

## Öffentliches Recht

**Standort: Art. 80 I 3 GG**

**Problem: Zitiergebot für EG-Rechtsgrundlage**

BVERWG, URTEIL VOM 20.03.2003  
3 C 10.02 (DVBL 2003, 731)

### Problemdarstellung:

Nach Art. 80 I 3 GG muss jede Rechtsverordnung die gesetzliche Ermächtigungsgrundlage zitieren, mit welcher der parlamentarische Gesetzgeber die Verwaltung ermächtigt hat, normativ tätig zu werden. Umstritten ist, ob sich dieses Zitiergebot nur auf das innerstaatliche Parlamentsgesetz, oder bei auf EG-Recht beruhenden Rechtsverordnungen auch auf die gemeinschaftsrechtlichen Regelungen, i.d.R. also die umzusetzende Richtlinie, erstreckt.

Eine Ansicht in der Literatur bejaht dies. Hintergrund für diese Diskussion ist, dass das BVerfG 1999 die Verordnung über die Haltung von Legehennen wegen Missachtung des Zitiergebotes für nichtig erklärt hatte. Diese Verordnung beruhte ebenfalls auf EG-Recht. Die nicht zitierte Norm war allerdings bei genauerem Hinsehen keine solche des Gemeinschaftsrechts, sondern Art. 2 des Ratifikationsgesetzes vom 25.1.1978.

Das BVerwG setzt sich zu dieser Literaturansicht in Widerspruch. Es betont, dass das Zitiergebot dem Verordnungsgeber verdeutlichen soll, dass er sich - als Exekutivorgan - auf legislatives Terrain begibt, wozu er nur aufgrund einer ausdrücklichen gesetzlichen Ermächtigung befugt ist. Gleichzeitig solle so das Normerlassmonopol des Gesetzgebers geschützt werden. Gehe es aber nur um die Aufrechterhaltung der (innerstaatlichen) Gewaltenteilung, müsse EG-Recht nicht zitiert werden.

Inhaltlich ging es in der Entscheidung um Agrarrecht, namentlich die Überleitung von Milchquoten. Die Urteilsgründe sind deshalb nur insoweit wieder gegeben, als sie für das hier behandelte Problem des Zitiergebotes von Interesse sind.

### Prüfungsrelevanz:

Jede Norm muss zu ihrer Wirksamkeit mit höherrangigem Recht vereinbar sein. Sollte der Bearbeiter einer Examensaufgabe eine auf EG-Recht zurück gehende Verordnung anwenden wollen, muss spätestens seit der vorliegenden Entscheidung streitig dargestellt wer-

den, ob diese nicht unwirksam sein könnte, weil die EG-Rechtsgrundlage nicht zitiert worden ist (in praxi enthalten die Verordnungen selbige in aller Regel nicht). Hier wird auf den o.g. Streit zwischen BVerwG und Literatur sowie die unklare Haltung des BVerfG einzugehen sein.

Angemerkt sei noch, dass das hier angesprochene Zitiergebot über Art. 80 I 3 GG nur für Rechtsverordnungen gilt, über Art. 19 I 2 GG aber auch ein Zitiergebot für Parlamentsgesetze existiert, die in Grundrechte eingreifen. Dort betreibt das BVerfG eine sehr restriktive Auslegung der Norm, die i.E. dazu führt, dass jenes Zitiergebot nur bei Grundrechten mit Gesetzesvorbehalt gilt, bei denen ausdrücklich von einer "Beschränkung" durch einfaches Recht die Rede ist (wie z.B. Art. 8, 10, 13 GG), wobei z.T. - offensichtlich mit Blick auf ein nicht gewünschtes Ergebnis, nämlich die Unwirksamkeit der Norm allein wegen eines Formfehlers - selbst in diesen Fällen die Anwendbarkeit des Art. 19 I 2 GG verneint wird (vgl. den Vertiefungshinweis zum Transplantationsgesetz).

### Vertiefungshinweise:

Zum Zitiergebot in Verordnungen im Hinblick auf EG-Recht: *BVerfGE* 101, 1; *Schwarz*, DÖV 2002, 852; *Erbel*, DÖV 1989, 338

Zum Zitiergebot bei Gesetzen (Transplantationsgesetz): *BVerfG*, RA 2000, 45 = *NJW* 1999, 339

### Kursprogramm:

*Examenskurs*: "Die Taubenplage"

### Leitsätze:

**1. Die in einer Rechtsverordnung (RVO) gemäß Art. 80 Abs. 1 Satz 3 GG anzugebenden Rechtsgrundlagen erstrecken sich nicht auf das Gemeinschaftsrecht, das durch die VO umgesetzt wird.**

**2. Zum Ausschluss des Übernahmerechts des Pächters nach § 12 Abs. 4 Zusatzabgabenverordnung (ZAV).**

**3. Das dem Pächter nach § 12 Abs. 3 ZAV zustehende Übernahmerecht ist gegenüber dem Ver-**

**pächter auszuüben; die Abgabe der Übernahmeerklärung allein gegenüber der Landwirtschaftsbehörde ist unwirksam.**

**Sachverhalt:**

Der Kl. begehrt eine Bescheinigung des Inhalts, dass eine bestimmte Anlieferungs-Referenzmenge (sog. "Milchquote") auf ihn und nicht, wie behördlich bescheinigt, auf den Beigel. zu 2 übergegangen ist.

Der Kl. hatte im Jahre 1996 vom Beigel. zu 1 eine diesem zustehende Anlieferungs-Referenzmenge befristet bis zum 31.3.2000 gepachtet. Daraufhin war ihm vom zuständigen Landwirtschaftsamt am 23.12.1996 bescheinigt worden, dass vom Beigel. zu 1 mit Wirkung vom 1.4.1996 bis zum 31.3.2000 eine Anlieferungs-Referenzmenge von 45.648 kg ohne Betriebs- oder Flächenübertragung auf ihn übergegangen sei. Am 24.2.2000 vereinbarten die Beigel. zu 1 und 2 die dauerhafte Übertragung dieser Referenzmenge zum 1.4.2000 auf den Beigel. zu 2. Mit einer schriftlichen Erklärung vom selben Tag trat der Beigel. zu 1 seine Ansprüche gegen den Kl. aus der befristeten Überlassung der Anlieferungs-Referenzmenge, insbesondere den Anspruch auf Rückgewähr, mit Wirkung vom 24.2.2000 an den Beigel. zu 2 ab.

Mit Schreiben an das Landwirtschaftsamt vom 27.4.2000 beantragte der Kl. unter dem Betreff "Übernahmeerklärung als Pächter der Milchquote (45.648 kg)" von dem Beigel. zu 1 "das Übernahmerecht". Das Landwirtschaftsamt bescheinigte dem Beigel. zu 2 am 10.7.2000, dass vom Kl. auf ihn mit Wirkung vom 1.4. 2000 eine Anlieferungs-Referenzmenge von 30.584 kg übergegangen und eine Referenzmenge in Höhe von 15.064 kg zugunsten der Landesreserve freigesetzt worden sei. Gegen diese Bescheinigung legten sowohl der Beigel. zu 2 wie der Kl. Widerspruch ein. Während sich der Beigel. zu 2 gegen die Freisetzung wandte, berief sich der Kl. darauf, er habe fristgerecht das ihm zustehende Übernahmerecht geltend gemacht, so dass die Anlieferungs-Referenzmenge nicht auf den Beigel. zu 2 habe übergehen können.

Die Regierung von Mittelfranken wies die Widersprüche zurück. Dabei verneinte sie ein Übernahmerecht des Kl., da der Beigel. zu 1 seinen Rückgewähranspruch vor In-Kraft-Treten der ZAV an den Beigel. zu 2 abgetreten habe, der ebenfalls Milcherzeuger sei und die Referenzmenge für die eigene Milcherzeugung benötige.

Die Klage des Beigel. zu 2 hatte Erfolg. Zu seinen Gunsten bejahte das VG das Vorliegen einer besonderen Härte i.S. von § 12 Abs. 4 Satz 2 Halbs. 2 ZAV. Hingegen wurde die seitens des Kl. erhobene Klage mit der Begründung abgewiesen, er habe die

Übernahmeerklärung nicht gegenüber dem richtigen Adressaten abgegeben.

Die hiergegen eingelegte Berufung des Kl. hat der VGH zurückgewiesen. Auch die Revision des Kl. blieb ohne Erfolg.

**Aus den Gründen:**

Die Revision des Kl. hat keinen Erfolg. Das angefochtene Urteil entspricht im Ergebnis dem Bundesrecht. Der VGH hat einen Anspruch des Kl. auf die begehrte Bescheinigung zu Recht verneint.

**A. Rechtsgrundlage**

Die Voraussetzungen, unter denen die Bescheinigung zu erteilen ist, sind in den §§ 17 Abs. 1 Nr. 2 i.V. mit 12 Abs. 3 der ZAV vom 12.1.2000 (BGBl. I, S. 260) geregelt. Eine andere Rechtsgrundlage für das Begehren des Kl. kommt nicht in Betracht. Insbesondere enthält das Gemeinschaftsrecht keine Bestimmung, die einem Pächter einen unmittelbaren Anspruch auf die Übernahme einer an sich dem Verpächter zurück zu gewährenden Anlieferungs-Referenzmenge einräumt.

**B. Wirksamkeit**

Somit hängt der Klageerfolg zunächst von der Rechtsgültigkeit der ZAV insgesamt bzw. der oben angeführten Bestimmungen ab, von der der VGH zu Recht ausgegangen ist.

**I. Literaturansicht**

Zweifel an der Vereinbarkeit der ZAV mit höherrangigem Recht werden in der Lit. vornehmlich in Hinblick auf das sog. Zitiergebot des Art. 80 Abs. 1 Satz 3 GG geäußert (vgl. Düsing/Kauch, Agrar- und Umweltrecht 2003, 69 f.). Nach dieser Bestimmung ist in der VO die Rechtsgrundlage anzugeben. Die Frage, ob die ZAV wegen eines Verstoßes gegen das Zitiergebot nichtig ist, unterfällt nicht dem Verwerfungsmonopol des BVerfG, sondern ist von den Fachgerichten zu entscheiden (BVerfG, Beschluss vom 20.7.2001 - 1 BvR 529/01 -).

Die ZAV führt in ihrer Präambel als Rechtsgrundlage mehrere Bestimmungen des nationalen Rechts, insbesondere solche des MarktorganisationsG (MOG) auf. Vorschriften der EG werden darin nicht zitiert, obwohl die VO die Umsetzung des einschlägigen Gemeinschaftsrechts zum Gegenstand hat. In der Lit. mehren sich die Stimmen, die in solchen Fällen auch die Angabe der gemeinschaftsrechtlichen Grundlagen für geboten erachten (vgl. u.a. Nierhaus, Bonner Kommentar zum GG, Art. 80 Abs. 1, Rdnr. 327; Schwarz, DÖV 2002, 852, 853; Erbel, DÖV 1989, 338, 341 f.). Sie berufen sich hierfür zumeist auf das Urteil

des BVerfG vom 6.7.1999 (BVerfGE 101, 1), durch das die HennenhaltungsVO wegen Missachtung des Zitiergebotes für nichtig erklärt worden war. Diese VO diene - insoweit ähnlich wie die ZAV - auch der Umsetzung von Rechtsakten der Gemeinschaft in nationales Recht. Ausschlag gebend für dieses Urteil war das Fehlen eines Hinweises auf Art. 2 des RatifikationsG vom 25.1.1978 als (weitere) Ermächtigungsgrundlage.

## II. Ansicht des BVerwG

Isoliert betrachtet können die vom BVerfG herausgestellten rechtsstaatlichen Funktionen des Zitiergebotes allerdings den Gedanken nahe legen, auch die gemeinschaftsrechtlichen Grundlagen seien zu benennen. Art. 80 Abs. 1 Satz 3 GG soll zum einen der Exekutive durch Angabe ihrer Ermächtigungsgrundlage ermöglichen, sich selbst des ihr aufgegebenen Normsetzungsprogramms zu vergewissern und sich auf dieses zu beschränken. Das Zitiergebot soll zum anderen dem Normadressaten die Prüfung ermöglichen, ob der Verordnungsgeber die Grenzen seiner Rechtsetzungsmacht gewahrt hat. Diese Zielsetzung könnte dafür sprechen, dem in der VO zu benennenden "Ermächtigungsrahmen" (BVerfG, aaO, S. 42) auch jene Normen zuzurechnen, die der nationale Gesetz- oder Verordnungsgeber aus eigener Kompetenz nicht hätte erlassen dürfen, für die er vielmehr einer gemeinschaftsrechtlichen Rechtsetzungsbefugnis bedurfte. Diese Betrachtungsweise beruht jedoch auf einer grundlegenden Verkennung des Regelungsgehalts des Art. 80 Abs. 1 Satz 3 GG.

### 1. Sinn und Zweck

Die Vorschrift soll dazu beitragen, dass die aus dem Prinzip der Gewaltentrennung folgenden engen Grenzen exekutiver Rechtsetzungsmacht nicht zu Lasten der (parlamentarischen) Legislative verschoben werden. Der Erlass von Verordnungen stellt eine Durchbrechung des ansonsten geltenden Normsetzungsmonopols der Parlamente dar. Die Verfassung (Art. 80 Abs. 1 Sätze 1 und 2 GG) verlangt hierfür eine besondere Ermächtigung "durch Gesetz". Nur wenn und soweit sich der Gesetzgeber ausdrücklich seiner Rechtsetzungsmacht begeben hat, darf die Exekutive ihn insoweit vertreten. Durch Angabe der hierfür in

Anspruch genommenen bundesgesetzlichen Ermächtigungsgrundlage hat der Verordnungsgeber nachzuweisen, dass er die Prärogative des parlamentarischen Gesetzgebers gewahrt hat.

### 2. Systematik

Dies folgt schon aus dem systematischen und terminologischen Zusammenhang der in Art. 80 Abs. 1 GG getroffenen Regelungen. Der Begriff "Rechtsgrundlage" in Satz 3 GG knüpft an den in den voran stehenden beiden Sätzen verwandten Begriff "Gesetz" an, worunter ausschließlich förmliche Parlamentsgesetze zu verstehen sind. Das Zitiergebot geht hierüber nicht hinaus. Ihm kommt nicht die Funktion zu, die Vereinbarkeit der VO mit höherrangigem Recht auch insoweit kontrollieren zu können, als eine Verletzung des Parlamentsvorbehalts ausscheidet. Dies gilt nach Überzeugung des Senats auch im Hinblick auf das Gemeinschaftsrecht, und zwar selbst dann, wenn dieses eine unerlässliche "Ermächtigungsgrundlage" für die in der VO getroffene Regelung darstellt. Die Einhaltung der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben betrifft eine andere, vom Zitiergebot nicht erfasste Ebene. Die dadurch für den Normadressaten möglicherweise bestehende Schwierigkeit, die mit der VO umgesetzte gemeinschaftsrechtliche Regelung herauszufinden und die Übereinstimmung zwischen beiden Rechtsquellen zu überprüfen, bestünde auch dann, wenn der Bundestag selbst - wozu er unbeschränkt befugt wäre - die Umsetzung vorgenommen hätte, denn insoweit bedarf es einer Benennung der Rechtsgrundlagen jedenfalls nicht.

### C. Tatbestandliche Voraussetzungen

Der VGH hat die Klage mit der Begründung abgewiesen, das Übernahmerecht des Kl. sei nach § 12 Abs. 4 ZAV ausgeschlossen. Die hierfür angeführten Erwägungen beruhen auf einer Verletzung von Bundesrecht (§ 137 Abs. 1 Nr. 1 VwGO). [Wird ausgeführt.] Die Revision hat gleichwohl keinen Erfolg, weil sich das Urteil aus einem anderen Grund als im Ergebnis richtig erweist (§ 14 IV VwGO). Dem Kläger steht das beanspruchte Übernahmerecht nicht zu, weil er es nicht ordnungsgemäß gegenüber dem richtigen Adressaten ausgeübt hat.[Wird ausgeführt.]

**Standort: Untersuchungsausschuss****Problem: Name einer Privatperson**

SAARLVERFGH, URTEIL VOM 31.10.2002  
LV 2/02 (NVWZ-RR 2003, 393)

**Problemdarstellung:**

Der Verfassungsgerichtshof des Saarlandes hatte sich mit der Frage zu befassen, ob das Parlament das Allgemeine Persönlichkeitsrecht einer Person dadurch verletzen kann, dass es einem von ihm eingesetzten Untersuchungsausschuss den Namen dieser Person gibt. Hintergrund war eine Landes-Verfassungsbeschwerde des langjährig an maßgeblicher Stelle Verantwortlichen für die Abfallentsorgung im Saarland, Prof. Peter Bähr, gegen die Benennung des "Bähr-Untersuchungsausschusses". Der Fall ist deshalb nach saarländischem Recht gelöst, das aber ohne Abweichungen auf bundesrecht übertragen werden kann.

Der VerfGH geht davon aus, dass ein Eingriff in den Schutzbereich des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts vorliegt, das auch das Recht am eigenen Namen schützt. Die verfassungsrechtliche Rechtfertigung erblickt das Gericht im Recht (und ggf. der Pflicht) des Parlaments zur Einsetzung eines Untersuchungsausschusses (vgl. Art. 44 GG und die entsprechenden Artikel der Landesverfassungen). Dieses umfasse auch das Recht zur Namensgebung, die wiederum den Untersuchungsgegenstand hinreichend konkret bezeichnen müsse. Gehe es um das Verhalten einer Person, könne die Nennung des Namens derselben insoweit zulässig sein. Allerdings sei ein solcher Eingriff von dieser Schranke nur gedeckt, wenn tatsächliche Anhaltspunkte für die Verstrickung des Namensgebers in den Untersuchungsgegenstand vorlägen und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt sei. Letzterer gebiete insbesondere einen stärkeren Schutz von Privatpersonen als solchen, die sich durch ihr Verhalten, ihre Stellung oder aus sonstigen Gründen selbst in die Öffentlichkeit begeben haben.

**Prüfungsrelevanz:**

Der Fall lässt sich hervorragend als Prüfungsaufgabe verwenden, da er Probleme des Staatsorganisationsrechts (Einsetzung eines Untersuchungsausschusses) mit Grundrechtsdogmatik (Allgemeines Persönlichkeitsrecht) verbindet. Beachtenswert ist auch die vom Gericht selbst aufgezeigte Parallele zu den "Warnungsfällen", in denen ein Hoheitsträger eine Person, eine Gruppe, ein Produkt o.ä. mit Namen nennt und vor selbigen warnt. Die RA hat über solche Fälle in der jüngeren Vergangenheit immer wieder berichtet, zu-

letzt über die Warnung vor Jugendsekten sowie Glykolwein, siehe Vertiefungshinweise). Diese Fallgestaltung ist mindestens ebenso examensrelevant und sollte anlässlich dieses Falles wiederholt werden.

**Vertiefungshinweise:**

- Zu Privatpersonen vor Untersuchungsausschüssen: *BayVerfGH*, NVwZ 1996, 1206; *Kerbein*, ZPR 2001, 302
- Verfahren vor Untersuchungsausschüssen: *HambVerfG*, NVwZ 1996, 1201; *Schneider*, NJW 2001, 2604
- Warnungsfälle: *BVerfG*, RA 2002, 494 (Glykolwein); RA 2002, 449 (Osho-Sekte); *BVerwG*, NVwZ 1994, 162 ("Osho III"); *OVG NW*, NVwZ 1997, 302 (Scientology); *Discher*, JuS 1993, 463

**Kursprogramm:**

- Examenskurs*: "Neue Heimat analog"

**Leitsätze (der Redaktion):**

- 1. Ein parlamentarischer Untersuchungsausschuss darf den Namen einer Person tragen, wenn die Verantwortlichkeit dieser Person für vermutete Missstände Gegenstand der Untersuchung ist.**
- 2. Für die Verantwortlichkeit des Namensgebers müssen tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen.**
- 3. Der Namensträger hat in einem solchen Untersuchungsverfahren die Beteiligungsrechte eines Betroffenen.**

**Sachverhalt:**

Der Landtag des Saarlandes hat in seiner Plenarsitzung vom 27.2.2002 beschlossen, einen Untersuchungsausschuss einzusetzen, der sich mit dem Verdacht von Missständen und Fehlentwicklungen bei dem Entsorgungsverband S., dem öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger zur Erfüllung der Aufgaben der überörtlichen Abfallentsorgung nach dem Saarländischen Abfallwirtschaftsgesetz befassen soll. Der Untersuchungsausschuss trägt die Bezeichnung „Nachteile für den Gebührenzahler seit 1992 durch vertragliche Gestaltungen zwischen dem KABV-EVS bzw. seinen Tochter- und Beteiligungsunternehmen durch Verträge mit Dritten und Verantwortlichkeiten hierzu — B.-Untersuchungsausschuss". Damit verwendet der Landtag des Saarlandes bewusst den Namen des Bf. Dieser war von 1991 bis 1993 ehrenamtli-

cher, von 1993 bis 1998 hauptamtlicher Vorstandsvorsteher des früheren Kommunalen Abfallbeseitigungsverbandes (KABV) und nach dessen Zusammenschluss mit dem Abwasserverband S. zum heutigen Entsorgungverband S. (EVS) zu Beginn des Jahres 1998 bis Mitte des Jahres 2001 einer der beiden Geschäftsführer dieses Entsorgungsträgers. Zu seinen Aufgaben gehörte weiter die Leitung des Betriebs für das Duale System im Saarland (BDSiS), die Geschäftsführung der KABV-Gesellschaft für Abfallverwertungsanlagen mbH und der KABV-Gesellschaft für Abfallwirtschaft mbH, der Vorsitz des Aufsichtsrats der Verwertungsgesellschaft der saarländischen Wertstoffentsorger mbH und die Mitgeschäftsführung der Gesellschaft kommunaler Entsorgungsbetriebe mbH (GKE). Der Untersuchungsausschuss hat den Bf. bis September 2002 nicht als Betroffenen der Enquete betrachtet. Einer Aufforderung des Bf. an den Landtag des Saarlandes vom 25.3.2002, die Führung seines Namens in der Bezeichnung des Untersuchungsausschusses zu unterlassen, ist nicht entsprochen worden. Mit seiner Vb. rügt der Bf. die Verletzung von Art. 1 (Schutz der Menschenwürde), Art. 2 (Handlungsfreiheit und Datenschutz) und Art. 14 II (Unschuldsvermutung) der Verfassung des Saarlandes durch den Landtag des Saarlandes. Die V. wurde zurückgewiesen.

### *Aus den Gründen:*

#### *A. Zulässigkeit*

Das Gebot der Erschöpfung des Rechtsweges vor Erhebung der Verfassungsbeschwerde (§ 55 III SaarlVerfGHG) steht der Zulässigkeit nicht entgegen. Ob für den SaarlVerfGH bindend von der Verwaltungsrechtsprechung entschieden ist, dass der Bf. gegen den Landtag des Saarlandes einen verfassungsrechtlichen Streit führt, für den der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten nach § 40 I VwGO nicht eröffnet ist — die Entscheidung des OVG Saarlouis vom 17.7.2002 (1 W 15/02) ist in einem Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes ergangen —, kann dahinstehen. Im Hinblick darauf, dass sowohl das VG Saarlouis als auch das OVG Saarlouis im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes die Eröffnung des Rechtsweges zu den Verwaltungsgerichten verneint haben, darf dem Bf. nicht zugemutet werden, vorerst Rechtsschutz in der Hauptsache auf dem Verwaltungsrechtsweg zu beanspruchen (BVerfGE 27, 88 [97]; SaarlVerfGH, Beschl. vom 27.5.2002 - Lv 2/02).

#### *B. Begründetheit*

Die Verfassungsbeschwerde ist nicht begründet. Der

Landtag, der das Recht und auf Antrag von einem Viertel der Abgeordneten die Pflicht hat, einen Untersuchungsausschuss einzusetzen (Art. 29 I SaarlVerf.), übt mit einer solchen Entscheidung öffentliche Gewalt aus. Darin ist er nicht frei. Die Einsetzung eines Untersuchungsausschusses muss sich im Rahmen der Kompetenzen des Landtages halten und wie jede Ausübung öffentlicher Gewalt die verfassungsmäßige Ordnung beachten, zu der neben den aus dem Rechtsstaatsprinzip folgenden Geboten vor allem die Grundrechte Einzelner gehören (Art. 60 I, 61 II, 21 S. 2 SaarlVerf.). Die mit der Einsetzung eines Untersuchungsausschusses verfolgte Aufklärung muss im Übrigen funktional auf ein Tätigwerden des Landtages gerichtet sein und im öffentlichen Interesse liegen (vgl. u.a. BayVerfGH, NVwZ 1995, 682).

Allerdings bewirkt allein die Einsetzung eines Untersuchungsausschusses im Allgemeinen noch keine Schmälerung von Grundrechten Einzelner. Deren Schutzbereich kann indessen in besonderen Gestaltungen schon hier berührt sein. Gilt eine Enquete dem etwaigen Fehlverhalten einer bestimmten Person, so ist ein Parlament vor allem an das Persönlichkeitsrecht in seinen verschiedenen Ausprägungen — es schützt vor Angriffen auf die Ehre und den sozialen Geltungsanspruch einer Person, es schützt vor Entstellungen ihrer Identität und es schützt vor der Ausforschung und Offenbarung ihrer privaten und intimen Angelegenheiten — gebunden, selbstverständlich aber auch an das rechtsstaatliche Prinzip der Verhältnismäßigkeit. Grundrechtliche und rechtsstaatliche Sicherungen gelten dabei nicht nur gegenüber finalen Eingriffen in der Form von Ver- oder Geboten oder anderen rechtlichen Regelungen des Verhaltens von Bürgerinnen und Bürgern — um sie kann es vornehmlich im Rahmen der Informationsbeschaffung durch den Untersuchungsausschuss gehen —, sondern gegenüber allen vom Staat verursachten Beeinträchtigungen der freien Entfaltung der Persönlichkeit, die sich nicht im Rahmen des verfassungsrechtlich Zulässigen halten. Die so schon in dem Einsetzungsbeschluss gezogenen verfassungsrechtlichen Grenzen sind durch die Wahl des Namens des Untersuchungsausschusses nicht überschritten.

#### *I. Unschuldsvermutung*

Art. 14 II SaarlVerf. ist nicht berührt. Die dort verbürgte, von aller staatlichen Gewalt zu beachtende Vermutung der Unschuld eines Menschen gilt in hoheitlichen Verfahren, die darauf gerichtet sind, eine — regelmäßig sanktionsbewehrte — Feststellung von Schuld oder Unschuld eines Menschen zu treffen. Dazu zählt die parlamentarische Untersuchung als Mittel

der Information und Kontrolle (Jarass/Pieroth, GG, 6. Aufl., Art. 44 Rdnr. 1) aber auch des politischen Wettbewerbs (Dreier/Morlok, GG, Art. 44 Rdnr. 9) nicht.

## II. Allg. Persönlichkeitsrecht

Die vom Landtag beschlossene Verwendung des Namens des Bf. zur Bezeichnung ("B.-Untersuchungsausschuss") berührt allerdings das gem. Art. 2 i.V. mit Art. 1 SaarlVerf. gewährleistete Persönlichkeitsrecht.

### I. Schutzbereich betroffen

In dessen Schutzbereich fällt nicht nur, wenn die gesetzgebende, die vollziehende oder die rechtsprechende Gewalt einer Person versagt, ihren Namen zu führen, oder wenn sie ihren Namen in einer Weise verwendet, die die Interessen des Namensträgers durch Verwirrung über seine Identität verletzt (vgl. zu dem entsprechenden Schutzbereich des Namensrechts nach § 12 BGB Staudinger, 1994, § 12 Rdnrn. 255 ff.). Der Name eines Menschen hat nicht nur als Unterscheidungskriterium funktionale Bedeutung; er ist auch Ausdruck der Identität und Individualität und nimmt insoweit am Persönlichkeitsschutz teil. Die Rechtsordnung hat daher den Namen einer Person zu respektieren und zu schützen (Maunz/Dürig/Herzog, GG, Art. 2 Rdnr. 203; BVerfGE 97, 391 [399] = NJW 1998, 2889). Der Name begleitet die Lebensgeschichte seines Trägers (BVerfGE 97, 391 [399] = NJW 1998, 2889); er steht nicht beliebig zur Disposition und darf nicht unter Verletzung seiner Identität und Individualität verfälscht werden. Dritte dürfen ihn daher nicht in einem Zusammenhang erwähnen, in dem erwähnt zu werden der Namensträger keinen sachlichen Anlass gegeben hat (Schwerdtner, in: MüKo BGB, 4. Aufl. [2001], § 12 Rdnr. 204). Allerdings verleiht der Namensschutz, der Ausfluss des Persönlichkeitsschutzes ist, dem Namensträger keinen Anspruch darauf, in der Öffentlichkeit so dargestellt zu werden, wie er sich selber sieht oder von anderen gesehen werden möchte (BVerfGE 99, 185 sowie zum Umfang des Namensschutzes allgemein: BVerfGE 97, 391 [399]; BGHZ 81, 75 [80]; 32, 103 [111]; Staudinger, BGB, 1999, § 823 Rdnrn. 159, 186 ff.). Träger hoheitlicher Gewalt haben das nicht weniger zu beachten als Private.

### II. Eingriff

Die Bezeichnung des Untersuchungsausschusses mit dem Namen des Bf. bringt seine Person in einen Zusammenhang mit den vom Landtag des Saarlandes vermuteten Missständen im Bereich der öffentlichen Entsorgungswirtschaft. Das ist aus der Sicht verständlich wertender Dritter geeignet, jedenfalls die fachliche Leistung des Bf. in Zweifel zu ziehen.

### III. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Da die Verwendung des Namens des Bf. folglich den Schutzbereich seines Persönlichkeitsrechts berührt — in Rechte eines Bürgers eingreift — bedarf sie der verfassungsrechtlich tragfähigen Rechtfertigung.

#### 1. Schranken

Normative Grundlage dafür ist grundsätzlich das Untersuchungsrecht des Parlaments. Es erlaubt nicht nur die Einsetzung eines Untersuchungsausschusses und seine Beauftragung mit der Erforschung eines zu umgrenzenden Sachverhalts sondern - notwendigerweise - auch die sach- oder personenbezogene Namensgebung.

#### 2. Schranken-Schranken

Im Lichte des Eingriffs in das Persönlichkeitsrecht des Namensträgers muss sie allerdings einen sachlichen Anlass haben und verhältnismäßig sein. Die Untersuchung eines Missstandes muss sich im Wesentlichen der Verantwortung der Person — die keineswegs immer strafrechtlicher Natur sein muss — widmen und dafür von Tatsachen gestützte Gründe haben. Sie muss ferner geeignet sein, die von der Untersuchung verfolgten Zwecke zu erreichen. Ein milderer, den Namensträger weniger belastendes und gleichermaßen geeignetes Mittel zur Erreichung des Zwecks der Untersuchung muss fehlen. Eine übermäßige Belastung der Person darf nicht erfolgen.

#### a. Tatsächliche Gründe für die Namensgebung

Die Benennung des Untersuchungsausschusses mit dem Namen des Bf. ist nach ihrem Wortlaut, ihrem systematischen Zusammenhang, ihrem ausdrücklichen Anlass und ihrem Zweck dazu bestimmt zu verlautbaren, dass — wesentlicher — Gegenstand der parlamentarischen Kontrolle auch die etwaige Verantwortlichkeit des Bf. für die sich möglicherweise im Verlauf des Verfahrens ergebende Bestätigung von Nachteilen für den Gebührenzahler durch das Geschäftsgebaren des KABVtEVS sowie der von ihm gesellschaftsrechtlich beeinflussbaren Unternehmen sein soll.

Anders kann schon der Name des Untersuchungsausschusses selbst nicht verstanden werden. Dabei darf nicht zwischen einem "Langtext", der "eigentlichen" Benennung des Untersuchungsausschusses, und einer — untergeordneten — "Kurzbezeichnung" unterschieden werden. Dafür bietet der Name des Untersuchungsausschusses keine hinreichenden Anhaltspunkte. Sachbezeichnung ("Nachteile für den Gebührenzahler") und Personalisierung haben daher gleichen Rang.

*aa. Bedeutung der Namensgebung für den Betroffenen*

Wird der Name einer Person zur Benennung einer Enquete gewählt, so wird jeder unbefangene Betrachter davon ausgehen, dass diese Person und ihr Verhalten zu den wesentlichen Objekten des parlamentarischen Interesses gehören soll. Das macht auch der Zusammenhang mit dem "Langtext" der Benennung des Untersuchungsausschusses deutlich. Er spricht unmittelbar vor dem Namen des Bf. von "Verantwortlichkeiten", deren Klärung Ziel der Untersuchung sein soll. Schließlich ist im Landtag des Saarlandes auch ausdrücklich betont worden, die Wahl der Bezeichnung "B.-Untersuchungsausschuss" solle den bei einer anderen Benennung entstehenden Eindruck vermeiden, der Landtag wolle die Fachlichkeit oder Lauterkeit des Wirkens einer großen Zahl von — anderen — Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern der betroffenen Einrichtung in Frage stellen. Vielmehr solle "das Kind beim Namen" genannt werden. Die Namensgebung durch den Landtag des Saarlandes bedeutet folglich, dass die organschaftliche oder dienstrechtliche Verantwortlichkeit des Bf. als — ein — wesentlicher Gegenstand der Untersuchung gedacht ist. [...]

*bb. Zweck eines Untersuchungsausschusses*

Art. 79 I SaarlVerf. gibt dem Landtag des Recht und auf Antrag von einem Viertel der Abgeordneten die Pflicht, Untersuchungsausschüsse einzusetzen. Damit erhält das Parlament die Möglichkeit, sich ohne Mitwirkung von Regierung und Verwaltung über Angelegenheiten zu informieren, die es zur Erfüllung seines Verfassungsauftrags als Vertretung des Volkes für aufklärungsbedürftig hält (BVerfGE 45, 89). Dieses Untersuchungsrecht gehört zu den ältesten und zugleich wichtigsten Befugnissen des Parlaments. Dabei hat sich in der Parlamentspraxis neben der Sachstandsenquete die Missstandsenquete mehr und mehr in den Vordergrund geschoben (Jarass/Pieroth, GG, 6. Aufl. [2002], Art. 44 Rdnr. 1). Als Hauptaufgabe hat sich im Verlauf dieser Entwicklung ergeben, Sachverhalte, deren Aufklärung im öffentlichen Interesse liegt, zu untersuchen und dem Parlament darüber Bericht zu erstatten. Dabei beschränkt sich der Gegenstand der Untersuchung nicht auf Vorgänge im Verantwortungsbereich der Regierung, sondern erstreckt sich auf Vorgänge im öffentlichen Leben schlechthin (Jarass/Pieroth, Art. 44 Rdnr. 4). Die Untersuchung zielt regelmäßig nicht nur auf die Aufklärung von Geschehnissen, sondern zugleich auf die Aufklärung der Verantwortlichkeit einer Person für die Geschehnisse (Jarass/Pieroth, Art. 44 Rdnr. 5; sowie Maunz/Dürig, GG, Art. 44 Rdnr. 11). Daher geht es allein darum, ob ein

Parlament den Namen einer Person für seine Ermittlungen in Anspruch nehmen darf, wenn die Klärung der wie auch immer gearteten Verantwortlichkeit dieser bestimmten Person eine wesentliche Aufgabe der parlamentarischen Untersuchung sein soll.

*cc. Parallele zu Äußerungen von Hoheitsträgern*

Obwohl die Staatspraxis eine Vielzahl von Untersuchungsausschüssen kennt, die unter dem Namen von bestimmten Personen geführt worden sind, weil sie als Verantwortliche für bestimmte Missstände oder als deren Opfer vermutet wurden, hat sich die Verfassungsrechtsprechung mit dieser Frage bislang, soweit ersichtlich, nicht befasst. In der Verfassungsrechtslehre wird die Frage nicht erörtert.

Allerdings hat sich die Verfassungsrechtsprechung und die Verwaltungsrechtsprechung mit — vornehmlich empfehlenden oder warnenden — Verlautbarungen von Hoheitsträgern befasst, die den sozialen Geltungsanspruch von Personen zu erschüttern geeignet sein konnten. Solche wertenden Äußerungen müssen danach geeignet sein, den zu gewährleistenden öffentlichen und privaten Belangen in dem notwendigen Umfang Rechnung zu tragen, sich strikt innerhalb der Grenzen der Erforderlichkeit und der Angemessenheit halten und willkürfrei sein. Mitgeteilte Tatsachen müssen zutreffend wiedergegeben werden, Werturteile dürfen nicht auf sachfremden Erwägungen beruhen und den sachlich gebotenen Rahmen nicht überschreiten (vgl. BVerfGE 105, 252; BVerfG, NJW 1989, 3269; BVerwGE 82, 72; Gusy, NJW 2000, 977; Di Fabio, JuS 1997, 1).

*dd. Parallele zur Mitteilung von Beschuldigtenamen im Strafverfahren*

Davon abgesehen hat sich die Zivilrechtsprechung mit der Befugnis von Strafverfolgungsbehörden befasst, den Namen von Beschuldigten von Ermittlungsverfahren zu offenbaren (BGH, NJW 1994, 1950). Im Hinblick darauf, dass strafprozessuale Ermittlungsverfahren bereits auf Verdacht eröffnet werden und juristisch nicht vorgebildete Laien allzu leicht geneigt sind, die Eröffnung eines strafprozessualen Ermittlungsverfahrens beinahe mit dem Nachweis der zur Last gelegten Tat gleichzusetzen, ist danach eine Veröffentlichung mit namentlicher Identifizierung des Verdächtigen während des Stadiums der Ermittlungen nur ausnahmsweise zu rechtfertigen. Als Kriterien, die eine solche Ausnahme rechtfertigen, sind (abgesehen von Fällen herausragender Deliktsschwere oder schwerstwiegenden Tatverdachts) das Aufsehen, das die Tat als solche oder im Zusammenhang mit anderen Vorgängen erregt hat, oder die Beteiligung von Personen,

die im Zusammenhang mit allgemein interessierenden Vorgängen in die Rolle einer "Person der Zeitgeschichte" gelangt sind, herangezogen worden (OLG Hamm, OLGZ 1990, 202 [206]; OLG Frankfurt a.M., NJW 1980, 597).

#### *ee. Gewichtungmaßstäbe*

Diese Erkenntnisse entsprechen den verfassungsrechtlichen Maßstäben. Die Verwendung des Namens einer Person in der Benennung eines Untersuchungsausschusses und der Umschreibung seines Gegenstandes ist nicht beliebig zulässig. Vielmehr bedarf es einer Rechtfertigung, die sich auf Tatsachen stützen muss, die einen sachlichen Zusammenhang zwischen der Person und dem Gegenstand der Untersuchung ergeben. Dort, wo die Namensgebung sich auf eine Missstandsenquete bezieht, muss es tatsächengestützte Anhaltspunkte dafür geben, dass ein unlauteres oder unredliches Verhalten, ein subjektiv pflichtwidriges oder nur ein objektiv fehlerhaftes Verhalten von erheblichem Gewicht nicht auszuschließen ist. Dabei hat sich die Prüfung durch das angerufene Gericht allerdings darauf zu beschränken, ob die dem Einsetzungsbeschluss zu Grunde liegende Begründung nachvollziehbar und der durch die Verfahrensautonomie des Parlaments eröffnete Wertungsrahmen in vertretbarer Weise ausgefüllt worden ist (vgl. BVerfGE 105, 197).

#### *(1). Wahrnehmung des Untersuchungsausschusses durch die Öffentlichkeit*

Dabei muss allerdings zum einen ins Gewicht fallen, dass parlamentarische Untersuchungsausschüsse zwar im repräsentativ-demokratisch geordneten Gemeinwesen unverzichtbare und bedeutungsvolle Instrumente der Aufklärung sind, dass es sich bei ihnen jedoch weder nach ihrem Ziel noch nach der normativen Steuerung ihrer Arbeit um Strafverfolgungsbehörden oder gar um Gerichte handelt. Untersuchungsausschüsse sind Teil des politischen Wettbewerbs und werden von der Öffentlichkeit auch so verstanden. Welches Vertrauen ihnen die Öffentlichkeit im Einzelfall entgegenbringt — und damit welche Nachteile ihre Arbeitsweise und deren Ergebnis für Personen oder Institutionen tatsächlich verursachen können — ist nicht gewissermaßen institutionell verbürgt, sondern abhängig von der Sachlichkeit, Gründlichkeit und Fairness ihres Vorgehens. Das allgemeine Verständnis von Untersuchungsausschüssen als Instrument der Politik führt dazu, dass Personalisierungen einer Enquete regelmäßig in weit aus geringerem Maße geeignet sind, das Persönlichkeitsrecht Einzelner zu schmälern als Personalisierungen justizförmig ablaufender Ermittlungsverfahren.

#### *(2). Stellung des Namensgebers in der Öffentlichkeit*

Zum anderen muss ins Gewicht fallen, ob das Interesse des Parlaments einer Privatperson gilt, die nur auf Grund besonderer Umstände Gegenstand öffentlichen Interesses geworden ist, oder ob es um eine Person geht, die ein in die Öffentlichkeit wirkendes Amt wahrgenommen hat oder wahrnimmt. Personen, die unmittelbar der parlamentarischen Kontrolle unterliegen, vor allem Mitglieder von Regierungen — aber auch hohe Funktionsträger von Einrichtungen, die der Kontrolle des Parlaments unterliegen - müssen es eher hinnehmen dieser Aufsicht auch namentlich unterzogen zu werden als Bürgerinnen und Bürger, die nicht in einer solchen Verantwortung stehen. Das darf allerdings nicht dazu führen, dass Bürgerinnen und Bürger abgehalten werden, ein öffentliches Amt zu übernehmen, weil sie fürchten müssen, auch ohne konkreten Anlass an den Pranger gestellt zu werden. Besteht aber ein konkreter Anlass zu einer Untersuchung und wird diese Untersuchung in sachlicher und verhältnismäßiger Form personalisiert, so müssen sie sich dieser Verantwortung stellen. Ihr Persönlichkeitsrecht wird dann durch die Gewährleistung von Rechten im Verfahren der Untersuchung hinreichend geschützt.

#### *ff. Subsumtion*

Diesen Maßstäben genügt das Vorgehen des Landtags des Saarlandes.

"Tatsachengestützte Anhaltspunkte" zur Veranlassung einer Missstandsenquete, in deren Rahmen auch eine organschaftliche oder dienstrechtliche Verantwortung des Bf. geprüft wird, lagen zum Zeitpunkt der Einsetzung des Untersuchungsausschusses vor.

#### *(1). Anforderungen an die Tatsachengrundlage*

Allerdings wird es insoweit — zur Rechtfertigung der Bezeichnung einer Missstandsenquete mit dem Namen einer bestimmten Person (anders als zur Einsetzung eines Untersuchungsausschusses selbst) — regelmäßig nicht genügen, wenn in Medien von der Verantwortlichkeit dieser Person die Rede ist oder wenn einer Strafverfolgungsbehörde anonyme Strafanzeigen zugehen und sie Veranlassung sieht, im Rahmen eines Vorermittlungsverfahrens das Bestehen eines Anfangsverdachts zu prüfen. Der Schutz des Persönlichkeitsrechts würde ausgehöhlt, genügte es, im medialen Wettbewerb gerne aufgegriffene Meldungen über behauptetes Fehlverhalten einer Person in Presse und Rundfunk zu lancieren oder ohne dafür gerade stehen zu müssen einer Staatsanwaltschaft oder der Polizei einen Vorwürfe enthaltenden Text zuzuleiten, um zu rechtfertigen, dass ein Träger hoheitlicher Ge-

walt — der die Grundrechte eines jeden Einzelnen zu beachten hat — eine Person öffentlich und namentlich als Verdächtigen eines möglichen gewichtigen Missstands bezeichnet. Umgekehrt darf nach der Funktion einer parlamentarischen Untersuchung auch nicht verlangt werden, dass sich der Anfangsverdacht eines möglicherweise strafrechtlich relevanten Sachverhalts schon bestätigt hat.

*(2). Indizien für ein vorwerfbares Verhalten des Bf.*

Daher kommt es nicht darauf an, dass den Erklärungen der Vertreter der Staatsanwaltschaft in der Sitzung des Ausschusses für Umwelt des Landtags des Saarlandes am 1. 2. 2002, also unmittelbar vor Einsetzung des Untersuchungsausschusses, der „Anfangsverdacht“ einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Bf. gerade nicht nachvollziehbar entnommen werden kann. Jedoch ergibt sich aus insoweit im Wesentlichen gleichlautenden Äußerungen von Abgeordneten der Mehrheits- wie der Minderheitsfraktion in der Sitzung des Landtags des Saarlandes vom 27. 2. 2002, übereinstimmend mit Meldungen, denen — soweit ersichtlich — auch der von dem Bf. geführte Verband nicht öffentlich widersprochen hat, dass es zu der rechtlich angegriffenen und in ihren ökonomischen Folgen unklaren Übertragung eines wirtschaftlich bedeutsamen Entsorgungsvertrages mit dem Dualen System Deutschland von dem Verband auf eine Gesellschaft gekommen ist, deren Geschäftsführer der Bf. war. Ferner war Gegenstand öffentlicher Erörterung, dass es während der Tätigkeit des Bf. zu wirtschaftlich gewichtigen Investitionen gekommen war, die sich in wenigstens einem Fall als nutzlos erwiesen haben und deren Sinnhaftigkeit in einem anderen Fall jedenfalls erheblichen Zweifeln unterlag, während gleichzeitig das Gebührenniveau der Entsorgung im Saarland in der Öffentlichkeit als zu hoch betrachtet worden ist. Das darf ein Parlament zum Anlass nehmen, nicht nur eine sachbezogene sondern auch eine personenbezogene Untersuchung eines möglichen Missstandes, der nicht strafrechtlich relevant oder auf ein moralisches Fehlverhalten zurückzuführen sein muss, einzuleiten. [...] Daher besteht an dem Gegenstand der parlamentarischen Untersuchung auch soweit er sich auf die Person des Bf. bezieht ein hohes öffentliches Interesse. Nachteile für den Gebührenzahler durch das Geschäftsgebaren von Trägern der Abfallentsorgung können den Landtag des Saarlandes veranlassen, von der Regierung Vorkehrungen gegen vergleichbare Entwicklungen in der Zukunft zu verlangen oder die Ursachen von finanziellen Einbußen oder Fehlschlägen zu ergründen und Möglichkeiten der Restitution oder Kompensation zu erörtern. Sie können ihm selbst An-

lass geben zu prüfen, ob gesetzgeberische Maßnahmen geboten sind.

Für das Geschäftsgebaren der Träger der Abfallentsorgung war der Bf. in dem Zeitraum, mit dem sich die Untersuchung befasst, organschaftlich und dienstrechtlich verantwortlich, auch wenn sich herausstellen sollte, dass ihn selbst keinerlei persönlicher Schuldvorwurf trifft oder ihm nicht einmal ein pflichtwidriges Verhalten zur Last gelegt werden kann. Dass es weitere Personen gibt, auf die sich die Untersuchung der Verantwortlichkeit für Missstände mit guten Gründen erstrecken kann, führt nicht dazu, dass das Parlament es unterlassen muss, den Namen des Bf. zu verwenden oder alle sonst in Betracht kommenden Verantwortlichen namentlich zu machen. Das Parlament ist — anders als eine Strafverfolgungsbehörde — nicht verpflichtet, bei zureichenden tatsächlichen Anhaltspunkten wegen aller verfolgbarer Missstände eine Enquete zu beschließen. Es darf sich, so lange die Grenze der Willkür nicht überschritten wird, auf Teilaspekte oder die Verantwortlichkeit einzelner Personen — vor allem wenn sie eine hervorgehobene Stellung einnehmen — beschränken. Dass der Landtag des Saarlandes mit der Verwendung des Namens des Bf. dabei nicht sachwidrig vorgegangen ist ergibt sich allein schon aus dessen konkretem Aufgabenbereich in der Vergangenheit aber auch daraus, dass es sich bei ihm um eine die saarländische Entsorgungswirtschaft durchaus prägende Persönlichkeit handelt. [...]

*b. Verhältnismäßigkeit*

Der Einsetzungsbeschluss beachtet das Prinzip der Verhältnismäßigkeit.

*aa. Geeignetheit und Erforderlichkeit*

Dabei kommt es nicht darauf an, dass der Untersuchungsausschuss die ihm übertragene Aufgabe auch unter einem anderen Namen erfüllen kann. Hoheitliche Maßnahmen sind dann geeignet und erforderlich zur Erreichung des von ihnen verfolgten Ziels, wenn es keine gleichermaßen geeigneten und zugleich den Einzelnen weniger belastende Mittel gibt, die den gesetzten Zweck in ebenso wirksamer Weise erfüllen können. Insoweit musste der Landtag des Saarlandes nicht für allein entscheidend erachten, auf welche Weise und in welchen Formen der Untersuchungsausschuss die für geboten gehaltene Aufklärung der Sache nach bewirken konnte. Er durfte weitere Gesichtspunkte beachten. Untersuchungsaufträge müssen nämlich dem rechtsstaatlichen Gebot der Bestimmtheit gerade dann genügen, wenn sie sich auf das mögliche Fehlverhalten konkreter Personen beziehen. In solchen Fällen müssen sie zumindest bei der Formulierung der

ihnen vorgegebenen Beweisthemen diese Personen benennen. Ob es eine ins Gewicht fallende stärkere Belastung des Bf. wäre, wenn der Untersuchungsausschuss zwar nicht selbst seinen Namen trüge, ihn aber — unter Umständen mehrfach und während des Verlaufs der Untersuchung wiederholt — bei der Formulierung der Beweisthemen nennen würde, mag dahinstehen. Mit der Bezeichnung des Untersuchungsausschusses nach dem Namen des Bf. wird gekennzeichnet, dass seine Verantwortlichkeit ein wesentlicher Gegenstand der Enquete ist. Damit hat der Landtag des Saarlandes zugleich dem Gebot rechtsstaatlicher Bestimmtheit folgend eines seiner Ziele umschrieben. Eine gleichermaßen bestimmte, dem Bf. seine Betroffenheit offenbarende, gleichwohl ihn aber weniger belastende Maßnahme ist nicht erkennbar. [...]

#### *bb. Angemessenheit*

Der Bf. wird auch nicht in unzumutbarer und unverhältnismäßiger Weise durch die Inanspruchnahme seines Namens belastet.

#### *(1). Geringere Schutzwürdigkeit öffentlicher Personen*

Er ist keine Privatperson, die nur beiläufig, ohne dazu selbst Anlass gegeben zu haben, das Augenmerk der Öffentlichkeit gefunden hat. Über viele Jahre hat er an der Spitze der wichtigsten Einrichtungen des Landes zur Abfallentsorgung gestanden und sie administrativ geleitet. Seine Ideen und sein Wirken haben die Abfallpolitik des Landes nachhaltig geprägt. Er hat auch keineswegs erst durch die Kurzbezeichnung des Untersuchungsausschusses aus bisheriger Anonymität heraus die Aufmerksamkeit der Öffentlichkeit gefunden. Sein Name stand bereits vor dem Zeitpunkt der Einsetzung des Untersuchungsausschusses auf Grund einer Vielzahl von Presseveröffentlichungen über die Geschäftspolitik des EVS im Blickpunkt öffentlichen Interesses und öffentlicher Kritik, mag dies zu Recht oder zu Unrecht gewesen sein. Gerade in Zeiten, in

denen es ein Anliegen der Institutionen des repräsentativ demokratischen Systems sein muss, die Fachlichkeit und Lauterkeit ihrer Arbeit unter Beweis stellen zu können, müssen organschaftlich und dienstrechtlich Verantwortliche in führender Stelle bereit sein, mit ihrem Namen für ihre Arbeit einzustehen.

#### *(2). Wahrung der Beteiligungsrechte des Bf.*

Das schließt, wie die Vergangenheit gezeigt hat, nicht aus, dass auch und gerade einer parlamentarischen Untersuchung dabei Missgriffe unterlaufen oder es aus politischen Gründen zu zweifelhaften Ergebnissen einer Enquete kommt. Zum einen verfügt der Bf. aber, gerade weil der Landtag des Saarlandes seinen Namen für die Untersuchung in Anspruch nimmt, im Verfahren der Untersuchung — von Verfassungen wegen — über stärkere Beteiligungsrechte als andere. Ihm muss das Recht zustehen, ohne Beschränkungen des Wortes gehört zu werden und Beweiserhebungen zumindest anregen zu dürfen. Ihm muss das Recht zustehen, Kenntnis von ihn belastenden Verhandlungen des Untersuchungsausschusses zu erhalten, soweit dadurch nicht die Rechte anderer verletzt werden. Zum anderen ist der Bf. fähig und in der Lage, seine Sicht der Dinge auch öffentlich der Sicht des Untersuchungsausschusses entgegenzustellen. Wenn sich Feststellungen des Untersuchungsausschusses als nachweislich falsch herausstellen sollten, mag zu prüfen sein, ob sich sein früherer Dienstherr — der schließlich weitere Organe hat, deren Mitverantwortung für ein Fehlverhalten dann nicht ohne weiteres von der Hand zu weisen wäre — nicht fürsorglich vor ihn zu stellen hat. Auch können dem Bf. in einem solchen Fall Verfahren zur Verfügung stehen, die Korrektheit seiner Amtsführung justizförmig feststellen zu lassen. Anders als das Grundgesetz kennt die Verfassung des Saarlandes im Übrigen keine Vorschrift, die die Verhandlungen und Feststellungen eines Untersuchungsausschusses unabhängiger richterlicher Kontrolle entzöge.

### **Standort: § 80 V VwGO**

### **Problem: Rechtskraft von Beschlüssen**

BAYVGH, BESCHLUSS VOM 13.5.2002  
14 CS 02.840 (BAYVBL 2003, 406)

#### **Problemdarstellung:**

Der VGH München befasste sich im vorliegenden Beschluss mit der Frage, ob eine Behörde die sofortige Vollziehung eines Verwaltungsakts nach § 80 IV VwGO aussetzen kann, nachdem das Verwaltungsgericht einen solchen Antrag bereits abgelehnt hat. Hintergrund ist, dass der Betroffene gem. § 80 VI

VwGO grundsätzlich (d.h. außer in den Fällen des § 80 II Nr. 1 VwGO, vgl. § 80 VI VwGO) die Wahl hat, ob er zunächst bei der Behörde nach § 80 IV VwGO oder gleich gerichtlich (§ 80 V VwGO) die Aussetzung der Vollziehung eines ihn belastenden Verwaltungsakts beantragt. Hier entschied sich der Betroffene dafür, zunächst das Gericht anzurufen. Nachdem dieses seinen Antrag abgelehnt hatte, wendete er sich noch an die Behörde, die im Gegensatz zum Gericht seinem Antrag entsprach und die Vollziehung des an-

gegriffenen Verwaltungsaktes aussetzte.

Der VGH hält dies für unzulässig. Nach seiner Auffassung kann die Behörde nur solange nach § 80 IV VwGO über die Vollziehbarkeit eines Verwaltungsakts entscheiden, wie noch keine Gerichtsentscheidung ergangen sei. Diese Auffassung begründet der Senat mit der Rechtskraftwirkung nach § 121 VwGO, die trotz des gegenteiligen Wortlauts ("Urteile") zumindest beschränkt auch für Beschlüsse gelte. Bei § 80 V VwGO sei dies auch daraus gerechtfertigt, dass das Gericht - im Gegensatz zur Hauptsache, vgl. § 114 S. 1 VwGO - eine eigene Ermessensentscheidung über die Vollziehbarkeit treffe. Zudem stelle § 80 VII VwGO klar, dass nur das Gericht selbst, nicht jedoch eine Behörde, seine Vollziehbarkeitsentscheidung wieder abändern könne.

#### **Prüfungsrelevanz:**

Das Verhältnis von Gericht und Behörde bei der Anordnung bzw. Aussetzung der Vollziehbarkeit von Verwaltungsakten bereitet immer wieder Probleme. Der BayVGH legt mit überzeugenden Argumenten den Vorrang der gerichtlichen Entscheidung dar. Es gilt also der Merksatz, dass eine behördliche Entscheidung über die Vollziehbarkeit eines Verwaltungsakts bzw. die Aussetzung derselben unabhängig von ihrem Inhalt allein deshalb rechtswidrig sein kann, weil zuvor ein anders lautender Gerichtsbeschluss ergangen ist.

#### **Vertiefungshinweise:**

Zur Bindungswirkung eines Beschlusses nach § 80 V VwGO: *VGH Mannheim*, NVwZ-RR 1989, 398; *OVG Berlin*, NVwZ 1990, 681; *OVG Lüneburg*, DVBl 1982, 902

Zur Rücknahme des Widerspruchsbescheids durch die Ausgangsbehörde: *BVerwG*, RA 2002, 568 = BayVBl. 2002, 566

#### **Leitsatz:**

**Eine Behörde ist zur Aussetzung der sofortigen Vollziehung nicht befugt, wenn das Verwaltungsgericht zuvor einen entsprechenden Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO abgelehnt hat.**

#### **Sachverhalt:**

Nachdem das Verwaltungsgericht den Antrag des beigeladenen Nachbarn, die Vollziehung einer Baugenehmigung auszusetzen, abgelehnt hatte, weil die Belange des Beigeladenen voraussichtlich nicht unzumutbar beeinträchtigt würden, hat die Antragsgegnerin auf Veranlassung der Widerspruchsbehörde, die die Rechtmäßigkeit der für die Grenzgarage erteilten Abwei-

chung in Frage stellte, die Vollziehung der Baugenehmigung ausgesetzt, soweit sie die Errichtung der Garage betrifft. Auf Antrag der Antragsteller hat das Verwaltungsgericht die Aussetzung der Vollziehung aufgehoben, weil nach der gerichtlichen Entscheidung im Eilverfahren die Verwaltungsbehörden nicht berechtigt seien, abweichende Entscheidungen zur sofortigen Vollziehung zu treffen. Mit seiner Beschwerde versucht der Beigeladene, der behördlichen Aussetzung der Vollziehung wieder Geltung zu verschaffen.

#### **Aus den Gründen:**

Die zulässige Beschwerde hat keinen Erfolg. Das Verwaltungsgericht hat die von der Antragsgegnerin getroffene Entscheidung, den Vollzug der Baugenehmigung teilweise auszusetzen, zu Recht aufgehoben. Denn die im vorhergehenden Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes getroffene Entscheidung des Verwaltungsgerichts, es bei dem nach § 212 a BauGB angeordneten Ausschluss der aufschiebenden Wirkung zu belassen, entzieht den Verwaltungsbehörden die Befugnis, den Sofortvollzug der angegriffenen Genehmigung abweichend von der gerichtlichen Entscheidung zu regeln.

#### **A. Bindungswirkung im Verhältnis von Gericht und Behörde**

Entscheidungen nach § 80 Abs. 5 VwGO sind wegen ihres vorläufigen Charakters nur der begrenzten Rechtskraft nach § 121 VwGO fähig (vgl. Kopp/Schenke, VwGO, 12.Aufl. 2000, RdNr. 4 zu § 121; Eyermann/Schmidt, 11.Aufl. 2000, RdNr.98 zu § 80). Die Korrektur einer gerichtlichen Eilentscheidung ist ausschließlich dem Verwaltungsgericht vorbehalten, das nach § 80 Abs. 7 VwGO von Amts wegen oder auf Antrag der Beteiligten seine Entscheidung ändern kann. Diese Sperrwirkung gilt für alle Entscheidungen, die das Gericht nach einer eigenständigen Abwägung der gegenläufigen Interessen der Beteiligten nach § 80 Abs. 5 VwGO trifft. Den Behörden ist es daher nicht nur verwehrt, die gerichtliche Anordnung oder Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung aufzuheben oder abzuändern, sondern es ist ihnen auch untersagt, einen Beschluss zu korrigieren, mit dem das Verwaltungsgericht den Antrag auf Anordnung der sofortigen Vollziehung abgelehnt hat (vgl. VGH BW, NVwZ-RR 1989, 398). Dasselbe gilt, wenn das Verwaltungsgericht, wie im vorliegenden Fall, die Aussetzung der Vollziehung abgelehnt hat (vgl. Kopp/Schenke, § 80 RdNr. 173). Denn § 80 Abs. 7 Satz 1 VwGO behält dem Verwaltungsgericht nicht nur die Korrektur von Aussetzungsentscheidungen vor, sondern erstreckt diese Ermächtigung auf alle Beschlüsse nach § 80

Abs. 5 VwGO.

*B. Keine Vergleichbarkeit mit Verhältnis von Ausgangs- und Widerspruchsbehörde*

Diese Auffassung steht nicht im Widerspruch zu der Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofs vom 27.6.1984 (BayVBl. 1984,598). Dort beschäftigt sich der

Verwaltungsgerichtshof ausschließlich mit der Frage, ob die Ausgangsbehörde die von der Widerspruchsbehörde angeordnete sofortige Vollziehung abändern darf, nicht aber mit dem Verhältnis zwischen behördlichen und gerichtlichen Entscheidungen im vorläufigen Rechtsschutz.

**Standort: Art. 4 GG**

**Problem: Namensänderung nach Übertritt zum Islam**

VG DÜSSELDORF, URTEIL VOM 27.11.2002

18 K 2105/02 (NWVBL 2003, 279)

**Problemdarstellung:**

Die Glaubensfreiheit aus Art. 4 GG war erneut Gegenstand einer Gerichtsentscheidung. Nach den prominent gewordenen Fällen zum Kruzifix in bayerischen Schulen, dem Schächten von Opferlämmern und dem Tragen eines Kopftuchs durch eine Lehrerin (über diese Fälle hat die RA ausführlich berichtet, s. Vertiefungshinweise) ging es diesmal um die Frage, ob aus Glaubensgründen die Änderung eines Vornamens beansprucht werden kann. Hierzu setzt das Namensänderungsgesetz einen "Wichtigen Grund" voraus. Das VG stellt klar, dass ein solcher Grund in der freien Entfaltung des Glaubens (sogen. "forum externum") liegen kann, wenn jedenfalls nach der Überzeugung des Einzelnen (nicht notwendig nach Überzeugung der Glaubensgemeinschaft, der er angehört) die Führung eines bestimmten Namens notwendig ist.

Allerdings sei diese Notwendigkeit abzuwägen mit dem Interesse der Allgemeinheit am Fortbestand des Namens, insbesondere dessen Ordnungsfunktion sowie dem Gläubigerschutz und der Möglichkeit effektiver Strafverfolgung. Das Gericht kommt sodann zur Abwägung im Einzelfall, nach der es einen Anspruch des mehrfach vorbestraften Klägers, der zudem eine eidesstattliche Versicherung über sein Vermögen abgegeben und auch nach seinem (angeblichen) Übertritt zum Islam mehrfach straffällig geworden war, verneint.

**Prüfungsrelevanz:**

Art. 4 GG steht durch die o.g. Problemfälle wie kein anderes Grundrecht im Mittelpunkt der Aufmerksamkeit. Das VG spricht in der vorliegenden Entscheidung den Streit, ob Art. 4 GG über Art. 140 GG i.V.m. 136 I WRV einem Gesetzesvorbehalt unterliegt (so die nahezu einhellige Auffassung in der Literatur) nicht an, sondern geht kommentarlos mit dem BVerfG von einer lediglich verfassungsimmanenten Beschränkbarkeit

aus. Als richtige Schlussfolgerung daraus hätte es überprüfen müssen, ob die von ihm genannten Schranken - Ordnungsfunktion des Namens, Gläubigerschutz usw. - tatsächlich Verfassungsrang haben. Nur dann wäre der in § 3 I NamÄndG geforderte "wichtige Grund" als Konkretisierung dieser verfassungsimmanenten Schranken nämlich geeignet gewesen, die Glaubensfreiheit zu beschränken. Der vom VG hierauf einzig verwendete Satz: "Die Normen des Namensänderungsgesetzes stehen ihrerseits mit dem Grundgesetz im Einklang" ist eine Leerformel. Das VG behauptet, wo es hätte belegen müssen. Für ein juristisches Gutachten bieten sich mehrere Lösungswege an:

- Entscheidung der vom VG offen gelassenen Frage, ob die Glaubensentscheidung des Klägers ernsthaft war. Wäre sie nur vorgeschoben, um seinen Gläubigern und/oder weiterer Strafverfolgung zu entgehen, wäre schon der Schutzbereich von Art. 4 GG nicht betroffen.

- Entscheidung des Meinungsstreits über die Schranken zugunsten der Literatur. Wenn ein Gesetzesvorbehalt über Art. 140 GG i.V.m. 136 I WRV eingreift, stellt § 3 NamÄndG als Gesetz jedenfalls eine Konkretisierung desselben dar. Eine Rückführung seines Schutzzwecks auf Verfassungsnormen erübrigt sich dann.

- Lässt man den Streit über die Schranken offen oder folgt man (wie unausgesprochen das VG) dem BVerfG darin, dass nur verfassungsimmanente Schranken greifen, müssten die Ordnungsfunktion des Namensrechts sowie Gläubiger- und Strafverfolgungsinteressen im Grundgesetz gesucht werden. Der Gläubigerschutz wird sich aus deren Grundrechten (Art. 14, 2 I GG) entnehmen lassen. Auch die effektive Strafverfolgung dürfte sich auf rechtsstaatliche Gesichtspunkte (Art. 20 III GG) sowie passim auf zahlreiche Vorschriften des GG (Art. 46, 102, 103 GG) zurückführen lassen, so dass verfassungsimmanente Schranken hätten gefunden werden können.

Die vom VG ausführlich vorgenommene und - eine aufrichtige Glaubensüberzeugung des Klägers unter-

stellt - jedenfalls notwendige Abwägung der Schranken mit Art. 4 I GG im Wege der "praktischen Konkordanz" überzeugt für den vorliegenden Fall, kann jedoch für einen weniger belasteten Kläger u.U. auch anders ausgehen.

#### **Vertiefungshinweise:**

Kopftuch-Fälle: *BVerwG*, RA 2002, 509 = BayVBl 2003, 376; *VG Stuttgart*, NVwZ 2000, 959; *VGH Mannheim*, NJW 2001, 2899 = DVBl 2001, 1534 (Vorinstanzen); *Böckenförde*, NJW 2001, 723

Verpflichtung zur Ablichtung mit Kopftuch: *VGH München*, RA 2000, 491 = NVwZ 2000, 952

Schächten von Opferlammern: *BVerwG*, RA 2001, 185 = DVBl 2001, 485; *Schnapp*, NWVBl 1992, 375; *Discher*, JuS 1996, 529

#### **Kursprogramm:**

Examenskurs: "Das Opferlamm"

Examenskurs: "Der Lehrer und die Sekte"

#### **Leitsatz:**

**Zur Frage der Namensänderung aus religiösen Gründen.**

#### **Sachverhalt:**

Der Kläger ist deutscher Staatsangehöriger und trat nach eigenen Angaben im Jahre 1993 zum Islam über. Er legte eine „Islam-Urkunde (Schahada)“ vor, nach der er am 16. Juni 2000 offiziell den Islam angenommen hat. Er gehört der "Islamischen Brudergemeinde e.V." in E an. Der Kläger ist im Schuldnerverzeichnis des Amtsgerichtes X eingetragen und hat am 1. Oktober 1999 eine Eidesstattliche Versicherung abgegeben. Das Führungszeugnis des Bundeszentralregisters vom 11. November 2002 weist 21 Eintragungen aus den Jahren von 1984 bis 2001 auf, darunter zahlreiche Diebstahlsdelikte, Körperverletzungsdelikte und Delikte des unerlaubten Erwerbs und Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge. Er sitzt nach der (letzten) rechtskräftigen Verurteilung durch das Amtsgericht X vom 29. August 2001 nach wie vor in Strafhaft.

Am 3. Oktober 2000 beantragte er bei dem Beklagten zunächst die Änderung seines Familiennamens von "T" in "Massoud a Moussa". Diesen Antrag stellte er später um in einen Antrag auf Änderung seines Vornamens von "A" in „A Massoud a Moussa“. Nach Anhörung lehnte der Beklagte den Antrag auf Änderung des Vornamens ab.

Der Kläger trägt vor, seit seinem Übertritt zum Islam fühle er sich ernsthaft dem neuen Glauben zugehörig

und praktiziere diesen täglich.

Der Beklagte lehnt den Antrag auf Vornamensänderung unter Berufung auf § 11 i. V. m. §§ 1 und 3 Abs. 1 des Gesetzes über die Änderung von Familiennamen und Vornamen (Namensänderungsgesetz - NamÄndG) ab, nach dem ein Vorname nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes geändert werden dürfe. Das schutzwürdige Interesse des Antragstellers an der Namensänderung müsse hinter entgegenstehenden schutzwürdigen Interessen anderer Beteiligter an den in den gesetzlichen Bestimmungen zum Ausdruck kommenden Grundsätzen der Namensführung zurücktreten. Dazu zählten auch soziale Ordnungsfunktionen und das öffentliche Interesse an der Beibehaltung des bisherigen Namens. Die öffentlich-rechtliche Namensänderung diene der Beseitigung auftretender Unzulänglichkeiten im Einzelfall und habe damit Ausnahmecharakter. Der Übertritt zum islamischen Glauben alleine könne nicht als wichtiger Grund im Sinne des Namensänderungsrechts angesehen werden. Es müssten vielmehr weitere Umstände hinzukommen. Das öffentliche Interesse an der Beibehaltung des Namens sei vielmehr in den Fällen besonders hoch anzusetzen, in denen der Antragsteller erheblich oder wiederholt vorbestraft ist, um die künftige Identifizierung zu ermöglichen.

Nach seinem eigenen Vortrag trete der Kläger unter Verwendung seines von ihm gewählten Namens "Massoud a Moussa" in der islamischen Gemeinde auf und sei dort voll integriert. Die Glaubensbrüder sprächen ihn mit seinem islamischen Namen an. Der eingetragene Name sei deshalb von untergeordneter Bedeutung. Darüber hinausgehende Namensänderungswünsche, um eine Pilgerfahrt nach Mekka unternehmen zu können oder den eingetragenen Namen in anderen Lebensbereichen vorweisen zu können, müssten hingegen hinter den überragenden öffentlichen Interessen an einer künftigen Identifizierung zurückstehen. Dabei sei nicht zuletzt zu berücksichtigen, dass der Familienname des Klägers sehr häufig vorkomme.

#### **Aus den Gründen:**

Die Klage, mit der der Kläger die Änderung seines Vornamens von "A" in "Massoud a Moussa", hilfsweise die Ergänzung seines Vornamens von "A" in "A Massoud a Moussa" begehrt, ist unbegründet. Ein wichtiger Grund zur Änderung des Vornamens ist nach § 11 i.V.m. §§ 1 und § 3 Abs. 1 NamÄndG nicht gegeben.

#### **A. Namensänderung**

Das Begehren des Klägers, seinen Vornamen zu ändern oder diesem weitere Namen hinzuzufügen, stellt den Wunsch nach einer Vornamensänderung im Sinne

des § 11 NamÄndG dar. Eine solche Vornamensänderung liegt nicht nur bei Auswechslung eines Vornamens, sondern auch bei Hinzufügung eines zweiten Vornamens zum bisherigen Vornamen vor (BVerwG, BayVBl. 1998, 632, 633; OVG NRW, Urteil vom 8.12.2000, - 8 A 3628/00 -).

## *B. Wichtiger Grund*

### *I. Definition*

Ein die Namensänderung rechtfertigender wichtiger Grund ist durch Abwägung aller für und gegen die Namensänderung streitenden Interessen zu bestimmen. Dabei müssen die schutzwürdigen Interessen desjenigen, der die Namensänderung erstrebt, die in der sozialen Ordnungsfunktion des Namens zusammengefassten Interessen der Allgemeinheit einschließlich der Grundentscheidungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) zum Namensrecht als zwingende rechtliche Regelungen überwiegen (BVerwG, NJW 1988, 85). Ein die Änderung eines Vornamens rechtfertigender wichtiger Grund i.S.d. § 3 Abs. 1 NamÄndG liegt nach diesen Grundsätzen vor, wenn das schutzwürdige Interesse des Antragstellers an der Namensänderung das öffentliche Interesse an der Beibehaltung des bisherigen Vornamens überwiegt (st. Rspr., BVerwG, Buchholz 402.10 § 11 NÄG Nr.4; OVG NRW, a.a.O.).

### *II. Besonderheit bei Vornamen*

Die Änderung eines Vornamens unterscheidet sich von der Änderung eines Nachnamens nur insoweit, als den öffentlichen Interessen, auf die bei der Änderung des Vornamens Bedacht zu nehmen ist, ein geringeres Gewicht zukommt als dem öffentlichen Interesse am unveränderten Fortbestand eines Familiennamens (OVG NRW a.a.O. und Beschluss vom 11.10.02, - 8 A 312/01 -; BayVGH, NJW 1993, 346, 347). Dies entspricht auch der Regelung in Nr. 62 der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zum Namensänderungsgesetz (NamÄndVwV).

### *III. Übertritt zum Islam als "wichtiger Grund"*

Der Übertritt zum Islam kann einen rechtfertigenden wichtigen Grund darstellen, wenn die Ernsthaftigkeit des religiös begründeten Begehrens durch zusätzliche Umstände unterstrichen wird (BayVGH, NJW 1993, 346, 347). Daran fehlt es hier. Es bestehen Zweifel an der Ernsthaftigkeit der Glaubensentscheidung des Klägers, der nach eigener Darstellung im Jahre 1993 zum Islam übergetreten sei und ein gottesfürchtiges Leben führe. Diese Zweifel gründen darauf, dass der Kläger seither in zehn Fällen wegen Straftaten rechtskräftig

verurteilt wurde. Doch selbst wenn nunmehr eine ernsthafte Glaubensentscheidung des Klägers vorläge, wäre kein wichtiger Grund gegeben.

### *1. Inhalt der Religionsfreiheit*

Zwar kommt dem klägerischen Begehren im Lichte des Art. 4 GG ein besonderes Gewicht zu. Der Grundsatz der Religionsfreiheit, der auch den Anhängern des islamischen Glaubens zukommt (OVG NRW, NWVBl. 1992, 136, 137), umfasst nicht nur die innere Freiheit zu glauben oder nicht zu glauben, sondern auch die äußere Freiheit, den Glauben in der Öffentlichkeit zu manifestieren, zu bekennen und zu verbreiten (BVerfGE 24, 236, 245; OVG NRW, NWVBl. 1992, 136, 137; BayVGH, NJW 1993, 346). Dazu gehört auch das Recht des Einzelnen, sein gesamtes Verhalten an den Lehren seines Glaubens auszurichten und seiner inneren Glaubensüberzeugung gemäß zu handeln. Dabei sind nicht nur Überzeugungen, die auf imperativen Glaubenssätzen beruhen, durch die Glaubensfreiheit geschützt. Vielmehr umfasst sie auch die religiösen Überzeugungen, die für eine konkrete Lebenssituation eine ausschließlich religiöse Reaktion zwar nicht zwingend fordern, diese Reaktion aber für das beste und adäquate Mittel halten, um die Lebenslage nach der Glaubenshaltung zu bewältigen. Anderenfalls würde das Grundrecht der Glaubensfreiheit sich nicht voll entfalten können (BVerfGE 32, 98, 106; OVG NRW, NWVBl. 1992, 136, 137; BayVGH, NJW 1993, 346).

### *2. Namensänderung im Schutzbereich*

Davon ausgehend kann grundsätzlich auch der Wunsch, aus Glaubensgründen seinen Vornamen zu ändern, vom Schutzbereich des Art. 4 Abs. 1 GG umfasst sein. Es ist im vorliegenden Zusammenhang ohne Bedeutung, ob der Islam für seine Anhänger die Annahme eines Vornamens, der die Zugehörigkeit zum moslemischen Glauben, bestätigt, zwingend fordert oder dies den Gläubigen nur nahe legt. Denn geschützt sind nicht nur Überzeugungen, die auf imperativen Glaubenssätzen beruhen, sondern auch solche religiösen Überzeugungen, die der Betreffende in einer bestimmten Situation als für ihn verbindlich ansieht. Bei der Konversion zum Islam wird in der Regel das Glaubensbekenntnis vor muslimischen Zeugen ausgesprochen sowie ein islamischer Personennamen angenommen. Islamische Personennamen sind auf Grund der zentralen Stellung des Arabischen als Kultsprache meist arabischen Ursprungs (vgl. Elger [Hrsg.], Kleines Islamlexikon, 2001, Stichwort Konversion, S. 168 und Stichwort Personennamen, S. 243). Der religiös motivierte Wunsch, seinen bisherigen Vornamen in einen islamischen Vornamen ändern zu wollen, wird

jedoch durch die Tatsache relativiert, dass der Kläger zumindest seit dem 16. Juni 2000, als er laut "Islam-Urkunde" zum Islam übertrat, den Vornamen "Massoud a Moussa" gewählt hat und in seinem islamischen Umfeld auch so genannt wird. Der Kläger trägt selbst vor, dass er von seiner muslimischen Brüdergemeinschaft in E akzeptiert sei und dort "Massoud" genannt werde. Er sei dort unabhängig von seinem eingetragenen (deutschen) Namen integriert.

Zudem verwenden nichtarabische muslimische Völker oft einheimische und arabische Namen nebeneinander (vgl. Elger [Hrsg.], a.a.O., S. 244). Es ist darüber hinaus nach islamischen Grundsätzen jedem Moslem - unabhängig von seiner Staatsangehörigkeit und seinem Namen - möglich, nach Mekka zu pilgern und eine Pilgerfahrt zu machen. Dasselbe gilt auch für eine Beerdigung nach islamischem Ritus. Entscheidend ist allein die Religionszugehörigkeit (vgl. Auskunft des Seminars für Orientalistik und Indologie der Ruhr-Universität Bochum vom 21.11.02).

### 3. Schranken

Den dargestellten Interessen des Klägers an einer Änderung seines Vornamens stehen gewichtige öffentliche Interessen an der Beibehaltung des Namens gegenüber.

Das öffentliche Interesse wird bestimmt durch die Ordnungsfunktion des Namens und das Interesse an seiner Beibehaltung. Die Kontinuität dient der künftigen Identifizierung einer Person, die durch eine Namensänderung erschwert wird. Die Namensänderung durch Heirat ist hiermit nicht vergleichbar, wie der Kläger meint, da der Geburtsname weiterhin ersichtlich bleibt. Das öffentliche Interesse an der Namenskontinuität ist im Hinblick auf die Kennzeichnungsfunktion einer Person in der Öffentlichkeit bei einer Vornamensänderung weniger gewichtig als bei einer Änderung des Familiennamens. Das Interesse wird nochmals geringer, wenn statt einer Ersetzung hilfsweise eine Hinzufügung eines anderen Vornamens erstrebt wird. Die Kennzeichnungsfunktion auch des Vornamens wird jedoch dadurch gemindert, dass der Kläger einen häufig vorkommenden Familiennamen (sog. „Sammelname“) trägt, sodass dem Vornamen wiederum eine gesteigerte Bedeutung für die Kennzeichnungsfunktion zukommt.

Dem Ziel der künftigen Identifizierung dient Nr.30 Abs. 4 der Verwaltungsvorschrift zum Namensänderungsgesetz (NamÄndVwV), indem die Namensänderung eingeschränkt wird, sofern sich aus dem Führungszeugnis ergibt, dass der Antragsteller erheblich oder wiederholt vorbestraft ist. Die Vorschriften der NamÄndVwV finden zwar keine direkte Anwendung

auf die Änderung von Vornamen, sie sind jedoch auf diese analog anwendbar (vgl. dazu OVG NRW, Urteil vom 8.12.2000, - 8 A 3628/00 -). Die Rechtsprechung hat deutlich hervorgehoben, dass eine vom Regelfall abweichende Gewichtung erforderlich ist, wenn der Antragsteller noch mehrere Jahre in Strafhaft einsitzt und zudem in das Schuldnerverzeichnis eingetragen ist (BVerwG, Buchholz 402.10 § 11 NÄG Nr. 4).

### 4. Abwägung im Einzelfall

Der dem Gericht vorliegende neueste Auszug aus dem Bundeszentralregister vom 11. November 2002 weist für den Kläger seit dem Jahr 1984 21 Eintragungen wegen diverser Delikte auf. Er wurde zuletzt am 29. August 2001 vom Amtsgericht X zu 1 Jahr und 9 Monaten Freiheitsstrafe verurteilt und sitzt nach wie vor in Strafhaft. Es ist zu befürchten, dass er nach seiner Haftentlassung unter geändertem Namen weitere Delikte begehen wird. Diese Prognose bezieht die klägerischen Angaben ein, nachdem er bereits im Jahre 1993 zum Islam übergetreten sei und ein gottesfürchtiges Leben lebe. Seit 1993 wurde der Kläger jedoch in 10 Fällen rechtskräftig zu Freiheitsstrafen verurteilt, darunter wegen Diebstahls in einem besonders schweren Fall, Bedrohung und unerlaubten Erwerbs von Betäubungsmitteln. Der Beklagte hat deshalb zu Recht das Interesse an der Beibehaltung des Namens hervorgehoben. Diese Wertung wird dadurch verstärkt, dass der Kläger im Schuldnerverzeichnis des Amtsgerichts eingetragen ist und eine Eidesstattliche Versicherung abgegeben hat. Es dient dem Schutz der Gläubiger und damit mittelbar auch öffentlichen Interessen, dass Schuldner nicht ohne entsprechend gewichtige Gründe ihren Namen ändern und sich dadurch der Vollstreckung zu entziehen versuchen (vgl. BVerwG, Buchholz 402.10 § 11 NÄG Nr. 4).

Eine Abwägung der für eine gegen eine Änderung des Vornamens sprechenden Gründe zeigt, dass das öffentliche Interesse an einer Beibehaltung des Namens und einer Ablehnung des Änderungsantrages das Interesse des Klägers bei weitem überwiegt. Die Straftaten des Klägers nahmen in der Vergangenheit weder an Häufigkeit noch an Schwere ab. Der Beklagte hat deshalb zu Recht darauf hingewiesen, dass die Allgemeinheit vor dem Aufbau einer neuen Identität durch Namenswechsel geschützt werden müsse, selbst wenn diese nicht Ziel, sondern nur Ergebnis der Namensänderung sei. Eine Person mit dem "Sammelnamen" T kann durch Namensänderung in offiziellen Dateien verloren gehen.

### IV. Verfassungsrechtliche Vorgaben

Auch unter Beachtung der engen Voraussetzungen

einer Einschränkung des Art. 4 Abs. 1 GG überwiegt das öffentliche Interesse an der Kontinuität der Namensführung. Dem Grundrecht aus Art. 4 Abs. 1 GG können allein durch andere Bestimmungen des Grundgesetzes Grenzen gezogen werden. Dies bedeutet, dass Einschränkungen des Art. 4 Abs. 1 GG vor dem Grundgesetz nur dann Bestand haben können, wenn sie sich als Ausgestaltung einer Begrenzung durch die Verfassung selbst erweisen (BVerfGE 44, 37, 50; BayVGh, NJW 1993, 346, 347). Die Normen des Na-

mensänderungsgesetzes stehen ihrerseits mit dem Grundgesetz im Einklang. Das in Art. 2 Abs. 1 GG verbürgte Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit steht der gesetzlichen Forderung, Vornamen nur aus wichtigem Grund zu ändern, nicht entgegen (vgl. BVerwG, Buchholz 402.10, § 11 NÄG Nr. 4. Die dagegen gerichtete Verfassungsbeschwerde wurde mangels hinreichender Erfolgsaussicht nicht zur Entscheidung angenommen, BVerfG, Beschluss vom 10.10.1989 - 1 BvR 358.89 -).

#### 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.

**Standort: GbR      Problem: Haftung des neuen Gesellschafters für Altschulden**

BGH, VERSÄUMNISURTEIL VOM 07.04.2003

II ZR 56/02 (NJW 2003, 1803)

**Problemdarstellung:**

In diesem Revisionsverfahren musste sich der BGH in Folge der veränderten Rechtsprechung zum dogmatischen Verständnis der Gesellschaft bürgerlichen Rechts - mit der Frage der (Mit-)Haftung eines neu eintretenden Gesellschafters in eine GbR für bereits bestehende Altverbindlichkeiten beschäftigen.

Im vorliegenden Fall hatte die Kl. der Anwaltskanzlei, seinerzeit bestehend aus den Bekl. zu 1 und zu 3, einen Honorarvorschuss in Höhe von 172.500 DM ohne Rechtsgrund Anfang Mai 1997 gezahlt. Der Bekl. zu 2 trat der Anwaltskanzlei als Sozium erst später bei, wurde aber dennoch von der Kl. mit auf Rückzahlung des Honorarvorschusses gem. § 812 I BGB in Anspruch genommen. Der Bekl. zu 2 verweigerte die Rückzahlung, da er zum maßgeblichen Zeitpunkt noch nicht Mitglied der verklagten Sozietät war.

Der BGH stellt in dieser Entscheidung fest, dass ein neu in eine schon bestehende GbR eintretende Gesellschafter grundsätzlich auch für die bereits schon vor seinem Eintritt begründeten Verbindlichkeiten der Gesellschaft (= Altverbindlichkeiten) mithaftet. Ähnlich wie nach § 130 HGB bei der Haftung eines neu eintretenden Gesellschafters in eine oHG ist es folgerichtig, den Gesellschafter einer GbR bei Annahme einer akzessorischen Haftung der Gesellschafter für die Verbindlichkeiten der GbR auch für die Altverbindlichkeiten haften zu lassen. Diese Ansicht entspricht dem Wesen der GbR als Personengesellschaft, dem Verkehrsschutzinteresse und dem Grundsatz der Akzessorietätshaftung der Gesellschafter. Da der neu eintretende Gesellschafter mit seinem Beitritt zur GbR auch Anteil am gesamten bisherigen Gesellschaftsvermögen erlangt, ist es nicht unangemessen, ihn im Gegenzug auch in bisherigen Verbindlichkeiten mit einzubeziehen. Diese Grundsätze gelten auch für GbR, in denen sich Angehörige freier Berufe zusammengeschlossen haben (z.B. Rechtsanwälte in Kanzleien), vgl. §§ 8 PartGG, 130 HGB. Ob für berufliche Haftungsfälle wegen § 8 II PartGG etwas anderes gelten soll, lässt der BGH - mangels Relevanz im vorliegenden Fall -

unbeantwortet.

In Anerkennung der Tatsache, dass sich damit ein Wechsel in der Rechtsprechung zur Haftung eines GbR-Gesellschafters für Altverbindlichkeiten vollzogen hat, bestimmt allerdings der BGH, dass unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes diese neue Rechtsprechung nur für künftige Beitrittsfälle von Gesellschaftern gelten soll.

**Prüfungsrelevanz:**

Infolge der Grundsatz-Entscheidung des BGH zum neuen dogmatischen Verständnis der GbR als eigenständiges, rechts- und parteifähiges Personengesellschaft bei akzessorischer Haftung der Gesellschafter für Gesellschaftsverbindlichkeiten (§ 128 HGB analog) (vgl. BGHZ 146, 341 = NJW 2001, 1056) muss folgerichtig jeder früherer Rechtsprechungsgrundsatz zur GbR auf den Prüfstand.

Nach der bisherigen Rechtsprechung haftete der neu in die GbR eintretende Gesellschafter für bereits begründete Altverbindlichkeiten nur mit seinem beim Eintritt erworbenen Anteil am Gesellschaftsvermögen, aber nicht mit seinem sonstigen Privatvermögen. Diese Rechtsprechung lag darin begründet, dass man früher zur Begründung der Gesellschafterhaftung der sog. "Doppelverpflichtungslehre" gefolgt ist. Dieses Ergebnis wurde vielfach kritisiert und durch methodisch inkorrekte Methoden - wie z.B. stillschweigende Einbeziehung in den Vertrag, konkludenter Vertragsbeitritt des Neugesellschafters - angegangen worden (vgl. BGHZ 124, 47 [48] = NJW 1994, 257).

Mit dem neuen Verständnis zur eigenen Rechtsfähigkeit der GbR und der akzessorischen Haftung der Gesellschafter lassen sich diese Probleme viel einfacher, dogmatisch korrekter und nach dem Verkehrsschutz auch gerechter lösen, wie dieser Fall zeigt. Zu beachten ist aber, dass der BGH wegen der Reichweite seiner Rechtsprechungsänderung diese neuen Haftungsgrundsätze für neu eintretende GbR-Gesellschafter nur für die Zukunft gelten lassen will.

Die sich revolutionierende Rechtsprechung des BGH zum Recht der GbR ist eben wegen ihrer Aktualität von examensrelevanter Bedeutung und daher für jeden Prüfungskandidaten ein Muss.

**Vertiefungshinweise:**

Zu diesem Fall: *OLG Hamm*, NJW-RR 2002, 495; *Lange*, NJW 2002, 2002; *Altmeyen*, NJW 2003, 1553

**Kursprogramm:**

Examenskurs: "Die Fahrt zum Mandanten"

Examenskurs: "Die Anwaltssozietät"

**Leitsätze:**

**1. Der in eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts eintretende Gesellschafter hat für vor seinem Eintritt begründete Verbindlichkeiten der Gesellschaft grundsätzlich auch persönlich und als Gesamtschuldner mit den Altgesellschaftern einzustehen.**

**2. Dieser Grundsatz gilt auch für Gesellschaften bürgerlichen Rechts, in denen sich Angehörige freier Berufe zu gemeinsamer Berufsausübung zusammengeschlossen haben. Ob für Verbindlichkeiten aus beruflichen Haftungsfällen dieser Gesellschaften eine Ausnahme zu machen ist, bleibt offen.**

**Sachverhalt:**

Die Kl. hat den Bekl. zu 2 gemeinsam mit den am Revisionsverfahren nicht mehr beteiligten Bekl. zu 1 und 3 gesamtschuldnerisch auf Rückzahlung eines ohne Rechtsgrund geleisteten Honorarvorschusses von 172 500 DM in Anspruch genommen. Die Bekl. sind Rechtsanwälte, die sich am 1. 7. 1998 zu einer Sozietät zusammengeschlossen haben. Die Kl. hatte den Vorschuss Anfang Mai 1997 gezahlt. Zu diesem Zeitpunkt war der Bekl. zu 2 noch nicht als Rechtsanwalt zugelassen. Das LG hat der Klage gegen alle drei Bekl. stattgegeben. Die von den Bekl. gegen diese Entscheidung eingelegte Berufung ist nur von dem Bekl. zu 2 begründet worden, die Bekl. zu 1 und 3 haben ihre Rechtsmittel zurückgenommen. Der Bekl. zu 1 zahlte Anfang April 2001 auf die Klageforderung 223 700 DM an die Kl., die daraufhin den Rechtsstreit im Berufungsverfahren für erledigt erklärt hat. Der Bekl. zu 2 hat sich der Erledigungserklärung nicht angeschlossen, weil er die Klage, soweit sie ihn betrifft, für von Anfang an unbegründet hält. Da er noch nicht Mitglied der Sozietät gewesen sei, als der auf die rechtsgrundlose Vorschusszahlung gegründete Bereicherungsanspruch der Kl. entstanden sei, hafte er für diese Altverbindlichkeit der Sozietät nicht mit seinem Privatvermögen. Das OLG Hamm (NJW-RR 2002, 495) hat die Berufung des Bekl. zu 2 zurückgewiesen und die Erledigung des Rechtsstreits festgestellt.

Die Revision des Bekl. zu 2 führte unter teilweiser

Aufhebung des angefochtenen Urteils zur Abweisung der Klage, soweit sie die Verurteilung des Bekl. zu 2 zur Zahlung aus seinem Privatvermögen betrifft.

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

Das BerGer. ist der Ansicht, die Klage sei bis zur Zahlung der 223 700 DM durch den Bekl. zu 1 am 6. 4. 2001 gegenüber dem Bekl. zu 2 zulässig und begründet gewesen. Das Verhältnis zwischen der Gesellschafts- und der Gesellschafterhaftung bestimme sich nach der Entscheidung des Senats vom 29. 1. 2001 (BGHZ 146, 341 [3S8] = NJW 2001, 1056 = NZG 2001, 311) analog §§ 128 f. HGB. Als Folge der Bejahung des Akzessorietätsprinzips sei der Gesellschafter einer GbR auch einer Haftung entsprechend § 130 HGB zu unterwerfen, da diese ein zentraler Bestandteil des auf dem Akzessorietätsprinzip beruhenden Haftungsregimes sei. Der Bekl. zu 2 habe deshalb bis zur Begleichung der Klageforderung für den vor seinem Eintritt in die Sozietät begründeten Rückforderungsanspruch der Kl. auch mit seinem Privatvermögen gehaftet.

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

Das hält revisionsrechtlicher Prüfung nur zum Teil stand. Dem BerGer. ist zwar darin zu folgen, dass als Konsequenz des akzessorischen Haftungsprinzips der in eine bestehende GbR eintretende Gesellschafter für bereits begründete Verbindlichkeiten der Gesellschaft grundsätzlich entsprechend der Regelung des § 130 HGB für die offene Handelsgesellschaft gesamtschuldnerisch mit den Altgesellschaftern auch persönlich, also mit seinem Privatvermögen, haftet. Der Bekl. zu 2 hatte für die Forderung der Kl. mit seinem Privatvermögen jedoch nicht einzustehen. Ihm ist mit Rücksicht auf die bisherige Rechtsprechung des BGH, der zufolge der Eintretende für Altverbindlichkeiten lediglich mit dem bei seinem Eintritt erworbenen Anteil am Gesellschaftsvermögen, nicht aber mit seinem Privatvermögen haftete, Vertrauensschutz zu gewähren.

**I. Grundsätzliche Haftung des neu eintretenden Gesellschafters für Altverbindlichkeiten**

Entgegen der Auffassung der Revision haftet ein neu in eine schon bestehende GbR eintretender Gesellschafter grundsätzlich auch für die bereits vor seinem Eintritt begründeten Verbindlichkeiten der Gesellschaft, die so genannten Altverbindlichkeiten.

**1. Dogmatische Begründung für die Haftung des neuen Gesellschafters**

Es kann dahinstehen, ob dies bereits daraus, dass der

Gesellschafter im Grundsatz stets wie die Gesellschaft haftet, also dem so genannten Akzessorietätsprinzip, folgt, das in der neueren Rechtsprechung (BGHZ 146, 341 = NJW 2001, 1056 = NZG 2001, 311) an die Stelle der früher von ihr vertretenen Doppelverpflichtungslehre getreten ist.

Im Schrifttum ist in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen worden, dass ausländische Rechtsordnungen, insbesondere die US-amerikanische, eine akzessorische Gesellschafterhaftung auch ohne Erstreckung auf Altschulden kennen ( Wiedemann, JZ 2001, 661 [664]).

Denn jedenfalls entspricht der Gedanke, dass ein neu in eine GbR eintretender Gesellschafter auch ohne dahin gehende besondere Verpflichtungserklärungen gegenüber den Gläubigern mit dem Erwerb der Mitgliedschaft auch in die bestehenden Verbindlichkeiten der Gesellschaft eintritt und damit nicht anders als der Altgesellschafter für alle Verbindlichkeiten der Gesellschaft ohne Unterscheidung nach dem Zeitpunkt ihrer Begründung haftet, sowohl dem Wesen der Personengesellschaft als auch — damit innerlich zusammenhängend — einer im Verkehrsschutzinteresse zu Ende gedachten Akzessorietät der Haftung (vgl. auch Baumbach/Hopt, HGB, 30. Aufl., § 130 Rdnr. 1). Auch die Senatsentscheidung vom 30. 4. 1979 (BGHZ 74, 240 [242] = NJW 1979, 1821) bezeichnet es bereits als folgerichtig, den Gesellschafter einer GbR — ähnlich wie nach § 130 HGB den Handelsgesellschafter — bei Annahme einer akzessorischen Haftung der Gesellschafter für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft auch für die vor seinem Beitritt begründeten Gesamthandsverbindlichkeiten haften zu lassen. Der Weg dahin war für die Rechtsprechung jedoch damals noch verschlossen, weil sie bis zu der grundlegenden Entscheidung BGHZ 146, 341 = NJW 2001, 1056 = NZG 2001, 311 der so genannten Doppelverpflichtungslehre folgte. Die persönliche Haftung aller Gesellschafter in ihrem jeweiligen personellen Bestand entspricht dem Wesen der Personengesellschaft und ihren Haftungsverhältnissen, weil die Gesellschaft kein eigenes, zu Gunsten ihrer Gläubiger gebundenes garantiertes Haftkapital besitzt. Ihr Gesellschaftsvermögen steht dem Zugriff der Gesellschafter jederzeit uneingeschränkt und sanktionslos offen. Bei dieser Sachlage ist die persönliche Haftung ihrer Gesellschafter für die Gesellschaftsverbindlichkeiten nicht nur die alleinige Grundlage für die Wertschätzung und Kreditwürdigkeit der Gesellschaft; sie ist vielmehr das notwendige Gegenstück zum Fehlen jeglicher Kapitalerhaltungsregeln. Dabei kann die Rechtsordnung konsequenterweise nicht bei einer Haftung nur der Altgesellschafter Halt machen. Denn mit dem Erwerb seiner Gesell-

schafterstellung erlangt auch ein neu eintretender Gesellschafter dieselben Zugriffsmöglichkeiten auf das Gesellschaftsvermögen wie die Altgesellschafter, was angesichts der Komplementarität von Entnahmefreiheit und persönlicher Haftung sinnvollerweise nur durch Einbeziehung der Neugesellschafter in dasselbe Haftungsregime, dem auch die Altgesellschafter unterliegen, kompensiert werden kann.

Zudem erwirbt der neu Eintretende mit seinem Eintritt in die Gesellschaft auch Anteil an dem Vermögen, der Marktstellung sowie den Kunden- bzw. Mandantenbeziehungen, die die Gesellschaft durch ihre bisherige wirtschaftliche Tätigkeit begründet hat. Es ist deshalb nicht unangemessen, wenn er im Gegenzug auch in die Verbindlichkeiten eintritt, die die Gesellschaft im Zuge ihrer auf Erwerb und Vermehrung dieser Vermögenswerte gerichteten wirtschaftlichen Tätigkeit begründet hat. Nicht selten wird die Altverbindlichkeit, für die der neu eingetretene Gesellschafter mithaften soll, exakt einem Aktivum der Gesellschaft als Gegenleistung (aus der Sicht der Gesellschaft Gegenverpflichtung) zuzuordnen sein, an dem der Eintretende für sich eine Mitberechtigung reklamiert.

Bei der grundsätzlichen Mithaftung der Neugesellschafter einer GbR auch für die bereits vor seinem Eintritt in die Gesellschaft begründeten Verbindlichkeiten handelt es sich damit keineswegs um ein überraschendes Geschenk an die Gläubiger, sondern um das wohlbegründete Ergebnis einer Abwägung der legitimen Interessen der Gläubiger und des Neueingetretenen. Die Gesetzeskonformität dieser Abwägung wird dadurch belegt, dass das kodifizierte deutsche Recht überall dort, wo es eine ausdrückliche Regelung getroffen hat, zumindest eine grundsätzliche Mithaftung neu eintretender Gesellschafter vorsieht, so außer in § 130 HGB auch in § 173 HGB, in § 8 I PartGG und in Art. 26 II EWIV-VO (dort allerdings mit der Möglichkeit des Ausschlusses durch Gesellschafts- oder Aufnahmevertrag und Eintragung im Handelsregister).

Die innere Berechtigung des damit gesicherten Gläubigerschutzes ist um so fundierter, als ohne ihn eine Haftung neu eintretender Gesellschafter für alle vor ihrem Eintritt „begründeten“ Verbindlichkeiten ausgeschlossen wäre. „Begründet“ ist eine Verbindlichkeit bzw. Forderung nach überkommenem Verständnis, sobald ihr Rechtsgrund gelegt ist. Ohne eine haftungsmäßige Gleichstellung von Alt- und Neugesellschaftern bräuchten Letztere bei Dauerschuldverhältnissen oder langfristigen Vertragsverhältnissen auch für die nach ihrem Beitritt fällig werdenden Verpflichtungen nicht aufzukommen, sofern nur das Rechtsverhältnis selber davor begründet worden war. Im Extremfall könnte dies, wie etwa bei Aufnahme eines Kredits mit zehnjähriger

Laufzeit für ein langfristiges Wirtschaftsgut, dazu führen, dass niemand mehr für die Rückzahlung der Kreditsumme haftet, weil alle bei Fälligkeit vorhandenen Gesellschafter erst nach der Aufnahme des Kredits in die Gesellschaft eingetreten waren und die Haftung der ausgeschiedenen Gesellschafter gem. §§ 736 II BGB, 160 HGB beendet ist. Bei anderen Dauerschuldverhältnissen mit über den Beitrittszeitpunkt hinaus bestehenden Pflichten könnte es dazu kommen, dass der neu eingetretene Gesellschafter für eine Pflichtverletzung selbst dann nicht persönlich zu haften hätte, wenn er die Pflichtverletzung selber verschuldet hätte. Diesen unakzeptablen Ergebnissen könnte ohne Annahme einer auch auf neu eingetretene Gesellschafter erstreckten akzessorischen Gesellschafterhaftung weiterhin nur durch methodisch unaufrichtige (so zu Recht Karsten Schmidt, GesellschaftsR, 4. Aufl., § 60 III 2 d, S. 1898) Konstruktionen wie etwa einer stillschweigenden Einbeziehung in den Vertrag oder eines konkludenten Vertragsbeitritts begegnet werden, zu denen sich die Rechtsprechung unter Geltung der Doppelverpflichtungslehre genötigt sah (s. etwa BGHZ 124, 47 [48] = NJW 1994, 257 m.w. Nachw.; BGH, NJW 1990, 827 [828f.]; s. ferner OLG Frankfurt a. M., NJW 1986, 3144; OLG Bamberg, NJW-RR 1989, 223). Des Weiteren kann die Mithaftung neu eingetretener Gesellschafter auch für die vor ihrem Beitritt begründeten Gesellschaftsverbindlichkeiten den Vorteil für sich in Anspruch nehmen, dass sich der Gläubiger nicht auf einen gerade in der GbR in Ermangelung jedweder Registerpublizität unter Umständen besonders heiklen Streit über die Zeitpunkte des Entstehens seiner Forderung und der Mitgliedschaft des in Anspruch genommenen Gesellschafters einlassen muss (Ulmer, ZIP 2001, 585 [598]; Karsten Schmidt, NJW 2001, 993 [999]; Habersack, BB 2001, 477 [482]; Gesmann-Nuissl, WM 2001, 973 [978]). Die vorstehenden Erwägungen machen deutlich, dass der in § 130 I HGB kodifizierte Gedanke keineswegs auf Besonderheiten gerade des handelsrechtlichen Geschäftsverkehrs beruht. Er findet seine Begründung und Rechtfertigung vielmehr in den Eigenheiten rechtsfähiger Personengesellschaften mit auf dem Prinzip der Akzessorietät aufbauender Haftungsverfassung, wie auch seine Übernahme in die moderne Kodifikation der Partnerschaftsgesellschaft (§ 8 I 2 PartGG) bestätigt. Die Annahme der Mithaftung auch des neu eingetretenen Gesellschafters einer GbR für die bereits bei seinem Eintritt begründeten Verbindlichkeiten der Gesellschaft ergänzt damit in rechtspraktischer und methodisch folgerichtiger Weise die Rechtsprechung des Senats, wonach bei der GbR die persönliche Haftung der Gesellschafter für die Verbind-

lichkeiten der Gesellschaft derjenigen bei der oHG entspricht (BGHZ 142, 315 = NJW 1999, 3483 = NZG 1999, 1095, und BGHZ 146, 341 = NJW 2001, 1056 = NZG 2001, 311).

Die Richtigkeit dieser Auffassung wird auch dadurch belegt, dass sich bei gewerblich tätigen Gesellschaften der Übergang von der Rechtsform der oHG zu derjenigen der GbR und umgekehrt in Abhängigkeit von Art und vor allem Umfang der Geschäfte angesichts der Veränderlichkeit und Wertungsbedürftigkeit dieser Kriterien bei fehlender Handelsregistereintragung oft unmerklich vollzieht, was bei einer unterschiedlichen Haftungsverfassung zu erheblicher Unsicherheit führen würde (Westermann, NZG 2001, 289 [291]).

## 2. Grundsätzliche Übertragung auf Partnerschaftsgesellschaften (PartGG)

Der Grundsatz der persönlichen Haftung des Neugesellschafters für Altverbindlichkeiten gilt auch für GbR, die von Angehörigen freier Berufe zur gemeinsamen Berufsausübung gegründet worden sind. Der Gesetzgeber hat in § 8 I PartGG die Haftung für Verbindlichkeiten der Partnerschaft dahin geregelt, dass neben deren Vermögen die Partner als Gesamtschuldner den Gläubigern haften (Satz 1 der Bestimmung) und insoweit die Vorschriften der §§ 129 und 130 HGB entsprechend anzuwenden sind (Satz 2), also ein neu in die Partnerschaft eintretender Gesellschafter auch für bereits bestehende Verbindlichkeiten der Partnerschaft haftet. Da der Gesetzgeber mit dem Partnerschaftsgesellschaftsgesetz eine spezielle Rechtsform geschaffen hat, die gerade den besonderen Verhältnissen und legitimen Bedürfnissen der freien Berufe Rechnung tragen soll, kann diese Regelung nur dahin verstanden werden, dass aus der Sicht des Gesetzgebers keine Bedenken dagegen bestehen, die Angehörigen freier Berufe grundsätzlich einer Haftung zu unterwerfen, die hinsichtlich Altverbindlichkeiten derjenigen des Gesellschafters einer offenen Handelsgesellschaft gleicht. Für Verbindlichkeiten vertraglicher, quasi-vertraglicher und gesetzlicher Art steht danach der Annahme einer persönlichen Haftung der Neugesellschafter für Altverbindlichkeiten einer von Angehörigen freier Berufe gebildeten GbR im Grundsatz nichts im Wege.

Eine Ausnahme könnte lediglich für Verbindlichkeiten aus beruflichen Haftungsfällen in Betracht kommen, da sie, wie die Bestimmung des § 8 II PartGG zeigt, eine Sonderstellung einnehmen. Ob der Grundsatz der persönlichen Haftung für Altverbindlichkeiten auch insoweit Anwendung findet, kann, da dies für die hier zu treffende Entscheidung unerheblich ist, offen bleiben.

## II. Gewährung von Vertrauensschutz aufgrund geänderter Rechtsprechung

Erwägungen des Vertrauensschutzes gebieten es, den Grundsatz der persönlichen Haftung des in eine GbR Eintretenden für Altverbindlichkeiten der Gesellschaft erst auf künftige Beitrittsfälle anzuwenden. Die seit langem bestehende gefestigte Rechtsprechung des BGH, wonach der Neugesellschafter einer GbR für deren Altverbindlichkeiten nicht mit seinem Privatvermögen haftet, hat auf Seiten der Neugesellschafter schützenswertes Vertrauen dahin begründet, dass sie für Altverbindlichkeiten nicht mit ihrem Privatvermögen einzustehen haben. Neugesellschafter brauchten sich auf Grund jener Rechtsprechung vor ihrem Gesellschaftsbeitritt weder um Informationen über etwa bestehende Gesellschaftsschulden zu bemühen noch wirtschaftliche Vorkehrungen für eine eventuelle persönliche Haftung für solche Verbindlichkeiten zu treffen. Es träfe sie deshalb unverhältnismäßig hart, wenn sie nunmehr rückwirkend der persönlichen Haftung für Altverbindlichkeiten unterworfen würden, wie sie sich als Folge des geänderten Verständnisses von der Haf-

tungsverfassung der GbR ergibt (vgl. BGHZ 150, 1 = NJW 2002, 1642 = NZG 2002, 533 = ZIP 2002, 851). Aspekte, die der Gewährung von Vertrauensschutz entgegenstünden, sind nicht ersichtlich.

## III. Ergebnis für die Revision

Nach dem Vorstehenden war die Klage gegen den Bekl. zu 2 von Anfang an unbegründet, soweit sie auf seine persönliche Haftung zielte. Der Bekl. zu 2 ist zwar am 1. 7. 1998 in die zwischen den Bekl. zu 1 und 3 bestehende (Außen-)Sozietät eingetreten, die der Kl. die Rückzahlung des im Mai 1997 ungerechtfertigt vereinnahmten Honorarvorschusses schuldete. Er haftete für dessen Rückzahlung jedoch nicht, da er in seinem Vertrauen auf die eine persönliche Haftung des Neugesellschafters für Altverbindlichkeiten ablehnende bisherige Rechtsprechung geschützt wird. Weitere Feststellungen kommen nicht in Betracht. Daher kann der Senat in der Sache selbst entscheiden (§ 565 ZPO a. F.) und dem Begehren des Bekl. zu 2, die Klage abzuweisen, stattgeben, soweit es seine persönliche Haftung betrifft.

## Standort: ZPO

## Problem: Verwertung von mitgehörten Telefonaten

BGH, URTEIL VOM 18.02.2003  
XI ZR 165/02 (NJW 2003, 1727)

### Problemdarstellung:

Bei diesem Rechtsstreit musste sich der BGH erneut mit der Verwertbarkeit von Beweismitteln in einem Zivilprozess, die unter Verletzung von grundrechtlich geschützten Rechtspositionen erlangt worden sind, auseinandersetzen.

Der Kl. nahm die Bekl. auf Rückzahlung von insgesamt Darlehen über ca. 180.000 DM in Anspruch, deren Erhalt die Bekl. jedoch vollumfänglich im Prozess bestritt. Mangels anderer Beweismittel für die seinerzeit erfolgte Darlehensgewährung führte der Kl. am 10.06.1996 mit der Bekl. ein Telefongespräch, in dem sie den Erhalt der fraglichen Darlehensvaluta bestätigte. Dieses Telefongespräch hatte der damalige Rechtsanwalt des Kl. über eine Mithöreinrichtung - ohne Wissen der Bekl. - verfolgt. In der Revision geht die Bekl. gegen die Vernehmung des Rechtsanwalts als Zeugen für das streitige Telefongespräch vor.

Unter Rückgriff auf die Rechtsprechung des BVerfG stellt der BGH fest, dass das von Art. 2 I i. V. mit Art. 1 I GG erfasste allgemeine Persönlichkeitsrecht unter anderem auch das Recht am gesprochenen Wort schützt.

Zu diesem Grundrecht gehört auch die Befugnis, selbst bestimmen, ob der Kommunikationsinhalt einzig dem Gesprächspartner, einem bestimmten Personenkreis oder der Öffentlichkeit zugänglich sein soll, unabhängig vom jeweiligen Inhalt (geschäftlicher, privater, intimer Art). Seine Grenzen findet dieses Grundrecht im ebenfalls grundrechtlich geschützten Rechtsstaatsprinzip zur Gewährleistung einer funktionstüchtigen Rechtspflege und Gewinnung einer materiell korrekten Entscheidung (Art. 20 III GG). Es ist daher in jedem Einzelfall eine Abwägung zwischen dem gegen die Verwertung streitenden allgemeinen Persönlichkeitsrecht und einem für die Verwertung sprechenden rechtlich geschützten Interesse. Dabei reicht allerdings die bloße Beweisnot des Kl. nicht aus, um einen Eingriff in das geschützte allgemeine Persönlichkeitsrecht zu rechtfertigen.

Folglich ist das Zivilgericht wegen Art. 1 III, 20 III GG gehindert, dieses rechtswidrig erlangte Beweismittel durch Vernehmung des Rechtsanwalts als Zeugen zu erheben.

### Prüfungsrelevanz:

Vertiefte Kenntnisse des Zivilprozessrechts gehören nicht nur zum Ausbildungsstoff für das Zweite Staatsexamen, auch beim Ersten Staatsexamen werden - in

Form von Zusatzaufgaben bei den Klausuren oder im Rahmen der mündlichen Prüfung - Fragen zur ZPO gestellt. Dabei bietet die vorliegende Entscheidung geeigneten Prüfungsstoff, da sie Zivilprozessrecht mit Verfassungsrecht, genauer gesagt Grundrechten verbindet.

Im Gegensatz zur StPO bietet die ZPO keine Vorschriften zur ordnungsgemäßen Beweismittelerhebung. Das liegt darin begründet, dass im Zivilprozess aufgrund des Beibringungsgrundsatzes die Parteien für das Anbieten von Beweismitteln verantwortlich sind und nicht das Gericht selbst, im Gegensatz zum Untersuchungsgrundsatz in der StPO. Folglich bietet die ZPO auch keine Anforderungen, unter welchen Voraussetzungen die von den Parteien herangezogenen Beweismittel rechtmäßig und daher vor Gericht verwertbar sind. Jedoch sind die Gerichte gem. Art. 1 III, 20 III GG an Gesetz und Recht und vor allem an die Grundrechte des Bürgers gebunden. Ein unter Verletzung von Grundrechten erlangtes Beweismittel kann grundsätzlich nicht vor Gericht verwertet werden, da sich ansonsten das Gericht durch die Verwertung einer Form von Fortsetzung dieser Grundrechtsverletzung schuldig macht. Daher sind die von den Parteien angebotenen Beweismittel zumindest an Art. 1 ff. GG zu messen.

#### *Vertiefungshinweise:*

Zu dieser Thematik: *OLG Düsseldorf*, NJW 2000, 1578; *OLG Brandenburg*, NJW-RR 2002, 1127

#### *Leitsätze:*

1. **Zu dem von Art. 2 I i. V. mit Art. 1 I GG unter anderem geschützten Recht am gesprochenen Wort gehört auch die Befugnis, selbst zu bestimmen, ob der Kommunikationsinhalt einzig dem Gesprächspartner, einem bestimmten Personenkreis oder der Öffentlichkeit zugänglich sein soll.**
2. **Der Schutz des Rechts am gesprochenen Wort hängt weder davon ab, ob es sich bei den ausgetauschten Informationen um personale Kommunikationsinhalte oder gar um besonders persönlichkeitsensible Daten handelt, noch kommt es auf die Vereinbarung einer besonderen Vertraulichkeit des Gesprächs an.**
3. **Allein das Interesse, sich ein Beweismittel für zivilrechtliche Ansprüche zu sichern, reicht nicht aus, um die Verletzung des Persönlichkeitsrechts der anderen Prozesspartei zu rechtfertigen.**
4. **Stellt die Vernehmung eines Zeugen über ein von ihm belauschtes Telefonat einen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht eines Ge-**

**sprächspartners dar, kommt eine Verwertung der Aussage als Beweismittel im zivilgerichtlichen Verfahren nicht in Betracht.**

#### *Sachverhalt:*

Der Kl. nimmt die Bekl. auf Rückzahlung von fünf Darlehen über insgesamt 180 000 DM in Anspruch, die er ihr in den Jahren 1993 bis 1995 ohne Belege gewährt habe, da die Parteien seinerzeit noch gut befreundet gewesen seien. Er hat — unter anderem — vorgetragen, auf Anraten von Rechtsanwalt E habe er am 10. 6. 1996 mit der Bekl. ein Telefongespräch geführt, in dem sie den Erhalt der Darlehen bestätigt habe. Dieses Telefongespräch habe sein damaliger Rechtsanwalt ohne Wissen der Bekl. über eine Mithöreinrichtung verfolgt. Die Bekl. bestreitet, vom Kl. Geldbeträge erhalten und darüber Darlehensvereinbarungen getroffen zu haben, und nimmt in Abrede, mit dem Kl. ein Telefongespräch über die Rückzahlung von Darlehen geführt zu haben.

Das LG hat die Klage abgewiesen. Das BerGer. hat gegen den Widerspruch der Bekl. Rechtsanwalt E zu dem behaupteten Telefongespräch vom 10. 6. 1996 vernommen, die Bekl. zur Zahlung von 87 942,20 Euro (172 000 DM) nebst Zinsen verurteilt und die Klage im Übrigen abgewiesen. Mit der — zugelassenen — Revision erstrebt die Bekl. die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils. Die Revision der Bekl. hatte Erfolg und führte zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und Zurückverweisung der Sache an das BerGer.

#### *Aus den Gründen:*

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

Das BerGer. hat — soweit für die Revision von Interesse — im Wesentlichen ausgeführt:

Auf Grund in erster Linie der Aussagen der Zeugen E und A stehe zur Überzeugung des Senats fest, dass der Kl. der Bekl. Geldbeträge in Höhe von insgesamt 172 000 DM als Darlehen gewährt habe. Der Zeuge E habe das von ihm über eine Mithöreinrichtung verfolgte Telefongespräch der Parteien vom 10. 6. 1996 bestätigt. Hierin habe der Kl. die Bekl. mit jedem einzelnen der von ihm gewährten Darlehen konfrontiert; die Bekl. habe daraufhin geäußert, sie würde dem Kl. alles zurückgeben, wenn sie jemanden hätte, der für sie bürgte. Gegen die Verwertbarkeit der Aussage des Zeugen E bestünden keine Bedenken. Lasse jemand ein Gespräch unter vier Augen ohne Wissen seines Gesprächspartners von einem Dritten belauschen, um sich ein Beweismittel zu verschaffen, so seien die Zeugenvernehmung des Dritten und die Verwertung seiner

Aussage zwar unzulässig, wenn eine Güterabwägung im Einzelfall ergebe, dass dem verletzten Persönlichkeitsrecht des Belauschten der Vorrang gegenüber dem Beweisführungsinteresse des anderen gebühre. Vorliegend ergebe die Interessenabwägung jedoch einen Vorrang des Beweisführungsinteresses des Kl. gegenüber der Persönlichkeitsrechtsverletzung der Bekl. Hier sei der Kl. darauf angewiesen gewesen, sich einen Beweis für seine Rückzahlungsansprüche durch Belauschenlassen eines von mit der Bekl. geführten Telefongesprächs zu verschaffen.

Ihm könne nicht angelastet werden, dass er es versäumt habe, sich die Darlehenshingabe von der Bekl. quittieren zu lassen, da die Parteien seinerzeit eng miteinander befreundet gewesen seien. Eine Forderung des Kl. nach schriftlicher Fixierung der Darlehenshingaben habe von der Bekl. als Misstrauensbekundung aufgefasst werden und zu einer dem Kl. nicht zumutbaren Beeinträchtigung des Freundschaftsverhältnisses führen können. Die Bekl. habe dem Kl. auch Anlass gegeben, sich ein Beweismittel auf die geschehene Art und Weise zu verschaffen. Sie habe sich auf mündliche und schriftliche Anfragen des Kl. nicht gemeldet. Er habe deshalb davon ausgehen müssen, dass die Bekl. ihre Darlehensrückzahlungsverpflichtung nicht freiwillig einräumen würde. Da das zur Verschaffung eines Beweismittels geführte Telefonat auf sachliche Angaben zu den dem Kl. behaupteten Darlehensrückzahlungsansprüchen beschränkt geblieben und die Offenbarung persönlicher, in die Intimsphäre der Bekl. hineinreichender Umstände weder beabsichtigt gewesen noch erfolgt sei, komme der durch das Telefonat verursachten Persönlichkeitsrechtsverletzung der Bekl. im Vergleich zu dem Beweisführungsinteresse des Kl. kein größeres Gewicht zu.

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

Diese Beurteilung hält der rechtlichen Überprüfung entscheidenden Punkt nicht stand. Entgegen der Auffassung des BerGer., das die Rechtsprechung des BVerfG und BGH weitgehend unberücksichtigt lässt, verletzen die Vernehmung des Zeugen E zum Inhalt des angeblichen Telefongesprächs der Parteien am 10. 6. 1996 sowie die Verwertung seiner Aussage die Bekl. in ihren Rechten aus Art. 2 I mit Art. 1 I GG.

#### *I. Zum Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts*

Das von Art. 2 I i. V. mit Art. 1 I GG erfasste allgemeine Persönlichkeitsrecht schützt unter anderem auch das Recht am gesprochenen Wort. Das Recht am gesprochenen Wort entspricht einem Grundbedürfnis für die Sicherung des Eigenwertes der Persönlich-

keit und ihrer freien Entfaltung in der Kommunikation mit dem anderen und ist in der Rechtsprechung seit langem anerkannt (vgl. grundlegend BGHZ 27, 284 [286] = NJW 1958, 2112; BGH, NJW 1982, 2 und NJW 1988, 1016 [1017]; BVerfGE 34, 238 [246f] = NJW 1973, 891; BVerfGE 54, 148 [154f.] = NJW 1980, 2070; BVerfG, NJW 1992, 815; WM 2002, 2290 [2292f.]) Zu diesem Grundrecht gehört auch die Befugnis, selbst bestimmen, ob der Kommunikationsinhalt einzig dem Gesprächspartner, einem bestimmten Personenkreis oder der Öffentlichkeit zugänglich sein soll (BGHZ 27, 284 [286] = NJW 1958, 2112; BVerfG, NJW 1992, 815; WM 2002, 2290; BAG, NJW 1998, 1331 [1332]).

#### *1. Unabhängigkeit vom jeweiligen Inhalt des gesprochenen Wortes*

Der Schutz des Rechts am gesprochenen Wort schränkt sich nicht auf bestimmte Inhalte, sondern bezieht

sich allein auf die Selbstbestimmung über die unmittelbare Zugänglichkeit der Kommunikation, also etwa über die Teilhabe einer dritten Person. Der Schutz des Rechts am gesprochenen Wort hängt auch weder davon ab, ob es sich bei ausgetauschten Informationen um personale Kommunikationsinhalte oder gar um besonders persönlichkeitsensible Daten handelt, noch kommt es auf die Vereinbarung einer besonderen Vertraulichkeit des Gesprächs an (BVerfG, WM2002, 2290 [2293]).

#### *2. Beschränkung des Rechts am gesprochenen Wort*

Außerhalb eines - hier erkennbar nicht berührten - letzten unantastbaren Bereichs privater Lebensgestaltung des Bürgers (vgl. BVerfGE 34, 238 [245] = NJW 1973, 891; BVerfGE 80, 367 [373 f.] = NJW 1990, 563) ist das gemeine Persönlichkeitsrecht jedoch nicht vorbehaltlos wahrleistet. Nach Art. 2 I GG wird deshalb auch das Recht am eigenen Wort durch die verfassungsmäßige Ordnung schränkt. Hierzu gehören als Ausfluss des unter anderem in Art. 20 III GG verankerten Rechtsstaatsprinzips die Gewährleistung einer funktionstüchtigen Rechtspflege und das Streben nach einer materiell richtigen Entscheidung (BVerfG, NJW 2002, 3619 = WM 2002, 2290 [2295]). Ob eine Beweisaufnahme durch Vernehmung eines Zeugen über ein von ihm heimlich mitgehörtes Telefongespräch zulässig und verwertbar ist, richtet sich nach dem Ergebnis der Abwägung zwischen dem gegen die Verwertung streitenden allgemeinen Persönlichkeitsrecht auf der einen und einem für die Verwertung sprechenden rechtlich geschützten Interesse auf der

anderen Seite (BGHZ 27, 284 [289f.] = NJW 1958, 2112; BGH, NJW 1982, 277 [278]; NJW 1988, 1016 [1017], und NJW 1998, 155; BVerfG, NJW 2002, 3619 = WM 2002, 2290 [2295]).

## II. Übertragung auf den vorliegenden Fall

Das BerGer. hat diese rechtlichen Maßstäbe zwar nicht grundsätzlich verkannt; die von ihm vorgenommene Abwägung erweist sich jedoch als rechtsfehlerhaft.

### 1. Keine Beweisnot des Kl.

Der Kl. war entgegen der Auffassung des BerGer. keineswegs darauf "angewiesen", sich einen Beweis für seine Rückzahlungsansprüche durch das Belauschenlassen des von ihm angeblich mit der Bekl. geführten Telefongesprächs zu verschaffen. Zwar mag die Erwägung, das Freundschaftsverhältnis zur Bekl. nicht durch eine Forderung nach Quittungserteilung zu belasten, menschlich nachvollziehbar sein; einen späteren Eingriff in grundrechtlich geschützte Rechte der Bekl. vermag sie aber nicht zu rechtfertigen. Im Übrigen hätte der Kl. auch ohne Forderung nach einer Quittung geeignete Schritte unternehmen können, um Beweise für eine Darlehenshingabe zu sichern. So hätten etwa bei der Wahl unbarer Zahlungsweise die Geldzahlungen sowie auch deren Zweck durch Kontounterlagen bzw. Auskünfte der beteiligten Kreditinstitute belegt werden können. Wenn der Kl. es - aus welchen Gründen auch immer - versäumt hat, sich die behaupteten Darlehenshingaben von der Bekl. bestätigen zu lassen oder in anderer Weise ihre Beweisbarkeit sicherzustellen, vermag das die Verschaffung eines Beweismittels unter Verletzung des Persönlichkeitsrechts der Bekl. nicht zu rechtfertigen (vgl. Senat, WM 1991, 566 [568]).

Das BerGer. ist zu Unrecht der Auffassung, die Bekl. habe dem Kl. "Anlass" gegeben, sich ein Beweismittel auf die hier in Rede stehende Art und Weise zu verschaffen; da sie sich auf Anfragen des Kl. nicht gemeldet habe, habe dieser davon ausgehen müssen, dass sie ihre Darlehensverbindlichkeiten nicht freiwillig nachkommen würde. Diese Ausführungen sind bereits deshalb rechtsirrig, weil sie voraussetzen, was erst noch zu beweisen war, nämlich die Hingabe von Geld als Darlehen.

### 2. Keine Beschränkung des Beweisverwertungsverbots auf Telefonate mit persönlichem oder intimen Inhalt

Von Rechtsirrtum ist auch die Auffassung des BerGer. beeinflusst, der Persönlichkeitsrechtsverletzung der Bekl. komme deshalb kein größeres Gewicht zu,

weil das von dem Zeugen E abgehörte Telefonat auf sachliche Angaben zu den von dem Kl. behaupteten Darlehensrückzahlungsansprüchen beschränkt geblieben sei und die Offenbarung persönlicher oder in die Intimsphäre der Bekl. hineinreichender Umstände weder beabsichtigt gewesen noch erfolgt sei. Wie bereits ausgeführt hängt der Schutz des Rechts am gesprochenen Wort nicht davon ab, ob es sich bei den ausgetauschten Informationen um personale Kommunikationsinhalte oder gar besonders persönlichkeitsensible Daten handelt.

### 3. Grundsätzliche Vorrang des Persönlichkeitsrechts vor dem Interesse an einer funktionstüchtigen Zivilrechtspflege

Das Ergebnis der vom BerGer. vorgenommenen Abwägung erweist sich auch nicht deshalb als zutreffend, weil dem allgemeinen Interesse an einer funktionstüchtigen Zivilrechtspflege stets ein gleiches oder gar höheres Gewicht zukommt als dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht. Das ist nicht der Fall; vielmehr müssen weitere Gesichtspunkte hinzutreten, die das Interesse an der Beweiserhebung trotz der Verletzung des Persönlichkeitsrechts als schutzbedürftig erscheinen lassen (BVerfG, NJW 2002, 3619 = WM 2002, 2290 [2295]). Das kann der Fall sein, wenn sich der Beweisführer in einer Notwehrsituation oder einer notwehähnlichen Lage befindet (vgl. BGHZ 27, 284 [289f.] = NJW 1958, 2112). Allein das nach dem Vortrag des Kl. überraschende Bestreiten des Darlehensserhalts durch die Bekl. reicht hierfür jedoch nicht aus. Damit verbleibt auf Seiten des Kl. lediglich das für den beweisbelasteten Anspruchsteller stets bestehende schlichte Beweisinteresse. Allein das Interesse, sich ein Beweismittel für zivilrechtliche Ansprüche zu sichern, reicht jedoch nicht aus, um die Verletzung des Persönlichkeitsrechts der anderen Prozesspartei zu rechtfertigen (BGHZ 27, 284 [290] = NJW 1958, 2112; BGH, NJW 1982, 277 [278]; NJW 1988, 1016 [1018]; BVerfG, NJW 2002, 3619 = WM 2002, 2290). Ob der Kl. auf Grund der Angaben seines damaligen Rechtsanwalts von der Zulässigkeit des verabredeten Vorgehens ausging, ist entgegen der Auffassung dem Revisionserwiderung in diesem Zusammenhang ohne Belang.

### III. Beweisverwertungsverbot als Rechtsfolge

Erweist sich somit die Vernehmung des Zeugen E über das von ihm belauschte Telefonat der Parteien als Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Bekl., kommt eine Verwertung seiner Aussage als Beweismittel im vorliegenden Verfahren nicht in Betracht (vgl. BGH, NJW 1982, 277; NJW 1988, 1016;

Senat, WM 1991, 566 [567f.]; BGH, NJW 1998, 155; B VerfG, NJW 1992, 815 [816]; BAG, NJW 1998, 1331 [1332]).

*C. Aufhebung des Urteils und Zurückverweisung an das BerGer.*

Das angefochtene Urteil war daher aufzuheben (§ 562 I ZPO) und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das BerGer. zurückzuverweisen (§ 563 I 1 ZPO). Dabei hat der Senat von der Möglichkeit des § 563 I 2 ZPO Gebrauch gemacht. Das

BerGer. wird, da die Verwertung der Aussage des Zeugen E unzulässig ist, das Ergebnis der Beweisaufnahme ohne Berücksichtigung der Aussage dieses Zeugen über den Inhalt des Telefongesprächs vom 10. 6. 1996 sowie der von ihm darüber gefertigten Aktennotiz neu zu bewerten haben. Das BerGer. wird auch zu prüfen haben, ob Anlass besteht, den Sachverhalt — wie vom Kl. bereits angeregt — durch eine Anhörung der Parteien (§ 141 ZPO) oder durch eine Vernehmung von Amts wegen (§ 448 ZPO) näher aufzuklären.

**Standort: Familienrecht**

**Problem: Zustimmung zum Behandlungsabbruch**

BGH, BESCHLUSS VOM 17.03.2003  
XII ZB 2/03 (NJW 2003, 1588)

**Problemdarstellung:**

In diesem Beschwerdeverfahren, das dem BGH durch das OLG Schleswig vorgelegt worden ist, musste die höchstbrisante Frage beantwortet werden, ob es bei der Zustimmung des bestellten Betreuers zum Behandlungsabbruch von lebenserhaltenden bzw. -verlängernden Maßnahmen zugunsten des Betreuten einer vormundschaftsgerichtlichen Zustimmung bedarf.

Die Frage nach einem solchen gerichtlichen Zustimmungserfordernis ist in den Untergerichten umstritten; teilweise wird sie in Analogie zu § 1904 BGB hergeleitet und teilweise wird sie abgelehnt, da sich wegen der Höchstpersönlichkeit dieser Entscheidung der Richter am Vormundschaftsgericht nicht zum "Herr über Leben und Tod" aufschwingen soll. Auch in der Literatur wird diese Rechtsfrage kontrovers diskutiert.

Der BGH bejaht letztlich ein gerichtliches Zustimmungserfordernis, das er aber nicht in Analogie zu § 1904 BGB herleiten will, sondern im Wege richterlicher Rechtsfortbildung aus dem Betreuungsrecht als solchem. Hintergrund für die Notwendigkeit einer Zustimmung zum Behandlungsabbruch durch das Vormundschaftsgericht ist vor allem Rechtssicherheit zugunsten des Betreuers. Die Grenzziehung zwischen strafbarer Euthanasie und strafloser Hilfe beim Sterben ist im Einzelfall schwierig zu ziehen, sodass dem Betreuer bei seiner Entscheidung zum Behandlungsabbruch Unterstützung gewährt werden muss.

Bei seiner Entscheidung muss der Betreuer selbstverständlich den Willen seines betreuten Patienten berücksichtigen; der Wille soll bei einem krankheitsbedingten einwilligungsunfähigen Patienten in erster Linie einem früher geäußerten Willen im Rahmen einer "Patientenverfügung" entnommen werden, andernfalls

muss der mutmaßliche Wille des Patienten nach seinen Lebensentscheidungen, Wertvorstellungen und Überzeugungen im Wege einer Hypothese ermittelt werden. Voraussetzung ist aber auch letztlich, dass das Grundleiden des Patienten einen irreversiblen tödlichen Verlauf angenommen hat, sodass eine unmittelbare Todesnähe besteht.

**Prüfungsrelevanz:**

Die politisch, rechtliche und moralische Diskussion zur Sterbehilfe ist nicht nur im Strafrecht von examensrelevanter Bedeutung (§ 216 StGB), sondern - wie dieser Fall zeigt - auch im Zivilrecht. Gerade in der mündlichen Prüfung zum juristischen Staatsexamen muss der Prüfling damit rechnen, dass der Prüfer nicht nur erlerntes Wissen abfragt, sondern auch die Kandidaten zu einer rechtswissenschaftlichen Diskussion bringen will.

Die Lektüre dieses Urteils sollte dabei dienen, die Art rechtswissenschaftlicher Diskussion näher zu bringen. Dem BGH gelingt es, die verschiedenen Ansatz- und Kritikpunkte gegen einander vorzubringen und trotzdem in einem Abwägungsprozess zu einem angemessenen und nachvollziehbaren Ergebnis zu kommen.

**Vertiefungshinweise:**

☐ Zu dieser Problematik: *Deutsch*, NJW 2003, 1567; *Stackmann*, NJW 2003, 1568; *Kutzer*, ZRP 2003, 209; *Spickhoff*, NJW 2000, 2297

**Leitsätze:**

**1. Ist ein Patient einwilligungsunfähig und hat sein Grundleiden einen irreversiblen tödlichen Verlauf angenommen, so müssen lebenserhaltende oder -verlängernde Maßnahmen unterbleiben, wenn dies seinem zuvor — etwa in Form einer so genannten Patientenverfügung — geäußerten**

**Willen entspricht. Dies folgt aus der Würde des Menschen, die es gebietet, sein in einwilligungsfähigem Zustand ausgeübtes Selbstbestimmungsrecht auch dann noch zu respektieren, wenn er zu eigenverantwortlichem Entscheiden nicht mehr in der Lage ist. Nur wenn ein solcher erklärter Wille des Patienten nicht festgestellt werden kann, beurteilt sich die Zulässigkeit solcher Maßnahmen nach dem mutmaßlichen Willen des Patienten, der dann individuell — also aus dessen Lebensentscheidungen, Wertvorstellungen und Überzeugungen — zu ermitteln ist.**

**2. Ist für einen Patienten ein Betreuer bestellt, so hat dieser dem Patientenwillen gegenüber Arzt und Pflegepersonal in eigener rechtlicher Verantwortung und nach Maßgabe des § 1901 BGB Ausdruck und Geltung zu verschaffen. Seine Einwilligung in eine ärztlicherseits angebotene lebenserhaltende oder -verlängernde Behandlung kann der Betreuer jedoch nur mit Zustimmung des Vormundschaftsgerichts wirksam verweigern. Für eine Einwilligung des Betreuers und eine Zustimmung des Vormundschaftsgerichts ist kein Raum, wenn ärztlicherseits eine solche Behandlung oder Weiterbehandlung nicht angeboten wird — sei es, dass sie von vornherein medizinisch nicht indiziert, nicht mehr sinnvoll oder aus sonstigen Gründen nicht möglich ist. Die Entscheidungszuständigkeit des Vormundschaftsgerichts ergibt sich nicht aus einer analogen Anwendung des § 1904 BGB, sondern aus einem unabwiesbaren Bedürfnis des Betreuungsrechts.**

**3. Zu den Voraussetzungen richterlicher Rechtsfortbildung.**

**Sachverhalt:**

Der Betroffene erlitt am 29. 11. 2000 infolge eines Myocardinfarkts einen hypoxischen Gehirnschaden im Sinne eines apallischen Syndroms. Seither wird er über eine PEG-Sonde ernährt; eine Kontaktaufnahme mit ihm ist nicht möglich. Auf Anregung der Klinik, in welcher der Betroffene behandelt wurde, bestellte das AG mit Beschluss vom 18. 1. 2001 den Sohn des Betroffenen — den Beteiligten — unter anderem für die Aufgabenkreise „Sorge für die Gesundheit des Betroffenen, ... Vertretung gegenüber Behörden ... und Einrichtungen (z. B. Heimen) ...“ zum Betreuer; die Betreuung wurde mit Beschluss vom 18. 12. 2001 verlängert. Am 8. 4. 2002 hat der Beteiligte beim AG „die Einstellung der Ernährung über die PEG-Sonde“ für seinen Vater beantragt, da eine Besserung des Zustands seines Vaters nicht zu erwarten sei und die Ein-

stellung dem früher geäußerten Wunsch seines Vaters entspreche. Der Beteiligte verweist hierzu auf eine maschinenschriftliche und vom Betroffenen handschriftlich unter Angabe von Ort und Datum unterzeichnete Verfügung mit folgendem Wortlaut: „Für den Fall, dass ich zu einer Entscheidung nicht mehr fähig bin, verfüge ich: Im Fall meiner irreversiblen Bewusstlosigkeit, schwerster Dauerschäden meines Gehirns oder des dauernden Ausfalls lebenswichtiger Funktionen meines Körpers oder im Endstadium einer zum Tode führenden Krankheit, wenn die Behandlung nur noch dazu führen würde, den Vorgang des Sterbens zu verlängern, will ich:

- keine Intensivbehandlung,
  - Einstellung der Ernährung,
  - nur angst- oder schmerzlindernde Maßnahmen, wenn nötig,
  - keine künstliche Beatmung,
  - keine Bluttransfusion,
  - keine Organtransplantation,
  - keinen Anschluss an eine Herz-Lungen-Maschine.
- Meine Vertrauenspersonen sind ... (es folgen die Namen und Adressen der Ehefrau sowie des Sohnes und der Tochter). Diese Verfügung wurde bei klarem Verstand und in voller Kenntnis der Rechtslage unterzeichnet. Lübeck, den 27. 11. 1998, H.S.“

Die Ehefrau und die Tochter des Betroffenen haben erklärt, mit dem Antrag des Beteiligten einverstanden zu sein und ihn voll zu unterstützen.

Das AG hat den Antrag abgelehnt, da er keine Rechtsgrundlage habe. Die hiergegen gerichtete Beschwerde hat das LG zurückgewiesen. Die weitere Beschwerde des Beteiligten möchte das OLG Schleswig zurückweisen. Es sieht sich daran durch die Beschlüsse des OLG Frankfurt a.M. vom 15. 7. 1998 (NJW 1998, 2747 = FamRZ 1998, 1137) und vom 20. 11. 2001 (NJW 2002, 689 = FamRZ 2002, 575) sowie des OLG Karlsruhe vom 29. 10. 2001 (NJW 2002, 685 = FamRZ 2002, 488) gehindert. In diesen Entscheidungen haben die Oberlandesgerichte ausgesprochen, dass die Einwilligung des Betreuers eines selbst nicht mehr entscheidungsfähigen, irreversibel hirngeschädigten Betroffenen in den Abbruch der Ernährung mittels einer PEG-Magensonde analog § 1904 BGB der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedarf. Das OLG Schleswig ist demgegenüber der Ansicht, dass die Einwilligung des Betreuers in einem solchen Fall nicht genehmigungsbedürftig sei; es hat deshalb die Sache gem. § 28 II FGG dem BGH zur Entscheidung vorgelegt. Der BGH hat die Beschlüsse des AG und des LG aufgehoben und die Sache zur erneuten Behandlung und Entscheidung an das AG zurückverwiesen.

*Aus den Gründen:**A. Entscheidung des OLG Schleswig*

Die Vorlage ist zulässig. Aus dem Vorlagebeschluss ergibt sich, dass das vorliegende OLG zu einer anderen als der von ihm beabsichtigten Entscheidung gelangen würde, wenn es sich der abweichenden Ansicht des OLG Frankfurt a. M. und OLG Karlsruhe anschliesse, und dass es nach seiner Ansicht für die zu treffende Entscheidung auf die streitige Rechtsfrage ankommt. An diese Ansicht ist der Senat — soweit die Zulässigkeit der Vorlage in Frage steht — gebunden (BGHZ 121, 305 [308] = NJW 193, 2241). Das vorliegende Gericht geht — insoweit in Übereinstimmung mit OLG Frankfurt a. M. und OLG Karlsruhe — davon aus, dass für den Behandlungsabbruch bei nicht einwilligungsfähigen Patienten die Bestellung eines Betreuers und dessen Einwilligung erforderlich ist. Die Einwilligung in den Behandlungsabbruch sei nicht höchstpersönlich; denn ohne Betreuer ließe sich das dem nicht einwilligungsfähigen Betroffenen zustehende Selbstbestimmungsrecht nach Art. 2 I GG in Bezug auf die aktuelle Beendigung der Behandlung rechtlich nicht verwirklichen. Die Einwilligung unterfalle auch dem Aufgabenkreis „Gesundheitsfürsorge“, der alle im Bereich der medizinischen Behandlung anstehenden Entscheidungen umfasse, und zwar auch dann, wenn eine Wiederherstellung der Gesundheit nicht mehr zu erreichen sei. Für eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung dieser Einwilligung fehle es — entgegen der Auffassung des OLG Frankfurt a. M. und OLG Karlsruhe — allerdings an einer rechtlichen Grundlage:

Eine Analogie zu § 1904 BGB scheitere, da eine „planwidrige Unvollständigkeit“ des Gesetzes nicht vorliege. Es sei davon auszugehen, dass der Gesetzgeber mit dem Betreuungsgesetz das gesamte Betreuungsrecht geregelt habe. Dabei habe er, wie sich aus den Materialien ergebe, auch den Fall des zum Tode führenden Abbruchs einer lebenserhaltenden Maßnahme bei einem einwilligungsunfähigen Betreuten bedacht. Gleichwohl habe er davon abgesehen, diesen Fall in den „Kanon“ der ausnahmsweise einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedürftigen Maßnahmen aufzunehmen. Jedenfalls sei § 1904 I BGB nicht geeignet, eine Gesetzeslücke zu begründen oder zu schließen; denn die dort geregelten Tatbestände seien wertungsmäßig dem hier zu behandelnden Fall des Behandlungsabbruchs nicht gleich. So gehe es bei der nach § 1904 I BGB genehmigungsbedürftigen Einwilligung des Betreuers um ärztliche Maßnahmen, die unter Abwägung der Risiken darauf gerichtet seien, die Gesundheit des Betroffenen wiederherzustellen; die Genehmigung der Einwilligung zu einem Behand-

lungsabbruch würde dagegen auf die Lebensbeendigung des Betroffenen abzielen. Beide Ziele stünden nicht in einem Verhältnis von „weniger“ und „mehr“; vielmehr habe die absichtliche Lebensbeendigung eine andere Qualität, die auch einer besonderen rechtlichen Würdigung und Behandlung bedürfe. Außerdem regle § 1904 I BGB die Genehmigung der Einwilligung in ein ärztliches Tun, während bei der Genehmigung der Einwilligung in den Behandlungsabbruch ein ärztliches Unterlassen im Vordergrund stehe. Genau genommen gehe es hier nicht um eine Einwilligung des Betreuers in eine medizinische Maßnahme, sondern um den Widerruf oder die Verweigerung einer solchen Einwilligung; diese seien aber nach § 1904 BGB gerade genehmigungsfrei.

Selbst wenn aber eine Gesetzeslücke anzunehmen wäre, so wäre eine Ergänzung durch Gerichte ausgeschlossen, weil die staatliche Mitwirkung bei einem auf Lebensbeendigung eines Menschen gerichteten Verhalten so wesentlich sei, dass sie einer Regelung durch den Gesetzgeber bedürfte. Dies gelte insbesondere für die Frage, ob ein Sachverständigengutachten einzuholen sei und ob, wie es der BGH formuliert habe, dann, wenn sich bei der Prüfung Umstände für die Feststellung des individuellen mutmaßlichen Willens des Betreuten nicht finden ließen, auf „Kriterien zurückgegriffen werden“ müsse, die „allgemeinen Wertvorstellungen“ entsprächen. Solche „Kriterien“ dürften geeignet sein, die Meinung zu fördern, im Vormundschaftsrichter „den Richter über Leben und Tod“ zu sehen oder „den Schritt in eine andere Republik“ befürchten zu lassen. Ferner machte ein möglicherweise religiös oder sonst ethisch beeinflusstes „Kriterium“ die Entscheidung des gesetzlichen — und damit unentrinnbaren — Richters unberechenbar.

*B. Entscheidung des BGH in der weiteren Beschwerde*

Da die Voraussetzungen für eine Vorlage nach § 28 II FGG erfüllt sind, hat der beschließende Senat gem. § 28 ff. FGG an Stelle des OLG Schleswig über die weitere Beschwerde zu entscheiden.

*I. Zulässigkeit der weiteren Beschwerde*

Die weitere Beschwerde ist nach § 27 I FGG statthaft; der Beteiligte ist gem. § 20 I FGG auch beschwerdeberechtigt.

*II. Begründetheit der weiteren Beschwerde*

Das Rechtsmittel ist auch begründet. Der Beteiligte hat beantragt, die künstliche Ernährung des Betroffenen einzustellen. Damit möchte er erreichen, dass das VormG seiner Entscheidung, nicht länger in die künst-

liche Ernährung des Betroffenen einzuwilligen, zustimmt. Die Vorinstanzen haben es zu Unrecht abgelehnt, in der Sache tätig zu werden.

### *1. Keine Zustimmungsfreiheit wegen des Charakters als Unterlassen*

Die gegen eine weitere künstliche Ernährung des Betroffenen gerichtete Entscheidung des Beteiligten ist nicht schon deshalb einer Zustimmung des VormG entzogen, weil sie sich rechtlich als ein Unterlassen darstellt.

Die Beibehaltung einer Magensonde und die mit ihrer Hilfe ermöglichte künstliche Ernährung sind fortdauernde Eingriffe in die körperliche Integrität des Patienten (Hufen, NJW 2001, 849 [853] m. w. Nachw.). Solche Eingriffe bedürfen — ebenso wie das ursprüngliche Legen der Sonde — grundsätzlich der Einwilligung des Patienten. Ist der Patient im Zeitpunkt der Maßnahme nicht einwilligungsfähig, so gilt:

Eine frühere Willensbekundung, mit welcher der Patient seine Einwilligung in Maßnahmen der in Frage stehenden Art für eine Situation, wie sie jetzt eingetreten ist, erklärt oder verweigert hat, wirkt, falls der Patient sie nicht widerrufen hat, fort (Lipp, in: May et al., *Passive Sterbehilfe*, 2002, S. 37, 43, und Fußn. 37 m.w. Nachw.; Taupitz, *Verhandlungen des 63. DJT 2000*, Gutachten A, S. A 41); die inzwischen eingetretene Einwilligungsunfähigkeit ändert nach dem Rechtsgedanken des § 130 II BGB an der fortdauernden Maßgeblichkeit des früher erklärten Willens nichts. Ist eine solche frühere Willensbekundung nicht bekannt, beurteilt sich die Zulässigkeit der Maßnahme, falls unaufschiebbar, nach dem mutmaßlichen Willen des Patienten, bis für diesen ein Betreuer bestellt ist (Schwab, in: *MünchKomm*, 4. Aufl., § 1904 Rdnr. 38). Ist — wie hier — für den einwilligungsunfähigen Patienten ein Betreuer bestellt und erreichbar, vermag der mutmaßliche Patientenwille allein einen Eingriff in die persönliche Integrität des Patienten nicht länger zu rechtfertigen (Taupitz, A 71). Mit der Bestellung des Betreuers ist die rechtliche Handlungsfähigkeit des Betroffenen wiederhergestellt; Arzt und Pflegepersonal können deshalb nicht mehr unmittelbar auf den Willen des einwilligungsunfähigen Patienten „durchgreifen“ (Taupitz, A 70 f.). Eine Willensbekundung, mit welcher der Betroffene seine Einwilligung in die in Frage stehenden Maßnahmen und für die jetzt eingetretene Situation erklärt oder verweigert hat, wirkt weiterhin — als Ausfluss seines Selbstbestimmungsrechts — fort. Als gesetzlicher Vertreter hat der Betreuer die exklusive Aufgabe, dem Willen des Betroffenen gegenüber Arzt und Pflegepersonal in eigener rechtlicher Verantwortung und nach Maßgabe des §

1901 BGB Ausdruck und Geltung zu verschaffen. Daraus ergibt sich für den vorliegenden Fall: Die Beibehaltung der Sonde und die Fortführung der über sie ermöglichten künstlichen Ernährung bedürfen, da eine Einwilligung des Betroffenen nicht vorliegt, der Einwilligung des Beteiligten. Mit dem Verlangen, diese Behandlung nicht fortzusetzen, hat der Beteiligte die erforderliche Einwilligung verweigert. Ob der Beteiligte früher zumindest konkludent in die Behandlung eingewilligt hat und sich das Verlangen nach Abbruch der Behandlung deshalb (auch) als Widerruf dieser Einwilligung darstellt, mag dahinstehen. Bereits das Unterlassen der erforderlichen Einwilligungserklärung kann — für sich genommen — auf seine Rechtmäßigkeit hin überprüft werden; es ist damit einer vormundschaftsgerichtlichen Entscheidung nicht schon per se entzogen.

Soweit in der Literatur nur der Widerruf einer einmal erteilten Einwilligung, nicht aber die erstmalige Verweigerung der Einwilligung (Fröschle, *JZ* 2000, 72 [80]: „nullum“) als „an sich“ genehmigungsfähig angesehen wird, vermag der Senat dem nicht zu folgen. Denn das Unterlassen des Betreuers, in eine lebensverlängernde oder -erhaltende Behandlung einzuwilligen, kann nicht anders beurteilt werden als das Unterlassen, in die Weiterbehandlung einzuwilligen. Zwar liegt im zweiten Fall unter Umständen auch ein aktives Handeln — nämlich der Widerruf einer zuvor erteilten Einwilligung — vor. Die Abgrenzung ist jedoch — etwa im Hinblick auf die Frage, ob eine Einwilligung vom Betreuer konkludent erteilt worden ist oder ob eine einmal erteilte Einwilligung die in Frage stehenden Maßnahmen für die jetzt eingetretene Situation noch abdeckt — fließend; sie rechtfertigt jedenfalls keine rechtliche Differenzierung. Wollte man nur den Widerruf einem vormundschaftsgerichtlichen Kontrollvorbehalt unterstellen, bestünde im Übrigen die Gefahr, dass von lebenserhaltenden Maßnahmen nur noch zögerlich Gebrauch gemacht wird, um deren späteren — an die vormundschaftsgerichtliche Kontrolle gebundenen — Abbruch zu vermeiden; der mit dem Kontrollvorbehalt (auch) verfolgte Lebensschutz würde in sein Gegenteil verkehrt. Auch kann ein Kontrollforderndes nach Auffassung des Senats sinnvoll nicht davon abhängig gemacht werden, ob der Betreuer die Erteilung der Einwilligung in eine medizinische Behandlung nur schlechthin unterlassen oder ob er seine Einwilligung verweigert und damit aktiv gehandelt hat (so aber wohl — jedenfalls für die analoge Anwendbarkeit des § 1904 BGB — Taupitz, A 87, und Lipp, 5. 51). Da für eine die körperliche Integrität verletzende medizinische Behandlung oder Weiterbehandlung eine Einwilligung notwendig ist, ist deren Verweigerung nichts anderes

als eine Bekräftigung des Unterlassens, die Einwilligung zu erteilen. Hinge die vormundschaftsgerichtliche Kontrolle von einer solchen Bekräftigung ab, wäre das Erfordernis dieser Kontrolle beliebig manipulierbar.

### *2. Keine Zustimmungsfreiheit wegen Höchstpersönlichkeit der Entscheidung*

Ein Tätigwerden des VormG wird, wie das vorliegende OLG zutreffend ausführt, auch nicht dadurch ausgeschlossen, dass eine Entscheidung gegen die Fortführung der künstlichen Ernährung des Betroffenen höchstpersönlicher Natur ist.

In der Rechtsprechung und Literatur wird zwar zum Teil die Auffassung vertreten, dass dem Betreuer die Entscheidung gegen eine lebensverlängernde oder -erhaltende Behandlung des Betroffenen, weil höchstpersönlich, nicht zustehe und deshalb auch einer Überprüfung durch das den Betreuer kontrollierende VormG entzogen sei (vgl. etwa LG München I, NJW 1999, 1788 = FamRZ 1999, 742; LG Augsburg, FamRZ 2000, 320 [321]; Lilie, in: Wienke/Lippert, Der Wille des Menschen zwischen Leben und Sterben, 2001, S. 75, 83; Seitz, ZRP 1998, 417 [420]; Soergel/Zimmermann, BGB, 13. Aufl., § 1904 Rdnr. 42). Diese Ansicht würde es jedoch, recht verstanden, nicht hindern, das Verlangen des Beteiligten nach Abbruch der künstlichen Ernährung einer vormundschaftsgerichtlichen Überprüfung zu unterwerfen. Da der Beteiligte sein Verlangen auf den erklärten und fortgeltenden Willen des Betroffenen stützt, trifft er insoweit keine eigene Entscheidung; er setzt vielmehr nur eine im Voraus getroffene höchstpersönliche Entscheidung des Betroffenen um. Die richtige Umsetzung des Willens des Betroffenen und die damit einhergehende Unterlassung einer eigenen, den Willen des Betroffenen ersetzenden Einwilligung des Beteiligten in die Weiterbehandlung des Betroffenen ist — wie dargelegt — aber ein tauglicher Gegenstand einer vormundschaftsgerichtlichen Überprüfung. Auch generell lässt sich aus der Höchstpersönlichkeit einer Entscheidung kein zwingendes Argument gegen die Entscheidungszuständigkeit eines Betreuers und die Überprüfung seiner Entscheidung durch das VormG herleiten, denn einem Betreuer werden vom Gesetz — etwa bei der Sterilisation (§ 1905 BGB) — durchaus höchstpersönliche Entscheidungskompetenzen übertragen. Zudem ergäbe sich, wenn man die Entscheidung gegen eine lebensverlängernde oder -erhaltende Maßnahme oder die Durchsetzung einer solchen Entscheidung generell von der Aufgabenzuweisung an den Betreuer ausnähme, eine missliche Wahl: Entweder würde damit ein striktes Gebot zur Durchführung lebensverlängernder oder -erhaltender medizinischer

Maßnahmen statuiert — also auch gegen einen vom Betroffenen früher geäußerten Willen. Oder die Entscheidung über die Frage der Behandlung oder Weiterbehandlung bliebe dem Arzt und/oder den nahen Angehörigen überlassen — dies allenfalls mit der Auflage, den wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Patienten zu ermitteln. An die Stelle der Willensbestimmung durch den Betreuer als den gesetzlichen Vertreter träte die Willensbestimmung durch den Arzt oder die Angehörigen, die sich aus dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten nicht mehr legitimieren würde, unter Umständen mit Eigeninteressen kollidieren könnte und im System des geltenden Rechts einer vormundschaftsgerichtlichen Kontrolle von vornherein nicht zugänglich wäre (vgl. zum Ganzen Taupitz, A 89; Fröschle, JZ 2000, 74). Eine andere Frage ist, ob das VormG dem Beteiligten mit der Übertragung des Aufgabenkreises „Sorge für die Gesundheit des Betroffenen“ auch die Entscheidung über lebenserhaltende Maßnahmen der hier in Frage stehenden Art übertragen hat. Da sowohl das AG wie auch das BeschwGer. die Bestellung des Beteiligten nicht einschränkend ausgelegt haben, kann auch für das Verfahren der weiteren Beschwerde von einer umfassenden Zuständigkeit des Beteiligten für die medizinischen Belange des Betroffenen ausgegangen werden. Dies gilt umso mehr, als bei einer einschränkenden Auslegung des Aufgabenkreises die lebenserhaltenden Maßnahmen nicht fortgeführt, sondern von den, behandelnden Ärzten im Hinblick auf ihre Vereinbarkeit mit dem vom Betroffenen früher erklärten und als maßgebend fortdauernden Willen überprüft und, falls der Aufgabenkreis des Beteiligten nicht erweitert oder ein weiterer Betreuer bestellt würde, gegebenenfalls eingestellt werden müssten.

### *3. Keine Zustimmungsfreiheit wegen mangelnder Justiziabilität*

Gegen eine Entscheidung des VormG lässt sich auch nicht anführen, dass es an Kriterien fehle, anhand derer das Verlangen des Beteiligten, die künstliche Ernährung des Betroffenen einzustellen, rechtlich überprüft werden könne, dass die Entscheidung des Beteiligten mithin nicht justiziabel sei.

#### *a. Medizinische Voraussetzungen zum Unterlassen lebensverlängernder Maßnahmen*

Die Frage, unter welchen medizinischen Voraussetzungen die Rechtsordnung gestattet, lebensverlängernde Maßnahmen zu unterlassen oder nicht fortzuführen, hat der BGH in einer Strafsache dahin entschieden, dass das Grundleiden des Kranken nach ärztlicher Überzeugung unumkehrbar (irreversibel)

sein und einen tödlichen Verlauf angenommen haben müsse (NJW 1995, 204).

Werde in einem solchen Fall der Tod in kurzer Zeit eintreten, so rechtfertige die unmittelbare Todesnähe es, von einer Hilfe für den Sterbenden und „Hilfe beim Sterben“, kurz von Sterbehilfe zu sprechen und dem Arzt den Abbruch lebensverlängernder Maßnahmen zu erlauben. In Fällen, in denen das Grundleiden zwar einen irreversiblen tödlichen Verlauf angenommen habe, das Merkmal der unmittelbaren Todesnähe aber nicht gegeben sei und der Sterbevorgang somit noch nicht eingesetzt habe, liege eine Sterbehilfe im eigentlichen Sinne nicht vor. Auch wenn der Abbruch lebenserhaltender Maßnahmen (auch im damals entschiedenen Fall: einer künstlichen Ernährung über eine Magensonde) unter solchen Umständen zum Teil bereits als Sterbehilfe im weiteren Sinne oder als „Hilfe zum Sterben“ bezeichnet werde und bei entsprechendem Patientenwillen als Ausdruck der allgemeinen Entscheidungsfreiheit und des Rechts auf körperliche Unversehrtheit grundsätzlich anzuerkennen sei, seien doch an die Annahme des mutmaßlichen Willens erhöhte Anforderungen insbesondere im Vergleich zur eigentlichen Sterbehilfe zu stellen.

Diese objektive Eingrenzung zulässiger Sterbehilfe ist auch für das Zivilrecht verbindlich; denn die Zivilrechtsordnung kann nicht erlauben, was das Strafrecht verbietet. Aus ihr folgt, dass für das Verlangen des Betreuers, eine medizinische Behandlung einzustellen, kein Raum ist, wenn das Grundleiden des Betroffenen noch keinen irreversiblen tödlichen Verlauf angenommen hat und durch die Maßnahme das Leben des Betroffenen verlängert oder erhalten wird. Richtig ist zwar, dass der Arzt das Selbstbestimmungsrecht des einwilligungsfähigen Patienten zu achten hat und deshalb keine — auch keine lebenserhaltenden — Maßnahmen gegen dessen Willen vornehmen darf (vgl. etwa Taupitz, A 19ff.). Die Entscheidungsmacht des Betreuers ist jedoch mit der aus dem Selbstbestimmungsrecht folgenden Entscheidungsmacht des einwilligungsfähigen Patienten nicht deckungsgleich, sondern als gesetzliche Vertretungsmacht an rechtliche Vorgaben gebunden; nur soweit sie sich im Rahmen dieser Bindung hält, kann sie sich gegenüber der Verpflichtung des Arztes, das Leben des Patienten zu erhalten, durchsetzen. Das bedeutet: Die medizinischen Voraussetzungen, unter denen das Recht eine vom gesetzlichen Vertreter konsenterte Sterbehilfe (auch im weiteren Sinne) gestattet, binden den Arzt ebenso wie den gesetzlichen Vertreter. Liegen sie nicht vor, ist die Sterbehilfe rechtswidrig; sie wird nicht dadurch rechtmäßig, dass der gesetzliche Vertreter in sie — und sei es auch mit Billigung des VormG — einwilligt. Des-

halb ist die Verweigerung der Einwilligung hier insoweit ebenso irrelevant wie eine etwaige Billigung dieser Verweigerung durch das VormG. Daraus lässt sich indes nicht herleiten, dass das Verlangen des Beteiligten, die künstliche Ernährung des Betroffenen einzustellen, jedenfalls insoweit einer vormundschaftsgerichtlichen Überprüfung entzogen sei, als die medizinischen Voraussetzungen, unter denen ein solches Verlangen rechtlich überhaupt erst zulässig wäre, in Frage stünden. Ein vormundschaftsgerichtliches Verfahren böte vielmehr — im Gegenteil — die Möglichkeit, verantwortlich zu prüfen, ob der rechtliche Rahmen für das Verlangen des Beteiligten überhaupt eröffnet ist. Dies wäre immer dann zu verneinen, wenn eine letzte Sicherheit, dass die Krankheit des Betroffenen einen irreversiblen und tödlichen Verlauf angenommen habe, nicht zu gewinnen wäre.

#### *b. Tatsächliche / Mutmaßliche Einwilligung des Patienten in den Behandlungsabbruch*

Der BGH hat in seinem Urteil vom 13. 9. 1994 (NJW 1995, 204) das Unterlassen oder den Abbruch lebensverlängernder oder lebenserhaltender Maßnahmen — bei Vorliegen der medizinischen Voraussetzungen — allerdings nur dann als rechtmäßig erachtet, wenn das Unterlassen oder der Abbruch der Maßnahmen dem - im entschiedenen Fall: mutmaßlichen - Willen des Patienten entspricht. Diese Ausrichtung auf den Willen des Betroffenen korrespondiert mit den Vorgaben, die auch § 1901 BGB für das Betreuerhandeln normiert. Maßgebend sind nach § 1901 III 1, 2 BGB die - auch früher geäußerten (§ 1901 III 2 Halbs. 1 BGB) - Wünsche des Betroffenen, sofern sie sich feststellen lassen, nicht durch entgegenstehende Bekundungen widerrufen sind (§ 1901 III 2 Halbs. 2 BGB) und dem Wohl des Betreuten nicht zuwiderlaufen (§ 1901 III 1 Halbs. 2 BGB). Das Wohl des Betreuten ist dabei nicht nur objektiv, sondern — im Grundsatz sogar vorrangig (Schwab, in: MünchKomm, § 1901 Rdnr. 14) — subjektiv zu verstehen; denn „zum Wohl des Betreuten gehört auch die Möglichkeit, ... sein Leben nach seinen eigenen Vorstellungen und Wünschen zu gestalten“ (§ 1901 II 2 BGB). Nichts anderes gilt, wenn sich — auf die vorliegende Situation bezogene — Wünsche des Betroffenen nicht feststellen lassen: Dann hat sich der Betreuer nach § 1901 II 1 BGB am „Wohl des Betreuten“ zu orientieren, dies aber nach § 1901 II 2 BGB aus der Sicht des Betreuten — das heißt nach dessen Lebensentscheidungen, Wertvorstellungen und Überzeugungen — zu bestimmen (vgl. zum Ganzen G. Fischer, in: Festschr. f. Deutsch, 1999, 5. 545 [548 ff., 555]; Fröschle, JZ 2000, 76; einschränkend Taupitz, A 41: „objektive

Interessenabwägung mit „subjektivem Korrekturvorbehalt“; in diese Richtung auch Lipp, S. 48 f.); man kann insoweit von einem (individuell-)mutmaßlichen Willen des Betroffenen sprechen (kritisch zu dieser Rechtsfigur Höfling, JuS 2000, 111 [116]). Allerdings kommt die Berücksichtigung eines solchen (individuell-)mutmaßlichen Willens nur hilfsweise in Betracht, wenn und soweit nämlich eine in einwilligungsfähigem Zustand getroffene „antizipative“ Willensbekundung des Betroffenen — mag sie sich als Einwilligung in oder als Veto gegen eine bestimmte medizinische Behandlung darstellen — nicht zu ermitteln ist. Liegt eine solche Willensäußerung, etwa — wie hier — in Form einer so genannten „Patientenverfügung“, vor, bindet sie als Ausdruck des fortwirkenden Selbstbestimmungsrechts, aber auch der Selbstverantwortung des Betroffenen den Betreuer; denn schon die Würde des Betroffenen (Art. 1 I GG) verlangt, dass eine von ihm eigenverantwortlich getroffene Entscheidung auch dann noch respektiert wird, wenn er die Fähigkeit zu eigenverantwortlichem Entscheiden inzwischen verloren hat. Die Willensbekundung des Betroffenen für oder gegen bestimmte medizinische Maßnahmen darf deshalb vom Betreuer nicht durch einen „Rückgriff auf den mutmaßlichen Willen“ des Betroffenen „korrigiert“ werden, es sei denn, dass der Betroffene sich von seiner früheren Verfügung mit erkennbarem Widerrufswillen distanziert oder die Sachlage sich nachträglich so erheblich geändert hat, dass die frühere selbstverantwortlich getroffene Entscheidung die aktuelle Sachlage nicht umfasst (Taupitz, A 41: Die in eigenverantwortlichem Zustand getroffene Entscheidung dürfe nicht „unter spekulativer Berufung darauf unterlaufen werden ..., dass der Patient vielleicht in der konkreten Situation doch etwas anderes gewollt hätte“; vgl. auch A 106 ff.). Auch wenn der Beteiligte somit strikt an den wirklichen und (nur) hilfsweise an den mutmaßlichen Willen des Betroffenen gebunden ist, so spricht dies ebenfalls nicht gegen die Möglichkeit, das Verlangen des Beteiligten, die künstliche Ernährung des Betroffenen einzustellen, einer vormundschaftsgerichtlichen Kontrolle zu unterziehen. Ein vormundschaftsgerichtliches Verfahren böte nicht nur den Rahmen für eine Prüfung, ob der Beteiligte den Willen des Betroffenen mit der Vorlage der von diesem getroffenen Verfügung erschöpfend ermittelt hat oder ob die Umstände des Einzelfalls weitere Erkundungen geboten erscheinen lassen. Sie eröffnete auch die Möglichkeit, für alle Beteiligten verbindlich festzustellen, dass die vom Beteiligten gewünschte Einstellung der Behandlung in der nunmehr vorliegenden Situation dem in der Verfügung zum Ausdruck gelangten Willen des Betroffenen entspricht (vgl. etwa

G. Fischer in: Medicus et al., SchadensR, ArztR u. a., 2001, S. 37, 50).

*c. Rückgriff auf allgemeine Wertvorstellungen bei mangelnder Feststellbarkeit eines entsprechenden Patientenwillen*

Keiner Entscheidung bedarf die Frage, ob und unter welchen Gegebenheiten ein Betreuer seine Einwilligung in eine lebensverlängernde oder -erhaltende Weiterbehandlung des Betroffenen verweigern darf, wenn zwar die medizinischen Voraussetzungen für eine zulässige Hilfe beim oder auch zum Sterben vorliegen, Wünsche des Betroffenen aber nicht geäußert oder nicht ersichtlich sind und sich auch bei der gebotenen sorgfältigen Prüfung konkrete Umstände für die Feststellung des individuellen mutmaßlichen Willens des Betroffenen nicht finden lassen. In einem solchen Fall soll nach der zitierten Entscheidung des BGH (NJW 1995, 205) auf Kriterien zurückgegriffen werden, die allgemeinen Wertvorstellungen entsprechen. Diese Auffassung ist auf — zum Teil sehr engagierte — Kritik (vgl. etwa Dörner, ZRP 1996, 93 [95 f.]; Laufs, NJW 1998, 3399 [3400]) gestoßen, die sich das vorliegende OLG zu Eigen macht und deren sachliche Berechtigung hier nicht im Einzelnen zu erörtern ist. Die Diskussion um die Zulässigkeit und die Grenzen der Hilfe im oder auch zum Sterben wird gerade durch das Fehlen verbindlicher oder doch allgemeiner Wertmaßstäbe geprägt (Taupitz, A 38, allerdings mit dem Versuch einer „objektiven“ Interessenabwägung A 41 ff., A 46ff.; Knittel, Betreuungsg, § 1904 BGB Anm. 9 f.). Auch die Verfassung bietet keine sichere Handhabe, die im Widerstreit der Schutzgüter von Leben und Menschenwürde eine dem jeweiligen Einzelfall gerecht werdende, rechtlich verlässliche und vom subjektiven Vorverständnis des Beurteilers unabhängige Orientierung ermöglicht (vgl. etwa Hufen, NJW 2001, 850). Soweit vor diesem Hintergrund für ein von keinem nachgewiesenen (wirklichen oder mutmaßlichen) Willen des Betroffenen getragenes Verlangen des Betreuers nach Abbruch lebenserhaltender Maßnahmen überhaupt Raum bleibt (verneinend OLG Düsseldorf, FamRZ 2000, 1556 [1557]; OLG Karlsruhe, NJW 2002, 685 = FamRZ 2002, 492; OLG Frankfurt a.M., NJW 1998, 2747 = FamRZ 1998, 1137 [1138]; NJW 2002, 685 = FamRZ 2002, 575 [577]), böte sich als Richtschnur möglicherweise ein Verständnis des Wohls des Betroffenen an, das einerseits eine ärztlich für sinnvoll erachtete lebenserhaltende Behandlung gebietet, andererseits aber nicht jede medizinisch-technisch mögliche Maßnahme verlangt. Ein solches, einem objektiv zu mutmaßenden Willen des Betroffenen angenähertes Verständnis (in diese Richtung Lipp, S. 48 f.; vgl. aus

medizinischer Sicht auch Schöne-Seifert, Verhandlungen des 63. DJT 2000, Referat K 41, 48 mit der Forderung, „Behandlungsstandards“ — unter Offenlegung ihrer notwendigen ethischen Prämissen — zu entwickeln) böte jedenfalls einen zumindest objektivierbaren Maßstab, der — außerhalb der Spannweite einer immer möglichen Divergenz in der ärztlichen Indikation — für die Betreuerentscheidung auch in diesem vom Willen des Betroffenen nicht determinierten Grenzbereich menschlichen Lebens eine vormundschaftsgerichtliche Nachprüfung eröffnet.

#### 4. Keine vormundschaftsgerichtliche Überprüfung gem. § 1904 BGB (analog)

Das OLG hat allerdings mit Recht angenommen, dass § 1904 BGB für eine vormundschaftsgerichtliche Überprüfung des Verlangens des Beteiligten, die künstliche Ernährung des Betroffenen einzustellen, keine Rechtsgrundlage hergibt. Auch eine analoge Anwendung dieser Einzelschrift kann, worauf das OLG zutreffend hinweist, für sich genommen eine solche Aufgabenzuweisung an das VormG schwerlich begründen. So lässt sich bereits bezweifeln, ob die Vorschriften des Betreuungsrechts, in denen einzelne Handlungen des Betreuers einem Genehmigungsvorbehalt unterstellt werden, ein geschlossenes gedankliches System darstellen, das es erlaubt, — andere, von der legislativen Problemerkennung nicht aufgegriffene Konfliktsituationen als eine „planwidrige“ Unvollständigkeit (vgl. Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., 5. 196 f.: „Gesetzeslücke im engeren Sinn“) zu verstehen. Jedenfalls ist § 1904 BGB für sich genommen nicht geeignet, im Wege analoger Anwendung Entscheidungen des Betreuers gegen eine lebensverlängernde oder -erhaltende medizinische Behandlung dem Erfordernis einer vormundschaftsgerichtlichen Prüfung zu unterziehen. Zum einen fehlt insoweit bereits die Gleichheit der Problemlage: Der Schutz eines heilungsfähigen Patienten vor dem Einsatz riskanter medizinischer Mittel ist etwas völlig anderes als die medizinische Versorgung eines tödlich und unheilbar erkrankten Menschen (Schwab, in: Festschr. f. Henrich, 2000, S. 511 [524]; ders., in: MünchKomm, § 1904 Rdnr. 38). § 1904 BGB will — anders ausgedrückt — dem Betroffenen Leben und Gesundheit erhalten, der geforderte Behandlungsabbruch will sein Leben gerade beenden. Beide Ziele stehen sich nicht im Verhältnis von „maius“ und „minus“ gegenüber; sie sind miteinander inkomparabel und deshalb einem „Erst recht“-Schluss nicht zugänglich (LG München I, NJW 1999, 1788). Auch eine Gesamtanalogie (Rechtsanalogie) zu den §§ 1904 bis 1907 BGB kommt nicht in Betracht. Zum einen lässt

sich diesen schon tatbestandlich ganz unterschiedlichen Genehmigungsvorbehalten kein „allgemeiner Grundsatz“ unterlegen, dessen folgerichtige Entfaltung auch Antworten auf die Frage nach der Zulässigkeit des Abbruchs einer lebenserhaltenden Behandlung bereithält. Zum anderen lässt sich diese Frage mit der in diesen Genehmigungsvorbehalten vorgesehenen Rechtsfolge auch nicht erschöpfend beantworten: Lehnt das VormG es ab, eine nach den §§ 1904 bis 1907 BGB genehmigungspflichtige Erklärung oder Maßnahme des Betreuers zu genehmigen, so ist die Erklärung unwirksam und die Maßnahme unterbleibt. Verweigert der Betreuer die notwendige Einwilligung in die lebensverlängernde oder -erhaltende Behandlung des Betreuten, so wird diese Behandlung damit allein noch nicht zulässig. Das VormG müsste, falls es nicht einen anderen Betreuer bestellt, die Einwilligung des Betreuers in die Behandlung ersetzen (vgl. Steffen, NJW 1996, 1581; Engers/Wagenitz, FamRZ 1988, 1256 [1257]). Eine solche willensersetzende Entscheidungsmacht des VormG ist dem geltenden Recht strukturell nicht fremd, aber auf eng begrenzte Tatbestände beschränkt (vgl. §§ 1810 S. 1 Halbs. 2, 1837 IV i. V. mit § 1666 III BGB, arg. e contr. § 1908 i I BGB; vgl. Staudinger/Engler, BGB, 13. Bearb., § 1837 Rdnrn. 2,47; Wagenitz, in: MünchKomm, 4. Aufl., § 1837 Rdnrn. 4ff., 35). Die §§ 1904 bis 1907 BGB bieten für sie keine Grundlage.

#### 5. Vormundschaftsgerichtliche Überprüfung kraft richterlicher Rechtsfortbildung

Die fehlende Möglichkeit einer analogen Heranziehung der §§ 1904 bis 1907 BGB schließt freilich die Befugnis des Senats nicht aus, für die verweigerte Einwilligung des Betreuers in eine lebensverlängernde -oder -erhaltende Behandlung oder Weiterbehandlung eines nicht einwilligungsfähigen Betroffenen im Wege einer Fortbildung des Betreuungsrechts eine vormundschaftsgerichtliche Prüfungszuständigkeit zu eröffnen. Die Fortbildung des Rechts ist eine Pflicht der obersten Gerichtshöfe des Bundes und wird ständig geübt (grundlegend BVerfGE 34, 269 [287ff.]; BGHZ 3, 308 [315] = NJW 1952,463; zu den Voraussetzungen im Einzelnen Larenz, Methodenlehre, 6. Aufl., S. 366ff., insb. S. 413 ff.; Larenz/Canaris, S. 187ff., insb. 5. 232 ff.). Sie ergibt sich vorliegend aus einer Gesamtschau des Betreuungsrechts und dem unabweisbaren Bedürfnis, mit den Instrumenten dieses Rechts auch auf Fragen im Grenzbereich menschlichen Lebens und Sterbens für alle Beteiligten rechtlich verantwortbare Antworten zu finden.

##### a. Kein Vorrang des geregelten Betreuungsrechts

Der Vorrang des Gesetzes hindert eine, solche Rechtsfortbildung nicht (dazu allgemein etwa BVerfGE 96, 56 [62] = NJW 1997, 1769). Zwar ist richtig, dass der Gesetzgeber des Betreuungsgesetzes — wie sich aus dessen Materialien ergibt — dem Wunsch eines nicht einwilligungsfähigen Betreuten auch insoweit Beachtung zuerkennen wollte, als „dieser darauf gerichtet ist, in der letzten Lebensphase nicht sämtliche denkbaren lebens-, aber auch schmerzverlängernden medizinischen Möglichkeiten einzusetzen“ (BT-Dr 11/4528, S. 128). Richtig ist auch, dass der Gesetzgeber ein Verhalten des Betreuers, das auf Durchsetzung eines solchen Wunsches gerichtet ist, keinem Genehmigungsvorbehalt unterworfen hat. Daraus lässt sich jedoch nicht auf ein „beredtes Schweigen“ des Gesetzes schließen, das es verbieten könnte, im Wege der Rechtsfortbildung die unterlassene Einwilligung des Betreuers in lebensverlängernde oder -erhaltende Maßnahmen einer vormundschaftsgerichtlichen Kontrolle zu unterwerfen. Zum einen lassen die in den §§ 1904 bis 1907 BGB aufgegriffenen Konfliktsituationen kein geschlossenes Konzept erkennen, das einer rechtsfortbildenden Erweiterung nicht zugänglich wäre; zum andern ist — wie ausgeführt — der in diesen Vorschriften normierte Genehmigungsvorbehalt schon strukturell nicht geeignet, die Frage nach der Zulässigkeit des Abbruchs einer lebenserhaltenden Behandlung einer erschöpfenden Regelung zuzuführen; aus der Nichter Streckung der im Gesetz vorgesehenen Genehmigungserfordernisse auf diese Frage lässt sich deshalb nicht schließen, der Gesetzgeber habe diese Frage generell einer vormundschaftsgerichtlichen Überprüfung entziehen wollen. Auch die weitere Entwicklung des Betreuungsrechts rechtfertigt einen solchen Schluss nicht. Das Betreuungsrechtsänderungsgesetz vom 25. 6. 1998 (BGB I, 1580) verhält sich zur Frage eines Genehmigungserfordernisses nicht; das war nach der vorrangig auf eine Neuordnung des Rechts der Betreuervergütung gerichteten Zielsetzung dieses Gesetzes allerdings auch nicht anders zu erwarten (Knieper, NJW 1998, 2720 [2721]). Auch für die Folgezeit lässt sich das Schweigen des Gesetzgebers nicht als eine legislative Entscheidung gegen eine vormundschaftsgerichtliche Prüfungszuständigkeit für das Verlangen des Betreuers nach Abbruch lebenserhaltender Maßnahmen deuten. Die Bundesregierung sah, wie auch ihre Antwort auf die Anfrage des Abgeordneten Hüppe belegt, keinen unmittelbaren Handlungsbedarf: Danach wirft die Entscheidung des OLG „nicht nur tief greifende juristisch-ethische Fragen, sondern auch vielfältige forensisch-praktische Fragen auf, die einer gründlichen Aufarbeitung bedürfen, bevor die Frage nach der Notwendigkeit einer gesetzgeberischen

Maßnahme ... beantwortet werden kann“ (BT-Dr 13/11 345, Frage Nr. 14 S. 11). Die höchstrichterliche Rechtsprechung ist berufen, hierzu ihren Beitrag zu leisten und damit zugleich mögliche Wege für die vielfach geforderte (vgl. etwa Vormundschaftsgerichtstag e. V., BTPrax 1998, 161 [162]; Taupitz, A 92; Schefen, ZRP 2000, 313 [316f.]; Hufen, NJW 2001, 857) und auch nach Auffassung des Senats wünschenswerte gesetzliche Regelung aufzuzeigen.

#### *b. Keine Beschränkung des Grundsatzes des Gesetzesvorbehalts*

Der Gesetzesvorbehalt des Art. 2 II 3 GG steht einer solchen Rechtsfortbildung nicht entgegen (so aber wohl Vormundschaftsgerichtstag e. V., BTPrax 1998, 161 [162]; Jürgens, BTPrax 1998, 159 [160]; Alberts, NJW 1999, 835 [836]). Denn durch die Prüfungszuständigkeit des VormG wird nicht in die Rechte des Betroffenen auf Leben und körperliche Unversehrtheit eingegriffen, der Vormundschaftsrichter — entgegen einer gelegentlich gebrauchten plakativen Formulierung — also nicht zum „Herrn über Leben und Tod“ ernannt (so aber AG Hanau, BTPrax 1997, 82 [83]; Deichmann, MDR 1995, 983 [984]; mit Recht kritisch Verrel, JR 1999, 5 [6]). Vielmehr werden — im Gegenteil — die Grundrechte des Betroffenen geschützt, indem die Entscheidung des Betreuers, nicht in eine lebensverlängernde oder -erhaltende Behandlung oder Weiterbehandlung des Betroffenen einzuwilligen, einer gerichtlichen Kontrolle unterzogen und dabei auf ihre Übereinstimmung mit dem Willen des Betroffenen — als Ausfluss seiner fortwirkenden Selbstbestimmung und Selbstverantwortung — überprüft wird (OLG Karlsruhe, NJW 2002, 685 = FamRZ 2002, 488 [490]).

#### *c. Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung*

Eine im Wege der Fortbildung des Betreuungsrechts zu begründende Prüfungszuständigkeit des VormG findet ihre natürliche Grenze dort, wo der Regelungsbereich des Betreuungsrechts, dessen Handhabung den Vormundschaftsgerichten anvertraut ist, endet. Das Betreuungsrecht regelt, soweit medizinische Maßnahmen für den Betroffenen in Frage stehen, zwar nicht nur das Verhältnis des Betreuers zum Betroffenen; es schreibt auch vor, inwieweit der Betreuer die dem Betroffenen zustehenden Rechte gegenüber Ärzten oder Pflegekräften wahrnehmen kann. Der Umfang dieser Rechte selbst ist jedoch nicht Gegenstand des Betreuungsrechts und deshalb von vornherein einer isolierten vormundschaftsgerichtlichen Überprüfung entzogen. Daraus ergibt sich, dass auch die Frage, welche lebensverlängernden oder -erhaltenden Maßnahmen der Betroffene beanspruchen und

der Betreuer folglich als sein gesetzlicher Vertreter für ihn einfordern kann, nicht vom Betreuungsrecht zu beantworten ist. Auch dem Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen lässt sich eine Antwort nicht entziehen; denn dieses Recht lässt sich nur, als Abwehrrecht gegen, nicht aber als Anspruch auf eine bestimmte Behandlung begreifen (Taupitz, A 23; Verrel, JZ 1996, 224 [226]; einschränkend Lilie, in: Festschr. f. Steffen, 1995, 5. 273 [276]). Im Grundsatz gesichert erscheint, dass der Arzt — gestützt auf sein Grundrecht der Berufsfreiheit und seine allgemeine Handlungsfreiheit — jedenfalls solche Maßnahmen verweigern kann, für die keine medizinische Indikation besteht (Taupitz, A 23 f. m. w. Nachw.). Die medizinische Indikation, verstanden als das fachliche Urteil über den Wert oder Unwert einer medizinischen Behandlungsmethode in ihrer Anwendung auf den konkreten Fall (Opderbecke, MedR 1985, 23 [25]), begrenzt insoweit den Inhalt des ärztlichen Heilauftrags (Taupitz, A 23ff.; vgl. auch Lilie, in: Wienke/Lippert, S. 80). Diese — im Schnittfeld naturwissenschaftlicher und medizinethischer Überlegungen nicht immer scharfe — Begrenzung (vgl. etwa die Umschreibung in den Grundsätzen der Bundesärztekammer zur ärztlichen Sterbebegleitung, NJW 1998, 3406; w. Nachw. bei Taupitz, A 23 Fußn. 4) ist dem Betreuungsrecht vorgegeben; denn die rechtliche Betreuungsbedürftigkeit eines Patienten verändert den Rahmen, in dem er ärztliche Behandlung beanspruchen kann, nicht (Taupitz, A 40; Lipp, S. 53; Opderbecke/Weißauer, MedR 1998, 395 [397]). Die Frage, ob eine lebensverlängernde oder -erhaltende Behandlung medizinisch indiziert ist und ihre Durchführung deshalb vom ärztlichen Heilauftrag geboten wird, kann deshalb für das Betreuungsrecht nur als Vorfrage — das heißt im Zusammenhang mit der dem VormG obliegenden Beurteilung eines Verhaltens des Betreuers bei der Wahrnehmung von Patienteninteressen des Betroffenen — Bedeutung erlangen. Für sich genommen — also losgelöst von der Prüfung eines derartigen Betreuerverhaltens — kann diese Frage nicht zum Gegenstand eines vormundschaftsgerichtlichen Verfahrens erhoben werden.

#### *D. Quintessenz*

Für das Betreuungsrecht kann der Inhalt des ärztlichen Heilauftrags und das aus ihm resultierende Behandlungsangebot danach allerdings mittelbar relevant werden, und zwar in zweifacher Hinsicht:

Für eine Einwilligung des Betreuers in eine lebensverlängernde oder -erhaltende Behandlung ist von vornherein kein Raum, wenn ärztlicherseits eine solche Behandlung nicht angeboten wird — sei es,

dass sie nach Auffassung der behandelnden Ärzte von vornherein nicht indiziert, sinnlos geworden oder aus sonstigen Gründen nicht möglich ist (Lipp, 5. 52 f.). Das Unterlassen (erst recht die Weigerung) des Betreuers, in eine lebensverlängernde oder -erhaltende Behandlung einzuwilligen, ist — wie einleitend dargelegt — zwar tauglicher Gegenstand einer vormundschaftsgerichtlichen Kontrolle, setzt aber notwendig ein entsprechendes ärztliches Behandlungsangebot voraus. Fehlt es an einem solchen Angebot, kommt eine vormundschaftsgerichtliche Prüfung allenfalls insoweit in Betracht, als die Pflicht des Betreuers in Frage steht, in Wahrnehmung der Interessen des Betroffenen die Erfüllung des ärztlichen Heilauftrags durch die Einforderung bestimmter lebensverlängernder oder -erhaltender Behandlungen durchzusetzen. Die Frage, welche Möglichkeiten dem VormG hier zur Verfügung stehen, den Betreuer zur Erfüllung dieser Pflicht anzuhalten, beantwortet sich aus der Aufsichtspflicht des VormG (§ 1908 i. V. mit §§ 1837, 1908 b BGB). Sie bedarf hier keiner vertiefenden Erörterung; denn ein solcher Fall liegt hier ersichtlich nicht vor. Nur soweit ärztlicherseits eine lebensverlängernde oder -erhaltende Behandlung angeboten wird, ist eine Einwilligung des Betreuers als des gesetzlichen Vertreters des einwilligungsunfähigen Patienten überhaupt erforderlich. Ein Unterlassen (erst recht eine Verweigerung) der Einwilligung in die angebotene Behandlung wird — nach der im Wege der Rechtsfortbildung gewonnenen Auffassung des Senats — jedoch nur mit Zustimmung des VormG wirksam. Eine lebensverlängernde oder -erhaltende Behandlung des einwilligungsunfähigen Patienten ist bei medizinischer Indikation deshalb auch ohne die Einwilligung des Betreuers zunächst — bis zu einer Entscheidung des VormG — durchzuführen oder fortzusetzen. Das VormG hat das Verhalten des Betreuers anhand der oben aufgeführten Kriterien auf seine Rechtmäßigkeit hin zu überprüfen; es trifft also keine eigene Entscheidung gegen lebensverlängernde oder -erhaltende Maßnahmen (vgl. Taupitz, A 85 und Fußn. 410 mit rechtsvergleichenden Hinweisen; Lipp, S. 52). Das VormG muss der Entscheidung des Betreuers gegen eine solche Behandlung zustimmen, wenn feststeht, dass die Krankheit des Betroffenen einen irreversiblen tödlichen Verlauf genommen hat und die ärztlicherseits angebotene Behandlung dem früher erklärten und fortgeltenden Willen des Betroffenen, hilfsweise dessen (individuell-)mutmaßlichen Willen widerspricht. Die Frage, ob das VormG der Entscheidung des Betreuers gegen eine solche Behandlung auch dann zustimmen darf, wenn sich ein entsprechender wirklicher oder mutmaßlicher Wille trotz erschöpfender Nachforschungen des Betreuers nicht

feststellen lässt, wird namentlich dann praktisch, wenn das VormG zu einer Beurteilung der medizinischen Indikation gelangt, die von der — diese Indikation bejahenden — Bewertung des behandelnden Arztes abweicht; diese Frage kann, wie ausgeführt, hier offen bleiben. Stimmt das VormG der eine Behandlung oder Weiterbehandlung ablehnenden Entscheidung des Betreuers zu, ist dessen Einwilligung nicht länger entbehrlich und die Nichterteilung dieser Einwilligung wirksam. Verweigert das VormG dagegen seine Zustimmung, so gilt damit zugleich die Einwilligung des Betreuers in die angebotene Behandlung oder Weiterbehandlung des Betroffenen als ersetzt. Das vormundschaftsgerichtliche Verfahren ist dem Richter vorbehalten (ebenso § 14 I Nr. 4 RpfLG). § 69 d I, II FGG findet eine entsprechende, den Besonderheiten des Regelungsgegenstands Rechnung tragende Anwendung. So hat sich der Vormundschaftsrichter vom Zustand des Betroffenen einen persönlichen Eindruck zu verschaffen (vgl. § 69 d I 2 FGG). Auch wird er auf die Einholung eines zusätzlichen, von einem anderen als dem behandelnden Arzt erstellten Sachverständigengutachtens (vgl. § 69 d II FGG) im Regelfall nicht verzichten können, wenn die medizinischen Voraussetzungen für die Forderung des Betreuers, die Behandlung einzustellen, nicht durch eine neuere, den Anforderungen an ein Sachverständigengutachten genügende ärztliche Stellungnahme belegt sind (vgl. dazu näher OLG Karlsruhe, NJW 2002, 685 = FamRZ 2002, 488 [492]) oder wenn er — in Abweichung von der Beurteilung des behandelnden Arztes — die medizinische Indikation der ärztlicherseits angebotenen Behandlung verneinen will.

Mit diesem Zustimmungserfordernis wird dem Schutz des Betroffenen in seinen Grundrechten auf Leben, Selbstbestimmung und Menschenwürde in ausgewogener Weise Rechnung getragen (Taupitz, A 84; Lipp, S. 52; Saliger, JuS 1999, 16 [20]). Zugleich zielt dieses Erfordernis auf Schutz und Fürsorge für den Betreuer: Indem das Betreuungsrecht dem Betreuer unter Umständen eine Entscheidung gegen eine lebensverlängernde oder -erhaltende Behandlung des Betroffenen abverlangt, bürdet es ihm eine Last auf, die allein zu tragen dem Betreuer nicht zugemutet werden kann (LG Duisburg, NJW 1999, 2744). Da das Recht vom Einzelnen nichts Unzumutbares verlangen kann, erscheint es dem Senat zwingend geboten, den Betreuer durch das vormundschaftsgerichtliche Prüfungsverfahren zu entlasten. Dieses Verfahren bietet einen justizförmigen Rahmen, innerhalb dessen die rechtlichen — auch strafrechtlichen — Grenzen des Betreuerhandelns geklärt und der wirkliche oder mutmaßliche Wille des Betroffenen — im Rahmen des Möglichen umfas-

send — ermittelt werden kann (OLG Karlsruhe, NJW 2002, 685 = FamRZ 2002, 488 [490]; Knittel, § 1904 BGB Anm. 9 f.). Das Prüfungsverfahren vermittelt der Entscheidung des Betreuers damit eine Legitimität, die geeignet ist, den Betreuer subjektiv zu entlasten sowie seine Entscheidung objektiv anderen Beteiligten zu vermitteln (Taupitz, A 82 f.) und die ihn zudem vor dem Risiko einer abweichenden strafrechtlichen ex-post-Beurteilung schützt (OLG Karlsruhe, NJW 2002, 685 = FamRZ 2002, 488 [490]; Fröschle, JZ 2002, 79; Saliger, JuS 1999, 21). Die Beschränkung des Prüfungsvorbehalts auf Fälle, in denen eine lebensverlängernde oder -erhaltende Behandlung des Betroffenen medizinisch indiziert ist oder jedenfalls ärztlicherseits angeboten wird, der Betreuer aber in die angebotene Behandlung nicht einwilligt, stellt schließlich sicher, dass die Vormundschaftsgerichte nur in Konfliktlagen angerufen werden können; damit wird vermieden, dass die Vormundschaftsgerichte generell zur Kontrolle über ärztliches Verhalten am Ende des Lebens berufen und dadurch mit einer Aufgabe bedacht werden, die ihnen nach ihrer Funktion im Rechtssystem nicht zukommt, nicht ohne weiteres auf Fälle der Betreuung einwilligungsunfähiger Patienten beschränkt werden könnte und wohl auch sonst ihre Möglichkeiten weit überfordern würde.

#### *D. Kein Widerspruch zur Strafrechtsrechtsprechung des BGH*

Der Senat sieht sich an seiner Auffassung durch das Urteil des BGH vom 13. 9. 1994 (NJW 1995, 204) nicht gehindert.

In dieser Entscheidung hat der 1. Strafsenat des BGH die Einstellung der künstlichen Ernährung der Patientin, die seit Jahren infolge einer irreversiblen Hirnschädigung zu einer eigenen Entscheidung nicht mehr in der Lage war, für die deshalb deren Sohn zum Pfleger mit dem Aufgabenkreis „Zuführung zu ärztlicher Behandlung“ bestellt worden war und deren Grundleiden einen tödlichen Verlauf angenommen hatte, für rechtswidrig erachtet, weil für die Annahme einer mutmaßlichen Einwilligung der Patientin hinreichend sichere Anhaltspunkte gefehlt hätten und die Zustimmung des Pflegers zur Einstellung der künstlichen Ernährung schon mangels einer Genehmigung des VormG unwirksam gewesen sei. § 1904 BGB sei nach seinem Sinn und Zweck in Fällen der Sterbehilfe jedenfalls dann — erst recht — entsprechend anzuwenden, wenn eine ärztliche Maßnahme in der Beendigung einer bisher durchgeführten lebenserhaltenden Behandlung bestehe und der Sterbevorgang noch nicht unmittelbar eingesetzt habe. Wenn schon bestimmte Heileingriffe wegen ihrer Gefährlichkeit der alleinigen Entscheidungsbefugnis des

Betreuers entzogen seien, dann müsse dies umso mehr für Maßnahmen gelten, die eine ärztliche Behandlung beenden sollten und mit Sicherheit binnen kurzem zum Tode des Kranken führten.

Diese — von der dargelegten Rechtsmeinung des erkennenden Senats unterschiedliche — Sicht des § 1904 BGB begründet indes keine Abweichung i. S. des § 132 II, III 1 GVG, die zu einer Anfrage an den 1. Strafsenat Anlass geben und, falls dieser an seiner Auffassung festhielte, eine Vorlage an die Vereinigten Großen Senate erfordern würde; denn der Unterschied zwischen beiden Auffassungen ist für die Entscheidung des vorliegenden Falls nicht erheblich. § 132 GVG räumt den Vereinigten Großen Senaten die Befugnis zur Beantwortung streitiger oder grundsätzlich bedeutsamer Rechtsfragen nur ein, soweit deren Beantwortung für die Entscheidung des konkreten Falls nach Auffassung des vorlegenden Senats erforderlich wird. Diese Beschränkung ergibt sich mittelbar aus § 138 I 3 GVG, der die Bindungswirkung der Entscheidung auf die vorgelegte Sache bezieht. Sie entspricht im Übrigen auch dem Verständnis, das der BGH dem Begriff der Entscheidungserheblichkeit für die Zulässigkeit der Vorlagen anderer Gerichte — etwa, wie im vorliegenden Fall, nach § 28 II FG — beimisst; danach muss sich, wie anfangs ausgeführt, aus dem Vorlagebeschluss ergeben, dass es vom Standpunkt des vorlegenden Gerichts aus auf die Vorlagefrage ankommt, das vorlegende Gericht also bei Befolgung der abweichenden Ansicht zu einem anderen Ergebnis gelangen würde (BGHZ 121, 305 [308] = NJW 1993, 2241; ebenso BGHZ 82, 34 [36f.] = NJW 1982, 517; BGHZ 112, 127 [129] = NJW 1990, 3081; BGHZ 117, 217 [221] = NJW 1992, 1386). Für eine Vorlage nach § 132 II GVG kann — wovon auch die Vereinigten Großen Senate ausgehen (BGHZ 126, 63 [71 f.] = NJW 1994, 1735, unter Bezugnahme auf BGHZ 88, 353 [357]; BGHZ 112, 127 [129] = NJW 1990,

8081; BGHZ 117, 217 [221] = NJW 1992, 1386) — nichts anderes gelten. Daher ist es unstatthaft, den Vereinigten Großen Senaten Fragen vorzulegen, deren Beantwortung lediglich die Begründung einer Entscheidung, nicht jedoch deren Ergebnis beeinflusst (BGH, NJW 2000, 1185; Kissel, GVG, 3. Aufl., § 132 Rdnr. 20 i.V. mit § 121 Rdnr. 21; zust. Zöller/Gummer, ZPO, 23. Aufl., § 132 GVG; Albers, in: Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 61. Aufl., § 132 GVG Rdnr. 7). So liegen die Dinge hier. Auch wenn man der Auffassung des 1. Strafsenats des BGH folgte und aus § 1904 BGB herleitete, dass in Fällen der Sterbehilfe (im weiteren Sinne) die Zustimmung des Betreuers zur Einstellung der künstlichen Ernährung die Genehmigung des VormG erforderte, müsste das VormG auf den Antrag des Beteiligten hin tätig werden und prüfen, ob die Voraussetzungen vorliegen, unter denen der Beteiligte seine Einwilligung in die Beibehaltung der Magensonde und die Fortdauer der künstlichen Ernährung des Betroffenen unterlassen darf. Für das in § 132 II, III 1 GVG vorgeschriebene Verfahren ist mithin im vorliegenden Fall kein Raum.

#### *E. Ergebnis der Entscheidung: Aufhebung und Zurückverweisung*

Die Entscheidungen von AG und LG können danach nicht bestehen bleiben. Der Senat vermag in der Sache nicht abschließend zu entscheiden. VormG und BeschwGer. haben eine gerichtliche Prüfungszuständigkeit verneint und folgerichtig keine Feststellungen zu den objektiven und subjektiven Voraussetzungen getroffen, die den Beteiligten berechtigen könnten, seine Einwilligung in eine Fortführung der bisherigen Behandlung des Betroffenen nicht zu erteilen. Die Sache war daher an das AG zurückzuverweisen, damit es die notwendigen Feststellungen nachholen und auf dieser Grundlage die ihm zuerkannte Prüfungsaufgabe wahrnehmen kann.

*Strafrecht***Standort: § 249 StGB****Problem: Exzess eines Mittäters**

BGH, URTEIL VOM 20.03.2003

4 STR 527/02 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

**Problemdarstellung:**

Im vorliegenden Fall hatten die Angeklagten verabredet, dem nächsten Passanten unter Anwendung von Gewalt Geld wegzunehmen. Als sich das Opfer, ein Rentner, näherte, stürzte sich einer der Angeklagten auf dieses, schlug es und trat es. Als die anwesende Ehefrau des Opfers anfang zu schreien, liefen die Angeklagten weg. Das Landgericht hatte den schlagenden Angeklagten insofern insb. wegen versuchten Raubes und Körperverletzung verurteilt, den anderen Angeklagten jedoch nicht als Mittäter dieser Delikte angesehen. Der BGH hob diese Entscheidung auf.

**Prüfungsrelevanz:**

Vermögensdelikte, und insb. §§ 249 ff. StGB, stellen im Examen absolutes Standardwissen dar; häufig werden Probleme aus den Tatbeständen dieser Delikte mit Problemen des Allgemeinen Teils, z.B. aus dem Bereich Täterschaft und Teilnahme oder der Irrtümer, kombiniert, wie es auch in der vorliegenden Entscheidung der Fall ist.

Der BGH musste sich im vorliegenden Fall insbesondere mit den Voraussetzungen der mittäterschaftlichen Zurechnung gem. § 25 II StGB auseinandersetzen. Kennzeichnend für eine mittäterschaftliche Tatbegehung ist es, dass nicht jeder Mittäter den Tatbestand des Deliktes selbst verwirklichen muss, sondern dass Handlungen des einen Mittäters dem anderen über § 25 II StGB zugerechnet werden können. Eine Mittäterschaft setzt jedoch stets das Bestehen eines gemeinsamen Tatplanes voraus; dieser legt auch gleichzeitig die Grenzen der Zurechnung fest (OLG Düsseldorf, NJW 1987, 268; Tröndle/Fischer, § 25 Rn. 8 mwN). Nimmt ein Mittäter Handlungen vor, die nicht mehr vom gemeinsamen Tatplan gedeckt sind, so werden diese den anderen Mittätern nicht zugerechnet (sog. "Mittäterexzess"; vgl. BGHSt 36, 234; LK-Roxin, § 25 Rn. 175 mwN). Fraglich ist insofern, wann ein Mittäterexzess gegeben ist, wenn die Tat vorher nicht im Detail, sondern nur in groben Zügen geplant worden ist. Der BGH führt im vorliegenden Urteil sei-

ne bisherige Rechtsprechung - die auch der herrschenden Literatur entspricht - fort, dass es für einen gemeinsamen Tatplan einer ins einzelne gehenden Vorstellung von den Tathandlungen der anderen Mittäter nicht bedarf (BGH, NStZ 2000, 29; Tröndle/Fischer, § 25 Rn. 8 a). Deswegen haften auch alle Mittäter für solche Handlungen, mit denen nach den Umständen des Falles gewöhnlich gerechnet werden muss, die bei verständiger Würdigung eines offen gestalteten Tatplanes von diesem noch gedeckt sind oder wenn den anderen Mittätern die konkrete Handlungsweise des Ausführenden gleichgültig ist (BGH, NStZ 2001, 143; Schönke/Schröder-Cramer/Heine, § 25 Rn. 95). Im vorliegenden Fall hat der BGH eine Billigung der gewaltsamen Vorgehensweise des Handelnden durch den anderen Mittäter insb. darauf gestützt, dass dieser sich nicht von der Tat distanzierte und außerdem in anderen Fällen dieselben Mittäter auch unter Anwendung erheblicher Gewalt vorgegangen wären.

Eine weiteres Problem, mit dem der BGH sich in diesem Fall befasst, ist der Begriff des gefährlichen Werkzeugs i.S.v. § 224 I Nr. 2 StGB. Nach herrschender Meinung ist dies jeder bewegliche Gegenstand, der nach Beschaffenheit und Art seiner Verwendung geeignet ist, erhebliche Verletzungen herbeizuführen (BGH, NStZ 1987, 174; Lackner/Kühl, § 224 Rn. 5). Bei Tritten mit dem beschuhten Fuß stellt die Rechtsprechung insofern stark auf den Einzelfall ab und lässt (insb. bei schweren Schuhen wie Springstiefeln) teilweise bereits eine erhöhte allgemeine Gefährlichkeit genügen, verlangt in anderen Fällen (bei leichten Straßenschuhen oder Turnschuhen) aber gerade einen konkret gefährlichen Einsatz (vgl. den Überblick bei Tröndle/Fischer, § 224 Rn. 9 b). Deswegen wohl waren im vorliegenden Fall, in dem es um einen Turnschuh ging, dem BGH die Ausführungen des Landgerichts bzgl. der konkreten Umstände des Falles nicht ausreichend.

**Vertiefungshinweise:**

☐ Zum Mittäterexzess: BGH NStZ 1998, 511; 2000, 29; 2001, 143; Herzberg, NStZ 1999, 217; Küpper, ZStW 105, 295; Scheffler, JuS 1992, 920; Streng, JuS 1991, 910;

☐ Zum gefährlichen Werkzeug i.S.v. § 224 I Nr. 2

StGB, insb. bei Schuhen: *BGH*, NStZ 1984, 328; 1999, 616; 2000, 29; *OLG Düsseldorf*, NJW 1989, 920; *Hilgendorf*, ZStW 112, 811; *Streng*, GA 2001, 359; *Wolters*, JuS 1998, 583

#### **Kursprogramm:**

- Examenskurs: "Heimatfilme"
- Examenskurs: "Die Skizze"

#### **Leitsätze (der Redaktion):**

**1. Allein der Umstand, dass Mittäter über Schläge und Tritte als Mittel der von ihnen zum Zweck der Wegnahme ins Auge gefassten Gewalt vor der Tat nicht ausdrücklich gesprochen haben, lässt ein entsprechendes Vorgehen eines von ihnen noch nicht als Exzess erscheinen. Für ein - wenn auch stillschweigend vereinbartes - einverständliches Handeln spricht, wenn sich der nicht selbst angreifende Mittäter von den tätlichen Angriffen des anderen, die dem gemeinsamen Ziel der Beuteerlangung dienen, während der Tat in keiner Weise distanziert.**

**2. Für die Frage, ob der Schuh am Fuß als ein gefährliches Werkzeug im Sinne von § 224 I Nr. 2 StGB anzusehen ist, kommt es auf die Umstände des Einzelfalles an. Auch Turnschuhe der heute üblichen Art können durchaus geeignet sein, erhebliche Körperverletzungen herbeizuführen und somit ein gefährliches Werkzeug im Sinne dieser Vorschrift darstellen.**

#### **Sachverhalt:**

Fall II 1:

Der Angeklagte K schlug dem erheblich angetrunkenem Dietmar W. mit der Faust in das Gesicht, so dass der Geschädigte zu Boden fiel. Während er weiter mit Fäusten auf den am Boden liegenden Geschädigten einschlug, zog der Angeklagte W, vom Angeklagten K unbemerkt, aus der Gesäßtasche des Geschädigten dessen Geldbörse mit mindestens 35,- € heraus und nahm sie an sich.

Fall II 2:

Die angetrunkenen Angeklagten verabredeten, dem nächsten Passanten mittels Gewalt Geld wegzunehmen, um weitere alkoholische Getränke bezahlen zu können. "Über Schläge hatten beide nicht gesprochen".

Die Angeklagten maskierten sich und liefen zu dem 72jährigen Rentner Fritz S. und dessen Ehefrau. Der Angeklagte K schlug mit der Faust in das Gesicht des Rentners, so dass das Opfer mit dem Kopf auf die Bordsteinkante stürzte, wodurch zwei Zähne aus des-

sen Prothese herausfielen. Sodann trat er mit seinen Füßen, an denen er Turnschuhe trug, auf den Oberschenkel und in den Rücken des am Boden liegenden Geschädigten, und schlug auf ihn ein. Der Angeklagte W stand in einer Entfernung von einigen Metern "wie unbeteiligt dabei", da er erkannt hatte, dass der Angeklagte K dem Opfer weit überlegen war und deswegen "weder tatkräftige 'Hilfe' noch Ansporn benötigte, um für beide das erhoffte Geld zu erlangen". Da die Ehefrau des Geschädigten zu schreien anfang, gab der Angeklagte K, der um Entdeckung fürchtete, die weitere Tatausführung auf und entfernte sich mit dem Angeklagten W vom Tatort.

Durch die körperliche Misshandlung erlitt der Geschädigte eine Gehirnerschütterung, Risswunden in der Nasenscheidewand und an der Augenbraue, zahlreiche Blutergüsse und Prellungen. Seit der Tat leidet er an stark erhöhtem Blutdruck.

#### **Aus den Gründen:**

##### *A. Entscheidung des Landgerichts*

Das Landgericht hat die Angeklagten wegen Raubes in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung, darüber hinaus den Angeklagten K wegen versuchten Raubes in Tateinheit mit vorsätzlicher Körperverletzung und wegen eines weiteren Falles der vorsätzlichen Körperverletzung, den Angeklagten W zudem wegen versuchten Raubes und wegen Diebstahls verurteilt.

Gegen den Angeklagten W hat es eine Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr und neun Monaten verhängt. Den Angeklagten K hat das Landgericht unter Einbeziehung der Einzelstrafen aus einer rechtskräftigen Verurteilung und unter Aufrechterhaltung einer Maßregel nach § 69 a StGB zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren und sechs Monaten und zur Zahlung von Schmerzensgeld und Schadensersatz an den Nebenkläger verurteilt.

##### *B. Inhalt der Revision der Staatsanwaltschaft*

Mit ihren zu Ungunsten der Angeklagten eingelegten Revisionen beanstandet die Staatsanwaltschaft insbesondere, dass die Angeklagten im Fall II 2 der Urteilsgründe nicht des versuchten schweren Raubes gemäß §§ 250 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. c), 22, 23 Abs. 1 StGB in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung (§ 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB) schuldig gesprochen wurden; weiterhin wendet sie sich gegen die Schuld- und Strafaussprüche im Fall II 1 der Urteilsgründe und dagegen, dass die Anordnung der Unterbringung der Angeklagten in einer Entziehungsanstalt unterblieben ist. Die Rechtsmittel haben teilweise Erfolg; im übrigen

sind sie unbegründet.

### C. Zu Fall II 1

Der Strafausspruch im Fall II 1 der Urteilsgründe bezüglich des insoweit wegen Diebstahls verurteilten Angeklagten W hält [...] rechtlicher Prüfung nicht stand, weil das Landgericht das Vorliegen eines besonders schweren Falles des Diebstahls nach § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 StGB nicht erörtert hat. [...] Hier liegt es nahe, dass der Angeklagte W bei Begehung des Diebstahls die Hilflosigkeit des Geschädigten ausgenutzt hat, der sich angesichts der körperlichen Auseinandersetzung mit dem Angeklagten K gegen die Wegnahme nicht schützen konnte (vgl. BGHR StGB § 249 Abs. 1 Gewalt 3; Tröndle/ Fischer StGB 51. Aufl. § 243 Rdn. 21).

### D. Zu Fall II 2

Soweit sich die Revisionen gegen die Schuldsprüche im Fall II 2 der Urteilsgründe richten, haben sie mit der Sachrüge Erfolg; eines Eingehens auf die Verfahrensrüge bedarf es deshalb nicht.

#### I. Zur Mittäterschaft

Mit Recht beanstandet die Revisionsführerin, dass das Landgericht dem Angeklagten W die Körperverletzungshandlungen des Angeklagten K nicht zugerechnet hat.

Allein der Umstand, dass über Schläge bzw. Tritte als Mittel der von beiden Angeklagten zum

Zweck der Wegnahme ins Auge gefassten Gewalt vor der Tat nicht ausdrücklich gesprochen worden war, lässt das Vorgehen des Angeklagten K noch nicht als Exzess erscheinen. Für ein - wenn auch stillschweigend vereinbartes - einverständliches Handeln spricht vielmehr, dass sich der Angeklagte W von den tätlichen Angriffen des Mitangeklagten, die dem gemeinsamen Ziel der Beuteerlangung dienten, während der Tat in keiner Weise distanziert hat. Zudem hatte er wenige Tage vor der Tat zum Nachteil des Rentners S ein ähnlich gewaltsames Vorgehen des Angeklagten K zur Begehung eines Eigentumsdelikts genutzt (Fall II 1 der Urteilsgründe, in dem sich das Landgericht nicht vom Vorliegen eines gemeinsamen Raubentschlusses überzeugen konnte). Dies zeigt, dass schwerwiegende Tätlichkeiten des Angeklagten K im Zeitpunkt des gemeinsamen Tatentschlusses im Fall II 2 für den Angeklagten W weder überraschend noch unerwünscht waren. Schließlich hat das Landgericht nicht in seine Würdigung einbezogen, dass beide Angeklagten nur wenige Augenblicke nach dem gescheiterten Raubversuch zum Nachteil des Zeugen S nach gleichem Muster einen weiteren Raub begangen haben (Fall II

3), der wiederum mit einem Faustschlag des Angeklagten K in das Gesicht des Geschädigten begonnen und später mit Faustschlägen von beiden Angeklagten fortgesetzt wurde.

#### II. Zu § 224 I Nr. 4 StGB

Rechtsfehlerhaft hat das Landgericht daher nicht erörtert, ob sich beide Angeklagte wegen gemeinschaftlicher Begehung der gefährlichen Körperverletzung nach § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB schuldig gemacht haben. Außerdem kommt in Betracht, dass auch der Tatbestand des § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB erfüllt wurde. Nach ständiger Rechtsprechung kommt es für die Frage, ob der Schuh am Fuß als ein gefährliches Werkzeug im Sinne dieser Vorschrift anzusehen ist, auf die - in den Urteilsgründen nicht näher dargelegten - Umstände des Einzelfalles an (vgl. BGHR StGB § 223 a Abs. 1 Werkzeug 3 m.w.N.). Insbesondere hätte es Ausführungen zur Beschaffenheit des Schuhs bedurft (vgl. OLG Düsseldorf NJW 1989, 920), da auch Turnschuhe der heute üblichen Art durchaus geeignet sein können, erhebliche Körperverletzungen herbeizuführen (vgl. BGH NSTZ 1999, 616 f. m.w.N.).

#### III. Zu § 250 I Nr. 1 c StGB

Weiterhin hätte das Landgericht hinsichtlich des versuchten Raubes die Qualifikation des § 250 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. c) StGB prüfen müssen. Diese ist gegeben, wenn durch die Raubtat ein anderer in die konkrete Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung gebracht wird. Er umfasst nicht allein die Gefahren, die von Raubhandlungen generell ausgehen; vielmehr sind auch solche Gefahren einbezogen, denen das konkrete Opfer allein wegen seiner individuellen Schadensdisposition durch die Raubhandlung ausgesetzt ist (vgl. BGH NSTZ 2002, 542 f.).

Dabei können sich die Gesundheitsgefahren, die durch eine mit Gewaltausübung verbundene Raubhandlung für ein gesundes, im Vollbesitz seiner körperlichen und geistigen Kräfte befindliches Opfer begründet werden, deutlich von denjenigen unterscheiden, die durch eine vergleichbare Handlung beispielsweise für einen alten Menschen oder einen durch Krankheit oder sonstige körperliche Gebrechen geschwächten Betroffenen eintreten. Hier hätte der Tatrichter bedenken müssen, dass der Angeklagte K das 72jährige Opfer so heftig mit der Faust ins Gesicht geschlagen hat, dass dieses mit dem Kopf auf die Bordsteinkante stürzte und eine Gehirnerschütterung davontrug. Wie die Revision zu Recht beanstandet, liegt unter diesen Umständen - zumal bei einem älteren Menschen - die Gefahr schwerer Kopfverletzungen nicht fern.

*IV. Zur Unterbringung gem. § 64 StGB*

Schließlich haben die Rechtsmittel auch insoweit Erfolg, als das Landgericht nicht geprüft hat, ob die Angeklagten gemäß § 64 StGB in einer Entziehungsan-

stalt unterzubringen sind. Der Senat verweist hierzu auf die Ausführungen des Generalbundesanwaltes in seiner Antragschrift. [...]

**Standort: § 263 StGB****Problem: Vermögensschaden**

BGH, BESCHLUSS VOM 27.03.2003

5 STR 508/02 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

**Problemdarstellung:**

Der Angeklagte hatte sich den Kredit einer Bank zum Zwecke des Ankaufs eines Villengrundstücks erschwindelt, indem er zusicherte, das Grundstück vor Rückzahlung des Kredits nicht mit Grundpfandrechten Dritter zu belasten. Tatsächlich hatte er jedoch bereits zuvor einer anderen Bank die Bestellung einer Grundschuld an eben diesem Grundstück zugesagt und eine entsprechende Bestellung auch bewilligt. Das Landgericht hatte den Angeklagten insb. wg. Betrugs verurteilt. Der BGH hob das Urteil auf, da ein Vermögensschaden der getäuschten Bank nicht hinreichend festgestellt worden war.

**Prüfungsrelevanz:**

Vermögensdelikte und ganz besonders der § 263 I StGB stellen im Examen absolutes Standardwissen dar.

Problematisch war in diesem Fall das Vorliegen eines Vermögensschadens, der von § 263 I StGB zwingend vorausgesetzt wird. Ein Vermögensschaden wird von der ganz herrschenden Meinung angenommen, wenn der Gesamtwert des Vermögens des Opfers des Betruges nach der für § 263 I StGB erforderlichen Vermögensverfügung des Opfers geringer ist als vorher (BGHSt 16, 321; Schönke/Schröder-Cramer, § 263 Rn. 99 mwN). Da eine Vermögensverfügung ihrerseits stets eine unmittelbare Minderung des Vermögens des Opfers erfordert (BGHSt 14, 171; SK-Samson/Günther, § 163Rn. 66), entfällt bei Annahme einer Verfügung ein Schaden nur dann, wenn die Vermögensminderung durch die gleichzeitige Erlangung eines Äquivalents wieder ausgeglichen wird (sog. Prinzip der Gesamtsaldierung, vgl. BGH, NStZ 1994, 341; Tröndle/Fischer, § 263 Rn. 71 mwN). Bei der Gewährung eines Kredits steht der Vermögensminderung des Kreditgebers insofern grds. der Anspruch auf Rückzahlung als Äquivalent entgegen. Ein Vermögensschaden kommt - in Form der sog. "schadensgleichen" Vermögensgefährdung (vgl. zu diesem Begriff Tröndle/Fischer, § 263 Rn. 94) - dann in Betracht, wenn

konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Kreditgeber seinen Rückzahlungsanspruch nicht realisieren können (BGH, NStZ 1996, 203).

Im vorliegenden Fall hat der BGH den Feststellungen des Landgerichts das Vorliegen eines Schadens nicht entnehmen können. Im Gegensatz zum LG vermochte der BGH in der bloßen Tatsache, dass die Bank es unterließ, sich zur Sicherung ihres Kredites ein Grundpfandrecht bestellen zu lassen, keinen Vermögensschaden zu sehen, da nicht ersichtlich sei, dass die Bank hierauf einen Anspruch gehabt habe. Ansonsten könne ein Vermögensschaden nur angenommen werden, wenn das Risiko der Nichterfüllung der Darlehensschuld in Folge der Täuschung größer sei als es ohne diese gewesen wäre, was die Feststellungen des Landgerichts aber nicht ergäben.

Am Rande befasst sich der BGH noch mit § 265 b StGB und stellt fest, dass dieser Tatbestand zwar (anders als § 263 I StGB) keinen Vermögensschaden voraussetzt, jedoch bei einer Kreditvergabe an Private grds. nicht anwendbar ist, sondern nur bei einer Vergabe an Betriebe und Unternehmen i.S.v. § 265 b III Nr. 1 StGB.

**Vertiefungshinweise:**

☐ Zum Schadensbegriff des § 263 StGB, insb. beim Kreditbetrug: *BVerfG*, NStZ 1996, 203; 1998, 506; *BGH*, NStZ 1997, 32; NStZ-RR 1998, 43; *Hilgen-dorf*, JuS 1994, 466; *Jerouschk/Koch*, GA 2001, 273; *Jordan*, NJ 1998, 381; *Naucke*, StV 1985, 187; *Otto*, Jura 1983, 16; *Rengier*, JuS 2000, 644; *Seyfert*, JuS 1997, 27; *Worms*, wistra 1984, 123;

**Kursprogramm:**

☐ *Examenskurs*: "Die erschlichene Wohnungseinrichtung"

**Leitsatz (der Redaktion):**

**Erwirkt der Täter durch eine Täuschung die Auszahlung eines Darlehens, so liegt ein täuschungsbedingter Vermögensschaden der Bank nur vor, wenn sich durch die Erklärung des Angeklagten das Risiko einer Nichterfüllung der Darlehensschuld erhöht hat.**

**Sachverhalt:**

Die B V hatte, ohne sich dingliche Sicherheiten bestellen zu lassen, dem Angeklagten im September 1992 einen Kredit für den Ankauf eines Villengrundstücks in Höhe von 1 Million DM gewährt. Das Grundstück wurde von einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts erworben, die aus dem Angeklagten und der A GmbH bestand.

Der Angeklagte stellte am 24. Februar 1993 gegenüber der B V ein schriftliches Negativattest aus, in dem er wahrheitswidrig erklärte, dass er das vorher mit den Kreditmitteln der Bank erworbene Grundstück vor Rückführung des Darlehens nicht mit Grundpfandrechten zugunsten Dritter belasten werde. Tatsächlich hatte er vorher bereits der S F für eine Kreditzusage die entsprechende Bestellung einer Grundschuld zugesagt und diese dann auch am 15. März 1993 bewilligt.

**Aus den Gründen:***I. Entscheidung des Landgerichts*

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Steuerrückziehung in zwei Fällen und wegen Betrugs unter Einbeziehung einer weiteren Strafe zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren und sieben Monaten verurteilt.

Seine hiergegen gerichtete Revision führt zur Aufhebung des Urteils, soweit der Angeklagte wegen Betrugs verurteilt worden ist, wie auch im Ausspruch über die Gesamtstrafe. Im übrigen ist das Rechtsmittel aus den Gründen der Antragschrift des Generalbundesanwalts unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO.

*II. Aufhebung weg. fehlender Feststellungen bzgl. des Schadens*

Die Verurteilung wegen Betrugs hält rechtlicher Überprüfung nicht stand.

[...] Das Landgericht hat zutreffend eine Täuschungshandlung im Sinne des § 263 StGB [in der Ausstellung des Negativattests gesehen].

Ein Vermögensschaden der B V ist aufgrund der Täuschungshandlung aber nur dann entstanden, wenn sich die Vermögenssituation dadurch insgesamt verschlechtert hat. Das Landgericht sieht eine Verschlechterung der Vermögenssituation der B V darin, dass diese auf die Stellung von Grundpfandrechten verzichtet habe. Dieser Ansatz des Landgerichts begegnet schon deshalb rechtlichen Bedenken, weil nicht erkennbar ist und vom Landgericht auch nicht begründet wird, inwieweit die B V einen Anspruch auf Absicherung ihres ursprünglich ungesichert ausgereichten Darlehens

durch eine Grundschuld speziell auf diesem Villengrundstück gehabt haben soll. Selbst wenn ein solcher Anspruch bestanden hätte, ist nicht ersichtlich, wieso die B V über einen derart langen Zeitraum nicht eine Nachholung der Bestellung dinglicher Sicherheiten betrieben hat. Insofern wäre schon zu bezweifeln, ob die Täuschungshandlung für eine entsprechende Vermögensverfügung der Bank kausal geworden ist.

Bestand dagegen kein Anspruch auf die Absicherung des Kredits durch ein Grundpfandrecht, hätte das Landgericht eine Kausalitätsprüfung anstellen müssen, welche wirtschaftliche Entwicklung das Kreditengagement der B V im Falle einer wahrheitsgemäßen Erklärung des Angeklagten genommen hätte. Dies erfordert eine Prüfung, in welchem Umfang die Rückzahlung des Darlehens im Zeitpunkt der Täuschungshandlung bereits gefährdet war. Nur wenn sich durch die Erklärung des Angeklagten das Risiko einer Nichterfüllung der Darlehensschuld erhöht haben sollte, ist die Täuschungshandlung für den Eintritt des Vermögensschadens im Sinne des § 263 Abs. 1 StGB ursächlich (BGH wistra 1993, 17; 1986, 170 f.; vgl. auch BGH Beschl. vom 12. Februar 2003 – 5 StR 165/02). Zur Feststellung dieses hypothetischen Kausalverlaufes wäre zu prüfen gewesen, ob die B V das Darlehen aus wichtigem Grund hätte kündigen und welchen Betrag sie in diesem Falle hätte realisieren können.

Nur die Verschlechterung oder Gefährdung der Beitreibung der Darlehensforderung, die durch die Täuschungshandlung des Angeklagten bedingt ist, darf für die Berechnung des Vermögensschadens im Sinne des § 263 Abs. 1 StGB herangezogen werden. Dieser Betrag entspricht nicht der Summe, in deren Höhe die B V ausgefallen ist und den das Landgericht hier offenbar zugrundegelegt hat. Der betrugsbedingte Schaden kann dabei im Einzelfall sogar höher liegen, wenn der Schaden durch spätere günstige Ereignisse verringert wird.

Ein solcher Umstand, der sich dann wie die nachträgliche Aufhebung der bereits eingetretenen Gefährdungslage als Schadenswiedergutmachung ausgewirkt hätte, wäre hier der spätere Verkauf des Villengrundstücks im Januar 1994 für mehr als den doppelten Preis an B K. Andererseits kann auch die vom Landgericht nicht festgestellte Vermögenssituation des Angeklagten zum Zeitpunkt der Täuschungshandlung vom 24. Februar 1993 insgesamt so schlecht gewesen sein, dass die Täuschungshandlung sich nicht mehr zum Nachteil der Bank auswirken konnte. In diesem Fall ist der spätere, unvorhergesehen günstige Verkauf außer Betracht zu lassen.

### III. Berichtigung der Angaben des Landgerichts bzgl. der Einzelstrafen bei der Gesamtstrafenbildung

Die Aufhebung der Verurteilung wegen Betrugs mit den zugehörigen Feststellungen zieht auch die Aufhebung der höchsten Einzelfreiheitsstrafe nach sich. Der Senat kann hier jedoch ausschließen, dass die beiden Einzelfreiheitsstrafen wegen Steuerhinterziehung von der rechtsfehlerbehafteten Verurteilung wegen Betrugs beeinflusst sein könnten. Es liegt aber ein offensichtliches Fassungsversehen vor, weil das Landgericht ersichtlich die Einzelstrafen vertauscht hat. Der Senat stellt deshalb klar, dass der Angeklagte wegen Einkommensteuerhinterziehung zu einer Freiheitsstrafe von zehn Monaten und wegen Umsatzsteuerhinterziehung zu einer solchen von fünf Monaten verurteilt ist.

### IV. Hinweise an das neue Tatsachengericht

Im Hinblick auf die neue Hauptverhandlung weist der Senat auf folgendes hin:

#### 1. Zur Strafbarkeit gem. § 265 b StGB

Der neue Tatrichter wird, falls sich ein Vermögensschaden nicht nachweisen lässt, zu prüfen haben, ob ein Kreditbetrug gemäß § 265 b StGB gegeben sein könnte. Eine Strafbarkeit nach § 265 b StGB kommt auch in Betracht, wenn kein Vermögensschaden eingetreten ist.

Allerdings verlangt § 265 b Abs. 1 Satz 1 StGB, dass die Kreditgewährung für einen Betrieb oder ein Unter-

nehmen erfolgt sein muss. Dies erfordert, dass bei wirtschaftlicher Betrachtung der Kreditnehmer ein solches Unternehmen (vgl. Lenckner/Perron in Schönlke/Schröder, StGB 26. Aufl. § 265b Rdn. 26) sein muss, das – nach der Legaldefinition des § 265 b Abs. 3 Nr. 1 StGB – einen nach Art und Umfang in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb hat.

#### 2. Zur Gesamtstrafenbildung

Hinsichtlich einer neu vorzunehmenden Gesamtstrafenbildung ist der genaue Zeitpunkt der Zahlung der Geldstrafe aus der Vorverurteilung des Landgerichts Freiburg vom 13. April 1999 in Höhe von 100 Tagesstrafen festzustellen. Dabei wird der neue Tatrichter zu bedenken haben, dass der Umstand einer rechtskräftig zunächst gebildeten Gesamtstrafe gemäß § 460 StPO auch hier Beachtung finden muss. Die Geldstrafe darf bei einer Gesamtstrafenbildung jedenfalls dann nicht außer Betracht bleiben, wenn die Voraussetzungen der nachträglichen Gesamtstrafenbildung nach § 55 StGB vorgelegen haben (vgl. Meyer-Goßner, StPO 46. Aufl. § 460 Rdn. 13). Soweit die Geldstrafe dann noch vor Rechtskraft des Gesamtstrafenbeschlusses bezahlt worden sein sollte, ist diese Zahlung auf die Gesamtfreiheitsstrafe anzurechnen (§ 51 Abs. 2 und Abs. 4 Satz 1 StGB). Eine solche Anrechnung ist aber nicht Sache des Gerichts, sondern der Strafvollstreckungsbehörde (vgl. BGHSt 21, 186; RG GA Bd. 47, 296).

## Standort: § 100 a StPO

## Problem: Verwertung von "Raumgesprächen"

BGH, URTEIL VOM 14.03.2003

2 STR 341/02 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

### Problemdarstellung:

Das Landgericht hatte die Angeklagten wegen Verabredung zum Verbrechen des schweren Raubes bzw. der schweren räuberischen Erpressung verurteilt, weil es davon ausgegangen war, dass diese vorhatten, unter Einsatz von Schusswaffen ein Lokal zu überfallen, in dem ein illegales Würfelspiel stattfinden sollte. Entscheidendes Beweismittel war hierbei die Aufzeichnung eines Gesprächs zwischen den Angeklagten gewesen. Hierzu war es gekommen, da das Mobiltelefon eines der Angeklagten abgehört wurde. Dieser hatte versucht, einen Informanten anzurufen, aber nur dessen Mailbox erreicht. Er wollte dort keine Nachricht hinterlassen, beendete das Gespräch jedoch nicht ordnungsgemäß, so dass die Verbindung bestehen blieb

und das anschließende Gespräch zwischen den Angeklagten über das Telefon übertragen und von der Polizei aufgezeichnet wurde. Die Verteidiger der Angeklagten hatten einer Verwertung der Aufzeichnung im Prozess und in der Revision widersprochen, der BGH ging jedoch - ebenso wie das Landgericht - nicht vom Vorliegen eines Verwertungsverbots aus.

### Prüfungsrelevanz:

Im Bereich strafprozessualer Themen stellen gerade Fragen zur Verwertbarkeit von Beweismitteln, im zweiten Examen besonders häufig den Gegenstand von Examensaufgaben dar. Auch im ersten Staatsexamen sind in der jüngeren Vergangenheit häufiger prozessuale Zusatzfragen, gerade zur Verwertbarkeit von Beweismitteln, gestellt worden.

Im vorliegenden Fall war gegen einen der Angeklagten die Überwachung der Telekommunikation bzgl. eines

Handys gem. §§ 100 a, b StPO angeordnet worden. Entscheidendes Beweismittel war jedoch nicht der Inhalt eines über das Handy geführten Telefongesprächs, sondern eines Gesprächs zwischen den beiden Angeklagten, das nur zufällig über das Handy übertragen wurde, weil der Angeklagte vorher nicht richtig aufgelegt hatte und die Mailbox eines Dritten mitlief und das Gespräch aufzeichnete. Dem BGH stellte sich somit vor allem die Frage, ob auch dieses außerhalb des Telekommunikationsnetzes geführte Gespräch der Angeklagten unter den Begriff der Telekommunikation fiel, deren Überwachung angeordnet war. Der BGH orientierte sich in seiner Definition des Begriffs der Telekommunikation an der Legaldefinition des § 3 Nr. 16 TKG, wonach Telekommunikation alle technischen Vorgänge des Aussendens, Übermittels oder Empfangens von Nachrichten jeglicher Art umfasst (vgl. Meyer-Goßner, § 100 a Rn. 2). Der BGH schränkte dies jedoch insofern ein, dass eine Telekommunikation jedenfalls voraussetze, dass sich eine Person bewusst einer Telekommunikationsanlage bediene. In diesem Fall unterfielen jedoch auch solche Inhalte dem Begriff der Telekommunikation, die vom Nutzer unbewusst übermittelt würden, also auch Inhalte, die übermittelt werden, nachdem der Nutzer z.B. glaubt, die Verbindung beendet zu haben. Der BGH hatte Vergleichbares auch bereits früher vertreten bzgl. der von Mobiltelefonen ausgesandten Positionsmeldungen (BGH, NJW 2001, 1587; a.A.: Bernsmann, NStZ 2002, 103).

Des weiteren hatte der BGH zu entscheiden, ob eine Verwertbarkeit der wie beschrieben erlangten Aufzeichnung auch bzgl. desjenigen Angeklagten gegeben war, gegen den kein Beschluss gem. §§ 100 a, b StPO ergangen war oder ob insofern ein Beweisverwertungsverbot bestand. Bei der Frage nach dem Bestehen eines Beweisverwertungsverbots vertritt der BGH die sog. Abwägungslehre und nimmt nicht bei jeder fehlerhaften Beweiserhebung ein Verbot der Verwertung des so erlangten Beweismittels an, sondern wägt das Interesse des Staates an der Aufklärung und Ahndung der Straftat gegen das Interesse des Bürgers am Schutze seiner Rechtsgüter ab (vgl. die Darstellung bei Meyer-Goßner, Einl. Rn. 55 ff.). Überwiegt das letztere Interesse, so ist ein Beweismittel nicht verwertbar. Der BGH hat insofern ein Beweisverwertungsverbot abgelehnt, wenn zwar die konkrete Art der Beweiserhebung Bedenken bzgl. ihrer Rechtmäßigkeit begegnet, jedoch das Beweismittel auch auf eindeutig rechtmäßigem Wege hätte erlangt werden können (BGH, StV 1995, 625). Im vorliegenden Fall stellte der BGH fest, dass auch die Anordnung einer Abhörmaßnahme gem. § 100 c I Nr. 2, II

I StPO zum Erwirken der Aufzeichnung zulässig gewesen wäre und somit das Gespräch auch bzgl. des zweiten Angeklagten in rechtmäßiger Weise in einen Prozess hätte einbezogen werden können.

#### *Vertiefungshinweise:*

Zum Begriff der Telekommunikation i.S.v. § 100 a StPO: *BGH*, NJW 1997, 1934; 2001, 1587; *Bernsmann*, NStZ 2002, 103; *Deckers*, StraFo 2002, 111; *Eisenberg/Nischan*, JZ 1997, 74; *Gercke*, StraFo 2003, 76; *Jäger*, StV 2002, 244; *Lühns*, wistra 1995, 20; *Palm/Roy*, NJW 1997, 1904; *Vassilaki*, JR 2000, 447;

Zu den Voraussetzungen für ein (gesetzlich nicht geregeltes) Beweisverwertungsverbot: *BVerfG*, NJW 2000, 3357; *BGHSt* 31, 296; 35, 32; NStZ 1999, 203; *Amelung*, NJW 1991, 2533; *Beulke*, StV 1990, 184; *Fezer*, JZ 1999, 526; *Gössel*, NStZ 1998, 130; *Hauf*, NStZ 1993, 457; *Rogall*, JZ 1996, 947;

#### *Kursprogramm:*

*Assessorkurs*: "Gottesfurcht"

#### *Leitsätze*

**1. Die Verwertung eines vom Beschuldigten mit Dritten in einem Kraftfahrzeug geführten Raumgesprächs kann auf eine schon bestehende, rechtsfehlerfrei ergangene Anordnung nach § 100 a StPO gestützt werden, wenn der Beschuldigte eine zuvor von ihm selbst hergestellte Telekommunikationsverbindung beenden wollte, diese jedoch aufgrund eines Bedienungsfehlers fortbesteht.**

**2. Ob § 100 a StPO in diesem Fall auch gegenüber einem am Raumgespräch beteiligten Dritten eine hinreichende Eingriffsgrundlage bietet, kann offen bleiben, wenn die Aufzeichnung jedenfalls auf eine Eilanordnung nach §§ 100 c Abs. 1 Nr. 2, 100 d Abs. 1 StPO hätte gestützt werden können und die Abwägung im Einzelfall ergibt, dass die Persönlichkeitsinteressen des Betroffenen gegenüber dem staatlichen Interesse an der Verfolgung einer Katalogtat nach § 100 a Abs. 1 StPO zurücktreten.**

#### *Sachverhalt:*

Die Angeklagten sowie ein weiterer Mittäter "H" verabredeten in der Nacht vom 20./21. März 2001, gemeinsam unter Verwendung zweier Schusswaffen sowie weiterer gefährlicher Werkzeuge ein türkisches Vereinslokal in H. zu überfallen, in welchem zu diesem Zeitpunkt ein illegales Würfelspiel mit besonders hohen

Einsätzen (sog. "Eröffnung") stattfinden sollte. Unter Einsatz der mitgeführten Waffen sollte das auf dem Spieltisch liegende Geld weggenommen und sollten die Spieler zur Herausgabe weiteren mitgeführten Bargelds gezwungen werden. Die Angeklagten begaben sich unter Mitführung der Waffen und von Gegenständen zur Maskierung gegen 3.20 Uhr zu dem Lokal; in Sichtweite der Eingangstür warteten sie im Pkw des Angeklagten Y auf einen günstigen Tatzeitpunkt. Als ihnen ein im Lokal anwesender Vertrauensmann des Angeklagten Y gegen 3.50 Uhr telefonisch mitteilte, das Spiel sei abgebrochen worden, und als die Spieler das Lokal verließen, entfernten sich die Angeklagten und "H", weil sie erkannt hatten, dass die Durchführung des Tatvorhabens unmöglich geworden war.

Gegen den Angeklagten Y war durch ermittlungsrichterlichen Beschluss vom 9. Februar 2001 wegen des Verdachts des bandenmäßigen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln (§ 30 a BtMG) gemäß § 100 a Satz 1 Nr. 4, § 100 b Abs. 1 Satz 1 StPO die Überwachung und Aufzeichnung der Telekommunikation mit einem von ihm regelmäßig benutzten Mobiltelefon für die Dauer von drei Monaten angeordnet worden. Seine Überzeugung von der abgeurteilten Verbrechenverabredung der Angeklagten hat das Landgericht unter anderem auf die Verwertung einer Aufzeichnung gestützt, die aufgrund eines Bedienungsfehlers des Angeklagten Y zustande kam: Dieser rief von seinem Pkw aus mit Wissen der beiden anderen Fahrzeuginsassen um 3.23 Uhr den in dem Lokal anwesenden Vertrauensmann K an, der das Gespräch aber nicht annahm, so dass sich die Mailbox seines Anschlusses einschaltete und die übliche Ansage erfolgte, der Anrufer könne eine Nachricht zur Aufzeichnung hinterlassen. Dies wollte der Angeklagte Y nicht; er schloss daher die Tastaturklappe seines Mobiltelefons, unterließ es aber aus Versehen, zuvor die Taste zur Gesprächstrennung zu drücken. Daher wurde bis zum automatischen Ende der Mailbox-Aufzeichnung das in dem Fahrzeug geführte Gespräch der Angeklagten und des "H." übertragen und von der Polizei aufgezeichnet; die gleichzeitige Aufzeichnung auf der Mailbox des K. wurde später automatisch gelöscht. Nach den Feststellungen des Landgerichts ergaben sich aus dem in dem Pkw zwischen den Beteiligten geführten Gespräch, dessen Aufzeichnung in der Hauptverhandlung abgespielt und übersetzt wurde, gravierende Indizien für die Schuld der Angeklagten.

### ***Aus den Gründen:***

#### ***1. Entscheidung des Landgerichts***

Das Landgericht hat den Angeklagten O wegen Ver-

abredung zu in Tateinheit stehenden Verbrechen des schweren Raubs und der schweren räuberischen Erpressung zu einer Freiheitsstrafe von drei Jahren, den Angeklagten Y wegen Verabredung zu in Tateinheit stehenden Verbrechen des schweren Raubs und der schweren räuberischen Erpressung in Tateinheit mit "einem Verstoß gegen das Waffengesetz" (gemeint: Führen einer halbautomatischen Selbstladekurzwaffe) zu einer Freiheitsstrafe von fünf Jahren verurteilt.

#### ***2. Abweisung der Revisionen***

Die von den Angeklagten hiergegen eingelegten, auf Verfahrensrügen und die Sachrüge gestützten Revisionen haben keinen Erfolg. [...]

#### ***3. Verwertbarkeit des aufgezeichneten "Raumgesprächs"***

Die von beiden Angeklagten erhobene Rüge eines Verstoßes gegen das allgemeine Persönlichkeitsrecht durch Verwertung eines von der Polizei abgehörten "Hintergrundgesprächs" greift nicht durch.

##### ***a) Rechtsauffassungen der Beteiligten***

Das Landgericht hat - gegen den Widerspruch der Verteidiger in der Hauptverhandlung - den Inhalt der Gesprächsaufzeichnung während der Dauer der Mailbox-Aufnahme als verwertbar angesehen und dies auf § 100 a StPO gestützt. Es ist dabei davon ausgegangen, dass die von der Herstellung der Verbindung bis zu deren Beendigung übermittelten Inhalte unabhängig von einer Zweckbestimmung durch den Angeklagten Y dem Begriff der Telekommunikation im Sinne des § 85 Abs. 1 Satz 2 TKG unterfielen und dass die Übertragung daher als Nachrichtenübermittlungsvorgang dem Anwendungsbereich des § 100 a StPO unterfiel. Ein unverwertbares Raumgespräch im Sinne der Senatsentscheidung BGHSt 31, 296 habe nicht vorgelegen, da der Angeklagte Y willentlich die Verbindung zur Mailbox des K hergestellt habe; es komme nicht darauf an, aus welchen Gründen er eine ordnungsgemäße Beendigung unterließ. Der Gesprächsinhalt sei daher, da er sich gleichfalls auf eine Katalogtat im Sinne des § 100 a StPO bezog, ein gemäß § 100 b Abs. 5 StPO verwertbarer Zufallsfund.

Die Revisionen treten der Zuordnung der Übertragung zum Bereich der § 100 a StPO unterfallenden Telekommunikation entgegen; nach ihrer Auffassung lag, da ein willentlicher Kommunikationsvorgang nicht gegeben war, im Ergebnis ein Einsatz des Mobiltelefons als Abhörgerät vor, welcher von der Anordnung nach §§ 100 a, 100 b StPO nicht gedeckt war. Eine hypothetische Rechtfertigung des Grundrechtseingriffs durch § 100 c StPO scheidet schon deshalb aus, weil §

100 c Abs. 1 Nr. 2 StPO eine bereits begangene Straftat voraussetze; hier sei aber die geplante Tat nicht einmal versucht worden. Es habe sich bei der Aufzeichnung daher um einen nicht gerechtfertigten Eingriff in die grundrechtlich geschützte Privatsphäre gehandelt, der wie im Fall BGHSt 31, 296 zur Unverwertbarkeit der Aufzeichnung führen müsse.

Der Generalbundesanwalt hat die Ansicht vertreten, die nur versehentliche Übermittlung des Gesprächs stehe ihrer Einordnung als Telekommunikation im Sinne des § 100 a StPO nicht entgegen. Selbst wenn dies der Fall wäre, so sei eine Verwertung hier jedenfalls nach den zum sogenannten hypothetischen Ersatzeingriff entwickelten Grundsätzen (vgl. BGHSt 34, 39, 53; BGH NStZ 1997, 294, 295; Gössel, LR 25. Aufl. Einleitung Abschnitt K Rdn. 101; Jähnke, Odersky-FS 1996 S. 427, 433) zulässig gewesen.

#### *b) Zulässigkeit der Verwertung*

Gegen die Verwertung bestehen im Ergebnis keine durchgreifenden Bedenken.

#### *aa) Raumesgespräch als Telekommunikation i.S.v. § 100 a StPO*

Die Übertragung des Gesprächs unterfiel dem Begriff der Telekommunikation im Sinne von § 100 a StPO. Von dem dort früher verwendeten Begriff des "Fernmeldeverkehrs", der der Senatsentscheidung BGHSt 31, 296 zugrunde lag, unterscheidet sich dieser durch Art. 2 Abs. 9 Nr. 2 des Begleitgesetzes zum Telekommunikationsgesetz (BGBl 1997 I S. 3108) eingeführte Begriff namentlich dadurch, dass er die Vorgänge des Aussendens, Übermittels und Empfangens von Nachrichten jeglicher Art, also grundsätzlich den gesamten Datenverkehr mittels Telekommunikationsanlagen umfasst (vgl. dazu Bär CR 1993, 578, 582; CR 1998, 434, 435). Er ist insoweit inhaltsgleich mit der Legaldefinition des § 3 Nr. 16 TKG.

Hieraus ergibt sich freilich nicht schon ohne weiteres - wie das Landgericht wohl angenommen hat -, dass jeder technische Vorgang des Aussendens, Übermittels oder Empfangens von analog oder digital codierten Daten dem Eingriffsbereich des § 100 a StPO unterfällt. Dieser umfasst vielmehr, wie auch die zur Einfügung des § 100 c durch Gesetz vom 15.7.1992 (BGBl I S. 1302) führende Diskussion zeigt, nur die mit dem Versenden und Empfangen von Nachrichten mittels Telekommunikationsanlagen in Zusammenhang stehenden Vorgänge. Voraussetzung für eine der Überwachung nach § 100 a StPO unterfallende Telekommunikation ist daher, dass sich eine Person einer Telekommunikationsanlage bedient, d. h. Kommunikation mittels einer solchen Anlage vornimmt (vgl. auch

BGHSt 31, 296, 297). Dabei sind nicht nur unmittelbare "Nachrichten"-Inhalte, sondern auch alle sonstigen mit Aussenden, Übermitteln oder Empfangen verbundenen Vorgänge umfasst. Voraussetzung des Vorliegens von Telekommunikation in diesem Sinne ist nicht, dass sich der Vorgang im konkreten Fall mit aktuellem Willen oder Wissen der betroffenen Person vollzieht. Das ist bei den Vorgängen des Empfangens (z. B. bei auf Anrufbeantworter gesprochenen mündlichen Nachrichten oder bei in einer Mailbox ein gehenden E-Mail-Schreiben) offensichtlich, gilt aber grundsätzlich auch für das Versenden von Nachrichten.

So sind etwa von einem Funktelefon an die nächstgelegene Funkzelle eines Mobilnetzes übermittelte Standortdaten auch dann Gegenstand von Telekommunikation, wenn der Benutzer des aussendenden Endgeräts im Einzelfall kein aktuelles Bewusstsein von dem Vorgang hat; dasselbe gilt bei automatisierten Übertragungen. Telekommunikation im Sinne von § 100 a Abs. 1 StPO liegt jedenfalls dann vor, wenn der von einer Überwachungsanordnung Betroffene ein von ihm benutztes Mobiltelefon zum Aussenden von Nachrichten in Betrieb setzt oder wenn eine betriebsbereit gehaltene Telekommunikationsanlage Nachrichten Dritter empfängt.

Daher handelte es sich hier jedenfalls in der Zeitspanne, in welcher zwischen dem vom Angeklagten Y benutzten Mobiltelefon und der Mailbox des K eine Verbindung bestand, um eine Telekommunikationsverbindung im Sinne des § 100 a StPO. Es ist anerkannt, dass Überwachungsmaßnahmen nach § 100 a StPO auch die Übermittlung von Nachrichten zu der Mailbox eines Anschlusses erfassen, die von dem Inhaber der Mailbox - wenn auch zeitverzögert - abgerufen werden können (Nack in KK-StPO 4. Aufl. § 100 a Rdn. 7 m.w.N.; Gercke StraFo 2003, 76, 77; BGH - Ermittlungsrichter - NJW 1997, 1934 f.). Auf den Inhalt übermittelter Nachrichten kommt es hierbei nicht an. Liegt eine Anordnung der Überwachung gemäß §§ 100 a, 100 b StPO vor, so ist für die mit der Überwachung beauftragte Stelle der Inhalt der Telekommunikation regelmäßig nicht vorhersehbar und in der Regel nicht erkennbar, ob die Nachrichtenübermittlung willentlich, unbeabsichtigt oder gar gegen den Willen des Betroffenen vorgenommen wird. Am Charakter der Übertragung als Telekommunikation ändert sich nichts, wenn nach Herstellung einer vom Betroffenen willentlich oder irrtümlich - etwa durch Falschwahl - hergestellten Telefonverbindung sich die angerufene Person nicht meldet, ein automatisches Aufzeichnungsgerät (Anrufbeantworter, Mailbox) in Gang gesetzt wird oder etwa ohne Wissen des Anrufenden eine Weiterschaltung erfolgt. Dasselbe gilt für den

Umstand, ob der Anrufende nach Herstellung der Verbindung tatsächlich mündliche Nachrichten übermittelt oder etwa schweigt. Auch die Frage, ob über eine Telefonverbindung übertragene Nachrichten und Gesprächsinhalte unmittelbar zur Kenntnisnahme durch die angerufene Person bestimmt sind, ob es sich um "Hintergrundgespräche", also etwa Rückfragen des Anrufenden bei anderen anwesenden Personen, oder um sogenannte Raumgespräche, das heißt Gespräche zwischen Anwesenden ohne Beteiligung an dem Telefongespräch handelt, ist für den Charakter der Übertragung selbst als Telekommunikationsvorgang zunächst ohne Bedeutung.

So hätte etwa hier, wenn Polizeibeamte das vom Mobiltelefon des Angeklagten Y ausgehende Gespräch unmittelbar mitgehört hätten, kein Anlass bestanden, die Aufzeichnung allein wegen des Schweigens des Angeklagten auf die Bereitschaftsansage des Mailbox-Automaten abubrechen. Der Wille des Angeklagten, die Verbindung zu beenden, war nach außen nicht erkennbar. Das - überdies fremdsprachige - Raumgespräch mit den weiteren anwesenden Personen konnte ohne weiteres etwa der Klärung der Frage dienen, ob und gegebenenfalls welche Nachricht auf den Mailbox-Speicher gesprochen werden sollte; es stand dem Angeklagten frei, zu beliebiger Zeit während des Laufs der Mailbox-Aufzeichnung Nachrichten aufzusprechen. Etwas anderes würde namentlich dann gelten, wenn die Telekommunikationsanlage von vornherein zielgerichtet ohne oder gegen den Willen des Betroffenen in Betrieb genommen worden wäre und daher allein die Funktion einer "Abhöranlage" im Sinne von § 100 c StPO gehabt hätte, denn hierdurch würde sich die Richtung des Grundrechtseingriffs ändern (vgl. auch BGHSt 34, 39, 43, 50). So lag es hier indes nicht. Die Verwertbarkeit von Inhalten der Telekommunikation folgt, soweit wie hier eine rechtsfehlerfreie Überwachungsanordnung vorliegt, grundsätzlich ohne Weiteres aus § 100 a StPO. Das gilt nach Ansicht des Senats auch für den Inhalt eines Raumgesprächs, das nach willentlicher Herstellung einer Telekommunikationsverbindung durch die Zielperson einer Überwachungsanordnung aus deren Sicht versehentlich übertragen wird. Zu dem in BGHSt 31, 296 entschiedenen Fall besteht insoweit ein Unterschied, als dort weder die Verbindung mit dem Anschluss eines Dritten durch den Betroffenen selbst hergestellt noch ihre versehentliche Aufrechterhaltung durch ihn verursacht wurde. Durchgreifende Gesichtspunkte, welche in jenem Fall für die Annahme eines Verwertungsverbots sprachen, wie der Umstand, dass dort die abgehörte Unterhaltung zwischen Eheleuten in der eheli-

chen Wohnung geführt wurde und deshalb der unantastbare Bereich privater Lebensgestaltung tangiert war, liegen hier nicht vor.

*bb) Verwertbarkeit bzgl. des Mitangeklagten O*

Ob dies, namentlich unter dem Gesichtspunkt eines Zufallsfundes, ohne Weiteres auch für die Verwertbarkeit hinsichtlich des Angeklagten O gilt, kann im Ergebnis offen bleiben.

Selbst wenn die Überwachung und Aufzeichnung des Raumgesprächs durch die Anordnung nach §§ 100 a, 100 b StPO nicht gedeckt war, ergäbe sich hieraus nicht ohne weiteres ein Beweisverwertungsverbot (vgl. BVerfG NJW 2000, 3357; BGHSt 31, 304, 308; 34, 39, 52; 37, 30, 32; 38, 214, 219; 44, 243). Ob ein solches eintritt, bestimmt sich nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs durch Abwägung des staatlichen Interesses an der Aufklärung und Verfolgung von Straftaten gegen das individuelle Interesse des Bürgers an der Bewahrung seiner Rechtsgüter, hier am Schutz der grundrechtlich geschützten Privatsphäre und des nichtöffentlich gesprochenen Wortes gegen heimliche Eingriffe von außen. Diese Abwägung ergibt hier kein Überwiegen schutzwürdiger Belange des Persönlichkeitsrechts der Angeklagten. Das aufgezeichnete Gespräch hatte die Planung eines schweren Verbrechens zum Gegenstand. Anders als in dem in BGHSt 31, 296 entschiedenen Fall war es weder örtlich noch nach dem Kreis seiner Teilnehmer einem engen, als höchstpersönlich zu bezeichnenden Lebenskreis zuzuordnen, welcher eine besonders hohe Eingriffsschwelle für staatliche Eingriffe erfordert. Zu berücksichtigen ist überdies die in der Schaffung des § 100 c Abs. 1 Nr. 2 StPO durch Gesetz vom 15. Juli 1992 (BGBl I 1302) zum Ausdruck gekommene gesetzgeberische Wertung. Danach kann das nichtöffentlich außerhalb einer Wohnung gesprochene Wort abgehört und aufgezeichnet werden, um eine in dem Tatbestandskatalog des § 100 a StPO aufgeführte schwere Straftat aufzuklären. Die Voraussetzungen für eine Anordnung nach § 100 c Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Satz 1 StPO lagen hier vor; sie hätte, worauf der Generalbundesanwalt zutreffend hingewiesen hat, im Fall unmittelbaren Mithörens des Gesprächs gemäß § 100 d Abs. 1 StPO auch durch Polizeibeamte als Hilfsbeamte der Staatsanwaltschaft angeordnet werden können. [...]

Diese Gesichtspunkte ergeben hier ein eindeutiges Überwiegen des staatlichen Aufklärungsinteresses gegenüber dem Persönlichkeitsrecht der Angeklagten; mit dem in BGHSt 31, 296 ff. entschiedenen Fall ist die vorliegende Fallgestaltung nicht vergleichbar. [...]

## Urteile in Fallstruktur

**Standort: Öffentliches Recht**

**Problem: Vertrag über Kosten einer Klassenfahrt**

VG SAARLOUIS, URTEIL VOM 13.01.2003

1 K 78/02 (NVWZ-RR 2003,438)

**Problemdarstellung:**

Das VG hatte über die Wirksamkeit eines öffentlich-rechtlichen Vertrages (§§ 54 ff. VwVfG) zu befinden, mit dem sich die Eltern zur Übernahme der Kosten eines Schulausfluges für ihr Kind einverstanden erklärt hatten. Hierbei stellten sich im wesentlichen zwei Probleme:

1. Die Verwaltungsverfahrensgesetze der Länder - im Fall des Saarlandes - erklären die §§ 54 ff. in § 2 III Nr. 3 SaarlVwVfG auf die Rechtsverhältnisse an Schulen für unanwendbar. Es stellte sich also die Frage, ob überhaupt ein öffentlich-rechtlicher Vertrag geschlossen werden durfte. Das VG weiß sich nur durch eine teleologische Reduktion der Vorschrift für Klassenfahrten zu helfen.

2. Noch problematischer war das Schriftformerfordernis des § 57 SaarlVwVfG, das wiederum in identischer Form in allen Ländern existiert. Denn die Eltern hatten zwar eine schriftliche Einverständniserklärung abgegeben, der Schulträger hatte diese jedoch nicht gegenzeichnet, so dass die Annahme nicht schriftlich verkörpert war, geschweige denn - wie es die Schriftform nach §§ 57, 62 S. 2 VwVfG i.V.m. 125 BGB eigentlich voraussetzt - auf ein- und demselben Schriftstück. Das VG hebt diesbezüglich auf die Warn- und Beweisfunktion der Schriftform ab, die hier noch gewahrt sei. Dazu lässt es in gewagter These die sonstigen Informationen der Eltern und Schüler über die Klassenfahrt durch Mitteilungen, Flugblätter etc. ausreichen. Ob dies vor dem Hintergrund der auch vom VG zitierten Rechtsprechung des BVerwG Bestand haben kann, das zwar auch Ausnahmen vom Erfordernis einer einheitlichen Vertragsurkunde anerkennt, wenn Warn- und Beweisfunktion jedenfalls gewahrt sind, darf bezweifelt werden, denn das BVerwG fordert in jedem Fall eine schriftliche Erklärung, hält also m.a.W. nicht das Schriftformerfordernis, sondern nur eine einheitliche Urkunde für entbehrlich.

3. Weitere kleinere Probleme ergaben sich beim Rechtsweg und bei der Auslegung des Vertragsinhalts (siehe dazu die Falllösung).

**Prüfungsrelevanz:**

Öffentlich-rechtliche Verträge spielen im Examen vor allem in zwei Konstellationen eine Rolle: Zum einen können sie als Anspruchsgrundlage für eine im Vertrag vereinbarte Leistung herangezogen werden. Dies kann durch den Bürger, aber auch - wie hier - durch den Staat geschehen. Dieser kann in diesem Fall seine Ansprüche nicht durch Verwaltungsakt festsetzen, da es bei vertraglichen Beziehungen an einem Über- Unterordnungsverhältnis fehlt, er mithin nicht "hoheitlich" i.S.d. § 35 S.1 VwVfG handeln darf (fehlende "VA-Befugnis"). Dies führt zur Klageerhebung; in deren Zulässigkeit ist die (fehlende) Möglichkeit zum Erlass eines VA im "allgemeinen Rechtsschutzinteresse" anzusprechen, da hierin ein einfacherer, schnellerer Weg liegen könnte.

Der öffentlich-rechtliche Vertrag kann aber auch als Ausschlussgrund eine Rolle spielen, z.B. als Rechtsgrund für eine Leistung den gewohnheitsrechtlich anerkannten öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch ausschließen. In beiden Konstellationen muss der Vertrag wirksam zustande gekommen sein, so dass sich die hier aufgeworfenen Probleme in jedem Fall stellen.

**Vertiefungshinweise:**

Zur Befreiung von einer Klassenfahrt aus religiösen Gründen: *VG Aachen*, RA 2002, 621 = *NJW* 2002, 3191

Befreiung vom Unterricht: *OVG Münster*, *NVwZ* 1992, 77; *NWVBI* 1992, 136

Abgrenzung zwischen öffentlich-rechtlichem und privatrechtlichem Vertrag (zugleich Rechtswegproblematik): *OLG Naumburg*, RA 2001, 197 = *NVwZ* 2001, 354; *BVerwG*, RA 2000, 705 = *NVwZ* 2000, 1319

**Kursprogramm:**

*Assessorkurs*: "Der schlechte Vergleich"

*Examenskurs*: "Baugeschäfte mit der Stadt"

**Leitsätze (der Redaktion)**

1. Der Abschluss eines öffentlich-rechtlichen

**Vertrages zwischen Eltern und Schulträger über die Kosten für eine Klassenfahrt kann abweichend von § 2 III Nr. 3 SaarVwVfG zulässig sein.**

**2. Zum Schriftformerfordernis des § 57 SaarVwVfG, wenn es an einer einheitlichen Vertragsurkunde fehlt.**

**Sachverhalt:**

Die Beklagten (Bekl.) sind die Eltern des 1986 geborenen X, der im Schuljahr 1999/2000 die Gesamtschule 5. besucht hat. Die Schulklasse des X unternahm vom 13.6. bis 20.6.2000 eine Klassenfahrt nach England. Bereits im Spätherbst 1998 erfolgte die schriftliche Anmeldung durch die Eltern. Der Bekl. zu 1 - der Vater des X - unterschrieb am 20.11.98 folgende Erklärung: "Ich bin damit einverstanden, dass mein Kind X an der Fahrt nach England verbindlich teilnimmt. Über die Höhe der Kosten bin ich informiert." Zehn Tage vor Antritt der Reise kam der Sohn der Bekl. nicht mehr zum Unterricht. Der Klassenlehrer erreichte unter der Anschrift der Bekl. niemanden telefonisch. An der Klassenfahrt nahm der Sohn der Bekl. nicht teil. Die klagende Gemeinde als Schulträger hat in der Klageschrift unwidersprochen vorgetragen, dass vor Ort in England 600 DM für den Sohn der Bekl. hätten gezahlt werden müssen. An die Bekl. ergingen ohne Erfolg Zahlungsanforderungen und Mahnungen über 600 DM. Mit seiner Klage macht der Kl. gegenüber den Bekl. die Kosten geltend, die er für den Sohn der Bekl. anlässlich der Klassenfahrt habe ausgeben müssen. Sie ist der Auffassung, es sei mit den Bekl. ein öffentlich-rechtlicher Vertrag über die Zahlung des Betrages geschlossen worden. Die Bekl. seien spätestens seit 25.9.2000 in Verzug, so dass auch eine Zinsforderung bestehe.

Hat eine Klage der Kl. gegen die Bekl. auf Zahlung von 600 DM zzgl. Verzugszinsen Erfolg?

**Lösung:**

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

*A. Zulässigkeit*

*I. Verwaltungsrechtsweg*

zunächst müsste ein Rechtsweg eröffnet sein. Das VG hält hier den Verwaltungsrechtsweg für einschlägig:

"Die Klage [...] ist vor dem Verwaltungsgericht zulässig, denn der Verwaltungsrechtsweg ist gem. § 40 11 VwGO eröffnet. Es geht um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit, weil der geltend gemachte Anspruch im Schulrecht wurzelt, das ab Beginn des Schulverhält-

nisses mit einer öffentlichen Schule verwaltungsrechtlichen Regeln folgt. Mit einer Klassenfahrt verbundene Zahlungspflichten nehmen daher am öffentlich-rechtlichen Charakter des Schulverhältnisses teil (OVG Münster, NJW 1986, 1950; VG Berlin, NJW 2000, 2040)."

*II. Statthaftigkeit*

Die statthafte Klageart richtet sich gem. § 88 VwGO nach dem Klagebegehren. selbiges ist hier auf Zahlung, also eine Leistung gerichtet. Statthaft hierfür ist die allgemeine Leistungsklage, die in der VwGO zwar nicht speziell geregelt, aber doch an vielen Stellen (z.B. § 43 II, III VwGO) erwähnt bzw. vorausgesetzt und daher allgemein als statthaft anerkannt ist.

*III. Klagebefugnis*

Die Kl. müsste zum Ausschluss von Popularklagen ferner klagebefugt sein. Ob sich die Notwendigkeit der damit verbundenen Geltendmachung eigener Rechte aus einer Analogie zu § 42 11 VwGO - so die Rspr. - oder einer allgemeinen Prozessführungsbefugnis als ungeschriebenem Grundsatz des deutschen Prozessrechts ergibt -so Teile der Literatur - mag dahinstehen. Jedenfalls erscheint es hier nicht von vornherein ausgeschlossen und damit möglich, dass die Kl. aus der vom Bekl. zu 1) am 20.11.98 unterzeichneten Erklärung über die Kostenübernahme einen Anspruch auf Erstattung der von ihr verauslagten Reisekosten zzgl. Zinsen hat. Es erscheint ferner möglich, dass sich diese Haftung gem. § 1357 BGB auch auf die Bekl. zu 2) als Ehefrau des Bekl. zu 1) erstreckt.

*IV. Beklagter*

Die allgemeine Leistungsklage ist gegen den Rechtsträger zu richten, der Schuldner des geltend gemachten Anspruchs ist. Dies sind hier die Beklagten zu 1) und 2) als natürliche Personen.

*V. Allg. Rechtsschutzinteresse*

"Der Klage fehlt auch nicht das Rechtsschutzbedürfnis, da die Kl. gegen die Bekl. nicht auf einfacherem, schnellerem oder billigerem Wege vorgehen konnte, insbesondere eine Durchsetzung ihrer Forderung durch einen Verwaltungsakt (Leistungsbescheid) mangels einer entsprechenden Rechtsgrundlage nicht möglich war (VG Berlin, NJW 2000, 2040)."

Mithin ist die Klage zulässig.

*B. Begründetheit*

Die Leistungsklage ist begründet, soweit die Kl. einen Anspruch gegen die Bekl. auf die geltend gemachte

Leistung hat.

### *1. Teil: Hauptforderung*

#### *1. Anspruch entstanden*

##### *1. Anspruchsgrundlage*

Als Anspruchsgrundlage kommt hier nur die zwischen der Kl. und dem Bekl. zu 1) am 20.1.1998 geschlossene Vereinbarung über die Kostenübernahme in Betracht. Dies gilt wegen § 1357 I BGB auch gegenüber der Bekl. zu 2). Dann müsste darin ein wirksamer öffentlich-rechtlicher Vertrag i.S.d. §§ 54 ff. SaarlVwVfG zustande gekommen sein.

##### *2. Anwendbarkeit*

Fraglich ist hier jedoch bereits die Anwendbarkeit der §§ 54 ff. SaarlVwVfG. So besagt § 2 III Nr. 3 SaarlVwVfG, dass für die „Tätigkeit der Schulen“ die §§ 54 ff. SaarlVwVfG, somit die Regelungen über öffentlich-rechtliche Verträge, gar nicht gelten.

*[Anm.: Eine entsprechende Regelung enthalten auch die übrigen Verwaltungsverfahrensgesetze der Länder, aus Gründen der Gesetzgebungskompetenz nicht jedoch das VwVfG des Bundes.]*

Das VG überwindet dieses Problem durch eine teleologische Reduktion der Vorschrift bei freiwilligen Schulveranstaltungen wie der hier veranstalteten Klassenfahrt:

"Eine Auslegung in Form der teleologischen Reduktion dieser Norm gebietet aber dennoch die Anwendung der §§ 54 ff. SaarlVwVfG für Fälle wie den vorliegenden, nämlich die Durchführung von Schulfahrten. Bei Schulfahrten handelt es sich um besondere Schulveranstaltungen, für die anders als beim regulären Unterricht den Schüler keine Teilnahmeverpflichtung trifft. Der Schüler bzw. die Eltern können bei solchen alternativen Schulangeboten (§§ 6 II ASchO, 22 II SchulmitbestimmungsG) selbst entscheiden, ob der Schüler teilnehmen oder den regulären Unterricht besuchen will. Hat er sich für die Teilnahme an einer alternativen Schulveranstaltung entschieden, so muss er an ihr nach § 6 II ASchO für deren Dauer teilnehmen. Hieraus folgt, dass auch der Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrages für die Durchführung einer solchen Unterrichtsveranstaltung unverzichtbar ist.

Der Ausschluss verbindlicher Absprachen zwischen Schülern bzw. Eltern auf der einen und dem Schulträger, hier nach § 38 II SchOG der Kl., auf der anderen Seite würde der verbindlichen Wertung des § 6 II 2 ASchO — der Verbindung der Teilnahme an freiwilligen

Schulveranstaltungen mit einer Teilnahmeerklärung, also einem vertraglichen oder vertragsähnlichen Element — zuwider laufen und die Rechtssicherheit in diesem Bereich erheblich beeinträchtigen (VG Berlin, NJW 2000, 2040). Im Übrigen darf nicht übersehen werden, dass der Gesetzgeber im spezielleren Schulrecht anders als im allgemeinen Verwaltungsrecht entgegen § 2 III Nr. 3 SaarlVwVfG öffentlich-rechtliche Vereinbarungen der Schulträger durchaus vorsieht (vgl. nur § 48 III SchOG im Rahmen von Schulsachkostenbeiträgen).

Folge einer anderen Betrachtungsweise wäre, dass bei Ausschluss vertraglicher Vereinbarungen im Saarland Schulfahrten praktisch nicht mehr möglich wären, zumal auch die Durchsetzung von Ansprüchen des Schulträgers aus öffentlich-rechtlicher Geschäftsführung ohne Auftrag, die wohl nicht vorgelegen haben dürfte, bzw. aus einem Erstattungsanspruch mit einem rechtlichen Risiko verbunden wäre. Zur Rechtssicherheit ist eine Korrektur durch den saarländischen Gesetzgeber, sei es im Schulrecht oder im allgemeinen Verwaltungsrecht, dringend geboten. Dem Gericht erschließt sich der Sinn und Zweck des umfassenden Ausschlusses öffentlich-rechtlicher Verträge "für die Tätigkeit der Schulen" (Wortlaut des § 2 III Nr. 3 SaarlVwVfG) nicht. Mag man dies für die hoheitlichen inneren Schulangelegenheiten wie Versetzungen, Leistungsbeurteilungen und Ordnungsmaßnahmen noch nachvollziehen können, erscheint der globale Ausschluss, wie ihn der Wortlaut der genannten Norm nahe legt, jeglicher (öffentlich-rechtlicher) Vereinbarungen im Schulbereich auch für Schulträger im Interesse der Schulen kaum gewollt. Daher sieht es das Gericht als derzeit unumgänglich an, die Norm des § 2 III Nr. 3 SaarlVwVfG einschränkend auszulegen (so auch für das entsprechend geltende Berliner Recht überzeugend VG Berlin, NJW 2000, 2040) und nicht für Vereinbarungen anzuwenden, die Schulträger für die Schulen schließen und die sich um rechtsstaatlich gebotenen Vermögensausgleich bei freiwilligen Unterrichtsveranstaltungen drehen."

#### *3. Wirksamer Vertragsschluss*

Sind die §§ 54 ff. SaarlVwVfG demnach anwendbar, stellt sich die Frage, ob ein öffentlich-rechtlicher Vertrag über die Kostenübernahme der Bekl. wirksam zustande gekommen ist.

##### *a. Einigung*

Problematisch ist jedoch schon, ob in der Erklärung des Bekl. zu 1) überhaupt eine Einigung über die Kostenübernahme liegt. Wörtlich wurde nur das Einverständnis mit der Teilnahme erklärt sowie eine Informa-

tion über die entstehenden Kosten bestätigt. Willenserklärungen sind jedoch gern. § 62 S. 2 SaarlVwVfG i.V.m. §§ 133, 157 BGB vor dem Horizont eine objektiven erklärungsempfängers auszulegen. Das Gericht kommt zu dem Ergebnis, dass eine in diesem Sinne verständige Würdigung der Erklärung zur Kostenübernahme durch den Bekl. zu 1) kommt:

"Der Inhalt dieser Erklärung ist nach entsprechender Auslegung als Verpflichtung zu sehen, die notwendigen Kosten für die Klassenfahrt aufzubringen. Zunächst enthält sie nur die Willenserklärung des Bekl. zu 1) als Vater, dass er die Teilnahme seines Sohnes an dieser freiwilligen Schulveranstaltung wünscht. Nach § 6 II 2 der Allgemeinen Schulordnung vom 10.11.1975 entscheiden Schüler oder Eltern bei freiwilligen Unterrichtsveranstaltungen wie einer Klassenfahrt selbst über die Teilnahme; die Pflicht zur Teilnahme am Unterricht besteht für solche Veranstaltungen nur dann, wenn eine verbindliche Erklärung des betreffenden Schülers oder der Eltern vorliegt. Dies war der Fall. Ferner hat der Bekl. zu 1 in dieser Erklärung bestätigt, dass er über die Höhe der Kosten informiert ist. Darin ist zwar nicht ausdrücklich eine Verpflichtung zur Zahlung zu sehen. Aus dem Gesamtzusammenhang ergibt sich dies aber. Diese Erklärung kann nur so verstanden werden, dass auch eine Zahlung für diese Sonderveranstaltung vereinbart wurde, deren Höhe den Bekl. zumindest ungefähr bekannt war. Damit geht die Wirkung dieser Erklärung über den Wortlaut hinaus. Der Bekl. zu 1 als Vater hat sich — wie oben erwähnt auch mit Wirkung für die Bekl. zu 2 — verpflichtet, für diese Kosten dem Vertragspartner gegenüber aufzukommen."

#### *b. Wirksamkeit*

Fraglich ist ferner die Wirksamkeit der Erklärung. Gern. § 59 1 SaarlVwVfG kann sich die Nichtigkeit eines öffentlich-rechtlichen Vertrages auch aus Vorschriften des BGB ergeben. Als solche kommt hier § 125 BGB in Betracht, der die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts vorsieht, das einer gesetzlichen Form nicht genügt. Hier könnte die Schriftform des § 57 SaarlVwVfG verletzt sein, der bestimmt, dass der öffentlich-rechtliche Vertrag schriftlich fixiert werden muss. Dies ist vorliegend problematisch, da nur die Erklärung des Bekl. zu 1), nicht aber die der Kl. schriftlich abgefasst worden ist. Das VG überwindet dieses Problem unter äußerster Anstrengung:

#### *aa. Grundsatz: Einheitliche Vertragsurkunde*

"Die Verpflichtung der Bekl. zur Kostenübernahme durch die einseitige schriftliche Erklärung ist auch formgültig. Insbesondere steht der Zahlungspflicht der

Bekl. die Vorschrift des nach alidem anzuwendenden § 57 SaarlVwVfG nicht im Wege. Hiernach bedürfen öffentlich-rechtliche Verträge insgesamt der Schriftform. Nach §§ 57, 62 SaarlVwVfG ist gefordert, dass die Erklärungen beider Parteien auf derselben Urkunde niedergelegt sind. Dies ist im vorliegenden Fall nicht geschehen, denn die Erklärung der Bekl. ist eine rein einseitige, ohne dass entsprechende Gegenerklärungen des Schulträgers, der Schulleitung oder der Verantwortlichen für die Klassenfahrt auf der Urkunde enthalten sind."

#### *bb. Ausnahmen*

"Nach der Rechtsprechung des BVerwG (NJW 1995, 1104) wird der durch § 57 SaarlVwVfG bezweckten Warn- und Beweisfunktion bei einseitiger Verpflichtung des Bürgers gegenüber der Verwaltung auch dann ausreichend Rechnung getragen, wenn die Annahmeerklärung nicht auf die Verpflichtungserklärung des Bürgers gesetzt, sondern gesondert ausgesprochen wird. Zwar wird auch in diesem Fall eine unmissverständliche schriftliche Erklärung der Behörde verlangt. Insoweit reicht es nach Überzeugung des Gerichts allerdings aus, dass im Rahmen des Schulrechts ein besonderes Nutzungsverhältnis (besonderes Gewaltverhältnis) zwischen Schule und Schüler begründet wird, in dessen Rahmen nach allgemeiner Lebenserfahrung von der Schule genügend Informationen herausgegeben werden, die sich auf die Planung der Reise in den Einzelheiten beziehen (vgl. VG Berlin, NJW 2000, 2040). Durch die Organisation, die Information der Eltern und die Übergabe vorbereiteter Annahmeerklärungen — wie hier — an die Eltern gibt die Schulbehörde zweifelsfrei zu erkennen, dass auch sie die Durchführung der Fahrt als beschlossen und als für alle Teilnehmer verbindlich ansieht (vgl. VG Berlin, NJW 2000, 2040). Insoweit ist es unschädlich, dass der Kl. bzw. die Schule eine ausdrückliche schriftliche Bestätigung gegenüber den Bekl. hinsichtlich der Teilnahme des Sohnes an der Abschlussfahrt nicht erklärt hat. Eine solche Verfahrensweise wäre unüblich und würde einen erheblichen, nicht gerechtfertigten Verwaltungsaufwand verursachen. Damit wurde hinreichend deutlich, dass der Kl. als finanziell für die Schullangelegenheiten zuständige Schulträger, vertreten durch die die Schulfahrt organisierenden Lehrkräfte, Vertragspartner wurde."

#### *4. Zwischenergebnis*

"Somit ist durch die Vereinbarung die Verpflichtung der Bekl. entstanden, Aufwendungsersatz zur Fahrt beizutragen (VG 2040)."

*II. Kein Untergang*

"Der Zahlungsanspruch ist auch nicht dadurch erloschen, dass der Sohn der Bekl. an der Klassenfahrt nicht teilgenommen hat. Zum einen geschah dies unentschuldig und somit im Verantwortungsbereich der Bekl. liegend. Zum anderen ist bis heute nicht klar, warum der Sohn der Bekl. nicht mehr zur Schule gekommen ist und entgegen seiner Teilnahmezusage nicht mit nach England fuhr. Von einer Leistungsstö-

rung kann somit keine Rede sein."

*2. Teil: Nebenforderung*

"Der Zinsanspruch ergibt sich aus §§ 62 S. 2 SaarlVwVfG und 284 I, III, 288 I BGB a.F. (bis 31.12.2001)."

Die Klage ist somit auch begründet. Sie hat Erfolg.

**Standort: Zivilrecht****Problem: Schadensersatz vor Fälligkeit**

BGH, URTEIL VOM 28.01.2003  
X ZR 151/00 (NJW 2003, 1600)

**Problemdarstellung:**

In diesem Rechtsstreit ging es um die Frage der Ersatzfähigkeit für die Kosten Deckungsgeschäft, weil der Schuldner noch vor Fälligkeit ersichtlicherweise nicht der Lage sein würde, den vereinbarten Leistungstermin einzuhalten.

Im konkreten Fall hatte die Kl. bei der Bekl. zwei Spritzgusswerkzeuge bestellt, die für einen Endabnehmer in Amerika bestimmt waren. Als Lieferzeit war die 23. Kalenderwoche des Jahres 1997 vereinbart worden, damit die Kl. ihre unter Vertragsstrafe stehende Ablieferungspflicht gegenüber dem Endkunden einhalten konnte. Jedoch kam es zu Verzögerungen bei der Herstellung, deren Ursachen zwischen den Parteien streitig ist. Am 20.05.1997 kam die Kl. die Auffassung, dass die Einhaltung des vereinbarten Liefertermins nicht mehr haltbar sei; am 25.05.1997 wurde im beiderseitigen Einverständnis vorzeitig die unfertigen Werkzeuge bei der Bekl. abgeholt und später von einem dritten Unternehmen fertiggestellt. Die Kosten für die Beauftragung dieses Drittunternehmens klagte die Kl. als Schadensersatz nunmehr ein.

Das BerGer. lehnte einen Schadensersatzanspruch der Kl. mangels Fälligkeit ihres Herstellungsanspruchs schon vor der 23. Kalenderwoche des Jahres 1997 ab. Der BGH erkennt hier jedoch die Möglichkeit für einen Schadensersatzanspruch durch positive Forderungsverletzung (= § 280 I 1 BGB n.F.). Wenn feststeht, dass der Auftragnehmer eine Vertragsfrist oder einen vertraglich vereinbarten Termin aus von ihm zu vertretenden Gründen nicht einhalten wird und wenn diese Vertragsverletzung von erheblichem Gewicht ist, kann eine Fortsetzung des Vertrags mit dem Auftragnehmer in diesem Sinn nicht zumutbar sein und aus wichtigem Grund gekündigt werden (BGH, NJW 2000, 2988 = 2000, 1182 [1185]). In solchen Fällen kann zu-

gleich eine positive Vertragsverletzung vorliegen, die nach allgemeinen Grundsätzen Schadensersatzansprüche zu begründen geeignet ist, auch schon vor Fälligkeit. Es kann nicht zugemutet werden, erst den - ohnehin sicheren - Eintritt der Vertragsverletzung bei Fälligkeit abzuwarten.

**Prüfungsrelevanz:**

Diese Entscheidung ist auch angesichts der Schuldrechtsreform noch lesenswert, weil sie der Frage der Abgrenzung zwischen den verschiedenen Schadensersatzmöglichkeiten nachgeht. Diese Frage ist durch Neufassung von § 280 BGB mit seinen verschiedenen Schadensersatzansprüchen nach den einzelnen Absätzen sogar virulenter geworden.

Gem. §§ 280 I, III, 281 I 1 BGB kann man Schadensersatz statt der Leistung, der klassischerweise auch die Kosten eines Deckungsgeschäfts umfasst, nur bei Fälligkeit sowie angemessener, aber erfolgloser Fristsetzung geltend machen. Daher muss auch im neuen Schuldrecht die Frage gestellt werden, ob schon vor Fälligkeit der Leistungspflicht Schadensersatz statt der Leistung verlangt werden kann, wenn die Vertragsverletzung ohnehin mit Sicherheit eintreten wird und dem Gläubiger das weitere Abwarten bis zur Fälligkeit nicht mehr zugemutet werden kann.

Es steht wohl nicht zu erwarten an, dass in bei solchen Extremfällen der BGH seine Rechtsprechung ändern wird, sondern weiterhin dem Gläubiger trotz fehlender Fälligkeit den Schadensersatzanspruch gewähren wird. Offen bleibt nur, ob der BGH diesen Schadensersatzanspruch über § 280 I 1 BGB oder über §§ 280 I, III, 281 I 1 BGB, der dann ggf. durch teleologische Auslegung um sein Fälligkeitserfordernis gebracht werden müsste, gewähren wird.

**Vertiefungshinweise:**

☐ Zu diesem Fall: *BGH*, NJW-RR 2002, 1097; *BGH*, NZBau 2002, 327

**Kursprogramm:**
 Examenskurs: "Die neue Kanzlei"
**Leitsatz:**

**Ist abzusehen, dass der Unternehmer einen vertraglich bestimmten Termin zur Erfüllung nicht einhalten wird, kann schon vor Eintritt der Fälligkeit ein Schadensersatzanspruch des Bestellers nach den Grundsätzen der positiven Vertragsverletzung entstehen, wenn eine Vertragsverletzung des Unternehmers von solchem Gewicht vorliegt, dass eine Fortsetzung des Vertrags für den Besteller unzumutbar ist.**

**Sachverhalt (vereinfacht):**

Die Kl. bestellte bei der Bekl., einer auf dem Gebiet der Herstellung von Industrierwerkzeugen spezialisierten GmbH, im Februar 1997 zwei Spritzgusswerkzeuge, die zur Lieferung an einen Abnehmer in den Vereinigten Staaten von Amerika bestimmt waren, mit dem die Kl. nach ihrem Vortrag eine umfangreiche Geschäftsbeziehung eingehen wollte. Als Lieferzeit war vereinbart: „KW 23/97 bei uns eintreffend“. In der Folgezeit kam es zu Verzögerungen, deren Gründe in der Sphäre der Bekl. lagen. Die Kl. sah sich im Hinblick auf mit ihrem Abnehmer vereinbarte, nach ihrer Behauptung unter Vertragsstrafeverpflichtung stehende Termine unter Zeitdruck. Nach einer gemeinsamen Besprechung um den 20. 5. 1997 kam die Kl. zu der Auffassung, dass der Liefertermin seitens der Bekl. nicht zu halten sei; es war erst ein Fertigungsstand von 15% erreicht worden. Am 25. 5. 1997 wurden die unfertigen Werkzeuge jedenfalls im Einverständnis mit der Kl. bei der Bekl. abgeholt und später bei einem dritten Unternehmen fertiggestellt. Von dem von ihr errechneten, nach ihrem Vortrag hieraus entstandenen Schaden macht die Kl. im vorliegenden Verfahren einen Teilbetrag von 150 000 DM geltend.

Zu Recht?

**Lösung:****A. Schadensersatz gem. § 376 I HGB**

Die Kl. könnte gegen die Bekl. einen Anspruch auf Schadensersatz in Höhe von 150.000 DM gem. § 376 I HGB haben.

**I. Handelskauf**

Dafür müsste zunächst zwischen den beiden Parteien ein Handelskauf abgeschlossen worden sein. Ein Handelskauf ist ein Kaufvertrag, an dem mindestens ein Kaufmann (§§ 1 ff. HGB) beteiligt ist, §§ 343 - 345

HGB.

Die Kl. bestellte bei der Bekl. im Februar 1997 zwei Spritzgusswerkzeuge, die nach Vorgaben und Wünschen der Kl. von der Bekl. anzufertigen waren. Damit handelt es sich bei dem fraglichen Geschäft um einen Werklieferungsvertrag über eine nicht vertretbare Sache (§ 91 BGB), auf den die Vorschriften über den Kauf Anwendung finden, soweit sie nicht durch speziellere Werkvertragsregeln ausgetauscht werden, § 651 I 2, 2.HS BGB a.F.

Außerdem besitzt die Bekl. als GmbH Kaufmannseigenschaft gem. §§ 6 II HGB, 13 III GmbHG. Damit liegt ein Handelskauf vor.

**II. Vereinbarung eines Fixgeschäfts**

Des Weiteren müssten die Parteien beim Kaufvertragsabschluss ein Fixgeschäft i.S.d. § 376 I HGB vereinbart haben. Dafür ist die Einigung zwischen den Parteien erforderlich, dass die Leistung des einen Teils genau zu einer bestimmten Zeit oder innerhalb einer festbestimmten Frist bewirkt werden soll.

Zur Feststellung einer solchen Vereinbarung stellt der BGH fest:

„Allerdings lässt die Verneinung eines Schadensersatzanspruchs aus § 376 I HGB dem Grunde nach einen Rechtsfehler nicht erkennen. Das BerGer. hat insoweit schon das Vorliegen eines Fixgeschäfts im Sinne dieser Bestimmung mit Recht als nicht dargetan angesehen. Für die Annahme eines solchen Geschäfts genügt die Vereinbarung: „Lieferzeit 23. Kalenderwoche“ nicht. Es erfordert nicht nur die Festlegung einer genauen Lieferzeit oder -frist, sondern darüber hinaus Einigkeit der Parteien darüber, dass der Vertrag mit der Einhaltung oder Nichteinhaltung der Lieferzeit „stehen oder fallen“ soll, wobei sich jeder Zweifel gegen die Annahme eines Fixgeschäfts auswirkt (BGH, WM 1984, 639; Senat, NJW-RR 1989, 1373 = WM 1989, 1180; BGHZ 110, 88 [96f.] = NJW 1990, 2065). Allein aus der Vereinbarung einer fest bestimmten Lieferzeit folgt noch nicht, dass mit der Nichteinhaltung der Frist jedes Interesse der Kl. an der Ausführung des Geschäfts entfiel (BGHZ 110, 88 [96 f.] = NJW 1990, 2065 m. w. Nachw.). Der Auffassung der Revision, dieses Erfordernis gelte nur beim „absoluten“ Fixgeschäft, kann insoweit nicht gefolgt werden. Dass der Vertrag mit der Nichteinhaltung der Lieferzeit fällen sollte, ergibt sich auch nicht aus dem von der Revision als übergangen gerügten Vortrag, die Bedeutung der Lieferzeit sei der Bekl. wiederholt verdeutlicht worden und auch bewusst gewesen.“

**III. Ergebnis**

Die Kl. hat keinen Schadensersatzanspruch gem. § 376 I HGB.

*B. Schadensersatz gem. § 326 I BGB a.F. (= §§ 280 I, III, 281 I 1 BGB n.F.)*

Die Kl. könnte gegen den Bekl. einen Anspruch auf Schadensersatz in Höhe von 150.000 DM gem. § 326 I BGB a.F. (= §§ 280 I, III, 281 I 1 BGB n.F.) haben.

#### *I. Gegenseitiger Vertrag*

Dafür müsste zunächst ein gegenseitiger Vertrag zwischen den Parteien vorliegen. Wie bereits an anderer Stelle gezeigt, haben die Parteien einen Werklieferungsvertrag geschlossen, in dem sie sich gegenseitig zur Herstellung des Werks (= Spritzgusswerkzeuge) und zur Vergütung verpflichtet haben. Damit ist ein gegenseitiger Vertrag gegeben.

#### *II. Verzug mit einer Hauptleistungspflicht*

Des Weiteren müsste die Bekl. als Schuldnerin der versprochenen Werkherstellung mit dieser Hauptleistungspflicht in Verzug gem. § 284 BGB a.F. (= § 286 BGB n.F.) geraten sein.

Schuldnerverzug gem. § 284 BGB a.F. (= § 286 BGB n.F.) setzt ein Schuldverhältnis mit einer fälligen und durchsetzbaren Leistungspflicht voraus. Dazu stellt sich die Frage, ob die Werkherstellungspflicht der Bekl. überhaupt schon fällig war. Der BGH meint dazu:

“Auch soweit die Revision den Klageanspruch auf § 326 a. F. stützt, kann sie nicht durchdringen, weil diese Bestimmung Verzug i. S. des § 284 BGB a. F. und dieser wiederum Fälligkeit voraussetzt. Da Fälligkeit hier nicht vor der 23. Kalenderwoche 1997 in Betracht kam, zu diesem Zeitpunkt aber bereits die Werkzeuge im Einverständnis mit der Kl. bei der Bekl. fortgeschafft worden waren, worin jedenfalls eine konkludente Kündigung des Werkvertrags liegt, die Kl. mithin selbst die Fertigstellung vereitelt hatte, konnte die Bekl. zuvor nicht ohne weiteres in Verzug geraten. Eine ernsthafte Erfüllungsverweigerung lag, wie das BerGer. zutreffend angenommen hat, nicht vor. Sie lag insbesondere auch dann nicht vor, wenn die Bekl. nicht in der Lage gewesen sein sollte, die vereinbarte Frist (und nicht etwa eine ihr gesetzte Nachfrist) einzuhalten (vgl. BGH, NJW 1992, 235). An die tatsächlichen Voraussetzungen für die Bejahung einer endgültigen Erfüllungsverweigerung sind strenge Anforderungen zu stellen; sie liegt nur vor, wenn der Schuldner eindeutig zum Ausdruck bringt, er werde seinen Vertragspflichten nicht nachkommen (BGHZ 104, 6 [13] = NJW 1988, 1778 m.w. Nachw.). Am fehlenden Verzug scheitert auch der von der Revision angezogene Anspruch aus § 286 BGB a. F.”

Mangels Fälligkeit der Werkherstellungspflicht ist die Bekl. nicht in Verzug gem. § 284 BGB a.F. (= § 286

BGB n.F.) geraten.

#### *III. Ergebnis*

Die Kl. hat keinen Schadensersatzanspruch gem. § 326 I BGB a.F. (= §§ 280 I, III, 281 I 1 BGB n.F.)

*C. Schadensersatzanspruch gem. § 635 BGB a.F. (= §§ 634 Nr. 4, 280 ff. BGB n.F.)*

Die Kl. könnte gegen den Bekl. einen Anspruch auf Schadensersatz in Höhe von 150.000 DM gem. § 635 BGB a.F. (= §§ 634 Nr. 4, 280 ff. BGB n.F.) haben.

#### *I. Anwendbarkeit des Werkvertragsrecht*

Auf den zwischen den Parteien geschlossenen Werklieferungsvertrag sind hinsichtlich des Gewährleistungsrechts die Werkvertragsregeln anzuwenden, § 651 I 2 BGB a.F.

[Anm.: Nach dem neuen Schuldrecht sind gem. § 651 BGB n.F. auf einen solchen Vertrag die kaufvertraglichen Regeln grundsätzlich anzuwenden.]

#### *II. Herstellung bzw. Ablieferung eines mangelhaften Werkes*

Ferner müsste die Bekl. ein mangelhaftes Werk i.S.d. § 633 BGB hergestellt bzw. abgeliefert haben. Hier ist jedoch zu berücksichtigen, dass die Bekl. im laufenden Herstellungsprozess von der Kl. unterbrochen worden ist. Dazu führt der BGH aus:

“Ein Schadensersatzanspruch nach § 635 BGB a. F. kommt schon deshalb nicht in Betracht, weil die Bekl. das Werk nicht erstellt und nicht abgeliefert hat. Auch die Regelung des § 636 I BGB a. F. führt hier nicht zu einem anderen Ergebnis, weil sich die Kl. schon vor dem Fertigstellungstermin von dem Vertrag gelöst hat. Die Bestimmung hätte deshalb der Kl. zwar ein Rücktrittsrecht eröffnet, konnte aber nicht auch einen Schadensersatzanspruch nach § 635 a.F. begründen.” Mangels eines abgeschlossenen Herstellungsprozesses liegt kein mangelhaftes Werk vor.

#### *III. Ergebnis*

Die Kl. hat keinen Anspruch gegen die Bekl. gem. § 635 BGB a.F. (= §§ 634 Nr. 4, 280 ff. BGB n.F.).

*D. Schadensersatzanspruch aus positiver Vertragsverletzung (= §§ 280 ff. BGB n.F.)*

Die Kl. könnte gegen den Bekl. einen Anspruch auf Schadensersatz in Höhe von 150.000 DM aus positiver Forderungsverletzung (= §§ 280 ff. BGB n.F.) haben.

#### *I. Wirksames Schuldverhältnis*

Das erforderliche, wirksame Schuldverhältnis zwi-

schen den Parteien liegt in Form des bereits festgestellten Werklieferungsvertrages vor.

### *II. Pflichtverletzung der Bekl. als Schuldnerin*

Zudem müsste die Bekl. als Schuldnerin eine Pflicht aus diesem Werklieferungsvertrag verletzt haben. Zwischen den Parteien war vereinbart worden, dass die Lieferung der fertigen Spritzgusswerkzeuge in der 23. Kalenderwoche 1997 erfolgen sollte; somit bestand für die Bekl. die Pflicht, für eine ordnungsgemäße Einhaltung dieses Liefertermins Sorge zu tragen. Am 20./25.05.1997 kam man zu der Feststellung, dass die Bekl. aufgrund des bisherigen Fertigungsstandes von 15% niemals die Lieferzeit einhalten können.

Fraglich ist allerdings, ob man aus dieser sich erst anbahnenden Pflichtverletzung vor ihrer Fälligkeit schon Rechte herleiten darf. Der BGH begründet dies wie folgt:

“Das BerGer. hat jedoch nicht berücksichtigt, dass der vorliegenden Fall ein Schadensersatzanspruch aus positiver Verletzung des Werkvertrags zustehen kann. Der Auftraggeber hat neben dem sich aus § 636 I 1 BGB a. F. bei drohender Überschreitung der Herstellungsfrist ergebenden Rücktrittsrecht (vgl. Senat, NJW-RR 1992, 1141 [1142] = 1993, 450) nach der Rechtsprechung des BGH einen wichtigen Grund zur Kündigung, wenn Vertragsverletzungen des Auftragnehmers von solchem Gewicht vorliegen, dass die Fortsetzung des Vertrags für ihn unzumutbar ist (BGH, NJW-RR 1996, 1108 = BauR 1996, 704 = ZfBR 1996, 267).

Das Kündigungsrecht kann auch dann bestehen, wenn die schwerwiegende Vertragsverletzung zwar noch nicht eingetreten, ihr Eintritt jedoch sicher ist. Denn es kann Fälle geben, in denen es dem Auftraggeber nicht zugemutet werden die Vertragsverletzung abzuwarten (vgl. Senat, NJW-RR 1992, 1141 [1142] = VersR 1993, 450; BGH, NJW 989 [990], zum Recht des Bestellers, vom Unternehmer eine Konkretisierung seiner Erfüllungsbereitschaft zu verlangen). Wenn feststeht, dass der Auftragnehmer eine Vertragsfrist oder einen vertraglich vereinbarten Termin aus von ihm zu vertretenden Gründen nicht einhalten wird und wenn diese

Vertragsverletzung von erheblichem Gewicht ist, kann eine Fortsetzung des Vertrags mit dem Auftragnehmer in diesem Sinn nicht zumutbar sein (BGH, NJW 2000, 2988 = 2000, 1182 [1185]; insoweit nicht in BGHZ 144, 242, abgedr.; vgl. BGH, NJW-RR 2003, 13). In solchen Fällen kann zugleich eine positive Vertragsverletzung vorliegen, die nach allgemeinen Grundsätzen Schadensersatzansprüche zu begründen geeignet ist.”

Angesichts der eigenen unter Vertragsstrafe stehenden Ablieferungspflicht gegenüber ihren amerikanischen Kunden war es der Kl. nicht zuzumuten, erst den Ablauf der 23. Kalenderwoche 1997 abzuwarten. Da sich bereits sicher abzeichnete, dass die Bekl. diese Lieferzeit nicht einhalten können, muss es der Kl. gestattet sein, schon im Vorfeld Gegenmaßnahmen (= Beauftragung eines Drittunternehmens) zu ergreifen und diese sich von der Bekl. ersetzen zu lassen.

### *III. Vertretenmüssen der Bekl. als Schuldnerin*

Diese festgestellte Pflichtverletzung müsste die Bekl. als Schuldnerin zu vertreten haben. Dabei wird gem. § 282 BGB a.F. (= § 280 I 2 BGB n.F.) ein entsprechendes Vertretenmüssen zu Lasten des Schuldners grundsätzlich vermutet. Da seitens der Bekl. kein Vortrag erfolgte, warum sie an der rechtzeitigen Fertigstellung des Werks gehindert war, bleibt diese Vermutung unwiderlegt.

### *IV. Schaden*

Der Schaden der Kl. besteht hier in dem notwendigen Deckungsgeschäft mit einem anderen Unternehmer, der die unfertigen Spritzgusswerkzeuge noch rechtzeitig vervollständigen konnte.

### *V. Ergebnis*

Die Kl. hat einen Schadensersatzanspruch aus positiver Forderungsverletzung (= § 280 I 1 BGB n.F.).

### *Endergebnis*

Die Kl. hat gegen die Bekl. einen Schadensersatzanspruch aus positiver Vertragsverletzung (= §§ 280 ff. BGB n.F.) in Höhe von 150.000 DM.

**Standort: § 35 StGB****Problem: Notstand bei Tötung eines "Tyrannen"**

BGH, URTEIL VOM 25.03.2003

1 STR 483/02 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

**Problemdarstellung:**

Im vorliegenden Fall hatte die Angeklagte ihren Ehemann, der vor allem sie selbst aber auch die gemeinsamen Töchter seit Jahren brutal misshandelt hatte, während des Schlafes erschossen. Der Einlassung der Angeklagten, sie sei vom Opfer angegriffen worden und habe in Notwehr gehandelt, war das LG nicht gefolgt und hatte sie wegen Mordes verurteilt, allerdings die Strafe gem. § 49 I StGB analog gemindert. Der BGH hob das Urteil auf, da sich das LG nicht mit der Möglichkeit eines entschuldigenden Notstandes (§ 35 I StGB) oder zumindest der irrigen Annahme eines solchen (§ 35 II StGB) auseinander gesetzt habe, was jedoch, selbst wenn die Angeklagte den Irrtum habe vermeiden können, über § 35 II 2 StGB zu einer anderen Strafzumessung hätte führen müssen.

**Prüfungsrelevanz:**

Tötungsdelikte sind vor allem in Sonderkonstellationen (wie in der Fällen der Tötung eines "Haustyrannen") häufig Gegenstand von Examensaufgaben, insb. wenn - wie im vorliegenden Fall - Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe und entsprechende Irrtümer relevant werden.

Ein erhebliches Problem des § 211 StGB, das auch im vorliegenden Fall relevant wurde, stellt dessen Rechtsfolge dar: anders als bei allen anderen Delikten des StGB, die stets einen Strafraum eröffnen und so dem Gericht die Möglichkeit einer Strafzumessung bieten, ist die Rechtsfolge beim Mord zwingend eine lebenslange Freiheitsstrafe ohne dass das Gesetz die Möglichkeit bietet, auf Rechtsfolgenseite des § 211 StGB einer besonderen Situation des Täters Rechnung zu tragen. Um eine verfassungskonforme Anwendung des § 211 StGB zu gewährleisten, besteht deshalb Einigkeit darüber, dass Mordmerkmale stets restriktiv auszulegen sind (BVerfGE 45, 187; Tröndle/Fischer, § 211 Rn. 3 mwN). Über die restriktive Auslegung der Mordmerkmale hinaus hat der Große Strafsenat des BGH vorgeschlagen, in bestimmten, außergewöhnlichen Fällen nicht die in § 211 I StGB an sich zwingend vorgesehene lebenslange Freiheitsstrafe zu verhängen, sondern die Strafe über § 49 I Nr. 1 StGB analog zu mildern (sog. "Rechtsfolgenlösung", BGHSt 30, 105). Diese Anregung ist von der Rechtsprechung aufgegriffen worden und hat auch in der Literatur Anklang

gefunden (Lackner/Kühl, Vor § 211 Rn. 20 f.). Kritisiert worden ist vor allem die Entscheidung des BGH, die Rechtsfolgenlösung nur beim Heimtückemord und nicht beim Vorliegen anderer Mordmerkmale anzuwenden (vgl. BGHSt 42, 301). Während teilweise eine Ausweitung dieser Lösung auf andere Mordmerkmale gefordert wird (Schönke/Schröder- Eser, § 211 Rn. 10 a), wird in der Rechtsfolgenlösung als solcher teilweise auch eine Überschreitung der verfassungsrechtlichen Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung gesehen und eine tatbestandsbezogene Lösung, insb. durch weitere Restriktion des Mordmerkmals der Heimtücke, gefordert (Bruns, JR 1983, 28; Spindel, StV 1984, 46). Im vorliegenden Fall hatte das Landgericht (das § 35 StGB und insb. die Strafmilderung gem. § 35 II 2 StGB nicht erörtert hatte) die Rechtsfolgenlösung angewandt und nur eine zeitige Freiheitsstrafe gegen die Angeklagte verhängt.

Eine weitere Frage, die sich dem BGH stellte, war, ob auch eine Dauergefahr, insb. wegen einer jahrelangen Gewalttätigkeit eines Familienmitgliedes, eine gegenwärtige Gefahr i.S.v. §§ 34, 35 StGB darstellen kann. Gefahr i.S.v. §§ 34, 35 StGB ist ein Zustand, in dem der Eintritt eines Schadens wahrscheinlich ist (RGSt 66, 100; Tröndle/Fischer, § 34 Rn. 3 a; § 35 Rn. 2). Gegenwärtig ist eine Gefahr, wenn sie jederzeit in einen Schaden umschlagen kann (BGH, NJW 1989, 176; LK-Hirsch, § 34 Rn. 26 ff.). Im vorliegenden Urteil hat der BGH seine bisherige Rechtsprechung insofern bestätigt, als dass er auch eine Dauergefahr unter den genannten Voraussetzungen als gegenwärtige Gefahr anerkennt, auch wenn die Möglichkeit offen bleibt, dass der Schadenseintritt noch einige Zeit auf sich warten lässt. Im Falle einer Dauergefahr ist diese auch das betont der BGH - jedoch in aller Regel anders abwendbar (nämlich insb. durch Einschaltung staatlicher Stellen), so dass §§ 34, 35 StGB dennoch ausscheiden.

Schließlich macht der BGH noch Ausführungen zur Vermeidbarkeit der irrigen Annahme von Umständen, die einen entschuldigenden Notstand begründen würden (§ 35 II StGB). Hier betonen sowohl Rechtsprechung wie auch Literatur, dass die Prüfung des Vorliegens der Voraussetzungen des § 35 I StGB umsorgfältiger zu erfolgen hat, je schwerwiegender die begangene Tat ist (BGH, NStZ 1992, 487 mwN). Das bedeutet, dass im Rahmen eines Tötungsdelikts ein unter § 35 II StGB fallender Irrtum wohl grundsätzlich vermeidbar sein dürfte, insb. wenn - wie im vorliegenden Fall - dem Täter ausreichend Zeit für Überlegun-

gen bleibt. Dies betont der BGH auch im vorliegenden Urteil.

Interessant ist auch die abschließende Bemerkung des BGH, dass eine Strafmilderung beim Mord über § 35 II 2 StGB oder über die Rechtsfolgenlösung - obwohl beide § 49 I Nr. 1 StGB (analog) anwenden - nicht unbedingt zum selben Strafmaß führen müsse.

#### **Vertiefungshinweise:**

☐ Zur Rechtsfolgenlösung des BGH beim Mord: *BGHSt* 30, 105; 41, 72; *Küper*, *JuS* 2000, 740; *Meurer*, *NJW* 2000, 2936; *Mitsch*, *JuS* 1996, 121; *Otto*, *Jura* 1994, 141;

☐ Zur Gegenwärtigkeit der Gefahr i.R.v. §§ 34, 35 StGB bei Dauergefahren: *BGHSt* 13, 197; *NJW* 1979, 2053; *Bottke*, *JA* 1980, 513; *Geerds*, *Jura* 1992, 322; *Hruschka*, *NJW* 1980, 21; *Schroeder*, *JuS* 1980, 339;

☐ Zur Vermeidbarkeit des Irrtums gem. § 35 II StGB: *BGHSt* 18, 311; *Vogler*, *GA* 69, 115;

#### **Kursprogramm:**

☐ *Examenskurs*: "Familienglück"

☐ *Examenskurs*: "Verflixte Erbschaft"

#### **Leitsätze:**

**1. Tötet ein Angehöriger heimtückisch handelnd einen äußerst gewalttätigen „Familiencyrannen“, von dem eine Dauergefahr (im Sinne des § 35 Abs. 1 StGB) für die Familienmitglieder ausgeht, so hat der Tatrichter grundsätzlich die weiteren Voraussetzungen des entschuldigenden Notstandes zu prüfen. Bei der Prüfung der anderweitigen Abwendbarkeit der Gefahr (§ 35 Abs. 1 StGB) ist regelmäßig vom Täter zu verlangen, dass er zunächst die Hilfe Dritter, namentlich staatlicher Stellen in Anspruch nimmt.**

**2. Für die Straffindung ist eine etwaige obligatorische Milderung nach § 35 Abs. 2, § 49 Abs. 1 Nr. 1 StGB der Milderung wegen Vorliegens außergewöhnlicher Umstände beim Heimtückemord (§ 49 Abs. 1 Nr. 1 StGB analog, gemäß *BGHSt* 30, 105) vorgreiflich.**

#### **Sachverhalt:**

Die Angeklagte A erschoss am 21. September 2001 gegen Mittag ihren schlafenden Ehemann M mit dessen Revolver. Dieser hatte sie über viele Jahre hinweg durch zunehmend aggressivere Gewalttätigkeiten und Beleidigungen immer wieder erheblich verletzt und gedemütigt. Als sie die Tat beging, sah sie keinen anderen Ausweg mehr, um sich und auch die beiden gemeinsamen Töchter vor weiteren Tötlichkeiten zu

schützen.

A lernte M im Jahre 1983 kennen und freundete sich mit ihm an. Dieser war bereits damals Mitglied einer Rockergruppe. Er wurde alsbald gegenüber der A tötlich, indem er sie ohrfeigte. Gleichwohl heiratete die A ihn 1986. Später, nach der Geburt der ersten Tochter J, versetzte er ihr auch Faustschläge ins Gesicht oder in die Magengegend und trat sie, wenn irgendetwas im täglichen Ablauf nicht seinen Vorstellungen entsprach oder A seinen „Befehlen“ nicht mit der erwarteten Schnelligkeit nachkam. Zudem ging er immer mehr dazu über, bei jeder alltäglichen Verrichtung die Hilfe der A in Anspruch zu nehmen. Auch mußte sie sämtliche Gegenstände wegräumen, die er irgendwo liegen ließ. Als A schließlich mit der zweiten Tochter T schwanger war, nahm er hierauf keine Rücksicht und versetzte ihr auch jetzt Fußtritte und Faustschläge in den Bauchbereich. Hierauf führte A zurück, dass T mit einer Lippen-Gaumen-Spalte zur Welt kam.

Die Gewalttätigkeiten nahmen schließlich solche Ausmaße an, dass A im Mai 1988 den Entschluss fasste, sich von ihrem Mann zu trennen. Sie begab sich in ein Frauenhaus. Ihre Eltern waren nicht bereit, sie aufzunehmen, weil sie Furcht vor den Nachstellungen Ms hatten. Nachdem dieser jedoch Besserung gelobt hatte, kehrte A nach vier Wochen zu ihm zurück. Im Jahr 1993 kam es zu einem weiteren Übergriff, bei dem er sie so lange schlug, bis sie auf dem Boden liegen blieb. Danach trat er auf die am Boden Liegende mit seinen Springerstiefeln mehrfach ein; dabei erlitt sie eine Nierenquetschung. In der Klinik täuschte A zur Verschleierung indessen einen Sturz vor. Ein anderes Mal stieß M den Kopf der A mehrfach mit solcher Heftigkeit gegen eine Zimmerwand, dass diese großflächig mit Blut verschmiert wurde und A bewusstlos zu Boden fiel. Er selbst nahm an, er habe sie getötet. Seit Mitte der 90er Jahre schlug er sie, wann immer er meinte, sie habe etwas falsch gemacht.

In einem Falle versetzte er ihr mitten in der Nacht während des Schlafes einen Faustschlag ins Gesicht, weil sie ihm nach seiner Auffassung Anlass zu eifersüchtigen Träumen gegeben hatte; die aufgeplatzte Lippe mußte chirurgisch versorgt werden. Nachdem die Eheleute schließlich ein Hausgrundstück gekauft hatten und M selbst Hand im Garten anlegte, erwartete er, dass A auf seinen Wink notwendige Werkzeuge oder Hilfsmittel herbeihole; dabei titulierte er sie regelmäßig als "Schlampe", "Hure" oder "Fotze" und bedachte sie mit Ohrfeigen oder Fußtritten. Registrierte er, dass diese Handlungsweise von Nachbarn beobachtet werden konnte, schickte er A ins Haus, folgte ihr und verabreichte ihr dann dort weitere Faustschläge und Fußtritte.

In der neuen Umgebung wurden seine Gewalttätigkeiten noch intensiver und häufiger. Es kam vor, dass er seine Frau mit einem Baseballschläger oder sonstigen Gegenständen schlug, die gerade für ihn greifbar waren. Schließlich misshandelte und demütigte er sie auch vor seinen Freunden in seinem Motorradclub: Weihnachten 2000 schlug er sie in Anwesenheit der versammelten Vereinsmitglieder, zwang sie vor ihm niederzuknien und ihm nachzusprechen, sie sei eine "Schlampe" und der "letzte Dreck". A nahm die ständigen Beleidigungen und Körperverletzungen ohne Widerworte oder gar Gegenwehr hin; sie meinte, dass ihr Mann sich sonst noch mehr erzürnen und noch kräftiger zuschlagen würde.

Nachdem M sich im April 2001 als Gastwirt selbständig gemacht hatte, steigerten sich seine Gewalttätigkeiten weiter. Er schlug nicht nur A. Auch die Töchter J und T bekamen jetzt Schläge "ins Genick", wenn sie sich seiner Auffassung nach aufsässig oder unbotmäßig verhielten. A, die M in jeder freien Minute für Handreichungen bei allen alltäglichen Verrichtungen zur Verfügung zu stehen hatte und ihn bedienen musste, fand seit der Eröffnung der Gaststätte kaum mehr Schlaf. Durch die fortgesetzten Beleidigungen und Tätlichkeiten geriet sie an die Grenzen ihrer psychischen und physischen Belastbarkeit. Körperlich magerete sie immer mehr ab. Im Sommer 2001 war sie ein drittes Mal von M schwanger, erlitt aber im August, also etwa einen Monat vor der Tat, eine Fehlgeburt. In den letzten beiden Tagen vor der Tat hatte M außergewöhnlich heftige Wutanfälle. So regte er sich auf, weil er fürchtete, nicht rechtzeitig zur Öffnung seiner Gaststätte zu kommen. Er machte A dafür verantwortlich, weil sie ihn nicht früher geweckt habe. Als er sich über eine im Windzug klappernde Tür erregte und A versuchte, ihn zu beschwichtigen, gab er ihr mehrere wuchtige Ohrfeigen, die sie zu Boden warfen. Daraufhin trat er barfuß auf sie ein. Kurze Zeit später versetzte er ihr unvermittelt einen so starken Faustschlag in den Magen, dass sie sich vor Schmerz zusammenkrümmte. Anschließend ohrfeigte er sie heftig. Er war nun wütend, weil die Angeklagte dabei gegen eine Tür gestoßen war; er hielt ihr vor, dass die Tür hätte beschädigt werden können. Sodann trat er, der nun Springerstiefel trug, mindestens zehnmal auf die schließlich am Boden liegende A ein, kniete sich auf sie und schlug ihr mit den Fäusten ins Gesicht. Er zog sie an den Haaren zu sich heran und biss ihr in die Wange. Infolge der Verletzungen konnte A an diesem Tag nicht das gemeinsame Lokal aufsuchen und mußte auch einen Zahnarztbesuch absagen.

Als M am Tattag gegen 3.30 Uhr aus seinem Lokal nach Hause kam, stritt er erneut mit A. Eine halbe

Stunde lang beschimpfte er sie, bespuckte sie und schlug ihr ins Gesicht, so dass sie aus dem Mund blutete. Schließlich ging er zu Bett, während A wach blieb, weil sie die Kinder um 6.00 Uhr für die Schule fertig machen mußte. Später, gegen 9.00 Uhr, stieß sie beim Aufräumen in der Wohnung auf den von M illegal erworbenen achtschüssigen Revolver "Double Action" der Marke Aminius, Kaliber 22 Magnum, nebst Munition. Diesen verwahrte ihr Mann normalerweise in der Gaststätte, um sich gegen Racheakte verfeindeter Rockergruppen und Überfälle zu schützen. A hielt ihre Situation für vollkommen ausweglos, seit sie einige Wochen zuvor wahrgenommen hatte, dass sich ihr Allgemeinzustand wegen der Doppelbelastung im Haushalt und in der Gaststätte sowie aufgrund der Beschimpfungen und Tätlichkeiten ihres Mannes erheblich verschlechtert hatte. Sie glaubte daher, den sich steigenden Gewalttätigkeiten bald "nicht mehr Stand halten zu können" und befürchtete, dass die Tätlichkeiten auch gegen die Töchter schlimmere Ausmaße annehmen könnten und sie selbst dann aufgrund ihres schlechten Allgemeinbefindens dagegen immer weniger würde unternehmen können. Nach drei gescheiterten Selbstmordversuchen mittels Tabletten in zurückliegender Zeit war in ihr die Einsicht gereift, dass ein Selbstmord keine Lösung sei, weil dann ihre Töchter den Gewalttätigkeiten des Mannes schutzlos ausgesetzt wären. Spätestens seit Sommer 2001 hatte sie sich deshalb verstärkt mit dem Gedanken befasst, dem Leben ihres Mannes ein Ende zu setzen. Sie sah in ihrer Situation keinen anderen Ausweg, den Gewalttätigkeiten Ms zu entkommen und ihre eigene sowie die Unversehrtheit ihrer Töchter für die Zukunft zu garantieren, als ihn zu töten.

Eine Trennung von M meinte sie auch mit Hilfe staatlicher oder karitativer Einrichtungen nicht bewerkstelligen zu können. Für diesen Fall hatte er ihr - nachdem sie aus dem Frauenhaus zurückgekehrt war - wiederholt angedroht, dass er den Töchtern etwas antun würde.

Auch sie selbst könne er jederzeit ausfindig machen. Selbst wenn er ins Gefängnis käme, sei sie nicht vor ihm sicher. Er werde schließlich irgendwann "wieder herauskommen". Überdies könne er auch aus dem Gefängnis heraus seine Freunde aus den Rockergruppen beauftragen, ihr etwas anzutun. A nahm diese Drohungen ernst. Tatsächlich waren M und die Rockergruppen, denen er angehörte, gerichtsbekannt äußerst gewalttätig. Nachdem A nach dem Auffinden des Revolvers längere Zeit mit sich gerungen hatte, ob dies die Gelegenheit sei, die von ihr bereits seit einiger Zeit in Aussicht genommene Tat zu begehen, entschloss sie sich, den Schritt zu wagen und ihren Ehe-

mann zu töten. Sie sah darin die "einzige Lösungsmöglichkeit", um die für sie ruinöse Beziehung zu ihrem Mann zu beenden. Sie betrat das Schlafzimmer und feuerte aus einer Entfernung von rund 60 cm den Inhalt der gesamten Trommel des achtschüssigen Revolvers in Sekundenschnelle auf ihren schlafenden Ehemann ab. Zwei der Geschosse trafen und führten umgehend zu seinem Tod.

Nach der Tat versandte sie zwei SMS-Nachrichten an ihre Töchter, dass sie sogleich nach der Schule nach Hause kommen sollten. Später nahm sie telefonisch Kontakt mit einem Rechtsanwalt auf, der kurz darauf im Haus der Angeklagten eintraf. Dort erschienen ca. 40 Minuten später auch die Mutter der A und andere Verwandte. Wenig später wurde die Polizei benachrichtigt.

Hat A sich wegen Mordes (§ 211 StGB) strafbar gemacht?

### **Lösung:**

Fraglich ist, ob sich A wegen Mordes gem. § 211 StGB durch die Schüsse strafbar gemacht hat.

## *I. Tatbestand*

### *1. Tötung eines anderen Menschen*

A müsste zunächst einen anderen Menschen getötet haben. Durch die Schüsse hat sie den M getötet, so dass diese Voraussetzung gegeben ist.

### *2. Heimtücke*

A könnte M heimtückisch getötet haben.

#### *a) Rechtsprechung*

Heimtücke i.S.v. § 211 StGB ist nach der Rechtsprechung dann gegeben, wenn der Täter die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers bewusst in feindlicher Willensrichtung zur Tatbegehung ausnutzt (BGHSt 7, 221; 9, 390).

Der BGH führt aus: "Die Annahme heimtückischen Handelns der Angeklagten lässt ebensowenig einen Rechtsfehler erkennen. Die Würdigung, sie habe die Arg- und Wehrlosigkeit ihres Mannes in feindlicher Willensrichtung bewusst zur Tötung ausgenutzt, wird von den Feststellungen getragen.

M hatte seine Arglosigkeit gleichsam 'mit in den Schlaf genommen' (vgl. BGHSt 23, 119, 121). Gründe, die hier eine andere Bewertung hätten rechtfertigen können, sind nicht festgestellt. Die Angeklagte hatte in der Vergangenheit die Demütigungen und Misshandlungen durch ihren Mann ohne Gegenwehr über sich ergehen lassen. Es lag deshalb außer Betracht, dass

dieser zum Zeitpunkt seines Einschlafens mit einer erheblichen körperlichen Attacke durch die Angeklagte gerechnet hätte. Schließlich erschoss die Angeklagte ihren Mann gezielt im Schlaf, weil sie es nicht wagte, ihm offen feindselig gegenüberzutreten. Ihre Einsichts- und ihre Steuerungsfähigkeit waren nicht in erheblicher Weise eingeschränkt. Sie hatte sich seit längerem mit dem Gedanken an eine Tötung M's befasst und auch unmittelbar vor der Tatausführung längere Zeit mit sich gerungen."

Nach dieser Auffassung liegt somit eine heimtückische Tötung vor.

#### *b) Literatur*

Die herrschende Literatur verlangt zusätzlich noch einen besonders verwerflichen Vertrauensbruch des Täters, wozu die Ausnutzung eines zwischen Täter und Opfer bestehenden Vertrauensverhältnisses erforderlich aber auch ausreichend sein soll (Joecks, § 211 Rn. 23; Schönke/Schröder-Eser, § 211 Rn. 26 mwN).

Da M und F miteinander verheiratet waren, bestand auch ein entsprechendes Vertrauensverhältnis zwischen Täterin und Opfer. Hieran ändert auch nicht etwas der Umstand etwas, dass die Ehe zwischen den beiden nicht gerade als harmonisch bezeichnet werden kann, da die gegenseitigen Schutz- und Fürsorgepflichten zwischen Eheleuten (vgl. § 1353 BGB), die das Bestehen eines Vertrauensverhältnisses begründen, für jede Ehe gelten. Ein besonders verwerflicher Vertrauensbruch und somit eine heimtückische Tötung sind also nach dieser Auffassung gegeben.

#### *c) Zwischenergebnis*

Nach beiden Auffassungen ist eine heimtückische Tötung gegeben.

### *3. Vorsatz*

A hat vorsätzlich gehandelt, insb. auch bzgl. der heimtückischen Tötung.

## *II. Rechtswidrigkeit*

### *1. Notwehr (§ 32 StGB)*

Das Verhalten der A könnte aus Notwehr (§ 32 StGB) gerechtfertigt sein.

Dies setzt zunächst das Vorliegen eines gegenwärtigen, rechtswidrigen Angriffs voraus (§ 32 II StGB). Angriff ist jede Bedrohung rechtlich geschützter Interessen durch menschliches Verhalten (Joecks, § 32 Rn. 5; Wessels/Beulke, AT Rn. 325). Gegenwärtig ist ein Angriff, wenn er unmittelbar bevorsteht, gerade begonnen hat oder noch andauert (BGH, NJW 1995,

973; Schönke/Schröder-Lenckner/Peron, § 32 Rn. 13). Da M schlief, sah sich die A keinem akuten Angriff auf ihre körperliche Unversehrtheit durch ihn ausgesetzt. Fraglich ist jedoch, ob ein gegenwärtiger Angriff vielleicht deswegen besteht, weil A von ihrem Mann andauernd geschlagen und misshandelt wurde, so dass unmittelbar nach seinem Erwachen erneut Körperverletzungen durch ihn drohten.

#### a) Minderheitsmeinung

Nach einer Minderheitsmeinung ist in den Fällen eines sog. "Familiencyrannen", von dem andauernd Verletzungen der Rechtsgüter seiner Familienmitglieder ausgehen, stets ein gegenwärtiger Angriff gegeben (sog. "Dauerangriff", Trechsel, KritV 2000, 183).

Nach dieser Auffassung läge ein gegenwärtiger Angriff des M vor.

#### b) Herrschende Meinung

Die herrschende Meinung nimmt auch im Falle eines "Familiencyrannen" nicht stets einen gegenwärtigen Angriff i.S.v. § 32 StGB an, sondern nur dann, wenn eine konkrete Verletzungshandlung gerade stattfindet oder unmittelbar bevorsteht (SK-Günther, § 32 Rn. 6; Lackner/Kühl, § 32 Rn. 4 mwN).

Da M zur Tatzeit schlief und nicht unmittelbar dazu ansetzte, die A zu verletzen, läge nach dieser Auffassung kein gegenwärtiger Angriff vor.

#### c) Stellungnahme

Gegen die Minderheitsmeinung spricht, dass § 32 StGB, der - anders als § 34 StGB - einen Eingriff in fremde Rechtsgüter auch ohne Abwägung der widerstreitenden Interessen erlaubt, die durch ihn verliehenen, weitgehenden Befugnisse aus dem Bestehen einer konkreten "Kampfsituation" heraus rechtfertigt. Dem würde es zuwiderlaufen, wenn man die Existenz eines "Dauerangriffes" annähme. In diesen Fällen erscheint das Vorliegen einer "Dauergefahr" i.S.v. § 34 StGB naheliegender, so dass sich die Rechtfertigung eines Verhaltens wie desjenigen der A eher aus dieser Norm herbleiten lässt. Ein gegenwärtiger Angriff ist somit nicht gegeben.

A ist nicht aus § 32 StGB gerechtfertigt.

#### 2. Rechtfertigender Notstand (§ 34 StGB)

A könnte jedoch wegen eines rechtfertigenden Notstands gem. § 34 StGB gerechtfertigt sein.

Ob überhaupt eine Notstandslage i.S.v. § 34 StGB gegeben ist, kann dahinstehen, wenn jedenfalls nicht das geschützte Interesse das beeinträchtigte wesentlich überwiegt (vgl. § 34 S. 1 StGB).

Hierzu der BGH: "Die Annahme eines rechtfertigenden Notstandes setzt eine Interessenabwägung voraus. Diese muss zum Ergebnis haben, dass das geschützte Interesse das beeinträchtigte wesentlich überwiegt (§ 34 Satz 1 StGB). Es liegt auf der Hand, dass die hier in Rede stehenden zu schützenden Rechtsgüter, die körperliche Unversehrtheit der Angeklagten und der gemeinsamen Töchter, das durch die Tat beeinträchtigte Interesse, nämlich das Leben Ms als vernichtetes Rechtsgut, nicht überwogen. Das Ergebnis der Abwägung würde selbst dann nicht zugunsten der Angeklagten ausfallen, wenn eine zugespitzte Situation mit akuter Lebensgefahr für einen Familienangehörigen Ms unterstellt würde (vgl. zur sog. Abwägung von 'Leben gegen Leben': Lenckner/Perron in Schönke/Schröder StGB 26. Aufl. § 34 Rdn. 30, 31; Rengier NStZ 1984, 21, 22; siehe weiter zur Frage einer Rechtfertigung der Tötung des sog. 'Haus- oder Familiencyrannen' in zugespitzten Gefahrensituationen: Lackner/Kühl StGB 24. Aufl. § 32 Rdn. 4, § 34 Rdn. 9; Roxin, Strafrecht AT 3. Aufl. § 16 Rdn. 76; Hillenkamp, FS Koichi Miyazawa, 1995, S. 141, 146; Ludwig, 'Gegenwärtiger Angriff', 'drohende' und 'gegenwärtige' Gefahr im Notwehr- und Notstandsrecht, Diss. 1991, S. 169; Otte, Der durch Menschen ausgelöste Defensivnotstand, Diss. 1998, S. 179 f.; Byrd, in: Bottke, Familie als zentraler Grundwert demokratischer Gesellschaften, 1994, S. 117, 125)."

Eine Rechtfertigung der A gem. § 34 StGB scheidet somit auch aus.

A hat also rechtswidrig gehandelt.

#### III. Schuld

A müsste auch schuldhaft gehandelt haben.

##### 1. Entschuldigender Notstand (§ 35 I StGB)

A könnte durch einen entschuldigenden Notstand gem. § 35 I StGB entschuldigt sein.

##### a) Notstandslage

§ 35 I StGB setzt zunächst das Bestehen einer Notstandslage, d.h. eine gegenwärtige Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit des Täters, eines Angehörigen oder einer anderen nahestehenden Person, voraus.

Der BGH erörtert für den vorliegenden Fall: "Nach ständiger Rechtsprechung ist eine Gefahr im Sinne des § 35 Abs. 1 StGB ein Zustand, in dem aufgrund tatsächlicher Umstände die Wahrscheinlichkeit des Eintritts eines schädigenden Ereignisses besteht (vgl. nur BGHSt 18, 271). Dazu zählt auch eine Dauergefahr, bei der ein länger andauernder gefahrdrohender Zustand jederzeit in einen Schaden umschlagen kann

(BGH NJW 1979, 2053, 2054). Insoweit unterscheidet sich der Anknüpfungspunkt des entschuldigenden Notstandes, die gegenwärtige Gefahr, von demjenigen der Notwehr, die einen gegenwärtigen Angriff voraussetzt. Nach den Urteilsgründen drängte sich hier die Annahme auf, dass die Angeklagte und ihre Kinder sich in einer von M ausgehenden Dauergefahr für ihre körperliche Unversehrtheit und möglicherweise auch für ihr Leben befanden. Die Gewalttätigkeiten des Ehemannes gegen die Angeklagte dauerten seit etwa 15 Jahren an. Sie hatten sich in den Monaten und Tagen vor der Tat ständig gesteigert und schon früher zu schweren Verletzungen der Angeklagten geführt. Sie richteten sich mittlerweile auch gegen die gemeinsamen Töchter. Nach den getroffenen Feststellungen lag daher nahe, dass hier eine an Gewissheit grenzende Wahrscheinlichkeit auch zukünftiger Verletzungshandlungen bestand.

Gegenwärtig ist die Gefahr dann, wenn sich die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts nach einem objektiven Urteil aus der ex-ante-Sicht so verdichtet hat, dass die zum Schutz des bedrohten Rechtsguts notwendigen Maßnahmen sofort eingeleitet werden müssen, um den Eintritt des Schadens sicher zu verhindern. Bei einer Dauergefahr ist eine solche Verdichtung der Gefahr dann anzunehmen, wenn der Schaden jederzeit eintreten kann, auch wenn die Möglichkeit offen bleibt, dass der Schadenseintritt noch einige Zeit auf sich warten lässt (BGH NJW 1979, 2053, 2054; vgl. auch BGHSt 5, 371, 373).

Auf der Grundlage dieses Maßstabes war die Annahme einer 'gegenwärtigen Gefahr' im Sinne des § 35 Abs. 1 StGB hier naheliegend. Diese konnte sich jederzeit realisieren, auch wenn M im Tatzeitpunkt schlief; er hatte die Angeklagte bereits in der Vergangenheit aus dem Schlaf heraus und ohne konkreten Anlass misshandelt. Zudem war mit seinem Erwachen und der sofortigen Aufnahme weiteren Streits mit den allfälligen körperlichen Misshandlungen zu rechnen."

Eine Notstandslage i.S.v. § 35 I StGB ist somit gegeben.

#### *b) Notstandshandlung*

Das Erschießen des M durch A müsste auch als Notstandshandlung von § 35 StGB gedeckt sein.

Hierfür ist es insb. erforderlich, dass die gegenwärtige Gefahr, die die Notstandslage begründet, "nicht anders anwendbar" ist, d.h. dass kein gleich geeignetes, milderes Mittel zur Gefahrabwendung besteht (Joecks, § 35 Rn. 2).

Der BGH erörtert insofern anderweitige Möglichkeiten der A zur Gefahrabwendung: "Danach kann die Frage einer Entschuldigung der Angeklagten davon abhän-

gen, ob die Gefahr für sie anders - als durch die Tat - abwendbar gewesen wäre. Die Kammer hat den Sachverhalt nicht unter diesem Gesichtspunkt gewürdigt und dazu auch keine Feststellungen getroffen. Dies wird nachzuholen sein. Hierzu gilt: Die Gefahr wäre dann nicht anders als durch die Notstandstat abwendbar gewesen, wenn diese das einzig geeignete Mittel gewesen wäre, der Notstandslage wirksam zu begegnen (BGH NJW 1966, 1823, 1824 f.; Urteil vom 21. Mai 1992 - 4 StR 140/92). Als anderweitige Abwendungsmöglichkeiten kamen hier ersichtlich die Inanspruchnahme behördlicher Hilfe oder der Hilfe karitativer Einrichtungen in Betracht, namentlich der Auszug der Angeklagten mit den Töchtern aus dem gemeinsamen Haus und die Übersiedlung etwa in ein Frauenhaus, aber auch das Suchen von Zuflucht bei der Polizei mit der Bitte um Hilfe im Rahmen der Gefahrenabwehr; letzteres wäre naheliegenderweise mit einer Strafanzeige verbunden gewesen. Die Angeklagte hat indessen nicht versucht, sich auf diese Weise aus ihrer bedrängten Lage zu befreien.

Unter diesen Umständen könnte die Gefahr nur dann als nicht anders abwendbar bewertet werden, wenn aufgrund konkreter Anhaltspunkte des Einzelfalles die hinreichende Wirksamkeit der Handlungsalternativen von vornherein zweifelhaft gewesen wäre. Denn auch bei Bestehen einer Dauergefahr muss die Abwehr nicht darauf beschränkt werden, die Gefahr nur hinauszuschieben (BGHSt 5, 371, 375; BGH NJW 1979, 2053, 2054). Anhaltspunkte dafür, dass die Alternativen zur Abwehr der Gefahr nicht in diesem Sinne wirksam gewesen wären, können sich etwa daraus ergeben, dass die Behörden trotz Hilfersuchens und Kenntnis der Lage in der Vergangenheit nicht wirksam eingeschritten waren und daher ungewiss bleiben mußte, ob sie in der aktuellen Notstandslage nachhaltig eingreifen würden (BGH NJW 1966, 1823, 1824 f.; NJW 1979, 2053, 2054), oder dass mögliche polizeiliche Hilfe die Notstandslage nicht wirksam hätte beseitigen können (dazu BGH GA 1967, 113).

Nach den bisherigen Feststellungen lässt sich nicht verlässlich beurteilen, ob die Angeklagte zur Abwendung der ihr und den Kindern drohenden Gefahr ohne aussichtsreiche, wirksame Handlungsalternative war, wiewohl dies eher fernliegen wird. Auch wenn im Falle des Auszugs und der Inanspruchnahme von Hilfe Nachstellungen Ms zu besorgen gewesen wären, so bleibt zu bewerten, wie ernst die von diesem ausgesprochenen Drohungen tatsächlich zu nehmen waren. Schließlich ist im Grundsatz bei vollständiger Kenntnis des objektiven Sachverhalts davon auszugehen, dass solcherart in Bedrängnis geratenen Familienangehörigen von staatlichen Stellen und karitativen Einrichtun-

gen auch wirksame Hilfe zuteil wird. Das wird auch dann gelten, wenn - wie hier - die rechtlichen Möglichkeiten des mittlerweile in Kraft getretenen Gewaltschutzgesetzes noch nicht bestanden haben, unter dessen Geltung aber zukünftig um so mehr (Gesetz zum zivilrechtlichen Schutz vor Gewalttaten und Nachstellungen vom 11. Dezember 2001 - BGBl. I S. 3513). An die Annahme anderweitiger Abwendbarkeit der Dauergefahr sind nicht zuletzt aus normativen Gründen und zumal dann, wenn die Vernichtung des Rechtsguts Leben in Rede steht, keine allzu hohen Anforderungen zu stellen. Dem entspricht die Verpflichtung staatlicher Stellen (der Polizei, aber zum Beispiel auch der Jugendämter) zum wirksamen Einschreiten. Danach gilt: Die von einem 'Familiencyrannen' aufgrund seiner immer wiederkehrenden erheblichen Gewalttätigkeiten ausgehende Dauergefahr für die übrigen Familienmitglieder ist regelmäßig im Sinne des § 35 Abs. 1 StGB anders abwendbar als durch die Tötung des 'Tyranen', indem Hilfe Dritter, namentlich staatlicher Stellen in Anspruch genommen wird."

Es bestanden also gleich geeignete, mildere Mittel für die A, um die Gefahr abzuwenden, so dass die Tötung des M als Notstandshandlung nicht erforderlich war.

A ist nicht gem. § 35 I StGB entschuldigt.

[Anm.: Geht der Bearbeiter davon aus, dass (z.B. wegen der Drohung des M, ggf. seine Rockerbande einzuschalten) die Tötung des M erforderlich war, so wäre zu erörtern, ob der A nicht vielleicht die Hinnahme der Gefahr i.S.v. § 35 I 2 StGB zuzumuten war. Hierzu der BGH: "Die Annahme eines entschuldigenden Notstandes wäre hier nicht deshalb ausgeschlossen gewesen, weil die Angeklagte die von M ausgehende Gefahr etwa 'selbst verursacht' hätte oder weil ihr aufgrund der Ehe mit diesem die Hinnahme der Gefahr zumutbar gewesen wäre (§ 35 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 1 StGB). Eine 'Verursachung der Gefahr' in diesem Sinne kommt nicht deshalb in Betracht, weil die Angeklagte über Jahre hinweg trotz der Misshandlungen und Beleidigungen bei ihrem Ehemann ausgeharrt hatte. Die Ehe mit ihm als solche war angesichts des Gewichts der langdauernden, wiederkehrenden Misshandlungen hier kein Rechtsverhältnis, aufgrund dessen der Angeklagten die Hinnahme der Gefahr weiterer, auch heftiger körperlicher Attacken zuzumuten gewesen wäre."]

2. Irrige Annahme eines entschuldigenden Notstands (§ 35 II StGB) durch A

A wäre jedoch ebenfalls entschuldigt, wenn sie Um-

stände angenommen hätte, die sie nach § 35 I StGB entschuldigen würden und dieser Irrtum für die unvermeidbar war.

a) *Annahme eines entschuldigenden Notstandes gem. § 35 I StGB*

A müsste zunächst Umstände angenommen haben, nach denen sie gem. § 35 I StGB entschuldigt wäre. § 35 II StGB erfasst insb. auch solche Fälle, in denen der Täter einen milderen Ausweg nicht kennt (RGSt 64, 32; OLG Hamm, NJW 1958, 271).

Nach Auffassung des BGH liegt ein entsprechender Irrtum der A nahe: "Die Angeklagte könnte indessen selbst dann für ihre Tat nicht bestraft werden, wenn die Gefahr zwar objektiv anders abwendbar gewesen wäre, sie aber bei Begehung der Tat irrig Umstände angenommen hätte, die sie entschuldigen würden und wenn sie diesen Irrtum nicht hätte vermeiden können (§ 35 Abs. 2 StGB). Nach den bisherigen Feststellungen der Kammer - die diese allerdings nicht im Blick auf § 35 StGB getroffen hat - war die Angeklagte von der Vorstellung beseelt, ihre Situation sei ausweglos; sie könne sich und ihre Kinder vor weiteren Übergriffen nur durch die Tötung Ms schützen; sie sah darin die 'einzige Lösungsmöglichkeit'".

A hatte sich also vorgestellt, die (tatsächlich, s.o.) bestehende gegenwärtige Gefahr sei nicht anders abwendbar als durch die Tötung des M, so dass sie sich Umstände vorgestellt hat, nach denen sie gem. § 35 I StGB entschuldigt wäre. A befand sich also in einem Irrtum i.S.v. § 35 II StGB.

b) *Unvermeidbarkeit des Irrtums*

Dieser Irrtum müsste für A unvermeidbar gewesen sein.

Der BGH macht auch Ausführungen zur (Un-) Vermeidbarkeit des Irrtums der A: "[...] kommt es für die Frage der Vermeidbarkeit eines solchen Irrtums (§ 35 Abs. 2 StGB) darauf an, ob die Angeklagte mögliche Auswege gewissenhaft geprüft hat. Dabei sind die Anforderungen an diese Prüfungspflicht nach den konkreten Tatumständen zu bestimmen (BGH, Urteil vom 21. Mai 1992 - 4 StR 140/92). Von Bedeutung sind dafür insbesondere die Schwere der Tat und die Umstände, unter denen die Prüfung stattgefunden hat, insbesondere die Zeitspanne, die für sie zur Verfügung stand und ob dem Täter eine ruhige Überlegung möglich war; gegebenenfalls kommt es auch darauf an, wodurch ihm die Einsicht in die tatsächliche Sachlage verschlossen war. Hier stand mit der Tötung eines Menschen eine der am schwersten wiegenden Straftaten und der Angriff auf das höchste Individualrechtsgut in Frage. Daher werden an die Prüfungspflicht der

Angeklagten strenge Anforderungen zu stellen sein. Für die Vermeidbarkeit eines entsprechenden Irrtums würde es sprechen, wenn sich auch in der neuen Hauptverhandlung ergäbe, dass der Angeklagten vor der Tat eine lange Überlegungsfrist zur Verfügung stand, in der sie Erkundigungen über Möglichkeiten zur anderweitigen Abwendbarkeit der Gefahr und Rat hätte einholen können. Dass ihre körperliche und seelische Verfassung nach den langdauernden Misshandlungen und Demütigungen durch M sie gehindert hätten, ihre Möglichkeiten realistisch einzuschätzen, wird eher fern liegen; das wird jedenfalls dann gelten, wenn sich erneut erweisen sollte, dass weder ihre Steuerungs- noch ihre Einsichtsfähigkeit nicht erheblich vermindert war.”

Die A hatte zwischen Auffinden des Revolvers und Tötung des M längere Zeit mit sich gerungen, ob sie die Tat begehen sollte. Da auch ihr Rechtsanwalt offensichtlich nachts für die A erreichbar war (immerhin war er noch vor der Polizei am Tatort), hätte sie nicht nur selbst Überlegungen anstellen können, die sie zu dem Ergebnis geführt hätten, dass eine Tötung des M nicht über § 35 I StGB entschuldigt wäre, sie hätte auch entsprechenden fachkundigen Rat einholen können. Der Irrtum war somit vermeidbar.

A ist auch nicht gem. § 35 II StGB entschuldigt. Ihre Strafe ist jedoch gem. § 35 II 2 StGB i.V.m. § 49 I Nr. 1 StGB zu mildern.

*[Anm.: Der BGH äußert sich auch zum Verhältnis von § 35 II 2 StGB zur (vom Landgericht vorgenommenen Strafmilderung über die sog. “Rechtsfolgenlösung gem. § 49 I Nr. 1 StGB analog: “Sollte der neue Tatrichter [...] zu dem Ergebnis kommen, dass der Irrtum der Angeklagten vermeidbar war, wird die Strafe nach § 35 Abs. 2 Satz 2, § 49 Abs. 1 Nr. 1 StGB zu mildern sein. Denn die vom Großen Senat für Strafsachen im Wege verfassungskonformer Rechtsanwendung eröffnete Möglichkeit, anstatt der an sich verwirkten lebenslangen Freiheitsstrafe eine Strafe aus dem in analoger Anwendung des § 49 Abs. 1 Nr. 1 StGB bestimmten Strafrahmen zuzumessen, ist konkret nur dann gegeben, wenn andere gesetzliche Milderungsgründe*

*nicht eingreifen (BGHSt 30, 105, 118); auf jene ‘außerordentliche’ Strafmilderung darf nicht vorzeitig ausgewichen werden (BGH NStZ 1984, 20).*

*Die Bestimmung einer Strafe aus dem Strafrahmen, der über den obligatorischen Strafmilderungsgrund nach § 35 Abs. 2 Satz 2, § 49 Abs. 1 Nr. 1 StGB zugrunde zu legen ist, wird nahe liegenderweise zu einem der Angeklagten günstigeren Ergebnis führen. Zwar ergibt sich auf beiden Wegen derselbe Strafrahmen. Innerhalb dieses Strafrahmens kommt den Straffindungsgesichtspunkten jedoch unterschiedliches Gewicht zu. Nach den Grundsätzen des Großen Senats für Strafsachen (BGHSt 30, 105, 121) müssen die außergewöhnlichen Umstände eine Strafmilderung gebieten. Dazu muss hier die gesamte Situation - die vorangegangenen langjährigen Misshandlungen und Demütigungen und das Bestreben der Angeklagten, sich vor künftigen Gefahren zu schützen - herangezogen werden, um die Anwendung des günstigeren Strafrahmens zu ermöglichen. Die zu Buche schlagenden Milderungsgründe können dann aber bei der konkreten Strafzumessung nicht mehr allzu gewichtig berücksichtigt werden (vgl. BGH, Urteil vom 21. August 1987 - I StR 77/87).*

*Das hat die Strafkammer bei ihrer Strafbemessung auch so gesehen. Liegt der Anwendung des günstigeren Strafrahmens jedoch die gesetzliche Milderungsverpflichtung aus § 35 Abs. 2 StGB zugrunde, so ist für das Eingreifen dieses obligatorischen Milderungsgrundes der Irrtum der Angeklagten über die anderweitige Abwendbarkeit der Gefahr in einer Notstandslage ausschlaggebend.*

*Die anderen Umstände, namentlich die vorausgegangenen langjährigen zermürbenden Demütigungen und die Verletzungen, die der Getötete der Angeklagten zufügte, sowie der auch darauf zurückgehende schlechte Zustand der Angeklagten können daher bei der konkreten Bemessung der Strafe naheliegenderweise mit größerem Gewicht mildernd in Rechnung gestellt werden. [...]”]*

#### IV. Ergebnis

A ist strafbar gem. § 211 StGB.

*Literaturauswertung**Öffentliches Recht*

<b>Autor/Titel:</b>	Kramer, Urs: "Der Streit um das Zuwanderungsgesetz"
<b>Fundstelle:</b>	JuS 2003, 645 (Heft 7)
<b>Inhalt:</b>	Urteilsanmerkung zur Entscheidung BVerfG, NJW 2003, 339 = RA 2003, 1, mit der das BVerfG das Zuwanderungsgesetz für verfassungswidrig erklärt hat. Das Urteil hat hohe Wellen geschlagen, und die zugrunde liegende Problematik der (un)einheitlichen Abstimmung eines Landes im Bundesrat sollte nunmehr jedem Juristen geläufig sein.

<b>Autor/Titel:</b>	Hebeler, Timo: "Verfassungsrechtliche Stellung und Funktion des Bundesrates"
<b>Fundstelle:</b>	JA 2003, 522 (Heft 6)
<b>Inhalt:</b>	Der Bundesrat als Mitwirkungsorgan der Länder an der Bundesgesetzgebung steht wie kein anderes Verfassungsorgan im Mittelpunkt der Diskussion. Nicht erst seit dem zuvor angesprochenen Urteil des BVerfG zum Zuwanderungsgesetz wird seine Rolle zunehmend kritisch diskutiert. "Blockadepolitik" und "Reformstau" sind die Schlagwörter. Der Beitrag geht auf die Beteiligungsrechte des Bundesrates und seine Rolle in unserer Demokratie ausführlich ein.

<b>Autor/Titel:</b>	Limpens, Herbert: "Sachkundenachweis im Waffenrecht und Waffenschein"
<b>Fundstelle:</b>	JA 2003, 586 (Heft 7)
<b>Inhalt:</b>	Original-Examensklausur aus dem zweiten juristischen Staatsexamen für Nordrhein-Westfalen, wegen des bundesrechtlichen Einschlags aber auch für andere Bundesländer interessant, in denen die Abfassung von Widerspruchsbescheiden gefordert werden kann. Besonders spannend wird der Beitrag durch die Tatsache, dass der Autor selbst Prüfer ist und einige Anmerkungen zur Klausurtaktik macht.

*Zivilrecht*

<b>Autor/Titel:</b>	Medicus, Dieter: "Die Leistungsstörungen im neuen Schuldrecht"
<b>Fundstelle:</b>	JuS 2003, 521 (Heft 6)
<b>Inhalt:</b>	Der Beitrag bemüht sich um eine Zusammenfassung der verschiedenen Streitfragen und diversen Lösungsansätzen, die bisher vor allem in der Literatur zum neu geschaffenen Leistungsstörungenrecht aufgekommen sind.

<b>Autor/Titel:</b>	Maultzsch, Felix: "Die fehlerhafte Gesellschaft: Rechtsnatur und Minderjährigenschutz"
<b>Fundstelle:</b>	JuS 2003, 544 (Heft 6)
<b>Inhalt:</b>	Der Aufsatz behandelt eine wichtige und zugleich anspruchsvolle Problematik des Gesellschaftsrechts, die rechtliche Handhabung von Mängeln bei der Gründung oder Änderung von Gesellschaften, insbesondere mit dem Schwerpunkt des Minderjährigenschutzes.

<b>Autor/Titel:</b>	Huber, Michael: "Der praktische Fall - Vollstreckungsrecht: Vorrang des Vermieterpfandrechts?"
<b>Fundstelle:</b>	JuS 2003, 568 (Heft 6)
<b>Inhalt:</b>	Gutachterliche Aufarbeitung einer Originalklausur zum ersten Staatsexamen mit den Schwerpunkten des Zwangsvollstreckungsrechts, Vermieterpfandrechts gem. §§ 562 ff. BGB und des Zwangsversteigerungserwerbes an einer schuldnerfremden Sache-

<b>Autor/Titel:</b>	Altmeppen, Holger: "Deliktshaftung in der Personengesellschaft"
<b>Fundstelle:</b>	NJW 2003, 1553 (Heft 22)
<b>Inhalt:</b>	Ausführlicher, wenn auch kritischer Beitrag zum neuen Grundsatzurteil des BGH zur Haftung in der GbR bei deliktischem Verhalten eines Mitgesellschafters analog § 31 BGB.

### *Strafrecht*

<b>Autor/Titel:</b>	Engländer, Armin: "Die hinreichende Verhinderung der Tatvollendung -BGH, NJW 2003, 1058"
<b>Fundstelle:</b>	JuS 2003, 641 (Heft 7)
<b>Inhalt:</b>	Besprechung einer aktuellen Entscheidung des BGH (s. RA 2003, 246) unter Darlegung der insoweit relevanten Probleme bzgl. des unmittelbaren Ansatzens zum und des Rücktritts vom Versuch des (unechten) Unterlassungsdelikts, einschließlich der Erörterung der klassischen Frage, ob für einen Rücktritt gem. § 24 I 1 2. Fall StGB optimale verhinderungshandlungen des Täters zu verlangen sind (sog. "halbherziger Rücktritt") unter ausführlicher Darstellung sämtlicher insofern vertretenen Auffassungen..

<b>Autor/Titel:</b>	Vietze, Rainer: "Gekreuzte Mordmerkmale in der Strafrechtsklausur"
<b>Fundstelle:</b>	Jura 2003, 394 (Heft 6)
<b>Inhalt:</b>	Anschaulicher Überblick über das (vor allem im 1. Staatsexamen) sehr examensrelevante Problem des Verhältnisses der Tötungsdelikte inkl. einer ausführlichen Darstellung der Auffassungen von Rechtsprechung und Literatur, umfangreicher Argumentationsansätze und Bautipps für die Klausur.

<b>Autor/Titel:</b>	Ranft, Otfried: "Das beschleunigte Verfahren (§§ 417 - 420 StPO)"
<b>Fundstelle:</b>	Jura 2003, 361 (Heft 6)
<b>Inhalt:</b>	Sehr schöner Überblick über die Besonderheiten des beschleunigten Verfahrens im Strafprozess unter Berücksichtigung auch rechtsstaatlicher, aber vor allem praktischer Gesichtspunkte; auch wenn das beschleunigte Verfahren nicht die Examensrelevanz des Strafbefehlsverfahrens (§§ 407 ff. StPO) hat, stellt dieser Aufsatz eine Pflichtlektüre insb. für Referendare dar.