiv) für eine nicht unbeträchtliche Zeit wegen der tatbedingt erforderlichen Renovierungsarbeiten nicht benutzbar war. [...]

Da hier die Wohnung des V laut Bearbeitervermerk für mehrere Wochen nicht benutzbar war, ist folglich ein teilweises Zerstören durch die Brandlegung gegeben.

*c. Vorsatz*

A wusste, dass es sich bei der Wohnung des V um eine Räumlichkeit handelte, die der Wohnung von Menschen dient. Da sie ihn dazu bringen wollte, dort aus- und bei ihr einzuziehen, ist auch davon auszugehen, dass sie diese Wohnung durch die Brandlegung zumindest teilweise zerstören wollte.

## 2. § 306 a I Nr. 3 StGB

Bei der Wohnung des V könnte es sich auch um eine Räumlichkeit handeln, die zeitweise dem Aufenthalt von Menschen dient. § 306 a I Nr. 3 StGB erfasst solche Räumlichkeiten, die nur dem zeitweisen Aufenthalt von Menschen dienen wie z.B. Büros, Werkstatträume, Kinos und geräumige Verkehrsmittel wie Busse (vgl. Wessels/Hettinger, BT1, Rn. 966). Bei den fraglichen Räumen handelte es sich jedoch bereits um Räumlichkeiten, die der Wohnung von Menschen dienen (s.o.). Da eine Wohnung diejenige Räumlichkeit ist, die den räumlichen Mittelpunkt des Lebens eines Menschen darstellt (Geppert, Jura 1998, 600), also dazu bestimmt ist, einen dauerhaften Aufenthalt zu gewährleisten, ist sie nicht gleichzeitig eine Räumlichkeit, die (nur) zeitweise dem Aufenthalt von Menschen dient.

## II. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

## III. Tätige Reue (§ 306 e I StGB)

Es könnte jedoch ein Fall tätiger Reue gem. § 306 e I StGB vorliegen. Dann müsste A den Brand gelöscht haben, bevor ein erheblicher Schaden entstand.

A hat zwar den Brand nicht eigenhändig gelöscht, Sie hat jedoch die Feuerwehr verständigt, die dann ihrerseits den Brand gelöscht hat, so dass A zumindest äquivalent kausal geworden ist für die Löschung des Brandes. Nach ganz hM ist ein eigenhändiges Löschen des Brandes i.R.v. § 306 e I, II StGB nicht erforderlich; der Täter kann sich hierzu auch der Hilfe Dritter bedienen (OLG Hamm, NJW 1963, 1561). A hat somit den Brand gelöscht i.S.v. § 306 e I StGB.

Fraglich ist jedoch, ob nicht bereits ein erheblicher Schaden entstanden ist. Hierzu der BGH:

“Ob bereits ein „erheblicher Schaden“ i.S. von § 306 e StGB eingetreten ist, richtet sich nach dem durch die Brandstiftung betroffenen Schutzgut unter Berücksichtigung der Zielsetzung des vom Gesetzgeber mit § 306 e StGB geschaffenen persönlichen Strafmilderungs- bzw. Strafaufhebungsgrundes. Während die Vorschrift – ebenso wie bereits § 310 StGB aF – für Fälle des § 306a Abs. 1 Nr. 1 1. Alt. StGB (Inbrandsetzen) dem Umstand Rechnung trägt, dass die Vollendung der Tat weit nach vorn verlagert und dem Täter damit die Möglichkeit eines strafbefreienden Rücktritts vom Versuch auch in einem Stadium, in dem bedeutende Sachschäden noch nicht entstanden sind, abgeschnitten ist, trifft dies auf § 306 a Abs. 1 Nr. 1 2. Alt. StGB (vollständiges oder teilweises Zerstören durch eine Brandlegung) nicht zu. Setzt – wie ausgeführt – voll-

ständiges oder teilweises Zerstören gewichtige Funktionseinbußen voraus, werden diese, sofern sich die Tat auf ein Wohngebäude bezieht, in aller Regel mit einem beträchtlichen Sachschaden einhergehen. Soll § 306 e StGB für die letztgenannte Fallgruppe nicht leerlaufen, was vom Gesetzgeber nicht beabsichtigt war (vgl. BTDrucks. 13/8587 S. 52; 13/9064 S. 22) und kriminalpolitisch im Sinne erwünschter Schadensbegrenzung nicht angezeigt wäre, darf die Schadensgrenze nicht zu niedrig angesetzt werden. Auf Wertgrenzen, die die Rechtsprechung für andere Tatbestände mit gänzlich anderen Normzwecken und Schutzobjekten entwickelt hat (etwa für § 315 c Abs. 1 StGB: ca. 750 Euro) kann daher nicht zurückgegriffen werden (aA Lackner/Kühl StGB 24. Aufl. § 306 e Rdn. 2; Arzt/Weber Strafrecht BT, 2000, S. 818 Rdn. 59 m.w.N.). Vielmehr ist ein durch Brandstiftung entstandener erheblicher (Sach-) Schaden an einem Wohngebäude regelmäßig erst dann anzunehmen, wenn mindestens 2.500 Euro objektiv – tatobjektbezogen – zur Schadensbeseitigung erforderlich sind.“ Somit hat A den Brand gelöscht, bevor ein erheblicher Schaden entstanden ist. Die Voraussetzungen für eine tätige Reue gem. § 306 e I StGB liegen vor. Das Gericht kann die Strafe gem. § 49 I StGB mildern oder ganz von Strafe absehen. An der Strafbarkeit der A ändert diese Rechtsfolgenproblematik nichts. A hat sich gem. § 306 a I Nr. 1 StGB strafbar gemacht.

## B. Strafbarkeit gem. § 306 I Nr. 1 StGB

### I. Tatbestand

Bei der Wohnung des V bzw. dem Haus, in dem sich diese befand, handelt es sich um ein mit dem Grund und Boden verbundenes Bauwerk, das den Eintritt von Menschen ermöglicht, dazu geeignet und bestimmt ist, dem Schutze von Menschen oder Sachen zu dienen und Unbefugte abhalten soll, und mithin um ein Gebäude (vgl. RGSt 70, 361; BGHSt 1, 361). Da dies im Eigentum einer anderen Person stand, war es auch für A fremd. A hat dieses fremde Gebäude auch durch eine Brandlegung teilweise zerstört (s.o.). Da A auch vorsätzlich handelte, hat sie somit den Tatbestand des § 306 I Nr. 1 StGB erfüllt.

### II. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

### III. Tätige Reue (§ 306 e I StGB)

Da jedoch die Voraussetzungen für eine tätige Reue gem. § 306 I StGB vorliegen (s.o.), kann das Gericht die Strafe mildern oder von Strafe absehen.

*IV. Ergebnis*

A hat sich gem. § 306 I Nr. 1 StGB strafbar gemacht.

*C. Sonstige Delikte*

Außerdem hat sich A noch strafbar gemacht wegen Sachbeschädigung gem. § 303 I StGB in zwei Fällen (an der Wohnung selbst und an den Möbeln) sowie wegen Gebäudezerstörung gem. § 305 I StGB (in der Form des "teilweise Zerstörens", s.o.).

*D. Konkurrenzen und Ergebnis*

Alle Delikte wurden von A durch dieselbe Handlung verwirklicht. Wegen der unterschiedlichen Schutzbe-

reiche von § 306 I Nr. 1 StGB (Schutz des Eigentums) und § 306 a I Nr. 1 StGB (Schutz von Menschenleben) bleiben diese Straftaten nebeneinander bestehen (Schönke/Schröder-Heine, § 306 Rn. 24 mwN; a.A. Lackner/Kühl, § 306 Rn. 6). Die Sachbeschädigung gem. § 303 I StGB und die Gebäudezerstörung gem. § 305 I StGB bzgl. der Wohnung treten hinter die § 306 StGB zurück, wogegen die Sachbeschädigung an dem Mobiliar daneben bestehen bleibt. A ist also strafbar gem. §§ 306 a I Nr. 1, 306 I Nr. 1, 303 I, 52 StGB, wobei bzgl. § 306 StGB und § 306 a StGB gem. § 306 e I StGB die Möglichkeit besteht, die Strafe zu mildern oder von Strafe abzusehen.

*Literaturauswertung**Öffentliches Recht*

<b>Autor/Titel:</b>	v. Komorowski, Alexis / Kupfer, Dominik: "Der Bebauungsplan - Rechtmäßigkeit, Fehlerfolgen und Kontrolle"
<b>Fundstelle:</b>	VBIBW 2003, 1 (Heft 1)
<b>Inhalt:</b>	Erster Teil eines Beitrags zur Rechtswirksamkeit eines Bebauungsplans, der sich mit den formellen Anforderungen und den Fehlerfolgen beschäftigt. Im zweiten Teil des Beitrags (voraussichtlich VBIBW 2003, 41 - Heft 02/2003) folgt die materielle Komponente.

<b>Autor/Titel:</b>	Neureither, Georg: "Schächten"
<b>Fundstelle:</b>	JuS 2002, 1168 (Heft 12)
<b>Inhalt:</b>	Rezension des jüngsten BVerfG-Urteils zur Schächtungserlaubnis für einen türkischen Metzger. Die RA hat über Fälle zum sogen. "Schächten" von Opfertieren durch Moslems mehrfach berichtet, vgl. BVerfG, RA 2001, 185 = DVBl 2001, 485; VGH Kassel, RA 2000, 497 = NVwZ 2000, 951.

<b>Autor/Titel:</b>	Haus, Florian / Cole, Mark: "Grundfälle zum Europarecht"
<b>Fundstelle:</b>	JuS 2002, 1181 (Heft 12)
<b>Inhalt:</b>	Erster Teil einer Fortsetzungsreihe zum Europarecht, die das Grundlagenwissen des Pflichtfachstoffes vermitteln soll. Aber auch für Wahlfachkandidaten ist die Reihe zum Einstieg bestens geeignet. Die Autoren verzichten auf die Ausbreitung von Literaturstreitigkeiten und orientieren sich vorwiegend an der Rechtsprechung des EuGH.

*Zivilrecht*

<b>Autor/Titel:</b>	Maultzsch, Felix: "Schuldrechtsmodernisierung 2001/2002: Der Regress des Unternehmers beim Verbrauchsgüterkauf"
<b>Fundstelle:</b>	JuS 2002, 1171 (Heft 12)
<b>Inhalt:</b>	Der Aufsatz beschäftigt sich in kritischer Auseinandersetzung mit den §§ 478, 479 BGB, die Regressfragen innerhalb der Lieferkette betreffen, wenn dem Endabnehmer ein mangelhaftes Verbrauchsgut geleistet wird.

<b>Autor/Titel:</b>	Preuß, Nicola: "Geheimer Vorbehalt, Scherzerklärung und Scheingeschäft"
<b>Fundstelle:</b>	Jura 2002, 815 (Heft 12)
<b>Inhalt:</b>	Dieser Beitrag verschafft einen erschöpfenden Überblick über die in den §§ 116 - 118 BGB geregelten Fälle der Willenserklärung unter geheimen Vorbehalt, als Scherzerklärung oder als Scheingeschäft (sog. "bewusste Willensmängel").

<b>Autor/Titel:</b>	Hattenhauer, Christian: "Scheingeschäft und Einwendungsdurchgriff beim finanzierten Grundstückskauf"
<b>Fundstelle:</b>	JuS 2002, 1162 (Heft 12)
<b>Inhalt:</b>	Ausführliche und gutachterliche Aufarbeitung einer Entscheidung des OLG Koblenz (NJW-RR 2002, 194), inwieweit der Einwand eines Scheingeschäfts (§ 117 BGB) im Wege des Einwendungsdurchgriffs gegenüber dem Finanzierungsgeschäft gem. §§ 9 III VerbrKrG a.F., 359 BGB n.F. geltend gemacht werden kann.

<b>Autor/Titel:</b>	Grigoleit, Hans-Christoph: "Der Schuldbeitritt"
<b>Fundstelle:</b>	Jura 2002, 825 (Heft 12)
<b>Inhalt:</b>	Ausführliche und systematische Darstellung des gesetzlich nicht geregelten persönlichen Kreditsicherungsmittel des Schuldbeitritts, das sowohl von praktischer als auch von examensrelevanter Bedeutung ist.

*Strafrecht*

<b>Autor/Titel:</b>	Ellbogen, Klaus & Richter, Romy: "Der Zechpreller"
<b>Fundstelle:</b>	JuS 2002, 1192 (Heft 12)
<b>Inhalt:</b>	Übungsfall, der neben Standardproblemen aus den BT-Bereichen der Beleidigungs-, Urkunds- und Verkehrsdelikte auch AT-Probleme (Garantenstellung aus Ingerenz bei gerechtfertigtem Vorverhalten; Unterscheidung zwischen einverständlicher Fremdgefährdung und eigenverantwortlicher Selbstgefährdung) beinhaltet; hierbei weichen die Verfasser zwar wiederholt von der Rspr. des BGH ab, allerdings stets mit vertretbaren Argumenten.

<b>Autor/Titel:</b>	Duttge, Gunnar & Sotelsek, Marc: "'Freifahrtschein' für Unterlassungstäter?"
<b>Fundstelle:</b>	NJW 2002, 3756 (Heft 51)
<b>Inhalt:</b>	Interessante Überlegungen zur Subsidiaritätsklausel des § 246 I StGB inkl. Besprechung der Entscheidung BGH NJW 2002, 2188.

<b>Autor/Titel:</b>	Schwaben, Sylvia: "Die Bonusmeilenaffäre im Lichte der Untreuerechtsprechung des BGH"
<b>Fundstelle:</b>	NStZ 2002, 636 (Heft 12)
<b>Inhalt:</b>	Kurze juristische Würdigung der in den Medien breitgetretenen "Affäre", die ganz richtig zu dem Ergebnis kommt, dass das Verhalten der betreffenden Abgeordneten moralisch bedenklich gewesen sein mag, strafrechtlich jedoch nicht relevant war.