

## Öffentliches Recht

**Standort: Gewerberecht**

**Problem: Kapazitätserschöpfung bei Jahrmarkt**

BVERFG, BESCHLUSS VOM 15.08.2002  
1 BVR 1790/00 (BAYVBL 2003, 303)

### Problemdarstellung:

Das BVerfG hatte sich mit der Verfassungsbeschwerde eines wegen Kapazitätserschöpfung abgelehnten Marktbeschickers zu befassen. Der seiner Verfassungsbeschwerde (Vb.) stattgebende Beschluss ist in doppelter Hinsicht interessant:

1. Prozessual betont das BVerfG, dass allein die durch lange Verfahrensdauer eingetretene Erledigung des Begehrens nicht zur Unzulässigkeit der Verfassungsbeschwerde führen kann, denn die Rechtswegerschöpfung ist dem Beschwerdeführer gesetzlich vorgeschrieben, § 90 II BVerfGG; auch die Dauer des Verfassungsbeschwerdeverfahrens selbst liegt nicht in seiner Hand. Das BVerfG wiederholt in dieser Entscheidung - unter ausdrücklicher Verwendung des Begriffs - seine on jüngerer Zeit zu erkennende Tendenz, das "Fortsetzungsfeststellungsinteresse" auf das Vb.-Verfahren zu übertragen: Danach besteht jedenfalls solange ein Rechtsschutzinteresse an der Vb., wie Wiederholungsgefahr oder Rehabilitationsinteresse vorliegen oder ein Schadensersatzprozess angestrebt werden kann, für den die Entscheidung des BVerfG greifbar wäre.

2. Materiell-inhaltlich gibt das BVerfG der Vb. über Art. 19 IV GG statt, weil die Fachgerichte dem Beschwerdeführer effektiven Eilrechtsschutz versagt haben. Dass dieser sich als Marktbeschicker auch auf Art. 12 I GG berufen kann, wird nur beiläufig erwähnt. Eine solche Verfahrensweise ist immer dann angezeigt, wenn das Fachgericht die prozessualen Anforderungen überspannt hat, die Beschwer m.a.W. nicht aus inhaltlichen, sondern zumindest schwerpunktmäßig aus prozessualen Gründen erfolgt ist. So lag es hier, da die Fachgerichte den Antrag nach § 123 I VwGO allein wegen angeblicher Erledigung infolge Kapazitätserschöpfung abgelehnt hatten, ohne die Auswahl der Bewerber inhaltlich an Art. 12 GG zu messen.

### Prüfungsrelevanz:

Die prozessuale Komponente der Entscheidung ist in Prüfung und Praxis sehr wichtig, da sich häufig infolge

langer Verfahrensdauer die Vb.-Begehren faktisch erledigt haben werden. Dogmatischer Aufhänger für die Prüfung ist das "Allgemeine Rechtsschutzinteresse" am Ende der Zulässigkeit. Das BVerfG gibt dem Rechtsanwender mit dem aus § 113 I 4 VwGO bekannten "Fortsetzungsfeststellungsinteresse" zudem ein praktikables Abgrenzungswerkzeug zur Hand.

Am Rande der Entscheidung bejaht das BVerfG die - im Verwaltungsprozessrecht nicht unumstrittene - Frage, ob im vorläufigen Rechtsschutz wegen Art. 19 IV GG ausnahmsweise die Hauptsache vorweg genommen werden darf, wenn effektiver Rechtsschutz anders nicht zu erreichen ist. Für die Anwendung des einfachen Rechts (also die Zulassungsansprüche aus § 70 GewO oder den Gemeindeordnungen der Länder zu öffentlichen Einrichtungen, vgl. z.B. § 8 II GO NW) sollte ferner zur Kenntnis genommen werden, dass die Kapazitätserschöpfung infolge Bewerberüberhangs zwar die i.d.R. gebundenen Zulassungsansprüche in solche auf (nur) ermessensfehlerfreie Auswahl unter den Bewerber umwandelt, in keinem Fall aber zu pauschalen Verneinung eines Anspruchs allein wegen der Kapazitätserschöpfung führen kann, und zwar selbst dann nicht, wenn schon Zulassungsverwaltungsakte gegenüber den Mitbewerbern erlassen und/oder Mietverträge abgeschlossen worden sind.

### Vertiefungshinweise:

- Zum Fortbestehen des Rechtsschutzinteresses an der Vb. trotz faktischer Erledigung: *BVerfGE* 42, 212, 218; 50, 234, 239; 53, 152, 157
- Übertragung des "Fortsetzungsfeststellungsinteresses" auf die Vb.: *BVerfGE* 79, 275, 280
- Anforderungen des Art. 19 IV GG an Beschlüsse im Eilrechtsschutz: *BVerfGE* 93, 1, 13; 46, 166, 179; 79, 69, 74

### Kursprogramm:

- Examenskurs*: "Kein Platz auf der Kirmeß"
- Assessorkurs*: "Das Kinderkarussell"

### Leitsätze (der Redaktion):

1. Die durch Zulassung von Mitbewerbern eingetretene Kapazitätserschöpfung steht dem Zulas-

**sungsanspruch eines konkurrierenden Marktbeschickers weder rechtlich noch faktisch entgegen.**

**2. Dies gilt selbst dann, wenn mit den Mitbewerbern schon Mietverträge über die zu beschickenden Flächen abgeschlossen worden sind.**

**3. Zu den verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Versagung einstweiligen Rechtsschutzes in diesen Fällen.**

**4. Zum fortbestehen des Rechtsschutzinteresses nach (faktischer) Erledigung des Begehrens.**

#### *Sachverhalt:*

Die Verfassungsbeschwerde richtet sich gegen die Versagung einstweiligen Rechtsschutzes zugunsten eines für einen Jahrmarkt abgelehnten Marktbeschickers. Die Ablehnung wurde darauf gestützt, dass bereits Mitbewerber zugelassen und mit diesen Mietverträge abgeschlossen worden seien, sich mithin das Zulassungsbegehren des ASt. wegen rechtlicher und faktischer Unmöglichkeit erledigt habe. Die nach Erschöpfung des Rechtswegs erhobene Verfassungsbeschwerde hatte Erfolg.

#### *Aus den Gründen:*

##### *A. Zulässigkeit*

Die Verfassungsbeschwerde ist zulässig. Der Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde steht [...] nicht entgegen, dass der den Eilentscheidungen zugrunde liegende Jahrmarkt zwischenzeitlich ohne Beteiligung des Beschwerdeführers stattgefunden hat. Dadurch entfällt nicht das erforderliche Rechtsschutzbedürfnis (vgl. BVerfGE 42, 212, 218; 50, 234, 239; 53, 152, 157). Im Falle der Erledigung des mit der Verfassungsbeschwerde verfolgten Begehrens kommt es für das Fortbestehen eines Rechtsschutzbedürfnisses darauf an, ob entweder die Klärung einer verfassungsrechtlichen Frage von grundsätzlicher Bedeutung andernfalls unterbliebe und der gerügte Grundrechtseingriff besonders belastend erscheint oder ob eine Wiederholung der angegriffenen Maßnahme zu besorgen ist (vgl. BVerfGE 33, 247, 257; 69, 161, 168).

In Fällen besonders tief greifender und folgenschwerer Grundrechtsverstöße besteht das Rechtsschutzbedürfnis auch dann fort, wenn die direkte Belastung durch den angegriffenen Hoheitsakt sich auf eine Zeitspanne beschränkt, in welcher der Betroffene nach regelmäßigem Geschäftsgang eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts kaum erlangen konnte, da der Grundrechtsschutz des Beschwerdeführers sonst in unzumutbarer Weise verkürzt würde (vgl. BVerfGE 34, 165, 180; 41, 29, 43; 49, 24, 51 f.). Der Umstand,

dass die Fachgerichte und das Bundesverfassungsgericht oft außerstande sind, schwierige Fragen in kurzer Zeit zu entscheiden, darf nicht dazu führen, dass eine Verfassungsbeschwerde allein wegen des vom Beschwerdeführer nicht zu vertretenden Zeitablaufs verworfen wird (vgl. BVerfGE 76, 1, 38; 81, 138, 140).

Der Beschwerdeführer hat jedenfalls ein „Fortsetzungsfeststellungsinteresse“ (vgl. zur Übertragung der Terminologie auf die Verfassungsbeschwerde: BVerfGE 79, 275, 280). Sein schutzwürdiges Interesse an einer Entscheidung ergibt sich sowohl aus der in den nächsten Jahren bestehenden Wiederholungsgefahr als auch aus einem erst nach Feststellung der eventuellen Rechtswidrigkeit des gemeindlichen Handelns möglichen Kompensation materieller Schäden.

#### *B. Begründetheit*

Die Verfassungsbeschwerde ist auch begründet.

##### *I. Schutzbereich des Art. 19 IV GG betroffen*

###### *1. Allgemeine Anforderungen*

Art. 19 Abs. 4 GG eröffnet den Rechtsweg gegen jede behauptete Verletzung subjektiver Rechte durch ein Verhalten der öffentlichen Gewalt. Gewährleistet wird nicht nur das formelle Recht, die Gerichte anzurufen, sondern auch die Effektivität des Rechtsschutzes (vgl. BVerfGE 35, 263, 274; 35, 382, 401; 93, 1, 13). Dieser muss die vollständige Nachprüfung des angegriffenen Hoheitsakts in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht durch ein Gericht ermöglichen (vgl. BVerfGE 15, 275, 282; st. Rspr.). Praktische Schwierigkeiten allein sind kein ausreichender Grund, den durch Art. 19 Abs. 4 GG gewährleisteten Rechtsschutz einzuschränken (vgl. BVerfGE 84, 34, 55).

###### *2. Besonderheiten im Eilrechtsschutz*

In Eilverfahren dürfen sich die Fachgerichte dem Bedürfnis nach wirksamer Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht dadurch entziehen, dass sie überspannte Anforderungen an die Voraussetzungen der Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes stellen. Das Erfordernis effektiven Rechtsschutzes gebietet, dass gerichtlicher Rechtsschutz namentlich in Eilverfahren so weit wie möglich der Schaffung solcher vollendeter Tatsachen zuvorzukommen hat, die dann, wenn sich die Maßnahme bei endgültiger rechtlicher Prüfung als rechtswidrig erweist, nicht mehr rückgängig gemacht werden können (vgl. BVerfGE 93, 1, 13). Daher ist einstweiliger Rechtsschutz zu gewähren, wenn anders dem Antragsteller eine erhebliche, über Randbereiche hinausgehende Verletzung in seinen Grundrechten droht, die durch die Entscheidung in der

Hauptsache nicht mehr beseitigt werden kann, es sei denn, dass ausnahmsweise überwiegende, besonders gewichtige Gründe entgegenstehen (vgl. BVerfGE 46, 166, 179; 79, 69, 74).

## II. Eingriff

Nach diesem Maßstab verletzen die angegriffenen Entscheidungen die Rechte des Beschwerdeführers aus Art. 19 Abs. 4 GG. Die im Ausgangsverfahren angerufenen Verwaltungsgerichte haben bei der Auslegung von § 70 GewO und § 123 VwGO die Anforderungen wirksamen Rechtsschutzes im Sinne des Art. 19 Abs. 4 GG nicht hinreichend beachtet, indem sie die inhaltliche Überprüfung des vom Beschwerdeführer geltend gemachten Anspruchs auf Teilnahme am Jahrmarkt ablehnten und zur Begründung ohne materielle Prüfung der Vergabeentscheidung allein auf die Erschöpfung der Platzkapazität abstellten. Auf diesen tatsächlichen Umstand hätte das Verwaltungsgericht seine Entscheidung schon deshalb nicht stützen dürfen, weil zum Zeitpunkt des Eingangs des Eilantrags noch nicht alle Plätze vergeben waren. Auch nach den Kriterien des Verwaltungsgerichts wäre effektiver Rechtsschutz also noch möglich gewesen. Selbst wenn aber zu diesem Zeitpunkt bereits alle Standplätze vergeben gewesen wären, hätte die Ablehnung einstweiligen Rechtsschutzes nicht alleine auf diesen Umstand gestützt werden dürfen. Vielmehr war die angegriffene Vergabeentscheidung jedenfalls einer summarischen inhaltlichen Prüfung zu unterziehen.

Die von den Verwaltungsgerichten vertretene Rechtsauffassung unterläuft einen effektiven Primärrechtsschutz für abgelehnte Marktstandbewerber. Sie führt dazu, dass die veranstaltende Gemeinde eine inhaltliche Kontrolle ihrer Entscheidung nur im Verfahren einer Fortsetzungsfeststellungsklage oder im Rahmen eines Schadensersatzprozesses wegen eines Amtshaftungsanspruchs zu gewärtigen hätte. Das von Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Recht des Beschwerdeführers auf Ausübung seines Berufes als Marktbesucher oder Teilnahme an einer korrekten Bewerberauswahl zu diesem Jahrmarkt ist aber bereits mit der verzögerten oder verweigerten Sachentscheidung im einstweiligen Rechtsschutz unwiederbringlich verloren, ohne dass eine von Art. 19 Abs. 4 GG geforderte inhaltliche Überprüfung der Vergabeentscheidung

durch ein Gericht stattgefunden hätte.

## III. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Ausnahmsweise bestehende besondere Gründe, welche die endgültige Vereitelung dieses Rechts des Beschwerdeführers rechtfertigten, sind nicht erkennbar:

### 1. Keine Vorwegnahme der Hauptsache

Eine eventuelle Vorwegnahme der Hauptsache rechtfertigt es nicht, die Erfordernisse eines effektiven Rechtsschutzes hintanzustellen. Die von der Rechtsprechung im Hinblick auf Art. 19 Abs. 4 GG entwickelten Grundsätze zu Ausnahmen vom Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache stellen zu Recht regelmäßig auch auf den irreparablen Rechtsverlust als solchen oder das Zeitmoment ab, wenn eine Entscheidung in der Hauptsache mit hoher Wahrscheinlichkeit zu spät käme (vgl. Kopp/Schenke, VwGO, 12. Aufl. 2000, § 123 RdNrn. 14 ff. m.w.N.).

### 2. Kapazitätserschöpfung

Auch die Erschöpfung der Platzkapazität rechtfertigt nicht die Versagung effektiven einstweiligen Rechtsschutzes. Ergibt die Überprüfung der versagenden Vergabeentscheidung im einstweiligen Rechtsschutzverfahren, dass ein Standplatz zu Unrecht vorenthalten wurde, hat das Fachgericht eine entsprechende Verpflichtung des Marktanbieters auszusprechen. Es ist dann die im Einzelnen vom Gericht nicht zu regelnde Sache des Marktanbieters, diese Verpflichtung umzusetzen. Sowohl das öffentliche Recht wie das Privatrecht halten mit Widerruf und Rücknahme oder der Möglichkeit der (außerordentlichen) Kündigung, gegebenenfalls gegen Schadensersatz für den rechtswidrig bevorzugten Marktbesucher, Vorkehrungen für den Fall bereit, dass die öffentliche Hand eine zunächst gewährte Rechtsposition entziehen muss. Die Bescheidung von (vorerst) erfolgreichen Mitbewerbern oder der Abschluss von Mietverträgen mit ihnen ist demnach weder ein rechtliches noch ein faktisches Hindernis, das die Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes für einen zu Unrecht übergangenen Antragsteller unmöglich machte. Die Marktanbieter haben es in der Hand, durch die Regelung entsprechender Widerrufsvorbehalte oder die Vereinbarung entsprechender Kündigungsklauseln für diese Fälle vorzusorgen.

**Standort: Verwaltungsrecht AT****Problem: Abgrenzung Verwaltungsakt - Weisung**

BAYVGH, BESCHLUSS VOM 15.11.2002  
3 CS 02.2258 (BAYVBL 2003, 212)

**Problemdarstellung:**

Die Entscheidung des BayVGH befasst sich mit der Abgrenzung zwischen (innerdienstlicher) Weisung und (Außenwirkung entfaltendem) Verwaltungsakt. Konkret ging es um die Anordnung gegenüber einem Polizeibeamten, seinen Zopf abzuschneiden. Das Gericht nimmt an, dass es sich hierbei um eine Weisung handele.

Im konkreten Fall bestand nun die Besonderheit, dass die vom VGH als Weisung eingestufte Anordnung ausdrücklich als Verwaltungsakt ergangen war. Der VGH ist der Ansicht, dass sich der Bürger auf diese Form verlassen und allein deshalb die gegen einen Verwaltungsakt statthaften Rechtsbehelfe (Widerspruch, Anfechtungsklage bzw. hier: Antrag im vorläufigen Rechtsschutz nach § 80 V VwGO) ergreifen dürfe. Aufgrund einer weiteren Besonderheit des Einzelfalls - die Form des Verwaltungsakts war der Anordnung erst in einem Ergänzungsbescheid gegeben worden - sah sich das Gericht ferner genötigt, diesen - gegen den Ergänzungsbescheid weiterhin statthaften - Antrag nach § 80 V VwGO in einen weiteren Antrag nach § 123 I VwGO gegen die ursprüngliche Anordnung "umzudeuten" (so die Wortwahl des Gerichts). Richtiger hätte es "auszulegen" heißen müssen, da nicht § 123 I VwGO - wie bei einer Umdeutung - *statt* § 80 V VwGO, sondern *zusätzlich* zu diesem einschlägig sein sollte. Auch begegnet diese Auslegung im Hinblick auf § 88, 1. Hs VwGO durchaus Bedenken. Gleiches gilt i.Ü. für die Annahme einer Weisung. Der VGH widerspricht sich, wenn er einerseits eine (rein intern wirkende, nur das "Betriebsverhältnis" der Behörde betreffende) Weisung bejaht, andererseits im Begründetheilsteil darauf abhebt, dass die Anordnung den Ast. auch und gerade im Privatleben belastet. Letzteres (das sogen. "Statusverhältnis") begründet aber gerade die Außenwirkung und damit den VA-Charakter einer Maßnahme. Deshalb hat auch mit exakt jener Begründung - Einwirkung auf die persönliche und körperliche Integrität - bspw. das OVG Koblenz (NVwZ-RR 1990, 154) die Anordnung zur Untersuchung eines Beamten auf Alkoholabhängigkeit als VA eingestuft.

**Prüfungsrelevanz:**

Dass die Unterscheidung zwischen Weisung und Verwaltungsakt zahlreiche rechtliche Konsequenzen hat

(z.B.: Statthaftigkeit des Rechtsbehelfs, Bestandskraft, Wirksamkeit, Anhörung, Vollstreckung u.v.m.) wird in den Entscheidungsgründen ausführlich dargelegt und bedarf daher an dieser Stelle außer der Feststellung, dass sie deshalb zum unverzichtbaren Rüstzeug jedes Examenkandidaten gehört, keiner weiteren Vertiefung.

Wichtig ist ferner der Hinweis des Gerichts, wonach eine Maßnahme allein deshalb, weil sie in der Form eines VA ergeht, also unabhängig von ihrem Inhalt, einer Ermächtigungsgrundlage bedarf (vgl. schon VGH München, RA 2000, 124 = NVwZ 2000, 222). Allein die Handlungsform VA begründet nämlich bereits Nachteile für den Adressaten (Vollstreckbarkeit, Bestandskraft, Verschiebung der Klageobliegenheit), die Weisungen nicht zukommt. Es versteht sich also nicht von selbst, dass die Behörde in Form eines VA handeln kann; der Vorbehalt des Gesetzes fordert vielmehr wegen der o.g. Belastungen neben der gesetzlichen Ermächtigung bzgl. der inhaltlich getroffenen Regelungen auch eine Ermächtigung zur Ergreifung der Handlungsform VA selbst. Diese "VA-Befugnis" findet sich an vielen Stellen im Gesetz (vgl. z.B. § 49a I 2 VwVfG) und ist im Übrigen gewohnheitsrechtlich anerkannt, wenn die Behörde im Verhältnis zum Bürger im klassischen Subordinationsverhältnis handelt, wie es insbes. im Bereich der Gefahrenabwehr der Fall ist. Die Praxis- und Examensrelevanz dieses Problembereichs nimmt stetig zu, wie die Fülle von Gerichtsentscheidungen zu diesem Thema (vgl. Vertiefungshinweise) zeigt.

**Vertiefungshinweise:**

Zur Abgrenzung von Verwaltungsakt und Weisung: *OVG Frankfurt/Oder*, RA 1999, 11 = NJW 1998, 3513; *OVG Lüneburg*, RA 1999, 68 = NVwZ 1999, 84; *OVG Koblenz* NVwZ-RR 1990, 154

**Kursprogramm:**

*Examenskurs*: "Die wilde Ehe"

**Leitsätze (der Redaktion):**

- 1. Das Verbot gegenüber einem Polizeibeamten, im Dienst einen Zopf zu tragen, ist eine innerdienstliche Weisung.**
- 2. Wird eine innerdienstliche Weisung ausdrücklich in Form eines Verwaltungsakts ausgesprochen, sind die gegen einen Verwaltungsakt statthaften Rechtsbehelfe anwendbar.**

**Sachverhalt:**

Der ASt. ist Polizeibeamter. Zum Dienst erschien er mit einem zu einem sogen. "Karl-Lagerfeld-Zopf" gebundenen Haupthaar. Dies wurde ihm von seinem Dienstvorgesetzten zunächst mit Anordnung vom 4.3.2002 untersagt. Diese Anordnung wurde am 23.4.2002 dahingehend ergänzt, dass es sich bei der ursprünglichen Anordnung um einen Verwaltungsakt handle. Erst dieser Ergänzungsbescheid belehrte den ASt. sodann über die Widerspruchsmöglichkeit und ordnete die sofortige Vollziehung der Anordnung vom 4.3.2002 an. Hiergegen wehrte sich der ASt. mit seinem Antrag nach § 80 V VwGO.

**Aus den Gründen:**

Die Beschwerde gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts vom 9.8.2002, dessen Gegenstand gebildet wird durch die streitbefangene Anordnung vom 4.3.2002, durch den Ergänzungsbescheid vom 23.4.2002 und durch die Anordnung der sofortigen Vollziehung "der im Bescheid der Polizeidirektion R. vom 4.3.2002 in der Fassung des Ergänzungsbescheides vom 23.4.2002 enthaltenen Aufforderung an PHM M.L., seinen Haarschnitt so zu gestalten, dass sein Erscheinungsbild mit den Richtlinien konform geht", ist zulässig, aber nicht begründet.

**A. Zulässigkeit**

Das Verwaltungsgericht hat zu Recht den Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO - wegen der besonderen Fallgestaltung - ausnahmsweise als statthaft angesehen, weil die Behörde hier ganz ausdrücklich (auch) die Handlungsform der Weisung durch Verwaltungsakt gewählt hat.

**I. Abgrenzung zwischen Weisung und Verwaltungsakt**

Allerdings haben - wie auch der angefochtene Gerichtsbeschluss mit zutreffenden Nachweisen darlegt - innerdienstliche Weisungen (auch) der verfahrensgegenständlichen Art gegenüber dem Beamten in aller Regel keine "Außenwirkung" im Sinn des Art. 35 Satz 1 BayVwVfG. Sie betreffen nämlich typischerweise das Verhalten des Antragstellers als "Glieder der Verwaltung", d.h. nur innerhalb des Amtsverhältnisses als Beamter. Sie sind also auf das sog. Betriebsverhältnis und nicht auf das den beamtenrechtlichen Status erfassende Grundverhältnis des Beamten gerichtet.

**II. Standpunkt des BVerwG**

Eine andere Auffassung - nämlich Berührung des Grundverhältnisses und demnach Verwaltungsaktscharakter - vertritt speziell für besondere Anordnungen

zum persönlichen Erscheinungsbild des Beamten der Kommentar Weiß/Niedermaier/Summer/Zängl zum BayBG (Art. 64 Erl. 29 und Art. 65 Erl. 15c), der sich hierfür aber zu Unrecht auf das Bundesverwaltungsgericht (Entscheidung vom 15.1.1999 - 2 C 11.98, BayVBl. 1999, 377 = DÖV 1999, 695) beruft. Dort sind zur Rechtsnatur der streitbefangenen Anordnung, in der einem Polizeibeamten geboten worden war, sein Haar bis auf Hemdkragenlänge zu kürzen, und verboten worden war, während der Dienstzeit Ohrschmuck zu tragen, keine Ausführungen gemacht. Auch die damalige Vorinstanz, d.h. der auch im vorliegenden Verfahren erkennende Senat, hat sich in seiner Entscheidung mit der entsprechenden Frage nicht auseinandergesetzt. Dass vor Klageerhebung ein Widerspruchsverfahren vorangegangen war, ist im Hinblick auf § 126 Abs. 1 und 3 BRRG kein Indiz für die Annahme eines Verwaltungsakts.

Die (in der Rechtsprechung in bewusster Abkehr von einer älteren Auffassung verfolgte) Tendenz, bei Weisungen, welche die Art und Weise der Dienstleistung des Beamten und das von ihm dabei zu beobachtende Verhalten betreffen, keine (nur Verwaltungsakten zukommende) Außenwirkung zu sehen, erörtert das Bundesverwaltungsgericht (Entscheidung vom 22.5.1980 - 2 C 30.78, BVerwGE 60, 144) namentlich unter dem Gesichtspunkt, dass die Verneinung des Charakters eines Verwaltungsakts nicht die Frage der Überprüfbarkeit einer Maßnahme präjudiziere. Effektiver gerichtlicher Rechtsschutz sei nämlich auch dann gewährleistet, wenn die öffentliche Gewalt jemanden in anderer Weise als durch einen Verwaltungsakt in seinen Rechten verletze (s. hierzu für Soldaten BVerwG vom 8.5.2001, NZWehrR 2001, 164 und vom 3.7.2001, ZBR 2002, 281). Aus diesem Gedankengang folgt auch, dass eine Grundrechtsberührung, die auch bei Maßnahmen im beamtenrechtlichen internen Betriebsverhältnis möglich ist, nicht deren Eigenschaft als Verwaltungsakt indiziert, sondern dass die Rechtsform des vom Dienstherrn an den Beamten adressierten Verwaltungsakts Anordnungen mit Auswirkung auf das beamtenrechtliche Grundverhältnis vorbehalten bleiben kann.

**III. Handlungsform eines Verwaltungsakts genügt**

Letztlich kann die Frage nach der (zulässigen und richtigen) Rechtsform der streitbefangenen Weisung hier aber dahingestellt bleiben. Der erstinstanzlichen Entscheidung ist nämlich auch insofern zuzustimmen, als sie feststellt, der Antrag sei gemäß § 80 Abs. 5 Satz 1 VwGO statthaft, weil sich der Antragsgegner bei der dienstlichen Weisung ausdrücklich und unzweifelhaft der Handlungsform des Verwaltungsakts bedient und

auch die Rechtsbehelfsbelehrung entsprechend gewählt hat. Der Adressat durfte dies so hinnehmen und die Wahl seines Rechtsbehelfs danach ausrichten.

#### *IV. Differenzierung zwischen Ausgangs- und Ergänzungsbescheid*

Allerdings ist damit die rechtliche Problematik des formal richtigen und umfassenden vorläufigen Rechtsschutzes, wie ihn der Antragsteller aus seinem Antrag und dessen Begründung erkennbar begehrt, nicht ausgeschöpft. Dies ergibt sich aus der inhaltlichen und daraus folgend auch aus der rechtlichen Gestaltung der drei verfahrensgegenständlichen Schreiben des Antragsgegners an den Antragsteller, in denen die Aufforderung, den Haarschnitt der IMBek. anzupassen, ergangen ist. Das erste - mit Datum vom 4.3.2002 - lässt sich nämlich nach Form und Inhalt ohne weiteres als (keiner Ergänzung bedürftige) verwaltungsinterne Anordnung verstehen, die dem Antragsteller als einem Polizeivollzugsbeamten eine innerdienstliche Weisung erteilt. Sie war auch als solche nach dem insofern maßgeblichen Empfängerhorizont vom Adressaten aufzufassen, wurde mit Zugang bei diesem existent, ihrer Natur nach sofort wirksam und war vorliegend - wegen der ausdrücklichen Zeitangabe - spätestens bis zum 14.3.2002 zu befolgen. Dagegen ist der vorläufige Rechtsschutz nach § 123 VwGO statthaft.

Offenbar wurde jedoch der Antragsteller durch den Ergänzungsbescheid vom 23.4.2002 davon abgehalten, diesen - an sich richtigen - Weg auch formal zu beschreiten. Der Ergänzungsbescheid stellt in einer Art einleitendem Teil fest, bei der dienstlichen Weisung vom 4.3.2002 handele es sich um einen Verwaltungsakt im Sinn des Art. 35 BayVwVfG, gegen den der Antragsteller Widerspruch einlegen könne. "Insofern" werde hiermit ein "Ergänzungsbescheid" erlassen. Sein verfügender Inhalt erschöpft sich formal in der Aussage, die anliegende Rechtsbehelfsbelehrung (Widerspruch innerhalb der näher definierten Widerspruchsfrist) werde hiermit Bestandteil des Bescheids vom 4.3.2002. Der Antragsgegner mag die Intention verfolgt haben, die Weisung vom 4.3.2002 in ihrem Rechtscharakter als Verwaltungsakt zu präzisieren. Dies konnte jedoch nicht voll gelingen, denn diese Weisung war nun einmal - wie dargelegt - in anderer Rechtsform ergangen und konnte zwar aufgehoben oder ergänzt (beides sollte offensichtlich nicht geschehen), nicht aber vollständig uminterpretiert oder rückwirkend in der Rechtsnatur verändert werden. Dies hat letztlich zur Folge, dass der Antragsgegner die Aufforderung mit dem Inhalt der in Bezug genommenen Weisung vom 4.3.2002 in seinem Schreiben vom 23.4.2002 ein zweites Mal - jetzt aber in Form

eines Verwaltungsakts - erlassen und mit Schreiben vom 5.6.2002 unter ausführlicher Begründung dessen sofortige Vollziehung angeordnet hat. Der Antragsteller seinerseits hat der Rechtsbehelfsbelehrung folgend - mit Schriftsatz vom 15.5.2002 - Widerspruch gegen den Bescheid vom 4.3.2002 in der Fassung des Ergänzungsbescheids vom 23.4.2002 eingelegt. In dieser Logik bleibend hat er sodann mit Schreiben vom 18.6.2002 beim Verwaltungsgericht Antrag gemäß § 80 Abs. 5 Satz 1 VwGO auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung seines Widerspruchs gestellt. Der erkennende Senat hält es mit den Argumenten des angefochtenen erstinstanzlichen Beschlusses für rechtsfehlerfrei und sachlich geboten, dass das Verwaltungsgericht eine Sachentscheidung nach § 80 Abs. 5 VwGO getroffen hat.

#### *V. Umdeutung (auch) in Antrag nach § 123 I VwGO*

Doch sieht er damit dem erkennbaren Begehren des Antragstellers noch nicht umfassend Rechnung getragen. Dieser hat mit seinem Widerspruch und in seinem Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO klar zu erkennen gegeben, dass er - jenseits einer speziellen formalrechtlichen Wertung, wie sie ihm vom Antragsgegner nahe gelegt worden war - ganz schlicht der Weisung, seine Haartracht zu verändern, bis zum Abschluss des Hauptsacheverfahrens nicht nachkommen und deshalb vorläufigen Rechtsschutz beantragen will. Unter diesen Umständen begegnet es einerseits keinen rechtlichen Bedenken und ist es andererseits zur Gewährung eines effektiven Rechtsschutzes geboten, den Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO erweiternd auch als Antrag nach § 123 VwGO auszulegen mit dem Ziel, das sofort wirksame Gebot der Veränderung der Haartracht bis zum Abschluss des Hauptsachestreits wieder rückgängig zu machen (vgl. zur Umdeutung eines Antrags nach § 80 Abs. 5 VwGO in einen solchen nach § 123 VwGO hinsichtlich einer Anordnung gegen einen Beamten, die unmissverständlich in die Form eines Verwaltungsakts gekleidet worden war, in der aber unter Anwendung des Rechtsgedankens des Art. 47 BayVwVfG zugleich auch eine innerdienstliche Weisung ohne Verwaltungsaktsqualität gesehen werden konnte, die Entscheidung des erkennenden Senats vom 1.2.1999, RA 2000, 124 = NVwZ 2000, 222). Dem so ausgelegten Begehren, für das im Hinblick auf den nach wie vor bestehenden sofortigen Geltungsanspruch der Weisung ein Anordnungsgrund glaubhaft gemacht ist und für das - wie noch auszuführen sein wird - auch von einem hinreichend dargelegten Anordnungsanspruch auszugehen ist, wurde im Tenor der vorliegenden Entscheidung Rechnung getra-

gen [Anm.: Die Beschwerde wurde mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass es dem Antragsteller vorläufig freigestellt bleibt, seine Haartracht in der bisherigen Weise beizubehalten ("Lagerfeldzopf", gepflegter Zustand)].

### *B. Begründetheit*

Der solchermaßen mit zweifacher Zielrichtung gewertete Antrag - einmal nach § 80 Abs. 5 VwGO gegen den Sofortvollzug eines Verwaltungsakts, sodann nach § 123 VwGO gegen die Pflicht, einer innerdienstlichen Weisung sofort Folge zu leisten - ist auch in der Sache erfolgreich.

#### *I. Antrag nach § 80 V VwGO*

Das Verwaltungsgericht kommt bei der nach § 80 Abs. 5 VwGO gebotenen summarischen Prüfung zu dem Ergebnis, dass der Rechtsbehelf in der Hauptsache (also der Widerspruch gegen den Verwaltungsakt) aller Voraussicht nach Erfolg haben wird, weil erstens keine Rechtsgrundlage für den Erlass des Verwaltungsakts bestehe und weil dieser zweitens unzulässigerweise in Grundrechte des Antragstellers eingreife. Die gebotene Interessenabwägung gehe für diesen Fall, aber auch für den Fall, dass die Erfolgsaussichten in der Hauptsache offen seien, zu Gunsten des Antragstellers aus.

Der Senat kommt im Ergebnis zu derselben abschließenden Wertung. Er sieht das Prozessrisiko des Antragsgegners zunächst deshalb als hoch an, weil er erhebliche rechtliche Bedenken dahin gehend hat, ob die Anordnung in Form eines Verwaltungsakts ergehen dürfte. Insofern kann er auf die oben gemachten Ausführungen im Rahmen der Prüfung der Statthaftigkeit des Antrags nach § 80 Abs. 5 VwGO verweisen. War der Verwaltungsakt nicht die rechtlich gebotene Handlungsform des Dienstherrn, so folgt daraus die Rechtswidrigkeit der Anordnung (vgl. BayVGH, a.a.O.). Die Beschwer des Adressaten liegt z.B. darin, dass die Anordnung - wie vorliegend geschehen - für sofort vollziehbar erklärt werden kann und im Fall ihrer Rechtswidrigkeit nur anfechtbar und nicht - wie eine innerdienstliche Weisung - von Anfang an wirkungslos und als Grundlage für disziplinarrechtliche Maßnahmen ungeeignet ist. Es stellt sich auch die Frage, in welche Situation der Beamte gerät, wenn er eine als Verwaltungsakt ergangene Weisung unanfechtbar werden lässt - eine rechtliche Gestaltung, die auf das Verhältnis eines Hoheitsträgers im Außenverhältnis zu seinem Hoheitsunterworfenen gemünzt ist und bei Anwendung im Binnenverhältnis des Weisungsgebers zum Weisungsunterworfenen z.B. erhebliche Vollstreckungsprobleme aufwerfen kann. Auch sonst wirkt sich

die Qualifizierung einer dienstlichen Weisung als Verwaltungsakt nicht - wie der Antragsgegner meint - für den Adressaten günstiger aus als das Fehlen dieser Eigenschaft. So kann sich der Beamte ohne weiteres nach erfolgter Remonsration auch gegen innerdienstliche Weisungen, die ihn in eigenen Rechten berühren, mit Widerspruch (§ 126 Abs. 1 und 3 BRRG) und allgemeiner Leistungsklage zur Wehr setzen.

#### *II. Antrag nach §§ 80 V und 123 I VwGO*

Im Gegensatz zu diesen Erwägungen, die sich naturgemäß nur auf die Weisung in Gestalt eines Verwaltungsakts beziehen können, gelten die folgenden auch für den Antrag nach § 123 VwGO:

##### *1. Ermächtigungsgrundlage erforderlich oder Verwaltungsvorschrift ausreichend*

Der erkennende Senat lässt es im vorliegenden Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes dahingestellt, ob, wofür einiges spricht, die grundsätzlichen rechtlichen Bedenken des Verwaltungsgerichts für dienstliche Anordnungen zutreffen, soweit es sich dabei um Regelungen der Haartracht handelt. Freilich geht die Rechtsprechung (vgl. etwa BVerwG, DVBl. 1983, 1110) davon aus, dass § 76 BBG (der insofern dem Regelungsgehalt des Art. 83 BayBG entspricht), nicht nur Zuständigkeiten festlegt, sondern auch die Pflicht zum Tragen von Uniformen und Amtstrachten begründet. Weiter ist dort ausgeführt, die in Art. 83 BayBG gesetzlich verankerte Pflicht des Beamten zum Tragen von Dienstkleidung werde durch die Bestimmungen der im Gesetz für zuständig erklärten Stellen lediglich aktualisiert und in ihren näheren Einzelheiten (Art der Dienstkleidung bzw. Amtstracht; Bestimmung der Anlässe, bei denen sie zu tragen ist, usw.) festgelegt. Das sei zulässig. Der Gesetzgeber brauche die Aktualisierung und nähere Ausgestaltung der von ihm dem Grunde nach statuierten Pflicht des Beamten zum Tragen von Dienstkleidung nicht selbst vorzunehmen. Die im dargelegten Sinn ausfüllenden Bestimmungen über Dienstkleidung und Amtstracht müssten ferner nicht notwendig durch Rechtsverordnungen erlassen werden. Vielmehr könnten sie grundsätzlich auch als Verwaltungsvorschriften ergehen (vgl. hierzu auch BVerwGE 52, 193, 197 m.w.N.). Besondere Anforderungen an die Bestimmtheit einer Ermächtigung zum Erlass von Verwaltungsvorschriften bestünden nicht. Die Befugnis zum Erlass von Verwaltungsvorschriften sei der Exekutivgewalt inhärent, soweit ihre Organisations- und Geschäftsleitungsgewalt jeweils reiche. Der erkennende Senat ist der Auffassung, dass zu den „ausfüllenden Bestimmungen“ im oben dargestellten Sinn z.B. auch die Regelungen über das persönliche

Erscheinungsbild des zum Tragen der Uniform Verpflichteten einschließlich der Haartracht gehören. Eine Vertiefung dieser Problematik, insbesondere auch unter dem Gesichtspunkt, ob für die Anordnung, die Haare zu kürzen, eine spezielle gesetzliche Befugnisnorm erforderlich ist, ist jedoch vorliegend nicht erforderlich.

### II. Verhältnismäßigkeit

Der Senat macht sich nämlich die Erwägungen der Vorinstanz zur Frage der Verhältnismäßigkeit der Grundrechtseingriffe zu Eigen. Sie stimmen mit der einschlägigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts überein und berücksichtigen ferner die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, die auch die Frage der Reglementierung der Haarlänge betrifft (BVerwG vom 15.1.1999, a.a.O.). Insoweit wird auf die Ausführungen des Verwaltungsgerichts verwiesen. Aus ihnen ergeben sich erhebliche Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit der verfahrensbefangenen Anordnungen mit der Folge, dass dem dagegen eingelegten Rechtsmittel in der Hauptsache durchaus beachtliche Erfolgsaussichten beigemessen werden können.

### III. Allgemeine Folgenabwägung

Selbst für den Fall, dass die Entscheidung in der Hauptsache als offen anzusehen ist, geht die im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes dann gebotene Interessenabwägung zu Gunsten des Antragstellers aus. Er wird in seinen Grundrechten - namentlich des Art. 2 Abs. 1 GG (Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit) und des Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG (Recht auf körperliche Unversehrtheit) - fühlbar und nachhaltig beeinträchtigt. Muss er seine Haarlänge der nach der IMBek. Geforderten anpassen und demnach die Haare kürzen lassen, so wirkt sich dies nicht nur im

dienstlichen, sondern auch im privaten Bereich aus. Dieser Zustand kann sich, wenn ein verwaltungsgerichtliches Streitverfahren durchgeführt wird, über Jahre erstrecken. Sollte der Antragsteller dann zuletzt obliegen, hätte er ohne rechtfertigenden Grund längere Zeit mit einer seinem Lebens- und Identitätsgefühl nicht entsprechenden Haartracht leben müssen. Diese Beeinträchtigung könnte rückwirkend nicht beseitigt werden. Auf der anderen Seite hält sich die Beeinträchtigung der Belange des Dienstherrn im - ganz konkret zu beachtenden - vorliegenden Fall deutlich in Grenzen. Die bei den Akten befindlichen Lichtbilder zeigen den Antragsteller als eine durchaus gepflegte Erscheinung - weit entfernt von jedem Eindruck der "Schmuddeligkeit" - mit einem Zopf, der zwar auch in dieser Form durchaus nicht häufig anzutreffen ist, aber in seiner "Extravaganz" sehr zurückhaltend anmutet. Er wird wohl überhaupt nur aus der Nähe und nur aus bestimmten Blickwinkeln wahrgenommen und fällt nicht als Ausdruck einer bestimmten individuellen Lebenseinstellung ins Auge, die das Bild es Polizeibeamten als eines dem Bürger gegenüberstehenden Vertreters der Staatsgewalt in einer auch vorübergehend nicht hinnehmbaren Weise beeinträchtigen würde. Die "deutlich über den Hemdkragen reichende Haarlänge", die in der Nr.2 der IMBek. ersichtlich nur aus Gründen des Erscheinungsbilds nicht gestattet wird (das anderweitig relevante Kriterium des Eigenschutzes kommt vorliegend offensichtlich nicht zum Tragen), lässt sich beim Antragsteller auch nur indirekt aus der Tatsache schließen, dass der Zopf ein gewisses Haarvolumen enthält. Der von dem Antragsgegner vorgebrachte Gesichtspunkt, dass der Zopf jederzeit auch geöffnet werden könnte, ist eine theoretische Möglichkeit, die, wenn sie Realität würde, Anlass zu einer neuerlichen Weisung geben könnte.

## Standort: Baurecht

## Problem: § 36 BauGB

BAYVGH, URTEIL VOM 13.03.2002  
2 B 00.3129 (BAYVBL 2003, 210)

### Problemdarstellung:

Im vorliegenden Urteil hatte sich der BayVGH mit einem baurechtlichen Fall zu beschäftigen, in dem die Gemeinde zugleich Baugenehmigungsbehörde war. In den Bauordnungen der Länder ist dies in aller Regel bei kreisfreien Städten sowie großen und mittleren kreisangehörigen Städten vorgesehen (vgl. z.B. § 60 I Nr. 3a BauO NW), während bei kleinen Gemeinden die Kreise zuständig sind (vgl. z.B. § 60 I Nr. 3a BauO NW). Um in letzterem Fall die durch Art. 28 II GG geschützte Selbstverwaltungsautonomie der Ge-

meinde zu wahren, zu der auch die baurechtliche Planungshoheit zählt, bestimmt § 36 I BauGB, dass dann vor der Zulassung eines Bauvorhabens das Einvernehmen der Gemeinde einzuholen ist. Selbiges ist konstitutiv; wird es verweigert, darf eine Zulassung nicht erfolgen. Sind Gemeinde und Baugenehmigungsbehörde hingegen identisch, bedarf es eines solchen Einvernehmens - wie auch der VGH klarstellt - logischerweise nicht. Wie allerdings, wenn die Gemeinde in diesem Fall ein Vorhaben (hier: Antrag auf einen Bauvorbescheid) ablehnt, der Antragsteller hiergegen Widerspruch einlegt und die Widerspruchsbehörde diesem stattgeben will? Das Gericht geht davon aus, dass auch ein solcher Widerspruchsbescheid nicht ergehen

kann, ohne dass die Gemeinde hierzu ihr Einvernehmen erteilt, weil ansonsten wiederum die Planungshoheit umgangen werde. Es kann also auch bei Identität von Gemeinde und Baugenehmigungsbehörde einen Anwendungsbereich von § 26 I BauGB geben, nämlich im Widerspruchsverfahren, wenn die von der Gemeinde verschiedene, i.d.R. nächsthöhere Widerspruchsbehörde das Vorhaben zulassen will. Eine Erteilungsfiktion nach § 36 II 2 BauGB könne es hierbei allerdings nicht geben. Die Gemeinde müsse ihr Einvernehmen auch nicht ausdrücklich verweigern, weil hierzu angesichts ihrer Identität mit der Baugenehmigungsbehörde im Ausgangsverfahren kein Anlass bestanden habe. Werde dennoch ein positiver Widerspruchsbescheid erlassen, ohne dass vorher das Einvernehmen der Gemeinde positiv erteilt worden wäre, könne diese diesen anfechten, wobei sie sich unmittelbar auf ihre Selbstverwaltungsautonomie in Form der Planungshoheit berufen könne, die ihr zugleich die Klagebefugnis i.S.d. § 42 II VwGO vermittele.

#### **Prüfungsrelevanz:**

§ 26 BauGB hat in der jüngeren Vergangenheit häufig die Gerichte beschäftigt. Sie ist aber nicht nur besonders aktuell, sondern eignet sich auch deshalb besonders gut für Examensaufgaben, weil sie genau auf der Schnittstelle zwischen Kommunalrecht (Selbstverwaltungsautonomie der Gemeinden), Baurecht (Genehmigung von Bauvorhaben) und Verwaltungsprozessrecht liegt. Besonders letzteres verdient besondere Beachtung, weil ansonsten schon der Klausureinstieg misslingen kann. Vier Fälle sind zu unterscheiden:

1. Die *Erteilung* des Einvernehmens der Gemeinde gegenüber der Baugenehmigungsbehörde ist mangels Außenwirkung kein Verwaltungsakt. Sie kann deshalb weder vom Bauherrn per Verpflichtungsklage eingeklagt werden (übrigens wegen § 44a VwGO auch nicht per allg. Leistungsklage), noch kann ein Dritter (Nachbar) sie anfechten.

2. Demgegenüber ist die *Ersetzung* des Einvernehmens nach § 36 II 3 BauGB durch die Baugenehmigungsbehörde gegenüber der Gemeinde ein Verwaltungsakt, da in deren Planungshoheit eingegriffen wird und die Gemeinde im eigenen Wirkungskreis des Art. 28 II GG der übrigen Staatsgewalt wie ein Bürger gegenüber steht. Die Gemeinde kann dann die Ersetzung selbst anfechten. Ihre Selbstverwaltungsautonomie aus Art. 28 II GG vermittelt ihr zugleich die notwendige Klagebefugnis.

3. Anders ist es wieder bei der *Ersetzungsfiktion* nach § 36 II 2 BauGB. Da hier schon von Gesetzes wegen das Einvernehmen als erteilt gilt, gibt es keine anfechtbare Behördenentscheidung über die Erset-

zung. Als Anfechtungsgegenstand kommt dann ausschließlich die Baugenehmigung selbst in Betracht.

4. Den prozessualen interessantesten Fall enthielt die (zudem im vorläufigen Rechtsschutz ergangene) Entscheidung des VGH München, RA 2001, 313 = NVwZ-RR 2001, 364, nämlich eine *Kombination* aus 2. und 3.: Das Einvernehmen war nach § 36 II 2 BauGB schon gesetzlich fingiert, wurde aber von der - dies verkennenden - Baugenehmigungsbehörde trotzdem ersetzt. Hier liegt eine anfechtbare Ersetzungsentscheidung vor, so dass eine Anfechtungsklage statthaft ist. Diese ist jedoch trotzdem unzulässig: Auch eine Aufhebung der Ersetzung würde der Gemeinde nicht helfen, da jedenfalls die - nicht anfechtbare - gesetzliche Fiktion des § 36 II 2 BauGB greift. Es fehlt der Klage (bzw. im vorläufigen Rechtsschutz dem Antrag nach §§ 80 V, 80a VwGO) folglich das allgemeine Rechtsschutzinteresse.

#### **Vertiefungshinweise:**

Zur VA-Qualität der Erteilung bzw. Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens: *BVerwGE* 28, 145; *BGHZ* 65, 182, 185

Rechtsschutz einer Gemeinde gegen ohne Einvernehmen erteilte Baugenehmigung: *BVerwG*, NVwZ 1986, 556; *BauR* 1988, 694; *VGH München*, RA 2001, 313 = NVwZ-RR 2001, 364

#### **Kursprogramm:**

*Examenskurs*: "Die Eissporthalle"

#### **Leitsätze:**

**1. Zur Klagebefugnis einer Gemeinde, die zugleich Baugenehmigungsbehörde ist, gegen einen Widerspruchsbescheid, der ihren negativen Vorbescheid aufhebt und sie verpflichtet, den Vorbescheidsantrag unter Beachtung der von der Widerspruchsbehörde vertretenen abweichenden planungsrechtlichen Beurteilung neu zu verbescheiden.**

**2. Das Entfallen des Einvernehmenserfordernisses des § 36 Abs. 1 Satz 1 BauGB bei Identität von Gemeinde und Baugenehmigungsbehörde lässt den materiell-rechtlichen Gehalt der der Gemeinde zustehenden Planungshoheit unberührt.**

**3. Lehnt eine Gemeinde, die selbst Baugenehmigungsbehörde ist, die Erteilung der bauaufsichtlichen Genehmigung aus Gründen ab, die - ansonsten - prinzipiell zu einer Versagung des Einvernehmens geeignet wären, so ist in aller Regel anzunehmen, dass sie sich dabei auf ihre**

**Planungshoheit beruft.**

**4. Die Einvernehmensfiktion des § 36 Abs. 2 Satz 2 BauGB ist nicht anwendbar, wenn die Gemeinde mit der Baugenehmigungsbehörde identisch ist und daher das Einvernehmenserfordernis nach § 36 BauGB nicht besteht.**

**Sachverhalt:**

Die klagende Stadt wendet sich gegen den Widerspruchsbescheid der Regierung von O. vom 10.2.2000. Dem Verfahren liegt ein Antrag der Beigeladenen vom 1.4.1999 zu Grunde, mit dem sie die Erteilung eines baurechtlichen Vorbescheids für den Neubau eines Einfamilienhauses im rückwärtigen Bereich des zwischenzeitlich geteilten Grundstücks Fl.Nr. 244/135 der Gemarkung F. verlangte; das Grundstück wurde in seinem straßenseitigen Teil von der Beigeladenen aufgrund der ihr am 31.7. 1998 erteilten Baugenehmigung mit einem Mehrfamilienhaus bebaut.

Die Klägerin hielt im Vorbescheid vom 7.7.1999 die Errichtung eines Einfamilienhauses für nicht möglich. Im maßgebenden Umgriff sei eine rückwärtige Bebauung nicht vorgegeben. Gebäude seien nur an der vorderen Baulinie zulässig. Eine Verdichtung des Bereichs mit zusätzlichen Rückgebäuden sei städtebaulich nicht erwünscht.

Die Regierung hob mit Widerspruchsbescheid vom 10.2.2000 den negativen Vorbescheid auf und wies die Klägerin an, unter Beachtung der Rechtsauffassung der Regierung über den Vorbescheidsantrag erneut zu entscheiden. Das Vorhaben sei nach § 34 Abs. 1 BauGB zulässig. Das Verwaltungsgericht hat die Klage als unzulässig abgewiesen. Die Berufung der Klägerin hatte Erfolg.

**Aus den Gründen:****A. Klagebefugnis**

Das Verwaltungsgericht hat der Klägerin zu Unrecht die Klagebefugnis abgesprochen. Nach § 42 Abs.2 VwGO ist die Klage nur zulässig, wenn der Kläger geltend macht, durch den Verwaltungsakt in seinen Rechten verletzt zu sein. Die Klägerin behauptet, durch den angegriffenen Widerspruchsbescheid, der ihren negativen Vorbescheid aufhebt und sie verpflichtet, den Vorbescheidsantrag unter Beachtung der von der Regierung vertretenen abweichenden planungsrechtlichen Beurteilung neu zu verbescheiden, in ihrer Planungshoheit verletzt zu sein. Diese fällt nach Art. 28 II 1 GG, Art. 11 II, Art. 83 I BV unter die Garantie der gemeindlichen Selbstverwaltung.

**I. Einvernehmen nach § 36 I BauGB als Ausprägung der Planungshoheit****gung der Planungshoheit**

Der materiell-rechtliche Gehalt der den Gemeinden zustehenden Planungshoheit bestimmt sich im Baugenehmigungsverfahren - wenn auch nicht ausschließlich - nach § 36 BauGB (vgl. BVerwGE 92, 66, 68). Diese Vorschrift macht die Zulässigkeit der Genehmigungserteilung von der Herstellung eines Einvernehmens, d.h. einer Willensübereinstimmung zwischen Genehmigungsbehörde und Gemeinde, abhängig. Ohne das Einverständnis der Gemeinde darf eine Baugenehmigung nicht erteilt werden. Gegen eine ohne ihren Willen erteilte Baugenehmigung kann die Gemeinde selbst vor Gericht angehen. Der Verstoß gegen das Planungsrecht der Gemeinde wiegt so schwer, dass es für den Erfolg der Klage der Gemeinde nicht darauf ankommt, ob das beantragte Bauvorhaben nach den bauplanungsrechtlichen Vorschriften zulässig ist und die Gemeinde deshalb ihr Einvernehmen hätte erteilen müssen (vgl. BVerwGE 22, 342, 344 ff.; 28, 268, 271; 31, 263). Über die Versagung des Einvernehmens kann sich auch die Widerspruchsbehörde im Widerspruchsverfahren des Bauherrn nicht hinwegsetzen (vgl. BVerwG, BayVBl. 1986, 729 = NVwZ 1986, 556).

**2. Identität von Gemeinde und Baugenehmigungsbehörde**

Eine Klagebefugnis besteht auch in Fällen, in denen die Gemeinde gleichzeitig Baugenehmigungsbehörde ist (vgl. Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg, BauGB, RdNr. 15 zu § 36). Zwar nimmt die Gemeinde in dieser Eigenschaft staatliche Aufgaben im übertragenen Wirkungskreis wahr (Art. 60 Abs. 1 BayBO). Der korrigierende Widerspruchsbescheid berührt jedoch nicht nur die Kompetenz der unteren Bauaufsichtsbehörde (Art. 59 Abs. 1 Satz 1 BayBO), sondern greift zugleich in die gemeindliche Planungshoheit ein (vgl. BVerwG, BayVBl. 1989, 247).

Die Klagebefugnis hängt nicht davon ab, ob die klagende Stadt, die zugleich Baugenehmigungsbehörde ist, in ihrem Vorbescheid zum Ausdruck gebracht hat, dass der negativen bauplanungsrechtlichen Beurteilung des Vorhabens ihre Willensentschließung als Trägerin der Planungshoheit zu Grunde liegt. Der vom Verwaltungsgericht für seinen abweichenden Standpunkt herangezogenen Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofs vom 14. 12. 1967 (BayVBl. 1968, 176; bestätigt durch BVerwG, DÖV 1969, 146) kann Abweichendes nicht entnommen werden; vielmehr hat der Verwaltungsgerichtshof die Zulässigkeit der Klage einer kreisfreien Stadt gegen einen Widerspruchsbescheid, der ihren ablehnenden Bescheid aufgehoben und sie zur Neuverbescheidung verpflichtet hatte, bejaht, obwohl er davon ausging, dass die Versagung des gemeindli-

chen Einvernehmens im ablehnenden Bescheid nicht zum Ausdruck gebracht worden war. [...]

### *B. Begründetheit*

Der Widerspruchsbescheid ist rechtswidrig und verletzt die Klägerin in ihrer Planungshoheit, weil er sie verpflichtet, einen positiven Vorbescheid für ein Vorhaben zu erteilen, dem sie ihre Zustimmung als Gemeinde verweigert.

#### *I. Eingriff in die Planungshoheit trotz Identität von Gemeinde und Baugenehmigungsbehörde*

Die Regierung geht zu Unrecht davon aus, sie könne sich über die abweichende bauplanungsrechtliche Beurteilung der Klägerin hinwegsetzen, weil diese zugleich Baugenehmigungsbehörde ist und deshalb die Erteilung eines gemeindlichen Einvernehmens nicht erforderlich sei.

##### *1. Kein Einvernehmen erforderlich*

Es entspricht der ständigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, dass das Einvernehmenserfordernis des § 36 Abs. 1 Satz 2 BauGB entfällt, wenn die Gemeinde zugleich Bauaufsichtsbehörde ist und über die Zulässigkeit von Vorhaben im bauaufsichtlichen Verfahren entschieden wird (vgl. BVerwGE 28,268, 271; 45, 207, 212 f.; DÖV 1970, 349). Die in § 36 BauGB vorgesehene Mitwirkung der Gemeinde dient der Sicherung der gemeindlichen Planungshoheit. Sie soll gewährleisten, dass die Gemeinde als Trägerin eigener Rechte in das Baugenehmigungsverfahren einbezogen wird. Die Herstellung des Einvernehmens setzt also ihrem Wesen nach zwei verschiedene Willensträger voraus. Deshalb kann das Gebot, ein Einvernehmen mit der Gemeinde förmlich herzustellen, dann nicht gelten, wenn die Gemeinde zugleich Baugenehmigungsbehörde ist. Dann nämlich erübrigt sich die förmliche Herstellung einer einheitlichen Willensbildung schon angesichts ihrer tatsächlichen Einheitlichkeit (vgl. BVerwGE 45, 207, 213).

##### *2. Fortbestand der Planungshoheit*

Das Entfallen des Einvernehmenserfordernisses bei Identität von Gemeinde und Baugenehmigungsbehörde lässt jedoch den materiell-rechtlichen Gehalt der der Gemeinde zustehenden Planungshoheit unberührt (vgl. Simon, BayBO 1994, RdNrn. 1 und 27 zu Art. 81). Dieser beinhaltet das Recht, gegenüber staatlichen Aufsichtsbehörden die planungsrechtliche Zustimmung zu einem Bauvorhaben zu verweigern. Er reicht - wie dargetan - in das Widerspruchsverfahren des Bauantragstellers gegen die Versagung der beantragten Genehmigung hinein und hindert die Widerspruchsbehör-

de, die Gemeinde gegen ihren Willen zur Erteilung der von ihr versagten Genehmigung zu verpflichten. Im Widerspruchsverfahren des Bauantragstellers besteht die Einheitlichkeit von Gemeinde und Bauaufsichtsbehörde nicht mehr fort; die Rechtsposition der Gemeinde gegenüber der Widerspruchsbehörde ist deshalb dieselbe wie diejenige einer sonstigen Gemeinde gegenüber Baugenehmigungs- und Widerspruchsbehörde. Aufgrund dieser Erkenntnis hat die Bayerische Bauordnung in Art. 74 Abs. 5 ein Verfahren bereitgestellt, das bei einer Identität von Gemeinde und Baugenehmigungsbehörde die Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens im Widerspruchsverfahren erlaubt.

##### *II. Keine ausdrückliche Verweigerung des Einvernehmens erforderlich*

Die Regierung macht zu Unrecht geltend, eine Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens sei deshalb nicht erforderlich gewesen, weil die Klägerin ihr Einvernehmen nicht verweigert habe.

Lehnt die mit der Gemeinde identische Baugenehmigungsbehörde aus den in § 36 Abs. 2 Satz 1 BauGB genannten bauplanungsrechtlichen Gründen die Erteilung einer Genehmigung ab, so folgt daraus nicht zwingend, dass sie das gemeindliche "Einvernehmen" verweigert hat. Ob im Falle der Identität von Gemeinde und Baugenehmigungsbehörde die Ablehnung der Genehmigung (auch) auf das Fehlen des "Einvernehmens" gestützt ist oder nicht, hängt vielmehr vom Inhalt und von der Auslegung des im Einzelfall ergangenen Bescheides ab (vgl. BVerwG, DÖV 1969, 146). Will eine Gemeinde, die für die Erteilung von Baugenehmigungen zuständig ist, die Genehmigung für ein Vorhaben wegen Verweigerung ihres "Einvernehmens" versagen, so muss sie im Ablehnungsbescheid zum Ausdruck bringen, dass für ihre Entscheidung ihre Willensentscheidung als Trägerin der Planungshoheit bestimmend ist (vgl. BayVGH, BayVBl. 1968, 176, 177). Das ist zweifelsfrei anzunehmen, wenn sich die Gemeinde im ablehnenden Bescheid insoweit auf ihre Planungshoheit beruft. Dies wird jedoch die Ausnahme sein. Da sich bei Identität von Gemeinde und Baugenehmigungsbehörde die förmliche Herstellung einer einheitlichen Willensbildung erübrigt, hat die Behörde keinen Anlass, sich expressis verbis zu einer Verweigerung des gemeindlichen Einvernehmens zu äußern. Eine dahin gehende Auslegung ist jedoch angezeigt, wenn die Gemeinde, die selbst Baugenehmigungsbehörde ist, die Erteilung der bauaufsichtlichen Genehmigung aus Gründen ablehnt, die - ansonsten - prinzipiell zu einer Versagung des Einvernehmens geeignet wären. [...]

Bei Anwendung dieser Grundsätze unterliegt es keinem Zweifel, dass die im ablehnenden Bescheid angeführten Gründe für eine Versagung des gemeindlichen Einvernehmens geeignet sind [wird ausgeführt].

### III. Keine Ersetzungsfiktion

Die nach alledem im Ablehnungsbescheid erklärte Verweigerung des gemeindlichen Einvernehmens ist nicht deshalb unerheblich, weil sie nach Ablauf der in § 36 Abs. 2 Satz 2 BauGB enthaltenen Frist erfolgte. Danach gilt das Einvernehmen der Gemeinde als erteilt, wenn es nicht binnen zwei Monaten nach Einreichung des Antrags bei der Gemeinde verweigert wird. Die Einvernehmensfiktion des § 36 Abs. 2 Satz 2 BauGB ist nicht anwendbar, wenn die Gemeinde mit der Baugenehmigungsbehörde identisch ist und daher das Einvernehmenserfordernis nach § 36 Abs. 1 Satz 1 BauGB nicht besteht (vgl. VGH BW, BRS 57, 238, 240; Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg, BauGB, RdNr. 38 zu § 36; a.A. Jäde, in: Jäde/Dirnberger/Bauer/Weiß, Die neue Bayerische Bauordnung, RdNr. 36c zu Art. 74).

Die Fristenregelung des § 36 Abs. 2 Satz 2 BauGB ist eingeführt worden, um das Genehmigungsverfahren zu beschleunigen (vgl. BVerwG, BayVBl. 1997, 376). Der Gesetzgeber hat der Gemeinde zwei Monate eingeräumt, um die Vereinbarkeit des Vorhabens mit den gemeindlichen Bauplanungen zu prüfen. Eine derartige Befristung geht ins Leere, wenn ein gesondertes Beteiligungsverfahren wegen Identität von Gemeinde und Baugenehmigungsbehörde nicht stattfindet. Das hat zur Folge, dass eine Gemeinde, die zugleich Baugenehmigungsbehörde ist, auch nach Ablauf von zwei Monaten unter Berufung auf ihre Planungshoheit das Vorhaben ablehnen kann. Darin ist jedoch keine ins Gewicht fallende Besserstellung gegenüber Ge-

meinden zu sehen, die nicht Baugenehmigungsbehörden sind. Wenn es auch keine vom Gesetzgeber bestimmte Frist gibt, innerhalb derer über einen Genehmigungsantrag abschließend zu entscheiden ist, so wird die Baugenehmigungsbehörde doch in aller Regel innerhalb von drei Monaten ab Antragstellung abschließend entscheiden müssen; denn nach Ablauf dieses Zeitraums ist nach § 75 Satz 2 VwGO für den Bauantragsteller im Regelfall eine verwaltungsgerichtliche Klage zulässig, wenn über den Antrag nicht entschieden worden ist. Da die Baugenehmigungsbehörde abschließend über die Genehmigungsfähigkeit des Vorhabens zu entscheiden hat (Art. 72 Abs. 1 Satz 1 Bay-BO), ist der ihr zur Verfügung stehende Zeitraum nicht deutlich länger als der einer Gemeinde, die nicht Baugenehmigungsbehörde ist und sich folglich bei ihrer Prüfung darauf beschränken kann, ob das Vorhaben bauplanungsrechtlich zulässig ist (§ 36 Abs. 2 Satz 1 BauGB). Anders als die Gemeinde, die nicht Baugenehmigungsbehörde ist, ist die Gemeinde, die selbst über die Erteilung der Genehmigung zu entscheiden hat, der Verpflichtungsklage durch den Bauantragsteller ausgesetzt. Die Einvernehmensfiktion nach Ablauf von zwei Monaten bezieht ihre innere Rechtfertigung daraus, dass der Bauantragsteller gegenüber der nach außen nicht in Erscheinung tretenden Gemeinde keine Rechtsschutzmöglichkeiten hat, um auf eine Beschleunigung hinzuwirken. Da gegenüber der als Baugenehmigungsbehörde fungierenden Gemeinde eine solche Möglichkeit gegeben ist, besteht keine Notwendigkeit, § 36 Abs. 2 Satz 2 BauGB auf die Fälle der Identität von Gemeinde und Baugenehmigungsbehörde entsprechend anzuwenden. Nach alledem ist der Widerspruchsbescheid aufzuheben, weil er die Klägerin - ohne das verweigerte Einvernehmen zu ersetzen - verpflichtet, einen positiven Vorbescheid zu erteilen. [...]

## Standort: Art. 4 GG

## Problem: Praktische Konkordanz

VG GIESSEN, BESCHLUSS VOM 31.01.2003  
4 G 4715/02 (NJW 2003, 1265)

### Problemdarstellung:

Das VG Gießen hatte sich im Rahmen eines Eilantrages nach § 123 I VwGO mit der Frage zu befassen, ob ein von seinen Eltern vertretenes Kind einen Anspruch darauf hat, dass in seinem Kindergarten kein Tischgebet gesprochen wird. Die Eltern trugen vor, ihr Kind atheistisch erziehen zu wollen. Wegen der damit verbundenen Ausgrenzung sei es ihrem Kind auch nicht zuzumuten, als Einziges dem Tischgebet fernzubleiben. Da es sich zudem um einen gemeindlichen Kindergarten handele, müsse die Erziehung dort weltanschaulich

neutral erfolgen.

Das VG verneint einen solchen Anspruch jedoch, da dieser einseitig den Vorrang der (Negativen) Religionsfreiheit des Ast. gegenüber der (positiven) Religionsfreiheit der übrigen Kinder, Eltern und Erzieher bedeutet hätte. Es kommt vielmehr zu dem Ergebnis, dass im Wege "praktischer Konkordanz" das Fernbleiben des Ast. vom Tischgebet der schonendere Ausgleich der widerstreitenden Interessen sei, auf den er in Ermangelung besserer Alternativen zu verweisen sei.

### Prüfungsrelevanz:

Der Beschluss reiht sich in einen Kanon von aktuellen

Entscheidungen zur Religionsausübung in öffentlichen Räumen ein. Zwar lässt sie im Duktus Vieles zu wünschen übrig und taugt keinesfalls als Vorbild für eine Grundrechtsprüfung in einem Gutachten. Bspw. werden weder Schutzbereich, Eingriff und Rechtfertigung unterschieden noch überhaupt zwischen Art. 4 I und Art. 6 II GG differenziert; ferner wird Art. 4 GG als schrankenlos dargestellt, obwohl immerhin das BVerwG seit nunmehr zwei Jahren wegen Art. 140 GG i.V.m. 136 I WRV das Gegenteil vertritt (hierüber - und die gegenteilige Ansicht des BVerfG - hat die RA bereits ausführlich berichtet, vgl. Vertiefungshinweise). Sie ist jedoch ein Paradebeispiel für den Versuch der Gerichte, kollidierende Grundrechte im Wege der vom BVerfG postulierten "praktischen Konkordanz" in einen Ausgleich zu bringen. Dieser Teil der Entscheidung ist sehr lehrreich, weil er zeigt, dass im Rahmen der Abwägung zwischen Grundrechten keinem von beiden der Vorrang gebührt, sondern versucht werden muss, möglichst beiden Grundrechten maximale Geltung zu verschaffen. Im Gutachtaufbau gehört diese Prüfung i.d.R. in die Verhältnismäßigkeit i.e.S. (auch "Angemessenheit" genannt).

Ferner ruft der Beschluss in Erinnerung, dass die meisten Freiheitsgrundrechte (anders etwa Art. 1 I und 6 I GG) eine negative Komponente haben, d.h. mit der Ausübung einer Freiheit auch das Recht einher geht, dies nicht zu tun (hier: Religion auszuüben oder nicht auszuüben). Diese negative Komponente hat den gleichen Rang wie ihr positives Pendant.

#### Vertiefungshinweise:

- Kruzifix in Klassenzimmern: *BVerfGE* 93, 1; *VGH München*, NVwZ 1998, 92; NVwZ 2003, 1000; *OVG Münster*, NVwZ 1994, 597; *Nolte*, NVwZ 2000, 891
- Zum Schulgebet: *BVerfGE* 52, 223, 237
- Entfernung eines Kreuzes aus dem Sitzungssaal eines Kreistags: *VG Darmstadt*, NJW 2003, 455
- Schranken des Art. 4 GG: *BVerwG*, RA 2001, 185 m.w.N. = DVBl 2001, 485

#### Kursprogramm:

- Examenskurs*: "Schwimmunterricht als Glaubensfrage"
- Examenskurs*: "Das Opferlamm"

#### Leitsätze:

1. Niemand ist verpflichtet, an religiösen Übungen (hier: Tischgebete) teilzunehmen.
2. Der Konflikt zwischen verschiedenen Trägern eines vorbehaltlos gewährten Grundrechts (hier:

negative und positive Religionsfreiheit) ist nach dem Grundsatz praktischer Konkordanz zu lösen, der fordert, dass nicht eine der widerstreitenden Rechtspositionen bevorzugt und maximal behauptet wird, sondern alle einen möglichst schonenden Ausgleich erfahren. Hierbei ist maßgeblich das Prinzip der Freiwilligkeit.

3. Zum Einzelfall einer nicht vorliegenden Verletzung im Grundrecht auf negative Religionsfreiheit, da das Kind in zumutbarer Weise der Teilnahme am Tischgebet im kommunalen Kindergarten ausweichen kann.

#### Sachverhalt:

Der am 30.9.1997 geborene Ast. zu 1 besucht seit dem 1.10.2000 den in seinem Wohnort gelegenen, in Trägerschaft der Ag. befindlichen Kindergarten „S“. In dem Kindergarten ist es üblich, vor der gemeinsamen Mahlzeit ein Tischgebet zu sprechen. Das Beten ist Bestandteil des Erziehungskonzepts, worin es unter dem Punkt „Religiöse Erziehung“ heißt: „Obwohl wir ein kommunaler Kindergarten sind, grenzen wir unsere Religion nicht aus. Wir sind uns der multikulturellen Vielfalt in unserer Gruppe bewusst und tolerieren anders geartete Religionen. Doch ist es meinen Kolleginnen und mir ein wichtiges Unterfangen, die Kinder mit dem christlichen Glauben zu konfrontieren. So feiern wir kirchliche Feste, hören biblische Geschichten und lernen viele Gebete. Wir möchten den Kindern von unserem Glauben erzählen, bieten Religion an, stülpen aber niemandem unsere Überzeugung auf. Auch wenn ein Kind atheistisch erzogen wird, so hat es nur die Meinungsfreiheit, wenn es beide Überzeugungen kennt und sich irgendwann für oder gegen Religion selbst entscheidet. Außerdem ist unsere christliche Religion, egal an welche Konfession gebunden, Teil unserer abendländischen Kultur.“ Nachdem der Ast. zu 2 und seine Ehefrau Anfang des Jahres 2002 auf Grund von Äußerungen und Verhaltensweisen des Ast. zu 1 bemerkten, dass im Kindergarten regelmäßig ein Tischgebet gesprochen wird, an dem auch der Ast. zu 1 beteiligt ist, beanstandete der Ast. zu 2 bei der Kindergartenleitung die Praxis des Betens. Ihm wurde erklärt, auf das Gebet werde nicht verzichtet und dem Ast. zu 1 sei es freigestellt, nicht mit zu beten oder während des Gebets den Raum zu verlassen. Eine schriftliche Aufforderung des Ast. zu 2 an den Bürgermeister der Ag., im Kindergarten christliche kultische Handlungen, insbesondere Gebete durch das Kindergartenpersonal mit den Kindern während des Kindergartenbetriebs zu unterbinden, wurde abgelehnt. Am 19.11.2002 haben die Ast. um eiligen Rechtsschutz nachgesucht. Zur Begründung des Antrags auf Erlass

einer einstweiligen Anordnung wurde vorgetragen, das Grundrecht des Ast. zu 1 aus Art. 4 I GG, das auch die negative Glaubensfreiheit einschließt und das Grundrecht des Ast. zu 1 aus Art. 6 II GG (elterliches Erziehungsrecht), zu dem auch die religiöse Erziehung i. S. des Art. 4 I GG gehöre, würden durch die Beibehaltung des Betens fortlaufend beeinträchtigt. Der Antrag wurde abgelehnt.

#### **Aus den Gründen:**

Die Ast. haben einen Anordnungsanspruch nicht glaubhaft gemacht. Nach der im Eilverfahren gebotenen summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage ist die Kammer zu der Auffassung gelangt, dass die Ast. durch die Umsetzung des religionspädagogischen Konzepts im Kindergarten „S“, insbesondere die Praxis der Tischgebete, nicht in ihren Grundrechten aus Art. 6 II 1 GG und Art. 4 I GG verletzt werden.

#### *A. Erziehungsrecht und Religionsfreiheit des Ast.*

Art. 6 II 1 GG gewährt den Eltern das Recht und die Pflicht, die Pflege und Erziehung ihrer Kinder nach ihren eigenen Vorstellungen frei zu gestalten. Hierzu gehört auch das Recht zur Erziehung der Kinder in religiöser und weltanschaulicher Hinsicht. Art. 4 I GG schützt die Glaubensfreiheit. Zur Glaubensfreiheit gehört nicht nur die Freiheit, einen Glauben zu haben, sondern auch die Freiheit, nach den eigenen Glaubensüberzeugungen zu leben und zu handeln. Insbesondere gewährleistet die Glaubensfreiheit die Teilnahme an den kultischen Handlungen, die ein Glaube vorschreibt oder in denen er Ausdruck findet. Dem entspricht umgekehrt die Freiheit, kultischen Handlungen eines nicht geteilten Glaubens fern zu bleiben. Im Verein mit Art. 6 II 1 GG umfasst Art. 4 I auch das Recht der Eltern, ihren religionsunmündigen Kindern die von ihnen für richtig gehaltene religiöse oder weltanschauliche Überzeugung zu vermitteln (BVerfGE 93, 1). Dem entspricht das Recht, zum Atheismus zu erziehen und die Kinder von Glaubensüberzeugungen fern zu halten, die den Eltern falsch erscheinen (vgl. auch BVerfGE 109, 40 = NJW 1999, 3063). Es entspricht der ständigen Rechtsprechung des BVerfG, dass aus der Glaubensfreiheit des Art. 4 I GG der Grundsatz staatlicher Neutralität gegenüber unterschiedlichen Religionen und Bekenntnissen folgt. Art. 4 I GG entfaltet seine freiheitssichernde Wirkung gerade in Lebensbereichen, die nicht der gesellschaftlichen Selbstorganisation überlassen, sondern vom Staat in Vorsorge genommen worden sind. Dabei beschränkt sich Art. 4 I GG allerdings nicht darauf, dem Staat eine Einmischung in die Glaubensüberzeugungen, -handlungen und -darstellungen Einzelner oder religiöser Gemeinschaften zu

verwehren. Er erlegt ihm vielmehr auch die Pflicht auf, ihnen Betätigungsraum zu sichern, in dem sich die Persönlichkeit - geschützt vor Angriffen oder Behinderungen von Anhängern anderer Glaubensrichtungen oder konkurrierender Religionsgruppen - auf weltanschaulich-religiösem Gebiet entfalten kann. Art. 4 I GG verleiht dem Einzelnen und den religiösen Gemeinschaften aber grundsätzlich keinen Anspruch darauf, ihrer Glaubensüberzeugung mit staatlicher Unterstützung Ausdruck zu verleihen (BVerfGE 93, 1, 16).

#### *B. Religionsfreiheit und Erziehungsrecht Dritter*

Bei dem in kommunaler Trägerschaft geführten Kindergarten „S“ handelt es sich um eine staatliche Einrichtung. Die Ag. ist gem. Art. 28 II GG Bestandteil des staatlichen Gemeinwesens. Mit der Trägerschaft für den Kindergarten hat sie gem. § 2 HessKiGaG einen eigenständigen Erziehungs- und Bildungsauftrag übernommen. Wie sich aus dem religionspädagogischen Konzept für den Kindergarten „S“ ergibt, bekennen sich die im Verantwortungsbereich der Ag. handelnden Erzieherinnen zum christlichen Glauben und bringen diesen insbesondere durch die Praxis der Tischgebete auch zum Ausdruck. Hierbei können auch sie sich auf das Grundrecht des Art. 4 I GG (Glaubensfreiheit) und Art. 4 II GG (Recht auf ungestörte Religionsausübung) berufen und für sich reklamieren, in ihrem Grundrecht der positiven Religionsfreiheit nicht verletzt zu werden. Gleiches gilt für die zahlreichen - wohl den ganz überwiegenden Teil der Elternschaft ausmachenden - Eltern, die mit ihrem an die Ag. unter dem 30. 10. 2002 verfassten Brief folgenden Antrag gestellt haben: „Die gültige und von allen Eltern unterschriebene Konzeption des Kindergartens wird wie bisher auch in Zukunft im vollen Umfang als Basis der Kindergartenarbeit angesehen. Dies beinhaltet auch die Praxis des einfachen Tischgebets vor dem Frühstück.“

#### *C. Ausgleich im Wege praktischer Konkordanz*

Ausgehend von der Rechtsprechung des BVerfG hat der Einzelne in einer Gesellschaft, die unterschiedlichen Glaubensüberzeugungen Raum gibt, kein Recht darauf, von fremden Glaubensbekundungen, kultischen Handlungen und religiösen Symbolen verschont zu bleiben. Die Einführung christlicher Bezüge in Lebensbereichen, die vom Staat in Vorsorge genommen worden sind, ist nicht schlechthin verboten, mag auch eine Minderheit der Erziehungsberechtigten, die bei der Erziehung ihrer Kinder dieser Einrichtung (hier einer öffentlichen Schule) nicht ausweichen kann, keine religiöse Erziehung wünschen. Eine Ausdehnung des Rechts auf Schweigen, das schon durch die Kundgabe

einer positiven oder negativen Einstellung zum bekenntnisgeprägten Verhalten anderer verletzt würde, ist vom Grundrecht der negativen Bekenntnisfreiheit nicht gedeckt. Denn dann würde diesem Recht auf Schweigen der absolute Vorrang vor der Religionsausübung anderer gegeben werden.

Der hierdurch angelegte und vorliegend zum Ausdruck kommende Konflikt zwischen verschiedenen Trägern eines vorbehaltlos gewährten Grundrechts ist nach dem Grundsatz praktischer Konkordanz zu lösen, der fordert, dass nicht eine der widerstreitenden Rechtspositionen bevorzugt und maximal behauptet wird, sondern alle einen möglichst schonenden Ausgleich erfahren (vgl. BVerfG zum Kruzifix in Klassenzimmern: BVerfGE 93, 1 [21]). Das BVerfG hebt in seinen Entscheidungen bei dem erforderlichen Ausgleich der auf der negativen und positiven Religionsfreiheit basierenden widerstreitenden Rechtspositionen entscheidend ab auf das Prinzip der Freiwilligkeit. Es führt aus, soweit die Schule Raum belasse, dass Träger des Grundrechts aus Art. 4 I GG auch innerhalb dieser staatlichen Institution ihre Glaubensüberzeugung betätigten, müsse dies „Andersdenkenden zumutbare, nicht diskriminierende Ausweichmöglichkeiten lassen“.

Das Gericht kommt nach der im Eilverfahren gebotenen und ausreichenden summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage zu dem Ergebnis, dass die Umsetzung des religionspädagogischen Konzepts im Kindergarten „S“ den verfassungsrechtlichen Anforderungen ausreichend Rechnung trägt. [...] Hinsichtlich der praktizierten Tischgebete ist das Gericht nach Würdigung der nachfolgend dargestellten Umstände zu Auffassung gelangt, dass das vom BVerfG als maßgeblich herausgestellte Prinzip der „Freiwilligkeit“ gewahrt ist.

### *I. Ausweichmöglichkeiten*

Zunächst ist im Unterschied zum Anbringen von Kruzifixen in Unterrichtsräumen öffentlicher Schulen, das zusammen mit der allgemeinen Schulpflicht dazu führt, dass die Schüler während des Unterrichts von Staats wegen und ohne Ausweichmöglichkeit gezwungen werden, unter dem Kreuz dem Symbol der missionarischen Ausbreitung des Christentums zu lernen (vgl. BVerfGE 93, 1 [18]) und der Durchführung von Schulgebeten der Ast. zu 1 den Tischgebeten nicht ohne Ausweichmöglichkeit ausgesetzt. Wenn auch der Ast. zu 2 nach § 24 SGB VIII einen Anspruch auf einen Kindergartenplatz hat und - wie die Kammer mit Beschluss vom 31. 8. 1999 (4 G 2578/99) entschieden hat - auch grundsätzlich einen Anspruch auf einen „Wohnortnahen“ Kindergartenplatz, ist der Besuch eines Kindergartens im Gegensatz zum Schulbesuch doch freiwillig. Des Weiteren fällt entscheidend ins

Gewicht, dass es dem Ast. zu 1, wie die Ag. wiederholt ausführt, freigestellt ist, am Tischgebet teilzunehmen.

### *II. Zumutbarkeit*

Nach Auffassung des Gerichts kann der Ast. zu 1 der Teilnahme am Tischgebet auch in zumutbarer Weise ausweichen. [...] Wie sich aus der Antragschrift ergibt, war dem Ast. zu 2 bei der Beanstandung des Tischgebets mitgeteilt worden, der Ast. zu 1 könne während des Gebets den Raum verlassen. [...] Es bestehe nach wie vor die Bereitschaft der Ag., die Freispielphase so zu organisieren, dass sich eine Erzieherin des Ast. zu 1 annehme und erst dann den Gruppenraum mit ihm betrete, wenn das Tischgebet bereits gesprochen worden sei. Dies müsse dem Ast. zu 1 allerdings vom Ast. zu 2 und seiner Mutter positiv vermittelt werden.

Es ist zuzugeben, dass diese Ausweichmöglichkeiten den Ast. zu 1 immer dann, wenn das tägliche Tischgebet stattfindet, gegenüber den betenden Kindern in seinem Verhalten herausheben. Dies gilt besonders, wenn er der Einzige ist, der am Gebet nie teilnimmt. Dann verhält er sich sichtbar anders als die anderen Kindergartenbesucher. Diese Heraushebung könnte dann für den Ast. zu 1 unzumutbar sein, wenn sie ihn zwangsläufig in eine Außenseiterrolle bringen und ihn gegenüber den anderen Kindergartenkindern diskriminieren würde (vgl. hierzu BVerfGE 52, 223 [248 ff.]). Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Stellung eines Kindergartenkindes in einer Gruppengemeinschaft eine andere, weitaus schwierigere ist als die des erwachsenen Bürgers, der in der Öffentlichkeit durch Nichtteilnahme an bestimmten Veranstaltungen seine abweichende Überzeugung offenbart. Insbesondere wird das Kindergartenkind noch kaum zu kritischer Selbstbehauptung seiner eigenen Position gegenüber seiner Umgebung in der Lage sein. Entsprechend ist der Ast. zu 1 in der Tischgebetsfrage in einen nicht von ihm selbst, sondern von dem Ast. zu 2 einerseits, den Eltern der anderen Kinder und den Erzieherinnen andererseits getragenen Konflikt gestellt.

Dennoch kann vorliegend nicht davon ausgegangen werden, dass das Ausweichen vor dem Tischgebet den Ast. zu 1 in eine unzumutbare Außenseiterposition drängt. Zunächst hält sich das Tischgebet nach Dauer (fünf bis fünfzehn Sekunden) und Häufigkeit (einmal während des Kindergarten tags) in angemessenen Grenzen. Des Weiteren sind die Erziehungsberechtigten der religionsunmündigen Kindergartenkinder über das Kindergartenkonzept, welches ausdrücklich auch die religiöse Erziehung und Gebete benennt, informiert worden. Das Gericht lässt es dahingestellt sein, ob der

Ast. zu 2 - wie von ihm dargelegt - weder im Rahmen der Anmeldung noch später Kenntnis erlangt hat, wie auch, ob die Mutter des Ast. zu 1 bei Unterzeichnung des Aufnahmeantrags zugleich auch die Konzeption des Kindergartens unterschrieben hat, worauf allerdings der Antrag der zahlreichen Eltern vom 30.10.2002 hinweist, wenn es hier heißt, die gültige und von allen Eltern unterschriebene Konzeption des Kindergartens solle auch in Zukunft in vollem Umfang als Basis der Kindergartenarbeit angesehen werden. Entscheidend ist, dass der Ast. zu 2 jedenfalls die Möglichkeit hatte, von der Kindergartenkonzeption Kenntnis zu erlangen. Üblicherweise werden solche Konzeptionen an alle Eltern ausgehändigt bzw. interessierten Eltern, insbesondere Elternbeiräten, selbstverständlich zur Verfügung gestellt. Dass der Ast. zu 2 nach nahezu anderthalbjährigem Kindergartenbesuch seines Sohns erstmals die Konzeption des Kindergartens in einem für ihn wichtigen Punkt angreift, ist vor dem Hintergrund, dass er sich bis dahin ersichtlich für das Konzept nicht interessiert hat, nur schwer nachvollziehbar, zumal er ein Jahr lang im Elternbeirat gearbeitet hat und der streitige Punkt der Konzeption zu einem frühen Zeitpunkt des Kindergartenbesuchs seines Sohns im Rahmen der Zusammenarbeit zwischen Eltern und Erzieherinnen hätte diskutiert werden können, vor allem im Hinblick auf einen möglichst schonenden Ausgleich der widerstreitenden Interessen. Auf Seiten des Ast. zu 2 hätte dies allerdings bedeutet, dass dieser auch die Befindlichkeiten der anderen Kinder, die es gewohnt sind, im Kindergarten vor dem Frühstück zu beten und dies auch wollen, wie auch deren Eltern und der Erzieherinnen zu berücksichtigen und auch zu achten hat. [...] Nunmehr hat der Ast. zu

1 nahezu zweieinhalb Jahre am Tischgebet teilgenommen und möglicherweise will er weiterhin mit beten und wird es, sofern der Ast. zu 2 aus diesem Grunde die Anwesenheit während des Tischgebets nicht wünscht, gegebenenfalls nicht verstehen können, zukünftig den Gruppenraum während des Tischgebets verlassen zu müssen. Hinzu kommen möglicherweise den Ast. zu 1 zurücksetzende Reaktionen der anderen Kindergartenkinder, deren Eltern auf Grund eigener religiöser Einstellung und Betroffenheit heraus das medienwirksam in die öffentliche Diskussion gestellte Begehren des Ast. zu 2 missbilligen. Diese Situation, die ein „Ausweichen“ des Ast. zu 1 unter schwierigere Bedingungen stellt, kann allerdings der Ag., die das Kindergartenkonzept von Beginn an offen gelegt hat, nicht angelastet werden. Dies enthebt die Erzieherinnen jedoch nicht der Pflicht nunmehr besonders sensibel mit dieser Konfliktsituation umzugehen, was gegebenenfalls auch bedeuten kann, auf diejenigen Eltern einzuwirken, die ihren Kindern aus intoleranter eigener religiöser Einstellung heraus vermitteln, eine Nichtteilnahme am Tischgebet sei zu missbilligen. Das Gericht sieht sich zu diesem Hinweis besonders veranlasst, weil, wie verschiedenen Presseartikeln entnommen werden kann und auch im Schriftsatz der Ag. vom 16. 1. 2003 zum Ausdruck kommt, die Ag. offensichtlich der unzutreffenden Auffassung ist, der Staat dürfe eine Reduktion menschlichen Seins, welche bei einer Ausblendung der Religion vorliege, nicht zulassen bzw. die positive Religionsfreiheit sei höher zu bewerten als die negative Religionsfreiheit. Wie oben dargelegt, ist der positiven wie der negativen Religionsfreiheit gleichermaßen Rechnung zu tragen. [...]

### Standort: Prüfungsrecht

### Problem: Täuschungsversuch durch Notizen im Gesetz

VG MAINZ, URTEIL VOM 11.12.2002  
7 K 502/02 (NJW 2003, 1545)

#### **Problemdarstellung:**

Das VG Mainz hatte sich mit der Frage zu beschäftigen, unter welchen Voraussetzungen Einkreisungen und Randbemerkungen in einem bei der Juristischen Staatsprüfung verwendeten Gesetzestext einen Täuschungsversuch darstellen. Es kommt zu dem Ergebnis, dass dies nach rheinland-pfälzischem Landesrecht (angesichts vergleichbarer Bestimmungen in den übrigen Bundesländern jedoch ohne Weiteres übertragbar) für Randbemerkungen generell, für Einkreisungen und Unterstreichungen jedenfalls dann gelte, wenn diese

kommentierenden Charakter zeigten.

#### **Prüfungsrelevanz:**

Die Entscheidung ist - abgesehen von der vorbildlichen Sorgfalt, mit der das VG die zahlreichen Ausreden des Kl. für seine eigene Nachlässigkeit juristisch widerlegt - vor allem wegen ihres mahnenden Charakters prüfungsrelevant. Jeder Kandidat sollte sich genau überlegen, ob er wirklich das Risiko eingehen will, über die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit irgendwelcher Anmerkungen, Unterstreichungen o.ä. in seinen Gesetzestexten mit dem JPA vor Gericht streiten zu müssen, nachdem seine Prüfungsleistung mit null Punkten bewertet worden ist. Auf jeden Fall ratsam ist es vor

diesem Hintergrund, mit unmittelbar vor der Prüfung neu angeschafften Gesetzen in die Klausuren zu gehen. Ganz abgesehen davon, dass der zukunftsweisende Abschluss seines Studiums bzw. Referendariats jedem Kandidaten die Investition wert sein sollte, ist schon die dadurch gewonnene Sicherheit unersetzlich. Und schließlich können die neuen Gesetze auch nach der Prüfung noch gut gebraucht werden.

**Vertiefungshinweise:**

Weiterer aktueller Fall zum Prüfungsrecht: *VGH Mannheim*, NVwZ-RR 2003, 37

**Kursprogramm:**

*Assessorkurs*: "Das Prüfungsgespräch"

**Leitsätze:**

1. Es ist Sache des Landesprüfungsamts für Juristen, die in der Juristischen Staatsprüfung zugelassenen Hilfsmittel zu konkretisieren; dies kann in den der Ladung zum schriftlichen Teil der Prüfung beigefügten „Wichtigen Hinweisen“ erfolgen.
2. „Einfache Unterstreichungen oder ähnliche Hervorhebungen“ im Sinne von Nr. 2 der „Wichtigen Hinweise“ sind nur solche Markierungen in den zugelassenen Gesetzestexten, die lediglich die Funktion einer reinen Lesehilfe haben.
3. Einkreisungen einzelner Buchstaben im Gesetzestext, aus denen sich in der Zusammenschau neue Begriffe mit eigenem Bedeutungsinhalt ergeben und die als Randbemerkungen unzulässig wären, stellen kommentierende Markierungen dar, die über eine reine Lesehilfe hinausgehen und deshalb in der Juristischen Staatsprüfung unzulässig sind.
4. § 11 I 3 RhPfJAPO erfordert nicht, dass das mitgeführte Hilfsmittel für die Lösung der konkreten Aufgabe förderlich ist; die generelle Geeignetheit reicht insoweit aus.
5. Es liegt allein in der Risikosphäre des Prüflings, einwandfreie Gesetzestexte bei der Juristischen Staatsprüfung bei sich zu führen.
6. Die Praxis des Landesprüfungsamts für Juristen, die von den Prüfungen im Prüfungsraum bei sich geführten Gesetzestexte lediglich stichprobenartig zu kontrollieren, ist rechtlich nicht zu beanstanden.

**Sachverhalt:**

Der Kl. nahm an den Aufsichtsarbeiten der Ersten Juristischen Staatsprüfung teil. Anlässlich einer bei der

Aufsichtsarbeit 01 durchgeführten stichprobenartigen Kontrolle der von den Examenskandidaten mitgebrachten Gesetzestexte stellte die Aufsichtsführende fest, dass die Gesetzessammlung "Schönfelder" eine Vielzahl von umkringelten Buchstaben ("A", "R", "F") im BGB, HGB und GmbHG sowie handschriftliche Anmerkungen wie die Buchstaben "EQ" an Vorschriften im StGB und in der ZPO enthielt. Sie behielt den "Schönfelder" des Kl. ein; dieser erhielt den "Schönfelder" einer Mitkandidatin, die ihn nicht benötigte. Der Kl. selbst gab an, ein nicht näher namentlich genannter Professor habe ihm im zweiten Semester erklärt, dass Umkringelungen zulässig seien. Die Feststellungen der Aufsichtsführenden wurden in einem Vermerk vom 29.8.2001 schriftlich niedergelegt, die entsprechenden Passagen aus dem "Schönfelder" des Kl. herauskopiert. Mit Schreiben vom 14.12.2001 teilte der Bekl. dem Kl. die Einzelnoten seiner schriftlichen Prüfung mit. Hinsichtlich der Aufsichtsarbeit 01 wurde ausgeführt, dass diese mit 0 Punkten bewertet werde, weil die Verwendung der Gesetzessammlung "Schönfelder" mit den Einkreisungen sowie den handschriftlichen Anmerkungen als Täuschungsversuch i.S. von § 11 I RhPfJAPO anzusehen sei, der als Sanktion die Bewertung der Arbeit mit 0 Punkten nach sich ziehe. Die nach erfolglosem Widerspruchsverfahren erhobene Klage gegen die Bewertung der Aufsichtsarbeit 01 mit 0 Punkten wurde abgewiesen.

**Aus den Gründen:**

*A. Ermächtigungsgrundlage*

Rechtsgrundlage für die Bewertung der Aufsichtsarbeit 01 des Kl. mit 0 Punkten ist § 11 I 1, 3 RhPfJAPO vom 29.12.1993 (RhPfGVBl, S. 1994), zuletzt geändert durch Landesverordnung vom 9.2.2000 (RhPfGVBl, S. 99). Danach kann eine Prüfungsleistung mit 0 Punkten bewertet werden, wenn der Bewerber versucht, das Ergebnis der Prüfung durch Täuschung oder durch Benutzung nicht zugelassener Hilfsmittel zu beeinflussen; dabei steht einem Täuschungsversuch gleich, wenn der Bewerber nach Ausgabe einer Aufsichtsarbeit in der schriftlichen Prüfung nicht zugelassene Hilfsmittel mit sich führt und nicht nachweist, dass er weder vorsätzlich noch fahrlässig in deren Besitz gelangt ist.

*B. Materielle Rechtmäßigkeit*

Diese Voraussetzungen liegen hier vor, denn der Kl. hat bei der Aufsichtsarbeit 01 im Termin I H 01 ein unerlaubtes Hilfsmittel mit sich geführt, und die Bewertung der Arbeit mit 0 Punkten ist auch unter Ermessensgesichtspunkten nicht zu beanstanden.

### *I. Tatbestand*

Die vom Kl. bei der Aufsichtsarbeit 01 mitgeführte Gesetzessammlung "Schönfelder" stellt zunächst ein nicht zugelassenes Hilfsmittel i. S. von § 11 I 3 RhPfJAPO dar. Dies ergibt sich daraus, dass der "Schönfelder" des Kl. in verschiedenen Gesetzen (BGB, HGB, GmbHG, StGB, ZPO) mit nicht zugelassenen Markierungen bzw. Kommentierungen versehen war.

#### *1. Unzulässiges Hilfsmittel*

Nach § 6 II 1 RhPfJAPO bestimmt die Präsidentin des Landesprüfungsamts unter anderem die bei der schriftlichen Prüfung zugelassenen Hilfsmittel. Dies ist vorliegend auch für die schriftliche Prüfung der Kampagne I H 01 dergestalt geschehen, dass in den der Ladung zum schriftlichen Teil der Prüfung beigelegten „Wichtigen Hinweisen“ unter Nr. 2 im Einzelnen festgelegt wurde, inwieweit Unterstreichungen und ähnliche Hervorhebungen in den nach Nr. 1 mitzubringenden Gesetzen zulässig sind. Insoweit heißt es in den Hinweisen:

„Einfache Unterstreichungen und ähnliche Hervorhebungen (z.B. farbige Markierungen) werden nicht beanstandet. Hingegen sind Randbemerkungen aller Art (Texte oder §§) nicht erlaubt.“ Aus der Verwendung des Wortes "Einfache" - das nicht nur für die genannten Unterstreichungen, sondern auch für die "ähnlichen Hervorhebungen" gilt - ergibt sich eindeutig, dass nur solche Unterstreichungen und Hervorhebungen zulässig sein sollen, die eine Art Lesehilfe für die jeweilige Vorschrift darstellen. Dagegen sind Markierungen, die über ihre Eigenschaft als reine Lesehilfe hinaus einen kommentierenden Charakter aufweisen, gerade keine "einfachen" Unterstreichungen bzw. Hervorhebungen mehr. Ob eine Unterstreichung oder ähnliche Hervorhebung nur den Zweck einer Lesehilfe erfüllt oder aber darüber hinaus (auch) kommentierende Funktion hat, kann nicht verallgemeinert werden, sondern bedarf in jedem Falle einer Einzelfallprüfung. Auch an sich zulässige Markierungen können nämlich im Einzelfall unzulässig sein; so ist es beispielsweise denkbar, dass eine farbige Markierung - die an sich nicht beanstandet wird - dann über eine reine Lesehilfe hinausgeht, wenn hinter der Verwendung der Farbe ein bestimmtes System steckt.

#### *a. Einkreisungen*

Hiervon ausgehend können die vom Kl. in seiner Gesetzessammlung "Schönfelder" angebrachten Markierungen nicht als im Sinne von Nr. 2 der "Wichtigen Hinweise" zulässige Hilfsmittel angesehen werden. Dies gilt zunächst für die vom Kl. in verschiedenen

Gesetzen vorgenommenen Einkreisungen. Zwar sind Einkreisungen als solche grundsätzlich keine unzulässigen Markierungen, denn wenn ganze Wörter eingekreist werden, stellt sich dies nicht anders dar, als wenn diese Wörter unterstrichen oder etwa mit einem Textmarker markiert werden, was nach den "Wichtigen Hinweisen" nicht beanstandet wird. Etwas anderes gilt aber dann, wenn in einer Vorschrift einzelne Buchstaben umkreist werden, aus denen sich in der Zusammenschau neue Begriffe mit eigenem Bedeutungsinhalt ergeben, die als Randbemerkungen unzulässig wären. Denn die Zusammensetzung "neuer" Begriffe im Text durch Einkreisungen einzelner Buchstaben stellt nichts anderes als eine Umgehung des Verbots von Randnotizen aller Art dar. Durch das Zusammensetzen von einzelnen Buchstaben im Text wird ein Begriff lesbar, der am Rande nicht hätte schriftlich vermerkt werden dürfen. Insoweit kommt den Einkreisungen einzelner Buchstaben dann aber eine kommentierende Funktion zu, die über eine reine Lesehilfe hinausgeht. Dies zu Grunde gelegt, sind jedenfalls die vom Kl. angebrachten Einkreisungen von "r...f" für Rechtsfolgenverweisung (in §§ 323, 684, 977, 988, 993 BGB), "r...g" für Rechtsgrundverweisung (in §§ 687, 994, 1216 BGB) oder „p...f...v“ für positive Forderungsverletzung (in § 681 BGB) als kommentierende Markierungen anzusehen, die als Randbemerkungen unzulässig wären und daher wegen des allgemeinen Rechtsgedankens des Umgehungsverbots ebenfalls als unzulässig anzusehen sind.

#### *b. Randbemerkungen*

Darüber hinaus enthält die Gesetzessammlung "Schönfelder" des Kl. aber auch unmittelbar Randbemerkungen, so etwa Verweise auf andere Vorschriften (bei §§ 113 IV, 323c, 348 StGB, §§ 511, 513, 518 ZPO) bzw. an den Rand geschriebene Anmerkungen wie "Q" für Qualifizierung (bei § 340 StGB) oder "EQ" für Erfolgsqualifizierung (bei § 221 StGB). Dass diese Randbemerkungen unzulässig sind, ergibt sich bereits unmittelbar aus Nr. 2 der „Wichtigen Hinweise“.

#### *2. "Mit sich führen"*

Der Kl. hat das nicht zugelassene Hilfsmittel auch i.S. von § 11 I 3 RhPfJAPO mit sich geführt, denn ein "Mit-sich-führen" im Sinne dieser Vorschrift setzt lediglich voraus, dass der Prüfling nach Ausgabe des Aufgabentextes das unzulässige Hilfsmittel im Prüfungsraum bei sich hat. Dies ist vorliegend der Fall gewesen, denn wie dem Vermerk des Aufsichtsführenden vom 29.8.2001 zu entnehmen ist, wurde das nicht zugelassene Hilfsmittel gegen 11.20 Uhr beim Kl. aufgefunden.

### 3. Tatsächlicher Nutzen irrelevant

Entgegen der Auffassung des Kl. kommt es bei § 11 I 3 RhPfJAPO auch nicht darauf an, ob das mitgeführte unzulässige Hilfsmittel für die Lösung der konkreten Aufgabe förderlich ist. Denn anders als bei § 11 I 1 RhPfJAPO ist in den Fällen des § 11 I 3 RhPfJAPO ein Kausalzusammenhang zwischen dem Mitführen eines nicht zulässigen Hilfsmittels und der Chancenerhöhung bei der Bearbeitung der Aufsichtsarbeit nicht erforderlich (vgl. OVG Koblenz, AS 22, 133, 138; VGH München, BayVBl 1981, 688, 689). Entscheidend ist vielmehr allein, dass das unzulässige Hilfsmittel generell geeignet für die Bearbeitung der Klausur ist (vgl. BVerwG, Buchholz 421.0 Prüfungswesen Nr. 235; Niehues, PrüfungsR, 2. Aufl. [1994], Rdnr. 147). Eine solche generelle Geeignetheit liegt im Falle der vom Kl. mit sich geführten Gesetzessammlung "Schönfelder" vor. Insbesondere kann insoweit nicht der Argumentation des Kl. gefolgt werden, die beanstandeten Markierungen hätten in keinem Zusammenhang mit der zu bearbeitenden Klausur gestanden. Der Kl. hatte in der Aufsichtsarbeit 01 eine Klausur aus dem Wahlfach Handels- und Gesellschaftsrecht zu fertigen. Bei Klausuren aus diesem - zivilrechtlichen - Wahlfach ist nicht auszuschließen, dass auf Vorschriften des BGB oder der ZPO zurückgegriffen werden muss, so dass die Gesetzessammlung "Schönfelder" des Kl. generell zur Klausurbearbeitung der Arbeit 01 geeignet sei. Von daher bleibt für die weitere Argumentation des Kl., bei den beanstandeten Markierungen habe es sich um typische Anfängermarkierungen gehandelt, die einem Examenskandidaten gar keinen Vorteil bringen könnten, kein Raum.

### 4. Keine Exkulpation

Wie § 11 I 3 RhPfJAPO zu entnehmen ist, stellt das Mitführen eines nicht zulässigen Hilfsmittels nur dann einen Täuschungsversuch dar, wenn der Prüfling nicht nachweist, dass er weder vorsätzlich oder fahrlässig in dessen Besitz gelangt ist. Insofern konkretisiert die Vorschrift den prüfungsrechtlichen Grundsatz, dass ein Täuschungsversuch nur dann zu sanktionieren ist, wenn auf Seiten des Prüflings eine subjektive Vorwerfbarkeit vorliegt. Maßgeblich ist demnach, dass der Prüfling die für einen Täuschungsversuch maßgeblichen Umstände kennt und insbesondere weiß, dass er nicht zulässige Hilfsmittel mit sich führt; Täuschungsabsicht ist nicht erforderlich (vgl. Niehues, a.a.O., Rdnr. 148).

#### a. Kenntnis des Kl.

Diese Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt. Der Kl. wusste, dass seine Gesetzessammlung die beanstande-

ten Markierungen und Kommentierungen enthielt, und er hatte die Gesetzessammlung auch bewusst zur Aufsichtsarbeit mitgebracht. Ferner kannte er auch die Folgen, die sich aus dem Mitführen eines nicht zulässigen Hilfsmittels ergeben können, denn wie dem Vermerk des Aufsichtsführenden über den Ablauf der schriftlichen Prüfung am 27.8.2001 zu entnehmen ist, wurde der Kl. vor der Ausgabe der Aufsichtsarbeit 01 auf die Vorschrift des § 11 RhPfJAPO hingewiesen, und es wurde ihm die Möglichkeit gegeben, etwa vorhandene nicht zugelassene Hilfsmittel zu entfernen bzw. zu beseitigen. Ferner ist er auch bereits durch die der Ladung zur schriftlichen Prüfung beigelegten „Wichtigen Hinweise“ unter Nr. 4 auf die Folgen des § 11 RhPfJAPO im Falle eines Täuschungsversuchs, der Benutzung nicht zugelassener Hilfsmittel bzw. sonstiger erheblicher Ordnungsverstöße hingewiesen worden.

#### b. Falsche Auskünfte Dritter unbeachtlich

Soweit der Kl. demgegenüber einwendet, es sei für ihn gar nicht erkennbar gewesen, dass die beanstandeten Markierungen ein unzulässiges Hilfsmittel darstellten, und zur Begründung darauf verweist, ihm sei im ersten oder zweiten Semester im Rahmen einer Anfänger-AG an der Universität T. vom damaligen AG-Leiter erklärt worden, Einkreisungen wie die von ihm vorgenommenen seien zulässig, vermag die Kammer dem nicht zu folgen. Denn insoweit hätte sich dem Kl. aufdrängen müssen, dass eine derartige Erklärung eines AG-Leiters an einer Universität lediglich eine "Privatmeinung" ohne jegliche Bindungswirkung für das Landesprüfungsamt für Juristen darstellen kann. Er hätte ohne weiteres erkennen können, dass allein die mit der Ladung zur schriftlichen Prüfung übersandten "Wichtigen Hinweise" im Hinblick auf den Kreis der in der Prüfung zulässigen Hilfsmittel maßgeblich sind, aus denen sich zweifelsfrei ergibt, dass lediglich einfache Unterstreichungen und ähnliche Hervorhebungen unbeanstandet bleiben. Dann hätte der Kl. - unabhängig davon, ob ihm die beanstandeten Markierungen in der Aufsichtsarbeit hätten nützlich sein können oder nicht - auch erkennen müssen, dass Einkreisungen einzelner Buchstaben, die in der Zusammenschau neue Begriffe mit eigenständigem Bedeutungsinhalt ergeben und deshalb kommentierend wirken, möglicherweise keine einfachen Hervorhebungen im Sinne der "Wichtigen Hinweise" mehr darstellen. Da von ihm als Examenskandidaten auch erwartet werden kann, dass er das aus § 134 BGB resultierende Rechtsinstitut des "Umgehungsverbots" kennt, hätte er bei Anlegung der gebotenen Überlegungen Zweifel an der Zulässigkeit dieser Markierungen bekommen müssen, so dass von ihm

zu erwarten gewesen wäre, sich hierüber Klarheit durch Nachfragen bei der zuständigen Stelle - dem Landesprüfungsamt für Juristen - zu verschaffen, anstatt auf die Aussage eines AG-Leiters an der Universität im ersten oder zweiten Semester blind zu vertrauen.

### *c. Übersehen der Anmerkungen irrelevant*

Soweit der Kl. ferner darauf verweist, dass von ihm die beanstandeten Randbemerkungen im StGB und in der ZPO offensichtlich beim Ausradieren der während des Studiums angebrachten Randbemerkungen übersehen worden seien, ist dies ebenfalls unbeachtlich. Denn aus den "wichtigen Hinweisen" ergibt sich eindeutig, dass das Risiko unerlaubter Randbemerkungen in den zur Prüfung zugelassenen Gesetzen unabhängig von der zu Grunde liegenden Motivation immer zu Lasten des Prüflings geht, wenn dort - in Konkretisierung von § 6 II 1 Halbs. 2 RhPfJAPO - ausgeführt ist, dass es allein Sache des Kandidaten sei, sich einwandfreie Textausgaben zu besorgen. So hätte der Kl. ohne weiteres die Möglichkeit besessen, sich vor dem schriftlichen Teil der Prüfung neue Gesetzessammlungen zu besorgen. Wenn er davon abgesehen hat und mit einer während des Studiums mit Anmerkungen versehenen Gesetzessammlung in die Prüfung gegangen ist, so war es allein sein Risiko, wenn sich im Rahmen einer Kontrolle herausgestellt hat, dass sich nicht zulässige Anmerkungen in der Gesetzessammlung befinden. [...]

## *II. Rechtsfolge*

Die Bewertung der Aufsichtsarbeit 01 des Kl. mit 0 Punkten nach § 11 I 1, 3 RhPfJAPO ist auch unter Ermessensgesichtspunkten nicht zu beanstanden.

### *1. Ermessensreduzierung*

So hat der Bekl. bereits in seinem Bescheid vom 14.12.2001 in Kenntnis der Einwendungen des Kl. im Einzelnen dargelegt, warum im Falle des Kl. die in § 11 I 1 RhPfJAPO genannte Sanktion gerechtfertigt sei, und auch in seinem Widerspruchsbescheid vom 18.3.2002 Erwägungen mit dem Ergebnis angestellt, dass eine Abänderung der getroffenen Entscheidung nicht in Betracht komme. Dies ist unter Ermessensgesichtspunkten nicht zu beanstanden. Darüber hinaus hat der Bekl. in nach § 114 S. 2 VwGO nicht zu beanstandender Weise seine Ermessenserwägungen in der mündlichen Verhandlung in unwidersprochener Weise

dahin gehend ergänzt, dass es ständige Übung des Bekl. sei, Fälle des § 11 I 3 RhPfJAPO durchgehend mit der Sanktion "0 Punkte" zu versehen, so dass insoweit von einer rechtlich zulässigen Ermessensbindung der Verwaltung auszugehen ist.

### *2. Verhältnismäßigkeit*

Die Sanktionierung eines Verstoßes gegen § 11 I 3 RhPfJAPO mit 0 Punkten kann vor dem Hintergrund des im Prüfungsrecht bedeutsamen Grundsatzes der Chancengleichheit jedenfalls dann nicht als unverhältnismäßig angesehen werden, wenn ein Prüfling, der seine Hilfsmittel selbst mitzubringen hat, vor der Prüfung mehrfach auf das Verbot des Verwenders und des bloßen Mitführens nicht zugelassener Hilfsmittel hingewiesen wird und das Verbot unschwer beachten kann (vgl. OVG Koblenz, AS 22, 133, 138 m.w.N.).

Die Bewertung der Aufsichtsarbeit 01 des Kl. mit 0 Punkten ist aber entgegen seiner Meinung auch nicht deshalb ermessensfehlerhaft weil unverhältnismäßig, weil der Bekl. in der Prüfung lediglich stichprobenartig die mitgeführten Gesetzestexte auf etwaige unzulässige Unterstreichungen bzw. Anmerkungen oder sonstige Hervorhebungen untersucht hat; insbesondere verstößt ein derartiges Verhalten nicht gegen den durch Art. 3 I GG geschützten Grundsatz der Chancengleichheit. So erscheint angesichts der großen Anzahl von Prüflingen schon eine umfassende Kontrolle aller Prüflinge tatsächlich nicht möglich, vor allem, wenn man die Prüflinge, die während der Anfertigung der Aufsichtsarbeit naturgemäß unter besonderer Anspannung stehen, nicht übermäßig belasten will. Damit ist eine stichprobenartige Überprüfung aus Gründen der Verwaltungspraktikabilität jedenfalls dann nicht zu beanstanden, wenn diese sich nicht von vornherein auf einige Wenige beschränkt. Dies ist der Fall, denn bei den Kontrollen im Rahmen der schriftlichen Prüfung im Juristischen Staatsexamen muss jeder der im Prüfungsraum anwesenden Kandidaten jederzeit damit rechnen, dass die stichprobenartige Überprüfung der Gesetzestexte auch ihn treffen kann, so dass jeder Prüfling demselben Risiko unterliegt, dass möglicherweise nicht zugelassene Hilfsmittel bei ihm aufgefunden werden. Von daher geht die Argumentation des Kl. ins Leere, es sei willkürlich, in Kenntnis dessen, dass jeder Prüfling, der nicht vor dem Examen neue Gesetze angeschafft habe, Anmerkungen in seinen Gesetzestexten habe, nur einige wenige zu überprüfen und "abzustrafen".

*Zivilrecht***Standort: Gesamtschuld****Problem: Vergleich mit individuellem Schuldner**

BGH, URTEIL VOM 09.01.2002  
IX ZR 353/99 (NJW 2003, 1036)

**Problemdarstellung:**

Der Kl. stand wegen Warenlieferungen Kaufpreiszahlungsansprüche gegen die inzwischen in Konkurs gefallene Firma P zu, die die Rechtsvorgängerin der Bekl. treuhänderisch verwalten sollte. Aufgrund des betrügerischen Verhaltens der Geschäftsführer der Firma P, das durch eine mangelhafte Überwachung der Rechtsvorgängerin der Bekl. nicht verhindert wurde, entstand der Kl. ein Schaden in Höhe von über 30 Millionen DM. Die Firma P und die Bekl. hafteten für diesen Betrag gesamtschuldnerisch (§§ 421 ff. BGB). Mit der Bekl. schloss die Kl. einen Vergleich, in dem die Bekl. sich zum Ausgleich sämtlicher Forderungen aus dem fraglichen Rechtsverhältnis zur Zahlung von über 12 Millionen DM verpflichtete. Nach Zahlung durch die Bekl. ließ die Kl. eine Restforderung von über 20 Millionen DM zur Tabelle im Konkursverfahren gegenüber P eintragen; dabei ließ auch die Bekl. u.a. zwecks Gesamtschuldnerausgleich eine Forderung von über 6 Millionen DM (§ 426 BGB) in die Tabelle eintragen. Die Kl. begehrte nunmehr im Klagewege einen Vorrang bei der Befriedigung, d.h. hinsichtlich der 6 Millionen DM soll die Bekl. erst nachrangig nach der Kl. befriedigt werden. Dabei stützt sich die Kl. auf die Regelung von § 426 II 2 BGB, wonach der gesetzliche (teilweise) Forderungsübergang beim Gesamtschuldnerausgleich nicht zum Nachteil des Gläubigers gemacht werden darf. Ein solcher Nachteil sei aber gegeben, wenn die Kl. bezüglich ihrer Restforderung im Konkursverfahren mit dem (teilweisen) Ausgleichsanspruch der Bekl. konkurrieren müsste.

Der BGH erkennt an, dass grundsätzlich eine Übernahme der ständigen Rechtsprechung zur entsprechenden Regelung von § 774 I 2 BGB angemessen ist. Danach bleibt der Vorrang des Gläubigers bestehen, wenn der Bürge nur einen Teilbetrag der gesamten gesicherten Forderung bezahlt oder sich von vornherein nur hinsichtlich dieses Teils verbürgt.

Aber letztlich kommt es wegen des geschlossenen Vergleichs zwischen den Parteien darauf nicht an. Danach dient die Zahlung von über 12 Millionen DM

zum Ausgleich sämtlicher Verpflichtungen aus dem in Rede stehenden Rechtsverhältnis, sodass die Bekl. insgesamt entlassen sei. Die Begründetheit der ursprünglich insgesamt geforderten Zahlung von über 30 Millionen DM blieb damit bewusst offen, sodass auch der Streit über etwaige Rechtsfolgen - wie z.B. der Vorrang bei Gesamtschuldnerausgleich gem. § 426 II 2 BGB - ausgeschlossen ist.

**Prüfungsrelevanz:**

Zu den klassischen und schwierigsten Prüfungsthemen im Staatsexamen gehört die Drei-Personen-Konstellation, wo der Kandidat aufgefordert ist, zwischen den verschiedenen Rechtsverhältnissen der Beteiligten untereinander bzw. ihrer gegenseitigen Beeinflussung zu unterscheiden. Die Gesamtschuldnerschaft gem. §§ 421 ff. BGB ist als eine solche Drei-Personen-Konstellation Pflichtprogramm bei jeder Examensvorbereitung.

Bei einer Gesamtschuldnerschaft ist jeder der Schuldner verpflichtet, die gesamte Leistung zu erbringen, der Gläubiger kann sie jedoch - nach seiner Wahl - nur einmal von einem der Schuldner verlangen, § 421 BGB. Eine Gesamtschuldnerschaft kann durch Gesetz (z.B. §§ 840 I, 769 BGB) oder durch Vertrag (§§ 427, 431 BGB) entstehen. Grundsätzlich stehen die verschiedenen Verpflichtungen in einer Gesamtschuldnerschaft selbstständig nebeneinander; Tatsachen, die also nur in der Person eines Schuldners vorliegen, wirken grundsätzlich nur für und gegen den fraglichen Gesamtschuldner, § 425 BGB (z.B. Unmöglichkeit, Verzug, Verjährung, etc.). Nur ausnahmsweise wirken Handlungen eines Gesamtschuldners für und gegen alle anderen auch, §§ 422 ff. BGB (Erfüllung, Erlass, Annahmeverzug).

Die Gesamtschuldner sind sich unter einander zum Ausgleich verpflichtet, im Zweifel zu gleichen Anteilen, § 426 I BGB. Dieser Anspruch des erfüllenden Gesamtschuldners auf Ausgleich findet seine Grundlage zum einen in dem jeweiligen Rechtsverhältnis der Gesamtschuldner untereinander (Gesellschaftsrecht, GoA, Arbeitsrecht, etc.), zum anderen in § 426 I BGB kraft Gesetzes und schließlich geht neben diesen beiden Ansprüchen aus eigenem Recht die Forderung des

Gläubigers auf den leistenden Gesamtschuldner insoweit auf diesen über kraft Gesetzes gem. § 426 II 1 BGB. Dieser gesetzliche Forderungsübergang darf aber nicht zum Nachteil des Gläubigers erfolgen, § 426 II 2 BGB.

**Vertiefungshinweise:**

Zur vorliegenden Problematik: *BGH*, NJW 1997, 1014; NJW-RR 1995, 589; *OLG Hamm*, NJW-RR 1993, 1071; *Klein*, WiB 1997, 590

**Kursprogramm:**

*Examenskurs*: "Schuldnermehrheiten"

*Assessorkurs*: "Die kranke Tochter"

**Leitsätze:**

**1. Zur Frage einer Anwendung des § 426 II 2 BGB, wenn von mehreren aus unterschiedlichem Schuldgrund verpflichteten Gesamtschuldnern einer nur einen Teil des Gesamtschadens zu vertreten und diesen (Teil-) Schaden in voller Höhe ersetzt hat.**

**2. Hat ein Gläubiger mehrere Gesamtschuldner umfassend in Anspruch genommen und schließt er mit einem von ihnen der seine Zahlungspflicht insgesamt leugnet - zum Ausgleich aller gegenseitigen Forderungen einen Vergleich, in dem dieser Schuldner sich zur Zahlung eines Teils des ursprünglich verlangten Betrags verpflichtet, so ist ohne besondere Umstände nicht anzunehmen, dass der Gläubiger wegen weitergehender Ansprüche gegen andere Gesamtschuldner Vorrang im Verhältnis zu dem am Vergleich beteiligten Gesamtschuldner haben soll, nachdem dieser den vereinbarten Betrag voll bezahlt hat.**

**Sachverhalt:**

Die Kl. war Lieferantin der P (im Folgenden: P oder Gemeinschaftschuldnerin), die 1979 in Konkurs fiel. Die der Kl. und einer anderen Lieferantin gebührenden Kaufpreise waren zunächst gestundet worden und sollten von der P aus Weiterverkäufen bezahlt werden. Als Treuhänderin schalteten die beiden Lieferantinnen die M - die durch Verschmelzung in die jetzige Bekl. aufgegangen ist - (im Folgenden: M oder Rechtsvorgängerin der Bekl.) ein. Die Geschäftsführer der P schafften jedoch Waren oder den Lieferanten zustehende Verkaufserlöse beiseite. Zur Konkurstabelle im Verfahren gegen P meldete die Kl. zunächst eine Forderung von 30 329 828,40 DM an. Die beiden Lieferantinnen nahmen die M auf Schadensersatz mit der Begründung in Anspruch, diese habe ihre Pflichten aus den Treuhand-

verträgen durch mangelhafte Überwachung verletzt. Die Kl. verlangte insgesamt rund 29,5 Mio. DM. Vergleichsweise verpflichtete sich M am 12. 11. 1985, „zum Ausgleich sämtlicher gegenseitiger Forderungen der Parteien aus dem Vertragsverhältnis zwischen den Parteien und der Firma P“ an die Kl. insgesamt 12 195 606,21 DM zu zahlen. Nachdem die Zahlungen erbracht worden waren, ermäßigte die Kl. ihre zur Konkurstabelle angemeldete Forderung auf 20 313 717,84 DM. An eine weitere, ebenfalls geschädigte Lieferantin zahlte M vergleichsweise 2 779 550 DM Schadensersatz. Durch rechtskräftiges Urteil wurden die von M angemeldeten Forderungen in Höhe von insgesamt 14 148 550 DM zur Konkurstabelle festgestellt. Inzwischen steht aus der Konkursmasse ein Betrag von 568 450 DM zur Auszahlung an die Bekl. auf die von M zur Tabelle angemeldeten Forderungen bereit. Die Kl. macht daran ein Quotenvorrecht gem. § 426 BGB wegen solcher von ihr zur Konkurstabelle angemeldeter Forderungen geltend, die über den im Vergleich festgelegten Betrag von 12 195 000 DM hinausgehen. Sie beantragt, die Bekl. zu verurteilen, gegenüber dem Konkursverwalter den Vorrang hinsichtlich eines Betrags von 568 450 DM für die Kl. einzuräumen und Ausschüttungen auf die von ihr zur Tabelle angemeldeten Forderungen nur im Nachrang nach der vorab zu befriedigenden Kl. zu beanspruchen.

Die Klage, die vor dem LG Erfolg hatte, wurde vom OLG abgewiesen. Die Revision der Kl. hatte keinen Erfolg.

**Aus den Gründen:**

*A. Entscheidung und Begründung des BerGer.*

Das BerGer. hat ausgeführt: Aus dem Vergleich der Kl. mit der Rechtsvorgängerin der Bekl. vom 12.11.1985 ergebe sich nicht, dass die Kl. bevorrechtigte Befriedigung aus der Konkursquote erhalten solle.

Mangels jeglichen Vortrags hierzu müsse davon ausgegangen werden, dass das Problem eines Vorrangs seinerzeit nicht bedacht worden sei. § 426 II 2 BGB finde keine Anwendung, weil die übrigen Forderungen der Kl. gegen die P im Verhältnis zur Forderung der Bekl. gegen diese Gemeinschaftschuldnerin andere Forderungen, also keine Gesamtforderungen mehr seien. Zwar bestehe trotz des unterschiedlichen Rechtsgrundes ein Gesamtschuldverhältnis. Die Rechtsvorgängerin der Bekl. habe aber in vollem Umfang denjenigen Betrag ausgeglichen, den sie als Gesamtschuldnerin mit der P geschuldet habe. Infolgedessen sei im Vergleich die Schuldsumme begrenzt worden. Unter Aufhebung der Prozesskosten habe man sich auf den mittleren Bereich des von der Kl. beanspruchten Gesamt-

betrags geeinigt, wobei offensichtlich die mit einer zweiten Klage geltend gemachten Schadensersatzansprüche in vollem Umfang unbegründet gewesen seien. Die Rechtsvorgängerin der Bekl. sei mit dem Vergleichsabschluss aus ihrer Verpflichtung insgesamt entlassen worden. Die Kl. könne einen Vorrang auch nicht hinsichtlich eines Betrags von 285 714 DM - als Differenz zwischen dem mit der ersten Klage auf Schadensersatz gegen die Bekl. geltend gemachten Anspruch und der Vergleichssumme - beanspruchen. Auch insoweit gebe es keine Anhaltspunkte, dass der Kl. weitergehende Schadensersatzansprüche gegen die Bekl. über den Vergleichsbetrag hinaus zugestanden hätten.

#### *B. Einwand der Kl. in der Revision*

Demgegenüber rügt die Revision: Nach dem Wortlaut des § 426 II 2 BGB solle der Gläubiger von jedem Nachteil, den der gesetzliche Forderungsübergang für ihn verursachen könnte, freigestellt werden. Zwar habe die Rechtsprechung zu § 774 I 2 BGB klargestellt, dass der Vorrang des Gläubigers nicht für „andere Forderungen, für die sich der Bürge nicht verbürgt“ hat, gelte. Diese Einschränkung könne aber für § 426 II 2 BGB nicht gelten, weil das Gesamtschuldverhältnis i. S. von § 426 BGB - anders als bei der Bürgschaft - keine rechtsgeschäftliche Begründung voraussetze. Speziell bei deliktischen Ansprüchen gegen zwei Schädiger habe der geschädigte Gläubiger auf die Auswahl seiner Gesamtschuldner nicht den geringsten Einfluss, so dass es unbillig erscheine, ihm irgendeinen Nachteil dadurch aufzubürden, dass durch Teilleistung eines Gesamtschuldners der zweite Gesamtschuldner von einem weiteren Gläubiger bedrängt werde.

Aber sogar wenn man die zu § 774 I 2 BGB entwickelte Einschränkung des Gläubigervorrangs sinngemäß auf § 426 II 2 BGB übertrage, treffe die Annahme des BerGer. nicht zu, dass es sich bei der von der Kl. weiterverfolgten Forderung um eine „andere Forderung und keine Gesamtforderung mehr“ gehandelt habe. Der Vergleichsabschluss habe das zwischen der Rechtsvorgängerin der Bekl. der P bestehende Gesamtschuldverhältnis nicht umgestaltet. Ob die von der Kl. darüber hinaus gegen die M geltend gemachten Ansprüche begründet gewesen seien, habe der Vergleich gerade offen gelassen. Der die Forderung des Gläubigers auf Grund des Vergleichs zum Teil tilgende Gesamtschuldner erhalte infolge des Vergleichs die Stellung eines Bürgen, der wegen einer Teil- oder Höchstbetragsbürgschaft nur einen Teil der Hauptforderung abdeckt; wie ein solcher Bürge müsse der tilgende Gesamtschuldner den Vorrang des Gläubigers auch für den nicht abgedeckten Teil der Hauptforde-

rung anerkennen.

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

Der von der Kl. hier geltend gemachte Vorrang gem. § 426 II 2 BGB steht ihr gegenüber der Bekl. nicht zu.

#### *I. Zur Anwendbarkeit von § 426 II 2 BGB*

Dabei kann zu Gunsten der Kl. unterstellt werden, dass § 426 II 2 BGB anwendbar ist. Das BerGer. hat ausgeführt, die Rechtsvorgängerin der Bekl. habe einen übergegangenen Ausgleichsanspruch „gem. § 426 II BGB“ im Konkursverfahren gegen die P angemeldet.

Die Revisionserwiderung hält dies nicht für eine tatsächliche Feststellung, sondern nur für eine nicht bindende Wertung. Darauf kommt es jedoch aus den nachfolgenden Gründen ebenso wenig an wie auf die Rechtsfrage, ob etwas anderes gelten würde, wenn die Bekl. gegen die P ausschließlich einen eigenen originären Ausgleichsanspruch gem. § 426 I BGB zur Tabelle angemeldet hätte (Seib, in: MünchKomm, 3. Aufl., § 426 Rdnr. 17, einerseits und Staudinger/Noack, BGB, 13. Bearb., § 426 Rdnr. 142, andererseits).

#### *II. Zur Problemdarstellung*

Soweit ein Gesamtschuldner den Gläubiger befriedigt und von anderen Gesamtschuldnern Ausgleich verlangen kann, geht zwar die Forderung des Gläubigers gegen diese nach § 426 II 1 BGB auf den leistenden Gesamtschuldner über; der Übergang kann aber nicht zum Nachteil des Gläubigers geltend gemacht werden (Satz 2). Ob dies auch gilt, wenn der Gesamtschuldner nur bis zur Höhe der von ihm erbrachten Zahlung verpflichtet war, also seine eigene Schuld voll erfüllt hat, während dem Gläubiger weitergehende Ansprüche gegen andere Gesamtschuldner zustehen, wurde bisher nicht entschieden.

#### *I. Vergleich mit der entsprechenden Regelung in § 774 I 2 BGB*

Zu der mit § 426 II 2 BGB vergleichbaren Vorschrift des § 774 I 2 BGB hat das RG ausgesprochen, sie schließe es nicht aus, dass der Bürge den Rechtsübergang zum Nachteil anderer selbstständiger Forderungen desselben Gläubigers gegen denselben Schuldner als der verbürgten geltend macht (RGZ 136, 40 [44]). Hingegen bleibt der Vorrang bestehen, wenn ein Bürge nur einen Teilbetrag der durch die Bürgschaft gesicherten (Gesamt-)Forderung bezahlt hat (BGHZ 110, 41 [45]). Insoweit begründet es keinen Unterschied, ob der Bürge sich für die gesamte Schuld verbürgt und diese nur teilweise bezahlt hat, oder ob er von vornherein lediglich eine Teilbürgschaft gestellt und diese voll

bedient hat (BGHZ 92, 374 [378 f.] im Anschluss an RGZ 76, 195 [198]).

Zu der mit § 426 II 2 BGB ebenfalls vergleichbaren Vorhrrift des § 268 III 2 BGB hat der BGH entschieden, dass ein nachrangiger Grundschuldgläubiger, der einen aus dem erstrangigen Teil einer höheren Grundschuld vollstreckenden vorrangigen Gläubiger wegen dieses Teils voll befriedigt, damit nur einen letztrangigen Teil der ersten Grundschuld erlangt (Rpfleger 1990, 379). Hingegen gewährt § 268 III 2 BGB dem Gläubiger keinen Vorrang für andere Ansprüche als die im Einzelfall vom Dritten abgelöst.

### 2. Auffassung des BGH

Nach Auffassung des Senats spricht viel dafür, diese Grundsätze auch im Rahmen des § 426 II 2 BGB eingreifen zu lassen. Keine Schwierigkeiten bereitet dies, wenn die mehreren Gesamtschuldner gem. § 830 BGB haften. Fraglich wird die Anwendung des § 426 II 2 BGB, wenn - wie im vorliegenden Fall (vgl. Senat, NJW 1997, 1014) - die Gesamtschuldner aus unterschiedlichem Schuldgrund und demzufolge möglicherweise in unterschiedlicher Höhe haften. Während die Geschäftsführer der P den gesamten Schaden der Kl. durch vorsätzlich unerlaubte Handlungen verschuldet haben, war die M vertraglich eingeschaltet, um durch Überwachung solche Schädigungen zu verhindern. Streitig blieb, in welcher Höhe ihre mangelhafte Kontrolle den Schaden mit verursacht hat. Hätte sie ebenfalls den gesamten Schaden zu vertreten, so hätte sie mit der vergleichsweise übernommenen Zahlung nur einen Teil des Schadens ersetzt; das spräche für eine Anwendbarkeit des 426 II 2 BGB. Wie dagegen zu entscheiden ist, wenn die Rechtsvorgängerin der Bekl. - wie diese geltend macht - durch eigene Vertragsverletzungen von vornherein jedenfalls einen größeren Schaden verschuldet hätte als in der vergleichsweise anerkannten Höhe, ist zweifelhaft. Dann hätte die Kl. aus ihrer Sicht dennoch nur einen Teil ihres von mehreren Beteiligten gesamtschuldnerisch angerichteten Schadens ausgeglichen erhalten. Andererseits hätte die Rechtsvorgängerin den von ihr selbst zu vertretenden Schadensteil in vollem Umfang ausgeglichen; eine weitergehende Gesamtschuld hätte dem Betrage nach nie bestanden.

### III. Entgegenstehende Vergleichsabrede

Letztlich kommt es darauf nicht entscheidend an. Denn jedenfalls auf Grund des Vergleichs der Parteien vom 12.11.1985 ist die Kl. gehindert, wegen ihrer weitergehenden Forderungen gegen die P einen Vorrang gegenüber der Bekl. geltend zu machen.

### 1. Auslegung des Vergleichs durch das BerGer.

Das BerGer. legt den Vergleich der Parteien vom 12.11.1985 nicht nur dahin aus, dass dieser selbst keine Grundlage für einen Vorrang der Kl. mit etwa weitergehenden Ansprüchen gegen die P im Verhältnis zur Bekl. begründet. Es führt auch aus, die Rechtsvorgängerin der Bekl. sei mit dem Vergleichsabschluss aus ihrer Verpflichtung insgesamt entlassen worden. Die Kl. habe seinerzeit nicht zum Ausdruck gebracht, dass sie nach wie vor auf dem Standpunkt stehe, die Bekl. schulde alles.

### 2. Bestätigung des Ergebnisses durch den BGH

Diese Auslegung hält im Ergebnis den Angriffen der Revision stand. Zwar ist der Revision darin zuzustimmen, dass der Vergleich kaum die Annahme des BerGer. stützt, dass „offensichtlich die mit der zweiten Klage geltend gemachten Schadensersatzansprüche“ der Kl. „in vollem Umfang unbegründet“ gewesen seien: Mit dem beiderseitigen Nachgeben (§ 779 I BGB) haben die Vergleichsschließenden die Rechtsfrage nach der ursprünglichen Begründetheit gerade offen gelassen. Mit dem Aufzeigen solcher Zweifel allein vermag die Kl. aber nicht den Umstand zu entkräften, dass der Vergleich ausdrücklich „zum Ausgleich sämtlicher gegenseitigen Forderungen aus dem Vertragsverhältnis zwischen den Parteien und der Firma P“ abgeschlossen worden ist. Schließen Prozessparteien einen solchen Vergleich, so wollen sie damit regelmäßig jedes Wiederaufgreifen nicht nur der ursprünglichen Streitpunkte, sondern auch einen Streit über zusätzliche Rechtsfolgen wenigstens im Zusammenhang mit demselben Streitgegenstand ausschließen. Das gilt sogar dann, wenn sie noch nicht sämtliche möglichen Auswirkungen ihrer Regelung - wie hier die Frage des Vorrangs - bedacht haben. Derartige Ungewissheiten können sich potenziell zum Vor- oder Nachteil jedes Vertragsschließenden auswirken; die daraus folgenden Risiken nehmen sie typischerweise in Kauf. Diejenige Partei, die einen Vorrang daraus ableiten will, dass ihre Forderungen doch in weitergehendem Umfang berücksichtigt werden dürfen als vergleichsweise geregelt, muss deshalb wenigstens darlegen, dass der Vergleich dieser Rechtsverfolgung nicht entgegensteht. Dazu hat die Kl. hier nichts vorgebracht.

Nur eine solche Auslegung entspricht der Befriedigungsfunktion eines Abfindungsvergleichs. In den beiden Vorprozessen der Parteien wurde darüber gestritten, welche weitergehenden Schäden der Kl. im Einzelnen entstanden sein und auf welche Weise diese durch vertragswidriges Verhalten der Bekl. mitverursacht worden sein sollen. Die nur noch aus Reststücken bestehenden Akten 29 O 85/80 und 29 O

185/81 lassen insoweit keine selbstständigen Feststellungen mehr zu. Beenden die Parteien solche Prozesse durch einen Vergleich „zum Ausgleich sämtlicher gegenseitigen Forderungen“, so wollen beide sich auf eine endgültige Erledigung der Angelegenheit als Folge der Vergleichsabwicklung einstellen können. Ein solches Vertrauen darf nur unter besonderen Umständen enttäuscht werden.

3. *Keine Abweichung von der bisherigen Rechtsprechung des BGH (NJW 1997, 1014)*

Ein abweichender Rechtsstandpunkt ergibt sich nicht aus dem Senatsurteil vom 19. 12. 1996 (Senat, NJW 1997, 1014 = WM 1997, 341). Unter III 2, dritter Absatz dieses Urteils hat der Senat den Gläubiger, der einen Vorrang beansprucht, nur allgemein auf die Möglichkeit hingewiesen, diese Rechtsfrage außerhalb des Konkursverfahrens durch eine Klage geltend zu machen. Er hat sich aber nicht mit der Auslegung befasst, inwieweit der Vergleich der Parteien vom 12.11. 1985 einen solchen Vorrang hier zulässt.

## Standort: ZPO

## Problem: Beweislast für Rechtsgrundlosigkeit

BGH, URTEIL VOM 27.09.2002  
VZR 98/01 (NJW 2003, 1039)

### **Problemdarstellung:**

In diesem Revisionsverfahren musste der BGH zu der Frage Stellung nehmen, in welchem Umfang eine beweisbelastete Partei eine negative Tatsache - hier: Rechtsgrundlosigkeit einer Leistung gem. § 812 I BGB - darlegen und notfalls beweisen muss.

Im konkreten Fall veranlasste der Kl. eine Zahlung zugunsten des inzwischen verstorbenen B an dessen Rentenanstalt, um damit die Vorauszahlung auf den für später beabsichtigten Ankauf einer Eigentumswohnung, die der Kl. bis dato von B angemietet hatte, zu leisten. Nach dem Tod des B verkauften die Erben aber die fragliche Wohnung anderweitig, sodass der Kl. sie auf Rückzahlung in Anspruch nahm.

Das BerGer. hat einen bereicherungsrechtlichen Rückforderungsanspruch des Kl. mit der Begründung abgelehnt, der Kl. habe dem ihm obliegenden Beweis dafür, dass die Zahlungsleistung an B ohne Rechtsgrund erfolgt sei, nicht erfolgreich geführt. Es könne nämlich nicht ausgeschlossen werden, dass es sich bei dieser Zahlung auch um eine Vorauszahlung des Untermieters W oder um eine Zinsabgeltung handeln könnte.

Der BGH tritt dieser Rechtsauffassung entgegen. Zwar obliegt dem Bereicherungsgläubiger hinsichtlich der Rechtsgrundlosigkeit seiner Leistung die Darlegungs- und Beweislast; jedoch ist zu bedenken, dass es sich dabei um eine negative Tatsache handelt, deren Beweis er nicht direkt führen kann, sondern nur indirekt, indem er nämlich die Umstände für einen etwaigen Rechtsgrund widerlegt. Daher muss er lediglich die vom Leistungsempfänger, auch ggf. nur hilfsweise, geltend gemachten Rechtsgründe ausräumen. Darüber hinaus muss er nicht alle bloß theoretisch möglichen Behaltensgründe ausschließen. Das Risiko,

dass abstrakt-theoretisch ein Rechtsgrund gegeben sein könnte, der zu dem zu beurteilenden Prozessstoff keinen Bezug aufweist, trägt er selbst dann nicht, wenn der Schuldner als Gesamtrechtsnachfolger des Leistungsempfängers über die Umstände der Leistung keine unmittelbaren Kenntnisse besitzt.

### **Prüfungsrelevanz:**

Zum Ausbildungsstoff für das erste juristische Staatsexamen gehören grundlegende Kenntnisse der Zivilprozessordnung; für das zweite juristische Staatsexamen stellt das Zivilverfahrensrecht sogar einen zentralen Schwerpunkt dar. Fundierte Kenntnisse auf diesem Gebiet sind daher stets von Vorteil und sollten daher bei der Examensvorbereitung erworben werden.

Eine klassische Problematik im Zivilprozessrecht ist die Beweislastverteilung, also die Frage, welche Partei welche Tatsache im Streitfall beweisen muss. Grundsätzlich trägt jede Partei die Beweislast für die tatsächlichen Voraussetzungen der ihr günstigen Rechtsnorm. Der Kläger muss daher grundsätzlich die Voraussetzungen der von ihm eingeklagten Anspruchgrundlage und der Beklagte die Voraussetzungen der von ihm geltend gemachten Einwendungen bzw. -reden beweisen. Der von der beweisbelasteten Partei geführte Beweis kann jedoch durch einen Gegenbeweis der anderen Seite erschüttert werden. Dabei kann die Beweislast durch gesetzliche Vorschriften (z.B. §§ 891, 1006 BGB), nicht aber durch allgemeine Geschäftsbedingungen (§ 309 Nr. 12 BGB) umgekehrt werden. Dabei deckt sich die Beweislast mit der Darlegungs- bzw. Behauptungslast im Zivilprozess, wo die Parteien aufgrund des Verhandlungs- bzw. Beibringungsgrundsatzes für die Aufklärung des zu entscheidenden Sachverhalts verantwortlich sind.

Steht nach Beweisaufnahme und -würdigung nicht fest, ob die behauptete Tatsache wahr oder unwahr ist, wird zuungunsten dessen entschieden, der die Beweis-

last für die fragliche Tatsache trägt (sog. "Beweislasturteil").

**Vertiefungshinweise:**

Zu dieser Thematik: BGHZ 128, 127; Hübner/Matusche-Beckmann, LM H. 8/1995 § 6 VVG Nr. 85/86

**Kursprogramm:**

*Assessorkurs:* "Eine Hundeleben"  
 *Examenskurs:* "Keine Lust auf Schönheitsreparaturen"

**Leitsätze:**

**Wer einen Anspruch auf Herausgabe einer rechtsgrundlos erbrachten Leistung geltend macht, genügt seiner Darlegungs- und Beweislast, wenn er die von dem Schuldner behaupteten und die sonst nach den Umständen in Betracht kommenden Rechtsgründe ausräumt. Das Risiko, dass abstrakt-theoretisch ein Rechtsgrund gegeben sein könnte, der zu dem zu beurteilenden Prozessstoff keinen Bezug aufweist, trägt er selbst dann nicht, wenn der Schuldner als Gesamtrechtsnachfolger des Leistungsempfängers über die Umstände der Leistung keine unmittelbaren Kenntnisse besitzt.**

**Sachverhalt:**

Der Kl. war zusammen mit B Gesellschafter einer GmbH. Nach einem Beschluss der Gesellschafterversammlung vom 7. 12. 1994 sollten die drei Gesellschafter eine Gewinnausschüttung von je 100 000 DM erhalten. Der über diese Summe ausgestellte Scheck, der für den Kl. bestimmt war, wurde indes für eine Zahlung an die Schweizerische Rentenanstalt zu Gunsten von B verwendet. Der Kl. behauptet, Grund für diese Verfahrensweise sei es gewesen, dass der Kl. hiermit eine Vorauszahlung auf einen später beabsichtigten Kauf einer Eigentumswohnung habe leisten wollen. Einem sofortigen Erwerb hätten steuerliche Gründe entgegengestanden. Daher habe B die Wohnung - was insoweit unstreitig ist - zunächst für fünf Jahre und einen monatlichen Mietzins von 1400 DM an den Kl. vermietet, der sie an W weitervermietet habe. W habe die Wohnung später von dem Kl. erwerben wollen, dem er auch schon 450 000 DM gezahlt habe. B starb 1997. Die Bekl. sind seine Erben. Sie verkauften die Wohnung nicht an den Kl., sondern an W. Der Kl. erlangt Rückzahlung von 100 000 DM aus dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung. Das LG hat der Klage stattgegeben, das OLG hat sie abgewiesen. Die Revision des Kl. hatte Erfolg.

**Aus den Gründen:**

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

Das BerGer. nimmt an, der Kl. habe den ihm obliegenden Beweis dafür, dass die Leistung von 100.000 DM an den Rechtsvorgänger der Bekl. ohne Rechtsgrund erfolgt sei, nicht geführt. Es sei insbesondere nicht erwiesen, dass die Leistung als Anzahlung für den auf der Eigentumswohnung gedacht gewesen sei. Es könne nicht ausgeschlossen werden, dass es sich um eine Mietvorauszahlung des späteren Käufers W gehandelt habe, die der Kl. an B weitergeleitet habe. Denkbar sei auch, dass der Kl. gar Zinsen habe abgelten wollen, die B hinsichtlich der Vorauszahlung von 450.000 DM durch W zugestanden hätten. Die Nichterweislichkeit des fehlenden Rechtsgrundes gehe zu Lasten des Kl.; die Bekl. seien ihrer Verpflichtung, im Rahmen des ihnen Zumutbaren und Möglichen die für einen Rechtsgrund sprechenden Tatsachen darzulegen, nachgekommen.

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

Dies hält den Angriffen nicht stand.

**I. Grundsatz zur Darlegungs- und Beweislastverteilung für die Rechtsgrundlosigkeit i.S.d. § 812 I BGB**

Grundsätzlich muss derjenige, der einen Anspruch auf Herausgabe einer rechtsgrundlos erbrachten Leistung geltend macht (§ 812 I 1 BGB), die einzelnen Tatbestandsmerkmale, und damit auch das Fehlen eines Rechtsgrundes, darlegen und im Bestreitensfalle beweisen (BGHZ 128, 167 [171] = NJW 1995, 662; BGH, NJW-RR 1992, 1214 = BGHR BGB § 813 Abs. 1 Satz 1 Beweislast 3 m. w. Nachw.). Dem Bereicherungsgläubiger obliegt damit hinsichtlich der Rechtsgrundlosigkeit seiner Leistung der Beweis einer negativen Tatsache. Einen solchen Beweis kann er nicht direkt, sondern nur indirekt führen, indem er nämlich die Umstände widerlegt, die für eine causa sprechen (vgl. Baumgärtel/Strieder, Hdb. der Beweislast im PrivatR, 2. Aufl., § 812 Rdnr. 11). Daher lässt es die Rechtsprechung des BGH im Allgemeinen genügen, dass der Bereicherungsgläubiger die von dem Leistungsempfänger, auch hilfsweise, behaupteten Rechtsgründe ausräumt. Er muss darüber hinaus nicht alle theoretisch denkbaren Behaltensgründe ausschließen (BGH, NJW-RR 1996, 1211; Senat, NJW 1990, 392 [393]; vgl. auch Baumgärtel/Strieder, § 812 Rdnr. 11; Palandt/Thomas, BGB, 61. Aufl., § 812 Rdnr. 106).

**II. Übertragung auf den vorliegenden Fall**

Dem trägt das angefochtene Urteil nicht Rechnung.

### *1. Kein Umkehrschluss aus misslungenem Beweis-antritt*

Das BerGer. stützt seine Entscheidung zunächst darauf, dass der Kl. den von ihm behaupteten kaufrechtlichen Hintergrund der Zahlung nicht bewiesen habe. Ausgehend davon steht fest, dass die Zahlung des Rechtsgrundes nicht deswegen entbehrt, weil sie als Anzahlung für einen später nicht zu Stande gekommenen Kaufvertrag gedacht war. Der dem Kl. misslungene Beweis hat indes nicht - gleichsam als Kehrseite zur Folge, dass von einem von den Bekl. behaupteten Rechtsgrund, etwa in Form eines zu Stande gekommenen Kaufvertrags, auszugehen wäre. Die Bekl. haben nämlich in Abrede gestellt, dass dem Kl. die später an W veräußerte Wohnung habe verkauft werden sollen.

### *2. Kein substantzierter Vortrag der Bekl. zum Behaltendürfen der Zahlung*

Aus dem Vorbringen der Bekl. ergibt sich auch ansonsten kein denkbarer Behaltensgrund für die an ihren Rechtsvorgänger geleistete Zahlung, den der Kl. gar als grundsätzlich beweisbelastete Partei zu widerlegen hätte.

#### *a. Keine mietvertragliche Absprache als Rechtsgrund*

Soweit das BerGer. eine eventuelle mietvertragliche Absprache als causa für die Zahlung in Erwägung zieht, handelt es sich dabei vor dem Hintergrund des beiderseitigen Parteivortrags nicht um eine ernsthaft in Betracht kommende Möglichkeit. Zum einen ist schon unklar, wieso eine Mietvorauszahlung des späteren Käufers W, die über den Kl. an den Erblasser habe weitergeleitet werden sollen, auf einen mietvertraglichen Rechtsgrund im Verhältnis zwischen dem Kl. und B hindeuten soll. Denn es geht nicht um den Rechtsgrund für eine Mietvorauszahlung, sondern um den Rechtsgrund für die aus dem Scheck geflossene Zahlung an die Rentenversicherung von B. Außerdem stützt das BerGer. seine Überlegung zu einem mietvertraglichen Behaltensgrund auf ein Schreiben des Prozessbevollmächtigten des Kl. vom 16. 12. 1998, in dem dieser zwar geltend gemacht hat, die Zahlung von 100.000 DM sei eine Mietvorauszahlung des späteren Käufers W gewesen, die vereinbarungsgemäß über den Kl. an B habe weitergeleitet werden sollen. Doch rügt die Revision zu Recht, dass das BerGer. seiner Würdigung einen entscheidenden Teil dieses Schreibens außer Betracht gelassen hat. Es heißt dort nämlich, dass die Mietvorauszahlung „auf den Kaufpreis angerechnet werden sollte“. Das unterstützt allenfalls den Klägervortrag zur Anzahlung auf einen geplanten Kaufvertrag, ergibt aber keinerlei Hinweise auf eine

mietvertragliche Absprache zwischen dem Kl. und B, die Rechtsgrund für die Leistung von 100.000 DM sein könnte. Das ist angesichts des Umstands, dass für die gesamte Vertragslaufzeit von fünf Jahren nur 84.000 DM an Mietzinsen anfielen, auch ganz fern liegend.

Darauf deuten die Umstände auch nicht deswegen hin, weil der von dem Kl. vorgelegte Mietvertrag zwischen ihm und B die Leistung einer Mietsicherheit über 2 x 100.000 DM vorsieht. Zum einen ergibt sich auch aus diesem Mietvertrag eine Verrechnungsabrede mit einem Kaufvertrag. Denn es heißt dort, dass ab 300.000 DM die Miete mit dem Restkaufpreis verrechnet werden solle. Zum anderen haben sich die Bekl. auf einen mietvertraglichen Behaltensgrund nie berufen. Als Mietsicherheit - wie in dem Vertrag angegeben - wäre sie als Rechtsgrund auch denkbar ungeeignet, da sie bei Vertragsende an den Mieter, also an den Kl., zurückzahlen wäre. Schließlich haben die Bekl. auch bestritten, dass der von dem Kl. vorgelegte Mietvertrag der Beurteilung überhaupt zu Grunde gelegt werden könne. In dem von ihnen als „Original-Mietvertrag“ bezeichneten Vertragswerk sind Angaben über Zahlungen als Mietsicherheiten demgegenüber nicht enthalten.

Somit bleibt die Erwägung einer mietvertraglichen causa eine Möglichkeit, die weder vom Sachvortrag getragen wird noch im konkreten Fall überhaupt geeignet ist, einen Rechtsgrund für die in der Einlösung des Schecks zu Gunsten von B liegende Zahlung von 100.000 DM abzugeben.

#### *b. Keine Zinsabgeltung als Rechtsgrund*

Nichts anderes gilt für die vom BerGer. neben einer mietvertraglichen Absprache in Betracht gezogene Zinsabgeltung. Sie setzte voraus, dass den Bekl. bzw. ihrem Rechtsvorgänger überhaupt ein Zinsanspruch zugestanden hätte. Das ist zu verneinen.

Schon der Ausgangspunkt des BerGer., die von W an den Kl. gezahlten 450.000 DM hätten wirtschaftlich B als Eigentümer und späterem Verkäufer zugestanden, ist nicht haltbar. Geht man von dem Vortrag des Kl. aus, so gebührten ihm die 450.000 DM, weil W sie ihm als Vorauszahlung auf einen später mit ihm, nicht mit B, abzuschließenden Kaufvertrag über die zunächst gemietete Wohnung geleistet hatte. Sie waren dann allerdings an W zurückzahlen, nachdem ein Kaufvertrag mit dem Kl. nicht zu Stande kam. Die Weiterleitung des Betrags an die Bekl. als Verkäufer diene dann lediglich der Vereinfachung. Indem zugleich die Kaufpreisschuld von W gegenüber den Bekl. in dieser Höhe getilgt werden konnte. Nicht anders sieht es im Ergebnis aus, wenn man den Vortrag der Bekl. zu Grunde legt. Danach bestand zwar keine Absprache,

dass B die Wohnung an den Kl. verkaufen sollte und W sie von diesem erwerben konnte. Doch kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass der Kl. die Zahlung von 450 000 DM an B vorbei für sich vereinnahmt hat, obwohl sie B zustand. Denn dass W an B hätte zahlen sollen oder wollen, im Vorgriff auf einen mit diesem geplanten Kaufvertrag, ist von den Bekl. weder vorgetragen noch sonst ersichtlich. Vielmehr stellt sich aus der Sicht der Bekl. die Verfahrensweise des Kl. als Alleingang dar, getragen von der Hoffnung, die Wohnung später erwerben und an W weiterveräußern zu können. Das begründet aber keinen Anspruch von B auf die Vorauszahlung, deren Absicherung durch eine Bankbürgschaft ja auch nicht B, sondern der Kl. vorgenommen hatte.

### 3. Ergebnis

Nach allem kann der Kl., da der von den Parteien vorgetragene Sachverhalt keine noch so vagen Anhaltspunkte für einen Rechtsgrund der geleisteten Zahlung erkennen lässt, entgegen der Meinung des BerGer. nicht als beweisfällig angesehen werden. Dagegen stehen auch nicht die Überlegungen, die dem von dem BerGer. zitierten Urteil des BGH zu Grunde liegen (BGH, NJW 1999, 2887)

Das Urteil verhält sich zu der allgemeinen Frage der sekundären Behauptungslast der an sich nicht darlegungs- und beweispflichtigen Partei. Es hebt hervor, dass dieser Partei unter dem Gesichtspunkt der Prozessförderungspflicht Tatsachenvortrag obliegen kann, wenn es um Umstände geht, die der primär darlegungspflichtigen Partei nur eingeschränkt zugänglich sind, während es ihr zumutbar und auf Grund eigener Kenntnis unschwer möglich ist, dazu vorzutragen. Bezogen auf den auch hier vorliegenden Fall der Rückforderung einer rechtsgrundlos erbrachten Leistung stellt es darauf ab, dass dem Bereicherungsgläubiger die Widerlegung aller auch nur entfernt in Be-

tracht zu ziehenden Behaltensgründe nicht zugemutet werden könne, wenn es andererseits dem Bereicherungsschuldner leicht falle, den Grund seiner Weigerung, das Erlangte zurück zu gewähren, näher darzulegen. Diese Wertungen rechtfertigen es im konkreten Fall nicht, zu Lasten des Kl. die Grundsätze eines non liquet anzuwenden.

Allerdings haben die Bekl. als Erben unter Umständen keine eigene Kenntnis von den Vorgängen. Sie treten indes in die Rechtsstellung des Erblassers ein und sind infolgedessen in der Lage, Erkenntnisse aus vorhandenen Unterlagen, zu denen sie Zugriff haben, zu gewinnen. Daher besteht auch für sie eine sekundäre Behauptungslast, wenn auch inhaltlich eingeschränkt und ausgerichtet an den ihnen zur Verfügung stehenden Möglichkeiten. Diesen Ansprüchen genügt der Vortrag der Bekl. nicht, der sich zwar durchaus eingehend mit den Darlegungen des Kl. zum Hintergrund der Zahlung auseinandersetzt, ansonsten aber nicht einmal im Sinne einer denkbaren Alternative Ausführungen zu einem Rechtsgrund enthält. Schon deswegen ist die Darlegungs- und Beweislast nicht wieder einseitig auf den Kl. zurückgefallen.

Zum anderen kommt eine Beweislastentscheidung zu Lasten des Kl. auch deswegen nicht in Betracht, weil im konkreten Fall die Möglichkeiten eines Rechtsgrundes, die nach der Bewertung des vorgetragenen Sachverhalts noch übrig bleiben, nicht einmal - wovon das zitierte Urteil ausgeht - entfernt in Betracht zu ziehen sind, sondern rein abstrakt-theoretisch bleiben. Das Risiko, dass ein solcher theoretisch denkbare Rechtsgrund tatsächlich vorliegt, ist außerordentlich gering. Diese Möglichkeit gleichwohl in Betracht zu ziehen und darauf eine Beweislastentscheidung zu Lasten des Kl. zu stützen, ist unangemessen. Eine solche Bewertung bliebe ohne Bezug zu dem zu beurteilenden Prozessstoff.

## Standort: Deliktsrecht

## Problem: Haftungsprivilegierung gem. §§ 104 ff. SGB VII

BGH, URTEIL VOM 26.11.2002  
VI ZR 449/01 (NJW 2003, 1121)

### Problemdarstellung:

Dem Rechtsstreit ging folgender Unfall voraus. Ein siebzehnjähriger Schüler des städtischen Gymnasiums der Stadt A erlitt beim Sportunterricht (Fach: "Alpiner Skilauf") einen schweren Unfall, als dessen Folge er eine Querschnittslähmung davon getragen hat. Bei einem Sturz auf der Skipiste prallte der Schüler mit dem Rücken in eine ungesicherte und ungepolsterte Schneekanone. Diese Skipiste wurde ebenfalls von der

Stadt A betrieben, gehörte aber nicht zum offiziellen Schulgelände. Da es sich um einen Schulunfall handelte, übernahm die Kl. als gesetzliche Unfallversicherung die entstandenen Personenschäden, die bis dato eine Summe von über eine Millionen DM betrug. Nunmehr nahm die Kl. den Bekl. als Leiter der Sportstättenverwaltung der Stadt A aus übergegangenen Recht (§ 116 SGB X) in Anspruch und verlangte von ihm klageweise Regress in Höhe der gemachten Aufwendungen. Der Bekl. berief sich auf die Haftungsbe freiung von § 106 I Nr. 3 SGB VII, wonach ein Haftungsauschluss für Angehörige desselben Unternehmens ein-

greift.

Der BGH hatte in diesem Revisionsverfahren nunmehr zu klären, ob im vorliegenden Fall dieser Haftungsausschluss zugunsten des Bekl. auch eingreift. Dabei stellt der BGH zunächst fest, dass entgegen der Auffassung des Ausgangsgericht nicht davon ausgegangen werden kann, dass dasselbe Unternehmen in diesem Fall die Stadt A als Trägerin der Schule und der Sportstätte ist. Gegen diese Auffassung spricht der Gesetzeswortlaut, die systematische Stellung zu §§ 2, 104 SGB VII und der historische Wille des Gesetzgebers; diese Rechtsansicht steht zudem im Einklang mit der h.M. in der entsprechenden Literatur.

Trotzdem greift aber diese Haftungsprivilegierung ein, weil der Bekl. als Angehöriger des Unternehmens "Schule" anzusehen ist. Der Begriff des "Angehörigen" ist entsprechend den Besonderheiten des Schulbetriebs auszulegen. Danach sind alle mit der Vorbereitung und Durchführung des Schulunterrichts befassten und bewusst eingeschalteten Personen, unabhängig von der Dauer oder des Rechtsverhältnisses zur Schule, als Angehörige i.S.d. § 106 I Nr. 3 SGB VII einzustufen.

#### **Prüfungsrelevanz:**

Eine examensrelevante Sonderproblematik im Deliktsrecht stellen die Haftungsprivilegierungen gem. §§ 104 ff. SGB VII im Rahmen der gesetzlichen Unfallversicherung dar. Erleidet eine gesetzlich unfallversicherte Person einen Unfall (z.B. Arbeitnehmer am Arbeitsplatz), dann tritt die gesetzliche Unfallversicherung für alle materiellen Schäden ein. Erfolgte der Unfall durch die Beteiligung eines Dritten, geht kraft Gesetzes ein etwaiger Schadensersatzanspruch gegen den schädigenden Dritten auf die Unfallversicherung über. Jedoch hat der Gesetzgeber zum Schutz des Rechtsfriedens hiervon bestimmte Ausnahmen gemacht, sodass bei bestimmten Schädigern eine solche Regressmöglichkeit für die Unfallversicherung nicht besteht.

So hat der Gesetzgeber in den §§ 104, 105 SGB VII den Arbeitgeber und Arbeitskollegen von einer solchen Haftung freigestellt, um den Betriebsfrieden nicht durch die schadensrechtliche Inanspruchnahme zu gefährden.

#### **Vertiefungshinweis:**

Zu § 106 SGB VII: *LG Stendal*, NJOZ 2002, 281

#### **Kursprogramm:**

*Examenskurs*: "Der geschädigte Kollege"

#### **Leitsatz:**

**Wird ein Sportunterricht nach dem Willen des Schulträgers auf einer von ihm betriebenen Sportstätte (hier: Skipiste) als Schulunterricht durchgeführt, ist nicht nur ein bei der unterrichtsbezogenen Tätigkeit eines Schülers eingetretener Unfall als Schulunfall anzusehen, sondern es sind auch alle mit der Vorbereitung und Durchführung eines solchen ausgelagerten Schulunterrichts befassten Mitarbeiter der Sportstätte im Rahmen der Haftungsprivilegierung des § 106 I Nr. 3 SGB VII als insoweit in den Schulbetrieb eingegliederte Betriebsangehörige zu betrachten.**

#### **Sachverhalt:**

Die kl. Unfallkasse macht als gesetzlicher Unfallversicherer aus übergegangenem Recht Ansprüche auf Ersatz des Personenschadens geltend, den ihr Versicherter infolge eines Skiunfalls erlitten hat. Der Versicherte, ein damals 17-jähriger Schüler eines Gymnasiums der Stadt A., verunglückte am 22. 1. 1997 im Rahmen des Sportunterrichts im Fach „Alpiner Skilauf“ schwer und ist infolge des Unfalls querschnittgelähmt. Der Sportunterricht fand auf einer von der Stadt A. betriebenen Skipiste statt, die nicht zum Schulgelände gehört. Während einer individuellen Leistungskontrolle durch den Lehrer verlor der Schüler beim Versuch des Anhaltens im Zielbereich die Kontrolle über die Skier und prallte rückwärts gegen den Mast einer am Pistenrand befindlichen Beschneiungsanlage (sog. Schneekanone). Dabei traf er auf einen metallenen, im unteren Bereich des Mastes angebrachten Ring, der weder gepolstert noch durch andere Maßnahmen gesichert war. Der Gemeindeunfallversicherungsverband erkannte den Unfall mit rechtskräftigem Bescheid als Schulunfall an. Die Kl. erbrachte als gesetzlicher Unfallversicherer für Personenschäden des Verletzten bisher Leistungen, die sie auf 1.066.219,11 DM beziffert. Eine dem vorliegenden Rechtsstreit vorausgegangene Schadensersatzklage des Schülers gegen die Stadt A., die zugleich Trägerin des von ihm damals besuchten Gymnasiums ist, hat das OLG Dresden (NJW-RR 1999, 902) im Hinblick auf Personenschäden und Schmerzensgeld wegen eines Haftungsausschlusses nach § 104 I SGB VII abgewiesen; hinsichtlich der übrigen materiellen Schäden hatte die Klage Erfolg. Die Revision des verletzten Schülers gegen dieses Urteil hat der erkennende Senat mit Beschluss vom 6. 7. 1999 -VI ZR 338/98, nicht angenommen.

Die Kl. begehrt nunmehr von dem Bekl., dem Leiter der Sportstättenverwaltung der Stadt A., aus übergegangenem Recht Schadensersatz in Höhe der erbrachten Leistungen sowie die Feststellung, dass der Bekl.

verpflichtet sei, ihr im Rahmen der gem. § 116 SGB X übergegangenen Schadensersatzansprüche des Verletzten alle weiteren Aufwendungen zu ersetzen, die sie aus Anlass des Skiunfalls für ihren Versicherten zu erbringen habe. Das LG hat die Klage abgewiesen. Die Sprungrevision der Kl. blieb erfolglos.

### **Aus den Gründen:**

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

Das LG hat offen gelassen, ob der Bekl. den Skiunfall durch eine Verletzung der ihm obliegenden Verkehrssicherungspflichten oder Amtspflichten verursacht hat und ob hieraus Schadensersatzansprüche des Verletzten gegen den Bekl. gem. § 823 I bzw. § 839 I BGB entstanden sind.

Jedenfalls greife zu Gunsten des Bekl. ein Haftungsausschluss nach § 106 I Nr. 3 SGB VII ein, weil er Angehöriger „desselben Unternehmens“ im Sinne dieser Vorschrift gewesen sei. Der Begriff des „Unternehmens“ im Sinne dieser Norm umfasse nicht nur jeweils einen organisatorisch-räumlich abgeschlossenen Unternehmensteil (Betrieb), sondern das gesamte Unternehmen, auch wenn es aus mehreren Einzelbetrieben bestehe. Da sich im vorliegenden Fall die Sportstättenverwaltung und das Gymnasium in der Hand des gleichen Trägers, nämlich der Stadt A., befunden habe, sei der Bekl. Angehöriger „desselben Unternehmens“ wie der Versicherte und damit von der Haftung freigestellt.

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

Das Urteil hält im Ergebnis den Angriffen der Revision stand. Der Bekl. ist nach § 106 I Nr. 3 i. V. mit § 105 I SGB VII von der Haftung zum Ersatz des dem Verletzten entstandenen Personenschadens freigestellt, weil er unter den Umständen des vorliegenden Falles wie ein „Betriebsangehöriger desselben Unternehmens“ wie der verletzte Schüler zu behandeln ist.

#### *I. Zum Erfordernis „desselben Unternehmens“ in § 106 I SGB VII*

Entgegen der Auffassung des LG kann allerdings nicht davon ausgegangen werden, dass hier „dasselbe Unternehmen“ i. S. des § 106 I Nr. 3 SGB VII die Stadt A. als Trägerin der Schule und der Sportstätte ist.

Dagegen spricht bereits der Wortlaut der Vorschrift, wonach „in den in § 2 I Nrn. 2, 3 und 8 genannten Unternehmen“ die §§ 104 und 105 entsprechend für die Ersatzpflicht der Betriebsangehörigen desselben Unternehmens gegenüber den in § 2 I Nrn. 2, 3 und 8 genannten Versicherten gelten. Im Gegensatz zu § 136

III Nr. 3 SGB VII, der ausdrücklich bestimmt, dass als „Unternehmer“ i. S. des § 104 SGB VII der Sachkostenträger - hier die Stadt A. - anzusehen ist, sind als „Unternehmen“ i. S. des § 2 I Nr. 8 b SGB VII lediglich die allgemein- oder berufsbildenden Schulen, nicht aber deren Träger genannt. Dies entspricht auch der ständigen Rechtsprechung des Senats zu § 637 IV RVO (vgl. Senat, NJW 1980, 289 = LM § 637 RVO Nr. 10 = VersR 1980, 43 [44]; VersR 1981, 428 [429]; NJW 1982, 1042 = LM § 636 RVO Nr. 21 = VersR 1982, 270; LM § 636 RVO Nr. 27 = VersR 1984, 652; NJW 1988, 493 = LM § 637 RVO Nr. 26 = VersR 1988, 167), dessen Haftungsregelung nach dem Willen des Gesetzgebers in die neue Vorschrift des § 106 I SGB VII aufgenommen werden sollte (BT-Dr 13/2204, S. 100), und der herrschenden Meinung in der Literatur zu § 106 I Nr. 3 SGB VII (vgl. Krasney, in: Brackmann/Krasney, Hdb. d. Sozialversicherung, Bd. 3/1, Stand: Januar 2002, § 106 Rdnrn. 9 f.; Kater, in: Kater/Leube, Gesetzliche Unfallversicherung, SGB VII, Stand: 1997, § 106 Rdnr. 12; Lauterbach, SGB VII, 1998, § 106 Rdnr. 5; Schmitt, SGB VII, 1998, § 106 Rdnrn. 4 und 5; Waltermann, in: Wannagat, SGB, Stand: 2001, § 106 Rdnr. 2; ders., NJW 1997, 3401 [3403]; weiter Ricke, in: KassKomm z. SozialversicherungsR, Stand: 1.1.2002, § 106 Rdnr. 6; unklar insoweit Hauck/Nehls, SGB VII, § 106 Rdnrn. 8 und 10; Mehrrens, in: Bereiter/Hahn/Mehrrens, Gesetzliche Unfallversicherung, SGB VII, Stand: Mai 2002, § 106 Rdnr. 6, § 105 Rdnr. 11).

Die abweichende Auffassung (vgl. Gampert, NZV 2001, 401 [402 f.]), wonach der Gesetzgeber in § 106 I Nr. 3 SGB VII den engeren Begriff des „Betriebes“ i. S. des § 105 SGB VII zu Gunsten des weiteren Begriffs des „Unternehmens“ verlassen habe und als Unternehmen in diesem Sinne nur die gesamte gemeindliche Organisation in ihren vielfältigen Ausprägungen betrachtet werden könne, verkennt, dass § 106 I Nr. 3 SGB VII auf die „in § 2 Nrn. 2, 3 und 8 genannten Unternehmen“ Bezug nimmt. Sie findet auch keine Stütze in der Veröffentlichung von Leube (VersR 2000, 948 [951]), zumal dieser nicht die Gemeinde oder das Land, sondern ebenfalls die Schule als Unternehmen i. S. des § 106 I Nr. 3 SGB VII ansieht (Leube, VersR 2000, 948, 949), allerdings diesen Begriff weit verstehen will mit der Folge, dass die Haftung aller Mitarbeiter der schultragenden Gemeinde und des Landes in dem „Unternehmen Schule“ ausgeschlossen sei.

Eine Auslegung dahin gehend, dass als Unternehmen der „Unternehmer“, das heißt der Sachkostenträger und damit die Stadt A. (§ 136 III Nr. 3 SGB VII) anzusehen ist, erscheint vom Gesetzeszweck her auch

nicht geboten (vgl. insoweit auch Senat, BGHZ 148, 209 = NJW 2001, 3127 = LM H. 11/2001 § 106 SGB VII Nr. 3 = VersR 2001, 1156), da der Zweck der Regelung - nämlich die Anwendung der Haftungsbeschränkungen für den Besuch von Tageseinrichtungen, Schulen und Hochschulen i. S. des § 2 I Nr. 8 SGB VII (vgl. BT-Dr 13/2204, 5. 100) - eine derart weite Auslegung nicht erfordert.

## II. Zur Auslegung des Begriffs "Unternehmen Schule"

Obwohl somit die Schule, nicht aber deren Träger als Unternehmen i. S. des § 106 I Nr. 3 SGB VII zu betrachten ist, hat das BerGer. im Ergebnis dennoch zutreffend einen Haftungsausschluss des Bekl. nach dieser Norm bejaht.

### I. Anpassung des Begriffs an die konkrete Situation (hier: Schulbetrieb)

Diese Bestimmung ist hier anwendbar, weil es um die Beschränkung der Haftung der Betriebsangehörigen desselben Unternehmens gegenüber den in § 2 I Nr. 8 SGB VII genannten Versicherten geht, wobei sie auf die §§ 104 und 105 SGB VII verweist. Die sonach für das „Unternehmen Schule“ entsprechend geltende Vorschrift des § 105 SGB VII, der die Beschränkung der Haftung anderer in demselben Betrieb tätiger Personen regelt, ist aber auf die Arbeitswelt zugeschnitten und bedarf nach ständiger Senatsrechtsprechung zu § 637 IV RVO jeweils der gedanklichen Umformung auf die konkrete Schulsituation. Deshalb ist die Auslegung den Besonderheiten des Schulbetriebs so anzupassen, dass die Zweckbestimmung der Norm hinreichend zum Tragen kommt (vgl. etwa NJW 1980, 289 = LM § 637 RVO Nr. 10 = VersR 1980, 43 [44]; VersR 1981, 428 [429]; LM § 636 RVO Nr. 27 = VersR 1984, 652; NJW 1988, 493 = LM § 637 RVO Nr. 26 = VersR 1988, 167).

So hat es der Senat für die Haftungsbefreiung nach § 637 IV RVO genügen lassen, dass der Ehemann einer Lehrerin oder die Pflegemutter eines Schülers bei einer Schulveranstaltung in freiwilliger Hilfe ein Grillgerät bedienten (vgl. Senat, NJW 1980, 289 = LM § 637 RVO Nr. 10 = VersR 1980, 43 [44]; VersR 1981, 428 [429]). In einem anderen Fall (LM § 636 RVO Nr. 27 = VersR 1984, 652), in dem der dortige Kl. im Rahmen seines Betriebspraktikums für Schüler in einer Kfz-Werkstatt tätig war und als Beifahrer in einem bei der dortigen Bekl. haftpflichtversicherten Pkw nach der Abholung von Kfz-Teilen durch einen vom Sohn des Betriebsinhabers als Fahrer verursachten Verkehrsunfall schwer verletzt wurde, hat der Senat entschieden, die Anwendung der §§ 636 I, 637 I RVO finde

ihre Berechtigung darin, dass sowohl der Kl. als auch der Fahrer am Unfalltag Betriebsangehörige des „Unfallbetriebs Schule“ gewesen seien. Da die Betriebspraktika als Schulunterricht in dem ausgewählten Unternehmen durchgeführt worden seien, sei nicht nur ein bei praktikumsbezogener Tätigkeit des Schülers eingetretener Unfall als Schulunfall anzusehen, sondern es müssten auch alle mit der Durchführung des Praktikums befassten Mitarbeiter des Unternehmens als „in demselben (Schul-)Betrieb tätige Betriebsangehörige“ betrachtet werden. An die hierzu erforderliche Unterstellung dieser Beschäftigten unter die Weisungsbefugnis der Schule dürften dabei keine überhöhten Anforderungen gestellt werden. Im Rahmen eines Betriebspraktikums reiche es aus, dass der vom Betrieb benannte Betreuer dem Weisungsrecht der Schule unterliege und dass er im Rahmen seiner Pflichtenstellung mit Wissen und Billigung der Schule auch weitere Mitarbeiter seines Betriebs in die Durchführung der Praktika einbeziehen könne. Verursache ein solcher Mitarbeiter durch eine der Durchführung des Praktikums dienende betriebliche Tätigkeit einen Unfall des Schülers, so stehe diesem deshalb gem. §§ 636 I, 637 I RVO kein Anspruch auf Ersatz eines Personenschadens zu, es sei denn, der Betriebsangehörige habe den Unfall vorsätzlich herbeigeführt oder dieser sei bei der Teilnahme am allgemeinen Verkehr eingetreten.

### 2. Übertragung auf den vorliegenden Fall (Mitarbeiter der ausgelagerten Schulsportstätte)

Diese Erwägungen sind in ihrem Kerngehalt auf den vorliegenden Fall übertragbar. Da der Sportunterricht nach dem Willen des Schulträgers auf der von ihm betriebenen Sportstätte „Skipiste“ als Schulunterricht durchgeführt wurde, ist nicht nur der bei der unterrichtsbezogenen Tätigkeit des Schülers eingetretene Unfall als Schulunfall anzusehen, sondern es müssen auch alle mit der Vorbereitung und Durchführung eines solchen ausgelagerten Schulunterrichts befassten Mitarbeiter der Sportstätte als insoweit in den Schulbetrieb eingegliederte Betriebsangehörige betrachtet werden. Zwar war der Bekl. als der für den verkehrssicheren Zustand der Sportstätte Verantwortliche nicht unmittelbar dem Weisungsrecht der Schule unterworfen. Stattdessen hatte jedoch der Schulträger als (gleichzeitiger) Betreiber der Sportstätte die Möglichkeit - etwa auf entsprechende Hinweise seitens der Schule -, ihm hinsichtlich der Durchführung des Sportunterrichts Weisungen zu erteilen.

Insoweit unterscheidet sich der vorliegende Fall in einem wesentlichen Gesichtspunkt von demjenigen, welcher dem Senatsurteil vom 1.12.1981 (NJW 1982, 1042 = LM § 636 RVO Nr. 21 = VersR 1982, 270) zu

Grunde lag. Dort hat der Senat einen privaten Transportunternehmer und den von ihm eingesetzten Fahrer beim Einsatz eines Fahrzeugs als „Schulbus“ nicht nach §§ 636, 637 RVO von der Haftung für Schulunfälle der zu befördernden Schüler freigestellt, weil sie bei der vertraglichen Durchführung der Schülertransporte keinen allgemeinen Weisungen „des Schulträgers oder der Schulverwaltung“ unterlagen. Dies ist hier anders, da der Sportunterricht nicht auf einer privaten, sondern auf einer vom Sachkostenträger der Schule betriebenen Sportstätte stattfand, auf deren Zustand dieser durch Weisungen an verantwortliche Mitarbeiter unmittelbar Einfluss nehmen konnte. Bei einer solchen Sachlage kann es keinen Unterschied machen, ob der Sportunterricht in einer zur Schule gehörenden Einrichtung, etwa in der Turnhalle, stattfindet oder auf einer außerhalb der Schule liegenden Sportstätte, für deren Verkehrssicherheit der Schulträger ebenfalls verantwortlich ist.

### 3. Wahrung des Regelungszwecks von §§ 104 ff. SGB VII

Für die hier gefundene Auslegung sprechen schließlich Sinn und Zweck der §§ 104 ff. SGB VII. Diese dienen der Sicherung des Betriebsfriedens und damit auch

dem Ausschluss einer die Haftungsprivilegierung des Unternehmers i. S. des § 104 SGB VII entwertenden Freistellungsanspruchs seiner Arbeitnehmer (vgl. BT-Dr IV/120, S. 63; BAG, NZA 1993, 451; Waltermann, in: Wannagat, SGB, § 105 Rdnr. 2).

Wollte man den Bekl. im Rahmen der ihm bei der Vorbereitung und Durchführung des Sportunterrichts obliegenden Verkehrssicherungspflichten nicht als „Betriebsangehörigen des Unternehmens Schule“ in die Haftungsprivilegierung der §§ 106 I Nr. 3, 105 I SGB VII einbeziehen, so wäre die Stadt A., die als Unternehmer i. S. des § 104 SGB VII von der Haftung gegenüber dem verletzten Schüler freigestellt ist, unter Umständen einem Freistellungsanspruch des Bekl. ausgesetzt, durch welchen die vom Gesetzgeber beabsichtigte Haftungsfreistellung unterlaufen werden könnte.

### III. Ergebnis

Da der Bekl. mithin zu dem nach §§ 104 bis 106 SGB VII haftungsprivilegierten Personenkreis gehört, kommt ein Forderungsübergang der geltend gemachten Ansprüche gem. § 116 SGB X auf die Kl. nicht in Betracht. Das LG hat deshalb die Klage im Ergebnis mit Recht abgewiesen.

## Standort: Stellvertretung

## Problem: Schenkung an Minderjährige

BAYOBLG, BESCHLUSS VOM 05.12.2002  
2 Z BR 108/02 (NJW 2003, 1129)

### Problemdarstellung:

In diesem Rechtsstreit ging es um die Frage nach der Wirksamkeit einer Stellvertretung von Kindern durch ihre Eltern gem. §§ 164 I, 1629 BGB. Der Vater wollte einen ihm zustehenden Grundstücksanteil im Wege der vorweggenommenen Erbfolge an seine drei Kinder schenken und dementsprechend auflassen. Bei Abschluss von notariellem Schenkungsvertrag und Auflassung (§ 925 BGB) vor dem Notar wurden die Kinder durch ihre Eltern gemeinsam vertreten. Das Grundstück war mit einem lebenslangen Nießbrauch zugunsten der Eltern des Vaters belastet, die es vermietet hatten. Nach dem Willen der Eltern sollte sich bei Löschung dieses Nießbrauchsrechts ein eigenes Nießbrauchsrecht sogleich anschließen. Das Grundbuchamt verweigerte die Eintragung der Kinder als Eigentümer ins Grundbuch, da sie nicht ordnungsgemäß von ihren Eltern vertreten worden seien.

Das Gericht stellt fest, dass dem Stellvertretungsrecht der Eltern gem. §§ 1629 II, 1795 II, 181 BGB Grenzen

gesetzt sind, wenn es um - wie in diesem Fall - um In-Sich-Geschäfte handelt, wo die Eltern mit sich selbst und zugleich als Stellvertreter ihrer Kinder handeln. Zwar gibt es eine Ausnahme vom Verbot des Selbstkontrahierens, wenn das fragliche Rechtsgeschäft für den vertretenen Minderjährigen lediglich rechtlich vorteilhaft ist. Ein solcher Ausnahmefall liegt hier aber nicht vor. Der schenkungsweise erfolgte Erwerb eines vermieteten Grundstücks ist nicht nur rechtlich vorteilhaft, da der Erwerber gem. §§ 566 ff. BGB in das Mietverhältnis eintreten muss. Daran ändert sich auch nichts, wenn - wie in diesem Fall - nicht der Grundstückseigentümer, sondern der Nießbraucher Vermieter ist. Nach § 1056 I BGB tritt nämlich im Falle der Beendigung des Nießbrauchs ebenfalls der jeweilige Grundstückseigentümer in das Mietverhältnis kraft Gesetzes ein. Unerheblich ist dabei, dass die Eltern ein eigenes Nießbrauchsrecht übernehmen, sobald das derzeitige Nießbrauchsrecht der Großeltern erloschen ist. Das Gesetz sieht keinen unmittelbaren Übergang des Mietverhältnis vom ersten Nießbraucher auf den zweiten vor; vielmehr tritt - wenn auch nur für eine juristische Sekunde - der derzeitige Grundstückseigentümer in das Mietverhältnis ein.

**Prüfungsrelevanz:**

Die Frage nach der lediglich rechtlichen Vorteilhaftigkeit eines Rechtsgeschäfts ist zum einen für die Wirksamkeit von Willenserklärungen von beschränkt Geschäftsfähigen gem. § 107 BGB wichtig, da nach Umkehrschluss aus dieser Norm ein Minderjähriger solche Rechtsgeschäfte ohne Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters vornehmen darf. Zum anderen ist diese Frage für die Wirksamkeit einer Stellvertretung bei In-Sich-Geschäften gem. § 181 BGB entscheidend; nach teleologischer Auslegung dürfen Stellvertreter trotz § 181 BGB mit sich selbst kontrahieren, wenn es für den Vertretenen lediglich rechtlich vorteilhaft ist.

Bei der Überprüfung, ob ein Rechtsgeschäft lediglich rechtlich vorteilhaft ist oder nicht, nimmt der BGH - im Widerspruch zum Abstraktionsprinzip - eine Gesamtbetrachtung aus Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft vor, damit auch nicht mittelbar dem schutzwürdigen Minderjährigen/Vertretenen irgendein rechtlicher Nachteil widerfährt.

Damit werden in dieser Entscheidung zwei klassische Prüfungsthemen angesprochen, Stellvertretungs- und Geschäftsfähigkeitslehre.

**Vertiefungshinweise:**

Zu dieser Thematik: *OLG Zweibrücken*, NJW-RR 1999, 1174; *OLG Frankfurt a.M.*, FGPrax 1995, 112; *BayObLG*, NJW-RR 1992, 328

**Kursprogramm:**

- Examenskurs*: "Der Rat suchende Onkel"  
 *Examenskurs*: "Familiengeschichten III"

**Leitsatz:**

**Die schenkweise Übertragung eines Grundstücks ist nicht lediglich rechtlich vorteilhaft, wenn das Grundstück mit einem Nießbrauch belastet ist und der Nießbraucher das Grundstück vermietet hat.**

**Sachverhalt:**

Der Bet. zu 1 ist im Grundbuch als Miteigentümer zu 1/6 eingetragen. Dieser Anteil ist mit einem Nießbrauch für die Eltern des Bet. zu 1 als Gesamtberechtigte belastet. Das Grundstück ist vermietet. Vermieter sind unter anderem die Eltern des Bet. zu 1. Der Bet. zu 1 schloss mit den Bet. zu 2 bis 4 einen Vertrag, in dem er sich verpflichtete, den genannten Miteigentumsanteil unentgeltlich im Wege vorweggenommener Erbfolge zu je 1/3 an seine drei 1992 und 1997 geborenen Kinder, die Bet. zu 2 bis 4, zu übertragen.

Gleichzeitig wurde die Auflassung erklärt. Die Bet. zu 2 wurden dabei vom Bet. zu 1 und ihrer Mutter, der Ehefrau des Bet. zu 1, vertreten. Gleichzeitig wurde vereinbart, dass die Bet. zu 2 ihren Eltern auf deren Lebensdauer den unentgeltlichen Nießbrauch an dem Grundstück einräumen. Die Bet. bewilligten und beantragten die Eintragung des Nießbrauchsrechts, wobei der Notar angewiesen wurde, die Eintragung des Nießbrauchs erst zu beantragen, wenn der jetzt eingetragene Nießbrauch lösungsfähig ist. Der Verfahrensbevollmächtigte der Bet. beantragte, die Bet. zu 2 bis 4 als Eigentümer einzutragen. Das Grundbuchamt hat mit Zwischenverfügung vom 8. 4. 2002 den Vollzug der Eintragung von der Genehmigung des Rechtsgeschäfts durch einen für die minderjährigen Erwerber zu bestellenden Ergänzungspfleger abhängig gemacht. Die gegen diese Zwischenverfügung eingelegte Beschwerde hat das LG zurückgewiesen. Die weitere Beschwerde der Bet. hatte keinen Erfolg.

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

Das LG hat ausgeführt: Eine wirksame Auflassungserklärung des geschäftsunfähigen Bet. zu 4 und der beschränkt geschäftsfähigen Bet. zu 2 und 3 liege nicht vor. Sie seien bei der Abgabe der Erklärung von ihrer Mutter und dem Bet. zu 1 nicht wirksam vertreten gewesen, weil die Eltern gem. §§ 1629 II, 1795 II, 181 BGB von der Vertretung ausgeschlossen gewesen seien.

Zwar greife der Schutzzweck dieser Vorschriften nicht ein, wenn das Rechtsgeschäft dem Minderjährigen lediglich einen rechtlichen Vorteil bringe, da dann ein Interessenwiderstreit ausgeschlossen sei und Belange Dritter nicht entgegenstünden. Der Erwerb eines vermieteten Grundstücks begründe jedoch nicht einen rechtlichen Vorteil, da der Erwerber gem. § 566 BGB in das bestehende Mietverhältnis eintrete. Etwas anderes ergebe sich im vorliegenden Fall auch nicht daraus, dass der verfahrensgegenständliche Grundstücksanteil bereits mit einem Nießbrauch belastet sei und den Eltern der Erwerber ein weiterer Nießbrauch eingeräumt werde. Im Falle des Erlöschens des Nießbrauchs trete der Eigentümer gem. § 1056 BGB in das Mietverhältnis ein. Die Möglichkeit der persönlichen Haftung aus dem Mietverhältnis auf Grund des Grundstückserwerbs bestehe für die Bet. zu 2 bis 4 jedenfalls dann, wenn sowohl ihre Großeltern als auch ihre Eltern vorversterben würden.

**B. Entscheidung des BayObLG**

Die Entscheidung des LG hält der rechtlichen

Nachprüfung stand.

Das LG ist zutreffend davon ausgegangen, dass der Bet. zu 1 und dessen Ehefrau gem. §§ 1626 II, 1795 II, 181 BGB von der Vertretung der Bet. zu 2 bis 4 ausgeschlossen waren. Die Voraussetzungen, unter denen eine Ausnahme von dem Vertretungsverbot angenommen werden kann (vgl. BayObLGZ 1998, 139 = NJW 1998, 3574), liegen nicht vor, weil das Rechtsgeschäft den Bet. zu 2 bis 4 nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil bringt.

Der Erwerb eines vermieteten Grundstücks ist nicht lediglich rechtlich vorteilhaft, da der Erwerber nach Maßgabe der §§ 566 ff. BGB in das Mietverhältnis eintritt (OLG Oldenburg, NJW-RR 1988, 839; Palandt/Heinrichs, BGB, 62. Aufl., § 107 Rdnr. 4; a. A. Jerschke, DNotZ 1982, 473). Durch den Eintritt in das Mietverhältnis wird eine persönliche Verpflichtung des Erwerbers begründet. Der schuldrechtliche und der dingliche Vertrag sind dabei als Einheit zu sehen (BGH, NJW 1981, 109).

Nicht anders zu beurteilen ist die Rechtslage, wenn nicht der Grundstückseigentümer, sondern der Nießbraucher Vermieter ist. Nach § 1056 I BGB tritt im Falle der Beendigung des Nießbrauchs der Grundstückseigentümer in entsprechender Anwendung des § 566 BGB in das Mietverhältnis ein. Dass dem Eigentümer gern. § 1056 II BGB ein Sonderkündigungsrecht zusteht, vermag den rechtlichen Nachteil nicht zu beseitigen, da die Bindung des Grundstückseigentümers während des Fortdauerns des Mietverhältnisses besteht.

Unerheblich ist, dass auch ein Nießbrauch zu Gunsten der Eltern der Bet. zu 2 bis 4 bestellt wurde. Selbst wenn man davon ausgehen würde, dass sich dieser Nießbrauch an den derzeit bestehenden Nießbrauch

anschließt, würden die Bet. zu 2 bis 4 mit Vermieterpflichten belastet. Das Gesetz sieht einen unmittelbaren Übergang des Mietverhältnisses von einem Nießbraucher auf den anderen nicht vor. Vielmehr tritt im Falle des Erlöschens des ersten Nießbrauchs der Eigentümer nach §§ 1056, 566 BGB in das Mietverhältnis ein. Der neue Nießbraucher tritt dann wiederum gem. § 567 S. 1 i. V. mit § 566 BGB in das Mietverhältnis ein. Der Eigentümer ist deshalb für eine logische Sekunde Vermieter, was ausreicht, um die Haftung des Eigentümers für die Rückgewähr der Mietsicherheit nach § 556 a S. 2 i. V. mit § 567 S. 1 BGB zu begründen. Davon abgesehen steht nicht fest, dass der für die Eltern der Bet. zu 2 bis 4 bestellte Nießbrauch überhaupt zum Tragen kommt. Dies wäre zum Beispiel nicht der Fall, wenn die Eltern vor Erlöschen des derzeit eingetragenen Nießbrauchs versterben würden.

Die Rechtsbeschwerde kann sich auch nicht darauf berufen, dass die Bet. zu 2 bis 4 im Falle des Versterbens ihrer Eltern gleichzeitig als Erben in die Vermieterpflichten eintreten würden. Dies wäre nur dann der Fall, wenn die Eltern der Bet. zu 2 bis 4 tatsächlich als Nießbraucher in den Mietvertrag eintreten würden und wenn die Bet. zu 2 bis 4 Erben ihrer Eltern werden würden. Beides steht aber derzeit noch nicht fest. Abgesehen vom Fall des Versterbens vor Eintritt in das Mietverhältnis können die Eltern der Bet. zu 2 bis 4 andere Erben einsetzen. Die Bet. zu 2 bis 4 wären dann lediglich pflichtteilsberechtigt. Als Pflichtteilsberechtigte träfen sie aber keine Verpflichtungen aus dem Mietverhältnis. Aber auch wenn sie zur Erbschaft berufen würden, können sie sich den Verpflichtungen aus dem Mietverhältnis durch Ausschlagung der Erbschaft entziehen.

## Standort: Bürgschaft

## Problem: Verjährungseinwand

BGH, URTEIL VOM 28.01.2003  
XI ZR 243/02 (NJW 2003, 1250)

### Problemdarstellung:

Mit dieser Entscheidung musste der BGH die bis dato höchstrichterlich noch nicht beantwortete Frage klären, ob sich ein Bürge auf die Verjährung der gesicherten Forderung gem. §§ 214, 768 BGB selbst dann noch berufen kann, wenn die gesicherte Forderung infolge Untergangs der Hauptschuldnerin rechtlich gar nicht mehr existiert.

Der Bkl. hatte als Geschäftsführer einer GmbH für diese Gesellschaft eine Bürgschaft gegenüber der Kl. übernommen, um auf diese Weise Verbindlichkeiten der GmbH gegenüber der Kl. abzusichern. Nachdem

ein Konkursverfahren gegenüber der GmbH mangels Masse abgelehnt wurde, wurde die GmbH liquidiert und ihre Auflösung im Handelsregister eingetragen. Die Bürgschaftsübernahme erfolgt nach der Auflösungseintragung, aber noch vor der endgültigen Löschung im Handelsregister.

Zunächst entspricht es der höchstrichterlichen Rechtsprechung, dass die Bürgschaftsforderung trotz ihrer Akzessorietät mit dem Wegfall der Hauptforderung infolge Untergangs der Hauptschuldnerin nicht untergegangen ist, sondern von diesem Moment an nunmehr als selbstständige Forderung fortbesteht (vgl. nur BGHZ 82, 323 [327]). Ansonsten würde der Sicherungszweck einer Bürgschaft bei nicht-natürlichen Personen als Hauptschuldner allein wegen ihrer Mög-

lichkeit zur Löschung infolge Vermögenslosigkeit konkretisiert werden.

Das BerGer. war nun - in Übereinstimmung mit Teilen aus der Literatur und der Judikatur - der Ansicht, dass der Bürge aufgrund der Selbstständigkeit der Bürgschaft jetzt auch keinen Verjährungseinwand mehr erheben könnte. Der BGH verneint diese Rechtsauffassung, da die Verselbstständigung der Bürgschaft begrifflich nicht bedeutet, dass sie jeglichen Bezug zur Hauptverbindlichkeit verliert. Sie wird lediglich vom Bestand der Hauptforderung unabhängig, richtet sich inhaltlich aber weiterhin nach dieser. Es muss daher hypothetisch gefragt werden, ob der Bürge bei Fortbestand der Hauptverbindlichkeit sonstige Einwendungen oder Einreden gegenüber der eigenen Inanspruchnahme geltend machen könnte. Diese bleiben ihm - trotz der Verselbstständigung - wegen der grundsätzlichen Akzessorietät der Bürgschaft (§§ 765, 767, 768 BGB) erhalten.

#### **Prüfungsrelevanz:**

Es vergeht kaum eine Woche, wo nicht zum Bürgschaftsrecht eine aktuelle Entscheidung des BGH ergeht. Deshalb ist das Bürgschaftsrecht nicht mehr ausschließlich anhand des Gesetzestextes (§§ 765 ff. BGB) auszumachen, sondern man ist als Jurist gezwungen, sich stets über die laufende höchstrichterliche Rechtsprechung auf dem Laufenden zu halten.

Deshalb bietet sich gerade das Bürgschaftsrecht als Klausurenstoff für das Staatsexamen an, um den Prüfling auch daran zu messen, ob er sich neben den klassischen Lehrbüchern auch mit der derzeitigen Rechtsprechung, vor allem des BGH, auseinander setzt oder nicht. Auf diesen Umstand haben wir bereits in früheren Ausgaben der "RA" zum Bürgschaftsrecht hingewiesen.

Zu den klassischen Themen des Bürgschaftsrecht, die durch die Rechtsprechung geprägt worden und infolgedessen von prüfungsrelevanter Bedeutung sind, gehören die Sittenwidrigkeit von Bürgschaften einkommen- bzw. vermögensloser naher Angehöriger, die Widerrufbarkeit von Bürgschaften an der Haustür gem. § 312 BGB und die formularmäßige Globalbürgschaft bei einzelnen Anlaskrediten.

#### **Vertiefungshinweis:**

Zusammenfassung der Rechtsprechung des BGH zum Bürgschaftsrecht: *Tiedtke*, NJW 2001, 1015.

#### **Kursprogramm:**

*Examenskurs*: "Endlich ins Internet"

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

#### **Leitsatz:**

**Der Bürge kann sich auch dann gem. § 768 I 1 BGB mit Erfolg auf die Verjährung der Hauptschuld berufen, wenn die Hauptschuldnerin nach der Übernahme der Bürgschaft wegen Vermögenslosigkeit und/oder Auflösung im Handelsregister als Rechtsperson untergegangen ist und aus diesem Grund die gegen sie gerichteten Forderungen weggefallen sind.**

#### **Sachverhalt:**

Die Kl. nimmt den Bekl. aus einer Bürgschaft für Verbindlichkeiten einer GmbH in Anspruch, deren Geschäftsführer der Bekl. war. Die Kl. betreibt ein Abfall- und Schuttbeseitigungsunternehmen, das für die Hauptschuldnerin verschiedene Aufträge ausgeführt hatte. Nachdem ein Antrag auf Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen der Hauptschuldnerin mangels Masse rechtskräftig abgewiesen und deren Auflösung im Handelsregister im April 1996 eingetragen worden war, unterzeichnete der Bekl. am 9. 9. 1996 eine Bürgschaft. In dieser heißt es, die Hauptschuldnerin schulde der Kl. per 30. 1. 1996 24.741,47 DM, der Bekl. verbürge sich dafür, dass die Hauptschuldnerin ihren Zahlungs- und vertraglichen Verpflichtungen vereinbarungsgemäß nachkomme. Am 31. 8. 2000 wurde die Hauptschuldnerin wegen Vermögenslosigkeit von Amts wegen im Handelsregister gelöscht. Mit der am 16. 5. 2001 eingereichten Klage nahm die Kl. den Bekl. im Urkundsprozess auf Zahlung von 24.741,47 DM nebst Zinsen in Anspruch. Der Bekl. erhob die Einrede der Verjährung. Das LG hat die Klage abgewiesen, das KG hat ihr auf die Berufung der Kl. in der Hauptsache stattgegeben. Mit der - zugelassenen - Revision beehrte der Bekl. die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils. Die Revision führte zur Abweisung der Klage.

#### **Aus den Gründen:**

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

Das BerGer. hat im Wesentlichen ausgeführt: Gegenüber der Inanspruchnahme aus der Bürgschaft könne sich der Bekl. nicht mit Erfolg nach § 768 I 1 BGB auf die Einrede der Verjährung der Hauptschuld berufen. Die Hauptschuld sei nicht verjährt, weil sie vor dem Eintritt der Verjährung infolge Wegfalls der Hauptschuldnerin untergegangen sei. Die Hauptschuldnerin sei mit ihrer Löschung im Handelsregister am 31. 8. 2000 als Rechtsperson untergegangen. Die maßgebliche vierjährige Verjährungsfrist des § 196 I

Nr. 1, II BGB a. F. sei in diesem Zeitpunkt noch nicht vollendet gewesen. Sie sei vielmehr spätestens Ende des Jahres 2000 abgelaufen. Der Bekl. hafte auch ungeachtet der Tatsache, dass die Kl. die Bürgschaftsforderung nicht innerhalb der für die (fiktive) Hauptschuld laufenden Frist verjährungsunterbrechend geltend gemacht habe. Der Bürge könne sich nämlich nicht mit Erfolg auf die Verjährung der Hauptschuld berufen, wenn eine juristische Person als Hauptschuldnerin vor Ablauf der Verjährungsfrist vermögenslos geworden, im Handelsregister gelöscht und deshalb nicht mehr parteifähig sei.

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

Diese Ausführungen halten rechtlicher Überprüfung in einem wesentlichen Punkt nicht stand. Die Kl. hat gegen den Bekl. keinen durchsetzbaren Anspruch aus § 765 I BGB. Das gilt, ohne dass es einer Entscheidung der Frage bedarf, ob die Hauptschuldnerin wegen Vermögenslosigkeit und/oder Löschung im Handelsregister als Rechtsperson untergegangen ist (vgl. dazu BGHZ 48, 303 [307] = NJW 1968, 297 = LM § 1163 BGB Nr. 6 [L]; BGHZ 82, 323 [326] = NJW 1982, 875 = LM § 398 BGB Nr. 41; Scholz/Karsten Schmidt, GmbHG, 9. Aufl., § 60 Rdnr. 56; Ulmer, in: Hachenburg, GmbHG, 7. Aufl., § 60 Rdnr. 16).

#### *I. Bestehen des Verjährungseinwands gem. § 768 I BGB*

Ist die Hauptschuldnerin nicht untergegangen und die Hauptforderung aus diesem Grund auch nicht weggefallen, so ist durch die Vereinbarung vom 9. 9. 1996 eine wirksame Bürgschaftsverpflichtung entstanden. Der Bekl. kann in diesem Fall einem Anspruch der Kl. aus der Bürgschaft gem. § 768 I 1 BGB die Einrede der Verjährung der Hauptschuld entgegenhalten. Die spätestens im Jahre 1996 entstandene Hauptforderung, bei der es sich nach den nicht angegriffenen Feststellungen des BerGer. um eine Forderung der Kl., einer GmbH, aus Leistungen für den Gewerbebetrieb der Hauptschuldnerin handelte, ist spätestens mit Ablauf des Jahres 2000 verjährt (§ 196 I Nr. 1, II, 201 BGB a. F.).

#### *II. Kein Verlust dieses Verjährungseinwands infolge Untergangs der Hauptschuldnerin als Rechtsperson*

Entgegen der Ansicht des BerGer. kann sich der Bekl. gem. § 768 I 1 BGB aber auch dann mit Erfolg auf die Verjährung der Hauptschuld berufen, wenn die Hauptschuldnerin im Zeitpunkt der Löschung im Handelsregister - oder zu einem anderen Zeitpunkt nach Abschluss des Bürgschaftsvertrags - wegen Vermö-

genslosigkeit als Rechtsperson untergegangen ist und aus diesem Grund die gegen sie gerichteten Forderungen weggefallen sind.

#### *1. Fortbestand der Bürgschaftsverpflichtung über den Untergang der Hauptschuldnerin hinaus*

In diesem Fall ist - wie das BerGer. zu Recht ausgeführt hat - die Bürgschaftsforderung trotz ihrer Akzessorietät mit dem Wegfall der Hauptforderung nicht untergegangen, sondern besteht als nunmehr selbstständige Forderung fort (BGHZ 82, 323 [327]; KG, NJW 1982, 85 m.w.N.).

#### *2. Fortbestand des Verjährungseinwands*

Anders als das BerGer. - in Übereinstimmung mit einem Teil der Instanzrechtsprechung und Literatur (KG, NJW-RR 1999, 1206 [1207 f.]; OLG Celle, OLG-Report 2001, 87; Reinicke/Tiedtke, BürgschaftsR, 2. Aufl., Rdnr. 64 f.; Lettl, WM 2000, 1316 [1321]) - meint, steht dem Bürgen auch in einem solchen Fall weiterhin die Einrede der Verjährung der Hauptschuld zu (so auch LG Würzburg, WM 1989, 405 [406]; offen gelassen in BGHZ 139, 214 [219 f.] = NJW 1998, 2972 = NZG 1998, 722 = LM H. 12/1998 § 767 8GB Nr. 33).

#### *a. Fiktive Akzessorietät nach Fortfall der Hauptschuldnerin*

Die Verselbstständigung der Bürgschaft bedeutet begrifflich nicht, dass die Bürgschaftsforderung jeglichen Bezug zur Hauptforderung verliert. Sie wird lediglich vom Bestand der Hauptforderung unabhängig, richtet sich inhaltlich aber weiterhin nach dieser. Eine Bürgschaftsforderung ist nach der gesetzlichen Regelung in mehrfacher Hinsicht akzessorisch. Nach § 765 BGB hängt sie von dem Entstehen und Erlöschen der gesicherten Forderung ab. Gemäß §§ 767, 768 8GB bestimmen sich aber auch ihr Inhalt und Umfang sowie ihre Durchsetzbarkeit nach der Hauptschuld. Fällt die Hauptschuld durch Vermögensverfall des Hauptschuldners weg, so haftet der Bürge nach der Rechtsprechung des BGH „weiterhin in vollem Umfang“ (BGHZ 82, 323 [327] = NJW 1982, 875 = LM § 398 BGB Nr. 41), das heißt nur die Abhängigkeit vom Bestand der Hauptforderung wird aufgehoben. Eine irgendwie geartete Änderung des Inhalts oder des Umfangs der Haftung des Bürgen oder gar eine Umwandlung der Bürgschaft in ein selbstständiges Schuldversprechen ist mit dem Wegfall der Hauptschuld und der Verselbstständigung der Bürgschaftsforderung nicht verbunden, denn der Sicherungscharakter der Bürgschaft bleibt erhalten (BGHZ 82, 323 [329] = NJW 1982, 875 = LM § 398 BGB Nr. 41).

*b. Akzessorietät hinsichtlich der Durchsetzbarkeit bei Verjährung*

Nach § 768 I 1 BGB kann der Bürge die dem Hauptschuldner zustehenden Einreden geltend machen. Dieser Vorschrift liegt - wie auch § 767 BGB - der Gedanke zu Grunde, dass der Gläubiger von dem Bürgen nicht mehr und nichts anderes erhalten soll, als er vom Hauptschuldner hätte fordern können (BGHZ 76, 222 [226] = NJW 1980, 1460 = LM § 767 BGB Nr. 14; BGHZ 139, 214 [217] = NJW 1998, 2972 = NZG 1998, 722 = LM H. 12/1998 § 767 BGB Nr. 33; BGHZ 143, 381 [384f.] = NJW 2000, 1563 = LM H. 7/2000 § 765 BGB Nr. 145; BGH, NJW 2003, 59 = NZI 2003, 52 = WM 2002, 2278 [2279]). Das wäre aber der Fall, wenn der Bürge dem Gläubiger die für die Hauptschuld geltende kurze Verjährungsfrist nicht entgegenhalten könnte (so auch Walther, NJW 1994, 2337 [2338]). Wie der Grundsatz des § 767 I BGB, so erfährt allerdings auch der Grundsatz des § 768 I 1 BGB Ausnahmen auf Grund des Sicherungszwecks der Bürgschaft. Da die Bürgschaft dazu dient, dem Gläubiger Sicherheit bei Vermögensverfall des Hauptschuldners zu geben, kann der Bürge sich über § 768 I 2 BGB hinaus gegenüber dem Gläubiger allgemein nicht auf solche Einreden des Hauptschuldners berufen, die ihren Grund in dessen Vermögenssituation haben (BGHZ 82, 323 [327] = NJW 1982, 875 = LM § 398 BGB Nr. 41; BGH, NJW 2003, 59 = NZI 2003, 52 = WM 2002, 2278 [2279]; Habersack, in: MünchKomm, BGB, 3. Aufl., § 768 Rdnr. 7; Staudinger/Horn, BGB, 13. Bearb., § 768 Rdnr. 5). Eine solche Einrede ist die Einrede der Verjährung jedoch nicht. Die Verjährung beruht nicht auf dem Vermögensverfall des Hauptschuldners, sondern tritt unabhängig von diesem ein (so auch BGHZ 95, 375 [385] = NJW 1986, 310 = LM § 638 BGB Nr. 56)

*c. Fiktive Verjährung infolge des Untergangs der Hauptschuldnerin als Rechtsperson ausreichend*

Entgegen der Auffassung des BerGer. steht einer erfolgreichen Berufung des Bürgen auf die Verjährung der Hauptschuld auch nicht entgegen, dass die Hauptschuld wegen ihres vorherigen Wegfalls nicht mehr verjähren kann. Die vom BerGer. aufgeworfene Frage, wer hierfür das Risiko zu tragen hat, stellt sich nicht. Der Bestand einer Forderung ist nicht Voraussetzung für die erfolgreiche Geltendmachung der Verjährungseinrede. Die Verjährungseinrede dient auch dazu, behauptete, in Wirklichkeit aber nicht oder nicht mehr bestehende Forderungen abzuwehren (BGHZ 122, 241 [244]; Grothe, in: MünchKomm, BGB, 4. Aufl., § 194 Rdnr. 6; Staudinger/Peters, BGB, Neubearb. 2001, Vorb. §§ 194 ff. Rdnr. 5). Diesen Zweck

kann die Einrede der Verjährung nur erfüllen, wenn ihre Voraussetzungen unabhängig von Bestand und Begründetheit der Forderung bejaht werden können. Dem entspricht auch die Rechtspraxis, die auf eine erhobene Verjährungseinrede prüft, ob die Verjährungsfrist für den geltend gemachten Anspruch abgelaufen wäre, nicht aber, ob der Anspruch tatsächlich besteht oder nicht besteht.

*d. Schutzwürdigkeit des Bürgen*

Dass der Bürge sich auch nach einem Wegfall der Hauptschuld infolge Vermögenslosigkeit des Hauptschuldners auf die Verjährung der Hauptschuld berufen kann, entspricht auch im Übrigen den Wertungen und der Risikoverteilung des Gesetzes, den schutzwürdigen Interessen der Beteiligten und praktischen Bedürfnissen. Schutzwürdig ist insbesondere der Bürge, der die Bürgschaft für eine bestimmte Forderung übernimmt und - wie das Gesetz in § 767 I BGB anerkennt - ein Interesse daran hat, dass sich seine Haftung nicht in einer Weise erweitert, mit der er nicht zu rechnen braucht. Der Bürge, der - wie im vorliegenden Fall - die Haftung für eine in kurzer Frist verjährende Forderung übernimmt, kann sich darauf einrichten, dass die Forderung, sofern keine Hemmungs- oder Unterbrechungstatbestände vorliegen, innerhalb dieses Zeitraums gegenüber dem Hauptschuldner geltend gemacht werden muss. Er darf darauf vertrauen, dass er nicht mehr erfolgreich in Anspruch genommen werden kann, wenn die Hauptforderung gegenüber dem Hauptschuldner nicht rechtzeitig geltend gemacht worden ist. Dieses Vertrauen ist auch schutzwürdig, denn die Verjährung dient vor allem dem Interesse des Schuldners, nicht bei einer späten Geltendmachung einer Forderung in Beweisnot zu kommen (BGHZ 122, 241 [244]; Grothe, in: MünchKomm, § 194 Rdnr. 6; Staudinger/Peters, Vorb. §§ 194 ff. Rdnr. 5). Die Beweisposition ist bei einem Bürgen, der für die Schuld eines anderen haftet, noch schwieriger, erst recht dann, wenn der Hauptschuldner wegen Vermögensverfalls wegfällt. Der Gläubiger auf der anderen Seite hat es in der Hand, die Verjährung rechtzeitig zu unterbrechen. Bis zur Vollbeendigung der Rechtsperson des Hauptschuldners kann er zur Unterbrechung der Verjährung Maßnahmen gegen diesen ergreifen. Mit Wegfall des Hauptschuldners und Verselbstständigung der Bürgschaft kann und muss dann allerdings auch seinem schutzwürdigen Interesse an der Unterbrechung der Verjährung dadurch Rechnung getragen werden, dass hierfür Unterbrechungsmaßnahmen gegen den Bürgen genügen (LG Würzburg, WM 1989, 405 [406]). Dies ist eine Folge des Umstands, dass der Hauptschuldner weggefallen ist und nur der Bürge die

Einrede der Verjährung erheben kann.

*e. Vermeidung von Zufallsergebnissen*

Für dieses Ergebnis spricht schließlich, dass andernfalls die Rechtsposition des Bürgen in nicht zu rechtfertigender Weise von Zufällen des zeitlichen Ablaufs im Einzelfall abhinge: Träte die Verjährung einer in kurzer Frist verjährenden Hauptschuld einen Tag vor dem Wegfall des Hauptschuldners und der Hauptschuld ein, könnte sich der Bürge nach Ablauf dieser kurzen Frist mit der Einrede der Verjährung der Hauptschuld erfolgreich gegen seine Inanspruchnahme verteidigen. Fiele die Hauptschuld einen Tag früher weg, könnte er insgesamt dreißig Jahre in Anspruch genommen werden.

*3. Zum Bestehen des Verjährungsablaufs*

Die Hauptschuld ist - wie ausgeführt - spätestens mit Ablauf des Jahres 2000 verjährt. Eine Hemmung der Verjährung nach § 203 II BGB a. F. wegen der Löschung der Hauptschuldnerin kommt nicht in Betracht, weil nach Wegfall der Hauptschuldnerin und Erlöschen der Hauptschuld eine Rechtsverfolgung nur noch gegenüber dem Bürgen möglich ist und sich Hemmungswie Unterbrechungstatbestände nur noch im Verhältnis zu ihm ergeben können. Maßnahmen, die die Verjährung gegenüber dem Bekl. hätten unterbrechen

können, sind nicht erfolgt; im Zeitpunkt der Klageerhebung im Jahre 2001 war Verjährung bereits eingetreten.

*III. Wegfall der Bürgschaft bei Untergang der Hauptschuldnerin als Rechtsperson vor Bürgschaftsvertragsabschluss*

Ist schließlich die Hauptschuldnerin bereits vor der Bürgschaftsübernahme wegen Vermögenslosigkeit als Rechtsperson untergegangen und sind gegen sie gerichtete Forderungen dadurch fortgefallen, so ist die Bürgschaftsverpflichtung schon mangels bestehender Hauptforderung nicht wirksam entstanden. Eine von Anfang an selbstständige Bürgschaftsforderung gibt es nicht. Sie widerspräche dem Charakter der Bürgschaft als akzessorische Sicherung und kann auch nicht durch den Sicherungszweck gerechtfertigt sein, denn in diesem Zeitpunkt haben die Parteien es in der Hand, eine akzessorische oder eine selbstständige Schuld zu vereinbaren.

*C. Urteilsaufhebung und Klageabweisung*

Das Urteil des BerGer. war daher aufzuheben (§ 562 I ZPO). Da weitere Feststellungen nicht zu treffen sind, konnte der Senat in der Sache selbst entscheiden (§ 563 III ZPO) und die landgerichtliche Entscheidung wiederherstellen.

**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> <a href="mailto:ra@jura-intensiv.de">ra@jura-intensiv.de</a>
<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.

*Strafrecht***Standort: § 13 StGB****Problem: Garantenstellung des Wohnungsinhabers**

BGH, BESCHLUSS VOM 07.01.2003

3 STR 414/02 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

**Problemdarstellung:**

Der heroinabhängige Angeklagte hatte einen Bekannten in seine Wohnung aufgenommen, der in dieser mit Betäubungsmitteln handelte, was dem Angeklagten auch bekannt war. Das Landgericht hatte den Angeklagten wegen Beihilfe zum Betäubungsmittelhandel verurteilt. Der BGH hob dieses Urteil auf, da dem Angeklagten weder eine aktive Förderung des Handels noch ein garantenpflichtwidriges Unterlassen nachzuweisen seien.

**Prüfungsrelevanz:**

Probleme aus dem Bereich Täterschaft und Teilnahme zählen ebeno zum Standardwissen im Examen wie Kenntnisse zu den verschiedenen Garantenstellungen im Rahmen der unechten Unterlassungsdelikte.

Eine Beihilfe - die das LG angenommen hatte - setzt gem. § 27 I StGB voraus, dass der Gehilfe dem Haupttäter "Hilfe leistet". Fraglich ist insofern insbesondere, ob und inwiefern sog. "neutrale Handlungen", die keinen direkten Tatbezug aufweisen sondern alltäglich oder berufstypisch sind, eine strafbare Beihilfe darstellen können. Ganz herrschend wird davon ausgegangen, dass hier jedenfalls eine Beschränkung des § 27 durchzuführen ist, da nicht alles, was eine Straftat fördere, als Beihilfe strafbar sein dürfe (a.A.: Dörn, DStZ 1992, 331). Hierzu gibt es zahlreiche unterschiedliche Lösungsansätze (vgl. die Darstellung bei Schönke/Schröder-Cramer/Heine, § 27 Rn. 10 a). Teilweise - insb. durch den BGH - wird der Wille des Fördernden als Kriterium herangezogen und darauf abgestellt, ob dieser darauf gerichtet sei, die Tat eines anderen zu fördern (vgl. BGH, NStZ 1995, 490). Eine weiterer Ansatz knüpft an den Grad der Hilfeleistung an und lehnt eine Beihilfe bei einer nur unwesentlichen Förderung der Haupttat ab (Weigend, Nishihara-FS, S. 199 f.; Rogat, Die Zurechnung bei der Beihilfe, S. 97 ff.). Der wohl vorherrschende Lösungsansatz besteht darin, unter dem Gesichtspunkt des erlaubten Risikos eine Beihilfe dann abzulehnen, wenn die Förderungshandlung sich im Rahmen des Geschäftsüblichen, pro-

fessionell Adäquaten bewegt (Maiwald, ZStW 1993, 890; Joecks, § 27 Rn. 17 mwN). Im vorliegenden Fall bestätigt der BGH seine frühere Rechtsprechung, indem er eine Beihilfe insb. deswegen verneint, weil der Angeklagte seinen Mitbewohner nicht gerade deswegen in die Wohnung aufgenommen hatte, um so den Verkauf von Drogen zu ermöglichen. Eine Differenzierung nach Art der Vorsatzform des Fördernden, wie sie der BGH in der Vergangenheit gelegentlich angestellt hatte (vgl. BGH, wistra 1993, 23), wird im vorliegenden Fall nicht vorgenommen.

Des weiteren befasste sich der BGH mit der Frage, ob der Inhaber einer Wohnung eine Garantenstellung dahingehend habe, die Begehung von Straftaten in seiner Wohnung zu verhindern. Der BGH hatte zunächst die Auffassung vertreten, dass derjenige, der die Verfügungsgewalt über bestimmte Räume habe, auch verpflichtet sein solle zu verhindern, dass in dem von ihm beherrschten Raum Straftaten begangen werden (BGH, NJW 1966, 1763). Mittlerweile hat er sich jedoch der ganz h.M. angeschlossen, dass nämlich eine entsprechende Garantenstellung nur besteht, wenn der räumliche Herrschaftsbereich zu einem wesentlichen Faktor für die Durchführung der Straftat wird, insb. weil seine Lage für die Durchführung der Straftat von entscheidender Bedeutung ist (BGH, NJW 1993, 76; Schönke/Schröder-Stree, § 13 Rn. 54)

**Vertiefungshinweise:**

☐ Zur Beihilfe durch neutrale Handlungen: *BGH* wistra 1993, 23; 1999, 459; 2000, 340; 2001, 215; *Beckemper*, Jura 2001, 163; *Hassemer*, wistra 1995, 41; *Löwe-Krahl*, wistra 1995, 201; *Wohlers*, NStZ 2000, 169;

☐ Zur Garantenstellung des Wohnungsinhabers: *BGHSt* 30, 395, *StV* 1999, 212; *Naucke*, JR 1977, 290; *Reus/Vogel*, MDR 1990, 869; *Tenckhoff*, JuS 1978, 308;

**Kursprogramm:**

☐ *Examenskurs*: "Der eiskalte Engel"

**Leitsätze (der Redaktion):**

1. Allein die Kenntnis und Billigung der Lage-

**rung der Betäubungsmittel bzw. deren Verkaufs aus der Wohnung heraus erfüllt die Voraussetzungen strafbarer Beihilfe durch aktives Tun zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln nicht.**

**2. Der Inhaber einer Wohnung hat grundsätzlich keine Rechtspflicht i.S.v. § 13 I StGB, einen von seiner Wohnung aus betriebenen Handel mit Betäubungsmitteln zu unterbinden.**

**Sachverhalt:**

Der Angeklagte, der regelmäßig Heroin konsumierte, lernte den Mitangeklagten O in einem Imbiss kennen. O fragte den Angeklagten, ob er ein Hotel kenne, worauf der Angeklagte anbot, O könne in seiner 2-Zimmerwohnung unterkommen.

O zog daraufhin beim Angeklagten ein. Er zahlte in der Folge einmal die Wohnungsmiete, regelmäßig die Stromrechnung und gelegentlich gemeinsame Lebensmittel. Er besaß einen eigenen Wohnungsschlüssel. Während der Angeklagte die Wohnung regelmäßig am Morgen verließ, um seinen Tätigkeiten als Maler und Anstreicher bzw. als Musiker nachzugehen und meist erst abends zurückkehrte, hielt sich O überwiegend in der Wohnung auf. O wusste um die Heroinabhängigkeit des Angeklagten. Er gab diesem mehrfach vier bis fünf Gramm Heroin, insgesamt mindestens 25 g, wobei der Angeklagte teilweise selbst nach dem Heroin gefragt hatte.

Nachdem der Angeklagte am Abend des 20. November 2001 die Wohnung verlassen hatte, wurde O von dem Zeugen K aufgesucht, der von O Heroin erhielt. Dieses Geschehen war von der Polizei, die einen Hinweis auf Betäubungsmittelhandel aus der Wohnung des Angeklagten erhalten hatte, observiert worden. Sie nahm O sowie den Zeugen K fest und durchsuchte die Wohnung. Hierbei wurden insgesamt 187 g Heroin entdeckt, die in mehrere Portionen aufgeteilt in einer Küchenschublade, im Küchenschrank und auf diesem Küchenschrank hinter einer Blende gelagert waren. Das Heroin „gehörte“ O und war von diesem für den gewinnbringenden Weiterverkauf bestimmt. Dies war dem Angeklagten bekannt. Bei der Räumung der Wohnung drei Monate später wurden im Schlafzimmer des Angeklagten noch drei Beutel Amphetamin gefunden, die O dort versteckt hatte, außerdem hinter der Spüle 2.181 g Streckmittel.

**Aus den Gründen:**

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Beihilfe zum unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren und zehn Monaten verurteilt. Der Angeklagte rügt mit seiner Revision die Verletzung formel-

len und materiellen Rechts. Das Rechtsmittel hat mit der Sachrüge Erfolg. Eines Eingehens auf die Verfahrensrüge bedarf es daher nicht.

*1. Keine Strafbarkeit wegen Beteiligung am Betäubungsmittelhandel*

Die Auffassung des Landgerichts, der Angeklagte habe sich wegen Beihilfe zum Betäubungsmittelhandel in nicht geringer Menge (§ 29 a Abs. 1 Nr. 2 BtMG, § 27 StGB) schuldig gemacht, weil er die Lagerung der 187 g Heroin in seiner Wohnung geduldet und O dadurch die Möglichkeit verschafft habe, Betäubungsmittel in nicht geringer Menge in der Absicht aufzubewahren, sie aus der Wohnung heraus an Dritte zu veräußern oder durch Dritte veräußern zu lassen, hält rechtlicher Prüfung nicht stand.

*a. Keine Beihilfe, da keine aktive Förderung*

Den Feststellungen kann nicht entnommen werden, dass der Angeklagte den Betäubungsmittelhandel des O durch aktives Tun gefördert hätte. Es ist weder belegt, dass er bereits bei Aufnahme des O in seine Wohnung um dessen Betäubungsmittelgeschäfte wusste, noch dass er die Wohnung in der Erwartung zur Verfügung stellte, von den Gewinnen aus den Geschäften oder zumindest durch unentgeltliche Abgabe von Heroin zu profitieren. Ebensowenig ist festgestellt, dass er bei der Abwicklung eines konkreten Rauschgiftgeschäftes des O - insbesondere hinsichtlich des am 20. November 2001 sichergestellten Heroins - in irgend einer Weise mitgeholfen hätte (vgl. BGH NSTZ 1994, 92). Allein die Kenntnis und Billigung der Lagerung der Betäubungsmittel bzw. deren Verkaufs aus der Wohnung heraus erfüllt die Voraussetzungen strafbarer Beihilfe nicht (BGH NSTZ 1999, 451).

*b. Kein strafbares Unterlassen, da keine Garantentstellung*

Ebensowenig begründet es ohne weiteres die Strafbarkeit des Angeklagten, dass er gegen die Aktivitäten des O nicht vorgegangen ist. Dies käme vielmehr nur in Betracht, wenn er als Wohnungsinhaber rechtlich verpflichtet gewesen wäre, gegen den von O in seiner Wohnung betriebenen Betäubungsmittelhandel einzuschreiten (§ 13 Abs. 1 StGB). Eine solche Rechtspflicht des Wohnungsinhabers ist aber grundsätzlich nicht gegeben (vgl. BGH NSTZ 1999, 451). Umstände, die ausnahmsweise eine andere Beurteilung rechtfertigen könnten, wie dies etwa für den Fall einer die Begehung von Straftaten in besonderer Weise erleichternden Beschaffenheit oder Lage der Wohnung in Betracht kommen könnte (vgl. BGH NJW 1993, 76; BGH NSTZ-RR 2002, 146), sind nicht festgestellt.

## 2. Aufhebung des Urteils und Zurückverweisung

Das angefochtene Urteil kann daher keinen Bestand haben. Es wird soweit es den Angeklagten betrifft, mit den Feststellungen aufgehoben. Die Sache wird zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsmittels, an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

Die nunmehr zur Entscheidung berufene Strafkammer wird im Hinblick auf die Aufbewahrungsorte der Betäubungsmittel gegebenenfalls zu prüfen haben, ob sich der Angeklagte des unerlaubten (Mit-)Besitzes von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge schuldig gemacht hat (§ 29 a Abs. 1 Nr. 2 BtMG).

### Standort: § 33 StGB

### Problem: Notwehrexzess

BGH, URTEIL VOM 23.01.2003

4 STR 267/02 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

#### Problemdarstellung:

Im vorliegenden Fall war der Angeklagte zusammen mit zwei Komplizen in die Wohnung des späteren Opfers T eingebrochen. T bemerkte die Eindringlinge zunächst nicht, wurde jedoch von seiner Mitbewohnerin geweckt und setzte ihnen nach. Während T sich in einer Auseinandersetzung mit einer Begleiterin des Angeklagten befand, näherte sich dieser dem T mit zwei gezückten Messern. Als T den Angeklagten daraufhin schlug, stach ihn dieser 31 mal mit den Messern und tötete ihn.

Das Landgericht hatte den Angeklagten freigesprochen, da dieser gem. § 33 StGB entschuldigt sei. Der BGH hob dieses Urteil auf.

#### Prüfungsrelevanz:

Probleme im Rahmen der Rechtfertigungsgründe, insb. Irrtümer, sind nicht zuletzt wegen ihrer überaus streitigen Behandlung, häufig Gegenstand von Examensaufgaben.

Schwerpunkt der Ausführungen des BGH im vorliegenden Fall ist § 33 StGB. Nach dieser Vorschrift, die nach ganz herrschender Meinung einen Entschuldigungsgrund darstellt (vgl. BGH, NStZ 1995, 77; SK-Rudolphi, § 33 Rn. 1 mwN), wird der Täter nicht bestraft, der die Grenzen der Notwehr aus Verwirrung, Furcht oder Schrecken überschreitet. Unstreitig ist diese Norm dann anzuwenden, wenn der Täter bei einer bestehenden Notwehrlage das Maß der zulässigen Verteidigung überschreitet (sog. intensiver Notwehrexzess; vgl. BGH, NStZ 1987, 20). Streitig ist hingegen, ob § 33 StGB auch Fälle erfasst, in denen der Täter sich wehrt, obwohl der Angriff noch nicht oder nicht mehr gegenwärtig ist (sog. extensiver Notwehrexzess). Teilweise wird dies mit Verweis auf den weiten Wortlaut des § 33 StGB, der auch ein Überschreiten der zeitlichen Grenzen der Notwehr erfasst, bejaht (Sauren, Jura 1988, 567 [571] mwN; Blei, AT, S. 211). Die herrschende Meinung lehnt die Anwen-

dung des § 33 StGB auf den extensiven Notwehrexzess jedoch ab, da der Grund für die Entschuldigung des Täters i.R.v. § 33 StGB darin liege, dass dieser während eines gegenwärtigen Angriffs, also in einer psychischen Zwangslage, eine Verteidigungshandlung vornehme, die von der Rechtsordnung nicht gebilligt ist; sofern allerdings eine solche Zwangslage noch nicht oder nicht mehr bestehe, gebe es auch keinen Grund für den Täter, verwirrt oder verängstigt zu sein, so dass er beim Überschreiten der Grenzen des Erlaubten nicht entschuldigt sei (BGH, NStZ 1987, 20; Lackner/Kühl, § 33 Rn. 2; SK-Rudolphi, § 33 Rn. 2 mwN). Nach herrschender Meinung ist § 33 StGB somit erst Recht nicht anwendbar in den Fällen, in denen eine Notwehrlage nie bestanden hat und der Täter eine solche lediglich irrig angenommen hatte (sog. Putativnotwehrexzess; vgl. BGH, NStZ 1983, 453; LK-Spendel, § 33 Rn. 32 mwN). Eine Minderheitsmeinung hingegen will auch hier § 33 StGB (zumindest analog) anwenden (Schönke/Schröder-Lenckner/Perron, § 33 Rn. 8). Die bisherige Rechtsprechung des BGH, die § 33 StGB allein in Fällen des intensiven Notwehrexzesses angenommen hatte, wird im vorliegenden Urteil bestätigt.

Ein weiterer Punkt, auf den der BGH i.R.v. § 32 StGB hinweist, ist, dass eine Notwehr stets einen rechtswidrigen Angriff voraussetzt. Dies ist insbesondere dann problematisch, wenn der Angegriffene durch ein Vorverhalten den Angriff provoziert hatte. In diesem Fall ist zu prüfen, ob das Vorverhalten des Angegriffenen nicht dazu führt, dass der Angreifer seinerseits gerechtfertigt ist und sein Verhalten somit keinen rechtswidrigen Angriff darstellt, gegen den Notwehr ausgeübt werden kann.

#### Vertiefungshinweise:

☐ Zu § 33 StGB: BGH, NStZ 1987, 20; Beulke, Jura 1988, 643; Müller-Christmann, JuS 1994, 649; Otto, Jura 1987, 604; Sauren, Jura 1988, 567; Timpe, JuS 1985, 117

#### Kursprogramm:

☐ Examenskurs: "Vorbei und dennoch getroffen"

**Leitsätze (der Redaktion):**

**1. § 33 StGB begründet Straffreiheit nur für denjenigen, der als rechtswidrig Angegriffener in Überschreitung seiner Notwehrbefugnisse den Angreifer aus Verwirrung, Furcht oder Schrecken verletzt oder gar tötet; er setzt mithin das Bestehen einer Notwehrlage voraus.**

**2. Bei zeitlich aufeinander folgenden, wechselseitigen Angriffen der Beteiligten bedarf es zur Prüfung der Notwehrlage einer Gesamtbetrachtung unter Einschluss des der Tathandlung vorausgegangenen Geschehens; derjenige kann sich nicht auf ein Notwehrrecht berufen, der zuvor einen anderen rechtswidrig angegriffen hat, so dass dieser seinerseits aus Notwehr handelt.**

**3. Auf den so genannten "Putativnotwehrexzess" ist § 33 StGB nicht anwendbar.**

**Sachverhalt:**

Nach den Feststellungen des Schwurgerichts trennte sich N, die damalige Lebensgefährtin des Angeklagten, von diesem und zog im Frühjahr/Sommer 1999 in eine Wohnung nach D, wo sie in der Folgezeit mit ihren zwei Kindern lebte. Auch das spätere Tatopfer T, mit dem N im Jahr 1998 ein Verhältnis begonnen hatte, hielt sich dort regelmäßig auf. Der Angeklagte, der sich mehrfach vergeblich um die Rückkehr seiner Lebensgefährtin bemüht hatte, wusste dies. S, die frühere Lebensgefährtin des T, die von diesem vor etwa sechs Jahren verlassen worden war, wollte diesen ebenfalls zurückgewinnen. Sie überredete den Angeklagten im Juni 1999, sie zusammen mit ihren Kindern sowie zwei weiteren Erwachsenen, der Zeugin C und dem Zeugen Th, zu der ihr unbekanntes Wohnung in D zu begleiten, um eine Aussprache mit T herbeizuführen.

Dementsprechend betrat der Angeklagte und Th in der Tatnacht gegen 23.00 Uhr die D'ers Wohnung. Letzterer fertigte – wie zuvor gemeinsam beabsichtigt – im Schlafzimmer zwei Lichtbilder von dem dort schlafenden T zum Beweis seiner Beziehung zu N. Daraufhin wurden die Eindringlinge von der Wohnungsinhaberin der Wohnung verwiesen. Der Angeklagte, der den ihm körperlich überlegenen T fürchtete und deshalb stets zur Verteidigung zwei Küchenmesser in seinen Hosentaschen mit sich führte, kehrte wenig später allein in die Wohnung zurück und nahm aus der Küche ein weiteres Messer mit, um es – so ersichtlich seine Einlassung, der das Landgericht gefolgt ist – vor T zu verstecken. Anschließend wartete er mit seinen Begleitern vor dem Haus. Dorthin folgte ihm T, der inzwischen geweckt worden war. Er war wegen des Erscheinens der Besucher sowie der Anfertigung der Fotos erregt und rannte erst dem Zeugen Th und

dann dem Angeklagten hinterher, ohne jedoch einen der beiden zu erreichen. Die Zeugin S, die T beschimpft, am Arm gepackt und ins Gesicht geschlagen hatte und daher von diesem ebenfalls ins Gesicht geschlagen worden war, zog ihre Tochter schützend vor sich und trommelte nunmehr mit den Fäusten auf den Oberkörper des T ein. Während es der Zeugin C gelang, die Tochter wegzuziehen, kam der Angeklagte, „um der Zeugin S zu helfen,“ auf T zu, wobei er zwei der mitgeführten Messer mit nach oben gerichteten Klingen in den Händen hielt. T schlug dem Angeklagten daraufhin mit der Hand ins Gesicht. Da der Angeklagte fürchtete, T könne ihm die Messer entreißen und gegen ihn verwenden, stach er 31 mal mit beiden Messern frontal auf dessen Rumpf und Arme ein. Der Geschädigte versuchte, die Stiche mit den Händen abzuwehren, und lief auf die gegenüberliegende Straßenseite. Dort brach er kurz darauf zusammen und verstarb später infolge der Stichverletzungen durch Verbluten.

**Aus den Gründen:**

Das Landgericht hat den Angeklagten vom Tatwurf des Totschlags aus Rechtsgründen freigesprochen. Mit ihren Revisionen, mit denen sie die Verletzung materiellen Rechts rügen, erstreben die Nebenkläger die Aufhebung des freisprechenden Urteils. Das Rechtsmittel hat Erfolg.

**I. Zur Zulässigkeit der Revisionen der Nebenkläger**

Die Revisionen der Nebenkläger, die nur die nicht ausgeführte Sachrüge erhoben haben, sind zulässig. § 400 Abs. 1 StPO steht hier nicht entgegen, da ein Aufhebungs- und Zurückverweisungsantrag gestellt wurde und der Angeklagte nur wegen des – nach § 395 Abs. 2 Nr. 1 StPO zur Nebenklage der Beschwerdeführer als Eltern des Getöteten berechtigenden – Delikts des Totschlags nach § 212 Abs. 1 StGB angeklagt, hiervon jedoch freigesprochen worden ist (vgl. BGHR StPO § 400 Abs. 1 Zulässigkeit 3; § 401 Abs. 1 S. 1 Zulässigkeit 2; BGH bei Becker NSStZ-RR 2002, 104; Beschl. vom 19. September 2001 - 3 StR 336/01).

**II. Entscheidung des Landgerichts**

Das Landgericht hat eine Strafbarkeit wegen Totschlags verneint, da bei bestehender eigener Notwehrlage des Angeklagten ein Messereinsatz erforderlich und geboten im Sinne des § 32 StGB gewesen sei. Zwar sei die Beibringung von insgesamt 31 Messertischen nicht erforderlich gewesen. Die Überschreitung der Grenzen der Notwehr sei jedoch wegen Verwirrung erfolgt, so dass sein Tun nach § 33 StGB ent-

schuldigt sei. Hilfsweise sei der Angeklagte - ebenfalls entsprechend § 33 StGB - wegen Überschreitung einer Putativnothilfe zu Gunsten der Zeugin S entschuldigt.

### *III. Überprüfung durch den BGH*

Die vom Landgericht vorgenommene Würdigung begegnet durchgreifenden Bedenken.

Ein Notwehrexzess liegt nicht vor.

#### *1. Kein intensiver Notwehrexzess, da keine Notwehrlage*

§ 33 StGB begründet Straffreiheit nur für denjenigen, der als rechtswidrig Angegriffener in Überschreitung seiner Notwehrbefugnisse den Angreifer aus Verwirrung, Furcht oder Schrecken verletzt oder gar tötet; er setzt mithin das Bestehen einer Notwehrlage voraus (vgl. BGH NStZ 1987, 20; StV 1997, 291, 292 m.w.N.; NStZ-RR 2002, 203, 204).

Nach den Urteilsfeststellungen lag ein gegenwärtiger rechtswidriger Angriff des Tatopfers gegen den Angeklagten nicht vor. Zwar geht die Strafkammer ohne nähere Begründung davon aus, dass es sich bei dem Schlag, den T dem Angeklagten ins Gesicht versetzte, um einen derartigen Angriff gehandelt habe. Dabei übersieht sie jedoch, dass dieser Schlag eine durch Notwehr gebotene Handlung darstellte, weil er in dem Augenblick erfolgte, als der Angeklagte mit zwei Messern in den Händen auf T losging, worin objektiv ein Angriff auf diesen zu sehen ist. Bei zeitlich aufeinander folgenden, wechselseitigen Angriffen der Beteiligten bedarf es zur Prüfung der Notwehrlage einer Gesamtbetrachtung unter Einschluss des der Tathandlung vorausgegangenen Geschehens; derjenige kann sich nicht auf ein Notwehrrecht berufen, der zuvor einen anderen rechtswidrig angegriffen hat, so dass dieser seinerseits aus Notwehr handelt (vgl. BGHSt 39, 374, 376 f.; BGH NStZ 2001, 143, 144 m.w.N.).

Dies hat das Landgericht verkannt. Nach den getroffenen Feststellungen hat der später Geschädigte weder Anlass zu der Auseinandersetzung gegeben, noch seinerseits die Grenzen des ihm zustehenden Notwehrrechts überschritten. Die Konfrontation war nicht von ihm, sondern von der Zeugin S und ihren männlichen Begleitern ausgegangen. Indem sich der Angeklagte und der Zeuge Th ohne sachlichen Grund zur Nachtzeit in die auch von T bewohnte Wohnung begaben und Th Lichtbilder von dem schlafenden T fertigte, griffen sie in dessen durch Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 GG geschütztes Persönlichkeitsrecht, insbesondere in den Schutz der Privatsphäre und das Recht am eigenen Bild, ein (vgl. BVerfGE 101, 361, 379, 381 f. = NJW 2000, 1021, 1022; BGHZ 131, 332, 340 jeweils

m.w.N.). Auf diese Provokation reagierte T, indem er zunächst dem Zeugen Th und anschließend dem Angeklagten schimpfend nachlief, ohne einen von ihnen zu erreichen. Unabhängig davon, dass hierin noch kein Angriff gesehen werden kann, der dem Angeklagten angesichts seines Vorverhaltens sofortige Trutzwehr erlaubt hätte (vgl. BGHSt 39, 374, 376; 42, 97, 100 f. m.w.N.; BGHR StGB § 32 Abs. 2 Verteidigung 2, 3), war diese Verfolgung - für den Angeklagten erkennbar - spätestens dann beendet, als T in eine verbale und tätliche Auseinandersetzung mit der Zeugin S verwickelt war.

Als der Angeklagte in dieser Situation zurückkehrte und mit den Messern in den Händen auf den ihm körperlich zwar überlegenen, aber unbewaffneten T zuing, bestand für ihn mithin keine Notwehrlage. Eine solche war vielmehr für T gegeben, wobei es nicht darauf ankommt, ob der Angeklagte - was den Urteilsfeststellungen nicht zu entnehmen ist - schon zu diesem Zeitpunkt mit den Messern auf T einstecken wollte. Auch wenn er dies nicht beabsichtigte, war der ihm von T versetzte Schlag ins Gesicht durch Notwehr gerechtfertigt, da es insoweit nur auf die äußere Gefährlichkeit des abzuwehrenden Verhaltens ankommt (vgl. BGHR StGB § 32 Abs. 2 Angriff 1).

#### *2. Keine Anwendung von § 33 StGB beim Putativnotwehrexzess*

Soweit die Strafkammer den Freispruch Hilfsweise mit dem Vorliegen eines Putativnothilfeexzesses begründet, hält dies ebenfalls rechtlicher Prüfung nicht stand.

Das Landgericht hat angenommen, dass zu dem Zeitpunkt, als der Angeklagte nach seiner Einlassung der Zeugin S zur Hilfe kommen wollte, zwar objektiv keine Nothilfelage vorgelegen, der Angeklagte sich aber insoweit in einem unvermeidbaren Irrtum befunden habe; außerdem habe er aus Verwirrung die Grenzen der erforderlichen Nothilfehandlung überschritten. Es ist der Ansicht, dass "in diesem Fall die analoge Anwendung des § 33 StGB gerechtfertigt" sei, die zur Straffreiheit führe.

Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Auf den sogenannten Putativnotwehrexzess ist § 33 StGB nach herrschender Meinung nicht anwendbar (vgl. BGH NStZ-RR 2002, 203, 204 m.w.N.; siehe auch Nachweise bei Lenckner/Perron in Schönke/Schröder StGB 26. Aufl. § 33 Rdn. 8).

Unabhängig davon begegnet aber bereits die Beweiswürdigung hinsichtlich eines Irrtums des Angeklagten über eine Nothilfelage durchgreifenden rechtlichen Bedenken, da sie Lücken aufweist, insbesondere nicht alle im Urteil festgestellten und für den Vorsatz wesentlichen Umstände berücksichtigt (vgl. BGHR StPO

§ 261 Beweiswürdigung 11 und 27; BGH, Urt. vom 09. Juli 2002 – 1 StR 88/02; Meyer-Goßner StPO 46. Aufl. § 337 Rdn. 29 m.w.N.). Das Landgericht hat einen – wegen der vorangegangenen eigenen Verfolgung durch T “unvermeidbar(en)” – Irrtum des Angeklagten darauf gestützt, dass nach seiner Einlassung nicht auszuschließen sei, er habe nur den Schlag des T gegen die Zeugin, nicht aber deren vorangegangene Tötlichkeit gegen T wahrgenommen. Diese Würdigung zum Vorstellungsbild des Angeklagten, die lediglich auf den Beginn dieser körperlichen Auseinandersetzung und nicht auf den Zeitpunkt des Eingreifens des Angeklagten abstellt, greift zu kurz: für die Putativnothilfe entsprechend §§ 32, 16 Abs. 1 S. 1 StGB ist nicht nur die für den Angeklagten zur Tatzeit ungeklärte und allenfalls für die Rechtswidrigkeit eines Angriffs des T relevante Frage entscheidend, wer die tätliche Auseinandersetzung begonnen hatte, sondern auch, ob es nach der Vorstellung des Angeklagten zum Zeitpunkt der Tat einen unmittelbar bevorstehenden (vgl. BGHR StGB § 32 Abs. 2 Angriff 1) oder noch andauernden rechtswidrigen Angriff (vgl. BGHSt 45, 378, 384) abzuwehren galt. Ein einzelner, bereits erfolgter Schlag des unbewaffneten T gegen S begründet für sich noch nicht die Annahme, weitere – auch angesichts der von der Zeugin S gesuchten Konfrontation und vorsätzlichen Provokation – nicht hinnehmbare Beeinträchtigungen und Verletzungen (vgl. BGHSt 24, 356, 359) würden folgen. Dass der Angeklagte die Fortsetzung entsprechender Gewalt von T gegen dessen ehemalige Lebensgefährtin erwartete, hat das Schwurgericht weder dargelegt noch drängt sich dies nach den Feststellungen zum Tathergang auf. Das Landgericht hat insbesondere unberücksichtigt gelassen, dass die Zeugin S zwischenzeitlich unter Zuhilfenahme ihres Kindes “als Schutzschild” mit den Fäusten auf den Oberkörper des nicht mehr zurückschlagenden T “eintrommelte”, bis der Angeklagte mit zwei Messern auf diesen zuging. Demnach ist nicht nachvollziehbar, dass der An-

geklagte nach seiner anfänglichen Flucht zwar den Schlag des T gegen die Zeugin S gesehen, nicht aber das weitere Geschehen wahrgenommen haben soll. Bei entsprechender Kenntnis dieser Lage, in der von T gegen die weiter zuschlagende Zeugin keine Tötlichkeit mehr ausging, würde eine Putativnothilfe zu deren Gunsten schon mangels eines aus der Sicht des Angeklagten abzuwendenden Angriffs ausscheiden.

### 3. *Kein Notwehrexzess, da kein Verteidigungswille*

Das Schwurgericht hat auch den erforderlichen Verteidigungswillen (vgl. BGHR StGB § 32 Abs. 1 Putativnotwehr 1; Abs. 2 Erforderlichkeit 2 und 9; NJW 1998, 465, 466) nicht hinreichend belegt. Ein solcher wird zwar nicht generell durch die den Angeklagten mitbeherrschenden “Hass- und Wutgefühle” ausgeschlossen (vgl. BGHR StGB § 32 Abs. 2 Verteidigungswille 1; NStZ 2000, 365, 366). Der Verteidigungswille hätte hier aber trotz der - nur mit der körperlichen Überlegenheit des T und ohne Angaben über dessen früheres Verhalten unzureichend begründeten - Furcht des Angeklagten vor dem - später - Geschädigten näherer Erörterung bedurft. Ein solcher Wille liegt angesichts der vom Angeklagten und S gemeinsam erfolgten Provokation, der Entwendung des Küchenmessers, der Vielzahl der Stiche und der relativ geringfügigen Gewaltanwendung des Geschädigten fern (vgl. BGH NJW 1990, 2263, 2264). Auch die Einlassung eines Angeklagten zur subjektiven Tatseite ist anhand des Gesamtgeschehens zu überprüfen und nicht ohne weiteres als unwiderlegbar zu Grunde zu legen (vgl. BGHR StPO § 261 Einlassung 6).

### IV. *Zurückverweisung*

Die Sache bedarf daher neuer Verhandlung und Entscheidung. Der Senat macht von der Möglichkeit des § 354 Abs. 2 Satz 1 StPO Gebrauch und verweist die Sache an eine als Schwurgericht zuständige Strafkammer des Landgerichts Magdeburg zurück.

## Standort: StPO

## Problem: Bindungswirkung von Absprachen

BGH, BESCHLUSS VOM 21.01.2003  
4 STR 472/02 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

### **Problemdarstellung:**

Das Landgericht hatte dem Angeklagten zugesagt, für den Fall der Ablegung eines glaubhaften Geständnisses einen Strafraum von sieben Jahren nicht zu überschreiten. Nachdem der Angeklagte daraufhin sein Geständnis abgelegt hatte, verurteilte ihn das LG zu acht Jahren Freiheitsstrafe. Gegen dieses Verhalten

legte der Angeklagte Revision ein, der der BGH insofern stattgab.

### **Prüfungsrelevanz:**

Absprachen zwischen den Verfahrensbeteiligten im Strafprozess stellen, nicht zuletzt deswegen weil sie in der StPO nur vereinzelt und in Bezug auf eher nebensächliche Fragen geregelt sind (vgl. z.B. §§ 265 a, 470 S. 2 StPO), ein nicht unerhebliches Problem dar (vgl. die ausführliche Darstellung bei Kleinknecht/Meyer-

Goßner, Einl. Rn. 119 ff.). In der grundlegenden Entscheidung BGHSt 45, 195 (= NJW 1998, 86) hat der BGH eine verbindliche Verständigung zwischen den Prozessparteien bzgl der Strafzumessung (Absprachen über den Schuldspruch sind nach BGH grdsl. unzulässig, da die rechtliche Bewertung eines Sachverhalts einer Vereinbarung nicht zugänglich ist; BGHSt 43, 195 [204]) unter folgenden Voraussetzungen für zulässig erklärt: Die Verständigung muss unter Mitwirkung aller Verfahrensbeteiligten in der (öffentlichen) Hauptverhandlung stattfinden; dies schließt jedoch Vorgespräche außerhalb der Hauptverhandlung nicht aus. Sie ist als wesentliche Förmlichkeit zu protokollieren. Das Gericht darf keine bestimmte Strafe, sondern nur eine Strafobergrenze zusagen, wobei es die allgemeinen Strafzumessungsgesichtspunkte berücksichtigen muss und keine schuldunangemessene Strafe zusichern darf. Es darf allerdings von dieser Zusage abweichen, wenn sich in der Hauptverhandlung neue, schwerwiegende Umstände zu Lasten des Angeklagten ergeben; eine beabsichtigte Abweichung muss dem Angeklagten jedoch mitgeteilt werden. Auch ein infolge einer Verständigung abgegebenes Geständnis muss vom Gericht auf seine Glaubhaftigkeit hin überprüft werden. Unzulässig ist stets die Vereinbarung eines Rechtsmittelverzichts des Angeklagten vor Verkündung des Urteils. Diese Grundsätze bestätigt der BGH im vorliegenden Beschluss unter dem weitergehenden Hinweis, dass nicht nur die Vereinbarung selbst, sondern auch in den Fällen, in denen das Gericht wegen neuer Tatsachen von der Vereinbarung abweichen will, der entsprechende Hinweis der Protokollierung bedarf.

#### **Vertiefungshinweise:**

□ Zu Absprachen im Strafprozess: *BGH*, NJW 1998, 86; *Köbel*, NStZ 2003, 242; *Landau/Eschelbach*, NJW 1999, 321; *Küpper*, Jura 1999, 400

#### **Leitsatz:**

**Der Hinweis des Gerichts, es sei an eine getroffene Absprache im Strafverfahren wegen sich neu ergebender schwerwiegender Umstände zu Lasten des Angeklagten nicht mehr gebunden, ist protokollierungspflichtig.**

#### **Sachverhalt:**

Am 2. Verhandlungstag teilte der Vorsitzende der Strafkammer – nachdem der Verteidiger in Anwesenheit des Angeklagten eine Vorberatung darüber beantragt hatte, welche Strafobergrenze im Falle eines Geständnisses für den Angeklagten in Betracht komme, und der Staatsanwalt (dazu) eine Erklärung abge-

geben hatte - nach Beratung des Gerichts zu Protokoll mit: "Das Gericht wird für den Fall der Ablegung glaubhafter Geständnisse, und dass sich nicht noch schwerwiegende neue Umstände, die dem Gericht bisher unbekannt waren und die Einfluss auf das Urteil haben können, herausstellen, eine Strafobergrenze von 7 Jahren Gesamtfreiheitsstrafe für den Angeklagten K. nicht überschreiten." Nach einer Unterbrechung der Hauptverhandlung gab der Verteidiger für den Angeklagten eine mündliche Erklärung ab, nach der der Angeklagte "die ihm vorgeworfenen Taten vollumfänglich einräumt, allerdings mit der Maßgabe, dass ihm - dem Angeklagten - nicht bekannt gewesen sei, dass es an dem Einverständnis der Karteninhaberin gefehlt habe. Die PIN-Nummer sei ihm nämlich bekannt gewesen" (betrifft die Fälle der Verurteilung wegen Computerbetrugs). Der Angeklagte erklärte sodann auf Befragen: "Ich schließe mich den Worten meines Verteidigers an. Das ist so richtig." Er ließ sich zur Sache ein und die Strafkammer setzte die Beweisaufnahme fort. Sie verurteilte ihn schließlich zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von acht Jahren.

#### **Aus den Gründen:**

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Computerbetrugs in sechs Fällen, Wohnungseinbruchsdiebstahls und versuchter schwerer räuberischer Erpressung in Tateinheit mit bewaffnetem Wohnungseinbruchsdiebstahl zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von acht Jahren verurteilt. Gegen dieses Urteil wendet sich der Angeklagte mit seiner Revision, mit der er die Verletzung formellen und materiellen Rechts rügt. Das Rechtsmittel hat den aus der Beschlussformel ersichtlichen Teilerfolg; im übrigen ist es unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO.

#### **1. Zur Sachrüge**

Der Schuldspruch im Fall B I 6 (Verwendung der gestohlenen Bankcard ohne PIN im POZ-Einzugs-ermächtigungsverfahren) ist auf die Sachrüge dahin zu ändern, dass der Angeklagte nicht des Computerbetruges (§ 263 a Abs. 1 StGB), sondern des Betruges (§ 263 Abs. 1 StGB) schuldig ist (vgl. BGHSt 47, 160, 171; Tröndle/Fischer StGB 51. Aufl. § 263 a Rdn. 15). § 265 StPO steht der Schuldspruchänderung nicht entgegen, weil sich der Angeklagte gegen den geänderten Schuldvorwurf nicht wirksamer als bisher hätte verteidigen können.

#### **2. Zur Verfahrensrüge**

Im Hinblick auf den Strafausspruch greift die Verfahrensrüge, mit der die Nichteinhaltung einer Verständigung im Strafverfahren geltend gemacht wird, durch. [...]

*a. Verstoß gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens*

[Das Vorgehen des Landgerichts] verstieß gegen das Gebot fairer Verfahrensführung.

Die Verfahrensweise des Gerichts entsprach den Anforderungen an eine verbindliche Verständigung im Strafverfahren, wie sie der Senat in seinem Urteil vom 28. August 1997 (BGHSt 43, 195 ff.) festgelegt hat. Durch die - in öffentlicher Hauptverhandlung protokollierte - Angabe einer Strafobergrenze bei Ablegung eines Geständnisses hat es bei dem Angeklagten einen Vertrauenstatbestand geschaffen. An die Strafobergrenze war es nur bei Bekanntwerden neuer schwerwiegender Umstände zu Lasten des Angeklagten, auch etwa, wenn es der Auffassung war, dass die Einlassung des Angeklagten den Anforderungen an ein "glaubhaftes Geständnis" nicht genügte, nicht gebunden; es war dann aber zu einem ausdrücklichen Hinweis an den Angeklagten über die beabsichtigte Abweichung verpflichtet (vgl. BGHSt 36, 210, 212; 38, 102, 105; 42, 46, 49; BGH NStZ 2002, 219 f. [gescheiterte Absprache] m. Anm. Weider NStZ 2002, 174 ff.). Wie die zuvor getroffene verbindliche Absprache war dieser - entsprechend § 265 Abs.1, 2 StPO - protokollierungspflichtig (BGHSt 43, 195, 206, 210; zur Protokollierungspflicht bei § 265 Abs. 1, 2 StPO vgl. BGHSt 2, 371, 373; 19, 141, 143; 23, 95, 96; BGH StV 1994, 232, 233; 1998, 583). Ein solcher - protokollierter - Hinweis ist jedoch nicht erfolgt.

Die vom Landgericht geschaffene Vertrauensgrundlage ist auch nicht dadurch entfallen, dass die Beweisaufnahme nach der - im wesentlichen geständigen (UA 16, 23 ff.) - Einlassung des Angeklagten fortgeführt wurde; denn das Gericht ist auch bei einem aufgrund einer Verständigung abgelegten Geständnis dazu verpflichtet, dieses auf seine Richtigkeit zu überprüfen (BGHSt 43, 195, 204; BGH StV 1999, 407; 410, 411).

*b. Revisibilität des Verstoßes des LG*

Der Angeklagte kann sich im Revisionsverfahren auf die protokollierte zulässige Vereinbarung, eine zugesagte Strafobergrenze werde nicht überschritten, berufen (vgl. BVerfG StV 2000, 3; BGHSt 45, 227, 228; Kuckein/ Pfister in FS 50 Jahre BGH [2000] S. 641, 659 f. m.w.N.).

Der Strafausspruch hat daher keinen Bestand. Der Senat hebt - entsprechend dem Antrag des Generalbundesanwalts - nicht nur die Gesamtstrafe, sondern auch die Einzelstrafen auf, weil nicht auszuschließen ist, dass der Angeklagte bei einem Hinweis des Gerichts, die zugesagte Strafobergrenze sei nicht mehr bindend, seine Verteidigung so geändert, er insbesondere sein Geständnis so erweitert hätte, dass dies auch Einfluss auf die Einzelstrafen gehabt hätte. Die für den Fall B I 7 bisher fehlende Festsetzung einer Einzelstrafe (vgl. UA 24) kann nachgeholt werden (vgl. BGHR StPO § 358 Abs. 2 Satz 1 Einzelstrafe fehlende 1, 2).

## Urteile in Fallstruktur

**Standort: Öffentliches Recht**
**Problem: Finanzausstattung der Ratsfraktionen**

OVG MÜNSTER, URTEIL VOM 08.10.2002  
15 A 4734/01 (NVWZ-RR 2003, 376)

**Problemdarstellung:**

Im vorliegenden Fall klagte eine Ratsfraktion gegen die vom Rat beschlossene Verteilung der Zuwendungen an die Fraktionen. Unter Berufung auf ihr recht aus § 56 III NWGO rügte sie vor allem die unterschiedliche Verteilung der Gelder je nach Fraktionsstärke. Das OVG entschied, dass Ratsfraktionen aus § 56 III 1 NWGO einen gebundenen Anspruch auf Zuwendungen haben, deren Höhe und Verteilung jedoch im pflichtgemäßen Ermessen der Gemeinde stehe. Dieses Ermessen werde insbesondere durch den allgemeinen Gleichheitssatz begrenzt, der einen sachlichen Grund für den gewählten Verteilungsschlüssel fordere. Die Fraktionsstärke sei ein solcher sachlicher Grund, da sie den tatsächlich anfallenden (Kosten-)aufwand maßgeblich beeinflusse. Eine darüber hinaus gehende Verpflichtung zur Herstellung einer formalisierten Gleichheit, wie sie das BVerfG zu Art. 38 I GG entwickelt hat, wonach im Wettbewerb unter den Parteien, bei der Ausübung des Wahlrechts sowie beim finanziellen Status der Abgeordneten nur aus besonders wichtigen Gründen Unterschiede gemacht werden dürfen, lehnt das Gericht hingegen ab.

**Prüfungsrelevanz:**

Der Fall lässt sich hervorragend im Rahmen eines sogenannten „Kommunalverfassungsstreitverfahrens“ abprüfen, in dem ein Organ oder Organteil einer Gemeinde Rechte und Pflichten gegenüber einem anderen Organ(-teil) geltend macht. Während eine m.M. hierin eine Klageart sui generis erblickt, da die VwGO nur auf Außenrechtsstreitigkeiten zugeschnitten sei, wendet die mittlerweile ganz h.M. Leistungs- und Feststellungsklage (§ 43 I VwGO) auch auf Innenrechtsstreitigkeiten an. Das OVG erwähnt die Gegenauffassung nicht einmal. Wichtig ist, dass in der Konstellation des Kommunalverfassungsstreitverfahrens die ganz h.M. auch im Rahmen des § 43 VwGO eine Klagebefugnis fordert. Diese setzt die Möglichkeit einer Verletzung subjektiv-öffentlicher Rechte voraus. Streiten Organe bzw. Organteile einer Gemeinde untereinander, kommen diesbezüglich nur solche Rechte in Betracht, die gerade dem klagenden Organ spezifisch zugewiesen

sind, also nicht etwa anderen Organen oder gar der Gemeinde selbst zustehen. Man spricht von „wehrfähigen Innenrechtspositionen“. § 56 III 1 NWGO ist eine solche der Ratsfraktionen bzgl. der Gewährung von Zuwendungen. Die Gemeindeordnungen der anderen Bundesländer enthalten überwiegend vergleichbare Vorschriften, so dass sich der Fall auf diese übertragen lässt, sofern diese auch eine Verpflichtung zur Gewährung von Zuwendungen enthalten.

**Vertiefungshinweise:**

- Zu Zuwendungen an im Kreistag gebildete Fraktionen: *VGH Kassel*, NVwZ-RR 1999, 188.
- Zur formalisierten Gleichheit der Abgeordneten: *BVerfGE* 40, 296; 49, 1

**Kursprogramm:**

- Examenskurs*: „Rauchverbot“
- Examenskurs*: „Friedenstaube im Rathausfenster“

**Leitsätze:**

1. Unter Berufung auf die innerorganisatorische Anspruchsnorm des § 56 III 1 NWGO kann eine Ratsfraktion im kommunalrechtlichen Organstreit sowohl geltend machen, die ihr gewährten Zuwendungen seien zu niedrig, als auch, andere konkurrierende Fraktionen seien durch die getroffene Verteilungsregelung gleichheitswidrig begünstigt worden.
2. Über die Höhe und die Form von Fraktionszuwendungen nach § 56 III 1 NWGO entscheidet der Rat nach pflichtgemäßem Ermessen; ein Anspruch auf Vollkostenerstattung besteht nicht.
3. Die Gewährung von Zuwendungen nach § 56 III 1 NWGO ist nicht an den Maßstäben des formalisierten Gleichheitssatzes zu messen.
4. Der Grundsatz der Chancengleichheit verbietet nicht, die Höhe der Zuwendungen an Fraktionen und Gruppen in Abhängigkeit von deren Mitgliederzahl zu staffeln.
5. Die Entscheidung des Rates nach § 56 III 1 NWGO unterliegt der gerichtlichen Überprüfung grundsätzlich nur in materiell-rechtlicher Hinsicht; unerheblich ist, auf welchem verfahrensmäßigen Weg der Rat den angenommenen Bedarf der Fraktionen ermittelt hat.

**Sachverhalt:**

Die Klägerin (Kl.) ist eine Fraktion im Rat einer nordrhein-westfälischen Stadt. Der Rat (Bekl.) hatte für die Wahlperiode 1999 bis 2004 unter anderem eine Staffelung der Personalkostenzuwendungen an die Fraktionen als Anlage zum Haushaltsplan beschlossen. Darin wurde die Höhe der Zuwendung vor allem von der Größe der jeweiligen Fraktion abhängig gemacht. Für die Kl., welche im Rat zuvor mit vier, nach der Kommunalwahl 1999 aber nur noch mit zwei Abgeordneten vertreten war, führte diese Änderung zu einer Mindereinnahme i.H.v. etwa 15.500 DM jährlich. Sie hält den Anknüpfungspunkt der Fraktionsstärke für willkürlich und gleichheitswidrig, weil gerade die Personalkosten unabhängig von der Zahl der Fraktionsmitglieder, jedenfalls bei kleineren Fraktionen aber nicht geringer seien. Im Gegenteil bestünde gerade bei diesen ein besonders hoher Koordinierungsaufwand, weil sie mangels eigener Personalstärke sachkundige Bürger in die Ausschüsse entsenden müssten, zu denen die Informations- und Kommunikationswege naturgemäß länger seien als bei großen Fraktionen zu deren Fraktionsmitgliedern vor Ort.

Die Kl. begehrt vor dem VG die Feststellung, dass der bekl. Rat mit der als Anlage zum Haushaltsplan beschlossenen Änderung der Personalkostenzuwendungen an Fraktionen - bezogen auf die Haushaltsjahre 2000 und 2001 - ihre Rechte aus der NWGO verletzt habe.

Mit Erfolg?

[Anm.: § 56 III 1, 2 NWGO lauten: "Die Gemeinde gewährt den Fraktionen aus Haushaltsmitteln Zuwendungen zu den sächlichen und personellen Aufwendungen für die Geschäftsführung. Die Zuwendungen an die Fraktionen sind in einer besonderen Anlage zum Haushaltsplan darzustellen."]

**Lösung:**

Die Klage hat Erfolg, soweit sie zulässig und begründet ist.

**A. Zulässigkeit****I. Rechtsweg**

Zunächst müsste ein Rechtsweg eröffnet sein. Hierbei könnte es sich um den Verwaltungsrechtsweg nach § 40 I 1 VwGO handeln. Die Kl. beruft sich mit § 56 III NWGO auf eine Vorschrift, deren Zuordnungssubjekte Ratsfraktionen und Gemeinden, mithin Hoheitsträger sind. Folglich liegt nach der modifizierten Subjektstheorie eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit i.S.d. § 40 I 1 VwGO vor. Diese ist auch nichtverfassungsrechtlicher Art, da hier keine Verfassungsorgane um Verfas-

sungsrecht streiten.

**II. Statthafte Klageart**

Die statthafte Klageart richtet sich nach dem Kläerbegehren, § 88, 2. Hs VwGO. Die Kl. möchte festgestellt haben, dass der bekl. Rat mit der als Anlage zum Haushaltsplan beschlossenen Änderung der Personalkostenzuwendungen an Fraktionen - bezogen auf die Haushaltsjahre 2000 und 2001 - gegen ihre Rechte aus der NWGO verstoßen hat. Hierfür könnte eine Feststellungsklage gem. § 43 I VwGO statthaft sein. Das OVG bejaht die Statthaftigkeit einer solchen:

**1. Rechtsverhältnis**

"Nach der 1. Alternative dieser Vorschrift kann mit der Feststellungsklage die Feststellung des Bestehens oder des Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses begehrt werden. Unter einem Rechtsverhältnis in diesem Sinn verstehen die ständige höchstrichterliche Rechtsprechung und die Literatur die rechtlichen Beziehungen, die sich auf Grund der Anwendung einer bestimmten Norm des öffentlichen Rechts auf einen konkreten Sachverhalt für das Verhältnis von (natürlichen oder juristischen) Personen untereinander oder einer Person zu einer Sache ergeben, kraft deren eine der beteiligten Personen etwas Bestimmtes tun muss, kann oder darf oder nicht zu tun braucht (BVerwGE 100, 262 [264]; ferner BVerwGE 114, 356 [358]; Happ, in: Eyermann, VwGO, 11. Aufl. [2000], § 43 Rdnr. 12).

**a. Anwendbarkeit auf Innenrechtsbeziehung**

An einem Rechtsverhältnis im Sinne dieser Definition beteiligt sein können nicht nur natürliche oder juristische Personen, sondern auch kommunale Organe oder Organteile als Träger organisationsinterner Rechte. Denn der Begriff des Rechtsverhältnisses i.S. des § 43 I VwGO ist nicht auf Außenrechtsverhältnisse beschränkt, sondern umfasst ebenso die Rechtsbeziehungen innerhalb von Organen einer juristischen Person, also auch einer kommunalen Vertretungskörperschaft (OVG Münster, NVwZ-RR 2003, 225). Auch ein Ratsbeschluss kann im Rahmen eines kommunalrechtlichen Organstreits überprüft werden, wenn und soweit er die Rechte kommunaler Organe oder Organteile konkretisiert oder nachteilig betrifft (OVG Münster, NVwZ-RR 2003, 225; NVwZ-RR 1998, 325).

**b. Subsumtion**

So hat der bekl. Rat im vorliegenden Fall durch die beiden in Rede stehenden Beschlüsse die innerorganisatorische Norm des § 56 III 1 NWGO auf einen konkreten Sachverhalt, nämlich die Haushaltsjahre 2000 und 2001, angewandt und dadurch die Rechte der einzelnen Fraktionen auf Zuwendungen aus Haushaltsmitteln für diese beiden Haushaltsjahre verbindlich

konkretisiert. Gegenstand der Klagebegehren ist die Frage, ob die Kl. durch die Neuregelung der Fraktionszuwendungen, die der Bekl. für die beiden genannten Haushaltsjahre getroffen hat, in ihren organschaftlichen Rechten aus § 56 III 1 NWGO sowie in ihrem Anspruch auf Gleichbehandlung gegenüber den anderen Ratsfraktionen verletzt ist. Dem Rechtsstreit liegt damit ein konkretes organschaftliches Rechtsverhältnis i.S. des § 43 I VwGO zu Grunde.

### 2. *Hinreichende Konkretisierung*

Die fehlende Außenwirkung der Haushaltspläne der Stadt, auf die das VG abgehoben hat (vgl. dazu Erichsen, NWKommR, 2. Aufl. [1997], S. 2121), steht der Annahme eines konkreten organschaftlichen Rechtsverhältnisses i.S. des § 43 I VwGO nicht entgegen. Denn unter § 43 I VwGO fallen, wie dargelegt, nicht nur Rechtsverhältnisse in der Außenbeziehung des Staates zum Bürger, sondern ebenso auch die Innenrechtsbeziehungen einzelner Organe oder Organteile einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft. Dieses Innenrechtsverhältnis ist auch hinreichend konkretisiert, denn der bekl. Rat hat mit seinen Beschlüssen die exakte Höhe der Zuwendungen an die Ratsfraktionen festgelegt und diese Zuwendungen gem. § 56 III 2 NWGO, § 2 II Nr. 5 NWGemHVO in einer besonderen Anlage zum Haushaltsplan dargestellt. Diese Entscheidungen bedürfen im Unterschied zu anderen Titeln des Haushaltsplans keiner Umsetzung mehr durch gesonderte Entscheidungen über die Verwendung der bereitgestellten Haushaltsmittel.“

### III. *Klagebefugnis*

#### 1. *Anwendbarkeit*

“Eine Klage auf Feststellung des Bestehens eines organschaftlichen Rechtsverhältnisses innerhalb kommunaler Organe (“kommunalverfassungsrechtliche Feststellungsklage”) ist in entsprechender Anwendung des § 42 II VwGO nur zulässig, wenn es sich bei der geltend gemachten Rechtsposition um ein durch das Innenrecht eingeräumtes, dem klagenden Organ oder Organteil zur eigenständigen Wahrnehmung zugewiesenes wehrfähiges subjektives Organrecht handelt. Geht es, wie hier, um die Rechtmäßigkeit eines Ratsbeschlusses, setzt die Klagebefugnis dementsprechend voraus, dass dieser ein subjektives Organrecht des kl. Organs oder Organteils nachteilig betrifft. Denn das gerichtliche Verfahren dient nicht der Feststellung der objektiven Rechtswidrigkeit des Ratsbeschlusses, sondern dem Schutz der dem kl. Organ oder Organteil durch das Innenrecht zugewiesenen Rechtsposition. Ob eine solche geschützte Rechtsposition im Hinblick auf die Beschlussfassung des Rates besteht, ist durch Auslegung der jeweils einschlägigen Norm zu ermitteln (vgl. BVerwG, NVwZ 1989, 470; OVG Münster,

NVwZ-RR 2003, 225; NVwZ-RR 2002, 135; NVwZ 1989, 989; VGH Mannheim, NVwZ-RR 1992, 373; Schnapp, VwArch 78 [1987], 407 [415]).“

#### 2. *Wehrfähige Innenrechtsposition der Kl.*

“Nach diesem Maßstab ist die Klagebefugnis der kl. Ratsfraktion im vorliegenden Fall zu bejahen. Für die hier in Rede stehende Regelung in § 56 III 1 NWGO, wonach die Gemeinde den Fraktionen aus Haushaltsmitteln Zuwendungen zu den sächlichen und personellen Aufwendungen für die Geschäftsführung gewährt, hat der erkennende Senat bereits entschieden, dass sie nicht lediglich einen objektivrechtlichen Rechtssatz enthält, sondern den Ratsfraktionen darüber hinaus auch einen Anspruch auf Zuwendungen für die Geschäftsführung gewährt (OVG Münster, NVwZ-RR 2003, 59). Unter Berufung auf die inner-organisatorische Anspruchsnorm des § 56 III 1 NWGO kann eine Ratsfraktion im kommunalrechtlichen Organstreit sowohl geltend machen, die ihr gewährten Zuwendungen seien zu niedrig, als auch, andere konkurrierende Fraktionen seien durch die getroffene Verteilungsregelung gleichheitswidrig begünstigt worden (vgl. VGH Kassel, NVwZ-RR 1999, 188; NVwZ-RR 1996, 105 [106]; VG Gelsenkirchen, NVwZ-RR 1989, 209).“

#### IV. *Feststellungsinteresse*

“Die Kl. hat auch ein berechtigtes Interesse an der beantragten Rechtswidrigkeitsfeststellung. Dieses Interesse kann ihr insbesondere nicht mit der Erwägung [...] abgesprochen werden, in den Haushaltsjahren 1999 und 2000 habe sie ausweislich der vorgelegten Verwendungsnachweise Überschüsse erzielt. Ohnehin könnte dieses Argument von vornherein überhaupt nur für das vom Streitgegenstand her allein kongruente Haushaltsjahr 2000 tragfähig sein. Abgesehen davon geht es aber auch deshalb im Ansatz fehl, weil es der Kl., wie sie in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat klagestellt hat, nicht um ein Mehr an Zuwendungen geht, sondern um die Gleichmäßigkeit der Verteilung.“

#### V. *Klagegegner*

“Die Klage ist schließlich auch zutreffend gegen den Rat der Stadt gerichtet. Klagen im Organstreitverfahren sind gegen den intrapersonalen Funktionsträger zu richten, dem gegenüber die mit der Organklage beanspruchte Innenrechtsposition bestehen soll (OVG Münster, NVwZ-RR 2003, 225; NVwZ 1989, 989). Dies ist vorliegend der Rat als dasjenige Organ, das durch Beschluss über die Verteilung der Fraktionszuwendungen in den beiden streitgegenständlichen Haushaltsjahren entschieden hat.“

#### VI. *Beteiligtenfähigkeit*

Die Beteiligtenfähigkeit der Kl. folgt aus §§ 63, 61 Nr.

2 VwGO, da sie als Ratsfraktion eine Vereinigung ist (vgl. § 56 I NWGO), der mit § 56 III 1 NWGO ein Recht zustehen kann. Gleiches gilt für den beklagten Rat, dem Rechte z.B. auf Beschlussfassung aus § 41 I NWGO zustehen können.

Mithin ist die Klage zulässig.

### B. Begründetheit

Die Klage ist begründet, soweit die gegenwärtige Verteilung der Personalzuwendungen die Kl. in ihrem organschaftlichen Recht aus § 56 III 1 NWGO verletzt.

#### I. § 56 III 1 NWGO als Anspruchsgrundlage

Fraglich ist zunächst, in welchem Umfang § 56 III 1 NWGO der Kl. überhaupt Ansprüche vermittelt. Das OVG differenziert diesbezügl. zwischen einem gebundenen Anspruch bzgl. des "Ob" der Gewährung von Zuwendungen und eines Anspruchs (nur) auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über das "Wie", also Art und Höhe der Gewährung:

##### 1. Bzgl. des "Ob" der Zuwendungen

Mit der Formulierung „Die Gemeinde *gewährt*...“ begründet diese Vorschrift einen strikten Anspruch jeder einzelnen Fraktion auf Zuwendungen aus Haushaltsmitteln. Der Landesgesetzgeber hat diesen strikten Anspruch mit Wirkung vom 17.10.1994 [...] in die Gemeindeordnung eingefügt und damit die Vorläufervorschrift des § 30 VII 6 NWGO [...] abgelöst, in der es hieß, dass die Gemeinde den Fraktionen Zuwendungen aus Haushaltsmitteln gewähren *kann* [Hervorhebungen im Original, Anm. d. Red.]. Infolge dieser Änderung steht die Gewährung von Zuwendungen dem Grunde nach nicht mehr im Ermessen des Rates. Jede Ratsgruppierung, welche die Mindeststärke nach § 56 I NWGO erreicht und damit Fraktionsstatus besitzt, hat einen Anspruch auf Zuwendungen zur Geschäftsführung. Insbesondere dürfen solche Zuwendungen einer Fraktion nicht mehr unter Berufung auf fraktionsbezogene Differenzierungskriterien wie etwa die Fraktionsgröße vollständig verwehrt werden (Rehn/Cronauge, NWGO, Stand: Januar 2002, § 56 Anm. IV 1; Bick, Die Ratsfraktion, 1989, S. 107 f.).“

##### 2. Bzgl. des "Wie" der Zuwendungen

„Demgegenüber steht die Bestimmung der Höhe der Zuwendungen, die den Fraktionen gewährt werden sollen, weiterhin im pflichtgemäßen Ermessen des Rates. § 56 III 1 NWGO ist insbesondere kein Anspruch auf eine Vollkostenerstattung zu entnehmen. Eine gesetzlich zwingende Erstattung aller Geschäftsführungskosten ließe den Umstand außer Acht, dass den Fraktionen weitere Finanzierungsquellen zur Verfügung stehen, wie etwa Finanzmittel der hinter ihnen stehenden Parteien oder Wählervereinigungen, Spen-

den Einzelner und Umlagen der Fraktionsmitglieder. Auch den Gesetzesmaterialien ist kein Anhaltspunkt dafür zu entnehmen, der Gesetzgeber habe eine Vollkostenerstattung zwingend oder auch nur als Regelfall vorsehen wollen. Insbesondere der Bericht des Ausschusses für Kommunalpolitik, auf dessen Empfehlung die Vorschrift von einer Ermessensnorm in eine Anspruchsnorm umgewandelt worden ist, enthält keine Aussagen, die auf eine solche Vorstellung des Gesetzgebers schließen lassen könnten. Entschließt sich der Rat dementsprechend, nur einen Teil der Aufwendungen zu erstatten, die den Fraktionen für ihre Arbeit entstehen, so steht diese Entscheidung mit § 56 III 1 NWGO im Einklang, sofern dabei die übrigen Ermessensgrundsätze, insbesondere der Grundsatz der Chancengleichheit beachtet werden.“

#### II. Ermessensausübung seitens des Bekl.

Im vorliegenden Fall sind der Kl. Zuwendungen gewährt worden. Es kann ihr folglich nicht um das "Ob", sondern nur um das "Wie", also Höhe und Verteilung der Zuwendungen gehen. Durch diese wäre sie in ihrem Recht aus § 56 III 1 NWGO aber nur dann verletzt, wenn und soweit der Bekl. die Grenzen des ihm in diesem Rahmen zustehenden Ermessens überschritten hätte. Fraglich ist also zunächst, in wieweit der Bekl. bei der Ausübung des Ermessens überhaupt beschränkt ist, bevor in einem zweiten Schritt zu fragen ist, ob er diese Grenzen eingehalten oder verletzt hat.

##### 1. Grenzen der Ermessensausübung

Das OVG bindet die Gemeinde insbesondere an den allgemeinen Gleichheitssatz, also das Willkürverbot, lehnt aber eine darüber hinausgehende, streng formalisierte Gleichheit ab:

###### a. Allgemeiner Gleichheitssatz

„Bei der Festlegung des Finanzierungssystems ist die Gemeinde insbesondere an den allgemeinen Gleichheitssatz gebunden, der jenseits des Art. 3 I GG als objektivrechtliches Rechtsprinzip Geltung auch für die Rechtsbeziehungen zwischen kommunalen Organen und Organteilen beansprucht. Er ist insoweit in seiner Ausprägung als Grundsatz der Chancengleichheit zu beachten (OVG Münster, NVwZ-RR 1995, 105).“

###### b. Keine formalisierte Gleichheit

„Demgegenüber kommt der formalisierte Gleichheitssatz im vorliegenden Fall entgegen der Auffassung der Kl. nicht zur Anwendung. Er zieht dem Gesetzgeber und auch dem kommunalen Satzungsgeber engere Grenzen als der allgemeine Gleichheitssatz und besagt, dass Differenzierungen nicht schon bei Vorliegen eines rechtfertigenden Grundes, sondern nur bei Bejahung eines „besonderen“ oder „zwingenden“ Grundes zulässig sind. Das BVerfG wendet diesen strengeren

Maßstab auf den Wettbewerb unter den Parteien und die Ausübung des Wahlrechts der Bürger sowie auf den finanziellen Status der Abgeordneten an (vgl. grundlegend das Diäten-Urteil: BVerfGE 40, 296 ff.; ferner BVerfGE 49, 1 [2]). Die Gewährung von Zuwendungen zu den sächlichen und personellen Aufwendungen der Ratsfraktionen nach § 56 III 1 NWGO ist nicht an diesen strengeren Maßstäben des formalisierten Gleichheitssatzes zu messen. Denn das BVerfG hat diese besondere Ausprägung des Gleichheitssatzes, soweit es um finanzielle Zuwendungen geht, lediglich im Hinblick auf die Entschädigung von Abgeordneten entwickelt, mithin auf eine Entschädigung, die Alimentationscharakter aufweist. Für Aufwandsentschädigungen sind diese strengeren Grundsätze hingegen nicht anzuwenden, wie der Senat für die Aufwandsentschädigung für Fraktionsvorsitzende bereits entschieden hat (OVG Münster, NVwZ-RR 1995, 105; ebenso Bick, a.a.O., S. 144 f.). Um eine Aufwandsentschädigung im vorbezeichneten Sinn handelt es sich bei den Zuwendungen zu den sächlichen und personellen Aufwendungen der Ratsfraktionen nach § 56 III 1 NWGO. Denn es geht hierbei um die pauschal oder nach konkret aufgewendeten Beträgen bemessene Abgeltung der Auslagen für einzelne Tätigkeiten der Fraktion.”

## 2. Subsumtion

Fraglich ist mithin, ob die Verteilung der Personalkostenzuwendungen durch den Bekl. gegen den allgemeinen Gleichheitssatz verstößt. Dies wäre dann der Fall, wenn sich kein sachlicher Grund für die getroffene Regelung finden ließe, d.h. Höhe und/oder Verteilungskriterium sachfremd gewählt worden wären. Das OVG verneint jedoch einen solchen Ermessensfehler:

### a. Staffelung nach Fraktionsgröße zulässig

“Ist damit eine differenzierte Bemessung der Höhe der Fraktionszuwendungen auf kommunaler Ebene prinzipiell zulässig, so hält auch das vom Bekl. im vorliegenden Fall gewählte System der Fraktionszuwendungen entgegen der Auffassung der Kl. den Anforderungen des Grundsatzes der Chancengleichheit stand. [...] Mit dem Grundsatz der Chancengleichheit vereinbar ist insbesondere auch die vom Bekl. gewählte Staffelung der Personalkostenzuwendung. Der Gleichbehandlungsgrundsatz verbietet nicht, die Höhe der Zuwendungen an Fraktionen und Gruppen in Abhängigkeit von deren Mitgliederzahl zu staffeln. Eine solche Differenzierung nach der Anzahl der in einer Fraktion oder Gruppe zusammen geschlossenen Ratsmitglieder ist sachgerecht, weil sie sich an der typischerweise vorzufindenden Bedarfslage der Fraktionen oder Gruppen und an deren kommunalverfassungsrechtlicher Funktion orientiert. Diese Funktion besteht in der Bün-

delung und Koordinierung der Arbeit des Rates und seiner Ausschüsse. Sowohl der Sach- als auch der Personalaufwand, den diese Koordinierung erfordert, hängt, wie auch die Kl. nicht bestreitet, zumindest zu einem erheblichen Teil von der Zahl der Ratsmitglieder ab, deren Meinungsbildung und Entscheidung in der geschilderten Weise zu bündeln ist. Nicht nur die Kosten für Papier, Porto, Telefon und Ähnliches (Sachaufwand), sondern auch der von der Kl. beispielhaft genannte Zeitbedarf einer angestellten Geschäftsführungskraft bei der Vor- und Nachbereitung von Sitzungen durch Erstellung und Übermitteln schriftlicher Beratungsvorlagen, Einladungen usw. steigt und sinkt proportional mit der Anzahl der Personen, deren Arbeit zu koordinieren ist (VGH München, NVwZ-RR 2000, 811). Der Einwand der Kl., etliche Fraktionstätigkeiten wie etwa die Vorbereitung, Durchführung und Protokollierung von Fraktionssitzungen sowie das Formulieren einer Pressemitteilung und deren Versendung an die örtlichen Medien nähmen bei einer kleinen Fraktion dieselbe Arbeitszeit in Anspruch wie bei einer großen Fraktion, steht einer bedarfsorientierten Staffelung von Fraktionszuwendungen nach der Fraktionsstärke nicht entgegen. Anlass zu rechtlichen Bedenken gegen diese Differenzierung bestünde allenfalls dann, wenn die Fraktionsarbeit ganz überwiegend oder nahezu ausschließlich aus Tätigkeiten bestünde, deren Zeitaufwand von der Fraktionsstärke unabhängig ist. Für eine dahingehende Annahme bestehen jedoch keine Anhaltspunkte, und auch der Sachvortrag der Kl. gibt nichts dafür her.”

### b. Keine andere Beurteilung wegen erhöhten Koordinierungsaufwandes bzgl. der Betreuung sachkundiger Bürger

“Die Ermessensentscheidung des beklagten Rates, kleinen Fraktionen eine deutlich geringere Personalkostenzuwendung zu gewähren als den großen Fraktionen, ist entgegen der Auffassung der Kl. auch nicht deshalb fehlerhaft, weil den kleinen Fraktionen ein - im Vergleich zu den großen Fraktionen - proportional höherer Koordinierungsaufwand durch die Entsendung sachkundiger Bürger in die Ausschüsse entsteht, sofern sie von ihrem Recht aus § 58 I 7 NWGO Gebrauch machen. Dieser erhöhte Koordinierungsaufwand bedarf bei der Bemessung der Höhe der Fraktionszuwendungen keiner gesonderten Berücksichtigung. Da kein Anspruch auf Vollkostenerstattung besteht, ist es auch nicht zu beanstanden, wenn der Rat die Bemessung der Fraktionszuwendungen an denjenigen Aufwendungen ausrichtet, die für die Erfüllung der Kernaufgaben der Fraktionen entstehen. Der erhöhte Koordinierungsaufwand für die Teilnahme sachkundiger Bürger an der Ausschussarbeit betrifft nicht diese durch die Fraktionsmitglieder zu leistende Kernarbeit der Fraktion. Die Tätigkeit der sachkundigen Bür-

ger hat vielmehr nur eine ergänzende Funktion im Rahmen der Ausschussarbeit. Sachkundige Bürger können die Fraktionen nach § 58 I 7 bis 9 NWGO mit beratender Stimme in solche Ausschüsse entsenden, in denen sie sonst nicht vertreten sind. Durch ihre Bestellung werden sie lediglich Mitglieder des Ausschusses, nicht aber auch Mitglieder des Rates oder der Rats-

fraktion.”

Demnach ist die vom Bekl. vorgenommene Verteilung der Personalzuwendungen an die Fraktionen rechtmäßig und verletzt die Kl. nicht in ihrem Recht aus § 56 III 1 NWGO. Die Klage ist unbegründet und hat keinen Erfolg.

## Standort: Zivilrecht

## Problem: Zumutbarkeit der Nacherfüllung

OLG BRAUNSCHWEIG, BESCHLUSS VOM 4.2.2003 8 W 83/02 (NJW 2003, 1053)

### Problemdarstellung:

In diesem Beschwerdeverfahren ging es inhaltlich um die materielle Rechtsfrage, unter welchen Umständen der Verkäufer einer mangelhaften Sache die Nacherfüllung in Form der Ersatzlieferung einer mangelfreien Sache verweigern darf. Die Kl. erwarb von der Bekl. einen Neuwagen, der jedoch entgegen der Werbeaussagen (§ 434 I 2 Nr. 2, 3 BGB) weder über ABS noch über vier Airbags verfügte. Die Bekl. verweigerte die begehrte Neulieferung, da sie ein gleichartiges Kraftfahrzeug nicht in ihrem Bestand habe und dies auch nicht mehr besorgen könne. Dies wäre für sie auch unzumutbar, weil das gekaufte Fahrzeug durch die Benutzung der Kl. im Wert gesunken sei. Außerdem habe die Kl. das Fahrzeug zu einem besonders günstigen Preis erworben. Ein entsprechendes Fahrzeug sei nur zu einem höheren Preis als der vereinbarte Kaufpreis zu beschaffen.

Das Gericht erkennt ein Leistungsverweigerungsrecht der Bekl. nicht an. Allein aus dem Umstand, dass die Bekl. womöglich kein Fahrzeug mehr im Bestand hat, folgt noch keine Unmöglichkeit i. S. von § 275 I BGB. Der teilweise vertretenen Auffassung, die Unterscheidung zwischen Gattungs- und Stückschulden sei auch nach Einführung des neuen Schuldrechts weiterhin von Bedeutung, weil die Ersatzlieferung als Form der Nacherfüllung bei einem Stückkauf von vornherein auszuschließen habe, da die Lieferung einer anderen als der geschuldeten Sache nicht zum Pflichtenprogramm des Verkäufers gehöre, kann nicht gefolgt werden. Aber auch eine Unzumutbarkeit gem. § 439 III BGB liegt zugunsten der Bekl. nicht vor. Die Bezugnahme des Gesetzes auf den „Wert der Sache in mangelfreiem Zustand“ macht deutlich, dass sich die Unverhältnismäßigkeit der Kosten nicht nach dem Verhältnis der Nacherfüllungskosten zum Kaufpreis, sondern zum objektiven Wert der Sache bestimmt. Diese Bezugnahme auf den Wert der Sache ist deshalb gerechtfertigt, weil der Verkäufer im Falle eines Schnäppchens für den Käufer den in der Differenz von Kaufpreis und Wert liegenden Verlust bereits durch das für ihn - den Verkäufer - „schlechte Ge-

schäft“ erlitten hat.

### Prüfungsrelevanz:

Mit der Schuldrechtsreform vom 01.01.2002 hat die größte Veränderung im BGB seit seinem Inkrafttreten (01.01.1900) stattgefunden, die den Justizprüfungsämtern die Gelegenheit gibt, die Examenskandidaten mit neuen Gesetzesvorschriften zu konfrontieren, für die es kaum Literatur, Kommentatur und noch weniger Rechtsprechung bis dato gibt. Man muss sich daher darauf einstellen, dass das reformierte Schuldrecht - nicht nur vor dem praxisrelevanten Hintergrund - zum klassischen Examensstoff zählt. Daher sollte man als Prüfling die - wenn auch noch spärliche - Judikatur zum neuen Schuldrecht im Auge behalten, da Klausuren insbesondere aktuellen Gerichtsentscheidungen nachgebildet werden.

### Vertiefungshinweis:

Zum Nacherfüllungsanspruch: *Musielak*, NJW 2003, 89; *Schulze*, NJW 2003, 1022; *Huber*, NJW 2002, 1004; *LG Ellwangen*, NJW 2003, 517

### Kursprogramm:

*Examenskurs*: “Die neue Kanzlei”

### Leitsätze:

1. Aus dem Umstand, dass der Verkäufer eines tages zugelassenen Personenkraftwagen kein Fahrzeug mehr im Bestand hat, das den vertragsgemäßen Ausstattungsumfang aufweist, folgt noch nicht, dass ihm die Nacherfüllung durch Ersatzlieferung i. S. von § 275 I BGB unmöglich ist.
2. Die Unverhältnismäßigkeit der Kosten i. S. von § 439 III BGB bestimmt sich nicht nach dem Verhältnis der Nacherfüllungskosten zum Kaufpreis, sondern zum objektiven Wert der mangelfreien Sache.
3. Bei dem in der Differenz von Kaufpreis und Wert liegenden Nachteil eines für den Verkäufer „schlechten“ Geschäfts handelt es sich um einen Verlust, welcher der vertraglich vereinbarten Äquivalenz entspringt und der deshalb bei der

### Zumutbarkeitsprüfung des § 439 III BGB außer Betracht zu bleiben hat.

#### Sachverhalt:

Die Kl. erwarb im April 2002 bei der Bekl., einer gewerblichen Autohändlerin, einen am 31. 3. 2002 erstzugelassenen Pkw Seat Ibiza mit einer Laufleistung von 10 km zu einem Preis von 11390 Euro. Die Bekl. hatte das Fahrzeug im Internet und auch mit der im Fahrzeug ausliegenden Ausstattungsbeschreibung „ABS, 4 Airbags“ angeboten. Das Fahrzeug wies jedoch die vorstehenden Merkmale nicht auf, sondern verfügte über kein ABS und nur zwei Airbags. Die Kl. forderte die Bekl. vorgerichtlich vergeblich zur Nachlieferung eines Fahrzeugs mit den genannten Ausstattungsmerkmalen, auf. Das Angebot der Bekl., das Fahrzeug gegen Rückerstattung des Kaufpreises zurückzunehmen oder einen nachträglichen Kaufpreinsnachlass von 200 Euro zu gewähren, hatte die Kl. bereits abgelehnt, als sie erstmals das Fehlen der Seitenairbags und das Fehlen des ABS gerügt hatte. Gegen die von der Kl. erhobene Klage auf Nachlieferung in Form der Lieferung eines mangelfreien Fahrzeugs gegen Rücknahme des streitbefangenen Fahrzeugs hat sich die Bekl. unter anderem damit verteidigt, die Nachlieferung sei für sie nicht zumutbar. Hierzu hat die Bekl. behauptet, die begehrte Nacherfüllung in Form einer Ersatzlieferung sei nicht mehr möglich, weil sie ein gleichartiges Kraftfahrzeug mit der Ausstattung „ABS, 4 Airbags“ nicht in ihrem Bestand habe und dies auch nicht mehr besorgen könne. Dies wäre für sie auch unzumutbar, weil das gekaufte Fahrzeug durch die Benutzung der Kl. im Wert gesunken sei. Außerdem habe die Kl. das Fahrzeug zu einem besonders günstigen Preis erworben. Ein entsprechendes Fahrzeug sei nach der Schwacke-Liste nur zu einem Listenpreis von 14901 Euro und mit den zwei weiteren Airbags und dem ABS zu einem um 750 Euro höheren Preis, mithin nur für 15.651 Euro zu bekommen.

Hat der Kl. einen Nacherfüllungsanspruch?

#### Lösung:

*Anspruch auf Nacherfüllung durch Neulieferung gem. §§ 437 Nr. 1, 439 I BGB*

Die Kl. könnte gegenüber der Bekl. einen Anspruch Neulieferung eines PKW Seat Ibiza mit der verlangten Ausstattung (ABS, 4 Airbags) gem. §§ 437 Nr. 1, 439 I BGB haben.

#### A. Anspruch entstanden

Zunächst müsste zugunsten der Kl. ein Neulieferungsanspruch gem. §§ 437 Nr. 1, 439 I BGB entstanden sein.

#### I. Abschluss eines wirksamen Kaufvertrages über eine Sache

Dafür müsste zwischen den Parteien ein wirksamer Kaufvertrag über eine Sache zustande gekommen sein. Die Kl. erwarb im April 2002 bei der Bekl. einen am 31. 3. 2002 erstzugelassenen Pkw Seat Ibiza mit einer Laufleistung von 10 km zu einem Preis von 11390 Euro. Damit liegt ein entsprechender Kaufvertragsabschluss vor. An der Wirksamkeit dieses Vertragsabschlusses bestehen keine Bedenken.

#### II. Mangelhaftigkeit der Sache

Die erworbene Kaufsache müsste einen Sachmangel gem. § 434 BGB oder einen Rechtsmangel gem. § 435 BGB aufweisen. Ein Sachmangel liegt bei jeder Abweichung der Ist-Beschaffenheit der Kaufsache von der Soll-Beschaffenheit ab. Nach § 434 I 3 BGB bestimmt sich diese Soll-Beschaffenheit unter anderem nach den öffentlichen Äußerungen des Verkäufers, durch die der Käufer nach Werbung oder sonstiger Kennzeichnung von bestimmten Eigenschaften auf eine bestimmte Beschaffenheit schließen darf (sog. „Werbungsmangel“). Die Bekl. hatte das Fahrzeug im Internet und auch mit der im Fahrzeug ausliegenden Ausstattungsbeschreibung „ABS, 4 Airbags“ angeboten. Das Fahrzeug wies jedoch die vorstehenden Merkmale nicht auf, sondern verfügte über kein ABS und nur zwei Airbags. Somit weist das gelieferte Fahrzeug Sachmängel gem. § 434 I BGB auf.

#### III. Im Zeitpunkt des Gefahrenübergangs

Der festgestellte Sachmangel muss schon im Zeitpunkt des Gefahrübergangs, also der Übergabe der Sache gem. § 446 BGB vorgelegen haben. Da die in Rede stehenden technischen Ausstattungsmerkmale von Anfang an nicht vorhanden waren, lag der entsprechende Sachmangel auch bei Gefahrenübergang vor.

*[Anm.: Im Übrigen wird beim Verbrauchsgüterkauf gem. § 476 BGB vermutet, dass der fragliche Mangel schon bei Gefahrenübergang vorgelegen hat, wenn er sich innerhalb von sechs Monaten seit Gefahrenübergang zeigt.]*

#### IV. Ausübung des Nacherfüllungswahlrechts durch den Käufer

Nach § 439 I BGB darf der Käufer bei der Nacherfüllung zwischen der Nachbesserung und der Neulieferung frei wählen. In diesem Fall hat die klagende Käuferin ihr Wahlrecht dahingehend ausgeübt, dass sie eine Neulieferung wünscht.

#### V. Kein Ausschluss

Ausschlussgründe, die einen entsprechenden Nacherfüllungsanspruch der Kl. entgegen stehen könnten, sind nicht gegeben.

[Anm.: Vertragliche Ausschlussgründe sind gem. § 475 I BGB im Falle eines Verbrauchsgüterkaufs vor Mitteilung des Mangels unwirksam.]

### VI. Ergebnis

Damit ist zugunsten der Kl. ein Anspruch auf Neulieferung eine PKW Seat Ibiza gem. §§ 437 Nr. 1, 439 I BGB entstanden.

### B. Anspruch untergegangen

Der festgestellte Neulieferungsanspruch der Kl. dürfte nicht untergegangen sein.

Gem. § 275 I BGB geht der Anspruch auf Leistung unter, wenn diese für den Schuldner oder für jedermann unmöglich ist. Unmöglichkeit erfordert dabei die dauerhafte Nichterbringbarkeit des geschuldeten Leistungserfolges aus tatsächlichen, rechtlichen oder zeitlichen Gründen. (Sie ist abzugrenzen von den Einredemöglichkeiten zur faktisch-praktischen Unmöglichkeit gem. § 275 II BGB bzw. zur psychischen Unmöglichkeit gem. § 275 III BGB).

Ob im vorliegenden Fall der Bekl. die Leistung zur Neulieferung gem. § 275 I BGB unmöglich ist, weil sie einen entsprechenden PKW nicht mehr in ihrem Bestand hat, wird vom Gericht zu Recht verneint:

“Zunächst ist hervorzuheben, dass der Bekl. nicht das Rechtzustand, die Nacherfüllung in Form der Nachlieferung wegen Unmöglichkeit (§ 275 BGB) zu verweigern. Hiervon ist offenbar auch das LG ausgegangen, ohne dies jedoch in der angefochtenen Entscheidung kenntlich zu machen. Denn die Bekl. hat nichts Substanziertes vorgetragen, woraus sich die Unmöglichkeit der Nachlieferung ergeben könnte. Unabhängig davon hat sie für ihre entsprechende - pauschale - Behauptung trotz Bestreitens der Kl. keinen Beweis angeboten. Allein aus dem Umstand, dass die Bekl. womöglich kein Fahrzeug mehr im Bestand hat, das den vertragsgemäßen Ausstattungsumfang aufweist, folgt noch keine Unmöglichkeit i. S. von § 275 I BGB. Der teilweise vertretenen Auffassung, die Unterscheidung zwischen Gattungs- und Stückschulden sei auch nach Einführung des neuen Schuldrechts weiterhin von Bedeutung, weil die Ersatzlieferung als Form der Nacherfüllung bei einem Stückkauf von vornherein auszuschließen habe, da die Lieferung einer anderen als der geschuldeten Sache nicht zum Pflichtenprogramm des Verkäufers gehöre (St. Lorenz, JZ 2001, 742 [743 und 744]), kann nicht gefolgt werden. Diese einschränkende Sicht entspricht nicht der Intention der Neufassung des Kaufrechts. Die Einführung der Pflicht zur mangelfreien Lieferung (§ 433 I 2 BGB) und das daran anknüpfende Nacherfüllungsrecht (§ 439 I BGB) beruhen gerade auf dem Gedanken, dass der Verkäufer das Leistungsinteresse des Käufers durch Lieferung einer (nicht: der) mangelfreien Sache zu erfüllen hat. Unmöglichkeit dieser Leistungspflicht

kann daher nur eintreten, wenn der Verkäufer eine mangelfreie Sache der geschuldeten Art nicht beschaffen kann (Bitter/Meidt, ZIP 2001, 2114 [2119]; vgl. auch die Begr. zu § 275 I des RegE, BT-Dr 14/6040, 5. 129). Da es vorliegend nicht ohne weiteres auf der Hand liegt, dass ein gleichartiges Fahrzeug mit Seitenairbags und ABS auf dem Markt nicht mehr zu beschaffen ist, bedurfte es für die Darlegung der Voraussetzungen der Unmöglichkeit eines entsprechenden vereinzelt Sachvortrags seitens der Bekl., welcher jedoch fehlt.”

Folglich bleibt der Anspruch der Kl. auf Neulieferung eine PKW Seat Ibiza bestehen.

### C. Anspruch durchsetzbar

Der Anspruch der Kl. auf Neulieferung müsste schließlich auch durchsetzbar sein, d.h. der Bekl. dürften keine Einrede dagegen zustehen.

#### I. Verjährung gem. §§ 214, 438 I Nr. 3 BGB

Den Verjährungseinwand kann die Bekl. zu diesem Zeitpunkt noch nicht erheben, da gem. § 438 I Nr. 3 BGB die Verjährungszeit für Nacherfüllungsansprüche zwei Jahre ab Ablieferung der mangelhaften Sache beträgt. Der Erwerb des fraglichen PKW fand erst im April 2002 statt, sodass die Zwei-Jahres-Frist nicht abgelaufen ist.

#### II. Unzumutbarkeit wegen Unverhältnismäßigkeit des Kostenaufwands gem. § 439 III 1 BGB

Der Bekl. könnte in diesem Fall die Einrede gem. § 439 III 1 BGB wegen Unverhältnismäßigkeit des Kostenaufwands für die geforderte Form der Nacherfüllung zustehen.

Gem. § 439 III 1 BGB kann der Verkäufer die vom Käufer gewählte Art der Nacherfüllung - unbeschadet des § 275 II und III BGB - verweigern, wenn sie nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich ist. Dabei sind insbesondere der Wert der Sache in mangelfreiem Zustand, die Bedeutung des Mangels und die Frage zu berücksichtigen, ob auf die andere Art der Nacherfüllung ohne erhebliche Nachteile für den Käufer zurückgegriffen werden könnte. Kann sich der Verkäufer erfolgreich diese Unverhältnismäßigkeit der Kosten gem. § 439 III 1 BGB berufen, dann beschränkt sich der Anspruch des Käufers auf die andere Art der Nacherfüllung, § 439 III 3 BGB.

Hierzu meint allerdings das Gericht:

“Demzufolge ist für die Beurteilung des Verweigerungsrechts der Bekl. allein entscheidend, ob die Nachlieferung mit nur unverhältnismäßigen Kosten möglich gewesen wäre (§ 439 III 1 Halbs. 2 BGB). Das ist bereits unter Zugrundelegung des tatsächlichen Sachvortrags der Bekl. nicht der Fall.

Die Bezugnahme des Gesetzes auf den „Wert der Sache in mangelfreiem Zustand“ (§ 439 III 2 BGB)

macht deutlich, dass sich die Unverhältnismäßigkeit der Kosten nicht etwa nach dem Verhältnis der Nacherfüllungskosten zum Kaufpreis, wie das das LG angenommen hat, sondern zum objektiven Wert der Sache bestimmt. Diese Bezugnahme auf den Wert der Sache ist deshalb gerechtfertigt, weil der Verkäufer im Falle eines so genannten Schnäppchens für den Käufer den in der Differenz von Kaufpreis und Wert liegenden Verlust bereits durch das für ihn - den Verkäufer - „schlechte Geschäft“ erlitten hat; es handelt sich also um einen Verlust, welcher der vertraglich vereinbarten Äquivalenz entspringt und der deshalb bei der Zumutbarkeitsprüfung des § 439 III BGB entgegen der Auffassung des LG vollständig außer Betracht zu bleiben hat (vgl. Bitter/Meidt, ZIP 2001, 2121). Die Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllungskosten kann sich auch in diesen Fällen nur aus dem Vergleich zum Wert der vertraglich geschuldeten Sache ergeben (Bitter/Meidt, ZIP 2001, 2121). Unter Zugrundelegung der von der Bekl. selbst angegebenen Marktsituation bedeutet das für den vorliegenden Fall Folgendes:

Die Nacherfüllungskosten betragen 750 Euro, Dies ist der Betrag, der nach dem Vorbringen der Bekl. sowohl für die Nachrüstungskosten als auch für die mit

der Nachlieferung und Rücknahme des klägerischen Fahrzeugs verbundenen Mehrkosten anzusetzen ist. Hinsichtlich des letztgenannten Betrags hat ein etwaiger Wertverlust des klägerischen Fahrzeugs durch Eintragung eines weiteren Halters sowie durch den zwischenzeitlichen Gebrauch außer Betracht zu bleiben. Denn es ist nichts Substanziertes dazu vorgetragen, in welcher Höhe hier ein weitergehender Wem eingetreten ist. Die damit einheitlich mit 750 Euro zu veranschlagenden Nacherfüllungskosten machen in Bezug auf den Wert der mangelfreien Sache, der nach dem Vorbringen der Bekl. 15.651 Euro beträgt, einen Anteil von lediglich 4,7% aus, sodass eine Unverhältnismäßigkeit i.S. von § 439 III 1 Halbs. 2 BGB nicht vorlag.“

### III. Ergebnis

Infolgedessen ist der Neulieferungsanspruch der Kl. mangels etwaiger Einreden der Bekl. auch durchsetzbar. Die Kl. kann zu Recht von der Bekl. die Neulieferung eines PKW Seat Ibiza mit der entsprechenden Ausstattung (ABS, 4 Airbags) gem. §§ 437 Nr. 1, 439 I BGB verlangen.

## Standort: Strafrecht

## Problem: Verkehrsteilnahme als Eingriff

BGH, URTEIL VOM 20.02.2003  
4 STR 228/02 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

### Problemdarstellung:

Der Angeklagte hatte im vorliegenden Fall, um seiner Verhaftung zu entgehen, das ihn verfolgende Polizeifahrzeug durch ein scharfes Linksabbiegen geschnitten, so dass es zu einem Zusammenstoß kam. Das LG hatte ihn deswegen insb. wegen gefährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr (§ 315 b StGB) verurteilt. Der BGH hob die Verurteilung insofern auf.

### Prüfungsrelevanz:

Straßenverkehrsdelikte sind häufiger Gegenstand von Examensaufgaben, vor allem Klausuren, und die Abgrenzung zwischen § 315 b StGB und § 315 c StGB stellt insofern ein klassisches Problem dar.

Da § 315 b StGB (im Gegensatz zu § 315 c StGB) Eingriffe von außen in den Straßenverkehr erfassen soll, ist er auf Verkehrsvorgänge grundsätzlich nicht anwendbar; Verkehrsteilnehmer sind also insofern privilegiert als ihr Verhalten im Straßenverkehr grundsätzlich nur dann strafbar ist, wenn es unter den (relativ engen) Katalog des § 315 c I Nr. 2 StGB fällt (BGHSt 24, 3; Tröndle/Fischer, § 315 b Rn. 5 mwN). Ausnahmsweise ist § 315 b StGB jedoch auch auf Verkehrsteilnehmer anwendbar, wenn deren Verhal-

ten eine bewusste Zweckentfremdung des Fahrzeugs in verkehrsföndlicher Gesinnung darstellt (BGH, NJW 1983, 1624; Lackner/Kühl, § 315 b Rn. 4 mwN).

Im vorliegenden Fall präzisiert der BGH seine Rechtsprechung, indem er zusätzlich zu dem bewusst zweckwidrigen Einsatz eines Fahrzeugs in verkehrsföndlicher Einstellung einen (mindestens bedingten) Schädigungsvorsatz des Täters verlangt, was zu einer weiteren Einschränkung des § 315 b StGB führen dürfte.

### Vertiefungshinweise:

☐ Zum Verhältnis § 315 b StGB und § 315 c StGB: BGH NSTZ-RR 2000, 343; Cramer, Z 1983, 812; Gepfert, Jura 1996, 639; Ranft, Jura 1987, 608;

### Kursprogramm:

☐ Examenskurs: „Lenkhilfe“  
☐ Examenskurs: „Hoffentlich Allianz versichert“

### Leitsatz:

**Im fließenden Straßenverkehr wird ein Verkehrsvorgang nur dann zu einem Eingriff in den Straßenverkehr i.S.d. § 315 b Abs. 1 StGB „pervertiert“, wenn zu dem bewusst zweckwidrigen Einsatz eines Fahrzeugs in verkehrsföndlicher Einstellung hinzu kommt, dass es mit (minde-**

**stens bedingtem) Schädigungsvorsatz - etwa als Waffe oder als Schadenswerkzeug - missbraucht wird.**

**Sachverhalt:**

Am späten Abend des 19. Mai 1998 fuhr der Angeklagte [...] mit seinem Pkw auf einer Straße. Er wurde von einem Streifenwagen, besetzt mit den Polizeibeamten J und W, die einen Vollstreckungshaftbefehl gegen den Angeklagten vollziehen wollten, verfolgt und von den Beamten vergeblich zum Halten aufgefordert. [...] Als der Polizeibeamte J im Verlauf der Fluchtfahrt [...] versuchte, den Streifenwagen neben das Fahrzeug des Angeklagten zu setzen und er zum Überholen ausscherte, bremste der Angeklagte an einer Straßeneinmündung sein Fahrzeug plötzlich stark ab und bog ohne Vorankündigung nach links, wobei er das Polizeifahrzeug in dem Wissen schnitt, dass er dadurch die Polizeibeamten der Gefahr eines Verkehrsunfalls aussetzte. Trotz einer Vollbremsung des Streifenwagens kam es zu einem - vom Angeklagten nicht beabsichtigten - Zusammenstoß. Beide Fahrzeuge kamen zum Stehen [...]. Als der Polizeibeamte W den Angeklagten festnehmen wollte, gab dieser Gas und fuhr davon.

Wie hat A sich strafbar gemacht?

**Lösung:**

*A. Strafbarkeit gem. § 315 b I Nr. 3 StGB durch das Schneiden des Streifenwagens*

*I. Tatbestand*

Da § 315 b StGB einen "Eingriff" in den Straßenverkehr verlangt, also eine von außerhalb des Straßenverkehrs kommende, verkehrsfremde Gefährdungshandlung voraussetzt, ist fraglich, ob dies bei dem Abbiegen des A, das ja einen Vorgang innerhalb des Straßenverkehrs darstellt, überhaupt gegeben sein kann.

Hierzu der BGH: "Nach der ständigen Rechtsprechung des Senats wird ein vorschriftswidriges Verkehrsverhalten im fließenden Verkehr nur dann von § 315 b StGB erfasst, wenn ein Fahrzeugführer das von ihm gesteuerte Kraftfahrzeug in verkehrsfeyndlicher Einstellung bewusst zweckwidrig einsetzt, er mithin in der Absicht handelt, den Verkehrsvorgang zu einem Eingriff in den Straßenverkehr zu "pervertieren", und es ihm darauf ankommt, durch diesen in die Sicherheit des Straßenverkehrs einzugreifen (vgl. nur BGHSt 41, 231, 234; BGH NStZ-RR 2000, 343). Ein bloß vorschriftswidriges Verkehrsverhalten fällt dagegen grundsätzlich nicht unter § 315 b StGB, sondern - bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen - nur unter § 315 c StGB (BGHSt 41, 231, 233 f.). Insoweit kommt § 315 c StGB eine "Sperrwirkung" zu. Unter welchen Voraussetzungen ausnahmsweise ein Verkehrsvorgang im fließenden Straßenverkehr zu einem "Eingriff"

in den Straßenverkehr "pervertiert" wird, hat der Senat in der Vergangenheit für verschiedene "Fallgruppen" entschieden (vgl. hierzu König aaO § 315 b Rdn. 12 ff. m.w.N.). Er hält an dieser Rechtsprechung im Grundsatz fest, ist jedoch der Auffassung, dass zu dem bewusst zweckwidrigen Einsatz eines Fahrzeugs in verkehrsfeyndlicher Einstellung hinzukommen muss, dass das Fahrzeug mit (mindestens bedingtem) Schädigungsvorsatz - etwa als Waffe oder Schadenswerkzeug (vgl. BGH VRS 94, 213, 214) - missbraucht wird. Erst dann liegt eine - über den Tatbestand des § 315 c StGB hinausgehende - verkehrsfeyndliche "Pervertierung" des Verkehrsvorgangs zu einem gefährlichen "Eingriff" in den Straßenverkehr im Sinne des § 315 b Abs. 1 StGB vor; das gilt für alle Alternativen der Vorschrift. Mit dieser Einschränkung stellt der Senat nicht in Frage, dass für den subjektiven Tatbestand des § 315 b Abs. 1 StGB Gefährdungsvorsatz ausreicht (vgl. Tröndle/Fischer aaO § 315 b Rdn. 14); er konkretisiert hierdurch lediglich die schon bisher geforderte "Absicht", den Verkehrsvorgang zu einem Eingriff in den Straßenverkehr zu "pervertieren". In Fällen, in denen der Täter sein Fahrzeug als Fluchtmittel - somit zu "Verkehrszwecken" (vgl. BGH VRS 65, 428, 429) - benutzt und er bei der Flucht (lediglich) verkehrsfeyndlich fährt, scheidet ein verkehrsfremdes, verkehrsfeyndliches Verhalten daher jedenfalls dann aus, wenn er - wie [in diesem Fall] - nur mit Gefährdungsvorsatz handelt. Diese Fälle werden regelmäßig von § 315 c StGB (hier: § 315 c Abs. 1 Nr. 2 Buchst. b StGB) erfasst (vgl. BGHSt 41, 231, 233 f.); BGH NStZ-RR 2000, 343 f.). Soweit der Senat in früheren Entscheidungen bei einer solchen Fallgestaltung den Tatbestand des § 315 b StGB mit der Begründung bejaht hat, dass absichtliche - ohne durch die Verkehrslage veranlasste - Hindernisse am Überholen falle "ausnahmsweise" nicht unter § 315 c StGB, sondern unter § 315 b (Abs. 1 Nr. 2) StGB, weil die Behinderung nicht die bloße Folge, sondern der Zweck der verbotenen Fahrweise sei (BGHSt 21, 301, 302 f.), hält er daran für die Fälle nicht fest, in denen der Täter lediglich mit Gefährdungsvorsatz handelt. Ist nämlich das eigene Fortkommen primäres Ziel einer bestimmten Fahrweise, so macht das in der gewollten Behinderung eines anderen Fahrzeugs liegende Nötigungselement allein ein Verkehrsverhalten noch nicht zu einem gefährlichen Eingriff in den Straßenverkehr. Der Nötigungscharakter ist ebenso wie die Inkaufnahme der Gefährdung anderer Verkehrsteilnehmer Bestandteil einer Vielzahl alltäglichen bewusst regelwidrigen Verkehrsverhaltens (beispielsweise bewusster Vorfahrtverletzungen), ohne dass solche vorsätzlichen Verkehrsverstöße als "Pervertierung" gewertet würden. Ebensowenig kann es für die rechtliche Einordnung von regelwidrigem Verkehrsverhalten im fließenden Straßenverkehr auf eine

“moralische Bewertung“ der Motive ankommen, aus denen der Täter sein Interesse an der ungehinderten Fortsetzung seiner Fahrt über das Interesse anderer Verkehrsteilnehmer an gefahrloser Teilnahme am Straßenverkehr stellt.”

Ein “Eingriff” des A in den Straßenverkehr ist somit nicht gegeben.

## II. Ergebnis

A ist nicht strafbar gem. § 315 b StGB.

*B. Strafbarkeit gem. § 315 c I Nr. 2 b StGB durch das Schneiden des Streifenwagens*

### I. Tatbestand

#### 1. Tathandlung i.S.v. § 315 c I Nr. 2 b StGB

A müsste gem. § 315 c I Nr. 2 b StGB bei einem Überholvorgang falsch gefahren sein.

A ist, als der Streifenwagen gerade zum Überholen ansetzte, scharf links abgebogen und hat diesen geschnitten. Hierdurch hat A seine Pflichten aus § 1 II, 5 VI StVO verletzt und ist somit bei einem Überholvorgang falsch gefahren. Insofern ist es auch unbeachtlich, dass es sich bei A nicht um den Überholenden, sondern um den Überholten handelt, da auch dessen Fehlverhalten zur Anwendung des § 315 b I Nr. 2 b StGB führen kann, insb. wenn er während des Überholvorgangs nach links ausschert oder abbiegt (OLG Koblenz, VRS 55, 355; Nüse, JR 1965, 42).

Eine Tathandlung des A i.S.v. § 315 c I Nr. 2 b liegt somit vor.

#### 2. Grob verkehrswidriges, rücksichtsloses Handeln

Das Verhalten des A müsste auch grob verkehrswidrig und rücksichtslos gewesen sein.

Grob verkehrswidrig handelt der Täter, wenn sein Verhalten einen besonders schweren Verkehrsverstoß darstellt (OLG Stuttgart, NJW 1967, 1766). Ein Abbremsen und gleichzeitiges scharfes Abbiegen nach links, während man auf der linken Seite überholt wird, stellt einen besonders schweren Verstoß dar, insb. da es im vorliegenden Fall auch zu einem Zusammenstoß der Fahrzeuge gekommen ist.

Rücksichtslos handelt ein Täter dann, wenn er sich aus eigensüchtigen Gründen über seine Pflicht zur Vermeidung unnötiger Gefährdungen anderer (§ 1 StVO) hinwegsetzt. (BGHSt 5, 392; Küper, BT, S. 235). A kam es hier darauf an, der Festnahme zu entgehen, wofür er eine erhebliche Gefährdung der Polizisten in Kauf nahm. Er hat also auch rücksichtslos gehandelt.

#### 3. Dadurch konkrete Gefahr für Leib oder Leben eines anderen oder für fremde Sachen von bedeutendem Wert

Da es sogar zu einem Zusammenstoß gekommen ist,

hat A nicht nur das Polizeifahrzeug - also eine fremde Sache von bedeutendem Wert -, sondern auch Leib und Leben der Polizisten durch sein Fehlverhalten konkret gefährdet.

### 4. Vorsatz

A handelte vorsätzlich.

## II. Rechtswidrigkeit/Schuld

A handelte auch rechtswidrig und schuldhaft. A ist strafbar gem. § 315 b I Nr. 2 b StGB.

*C. Strafbarkeit gem. § 113 I, II 2 Nr. 2 StGB durch das Schneiden des Streifenwagens*

### I. Tatbestand

#### 1. Taugliches Opfer

Bei J und W müsste es sich um taugliche Opfer des § 113 I StGB handeln. In Betracht kommen insofern insb. Amtsträger, die zur Vollstreckung von Gesetzen und Gerichtsbeschlüssen berufen sind.

J und W sind als Polizisten Beamte und als solche gem. § 11 I Nr. 1 a StGB auch Amtsträger. Polizisten sind auch zur Vollstreckung von Gesetzen und Gerichtsbeschlüssen berufen, was sich auch z.B. aus § 50 II PolG NW ergibt.

#### 2. Vornahme einer Diensthandlung

J und W müssten sich im Zeitpunkt der Tathandlung des A bei der Vornahme einer konkreten Diensthandlung (also Vollstreckungshandlung) befunden haben.

J und W waren gerade dabei, einen Vollstreckungshäftbefehl (§ 457 II StPO) an dem A zu vollstrecken, befanden sich also bei der Vornahme einer Diensthandlung.

#### 3. Tathandlung

A könnte mit Gewalt Widerstand geleistet haben.

Ein Widerstand leisten mit Gewalt i.S.v. § 113 I StGB ist dann gegeben, wenn der Täter ein Kraftäußerung gegen die Person des Vollstreckenden vornimmt, die eine Verhinderung oder Erschwerung der Diensthandlung bezweckt (BGHSt 18, 133; Schönke/Schröder-Eser, § 113 Rn. 42). Dies ist insb. dann der Fall, wenn der Täter den Vollstreckungsbeamten - wie im vorliegenden Fall - bei einer Verfolgungsfahrt mit seiner Fahrzeug abdrängt (BGHSt 14, 398; OLG Frankfurt, DAR 1972, 198).

A hat also mit Gewalt Widerstand geleistet.

### 4. Vorsatz

A handelte vorsätzlich.

#### 5. Rechtmäßigkeit der Diensthandlung

Die Diensthandlung von J und W, also die geplante

Festnahme des A, müsste auch rechtmäßig gewesen sein. Da die Festnahme sich auf eine Haftbefehl gem. § 457 II StPO stützte, ist dies der Fall.

## II. Rechtswidrigkeit/Schuld

A handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

## III. § 113 II 2 Nr. 2 StGB

Es könnte auch ein besonders schwerer Fall gem. § 113 II 2 Nr. 2 StGB vorliegen.

Durch sein extrem gefährliches Verhalten hat A die Polizisten in die konkrete Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung gebracht, was er auch wusste (s.o.). Da auch keine Indizien vorliegen, die gegen einen besonders schweren Fall sprechen, hat A das Regelbeispiel des § 113 II 2 Nr. 2 StGB verwirklicht.

## IV. Ergebnis

A ist strafbar gem. § 113 I, II 2 Nr. 2 StGB.

## D. Strafbarkeit gem. § 240 I StGB durch das Schneiden des Streifenwagens

Hierzu der BGH: "Soweit der Angeklagte seine Festnahme dadurch vereitelte, dass er das Polizeifahrzeug am Überholen hinderte und den Polizeibeamten J zu einem 'starken Abbremsen' des Fahrzeugs zwang, hat er zwar neben dem Tatbestand des § 113 Abs. 1 StGB zugleich den der Nötigung (§ 240 StGB) erfüllt; § 113 StGB ist aber gegenüber § 240 StGB lex specialis und daher allein anzuwenden (BGH VRS 35, 174, 175; BGH bei Spiegel DAR 1981, 189; Bay-ObLG JR 1989, 24; Lackner/Kühl StGB 24. Aufl. § 113 Rdn. 26)."

## E. Strafbarkeit gem. § 303 I StGB durch den Zusammenstoß

A hatte zwar den Vorsatz, den Streifenwagen zu gefährden, ein Vorsatz zur Beschädigung desselben lag jedoch nicht vor (s.o.), so dass eine Strafbarkeit gem. § 303 I StGB nicht gegeben ist.

## F. Strafbarkeit gem. § 142 I Nr. 1 StGB durch das Wegfahren

### I. Tatbestand

#### 1. Unfall im Straßenverkehr

Bei dem Zusammenstoß müsste es sich um einen Unfall im Straßenverkehr i.S.v. § 142 I StGB handeln.

Ein Unfall im Straßenverkehr ist gegeben bei einem plötzlichen Ereignis, das zu nicht ganz unerheblichem Personen- oder Sachschaden führt, im öffentlichen Straßenverkehr stattfindet und sich als Realisierung einer typischen Gefahr des Straßenverkehrs darstellt (Joecks, § 142 Rn. 5 ff.).

Der BGH führt aus: "Alle drei Kollisionen der Fahrzeuge auf der Fluchtfahrt waren 'Unfälle' im Sinne des § 142 Abs. 1 StGB. Dem steht nicht entgegen, dass der Polizeibeamte J - im dritten Tatkomplex - zwei der Unfälle selbst (vorsätzlich) herbeigeführt hatte (vgl. BGHSt 24, 382 ff.; BGH VRS 11, 425 ff.; 56, 141, 144)."

Ein Unfall im Straßenverkehr liegt somit vor.

#### 2. Unfallbeteiligter

A müsste Unfallbeteiligter i.S.v. § 142 V StGB sein. Da das Verhalten des A offensichtlich zu dem Unfall beigetragen hat, ist dies der Fall.

#### 3. Entfernen vom Unfallort ohne Ermöglichen der Feststellungen

A hat sich durch sein Wegfahren vom Unfallort entfernt. Fraglich ist jedoch, ob ihn jedoch überhaupt eine Wartepflicht traf, da den geschädigten Polizisten ja seine Identität bekannt war.

Hierzu der BGH: "Ohne Bedeutung für die Wartepflicht des Angeklagten war es auch, dass den Polizeibeamten die Person und das Fahrzeug des Angeklagten bekannt waren; denn es bestand ein Feststellungsinteresse des im Hinblick auf das Streifenfahrzeug geschädigten Dienstherrn der Polizeibeamten über die näheren Umstände des Zustandekommens des jeweiligen Unfalls (vgl. BGH VRS 11, 425, 426 f.; OLG Koblenz DAR 1977, 76, 77)."

#### 4. Vorsatz

A handelte vorsätzlich.

## II. Rechtswidrigkeit/Schuld

Das Verhalten des A war auch rechtswidrig und schuldhaft.

## III. Ergebnis

A ist strafbar gem. § 142 I Nr. 2 StGB

## G. Konkurrenzen

Der BGH erörtert: "Alle Gesetzesverletzungen, die der Angeklagte im Verlauf der Fluchtfahrt vom 19. Mai 1998 begangen hat, bilden eine Tat im Sinne des § 52 StGB (vgl. BGHSt 22, 67, 76; BGH NStZ-RR 1997, 331, 332; zu mehreren Straßenverkehrsgefährdungen s. BGH NZV 2001, 265 f. [eine Tat]; zu mehreren einander folgenden Widerstandshandlungen gegen Vollstreckungsbeamte vgl. BGH, Urteil vom 9. März 1978 - 4 StR 64/78 = VRS 56, 141, 142 ff.; v. Bubnoff in LK 11. Aufl. § 113 Rdn. 68 [eine natürliche Handlungseinheit])."

A ist also strafbar gem. §§ 315 c I Nr. 2 b; 113 I, II 2 Nr. 2; 142 I Nr. 2; 52 StGB.

*Literaturauswertung**Öffentliches Recht*

<b>Autor/Titel:</b>	Jochum, Heike: "Die polizei- und ordnungsrechtliche Störermehrheit und die beschränkte Kostentragungspflicht des Nicht-So-Störers"
<b>Fundstelle:</b>	NVwZ 2003, 526 (Heft 5)
<b>Inhalt:</b>	Die Autorin versucht, mit dem "Nicht-So-Störer" eine neue Rechtsfigur zu etablieren, um die oftmals als unbillig empfundene Zustandsverantwortlichkeit des Grundstückseigentümers für von ihm nicht zu verantwortende Altlasten abzufedern.

<b>Autor/Titel:</b>	Klenke, Reinhard: "Zur so genannten Subsidiarität der Feststellungsklage (§ 43 II 1 VwGO)"
<b>Fundstelle:</b>	NWVBI 2003, 170 (Heft 5)
<b>Inhalt:</b>	In diesem Beitrag wird der Regelungsgehalt des § 43 II 1 VwGO näher beleuchtet. Insbesondere wird dargestellt, welche Ausnahmen von der sogen. Subsidiarität zu machen sind.

<b>Autor/Titel:</b>	Klüppel, Vera: "Informelles Handeln des Bundes als Kompetenzproblem"
<b>Fundstelle:</b>	Jura 2002, 262 (Heft 4)
<b>Inhalt:</b>	Besprechung der äußerst examensrelevanten Entscheidung BVerfGE 104, 249 = RA 2002, 133 zur Abgrenzung von Wahrnehmungs- und Sachkompetenz bei der Bundesauftragsverwaltung (Atomkonsens). Die Autorin folgt den Sondervoten, wonach die unmittelbare Verhandlung der Bundesregierung mit den Energieversorgern die Rechte der Länder verletzt habe.

*Zivilrecht*

<b>Autor/Titel:</b>	Stoppel, Jan: "Die beiderseits zu vertretende Unmöglichkeit nach neuem Schuldrecht"
<b>Fundstelle:</b>	Jura 2003, 224 (Heft 4)
<b>Inhalt:</b>	Darstellung und Neulösung des bekannten Problems zur beiderseits zu vertretenden Unmöglichkeit im Synallagma nach dem neuen Schuldrecht durch teleologische Reduktion des Gesetzes.

<b>Autor/Titel:</b>	Coester-Waltjen, Dagmar: "Die Aufrechnung"
<b>Fundstelle:</b>	Jura 2003, 246 (Heft 4)
<b>Inhalt:</b>	Der Beitrag verschafft einen umfassenden Überblick über die Voraussetzungen und Rechtsfolgen dieses Rechtsinstituts, das aufgrund seiner Vereinfachungs- und Liquiditätsgesichtspunkten in Praxis und Ausbildung relevant ist.

<b>Autor/Titel:</b>	Derleder, Peter: "Der Wechsel zwischen den Gläubigerrechten bei Leistungsstörungen und Mängeln"
<b>Fundstelle:</b>	NJW 2003, 998 (Heft 14)
<b>Inhalt:</b>	Der Aufsatz geht der Frage nach, wie ein von Leistungsstörungen und Mängeln betroffener Vertragspartner mit reformierten Arsenal von Rechtsbehelfen umgehen kann, um eine effektive Rechtsverfolgung zu gewährleisten, insbesondere zwischen den verschiedenen Rechtsbehelfen wechseln kann.

<b>Autor/Titel:</b>	Schifferdecker, Stefan: "Prozessrecht im Vergleich"
<b>Fundstelle:</b>	JA 2003, 319 (Heft 4)
<b>Inhalt:</b>	Der Beitrag zeigt die Unterschiede zwischen den examensrelevanten Verfahrensordnungen der ZPO und der VwGO auf.

### *Strafrecht*

<b>Autor/Titel:</b>	Kölbel, Ralf: "Geständnisverwertung bei missglückter Absprache"
<b>Fundstelle:</b>	NSStZ 2003, 232 (Heft 5)
<b>Inhalt:</b>	Absprachen im Strafprozess sind mangels umfassender gesetzlicher Regelung und prozessrechtlicher Bedenken gegen ihre Zulässigkeit immer noch ein interessantes Thema im Bereich der StPO (s. auch das Urteil in dieser Ausgabe). Zwar hat der BGH in dem Urteil BGHSt 43, 195 die Zulässigkeit von Absprachen bestätigt und allgemeine Voraussetzungen für ihre Wirksamkeit festgelegt, jedoch hat er es offengelassen, ob und inwiefern das Geständnis, das dieser im Hinblick auf eine ihm angebotene Absprache abgibt, im Prozess noch verwertet werden kann, wenn die Absprache nicht zustande kommt. Mit dieser Frage beschäftigt sich dieser Aufsatz, der komprimiert den derzeitigen Stand der Rechtsprechung und Lehre präsentiert und sich um eine interessengerechte Lösung bemüht.

<b>Autor/Titel:</b>	Freund, Georg und Putz, Sarah-Antonia: "Materielle Strafbarkeit und formelle Subsidiarität der Unterschlagung (§ 246 StGB) wörtlich genommen"
<b>Fundstelle:</b>	NSStZ 2003, 242 (Heft 5)
<b>Inhalt:</b>	Sehr interessant und verständlich geschriebener Aufsatz zum Tatbestand der Unterschlagung, wie er sich nach dem 6. Strafrechtsreformgesetz darstellt, in dem die Autoren zu dem Schluss kommen, dass nicht nur die formelle Subsidiaritätsregelung in § 246 I a.E StGB überflüssig ist, sondern auch von der Rechtsprechung fehlinterpretiert wird.

<b>Autor/Titel:</b>	Ranft, Otfried: "Der Tatbegriff des Strafprozessrechts"
<b>Fundstelle:</b>	JuS 2003, 417 (Heft 5)
<b>Inhalt:</b>	Insb. aufgrund von Art. 103 III GG erhält der Begriff der "Tat" auch im Strafprozessrecht eine erhebliche Bedeutung. Da der prozessuale und der materiell-rechtliche Tatbegriff im Strafrecht allerdings erhebliche Unterschiede aufweisen, stellt der Verfasser in diesem Aufsatz die verschiedenen Ausprägungen und Fallgruppen des prozessualen Tatbegriffs unter kritischer Würdigung der Rechtsprechung dar.