

Öffentliches Recht

Standort: Verfassungsrecht

Problem: Organstreit und "5%-Hürde"

BVERFG, BESCHLUSS VOM 11.03.2003
2 BVR 1/02 (DVBL 2003, 929)

Problemdarstellung:

Die Entscheidung vereint zwei höchst examensrelevante Themen:

1. Das Organstreitverfahren richtete sich gegen ein gesetzgeberisches Unterlassen, wobei die ersten drei problematischen Punkte (Antragsgegenstand, Antragsbefugnis, Antragsfrist) sämtlich ausführlich angesprochen werden. Die RA hat insbesondere über das Fristproblem bereits ausführlich berichtet. Zum vierten Problempunkt, nämlich der Beteiligtenfähigkeit politischer Parteien im Organstreitverfahren, verliert das BVerfG i.Ü. kein Wort mehr, obwohl Parteien in § 63 BVerfGG als zulässige Antragsteller nicht genannt sind und auch keinen "Teil" eines der genannten Organe darstellen (als Teil des Bundestags kommen nur die Fraktionen in Betracht). Rspr. und Lit. gehen aber davon aus, dass die Aufzählung in § 63 BVerfGG nur beispielhaft ist. Schlagendes Argument für diese Ansicht ist der systematische Vergleich mit Art. 93 I Nr. 1 GG, der ausdrücklich "oberste Bundesorgane und andere Beteiligte" nennt, sofern diese nur im GG oder in der Geschäftsordnung eines obersten Bundesorgans mit eigenen Rechten ausgestattet sind. Da den Parteien in Art. 21 GG solche Rechte verliehen worden sind, sind sie "andere Beteiligte" i.S.d. Art. 93 I Nr. 1 GG. Wollte § 63 BVerfGG sie gleichwohl ausschließen, wäre er im Lichte des höherrangigen Rechts verfassungswidrig. Eine verfassungskonforme Auslegung muss daher ergeben, dass seine Aufzählung nicht abschließend ist.

2. In der Sache ging es um die Nichtabschaffung der 5%-Hürde bei Kommunalwahlen in Schleswig-Holstein. Auch hierzu hatte die RA bereits auf die Entscheidung des VerfGH NW hingewiesen, mit welcher dieser die 5%-Hürde in NRW für verfassungswidrig erklärt hatte. Die Entscheidung des BVerfG kommt zwar zur Unzulässigkeit des Antrags, muss also zur Begründetheit nicht mehr Stellung nehmen; trotzdem wird das Thema "5%-Hürde bei Kommunalwahlen" hierdurch wieder auf die Tagesordnung gesetzt.

Prüfungsrelevanz:

Der Fall stellt eine ideale Kombination aus dem prozesualen Problem der Zulässigkeit einer Organklage gegen gesetzgeberisches Unterlassen und materiellem Problem der Zulässigkeit der 5%-Hürde bei Kommunalwahlen dar. Sie bietet sich für die Übernahme in eine Examensklausur geradezu an. Über die hier behandelten Probleme in der Zulässigkeit hinaus sei daher dringend das Studium des Streits über die 5%-Hürde (siehe hierzu die Vertiefungshinweise) empfohlen.

Vertiefungshinweise:

- Organklage gegen gesetzgeberisches Unterlassen: *BVerfGE* 92, 80, 87; 103, 164, 168 f.; *VerfGH Rh-Pf.*, DVBl. 1972, 783, 784 f.; *LVerfG M-V*, NordÖR 2001, 64, 65
- Speziell zur Frist der Organklage gegen gesetzgeberisches Unterlassen: *BVerfG*, RA 2002, 69 = NVwZ 2002, 66
- Zulässigkeit der 5%-Hürde bei Kommunalwahlen: *VerfGH NRW*, RA 1999, 361 und 534 = DVBl 1999, 1271

Kursprogramm:

- Examenskurs*: "Wer die Wahl hat..."
- Examenskurs*: "Die Bundeswehr - daheim und unterwegs"

Leitsatz (der Redaktion):

Zur Antragsbefugnis und zur Antragsfrist bei der Organklage gegen ein gesetzgeberisches Unterlassen.

Sachverhalt:

Mit ihrer Organklage wendete sich die PDS (Ast.) dagegen, dass der Landtag von Schleswig-Holstein (Ag.) anlässlich der Änderung des Gemeinde- und Kreiswahlgesetzes —GKWG— i.d.F. vom 19.3.1997 durch Gesetz vom 10.10.2001 (GVOBl. S. 180 -GKWÄndG-) die 5%-Sperrklausel bei Kommunalwahlen beibehalten hat. Das BVerfG hat die Organklage als unzulässig verworfen.

Aus den Gründen:

Die Organklage ist jedenfalls wegen Fristversäumung unzulässig (§ 73 Abs. 2 BVerfGG i.V. mit § 64 Abs. 3 BVerfGG).

A. "Maßnahme" des Antragsgegners

Die Ast. wendet sich nach dem Wortlaut ihr Hauptantrags dagegen, dass der Ag. bei der Verabschiedung des GWKÄndG vom 10.10.2001 beschlossen hat, die 5%-Sperrklausel in § 10 Abs. 1 GWKG beizubehalten. Ihre Hilfsanträge richten sich dagegen, dass der Ag. es unterlassen habe, bei der Änderung des GWKG durch das Gesetz vom 10.10.2001 die 5%-Sperrklausel des § 10 Abs. 1 GWKG aufzuheben, abzumildern oder zu überprüfen.

Aus dem Sinn des prozessualen Begehrens und der Begründung der Anträge (vgl. BVerfGE 1, 14, 39; 68, 1, 68) ergibt sich, dass die Ast. auch mit dem Hauptantrag ein gesetzgeberisches Unterlassen, nicht aber eine Maßnahme i.S. des § 64 Abs. 1 BVerfGG (vgl. BVerfGE 4, 144, 147 f.; 60, 53, 63) angreift. Damit wird der Verfahrensgegenstand nicht ausgetauscht, sondern der Sinn des Begehrens der Ast. klargestellt (vgl. BVerfGE 68, 1, 69).

I. Erlass des Änderungsgesetzes vom 10.10.01

Der Erlass des ÄndG vom 10.10.2001 kommt als Maßnahme i.S. des § 64 Abs. 1 BVerfGG nicht in Betracht. In dem Erlass des Gesetzes unter Beibehaltung der Sperrklausel liegt kein unvollständiges Handeln des Gesetzgebers (vgl. BVerfGE 92, 80, 87; 103, 164, 169), denn es fehlt an einem sachlichen Zusammenhang zwischen dem ÄndG vom 10.10.2001 und der Sperrklausel, aufgrund dessen der Gesetzgeber verpflichtet gewesen sein könnte, bei der Änderung des GWKG zugleich auch die Regelung über die Sperrklausel zu novellieren. Mit der Gesetzesänderung ist keine Veränderung der normativen Grundlagen der Sperrklausel, die der Begründung ihrer verfassungsrechtlichen Zulässigkeit dienen, einher gegangen.

Das ÄndG vom 10.10.2001 regelt ausschließlich die einmalige Verlängerung der Wahlperiode und die Verschiebung des Wahltermins auf den Monat Mai. Die Sperrklausel wird von diesen Änderungen nicht berührt. Dem entsprechend wurde auch weder im Gesetzentwurf vom 28.6.2001 noch im anschließenden Gesetzgebungsverfahren die Überprüfung oder Änderung der Sperrklausel erwogen. Die Sperrklausel war allein Gegenstand des mit diesem Gesetzgebungsvorhaben in keinem Zusammenhang stehenden Entschließungsantrags der FDP-Fraktion, der sich während der Dauer des Gesetzgebungsverfahrens im Sonderausschuss "Fortschreibung des kommunalen Verfassungsrechts"

zur weiteren Beratung befand. Es kann deshalb auch nicht angenommen werden, der Ag. habe mit der Beschlussfassung am 28.9.2001 konkludent zum Ausdruck gebracht, die Sperrklausel aufrecht erhalten zu wollen. Die Ablehnung des Antrags der FDP-Fraktion durch Beschluss des Landtages vom 19.6.2002 hat die Ast. nicht mit der Organklage angegriffen.

II. 5%-Klausel selbst

Angriffsgegenstand des auf Nachbesserung und Überprüfung gerichteten Klagebegehrens der Ast. kann auch nicht die angeblich nachbesserungsbedürftige Norm (§ 10 Abs. 1 Satz 1 GWKG) selbst sein. Als Gegenstand eines Organstreitverfahrens kommt allenfalls der Erlass der Norm in Betracht (vgl. BVerfGE 2, 143, 177; 20, 11, 129; 20, 134, 141; 99, 332, 337). Der Erlass der Norm wird indes nicht angegriffen, wenn die Ast. rügt, der Ag. habe versäumt, die Sperrklausel des § 10 Abs. 1 Satz 1 GWKG den sich im Laufe der Zeit gewandelten Umständen anzupassen oder sie zumindest zu überprüfen. Damit macht sie vielmehr geltend, der Gesetzgeber habe eine Pflicht nicht befolgt, die nach Erlass der Norm neu entstanden sei. Sie rügt mithin ein erst nach Erlass der Norm zu Tage getretenes gesetzgeberisches Unterlassen.

III. Unterlassene Anpassung

Die damit aufgeworfene, bislang vom BVerfG noch nicht entschiedene Frage, unter welchen Voraussetzungen eine bloße Untätigkeit des Gesetzgebers im Wege des Organstreitverfahrens angreifbar ist (vgl. BVerfGE 92, 80, 87; 103, 164, 168 f.; zustimmend VerfGH RP, DVBl. 1972, 783, 784 f.; VerfGH NRW, DVBl. 1999, 1271; LVerfG MV NordÖR 2001, 64, 65), bedarf auch hier keiner abschließenden Antwort. Die Organklage bliebe in jedem Fall unzulässig, weil die Ast. zwar antragsbefugt wäre, sie aber jeder falls die Frist des § 73 Abs. 2 BVerfGG i.V. mit § 64 Abs. 3 BVerfGG nicht eingehalten hat.

B. Antragsbefugnis

Die Antragsbefugnis ist entsprechend § 64 Abs. 1 BVerfGG (vgl. BVerfGE 27, 44, 51; 60, 53, 63) gegeben, wenn nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann dass der Ag. Rechte der Ast., die aus dem verfassungsrechtlichen Rechtsverhältnis zwischen den Beteiligten erwachsen, durch das beanstandete gesetzgeberische Unterlassen verletzt oder unmittelbar gefährdet hat (vgl. BVerfGE 94, 351, 362 f.; 99, 19, 28). Dies setzt voraus, dass sich die Ast. auf eine Verfassungsnorm berufen kann, aus der sich eine Pflicht zum Tätigwerden des Gesetzgebers und damit korrespondierend ein ihr zustehendes Recht ergeben kann.

I. Chancengleichheit der Parteien

Aus dem in Art. 21 Abs. 1 GG, Art. 3 Abs. 1 i.V. mit Art. 2 Abs. 1 und 2 der Landesverfassung gewährleisteten Grundsatz der Chancengleichheit der Parteien kann sich eine Pflicht des Gesetzgebers und ein entsprechender Anspruch der politischen Parteien ergeben, eine die Chancengleichheit berührende Norm des Wahlrechts zu überprüfen und ggf. zu ändern, wenn die verfassungsrechtliche Rechtfertigung dieser Norm durch eine Entwicklung in Frage gestellt wird, die bei ihrem Erlass nicht abzusehen war. Es kann sich die vom Wahlgesetzgeber vorausgesetzte tatsächliche oder normative Grundlage geändert oder die bei Erlass der Bestimmung getroffene Prognose als irrig erwiesen haben (vgl. BVerfGE 73, 40, 94; 82, 322, 338 f.).

II. Unsubstanziierter Vortrag der ASt.

Die ASt. hat solche Umstände, die im Zeitpunkt der Novellierung des GKWG durch das Gesetz vom 10.10.2001 eine Rechtspflicht des Ag. zur Aufhebung, Änderung oder Überprüfung der Sperrklauselregelung in § 10 Abs. 1 Satz 1 GKWG hätten begründen können, nicht dargelegt (§§ 75, 23 Abs. 1 Satz 2 BVerfGG). Ihrem Vorbringen lässt sich nicht entnehmen, inwiefern sich die für die verfassungsrechtliche Beurteilung der Sperrklausel maßgeblichen Grundlagen verändert haben sollen.

1. Landtagsdebatte

Die ASt. trägt nur vor, der Ag. sei aufgrund des Entschließungsantrags der FDP-Fraktion und der hierüber geführten Plenardebatte am 1.6.2001 verpflichtet gewesen, die Sperrklausel in § 10 Abs. 1 Satz 1 GKWG aufzuheben, abzumildern oder zumindest zu überprüfen. Es sei Grundtenor der Debatte gewesen, an der Sperrklausel müsse nicht zwingend festgehalten werden; einige Fraktionen hätten sogar die Ansicht vertreten, die Sperrklausel sei verfassungswidrig. Damit beruft sich die ASt. lediglich auf allgemein-politische Anliegen einzelner Fraktionen, die eine möglicherweise aus veränderten tatsächlichen oder rechtlichen Rahmenbedingungen folgende Überprüfungs- und Nachbesserungspflicht jedoch nicht zum Gegenstand hatten.

2. Erfahrungen in anderen Bundesländern

Soweit in der Plenardebatte pauschal darauf hingewiesen wurde, die Erfahrungen anderer Länder, z.B. Bad.-Württ., machten deutlich, dass die für die Sperrklausel angeführte Begründung — Sicherung der Funktionsfähigkeit der Kommunalvertretungen — nicht oder nicht mehr trage, rechtfertigt dies keine andere Beurteilung. Allein damit wird ein für den Normbereich des § 10 Abs. 1 Satz 1 GKWG bedeutsamer tatsächlicher Um-

stand, der zu einer neuen verfassungsrechtlichen Bewertung führen könnte, nicht aufgezeigt. Denn für die Einschätzung des Ag., ob die Sperrklausel aufrechtzuerhalten sei, ist grundsätzlich nicht von Bedeutung, wie andere Länder die Funktionsfähigkeit ihrer Kommunalvertretungen beurteilen und welche rechtlichen Vorkehrungen sie diesbezüglich für erforderlich halten. Der Ag. ist nicht schon deshalb verpflichtet, die Einführung einer Sperrklausel zu unterlassen oder diese aufzuheben, weil andere Länder ohne sie auskommen (vgl. BVerfGE 1, 208, 259; 6, 104, 119 f.; 12, 139, 143; 82, 322, 338); bei der Beurteilung der Sperrklausel sind die Verhältnisse im Lande Schl.-H. maßgebend (vgl. BVerfGE 1, 208, 259; 82, 322, 338). Etwas anderes könnte allenfalls dann gelten, wenn mit einem anderen Land, dessen Kommunalwahlrecht keine Sperrklausel kennt, wesentliche Übereinstimmungen in den Kommunalverfassungen (Aufgabenverteilung zwischen der Kommunalvertretung, dem Hauptverwaltungsbeamten und den Ausschüssen), in den Kommunalwahlgesetzen, in der Struktur der Kommunen, in der Parteienlandschaft und im bürgerschaftlichen Engagement in Wählergruppen oder als Einzelbewerber bestünden. Derartige Umstände sind jedoch von der ASt. weder dargelegt worden noch sind solche ersichtlich.

III. Direktwahl des Bürgermeisters

Gleichwohl ist die ASt. antragsbefugt, weil sich der normative Rahmen der Sperrklausel offenkundig durch das Gesetz zur Änderung des kommunalen Verfassungsrechts 1995 vom 22.12.1995 (GVOBl. 1996, S. 33) verändert hat, mit dem die Direktwahl der hauptamtlichen Bürgermeister und der Landräte eingeführt wurde. Durch diese Veränderung könnte der Sperrklausel die verfassungsrechtliche Rechtfertigung entzogen und eine Überprüfungs- und Nachbesserungspflicht des Ag. begründet worden sein, die im Zeitpunkt der Novellierung des GKWG durch das Gesetz vom 10.10.2001 fortbestand.

C. Frist

Der Geltendmachung einer derartigen Rechtsverletzung im vorliegenden Organstreitverfahren steht jedoch der Fristablauf entgegen (§ 73 Abs. 2 BVerfGG i. V. mit § 64 Abs. 3 BVerfGG).

I. Anwendbarkeit bei Unterlassen

Die Ausschlussfrist des § 64 Abs. 3 BVerfGG gilt auch dann, wenn der Gesetzgeber die angeblich unerfüllte gesetzgeberische Handlungspflicht nicht nur zu einem bestimmten Zeitpunkt, sondern fortdauernd nicht befolgt hat (fortdauerndes Unterlassen, vgl. BVerfGE 92, 80, 89; 103, 164, 170). Sie bezweckt, im Organstreitverfah-

ren angreifbare Rechtsverletzungen im Interesse der Rechtssicherheit nach einer bestimmten Zeitspanne außer Streit zu stellen (vgl. BVerfGE 80, 188, 210). Dieses Interesse besteht auch bei fortdauerndem gesetzgeberischen Unterlassen.

II. Fristbeginn

Wann in einem solchen Fall die Antragsfrist zu laufen beginnt, lässt sich nicht generell und für alle Fallgestaltungen festlegen. Die Frist wird allerdings spätestens dadurch in Lauf gesetzt, dass sich der Gesetzgeber erkennbar und eindeutig weigert, in der Weise tätig zu werden, die der Ast. zur Wahrung der Rechte aus seinem verfassungsrechtlichen Status für erforderlich hält (vgl. BVerfGE 92, 80, 89 m.w.N.; 103, 164, 171; st. Rspr.).

III. Subsumtion

Der Ag. hat das Gesetz zur Änderung des kommunalen Verfassungsrechts 1995 vom 22.12.1995 am 11.1.1996 verkündet. Dadurch hat er es für die Ast., die sich zu diesem Zeitpunkt als politische Partei am Verfassungsleben in Schl.-H. beteiligt hatte, erkennbar abgelehnt, die Regelung über die 5%-Sperrklausel aufzuheben, abzumildern oder zu überprüfen (vgl. BVerfGE 103, 164, 171). Ändert der Gesetzgeber Vorschriften, die bisher zur Begründung der Sperrklausel dienten, so bringt er damit zum Ausdruck, dass er die Rechtslage, die er durch die Rechtsänderung herbeiführt, nicht für verfas-

ungswidrig hält und sich zu weiteren Rechtsänderungen nicht veranlasst sieht. Dies macht er mit der Verkündung des ÄndG deutlich (vgl. BVerfGE 103, 164, 171); zu diesem Zeitpunkt gilt das Gesetz als allgemein bekannt geworden (vgl. BVerfGE 16, 6, 18 f.; 24, 252, 258; 103, 164, 171 f.). Die demnach mit Verkündung des Gesetzes vom 22.12.1995 in Lauf gesetzte Frist des § 64 Abs. 3 BVerfGG war bei Eingang des Antrags im vorliegenden Verfahren am 25.3.2002 verstrichen.

Eine andere Beurteilung folgt auch nicht aus der Entscheidung des Senats vom 13.6.1989 (BVerfGE 80, 188, 210 ff.). Danach ist eine Vorschrift der GOBT erst von dem Zeitpunkt an als "Maßnahme" i.S. von § 64 Abs. 3 BVerfGG zu beurteilen, zu dem sie beim Ast. eine aktuelle rechtliche Betroffenheit auslöst. Wahlgesetze und wahlrechtlich bedeutsame Maßnahmen oder Unterlassungen führen unmittelbar zur rechtlichen Betroffenheit einer politischen Partei, ohne Rücksicht auf ihren Willen zur Beteiligung an der nächsten Wahl (vgl. BVerfGE 92, 80, 91; 103, 164, 170 ff.). Zum Begriff der politischen Partei i.S. des Art. 21 Abs. 1 GG gehört ihr grundsätzlicher Wille, an Wahlen im Bund oder in den Ländern teilzunehmen (vgl. BVerfGE 6, 367, 372 f.; 24, 260, 263 f.; 79, 379, 384; 92, 80, 88, 91; 103, 164, 170). Wahlgesetze und wahlrechtlich bedeutsame Maßnahmen oder Unterlassungen des Gesetzgebers betreffen daher unmittelbar den verfassungsrechtlichen Status der Parteien (vgl. BVerfGE 92, 80, 88, 91; 103, 164, 170). [...]

Standort: Grundrechte

Problem: Geringere Besoldung in den neuen Ländern

BVERFG, BESCHLÜSSE VOM 02.02.2003
2 BVL 3/00 UND 2 BVR 709/99
(BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Das BVerfG wurde mit dem Problem der ungleichen Besoldung von Staatsdienern in Ost und West anlässlich einer konkreten Normenkontrolle auf Vorlage des VG Dresden und einer Verfassungsbeschwerde beschäftigt. Der Normenkontrollantrag richtete sich unmittelbar gegen die noch immer auf der Grundlage der Verordnungsermächtigung in § 73 BBesG bestehenden Ungleichbehandlung bei der Besoldung, während die Verfassungsbeschwerde sich gegen die Versagung eines Zuschusses wendete, der allein solchen Richtern bewilligt wird, die ihre Befähigung zum Richteramt (also das erste und zweite juristische Staatsexamen) in den alten Bundesländern erworben hatten.

Der 2. Senat des BVerfG hat entschieden, dass beide Regelungen mit dem Grundgesetz vereinbar sind. Im

Normenkontrollverfahren wurden die vom VG gerügten Verstöße gegen Art. 143 II, Art. 33 V und Art. 3 I GG, im Verfassungsbeschwerdeverfahren die vom Beschwerdeführer gerügten Verstöße gegen Art. 3 I, III sowie Art. 33 Abs. 5 GG entkräftet. Die Entscheidung im konkreten Normenkontroll-Verfahren ist mit sieben zu einer Stimme ergangen, die Vb wurde mit sechs gegen zwei Stimmen zurückgewiesen. Die Entscheidungen überraschen insoweit, als das BVerfG erst im Januar 2003 den Gebührenabschlag für Ostanwälte von 10% wegen eines Verstoßes gegen Art. 3 I GG für verfassungswidrig erklärt hatte. Das Gericht betont aber, dass es die bestehende Ungleichbehandlung bei Staatsdienern *noch* für durch die unterschiedlichen Lebens- und Wirtschaftsverhältnisse als gerechtfertigt ansieht, es sie jedoch nicht für beliebig verlängerbar hält.

Nachstehend ist als Platzgründen die Pressemitteilung wiedergegeben, welche die tragenden Entscheidungsgründe sowie eine nachvollziehbare Sachverhaltsschil-

derung enthält.

Prüfungsrelevanz:

Die Kenntnis der Dogmatik aller vom BVerfG angeprüften Verfassungsnormen, insbesondere die der Grundrechte, gehört zum Standard-Rüstzeug jedes Examenkandidaten. Auch die Zulässigkeit einer Verfassungsbeschwerde und einer (konkreten) Normenkontrolle muss geprüft werden können. Zu letzterer sei angemerkt, dass nach dem eindeutigen Wortlaut des Art. 100 I GG Gegenstand einer konkreten Normenkontrolle nur ein formelles "Gesetz" sein kann. Hierin unterscheidet sie sich von der abstrakten Normenkontrolle nach Art. 93 I Nr. 2 GG, bei der jede Rechtsnorm (also neben Gesetzen auch Rechtsverordnungen und Satzungen) vorlagefähig sind. Aus diesem Grund hat das VG Dresden auch nicht die "Zweite Besoldungs-Übergangsverordnung" vorgelegt, aus der sich die Ungleichbehandlung erst ergab, sondern § 73 BBesG, der zum Erlass eben dieser Verordnung ermächtigt.

Angemerkt sei schließlich, dass das BVerfG in st.Rspr. über den Wortlaut des Art. 100 I GG hinaus nur nachkonstitutionelle Gesetze für vorlagefähig hält.

Vertiefungshinweise:

- Konkrete Normenkontrolle: *BVerfG*, 2 BvL 5/99 und 2 BvL 2/02 = RA 2002, 189 (Wehrpflicht)
- Verfassungswidrigkeit des Gebührenabschlags für Ostanwälte: *BVerfG*, DVBl 2003, 391

Kursprogramm:

- Examenskurs*: "Die Feuerwehrabgabe"

Sachverhalt:

§ 73 Bundesbesoldungsgesetz (BBesG) ermächtigt aus Anlass der Herstellung der Einheit Deutschlands die Bundesregierung, durch Rechtsverordnung Übergangsregelungen für die Besoldung zu erlassen. Diese Ermächtigung wurde immer wieder, zuletzt bis zum 31. Dezember 2005, befristet. Nach der ab 1. Juli 1991 geltenden Zweiten Besoldungs-Übergangsverordnung - 2. BesÜV - betrug die Dienstbezüge für Beamte, Richter und Soldaten, die von ihrer erstmaligen Ernennung an im Beitrittsgebiet verwendet wurden, zunächst 60 % der für das bisherige Bundesgebiet geltenden Dienstbezüge. Diese wurden schrittweise bis auf gegenwärtig 90 % seit dem 1. Januar 2002 erhöht.

I. Konkrete Normenkontrolle

Der Kläger des dem konkreten Normkontrollverfahren

zugrundeliegenden Ausgangsverfahrens war seit Februar 1992 als Polizeibeamter in Sachsen tätig. Sein 1998 gestellter Antrag, ihm rückwirkend ab 1. Januar 1996 volle Dienstbezüge zu gewähren und den aufgelaufenen Differenzbetrag auszuführen, blieb ohne Erfolg. Nach Überzeugung des vom Kläger hiergegen angerufenen Verwaltungsgerichts Dresden verstößt § 73 BBesG gegen Art. 143 Abs. 2, Art. 33 Abs. 5 und Art. 3 Abs. 1 GG. Es legte diese Frage dem BVerfG zur Entscheidung vor.

II. Verfassungsbeschwerde

In dem Verfassungsbeschwerde-Verfahren geht es zudem um einen ruhegehaltfähigen Zuschuss, den Beamte, Richter und Soldaten im Beitrittsgebiet zur Anpassung ihrer Dienstbezüge an das "Westniveau" erhalten, wenn sie bis zum 24. November 1997 aufgrund der im bisherigen Bundesgebiet erworbenen Befähigungsvoraussetzungen ernannt worden sind. Seit 25. November 1997 ist die Bewilligung des Zuschusses von einem dringenden dienstlichen Bedürfnis für die Gewinnung des Beamten, Richters oder Soldaten abhängig und steht im Ermessen des Dienstherrn. Der Beschwerdeführer (Bf.), der im Juli 1990 sein Studium der Rechtswissenschaften als Diplom-Jurist an der Humboldt-Universität zu Berlin (Ost) und danach den besonderen Vorbereitungsdienst in Niedersachsen mit der Zweiten juristischen Staatsprüfung abgeschlossen hat, ist seit 1993 als Richter in Sachsen-Anhalt tätig. Er erhält seither abgesenkte Dienstbezüge; zwischen 1994 und 1996 erhielt er einen Zuschuss der genannten Art, dessen Zahlung später eingestellt und der zurückgefordert wurde, weil er nicht alle Befähigungsvoraussetzungen im bisherigen Bundesgebiet erworben habe. Rechtsmittel blieben ohne Erfolg. Der Bf. rügt insbesondere die Verletzung von Art. 3 Abs. 1 und 3, Abs. 33 Abs. 5 GG.

Aus den Gründen:

A. Entscheidung über die Normenkontrolle

I. Art. 143 I, II GG

§ 73 BBesG ist nicht schon deshalb verfassungswidrig, weil Recht im Beitrittsgebiet nach Art. 143 Abs. 1 und 2 GG nur für bestimmte Übergangsfristen von Bestimmungen des Grundgesetzes abweichen darf. Art. 143 Abs. 1 und 2 GG ist nicht als spezieller Gleichheitssatz zu verstehen, der die Zulässigkeit einer auf den besonderen Verhältnissen im Beitrittsgebiet beruhenden Differenzierung abschließend regelt. Diese Vorschrift greift nicht schon ein, wenn vergleichbare Sachverhalte im Beitrittsgebiet und im übrigen Bundesgebiet un-

terschiedlich geregelt werden, sondern erst dann, wenn das im Beitrittsgebiet geltende Recht gegen die Verfassung verstößt.

II. Art. 33 V GG

Die Absenkung der Besoldung ist mit Art. 33 Abs. 5 GG vereinbar. Kein hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums verwehrt es dem Besoldungsgesetzgeber, die Höhe der Beamtenbezüge aus sachlich vertretbaren Gründen regional zu differenzieren. Aus dem Alimentationsgrundsatz folgt kein Anspruch des Beamten auf Besoldung in einer bestimmten Höhe. Der Gesetzgeber hat insoweit einen weiten Gestaltungsspielraum. Hinsichtlich der Höhe der amtsangemessenen Besoldung sowie deren Entwicklung und Anpassung hat sich der Besoldungsgesetzgeber unter anderem auch an den wirtschaftlichen und finanziellen Verhältnissen sowie dem allgemeinen Lebensstandard zu orientieren. Das Alimentationsprinzip ist nicht verletzt, wenn die Bezüge abgestuft nach Wohnsitz oder Dienstort bemessen werden, sofern sich solche Unterscheidungen nach Anlass und Ausmaß vor dem Gleichheitssatz rechtfertigen lassen. Schon unter der Weimarer Reichsverfassung wie auch unter dem Grundgesetz gab es bis zur Einführung der konkurrierenden Gesetzgebung des Bundes im Jahr 1971 keine einheitliche Besoldung. Der frühere Ortszuschlag machte als Bestandteil der Besoldung das an sich fixe, in der Summe gleiche Gehalt für alle Beamten in gleicher Position in gewissem Umfang variabel. Damit wurden auch Unterschiede des Wohnsitzes sowie örtliche Unterschiede in den Lebenshaltungskosten berücksichtigt. Auch die abgesenkte Besoldung im Beitrittsgebiet knüpft an die wirtschaftlichen und finanziellen Verhältnisse der Region an, in der der Beamte, Richter oder Soldat verwendet wird. Mit der prozentualen Verminderung des Grundgehalts hat der Gesetzgeber eine einheitliche Übergangslösung geschaffen. Auch die konkrete Höhe der einem Beamten des mittleren Dienstes gewährten abgesenkten Besoldung steht nicht im Widerspruch zu Art. 33 Abs. 5 GG.

III. Art. 3 I GG

Die niedrigere Besoldung für Richter, Beamte und Soldaten in den neuen Ländern ist im Hinblick auf den Gleichheitsgrundsatz derzeit noch gerechtfertigt. In den neuen Ländern unterscheiden sich die wirtschaftlichen und finanziellen Verhältnisse noch immer deutlich von denen im gesamten übrigen Bundesgebiet. Diese Unterschiede können noch auf die besondere Ausnahmesituation der Wiedervereinigung und die mit ihr zu bewältigenden transformatorischen Gesamtaufgaben des Staates zurückgeführt werden.

1. Wesentlich Gleiches ungleich

Zwar sind Beamte mit gleichen oder gleichwertigen Ämtern in der Regel gleich zu besolden.

2. Sachliche Rechtfertigung

Eine Differenzierung kann aber bei einem sachlichen Grund gerechtfertigt sein. Die aus der historischen Ausnahmesituation der Vereinigung der beiden Teile Deutschlands folgenden allgemeinen wirtschaftlichen und finanziellen Verhältnisse im Beitrittsgebiet rechtfertigen eine besoldungsrechtliche Unterscheidung. Der Gesetzgeber darf in dieser einmaligen Sonderlage auf die beschränkte Leistungskraft der öffentlichen Haushalte in den neuen Ländern durch eine allgemeine Absenkung der Besoldung Rücksicht nehmen.

a. Historische Ausgangssituation

Ziel der Übergangsregelung war die Schaffung einer leistungsstarken, rechtsstaatlichen Justiz und Verwaltung in den neuen Ländern. Die allgemeinen wirtschaftlichen und finanziellen Verhältnisse unterschieden sich bei der Einführung des § 73 BBesG in den neuen und den alten Bundesländern in besonderer Weise. Bei der Abgrenzung des von der Absenkung der Besoldung betroffenen Personenkreises wurden die Grenzen einer zulässigen Typisierung nicht überschritten. Dass die zuvor im bisherigen Bundesgebiet verwendeten Beamten, Richter und Soldaten bei einer Verwendung in den neuen Ländern ohne Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG weiterhin nach "Westniveau" besoldet wurden, erklärt sich mit dem Schutz ihres Vertrauens in den einmal erreichten Besoldungsstand.

b. Gegenwärtige Situation

Auch 13 Jahre nach der Vereinigung der beiden deutschen Staaten lässt sich die weiter bestehende Absenkung der Dienstbezüge noch begründen. Die tiefgreifenden Veränderungen und Umstrukturierungen des öffentlichen Dienstes in Folge der Vereinigung sind zwar weitgehend abgeschlossen. Jedoch rechtfertigen die allgemeinen wirtschaftlichen und finanziellen Verhältnisse im Beitrittsgebiet noch zwei verschiedenen hohe Besoldungsniveaus. So unterschieden sich die Bruttoinlandsprodukte je Erwerbstätigem zwischen dem leistungsstärksten neuen Land und dem leistungsschwächsten alten Land im Jahr 2000 um immerhin 19 v. H., ohne dass sich seither daran Wesentliches geändert hätte. Deutliche Unterschiede bestehen weiter hinsichtlich der Wirtschafts- und Steuerkraft, der Arbeitslosigkeit sowie hinsichtlich des allgemeinen Preis- und Lohnniveaus und sonstiger Rahmenbedingungen für die finanzielle und wirtschaftliche Situation der Bevölkerung und den allgemeinen Lebensstandard. Dies

gilt auch für die sozialversicherungsrechtlichen Bemessungsgrößen und die Entwicklung der Eck- oder Standardrente. Schließlich darf auch die Finanzlage der öffentlichen Haushalte bei der Festsetzung der Besoldung berücksichtigt werden. Nach alledem lassen sich die wirtschaftlichen und finanziellen Verhältnisse und deren Entwicklung im Beitrittsgebiet noch hinreichend aussagekräftig als gemeinsame Folge des Transformationsprozesses erklären.

c. Ausblick

Eine ausdrücklich als solche bezeichnete Übergangsregelung ist jedoch in ihrer Geltung nicht beliebig verlängerbar. Insbesondere lassen sich zwei unterschiedlich hohe Besoldungen nicht damit rechtfertigen, dass zunächst eine völlige Angleichung der wirtschaftlichen und finanziellen Verhältnisse in Ost und West zu erreichen wäre. Nach dem rechtsstaatlichen Grundsatz der Normenwahrheit muss sich der Gesetzgeber an dem für den Normadressaten ersichtlichen Regelungsgehalt der Norm festhalten lassen.

B. Entscheidung über die Verfassungsbeschwerde

I. Art. 3 I GG

Der Bf des Verfassungsbeschwerde-Verfahrens ist durch die Versagung des Zuschusses zur Anpassung seiner Dienstbezüge an das "Westniveau" nicht in sei-

nen Rechten aus dem allgemeinen Gleichheitssatz verletzt. Mit der Zuschussregelung sollte dringend benötigtes Fachpersonal schnell gewonnen und das Vertrauen der Bürger der neuen Länder in Justiz und Verwaltung gestärkt werden. Der Ausschluss der Begünstigung von Richtern, die nicht alle laufbahnrechtlichen Befähigungsvoraussetzungen im bisherigen Bundesgebiet erworben haben, ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Denn das mit Erfolg absolvierte rechtswissenschaftliche Studium vermittelt grundlegende fachbezogene Inhalte, die im späteren Amt fortwirken; ihm kommt deshalb laufbahnrechtlich ein bedeutendes Gewicht zu.

II. Art. 3 III GG

Ein Verstoß gegen das Verbot der Diskriminierung wegen der Heimat liegt nicht vor. Eine Unterscheidung in der Besoldung, die der Bewältigung von Transformationsproblemen im Zuge der Wiedervereinigung dient, begründet nicht deshalb einen solchen Verstoß, weil Personen davon je nach Ausbildung im früheren Bundesgebiet oder im Beitrittsgebiet in unterschiedlicher Weise betroffen sind.

III. Art. 33 V GG

Durch die Zuschussregelung ist weder der beamtenrechtliche Alimentationsgrundsatz noch das Prinzip des Vertrauensschutzes betroffen.

Standort: Staatsorganisationsrecht

Problem: Anordnung nach Art. 40 II 2 GG

BVERFG, URTEIL VOM 30.07.2003
2 BVE 1/01 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Das BVerfG hatte über den Antrag des SPD-Obmanns im sogen. "Parteispenden"-Untersuchungsausschuss des 14. Deutschen Bundestages, MdB Frank Hofmann, und der übrigen 12 SPD-Mitglieder im Untersuchungsausschuss zu entscheiden, mit dem diese sich gegen die Genehmigung des Bundestagspräsidenten zur Durchsuchung und Beschlagnahme in den Räumen des Deutschen Bundestages gem. Art. 40 II 2 GG wendeten. Hintergrund war, dass der persönliche Referent des SPD-Obmanns in dem Verdacht stand, ihm anlässlich seiner Tätigkeit für den Untersuchungsausschuss bekannt gewordene Dienstgeheimnisse über die "CDU-Spendenaffäre" an die Presse verraten zu haben.

Das BVerfG hält den Antrag im Organstreitverfahren für zulässig, aber unbegründet. In der Zulässigkeit

prüft es lehrbuchmäßig die Zulässigkeitsvoraussetzungen durch. Dabei betont es, dass Art. 46, 47 S. 2 GG i.V.m. 38 I 2 GG dem Abgeordneten das Recht geben, vom Bundestagspräsidenten eine willkürfreie Entscheidung über die Zulassung einer Durchsuchung und Beschlagnahme nach Art. 40 II 2 GG zu verlangen. Die genannten Verfassungsnormen schützen den Abgeordneten in der Wahrnehmung seines "freien Mandats". Die Antragsbefugnis entfalle auch dann nicht, wenn - wie im Falle zweier Antragsteller - der betroffene Abgeordnete zwischenzeitlich aus dem Bundestag ausgeschieden sei; es komme vielmehr allein auf seine Abgeordnetenstellung im Zeitpunkt der Antragstellung an.

Der Antrag sei, so das BVerfG, jedoch unbegründet, da das freie Mandat den Abgeordneten nur eine willkürfreie Entscheidung nach Art. 40 II 2 GG garantiere, d.h. eine solche, in die der Schutz ihrer Rechte mit hinreichendem Gewicht eingeflossen sei. Hier habe der Bundestagspräsident aber willkürfrei entschieden. Das BVerfG billigt m.a.W. dem Bundestagspräsidenten bei

Art. 40 II 2 GG eine gewisse Einschätzungsprärogative zu, die nur auf evidente Verstöße überprüfbar sei. Dieses Ergebnis wird ausführlich mit historischen und systematischen Argumenten begründet.

Prüfungsrelevanz:

Die Entscheidung ist von überragender Prüfungsrelevanz, und zwar schon deshalb, weil sie mit dem "Parteispenden"-Untersuchungsausschuss ein in der Öffentlichkeit sehr prominentes Thema betrifft. Vor allem aber sei angemerkt, dass die Antragsteller parallel zum hier wiedergegebenen Organstreitverfahren noch Verfassungsbeschwerde gegen die durchgeführte Beschlagnahme erhoben haben. Die Entscheidung über diese hat das BVerfG mit der Entscheidung über die Organklage verbunden. Sie ist als "Urteil in Fallstruktur" mit weiteren Nachweisen in diesem Heft abgedruckt. Hierauf sei ausdrücklich verwiesen.

Das Organstreitverfahren gegen die Genehmigung der Durchsuchung und Beschlagnahme durch den Bundestagspräsidenten nach Art. 40 II 2 GG und die Verfassungsbeschwerde gegen die daraufhin vorgenommene Beschlagnahme von Schriftstücken durch die Staatsanwaltschaft betreffen zwei unterschiedliche Streitgegenstände (eben die Genehmigung der Beschlagnahme und die Beschlagnahme selbst) und sind daher streng zu trennen. Das BVerfG mag aus praktischen Erwägungen in einem Urteil über beide Begehren entschieden haben; in den Entscheidungsgründen werden sie aber streng getrennt geprüft.

Vertiefungshinweis:

Ermittlungsverfahren gegen Bundestagsabgeordnete (Profalla): *BVerfG*, RA 2002, 139 = DVBl 2002, 193

Kursprogramm:

- Examenskurs*: "Otto S., die Imagesäge"
 Examenskurs: "Neue Heimat analog"

Leitsatz:

Der Abgeordnete hat aus Art. 38 Abs. 1 Satz 2 in Verbindung mit Art. 47 Satz 2 GG nur einen Anspruch darauf, dass der Bundestagspräsident bei Genehmigungsentscheidungen nach Art. 40 Abs. 2 Satz 2 GG den Abgeordnetenstatus nicht grob verkennt und sich nicht von sachfremden, willkürlichen Motiven leiten lässt.

Sachverhalt:

Am 5. Mai 2000 wurde in einem Leitartikel der Süd-

deutschen Zeitung berichtet, hohe Stellen der Justiz des Freistaats Bayern hätten auf die Ermittlungen der Staatsanwaltschaft Augsburg gegen Schlüsselfiguren der sogen. "CDU-Spendenaffäre" Einfluss genommen. Daraufhin leitete die Staatsanwaltschaft beim Landgericht München I ein Ermittlungsverfahren wegen des Verdachts des Geheimnisverrats nach § 353 b Abs. 2 Nr. 1 StGB gegen Unbekannt ein. Im Rahmen der Ermittlungen ergaben sich Verdachtsmomente gegen einen Regierungsdirektor bei der Bundestagsverwaltung (Beschuldigter), der der Presse die vertraulichen Informationen zugespielt und damit einen Geheimnisverrat begangen zu haben. Der Beschuldigte war dem Antragsteller zu 1, seines Zeichens Mitglied des 14. Deutschen Bundestages und SPD-Obmann des von diesem eingesetzten "Parteispenden"-Untersuchungsausschusses, als koordinierender Referent und Mitarbeiter zugewiesen.

Mit Beschluss vom 17. Januar 2001 ordnete das Amtsgericht München die Durchsuchung der Wohnung und des Arbeitsplatzes des Beschuldigten in den Räumen des Deutschen Bundestags an. Die Durchsuchungsanordnung erstreckte sich auf sämtliche Unterlagen, die Auskunft darüber geben könnten, ob der Beschuldigte im Mai 2000 geheime Informationen an Journalisten der Süddeutschen Zeitung weitergegeben habe. Gleichzeitig wurde die Beschlagnahme dieser Unterlagen angeordnet. In der Folge erteilte der Bundestagspräsident auf Ersuchen des Leitenden Oberstaatsanwalts bei der Staatsanwaltschaft München I mündlich die Genehmigung der Durchsuchung und Beschlagnahme in den Räumen des Bundestags gemäß Art. 40 Abs. 2 Satz 2 GG. Daraufhin wurden am 7. Februar 2001 zeitgleich die Wohnung des Beschuldigten sowie sein Büro in den Räumen des Deutschen Bundestags durchsucht und aus beiden Räumlichkeiten diverse Gegenstände und Schriftstücke sichergestellt. Der Ast. zu 1 wurde kurz vor der Durchsuchung von dieser informiert und trat während der laufenden Durchsuchung zum Geschehen hinzu.

Der Antragsteller zu 1 und die übrigen 12 SPD-Abgeordneten im "Parteispenden"-Untersuchungsausschuss (Antragsteller zu 2 bis 13) begehren vom BVerfG die Feststellung, dass der Bundestagspräsident mit der Erteilung der Genehmigung zur Durchsuchung und Beschlagnahme in den Räumen des Deutschen Bundestages ihre verfassungsmäßigen Rechte als Abgeordnete verletzt habe. Die Beschwerdeführer zu 12 und 13 gehören dem nach Anrufung des BVerfG konstituierten 15. Deutschen Bundestag nicht mehr an.

Aus den Gründen:

Der Antrag im Organstreitverfahren ist zulässig, aber

unbegründet.

A. Zulässigkeit

I. Zuständigkeit des BVerfG

Der Antrag ist gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG i.V.m. § 13 Nr. 5, §§ 63 ff. BVerfGG zulässig.

II. Beteiligtenfähigkeit

Die Antragsteller sind als Abgeordnete des Deutschen Bundestags parteifähig im Sinne von Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG, § 63 BVerfGG (vgl. BVerfGE 10, 4 [10]; 60, 374 [378]; 62, 1 [32]; 70, 324 [350]). Die Parteifähigkeit der Antragsteller zu 12. und 13. ist nicht durch den nach Einleitung des Organstreitverfahrens eingetretenen Verlust ihres Abgeordnetenmandats entfallen. Denn maßgeblich für die Parteifähigkeit von Abgeordneten im Organstreit ist ihr Status zu dem Zeitpunkt, zu dem sie den Verfassungsstreit anhängig gemacht haben (vgl. BVerfGE 4, 144 [152]; 102, 224 [231]).

III. Tauglicher Antragsgegenstand

Es handelt sich hier um eine verfassungsrechtliche Streitigkeit über den Umfang der Rechte und Pflichten von Beteiligten im Sinne von Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG. Gegenstand des Verfahrens ist der Streit der Beteiligten darüber, inwieweit der Antragsgegner bei einer Genehmigungsentscheidung nach Art. 40 Abs. 2 Satz 2 GG die Rechte der Abgeordneten aus Art. 38 Abs. 1 Satz 2 in Verbindung mit Art. 47 Satz 2 GG zu berücksichtigen und zu wahren hat. Die Streitigkeit zwischen Abgeordneten und dem Präsidenten des Deutschen Bundestags bezieht sich auf Rechte und Pflichten, die unmittelbar in der Verfassung geregelt sind (vgl. BVerfGE 27, 152 [157]). Zwar handelt der Bundestagspräsident bei der Ausübung seiner Befugnisse zum Teil auch als Verwaltungsbehörde des Bundes oder des Deutschen Bundestags. So ist für Klagen gegen Akte des Bundestagspräsidenten in Ausübung der Polizeigewalt gemäß Art. 40 Abs. 2 Satz 1 GG oder in seiner Eigenschaft als Dienstherr der Parlamentsbeamten der Verwaltungsrechtsweg gegeben. Die hier im Mittelpunkt stehende Vorschrift des Art. 40 Abs. 2 Satz 2 GG ist jedoch kein Ausfluss der vornehmlich verwaltungsrechtlich ausgeübten - Polizeigewalt des Bundestagspräsidenten (Art. 40 Abs. 2 Satz 2 GG; vgl. Reinecke, Die Polizeigewalt des Bundestagspräsidenten, 1959, S. 263 f.). Denn auch die in ihrem Untersuchungs- und Entscheidungsauftrag unabhängigen Organe der Justiz bedürfen zur Vornahme bestimmter Eingriffsakte in den Räumen des Parlaments der Genehmigung.

IV. Antragsbefugnis

Die Antragsteller sind antragsbefugt. Im Organstreit kann der einzelne Abgeordnete die Verletzung oder Gefährdung jedes Rechts, das mit seinem Status verfassungsrechtlich verbunden ist, geltend machen. Sein Antrag ist nach § 64 Abs. 1 BVerfGG zulässig, wenn nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann, dass der Antragsgegner Rechte des Antragstellers, die aus dem verfassungsrechtlichen Rechtsverhältnis zwischen den Beteiligten erwachsen, durch die beanstandete rechtserhebliche Maßnahme verletzt oder unmittelbar gefährdet hat (vgl. BVerfGE 94, 351 [362 f.]; 99, 19 [28]; 104, 310 [325]).

1. Organschaftliches Recht des Abgeordneten aus Art. 38 I 2 GG

Die Antragsteller rügen eine Verletzung ihrer Rechte aus Art. 38 Abs. 1 Satz 2 in Verbindung mit Art. 47 Satz 2 GG durch die vom Antragsgegner erteilte Genehmigung der Durchsuchung und Beschlagnahme in den Räumen des Bundestags. Zwar können diese Rechte der Antragsteller grundsätzlich auch durch eine Beschlagnahme außerhalb der Räumlichkeiten des Deutschen Bundestags verletzt werden, ohne dass in diesen Fällen ein verfassungsrechtliches Rechtsverhältnis zum Bundestagspräsidenten bestünde. Hierauf kommt es vorliegend aber nicht an. Da es im Organstreitverfahren einzig um die Genehmigung von Durchsuchung und Beschlagnahme in den Räumen des Bundestags durch den Antragsgegner geht, sind die zwischen den Beteiligten streitigen Rechte und Pflichten - Art. 38 Abs. 1 Satz 2 in Verbindung mit Art. 47 Satz 2 GG sowie Art. 40 Abs. 2 Satz 2 GG - hier auf verfassungsrechtlicher Ebene miteinander verbunden. Es ist auch nicht von vornherein ausgeschlossen, dass der Bundestagspräsident bei der Wahrnehmung seiner Kompetenz aus Art. 40 Abs. 2 Satz 2 GG das von den Antragstellern geltend gemachte Recht beachten muss.

2. Kein Verlust durch Ausscheiden aus dem Bundestag

Der nach Einleitung des Organstreitverfahrens eingetretene Verlust des Abgeordnetenmandats der Antragsteller zu 12. und 13. hat nicht den Wegfall der Antragsbefugnis zur Folge, da insoweit - wie bei der Parteifähigkeit - maßgeblich auf den Zeitpunkt der Antragstellung abzustellen ist.

V. Allgemeines Rechtsschutzinteresse

1. Alternative Rechtsmittel

Das im Organstreit auf Seiten der Antragsteller er-

forderliche Rechtsschutzbedürfnis (vgl. BVerfGE 87, 207 [209]; stRspr) ist gegeben, obwohl gegen die Beschlagnahmeanordnung der fachgerichtliche Rechtsweg beschränkt und gegen die letztinstanzliche Entscheidung Verfassungsbeschwerden erhoben werden kann. Entscheidend ist, dass die Frage, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang der Antragsgegner das Recht der Antragsteller aus Art. 38 Abs. 1 Satz 2 in Verbindung mit Art. 47 Satz 2 GG bei Genehmigungsentscheidungen nach Art. 40 Abs. 2 Satz 2 GG zu berücksichtigen hat, nur in einem Organstreitverfahren durch Auslegung der Verfassung geklärt werden kann.

2. Kein Verlust durch Ausscheiden aus dem Bundestag

Der Verlust des Abgeordnetenmandats der Antragsteller zu 12. und 13. führt nicht zu einem Wegfall ihres Rechtsschutzinteresses. Das einmal begründete Zeugnisverweigerungsrecht eines Bundestagsabgeordneten endet erst mit dem Tod des Abgeordneten. Daher entfaltet eine auf der Grundlage des Art. 40 Abs. 2 Satz 2 GG erteilte Genehmigung des Bundestagspräsidenten zur Durchsuchung und Beschlagnahme in den Räumen des Bundestags Rechtswirkungen auch über die betreffende Wahlperiode hinaus.

B. Begründetheit

Der Antrag im Organstreitverfahren ist unbegründet. Der Bundestagspräsident hat durch die Erteilung der Genehmigung zur Durchsuchung und Beschlagnahme in den Räumen des Deutschen Bundestags nicht die Rechte der Antragsteller aus Art. 38 Abs. 1 Satz 2 in Verbindung mit Art. 47 Satz 2 GG verletzt. Der einzelne Abgeordnete hat aus Art. 38 Abs. 1 Satz 2 in Verbindung mit Art. 47 Satz 2 GG nur einen Anspruch darauf, dass der Bundestagspräsident bei Genehmigungsentscheidungen nach Art. 40 Abs. 2 Satz 2 GG den Abgeordnetenstatus nicht grob verkennt und sich nicht von sachfremden, willkürlichen Motiven leiten lässt. Dies ist hier nicht geschehen.

I. Anspruch aus Art. 38 I 2 GG i.V.m. 47 S. 2 GG nur auf Evidenzkontrolle

Art. 40 Abs. 2 GG begründet eigenständige Kompetenzen des Bundestagspräsidenten zum Schutz der Räume des Bundestags gegen Eingriffe von Exekutive und Judikative. Während Art. 40 Abs. 2 Satz 1 GG das dem Parlament zustehende Hausrecht und seine Polizeigewalt in die Hände des Präsidenten legt, darf nach Art. 40 Abs. 2 Satz 2 GG keine Durchsuchung oder Beschlagnahme in den Räumen des Bundestags ohne vorherige Genehmigung des Bundestagspräsidenten stattfinden. Die Erteilung der Genehmigung steht im

Ermessen des Bundestagspräsidenten.

1. Schutzzweck des Art. 40 II 2 GG

Das Genehmigungserfordernis nach Art. 40 Abs. 2 Satz 2 GG ist kein Teil der Polizeigewalt des Bundestagspräsidenten, sondern gehört im Hinblick auf seinen Schutzzweck zum Bereich seines Hausrechts (vgl. Reinecke, Die Polizeigewalt des Bundestagspräsidenten, 1959, S. 263 f.; Michael Köhler, Die Rechtsstellung der Parlamentspräsidenten in den Ländern der Bundesrepublik Deutschland und ihre Aufgaben im parlamentarischen Geschäftsgang, 2000, S. 245). Auch die in ihrem Untersuchungs- und Entscheidungsauftrag unabhängigen Organe der Justiz, welche durch die Polizeigewalt des Parlamentspräsidenten an ihrer Tätigkeit grundsätzlich nicht gehindert werden sollen, bedürfen zur Vornahme bestimmter Eingriffsakte im räumlichen Bereich des Parlaments dieser Genehmigung. Art. 40 Abs. 2 Satz 2 GG ergänzt die Parlamentsautonomie nach außen und vervollständigt den Schutz der Arbeit des Bundestags vor möglichem Druck durch andere Hoheitsträger (vgl. Dach, in: Dolzer/Vogel/Graßhof [Hrsg.], Bonner Kommentar zum GG, Art. 40 Rn. 108; Morlok, in: Dreier [Hrsg.], GG, Bd. II, 1998, Art. 40 Rn. 5). Er dient in erster Linie dem Schutz der räumlichen Integrität des Deutschen Bundestags.

Daneben schützt Art. 40 Abs. 2 Satz 2 GG auch die Autorität des Bundestagspräsidenten sowie die der Abgeordneten als Teile des Parlaments (vgl. Versteyl, in: von Münch/Kunig, GG, Bd. 2, 5. Aufl. 2001, Art. 40 Rn. 29). Er stellt damit eine funktionelle Ergänzung zum persönlichen Schutz des Abgeordneten aus Art. 46 GG dar (vgl. Achterberg/Schulte, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Bonner Grundgesetz, Bd. 2, 4. Aufl. 2000, Art. 40 Rn. 66; Schneider, in: Wassermann [Hrsg.], Alternativkommentar, GG, 3. Aufl. 2001, Art. 40 Rn. 18). Bei Durchsuchung und Beschlagnahme im Rahmen strafrechtlicher Ermittlungsverfahren besteht in weit größerem Maße als bei der Einleitung eines Ermittlungsverfahrens die Gefahr einer Beeinträchtigung der parlamentarischen Arbeit. Art. 40 Abs. 2 Satz 2 GG will daher einer besonderen Gefahrenlage für die Repräsentativfunktion des Parlaments begegnen.

2. Schranken

Der Bundestagspräsident muss sich bei seiner Entscheidung nach Art. 40 Abs. 2 Satz 2 GG deshalb von dem Ziel leiten lassen, die Funktionsfähigkeit der parlamentarischen Arbeit zu sichern. Richtet sich ein Strafverfahren gegen den Abgeordneten selbst, scheidet eine zusätzliche Berücksichtigung der Rechte aus Art.

47 GG schon deshalb aus, weil eine formale Zeugenstellung des Abgeordneten nicht besteht. Doch auch wenn sich das Ermittlungsverfahren gegen einen Mitarbeiter des Abgeordneten richtet, können sich Durchsuchungen und Beschlagnahmen in den Räumen des Bundestags behindernd auf die Arbeit des Parlaments auswirken.

a. Abzuwägende Rechte

Der Bundestagspräsident hat daher im Interesse der Wahrung der parlamentarischen Autonomie und der Repräsentation des Volkes durch das Parlament bei Entscheidungen nach Art. 40 Abs. 2 Satz 2 GG über die allgemeinen politischen Belange hinaus die Immunität der Abgeordneten, ihr Zeugnisverweigerungsrecht und das Beschlagnahmeprivileg zu berücksichtigen (Dach, in: Dolzer/Vogel/Graßhof [Hrsg.], Bonner Kommentar zum GG, Art. 40 Rn. 108; Köhler, a.a.O., S. 245). Er hat dabei aber nicht im Einzelnen zu prüfen, ob eine Beschlagnahme Abgeordnetenrechte aus Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG in Verbindung mit Art. 47 Satz 2 GG verletzt. Dies wird in der Regel bereits aus tatsächlichen Gründen nicht möglich sein, weil die Genehmigung bereits vor der Durchsuchung erteilt werden muss. Auch kann die nach Art. 47 Satz 2 GG notwendige Unterscheidung zwischen - im Falle der Ausübung des Zeugnisverweigerungsrechts durch den Abgeordneten - beschlagnahmefreien und der Beschlagnahme generell zugänglichen Gegenständen sinnvoll erst dann getroffen werden, wenn die zu beschlagnahmenden Schriftstücke hinreichend konkretisiert sind; dies wird regelmäßig erst nach einer Durchsuchung der Fall sein. Sollten anlässlich einer Durchsuchung aufgefundene Schriftstücke tatsächlich anvertraute Tatsachen im Sinne des Art. 47 Satz 1 GG enthalten, wäre ihre Beschlagnahme im Übrigen nicht von vornherein, sondern nur dann nach Art. 47 Satz 2 GG unzulässig, wenn der betreffende Abgeordnete von seinem Zeugnisverweigerungsrecht tatsächlich Gebrauch macht.

b. Nur Evidenzkontrolle

Eine Pflicht des Antragsgegners, die Entscheidung des Abgeordneten über die Ausübung des ihm möglicherweise zustehenden Zeugnisverweigerungsrechts vor der Genehmigungserteilung einzuholen, sieht Art. 40 Abs. 2 Satz 2 GG nicht vor. Die Prüfungspflicht des Bundestagspräsidenten kann sich daher allenfalls auf eine Evidenzkontrolle erstrecken, die das Vorliegen eines Durchsuchungs- und Beschlagnahmebeschlusses einschließt.

Da es sich bei der Genehmigungsentscheidung des Bundestagspräsidenten zur Wahrung der parlamentari-

schen Autonomie um eine funktionelle Ergänzung zum Immunitätsrecht handelt (vgl. Achterberg/Schulte, a.a.O., Art. 40 Rn. 66; Schneider, a.a.O., Art. 40 Rn. 18), kann der Schutz des einzelnen Abgeordneten hier keine größere Wirkung entfalten als der durch Art. 46 Abs. 2 GG vermittelte Schutz. Die Normen des Parlamentsverfassungsrechts schützen - mit Ausnahme des hier nicht einschlägigen Art. 46 Abs. 1 Satz 1 GG - die Abgeordneten nicht vor Strafverfolgung und Strafe. Dies gilt erst Recht für das strafbare Verhalten von Mitarbeitern. Der Genehmigungsvorbehalt für die strafrechtliche Verfolgung von Abgeordneten nach Art. 46 Abs. 2 GG dient vornehmlich dem Parlament als Ganzem und gewährt dem einzelnen Abgeordneten nur einen Anspruch darauf, dass sich das Parlament bei der Entscheidung über die Aufhebung der Immunität nicht von sachfremden, willkürlichen Motiven leiten lässt (vgl. BVerfGE 104, 310 [325]). Abgeordnete haben daher einen Anspruch gegen den Bundestagspräsidenten auf Berücksichtigung von Beschlagnahmeprivilegien nach Art. 47 Satz 2 GG nur insoweit, als die von ihm zu genehmigende Durchsuchung und Beschlagnahme - für ihn erkennbar - Teil einer un gerechtfertigten Verfolgung des Abgeordneten durch die Exekutive ist. Würde der Parlamentspräsident in einem solchen Fall die strafprozessuale Maßnahme gestatten, so würde er sich die sachfremden Erwägungen der Strafverfolgungsorgane zu Eigen machen und dadurch selbst willkürlich handeln. Dieses Ergebnis wird durch die historische und die systematische Auslegung von Art. 40 Abs. 2 Satz 2 GG bestätigt.

aa. Historische Auslegung

Anders als im englischen Parlamentarismus, wo der Friedensbann des Monarchen in die Trägerschaft des Parlaments verlagert ist, hat sich in Deutschland keine Asylfunktion des Parlamentsgebäudes für Straftäter, säumige Schuldner oder sonst von staatlichen Zwangsmaßnahmen bedrohte Individuen entwickelt (vgl. Hatschek, Das Asylrecht des englischen Parlaments, in: Annalen des Deutschen Reichs für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft, 1906, S. 801 ff.; Gerd Michael Köhler, Die Polizeigewalt des Parlamentspräsidenten im deutschen Staatsrecht, DVBl 1992, S. 1577 [1581]).

Die allgemeine materielle Polizeigewalt des Parlamentspräsidenten und ihre Ergänzung gegenüber den Justizbehörden steht hier ganz im Dienst des Schutzes der Funktionsfähigkeit des Parlaments. Die Befugnis zur Genehmigung von Durchsuchungen und Beschlagnahmen fand erstmals in Art. 38 Abs. 2 WRV verfassungsrechtlichen Niederschlag; hier legalisierte sie eine Praxis, die der Reichstag schon vor 1919 für sich in

Anspruch genommen hatte (vgl. Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reiches, 14. Aufl. 1933, Art. 38 Rn. 5). Die Vorschrift wurde als "Seitenstück" zur Polizeigewalt des Reichspräsidenten aus Art. 28 WRV angesehen. Durch Art. 40 Abs. 2 GG wurden beide Befugnisse erstmals in einer Verfassungsnorm zusammengeführt, deren Zweck in erster Linie der Schutz der parlamentarischen Autonomie ist. Vor dem Hintergrund dieser verfassungsgeschichtlichen Entwicklung will Art. 40 Abs. 2 Satz 2 GG das Parlament von der Amtsgewalt anderer Staatsorgane auch dahingehend abschirmen, dass keine vom Parlamentspräsidenten unabhängige öffentliche Gewalt durch Maßnahmen in den Räumen des Parlaments dessen Arbeit in irgendeiner Weise soll beeinträchtigen können (vgl. Dach, a.a.O., Art. 40 Rn. 108; Köhler, a.a.O., S. 245).

bb. Systematische Auslegung

Die Loslösung des Art. 40 Abs. 2 Satz 2 GG (Art. 38 Abs. 2 WRV) von Art. 47 Satz 2 GG (Art. 38 Abs. 1 WRV) bringt dies auch verfassungssystematisch zum Ausdruck. Der Schutzbereich beider Vorschriften ist ohnehin nicht deckungsgleich, da Art. 40 Abs. 2 Satz 2 GG alle Durchsuchungs- und Beschlagnahmemaßnahmen, aber auch nur solche in den Räumen des Bundestags erfasst. Art. 40 Abs. 2 Satz 2 GG begründet keine Durchbrechung der Gewaltenteilung zwischen Legislative oder Exekutive in Gestalt der materiellen Polizeigewalt des Bundestagspräsidenten und Judikative. Dies ergibt sich namentlich aus der Beschränkung der Genehmigungskompetenz auf die Räume des Bundestags.

II. Kein evidenten Verstoß ersichtlich

Nach diesem Maßstab ist die Erteilung der Genehmigung zur Durchsuchung und Beschlagnahme in den Räumen des Deutschen Bundestags durch den Antragsteller am oder nach dem 23. Januar 2001 verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.

Bereits mit Beschluss vom 17. Januar 2001 hatte der Ermittlungsrichter beim Amtsgericht München die Durchsuchung der Wohnung des Mitarbeiters und sei-

nes Arbeitsplatzes in den Räumen des Deutschen Bundestags sowie die Beschlagnahme von Unterlagen angeordnet, die Auskunft darüber geben können, ob der des Geheimnisverrats Beschuldigte im Mai 2000 Informationen aus der als vertraulich eingestuften, dem Parteipenden-Untersuchungsausschuss vorgelegten Akte der Staatsanwaltschaft Augsburg an Journalisten der Süddeutschen Zeitung weitergegeben hat. Für den Verdacht, dass diese Durchsuchung und Beschlagnahme Teil einer ungerechtfertigten Verfolgung des Antragstellers zu 1. – oder der übrigen Antragsteller – durch die Judikative oder die Exekutive waren, gab es weder im Zeitpunkt der Genehmigungserteilung noch danach greifbare Anhaltspunkte; dies wurde von den Antragstellern auch nicht behauptet.

Ungeachtet der Tatsache, dass alleiniger Streitgegenstand des Organstreitverfahrens die Erteilung der Durchsuchungsgenehmigung durch den Antragsteller ist, ist festzustellen, dass die Bundestagsverwaltung sich im Hinblick auf die Durchführung der vom Antragsteller genehmigten Durchsuchung an die Vorgaben der Dienstanweisung für den Polizeivollzugsdienst beim Deutschen Bundestag (DA-PVD) zur Wahrung der Rechte der Betroffenen gehalten hat. Hiernach hat bei der Durchsuchung von Räumen des Bundestags deren Benutzer das Recht, anwesend zu sein (§ 24 Abs. 1 Satz 1 DA-PVD); im Falle seiner Abwesenheit ist, wenn möglich, der Vorgesetzte oder ein anderer geeigneter Zeuge zuzuziehen (§ 24 Abs. 1 Satz 2 DA-PVD).

Vor Beginn der Durchsuchung in den Räumen des Deutschen Bundestags waren die SPD-Fraktion sowie die Vorsitzende des Ausschusses für Wahlprüfung, Immunität und Geschäftsordnung informiert worden. Auch der Antragsteller zu 1. war nach den unwidersprochen gebliebenen Angaben von Ministerialdirigent Semmler in der mündlichen Verhandlung von diesem persönlich unmittelbar vor dem Beginn der Durchsuchung hierüber in Kenntnis gesetzt worden. Dem Antragsteller zu 1. war damit die Möglichkeit eingeräumt worden, seine Rechte aus Art. 47 GG bereits bei Beginn der Durchsuchung geltend zu machen.

Standort: Art. 3 I GG**Problem: Allgemeines Willkürverbot**

BGH, URTEIL VOM 11.03.2003
XI ZR 403/01 (DVBL 2003, 942)

Problemdarstellung:

In der vorliegenden Entscheidung verneint der BGH das Recht einer Sparkasse, eine bestehende Konto-Verbindung mit der NPD ohne wichtigen Kündigungsgrund zu lösen. Eine solche Kündigung verstoße gegen das Willkürverbot aus Art. 3 I GG und sei daher gem. § 134 BGB nichtig. Die Entscheidung ist neben ihrem politischen Einschlag unter folgenden rechtlichen Aspekten interessant:

1. Der BGH geht von einer unmittelbaren Grundrechtsbindung der Sparkassen aus. Dies ergebe sich aus ihrer Stellung als Teil der Exekutive und damit - vom BGH unausgesprochen - aus Art. 20 II, 1 III GG. Die Grundrechte sollen die Sparkassen selbst dann unmittelbar binden, wenn sie privatrechtlich - hier durch Abschluss eines Girovertrages - tätig werden.
2. Dem BGH gelingt es nicht, eine Vergleichsgruppe zu benennen, im Verhältnis zu der die NPD ungleich behandelt worden wäre. Weder andere Parteien noch andere Girokunden sollen insoweit in Betracht kommen. Das Gericht wendet den Art. 3 I GG aber im Sinne eines allgemeinen Willkürverbots an, der staatliche Maßnahmen ohne sachliche Rechtfertigung nicht nur im Verhältnis zu Anderen, sondern ganz allgemein verbiete. Damit befindet sich der BGH im Einklang mit dem BVerfG und der h.L. Dieses "allgemeine Willkürverbot" soll als fundamentales rechtsstaatliches Prinzip der Durchsetzung materieller Gerechtigkeit dienen und die staatliche Gewalt immer - d.h. auch außerhalb von Vergleichsgruppen - binden.

Prüfungsrelevanz:

Die Doppelfunktion des Art. 3 I GG als Verbot der Ungleichbehandlung im Verhältnis zu anderen und als allgemeines Willkürverbot sollte unbedingt zur Kenntnis genommen werden, da - wie der Fall zeigt - auch letzteres eigene Bedeutung haben kann, wo Vergleichsgruppen sich nicht bilden lassen. In der Literatur ist i.Ü. umstritten, ob sich dieses allgemeine Willkürverbot tatsächlich aus Art. 3 I GG oder aus dem Rechtsstaatsprinzip, Art. 20 III GG, ergibt (siehe Vertiefungshinweise). Diese Unterscheidung ist keinesfalls nur akademischer Natur. Während Art. 3 I GG ein subjektiv-öffentliches Recht darstellt, das dem Betroffenen die Klagebefugnis verleiht und notfalls mit Verfassungsbeschwerde durchgesetzt werden kann, ist

Art. 20 III GG kein subjektiv-öffentliches Recht und damit nicht einklagbar.

Die Entscheidung sollte ferner zum Anlass genommen werden, sich die (mittelbare) Grundrechtsbindung unter Privaten noch einmal zu vergegenwärtigen. Im Zivilrecht wirken die Grundrechte nach h.M. (nur) mittelbar über die Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffe wie "Treu & Glauben", "Sittenwidrigkeit" usw.

Vertiefungshinweise:

- Zur Anwendbarkeit des § 134 BGB auf Grundrechtsverstöße: *BGHZ* 65, 284, 287
- Kontenkündigung als Sittenverstoß: *LG Leipzig*, *NJW* 2001, 80 gegen *LG Frankfurt/Oder*, *NJW* 2001, 82; *Boemke*, *JuS* 2001, 444
- Herleitung des allgemeinen Willkürverbots aus Art. 3 I GG: *BVerfGE* 55, 72, 89; *BVerwGE* 64, 248, 261; *Hesse*, *AöR* 109 [1984], 174, 191
- Herleitung des allgemeinen Willkürverbots aus Art. 20 III GG: *BayVerfGH*, *NJW* 1986, 1096; *Stern*, *StaatsR* II, S. 790

Leitsätze:

1. **Sparkassen sind als Anstalten des öffentlichen Rechts im Bereich staatlicher Daseinsvorsorge unmittelbar an die Grundrechte (Art. 1 - 19 GG) gebunden.**
2. **Die ohne sachgerechten Grund erklärte Kündigung eines Girovertrages durch eine Sparkasse gemäß Nr. 26 Abs. 1 AGB Sparkassen verstößt gegen das in Art. 3 Abs. 1 GG zum Ausdruck kommende Willkürverbot und ist gemäß § 134 BGB nichtig.**
3. **Eine Sparkasse kann ihren Girovertrag mit einer politischen Partei nicht mit der Begründung, diese verfolge verfassungsfeindliche Ziele, kündigen, solange das BVerfG die Verfassungswidrigkeit der Partei nicht festgestellt hat.**

Sachverhalt:

Der Kl., der Landesverband S. der NPD, nimmt die bekl. Sparkasse auf Fortführung eines Girokontos, hilfsweise auf Feststellung der Unwirksamkeit der Kündigung des Girovertrages und der Rechtswidrigkeit der Auflösung des Kontos, in Anspruch. Das LG gab dem Hauptantrag statt, das OLG dem Hilfsantrag. Die Revision der Bekl. blieb ohne Erfolg.

Aus den Gründen:

Der Feststellungsantrag ist auch in der Sache begründet. Die Kündigung vom 22.8.2000 verstößt gegen das in Art. 3 Abs. 1 GG zum Ausdruck kommende Willkürverbot und ist gemäß § 134 BGB nichtig (vgl. zur Anwendbarkeit des § 134 BGB auf Grundrechtsverstöße: BGHZ 65, 284, 287; MüKomm.-Mayer-Maly/Armbrüster, BGB, 4. Aufl., § 134 Rdnr. 33).

A. Unmittelbare Grundrechtsbindung der Sparkassen

Das Vertragsverhältnis zwischen den Parteien unterliegt, anders als das OLG meint, nicht nur einer mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte. Die Bekl. ist vielmehr unmittelbar an die Grundrechte gebunden (vgl. Boemke, JuS 2001, 444, 446; Brömmelmeyer, WuB 1 A 3 Nr.26 AGBSparkassen 1993 — 1.02), ohne selbst grundrechtsfähig zu sein (BVerfGE 75, 192, 197).

I. Sparkassen als Teil der Exekutive

Gemäß Art. 1 Abs. 3 GG binden die Grundrechte die vollziehende Gewalt als unmittelbar geltendes Recht. Sparkassen sind als Anstalten des öffentlichen Rechts im Bereich staatlicher Daseinsvorsorge Teil der vollziehenden Gewalt (BVerfGE 75, 192, 197 ff.; BGH, NJW 1983, 2509, 2511; BVerwGE 41, 195, 196 f.; VerfGH NRW, NVwZ 1987, 211, 212; BayVerfGH, DVBl. 1986, 39, 41). Der Auftrag der Bekl. zur Daseinsvorsorge ergibt sich aus § 2 Abs. 1 Satz 1 SächsSparkG. Danach haben Sparkassen die Aufgabe, in ihrem Geschäftsbereich die Versorgung mit geld- und kreditwirtschaftlichen Leistungen sicherzustellen. Dazu gehört auch die Eröffnung der Teilnahme am bargeldlosen Zahlungsverkehr durch die Führung von Girokonten.

II. Keine "Flucht ins Privatrecht"

Dass die Beklagte ihre Aufgaben der Daseinsvorsorge mit Mitteln des Privatrechts erfüllt und der Girovertrag zwischen den Parteien privatrechtlicher Natur ist, ändert an der unmittelbaren Grundrechtsbindung der Beklagten nichts. Die öffentliche Hand ist auch dann unmittelbar an die Grundrechte gebunden, wenn sie öffentliche Aufgaben in privatrechtlichen Rechtsformen wahrnimmt (BGHZ 29, 76, 80; 33, 230, 233; 36, 91, 95 f.; 37, 1, 27; 52, 325, 328; 65, 284, 287; 91, 84, 96 f.).

B. Verstoß gegen Art. 3 I GG

Die Kündigung vom 22. 8. 2000 ist mit Art. 3 Abs. 1 GG nicht vereinbar.

I. Chancengleichheit der Parteien

Die Grundrechtsverletzung ergibt sich allerdings nicht

bereits aus einem Verstoß gegen das durch Art. 3 GG i. V. mit Art. 21 GG gewährleistete Recht politischer Parteien auf Chancengleichheit (vgl. BVerfGE 104, 14, 19 m.w.N.). Nach § 5 Abs. 1 Satz 1 PartG sollen alle Parteien gleich behandelt werden, wenn ein Träger öffentlicher Gewalt politischen Parteien Einrichtungen zur Verfügung stellt oder andere öffentliche Leistungen gewährt. Dies gilt auch für die Eröffnung der Teilnahme am bargeldlosen Zahlungsverkehr aufgrund eines Girovertrages (HambOVG, Beschluss vom 16.9.2002 — 1 Bs 243/02 —). Ein Anspruch auf Gleichbehandlung setzt aber voraus, dass eine bestimmte Leistung einer anderen Partei tatsächlich erbracht wird. Daran fehlt es hier. Das OLG hat nicht festgestellt, dass die Bekl. ein Girokonto für eine andere politische Partei führt. Der Kl. hat dies auch nicht geltend gemacht.

II. Andere Girokunden

Auch eine Ungleichbehandlung des Kl. im Verhältnis zu anderen Girokunden der Bekl. verstößt nicht gegen Art. 3 Abs. 1 GG. § 5 Abs. 1 Satz 1 PartG bindet Träger öffentlicher Gewalt nicht in der Entscheidung, ob sie für politische Parteien bestimmte Leistungen erbringen wollen. Da die Bekl. gemäß § 5 SächsSpkVO nur gegenüber natürlichen Personen verpflichtet ist, unter bestimmten Voraussetzungen Girokonten zu führen, ist sie nicht gehindert, diesen Personenkreis und andere Personen, zu denen auch politische Parteien zählen, ungleich zu behandeln.

III. Allgemeines Willkürverbot

Der Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG erschöpft sich nicht in dem Verbot einer ungerechtfertigten Ungleichbehandlung verschiedener Personen oder Personengruppen, sondern bringt als fundamentales Rechtsprinzip ein Willkürverbot zum Ausdruck (BVerfGE 55, 72, 89; 78, 232, 248; 99, 367, 388; 105, 73, 110, jeweils m.w.N.).

IV. Sachliche Rechtfertigung

Das Willkürverbot ist verletzt, wenn sich bei verständiger Würdigung der das GG beherrschenden Gedanken ein sachgerechter Grund für eine Maßnahme der öffentlichen Gewalt nicht finden lässt (BVerfGE 55, 72, 79; 78, 232, 248). Gemessen hieran hat die Bekl. mit der Kündigung vom 22.8.2000 Art. 3 Abs. 1 GG verletzt.

I. Verfassungsfeindlichkeit der NPD

Die Bekl. kann sich zur Rechtfertigung der Kündigung nicht auf eine verfassungsfeindliche Zielsetzung des Kl. berufen. Dem steht die Sperrwirkung des Art. 21

Abs. 2 Satz 2 GG entgegen. Nach dieser Bestimmung entscheidet über die Verfassungswidrigkeit einer Partei das BVerfG. Hierbei handelt es sich nicht um eine bloße Zuständigkeitsregelung, sondern — i. V. mit Art. 21 Abs. 1 GG — um eine Privilegierung der politischen Parteien gegenüber anderen Vereinigungen und Verbänden. Bis zu einer Entscheidung des BVerfG kann deshalb niemand die Verfassungswidrigkeit einer Partei rechtlich geltend machen (BVerfGE 12, 296, 304; 40, 287, 291). Die Partei soll in ihren politischen Aktivitäten von jeder rechtlichen Behinderung frei sein, solange sie mit allgemein erlaubten Mitteln arbeitet (BVerfGE 13, 123, 126; 9, 334, 357; 40, 287, 291; 47, 130, 139; NJW 2001, 2076, 2077).

Die Kündigung vom 22.8.2000 stellt eine unzulässige rechtliche Behinderung dar. Sie greift zwar nicht unmittelbar in die politische Tätigkeit des Kl. ein, beeinträchtigt eine Betätigungsfreiheit aber wesentlich. Der Kl. ist bei einer Arbeit auf die Teilnahme am bargeldlosen Zahlungsverkehr angewiesen. Anders kann er Zahlungen von existentieller Bedeutung, nämlich die staatliche Teilfinanzierung (§ 19 Abs. 1 Satz 2 PartG [sic!]), nicht entgegen nehmen. Auch die Begleichung von Mieten, Telefongebühren oder von Rechnungen im Zusammenhang mit Parteiveranstaltungen ist in weitem Umfang ohne Girokonto praktisch nicht durchführbar.

Ob eine rechtlich erhebliche Behinderung des Kl. ausgeschlossen wäre, wenn er ein Girokonto bei einem anderen Kreditinstitut unterhalte oder eröffnen könnte, bedarf einer Entscheidung. Das OLG hat rechtsfehlerfrei festgestellt, dass dies nicht der Fall ist. Anders als

die Revision meint, kann eine unzulässige rechtliche Behinderung auch nicht mit der Begründung verneint werden, der Kl. könne in Treuhandkonto, etwa seines Prozeßbevollmächtigten, in Anspruch nehmen.

2. Imageschaden für die Sparkasse

Die Bekl. kann die Kündigung nicht mit einem Imageschaden rechtfertigen, der nach ihrer Darstellung ei Fortführung der Geschäftsverbindung mit dem Kl. droht. Ein solcher Schaden ist nach den rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen des OLG nicht zu erwarten. Zudem befürchtet die Bekl. diesen Schaden allein aufgrund einer Verfassungsfeindlichkeit des Kl., die, wie dargelegt, vor einer entsprechenden Entscheidung des BVerfG rechtlich nicht geltend gemacht werden kann.

3. Politische Statements der NPD

Auch die Forderung des Kl. nach "Überwindung der kapitalistischen Zinswirtschaft" ist kein begründeter Anlass für eine Kündigung. Sie ist Teil der mit allgemein erlaubten Mitteln arbeitenden parteioffiziellen Tätigkeit, die wegen der Sperrwirkung des Art. 21 Abs. 2 Satz 2 GG nicht zum Anlass rechtlicher Sanktionen genommen werden darf (vgl. BVerfGE 40, 287, 291). Einen Verstoß gegen die allgemeinen Strafgesetze, der eine andere Beurteilung rechtfertigen würde, hat die Bekl. nicht dargetan. Anhaltspunkte dafür, dass die Guthaben auf dem Girokonto für verbotene oder strafbare Aktivitäten genutzt werden, oder dass die für den Kl. handelnden Personen Straftaten begangen haben, sind nicht vorgetragen.

Standort: Art. 12 GG

Problem: Kanzleiwechsel von Rechtsanwälten

BVERFG, BESCHLUSS VOM 03.07.2003
1 BVR 238/01 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Im vorliegenden Beschluss hat das BVerfG entschieden, dass § 3 II der Berufsordnung für Rechtsanwälte (BORA) mit Art. 12 I GG unvereinbar und nichtig ist. Gem. § 43 a IV der Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO) gehört es zu den Grundpflichten des Rechtsanwalts, keine widerstreitenden Interessen vertreten. § 3 BORA knüpft hieran an:

§ 3 I BORA: "Der Rechtsanwalt darf nicht tätig werden, wenn er, gleich in welcher Funktion, eine andere Partei in derselben Rechtssache im widerstreitenden Interesse bereits beraten oder vertreten hat oder mit dieser Rechtssache in sonstiger Weise im Sinne der §§ 45, 46 BRAO beruflich befasst war."

§ 3 II BORA: "Das Verbot gilt auch, wenn ein anderer Rechtsanwalt oder Angehöriger eines anderen Berufes im Sinne des § 59 a BRAO, mit dem der Rechtsanwalt in Sozietät, zur gemeinschaftlichen Berufsausübung in sonstiger Weise (Anstellungsverhältnis, freie Mitarbeit) oder in Bürogemeinschaft verbunden ist oder war, in derselben Rechtssache, gleich in welcher Funktion, im widerstreitenden Interesse berät, vertritt, bereits beraten oder vertreten hat oder mit dieser Rechtssache in sonstiger Weise beruflich befasst ist oder war."

§ 3 III BORA: "Wer erkennt, dass er entgegen den Absätzen 1 oder 2 tätig ist, hat unverzüglich davon seinen Mandanten zu unterrichten und alle Mandate in derselben Rechtssache zu beenden."

Das BVerfG stuft den mit der erzwungenen Mandatsniederlegung nach § 3 II BORA verbundenen Eingriff

in die Berufsfreiheit der Rechtsanwälte im Rahmen seiner sogen. "Drei-Stufen-Theorie" als Berufsausübungsregelung ein. Diese bedürfe zu ihrer Angemessenheit der Rechtfertigung durch vernünftige Gemeinwohlerwägungen. Habe der wechselnde Rechtsanwalt in seiner früheren Kanzlei mit dem Verfahren nichts zu tun gehabt, könne auch das Doppelvertretungsverbot nicht verletzt sein. Gleiches gelte, wenn er in seiner neuen Kanzlei nicht mit dem Fall befasst werde. Indem § 3 II BORA jedoch nicht differenziere, sondern in jedem Fall die Mandatsniederlegung fordere, sei die Regelung verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigen, sondern unverhältnismäßig und damit nichtig.

Prüfungsrelevanz:

Die Entscheidung ist auf eine Verfassungsbeschwerde hin ergangen, in deren Rahmen der Fall auch im Examen abgeprüft werden kann. Sie betrifft insbesondere die verfassungsrechtliche Rechtfertigung eines Eingriffs in Art. 12 I GG nach der sogen. "Drei-Stufen-Theorie" des BVerfG:

- Die unterste Eingriffsstufe stellen - wie hier - bloße Berufsausübungsregelungen dar. Zu ihrer Rechtfertigung genügen vernünftige Gemeinwohlgründe.

- Die mittlere Eingriffsstufe stellen subjektive Berufswahlschranken dar, also solche, die an die Person des Berufstätigen anknüpfen. Beispiele sind der "numerus clausus" für die Zulassung zum Studium oder Altersbeschränkungen, etwa für Notare. Hier müssen besonders wichtige Gemeinwohlgründe vorliegen.

- Die höchste Eingriffsstufe stellen objektive, d.h. von der Person des Berufstätigen unabhängige Berufswahlschranken dar. Ein Beispiel sind die Kontingente für Taxis. Solche lassen sich nur durch überragend wichtige Gemeinwohlerwägungen rechtfertigen.

Die "Drei-Stufen-Theorie" wird üblicherweise in der Verhältnismäßigkeit (Angemessenheit) des Grundrechtseingriffs geprüft. Vertretbar ist es jedoch auch, bereits beim Eingriff selbst zu klären, auf welcher Stufe dieser steht, und später in der Verhältnismäßigkeit nur noch die Rechtfertigungsanforderungen (also die Frage, ob ein Gemeinwohlbelang vorliegt bzw. die nach der jeweiligen Stufe erforderliche Bedeutung hat) zu prüfen.

Vertiefungshinweise:

Die angegriffene, gegenteilige Entscheidung des BGH: BGH, NJW 2001, 1572

Kursprogramm:

Examenskurs: "Der alte Mann als Kassenarzt"

Leitsatz:

Zur Bedeutung der Berufsfreiheit beim Sozietätswechsel von Rechtsanwälten.

Sachverhalt:

Mit der Verfassungsbeschwerde wenden sich die Beschwerdeführer, die gemeinsam eine Anwaltskanzlei betreiben, gegen die von der zuständigen Rechtsanwaltskammer ausgesprochene und vom Bundesgerichtshof in der angegriffenen Entscheidung bestätigte Verpflichtung zur Niederlegung von Mandaten, nachdem sie einen Rechtsanwalt angestellt haben, der zuvor bei einer anderen Kanzlei beschäftigt war, die in Bezug auf diese Mandate die Gegenseite vertritt.

Die Beschwerdeführer betreiben als Gesellschafter bürgerlichen Rechts in der Stadt R. eine Anwaltskanzlei. Ab 1. Oktober 1999 wurde Rechtsanwalt Dr. L. angestellt und auch im Briefkopf neben den drei Sozisten genannt. Zuvor war Dr. L. in der ebenfalls in R. ansässigen Sozietät W. D. & M. als angestellter Rechtsanwalt beschäftigt und auf dem Briefbogen erwähnt. Im Zeitpunkt des Wechsels bearbeiteten die beiden Kanzleien neun Fälle, in denen sie als Auftragnehmer jeweils die gegnerischen Parteien vertraten. Rechtsanwalt Dr. L. hat in der abgebenden Kanzlei keines dieser Mandate vor seinem Wechsel selbst bearbeitet. In der aufnehmenden Kanzlei wurde durch interne Weisungen sichergestellt, dass er mit diesen Rechts-sachen nicht befasst wird. Das Gebühreninteresse der Beschwerdeführer belief sich für diese Mandate auf knapp 85.000 DM.

Im Anschluss an ein Belehrungsschreiben stellte die zuständige Rechtsanwaltskammer fest, dass die Fortführung der Mandate, bei denen die abgebende Kanzlei auf der Gegenseite stehe, gegen § 3 BORA verstoße, und verpflichtete die Beschwerdeführer, die Mandatsniederlegungen schriftlich zu bestätigen. Die Beschwerdeführer stellten Antrag auf gerichtliche Entscheidung. Der Anwaltsgerichtshof setzte zunächst durch einstweilige Anordnung den Vollzug der Verpflichtung aus und hob sodann die Entscheidung der Rechtsanwaltskammer auf. Nach seiner Auffassung stellt § 3 Abs. 2 und 3 BORA keine geeignete Rechtsgrundlage für einen Eingriff in die freie Berufsausübung dar. Für die Konkretisierung des Tätigkeitsverbots bei einem Sozietätswechsel einzelner Rechtsanwälte, das von grundsätzlicher Bedeutung für die Berufsausübung sei und zugleich die Interessen der Allgemeinheit an der Art und Weise anwaltlicher Tätigkeit berühre, fehle eine hinreichend bestimmte gesetzliche Grundlage, weshalb die Satzungsregelung unwirksam sei. Die Ausweitung des Vertretungsverbots auf Sozisten und Scheinsozisten sei gesetzlich nicht fundiert. §

43 a Abs. 4 BRAO wende sich ausschließlich an den einzelnen mandatierten Anwalt, ohne das Verbot auf Sozietäten zu erstrecken, wie es beispielsweise in § 45 Abs. 3 BRAO geschehen sei. Darüber hinaus würden berechnete Belange der Mandanten missachtet, die eine bestimmte Sozietät beauftragt und auf die Anstellung eines Rechtsanwalts nach Auftragserteilung keinen Einfluss hätten. Rechtsanwalt Dr. L. werde als später hinzugetretener Scheinsozius nicht zum Vertragspartner dieser Mandanten.

Der Bundesgerichtshof hob mit dem angegriffenen Beschluss die Entscheidung des Anwaltsgerichtshofs auf und bestätigte die Entscheidung der Rechtsanwaltskammer. Zur Begründung führte er aus, die Verpflichtung zur Niederlegung der Mandate ergebe sich unmittelbar aus § 43 a Abs. 4 BRAO. In diesem Sinne sei auch § 3 Abs. 2 und 3 BORA auszulegen. Jeder Rechtsanwalt einer Sozietät handle regelmäßig namens der Sozietät, auch wenn er das Mandat nicht persönlich bearbeite. Die Vertretung im Sinne des § 43 a Abs. 4 BRAO sei im weitesten Sinne zu verstehen und setze ein Bearbeiten nicht voraus. Das gelte auch für den so genannten Außensozius, weil er den Auftraggebern in gleicher Weise wie die Sozien hafte. In Ansehung des Schutzzwecks von § 43 a Abs. 4 BRAO gelte nichts anderes. Die Erstreckung des für einen Rechtsanwalt geltenden Tätigkeitsverbots auf alle Sozien, auch die Scheinsozien, sei von jeher anerkannt und beuge dem berechtigten Misstrauen der Mandanten vor. Zwar werde hierdurch die Möglichkeit eines Kanzleiwechsels erschwert; der Schutz des Vertrauens der Mandanten in die Unabhängigkeit ihres Rechtsanwalts und in die Integrität der Rechtspflege habe indessen Vorrang.

Mit ihrer Verfassungsbeschwerde rügen die Beschwerdeführer im Wesentlichen die Verletzung von Art. 12 Abs. 1 GG. § 43 a Abs. 4 BRAO sei als Rechtsgrundlage für den Eingriff nicht einschlägig, da sich diese Vorschrift nach ihrem Wortlaut nur an den einzelnen Rechtsanwalt wende. Anders als in § 45 Abs. 3 und § 46 Abs. 3 BRAO fehle eine Erstreckungsregelung auf Sozien. Abweichend von den Grundsätzen des anwaltlichen Standesrechts habe der Gesetzgeber auch nicht mehr dem Anschein der Vertretung widerstreitender Interessen entgegenzutreten wollen. Deshalb sei § 3 BORA von der Ermächtigungsnorm nicht gedeckt. Ein derart einschneidendes Verbot habe auch wesentliche Bedeutung für die Berufsausübung der Anwaltschaft und hätte deshalb vom Gesetzgeber selbst getroffen werden müssen.

Aus den Gründen:

Die Verfassungsbeschwerde ist begründet. Die an-

gegriffene Entscheidung bestätigt eine gegen die Beschwerdeführer gerichtete Verfügung der Rechtsanwaltskammer. Ob eine solche Verfügung schon deshalb rechtswidrig sein könnte, weil es der Rechtsanwaltskammer an einer Rechtsgrundlage fehlt, Berufspflichtverletzungen mit dem Erlass von Ge- und Verboten zu begegnen (vgl. BGH, MDR 2003, S. 418 mit ablehnender Anmerkung von Hartung), bedarf vorliegend keiner Vertiefung. Denn die an die Beschwerdeführer gerichtete Aufforderung der Rechtsanwaltskammer, die Mandate niederzulegen, findet der Sache nach im Gesetz keine der Verfassung entsprechende Grundlage. Die dem § 43 a Abs. 4 BRAO durch den Bundesgerichtshof gegebene Auslegung verletzt die Beschwerdeführer in ihrer Berufsausübungsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG. Die vom Bundesgerichtshof bestätigend herangezogene Vorschrift des § 3 Abs. 2 BORA ist aus diesem Grund nichtig; hingegen ermöglicht § 43 a Abs. 4 BRAO eine der Verfassung entsprechende Auslegung und Anwendung.

A. Eingriff in den Schutzbereich des Art. 12 I GG

Die Vertretung von Mandanten ist ein wesentlicher Teil der durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten anwaltlichen Berufsausübung. Anwälte streiten berufsmäßig für die Interessen ihrer Mandanten, die ihrerseits frei sind, den ihnen zusagenden Rechtsvertreter zu wählen und zu mandatieren. Das personale Vertrags- und Vertrauensverhältnis betrifft einen Beruf, der staatliche Kontrolle und Bevormundung prinzipiell ausschließt (vgl. BVerfGE 34, 293 [302]) und unter der Herrschaft des Grundgesetzes der freien und unreglementierten Selbstbestimmung des Einzelnen überantwortet ist, soweit sie nicht durch verfassungsgemäße Regelungen beschränkt ist (vgl. BVerfGE 50, 16 [29]). Ihre eigenständige und unabhängige Funktion in der Durchsetzung des Rechts nehmen die Rechtsanwälte gerade in Bezug auf ihre jeweiligen Mandanten wahr. Das in erster Linie durch persönliche und eigenverantwortliche Dienstleistung charakterisierte Verhältnis zum Mandanten wird durch berufliche Zusammenhänge nicht aufgehoben oder wesentlich verändert (so für den Strafverteidiger BVerfGE 43, 79 [91 f.]). Gesetzliche Einschränkungen der beruflichen Betätigung treffen den einzelnen Anwalt persönlich und sind in erster Linie den Interessen der Mandanten geschuldet. Diesem Mandatsverhältnis dienen die in § 43 a BRAO normierten Grundpflichten des Rechtsanwalts. Dazu zählen insbesondere die strafbewehrte (§ 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB) und durch ein Zeugnisverweigerungsrecht geschützte (§ 383 Abs. 1 Nr. 6 ZPO, § 53 StPO, § 84 Abs. 1 FGO i.V.m. § 102 AO) Pflicht zur Verschwiegenheit nach § 43 a Abs. 2 Satz 1 BRAO

sowie das ebenfalls in bestimmten Begehungsformen strafbewehrte (vgl. § 356 StGB) Verbot in § 43 a Abs. 4 BRAO, widerstreitende Interessen zu vertreten. In Verbindung mit dem in § 43 a Abs. 1 BRAO enthaltenen Gebot, dass der Rechtsanwalt keine Bindungen eingehen darf, die seine berufliche Unabhängigkeit gefährden, garantieren diese Grundpflichten dem Mandanten, dass ihm als Rechtsuchendem unabhängige Anwälte als berufene Berater und Vertreter gegenüber dem Staat oder gegenüber Dritten zur Seite stehen (vgl. §§ 1, 3 BRAO).

B. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

I. Schranken

Der Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit der Beschwerdeführer in Gestalt der Verpflichtung zur Beendigung eines Mandats darf nur durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes erfolgen (vgl. § 3 II BRAO), das den Anforderungen von Art. 12 Abs. 1 GG genügt.

1. Keine ausdrückliche Regelung im Gesetz

An einer ausdrücklichen gesetzlichen Normierung der Pflicht zur Mandatsbeendigung für Sozietäten fehlt es. § 43 a Abs. 4 BRAO bezieht sich auf den Einzelanwalt, der in derselben Sache nicht Parteien mit gegenläufigem Interesse vertreten darf. Die Wortfassung ist von besonderer Bedeutung, weil dasselbe Gesetz an anderer Stelle die Erstreckung von Verboten auf die mit dem Rechtsanwalt in Sozietät oder sonstiger Weise zur gemeinschaftlichen Berufsausübung verbundenen Rechtsanwälte im Wortlaut vorsieht (§ 45 III, 46 III BRAO).

2. Richterliche Rechtsfortbildung

Das Fehlen einer ausdrücklichen Regelung bedeutet allerdings nicht notwendig, dass eine die Berufsausübung einschränkende Verfügung und eine sie bestätigende Gerichtsentscheidung den Anforderungen des Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG widersprechen. Der vorliegende Fall gibt keinen Anlass, die Grenzen richterlicher Rechtsauslegung und -fortbildung bei Einschränkungen der freien Berufsausübung allgemein und abschließend festzulegen. Die Auslegung des einfachen Gesetzesrechts einschließlich der Wahl der hierbei anzuwendenden Methode ist Sache der Fachgerichte. Auch aus dem in Art. 20 Abs. 3 GG angeordneten Vorrang des Gesetzes folgt kein Verbot für den Richter, gegebenenfalls vorhandene gesetzliche Lücken im Wege richterlicher Rechtsfortbildung zu schließen.

II. Schranken-Schranken

Die Fachgerichte haben bei der Auslegung und An-

wendung des Gesetzes jedoch die Bedeutung des betroffenen Grundrechts und den Umfang seines Schutzbereichs zu beachten. Sie müssen eine unverhältnismäßige Beschränkung der grundrechtlichen Freiheit vermeiden. Die Gerichte sind, wenn sie Einschränkungen der grundsätzlich freien Berufsausübung für geboten erachten, an dieselben Maßstäbe gebunden, die nach Art. 12 Abs. 1 GG den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers einschränken (vgl. BVerfGE 54, 224 [235]; 97, 12 [27]).

1. Verfassungsmäßigkeit der BGH-Entscheidung

Dem wird die angegriffene Entscheidung nicht gerecht, die Rechtsanwälte oder Anwaltssozietäten zur Beendigung eines Mandats verpflichtet, obwohl diese zuvor selbst die widerstreitenden Interessen auf der Gegenseite nicht vertreten haben und sie auch nicht zu vertreten beabsichtigen. Eine solche Berufsausübungseinschränkung, die damit begründet wird, dass sich die Rechtsanwälte zur Berufsausübung mit einem Anwalt verbinden, der zuvor auf der Gegenseite angestellt war, kann vor Art. 12 Abs. 1 GG nur Bestand haben, wenn das Verbot durch ausreichende Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt ist und der Eingriff nicht weiter geht, als es die rechtfertigenden Gemeinwohlbelange erfordern (vgl. BVerfGE 54, 301 [313]). Eingriffszweck und Eingriffsintensität müssen in einem angemessenen Verhältnis stehen (vgl. BVerfGE 101, 331 [347]).

a. Vorgaben des § 43 IV BRAO

aa. Wahrung des Vertrauensverhältnisses zum Mandanten

Ersichtlich dient § 43 a Abs. 4 BRAO der Wahrung des Vertrauensverhältnisses zum eigenen Mandanten und der Sicherung der Unabhängigkeit insoweit, als ein Anwalt, der sich zum Diener gegenläufiger Interessen macht, jegliche unabhängige Sachwalterstellung im Dienste des Rechtsuchenden verliert.

Es ist hier nicht darüber zu entscheiden, welche Folgerungen zu ziehen wären, wenn der die Sozietät wechselnde Rechtsanwalt das "widerstreitende" Mandat selbst betreut, es gar in die aufnehmende Kanzlei einbringt. Nicht zu behandeln sind auch Fälle, in denen der bekannt gewordene Sozietätswechsel die Mandanten in ihrem Vertrauen tatsächlich erschüttert, so dass sie das Mandatsverhältnis zur abgebenden oder zur aufnehmenden Kanzlei von sich aus beenden. Des Weiteren steht hier nicht zur Entscheidung, wie zu verfahren ist, wenn durch den Sozietätswechsel die Verschwiegenheitspflicht des § 43 a Abs. 2 BRAO gefährdet oder verletzt würde. Dafür bieten die Aus-

gangsverfahren keine Anhaltspunkte.

Wenn die vom Sozietätswechsel betroffenen Mandanten beider Seiten das Vertrauensverhältnis zu ihren jeweiligen Rechtsanwälten nicht als gestört ansehen und mit einer Fortführung der eigenen ebenso wie der gegnerischen Mandate einverstanden sind, können der Schutz anwaltlicher Unabhängigkeit und der Erhalt des konkreten Vertrauensverhältnisses zum Mandanten nicht als Gemeinwohlgründe angeführt werden.

bb. Schutz der Rechtspflege

§ 43 a Abs. 4 BRAO dient aber nicht nur dem Schutz des individuellen Vertrauensverhältnisses zwischen Anwalt und Mandant und der Wahrung der Unabhängigkeit des Rechtsanwalts, sondern darüber hinaus dem Gemeinwohl in Gestalt der Rechtspflege, die auf eine Geradlinigkeit der anwaltlichen Berufsausübung angewiesen ist (vgl. BTDrucks 12/4993, S. 27), also darauf, dass ein Anwalt nur einer Seite dient. Alle diese Belange treten nebeneinander und bedingen einander.

(1). Stellung des Rechtsanwaltschaft in der Rechtspflege

Als unabhängige Organe der Rechtspflege und als berufene Berater und Vertreter der Rechtsuchenden haben Anwälte die Aufgabe, sachgerechte Konfliktlösungen herbeizuführen, vor Gericht zugunsten ihrer Mandanten den Kampf um das Recht zu führen und dabei zugleich staatliche Stellen möglichst vor Fehlentscheidungen zu Lasten ihrer Mandanten zu bewahren (vgl. BVerfGE 76, 171 [192]). Die Wahrnehmung anwaltlicher Aufgaben setzt den unabhängigen, verschwiegenen und nur den Interessen des eigenen Mandanten verpflichteten Rechtsanwalt voraus. Diese Eigenschaften stehen nicht zur Disposition der Mandanten. Der Rechtsverkehr muss sich darauf verlassen können, dass der Pflichtenkanon des § 43 a BRAO befolgt wird, damit die angestrebte Chancen- und Waffengleichheit der Bürger untereinander und gegenüber dem Staat gewahrt wird und die Rechtspflege funktionsfähig bleibt (vgl. BVerfGE 63, 266 [284]; 93, 213 [236]).

Dies bedeutet indessen nicht, dass die Definition, was den Interessen des eigenen Mandanten und damit zugleich der Rechtspflege dient, abstrakt und verbindlich von Rechtsanwaltskammern oder Gerichten ohne Rücksicht auf die konkrete Einschätzung der hiervon betroffenen Mandanten vorgenommen werden darf. Kann sich durch einen Sozietätswechsel bei generalisierender Betrachtung eine Gefahr für die Verschwiegenheit und die geradlinige Interessenvertretung ergeben, kommt die Einschätzung, ob eine Rechtsbeein-

trächtigung konkret droht, in erster Linie den Mandanten beider Kanzleien zu, die deshalb wahrheitsgemäß und umfassend zu informieren sind. Daneben liegt es in der gesetzeseleiteten verantwortlichen Einschätzung der betroffenen Rechtsanwälte, ob die Konfliktsituation oder doch jedenfalls das Ziel der Vermeidung zukünftiger Störungen des Vertrauensverhältnisses eine Mandatsniederlegung gebietet (vgl. das in der Stellungnahme der Deutschen Delegation beim Rat der Anwaltschaften der Europäischen Gemeinschaft erwähnte Institut der *délicatesse* im französischen Recht, das den Grad an eigenverantwortlicher Selbsteinschätzung des Rechtsanwalts umschreibt). Ein verantwortlicher Umgang mit einer solchen Situation kann von einem Rechtsanwalt ebenso erwartet werden wie von einem Richter bei der Offenlegung von Gründen zur Selbstablehnung (vgl. § 19 Abs. 3 BVerfGG und hierzu BVerfGE 46, 34 [41 f.]).

Soweit die Bundesnotarkammer in ihrer Stellungnahme davon ausgeht, das wirtschaftliche Interesse eines Rechtsanwalts, ein Mandat fortzuführen, nehme ihm die nötige Unabhängigkeit und Unparteilichkeit für ein am Maßstab des § 43 a Abs. 4 BRAO ausgerichtetes gesetzeskonformes Handeln, entspricht dies nicht der gesetzgeberischen Einschätzung. Der Gesetzgeber bezeichnet die Rechtsanwälte als unabhängige Organe der Rechtspflege (§ 1 BRAO). Auf deren Integrität, Professionalität und Zuverlässigkeit ist die Rechtspflege angewiesen (vgl. BVerfGE 87, 287 [320]). Das Gesetz geht nicht davon aus, dass ein berufswürdiges und gesetzeskonformes Handeln der Rechtsanwälte nur im Wege der Einzelkontrolle oder mit Mitteln des Strafrechts gewährleistet werden kann. Das anwaltliche Berufsrecht beruht auch nicht auf der Annahme, dass eine situationsgebundene Gelegenheit zur Pflichtverletzung im Regelfall pflichtwidriges Handeln zur Folge hat.

(2). Fallgestaltungen

In tatsächlicher Hinsicht können die Fallgestaltungen, auf die sich die Verbotsnorm des § 43 a Abs. 4 BRAO bezieht, sehr vielseitig sein (vgl. hierzu Zuck, NJW 1999, S. 263 [265]; Henssler, NJW 2001, S. 1521 [1525 f.]; Müller, AnwBl 2001, S. 491 [493]; Schlosser, NJW 2002, S. 1376 [1379 f.]). So kann die Arbeitsteilung in der abgebenden Kanzlei durch räumliche Trennung (bei überörtlichen Sozietäten und bei Bürogemeinschaften), durch organisatorische Vorkehrungen ("chinese wall"), durch Ausgestaltung des Vertragsverhältnisses (Sozius, Angestellter oder freier Mitarbeiter), durch die schiere Größe oder die fachliche Abschottung der verschiedenen Bereiche einer Kanzlei (beispielsweise Baurecht, Familienrecht, Pa-

tentrecht) gewährleisten, dass die Verschwiegenheitspflicht schon deshalb nicht gefährdet ist, weil es für den wechselnden Anwalt nichts zu verschweigen gibt. Die gesetzliche Pflicht zur Verschwiegenheit und das Vertrauen der Mandanten in die Verschwiegenheit des einzelnen Anwalts kommen erst zur Geltung, wenn der Rechtsanwalt über geheimhaltungsbedürftige Informationen verfügt. Diese können dem Rechtsanwalt die innere Unabhängigkeit nehmen oder den Mandanten verunsichern und deshalb zur Beendigung des Mandats durch Auftragnehmer oder Auftraggeber führen. Möglicherweise hält aber ein Mandant der abgebenden Kanzlei solche Kenntnisse über Sachverhalt und Rahmenbedingungen oder von Einzelproblemen im konkreten Fall für unschädlich, sofern der wechselnde Rechtsanwalt in der aufnehmenden Kanzlei von jeder Rechtsbesorgung (im Sinne von beraten, unterstützen, vertreten) fern gehalten wird. Auf die Verschwiegenheit ihrer Anwälte sind Mandanten bei einem Sozietätswechsel in derselben Weise angewiesen wie in den Fällen, in denen der eigene Anwalt bei späteren und anderen Auseinandersetzungen von der Gegenseite mandatiert wird.

cc. Ergebnis

Im Interesse der Rechtspflege sowie eindeutiger und geradliniger Rechtsbesorgung verlangt § 43 a Abs. 4 BRAO lediglich, dass im konkreten Fall die Vertretung widerstreitender Interessen vermieden wird. Soweit die vom Kanzleiwechsel unterrichteten und beiderseits betroffenen Mandanten einen solchen Widerstreit nicht befürchten und Vertrauen in die getroffenen Vorkehrungen sowie die Verschwiegenheit ihrer Anwälte zeigen, besteht im Interesse der Rechtspflege nur Anlass zum Eingreifen, wenn hierfür sonstige Indizien sprechen, die den Mandanten verborgen geblieben oder von ihnen unzutreffend eingeschätzt worden sind. Die Rechtsanwaltskammern sind insoweit berechtigt und verpflichtet, allen Hinweisen nachzugehen. Eine Vermutung oder einen Anschein pflichtwidrigen Verhaltens dürfen sie indessen ihren Maßnahmen nicht zugrunde legen. Die Bundesrechtsanwaltsordnung knüpft an solche abstrakten Gefährdungen der Rechtspflege nur in Ausnahmefällen an (vgl. § 7 Nr. 9 und 10). Dem entspricht die Fassung von § 43 a Abs. 4 BRAO nicht.

b. Anwendung durch den BGH

Diesen Grundsätzen wird die an § 3 Abs. 2 BORA ausgerichtete Auslegung von § 43 a Abs. 4 BRAO durch den Bundesgerichtshof nicht gerecht. Sie beschränkt die Freiheit der Berufsausübung in der aufnehmenden Kanzlei über das zum Schutz der betroffe-

nen Rechtsgüter erforderliche Maß hinaus, weil sie die Möglichkeit verstellt, den Besonderheiten des jeweiligen Falles Rechnung zu tragen. § 43 a Abs. 4 BRAO gebietet eine dem Einzelfall gerecht werdende Abwägung aller Belange unter besonderer Berücksichtigung der konkreten Mandanteninteressen.

2. Verfassungsmäßigkeit des § 3 II BORA

§ 3 Abs. 2 BORA, der keinen Raum für eine Einzelabwägung lässt, ist aus diesem Grund in der ursprünglichen wie in der Fassung späterer Bekanntmachungen mit Art. 12 Abs. 1 GG unvereinbar und nichtig. Die Vorschrift vernachlässigt nicht nur die Interessen der Mandanten; sie berücksichtigt - soweit die Befugnis zur Ausgestaltung nach § 59 b Abs. 2 Nr. 1 Buchstabe e BRAO reicht - auch weder die Berufsausübungsfreiheit des die Sozietät wechselnden Rechtsanwalts noch die der Mitglieder der aufnehmenden Sozietät in hinreichendem Maße.

a. Schützenswertes Interesse an Kanzleiwechsel

Art. 12 Abs. 1 GG schützt jede berufliche Tätigkeit, gleichgültig ob sie selbständig oder unselbständig ausgeübt wird (vgl. BVerfGE 7, 377 [398 f.]; 54, 301 [322]). Zur Berufsausübung gehört das Recht, sich beruflich zusammenzuschließen (vgl. BVerfGE 80, 269 [278]), aber auch das Recht, einen Arbeitsplatz nach eigener Wahl anzunehmen, beizubehalten oder aufzugeben (vgl. BVerfGE 85, 360 [372 f.]; 97, 169 [175]). Ein Eingriff liegt auch vor, wenn die wirtschaftlichen Folgen von Rechtsnormen die Eingehung von Arbeitsverhältnissen wesentlich erschweren.

Die Möglichkeit des Sozietätswechsels ist für die Anwaltschaft zunehmend von Bedeutung. [Wird ausgeführt.] Schon wenn sich durch den Vertragsschluss die Partner selbst wechselseitig in ihrer beruflichen Handlungsfreiheit beschränken, indem sie einem der Vertragsschließenden den Arbeitsplatzwechsel erheblich erschweren (Konkurrenzklausele), sind die Rechtsfolgen anhand des Maßstabs des Art. 12 Abs. 1 GG zu prüfen (vgl. BVerfGE 81, 242). Von vergleichbarem Gewicht ist eine Satzungsregelung wie § 3 Abs. 2 BORA, die unabhängig von eigener Einflussnahme durch die Handelnden den Berufswechsel erschwert, weil der aufnehmenden Kanzlei grundsätzlich die Mandatsniederlegung und damit der Verzicht auf Einnahmen zugemutet wird. Die hiermit verbundenen Beeinträchtigungen der Berufsausübungsfreiheit dürfen nicht weiter gehen als vom Eingriffszweck her unumgänglich.

b. Unverhältnismäßige Einschränkung

§ 3 Abs. 2 BORA beschränkt die Nachteile für die aufnehmende Sozietät nicht auf das zum Schutz von

Gemeinwohlinteressen erforderliche Minimum. Die Vorschrift enthält keine Regeln, die eine Prüfung im Einzelfall ermöglichen, ob Sicherungen zur Wahrung des Vertrauens in die Beachtung der Verschwiegenheitspflicht bestehen.

In der ursprünglichen Fassung kannte § 3 Abs. 2 BORA überhaupt keine Ausnahmen zugunsten bestimmter Kooperationsformen; das Verbot der Wahrnehmung widerstreitender Interessen aus § 43 a BRAO wurde einschränkungslos auf alle Anwälte erstreckt, sofern sie zu der abgebenden Kanzlei in irgendeiner Rechtsbeziehung gestanden hatten. Sozisten, Angestellte, freie Mitarbeiter oder in Bürogemeinschaft verbundene Personen wurden gleich behandelt. Inzwischen mildert § 3 Abs. 3 BORA in der Fassung von 1999 die Rechtsfolgen für Angestellte im Innenverhältnis ab, sofern sie mit der Rechtssache tatsächlich nicht befasst waren. Aber auch nach dieser Änderung bleibt § 3 Abs. 2 BORA unverhältnismäßig.

aa. Geeignetheit und Erforderlichkeit

Wie oben dargelegt ist das Verbot, widerstreitende Interessen zu vertreten, geeignet und erforderlich, im Interesse von Mandanten und Rechtspflege die mit dem Gesetz bezweckten Ziele zu erreichen. In welchem Ausmaß das Verbot aber auf Dritte zu erstrecken ist, mit denen der tatsächlich mandatierte Rechtsanwalt zusammenarbeitet oder zusammengearbeitet hat, muss unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit austariert werden. Die für die Außenhaftung und für die Außenvollmacht entwickelten Grundsätze der zivilgerichtlichen Rechtsprechung, die Mandanten und Rechtsverkehr eine erleichterte Zurechnung ermöglichen (vgl. BGHZ 56, 355), können insofern nicht maßgeblich sein. Denn der Schutzzweck des § 43 a Abs. 4 BRAO ist - wie unter I. dargelegt - ein anderer. Auch aus der Berufsordnung, die es in § 8 gestattet, freie Mitarbeiter durch Aufnahme in den Briefkopf zu Außensozisten zu machen, lassen sich keine Abwägungskriterien gewinnen. Diese Regelung dient der Selbstdarstellung der abgebenden Kanzlei und hat nicht den Interessenwiderstreit nach einem Sozietätswechsel im Blick. Für die hier zu beurteilende Frage ist demgegenüber entscheidend, welcher Informationsfluss zwischen Rechtsanwälten stattfindet, die lediglich in Bürogemeinschaft verbunden sind. Das

hängt aber von der Organisation und der Ausgestaltung der Rechtsbeziehungen zwischen den Anwälten ab.

bb. Angemessenheit

Undifferenziert an diese formalen Außenbeziehungen ein Mobilitätshindernis zu knüpfen, weil beim Wechsel in eine andere Kanzlei die gegnerischen Mandate auch dann niederzulegen sind, wenn der freie Mitarbeiter nur eng umgrenzte Einzelaufgaben, möglicherweise sogar am heimischen Arbeitsplatz wahrgenommen oder in der Bürogemeinschaft kein Wissenstransfer stattgefunden hat, ist unangemessen. Die Norm des § 3 Abs. 2 BORA trägt den typischen Merkmalen überörtlicher Sozietäten und europaweiten Kooperationen, insbesondere den Vertragsgestaltungen bei Bürogemeinschaften, sowie den theoretischen und praktischen Möglichkeiten der Abschottung in der aufnehmenden Kanzlei nicht ausreichend Rechnung. Der Sozietätswechsel darf nicht erschwert werden, wenn hinreichend gesichert ist, dass Pflichtverletzungen nicht zu besorgen sind. Diese Prüfung im Einzelfall aber sieht § 3 Abs. 2 BORA nicht vor.

Im Ergebnis folgt daraus eine unverhältnismäßige Erschwerung des Kanzleiwechsels, weil die aufnehmende Kanzlei finanzielle Einbußen nur dann in Kauf nehmen wird, wenn sie ein ganz besonderes Interesse an der Hinzugewinnung der neuen Arbeitskraft hat. Noch gravierender sind die Auswirkungen, wenn der Sozietätswechsel nicht freiwillig und langfristig geplant erfolgt, weil es unvorhergesehen zu einer Trennung der Sozisten, zu einer Auflösung oder Abspaltung von Kanzleien oder zu wirtschaftlichen Engpässen bei der abgebenden Kanzlei kommt. In derartigen Fällen kann die Berufsausübungsregelung eine Zeit lang Folgen haben, die einer Berufswahlregelung nahe kommen. Bis zur Abwicklung der Altmandate wird sich insbesondere dann selten eine aufnehmende Kanzlei finden, wenn der Kreis der denkbaren Sozisten oder Arbeitgeber durch einen hohen Spezialisierungsgrad eng gezogen ist. Solche einschneidenden Folgen für die Berufsausübung verlangen ausreichend gewichtige Interessen auf Seiten der Mandanten oder der Rechtspflege, die nach den Ausführungen oben unter B. I. nicht ausnahmslos und ohne Rücksicht auf typisierbare Fallvarianten unterstellt werden dürfen.

*Zivilrecht***Standort: Deliktsrecht Problem: Nachträgliche Rechtfertigung eines Arzteingriffs**

BGH, URTEIL VOM 18.03.2003
VI ZR 266/02 (NJW 2003, 1862)

Problemdarstellung:

In diesem Rechtsmittelverfahren musste der BGH die Frage nach der Schadensersatzpflicht im Rahmen eines Arzthaftungsprozess klären, in dem sich erst nachträglich die Notwendigkeit eines bis dato ohne Einwilligung der Patientin erfolgten medizinischen Eingriffs heraus stellte.

Bei der Kl. wurde eine Präkanzerose an der Gebärmutter festgestellt, zu deren Behandlung der beklagte Arzt eine Totaloperation durch Entfernung der Gebärmutter vorschlug. Die nachträgliche Untersuchung des Gebärmuttergewebes ergab schwere Organschädigungen, die die Entfernung erforderlich gemacht hätten. Im Anschluss an die Operation traten Komplikationen infolge eines Schlaganfalls auf, seitdem ist die Kl. halbseitig gelähmt und auf ständige Betreuung angewiesen.

Im Rahmen der Beweisaufnahme mittels Sachverständigengutachten ergab sich das Ergebnis, dass aufgrund des präoperativen Befundes neben einer Totaloperation auch ein milderer Mittel in Form einer Konisation als Mittel zur Wahl gestanden hätte. Diese Auswahlmöglichkeit hätte Inhalt des vorangegangenen Aufklärungsgesprächs zwischen den Parteien sein müssen. Die Tatsache, dass der Bekl. eine derartige Aufklärung inklusive Wahlmöglichkeit gegenüber der Kl. nicht vorgenommen hat, stellt einen schweren Behandlungsfehler dar. Die seitens der Kl. erteilte Einwilligung zur Operation ist angesichts der mangelhaften Aufklärung unwirksam.

Die Totaloperation wird auch dadurch nicht rechtmäßig, dass sich durch den postoperativen Befundes des Gebärmuttergewebes die Totaloperation als die einzig richtige Behandlung der Kl. darstellt. Ergeben nachträgliche Befunde eine Notwendigkeit für einen medizinischen Eingriff, der ohne wirksame Einwilligung vorgenommen wurde und deshalb rechtswidrig ist, rechtfertigt dieser Umstand regelmäßig den Eingriff nicht. Dies verbietet die Wahrung der persönlichen Entscheidungsfreiheit des Patienten, die nicht begrenzt werden darf durch das, was aus ärztlicher Sicht oder objektiv erforderlich und sinnvoll wäre.

Prüfungsrelevanz:

Ein ärztlicher Heileingriff stellt, selbst wenn er medizinisch indiziert und entsprechend den Regeln der medizinischen Wissenschaft ordnungsgemäß durchgeführt worden ist, eine Verletzung der körperlichen Integrität des Patienten dar, sodass eine Rechtsgutsverletzung gem. § 823 I BGB festzustellen ist.

Erst auf der Ebene der Rechtswidrigkeit kann eine deliktische Schadensersatzpflicht des Arztes verhindert werden, indem sich sein Verhalten als gerechtfertigt erweist.

Der regelmäßige Rechtfertigungsgrund stellt die Einwilligung des Patienten in den ärztlichen Heileingriff dar, die allerdings eine umfassende und verständliche Aufklärung über die Ursachen, Notwendigkeiten, Folgen und ggf. über die Alternativen zu dem fraglichen Heileingriff erfordert. Die Rechtsprechung stellt hohe Anforderungen an diese Aufklärungspflicht des Arztes, wie die vorliegende Entscheidung auch zeigt. Die Einwilligung eines Patienten aufgrund mangelhafter vorangegangener Aufklärung rechtfertigt den Eingriff nicht, sodass der Arzt schadensersatzpflichtig ist. Kann eine solche Einwilligung nicht im Vorfeld der Behandlung eingeholt werden (z.B. in Notsituation, wo der Patient einwilligungsunfähig ist durch Ohnmacht, Koma,...), ist auf die mutmaßliche Einwilligung des Patienten abzustellen, die sich in erster Linie an den subjektiven Eigenheiten des Patienten zu orientieren hat. Eine nachträgliche Rechtfertigung ist aber nicht ausreichend.

Vertiefungshinweis:

Zu dieser Thematik: *OLG Hamm, VersR 2001, 461*

Leitsätze:

Ergeben nachträgliche Befunde eine Indikation für einen medizinischen Eingriff, der ohne wirksame Einwilligung vorgenommen wurde und deshalb rechtswidrig ist, rechtfertigt dieser Umstand regelmäßig den Eingriff nicht. Dies verbietet die Wahrung der persönlichen Entscheidungsfreiheit des Patienten, die nicht begrenzt werden darf durch das, was aus ärztlicher Sicht oder objektiv erforderlich und sinnvoll wäre.

Sachverhalt:

Die Kl. verlangt Ersatz materiellen und immateriellen Schadens sowie die Feststellung der Einstandspflicht des Bekl. für zukünftige Schäden, die als Folgen eines nach einer Operation durch den Bekl. am 5. 5. 1995 erlittenen Schlaganfalls auftreten werden. Im Frühjahr 1995 stellte der Bekl. bei der Kl. anlässlich einer Krebsvorsorgeuntersuchung durch einen Abstrich eine Präkanzerose an der Gebärmutter fest. Am 21. 4. 1995 fand deshalb in der Praxis des Bekl. ein Gespräch zwischen den Parteien in Anwesenheit des Ehemanns der Kl. statt. Dabei wurde von dieser ein „perimed“-Merkblatt zur Aufklärung über die Entfernung der Gebärmutter mittels Bauchschnitts (Hysterektomie) unterzeichnet. Am 2. 5. 1995 begab sich die Kl. stationär in das Städtische Krankenhaus in L., in dem der Bekl. Belegbetten hatte, wo am Folgetag durch den Bekl. die Hysterektomie vorgenommen wurde. Die feingewebliche Untersuchung des entnommenen Gewebes ergab leicht- bis mittelgradige Plattenepitheldysplasien der Portio vaginalis uteri, die vom Pathologen als eine cervikale intraepitheliale Neoplasie des Typs II (CIN II) gewertet wurde. Nach postoperativen Komplikationen wurde die Kl. am Morgen des 5. 5. 1995 gegen 5 Uhr in ihrem Bett in der Pflegeabteilung des Krankenhauses mit einem Schlaganfall aufgefunden. Sie ist seitdem rechtsseitig gelähmt und auf die Betreuung durch ihren Ehemann angewiesen. Die Kl. hat behauptet, eine Gebärmutterentfernung mittels eines Bauchschnitts sei nicht indiziert gewesen. Es hätte eine Konisation ausgereicht, um eine Gewebeprobe für eine histologische Untersuchung zu entnehmen. Erst wenn der Befund den Krebsverdacht bestätigt hätte, wäre eine Entfernung der Gebärmutter indiziert gewesen. Dies hätte der Bekl. umso mehr beachten müssen, als sie eine Risikopatientin gewesen sei. Bei einer Konisation hätte es nur einer wesentlich leichteren Narkose bedurft. Sie hätte deshalb danach höchstwahrscheinlich keinen Schlaganfall erlitten. Der Bekl. hafte für die eingetretenen Folgen der Operation, weil er sie unzureichend über deren Notwendigkeit und Risiken aufgeklärt habe.

Die Klage ist vom LG abgewiesen worden. Die Berufung der Kl. hat das BerGer. zurückgewiesen, weil die Aufklärung ordnungsgemäß und ausreichend gewesen sei und auch nicht von einer fehlenden Indikation für die Hysterektomie ausgegangen werden könne. Der erkennende Senat hat diese Entscheidung auf die Revision der Kl. mit Urteil vom 22. 5. 2001 (NJW-RR 2001, 1431 = VersR 2002, 120) aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das BerGer. zurückverwiesen, weil die Feststellungen des BerGer. zur Indikation der Operation nicht frei

von Verfahrensfehlern waren. Das BerGer. hat ergänzende Stellungnahmen des gerichtlichen Sachverständigen Prof. Dr. B eingeholt und diesen und Dr. S mündlich angehört. Hierauf hat es durch das nunmehr angefochtene Urteil erneut die Berufung der Kl. zurückgewiesen. Die zugelassene Revision führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

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

Das BerGer. führt aus, auf Grund der weiteren Beweisaufnahme sei nicht erwiesen, dass der Bekl. die Kl. fehlerhaft behandelt habe. Es könne dahinstehen, ob die sogleich durchgeführte Entfernung der Gebärmutter im konkreten Fall bei dem vor der Operation erhobenen Abstrichbefund Pap IV a medizinischem Standard entsprochen habe und die Methode der Wahl gewesen sei. Nach dem ergänzenden Gutachten des Sachverständigen Prof. Dr. B und seinen Ausführungen bei den mündlichen Anhörungen sowie denen des Dr. S sei jedenfalls im Nachhinein auf Grund des histologischen Befunds des entfernten Gewebes die Operation als primär präventive Maßnahme indiziert und vom Umfang her sachgerecht gewesen. Der Bekl. hafte auch nicht wegen unzureichender ärztlicher Aufklärung der Kl. Der BGH habe die Ausführungen im Berufungsurteil vom 13. 6. 2000 — auf die Bezug genommen werde — zur Aufklärung als rechtsfehlerfrei gebilligt. Es sei in diesem Zusammenhang nicht von entscheidungserheblicher Bedeutung, dass sich die Hysterektomie — wohl — erst im Nachhinein auf Grund des pathologisch-histologischen Befunds als behandlungsfehlerfrei erwiesen habe, weil die vom Bekl. der Kl. empfohlene Entfernung der Gebärmutter jedenfalls der bei objektiver Sachlage gebotenen bzw. anzuratenden ärztlichen Vorgehensweise entsprochen habe.

B. Entscheidung des BGH in der Revision

Diese Ausführungen des BerGer. halten revisionsrechtlicher Überprüfung nicht stand.

I. Rüge der unzureichenden Sachverhaltsaufklärung durch das BerGer.

Soweit die Revision rügt, das BerGer. habe auf Grund unzureichender Sachaufklärung die bei der Kl. durchgeführte Hysterektomie für medizinisch indiziert gehalten, bezieht sie sich ersichtlich auf die Auffassung des BerGer., der histologische Befund nach der Uterusextirpation habe diesen Eingriff nachträglich gerechtfertigt. Ob ihre Angriffe insoweit Erfolg haben könnten, bedarf keiner abschließenden Entscheidung.

1. Begründung der fehlenden Tatsachenfeststellung durch das BerGer.

Das BerGer. lässt dahinstehen, ob nach der Feststellung eines Pap IV a — Abstrichs die sogleich durchgeführte Entfernung der Gebärmutter im konkreten Fall, insbesondere angesichts des Alters und der sonstigen gesundheitlichen Beeinträchtigungen der Kl. medizinischem Standard entsprochen hat und die Methode der Wahl gewesen ist. Somit ist revisionsrechtlich davon auszugehen, dass dies nicht der Fall war.

2. Zulässigkeit nachträglicher Erkenntnisse nach der Rechtsprechung des BGH

Ersichtlich hat das BerGer. diese Frage offen gelassen, weil es durch das Ergänzungsgutachten des gerichtlichen Sachverständigen Prof. Dr. B und die Ausführungen des Gutachters im Schlichtungsverfahren Dr. S bei seiner mündlichen Anhörung zur Auffassung kam, dass der histologische Befund nachträglich die Entfernung des Uterus gerechtfertigt habe. Diese Auffassung beruht auf einem Missverständnis der vom BerGer. zitierten Rechtsmeinung (vgl. Frahm/Nixdorf, *ArzthaftungsR*, 2. Aufl., Rdnrn. 65, 66; Staudinger/J. Hager, 1999, *BGB*, § 823 Rdnr. 119; Mertens, in: *MünchKomm*, 3. Aufl., § 823 Rdnr. 367), wonach bei der rechtlichen Beurteilung des ärztlichen Handelns zwar grundsätzlich der medizinische Standard zum Zeitpunkt der Behandlung zu Grunde zu legen ist, jedoch neuere Entwicklungen in der Medizin auch nicht völlig unerheblich sind. Nachträgliche Erkenntnisse könnten sich zu Gunsten des Arztes auswirken, soweit sie seine therapeutischen Maßnahmen rechtfertigen. Aus dem Zusammenhang der betreffenden Ausführungen ergibt sich, dass die nachträgliche Rechtfertigung des ärztlichen Handelns durch ein Fortschreiten der medizinischen Wissenschaft und hierdurch gewonnene Erkenntnisse gemeint ist.

3. Irrelevanz dieser Rüge für den vorliegenden Rechtsstreit

Darum geht es im Streitfall nicht. Hier geht es um die Frage, ob ein Behandlungsfehler vorliegt, wenn der Arzt einen schwerwiegenden Eingriff — wie er mit der Entfernung der Gebärmutter durch Bauchschnitt gegeben ist — vornimmt, ohne zuvor einen wesentlich weniger belastenden und medizinisch gebotenen Eingriff in Form der Konisation oder eines weiteren Abstrichs durchzuführen. Die Abklärung des Befunds durch die Entnahme von Gewebeproben für eine weitere histologische Untersuchung haben sowohl der gerichtliche Sachverständige Prof. Dr. B als auch der Gutachter im vorprozessualen Schlichtungsverfahren Dr. S in den ergänzenden Gutachten und bei der münd-

lichen Anhörung für geboten erachtet und nach dem Kenntnisstand vor der Uterusentfernung als „Mittel der Wahl“ bezeichnet. Unter den Umständen des Streitfalls kann dahinstehen, ob das BerGer. bei der gegebenen Sachlage einen Behandlungsfehler schon mit der Begründung verneinen durfte, dass der später erhobene histologische Befund die sofortige Entfernung des Uterus nachträglich als richtig erscheinen ließ.

II. Rüge der unzureichenden Aufklärung durch den Bekl.

Die Revision macht nämlich mit Erfolg geltend, dass die der Kl. erteilte Aufklärung nicht ausreichend gewesen sei.

1. Missverständnis des BerGer. hinsichtlich der BGH-Rechtsprechung

Soweit das BerGer. meint, die Ausführungen, mit denen es die Aufklärung im ersten Berufungsurteil für hinreichend erachtet hatte, seien im Urteil des erkennenden Senats vom 22. 5. 2001 (NJW-RR 2001, 1431) als rechtsfehlerfrei gebilligt worden, trifft dies nicht zu. Der erkennende Senat hat sich hierbei lediglich zu der Frage geäußert, ob das BerGer. unter den Umständen des Streitfalls den Bekl. als Partei habe vernehmen dürfen und seine Bekundungen ohne Verfahrensfehler gewürdigt habe. Auf den Inhalt der Aufklärung konnte nach dem damaligen Verfahrensstand gar nicht eingegangen werden, da der Umfang der Aufklärungspflicht maßgeblich von der Frage abhing, welches ärztliche Vorgehen in Betracht kam und das BerGer. noch keine ausreichenden Feststellungen dazu getroffen hatte. Darauf weist die Revision zu Recht hin.

2. Feststellung einer unzureichenden Aufklärung durch den Bekl.

Nachdem die Ergänzung der Beweisaufnahme ergeben hat, dass zunächst eine Konisation geboten war und der gerichtliche Sachverständige Prof. Dr. B bei seiner mündlichen Anhörung beschrieben hat, welchen Inhalt das Aufklärungsgespräch insoweit hätte haben müssen, kann die vom Bekl. der Kl. erteilte Aufklärung nicht als ausreichend angesehen werden. Der gerichtliche Sachverständige Prof. Dr. B hat es für erforderlich erachtet, dass der Kl. die Konisation als Methode der Wahl dargestellt worden wäre und nur daneben ein Hinweis darauf erforderlich gewesen wäre, dass auf Grund der persönlichen Situation und gesundheitlichen Verfassung der Kl. auch eine Hysterektomie in Betracht komme. Dem entsprach die vom Bekl. erteilte Aufklärung nicht. Der erkennende Senat kann dies auf der Grundlage der vom BerGer. in revi-

sionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise getroffenen tatsächlichen Feststellungen im Berufungsurteil vom 13. 6. 2000 zum Aufklärungsgespräch vom 21. 4. 1995, auf die im vorliegenden Berufungsurteil Bezug genommen wird, selbst beurteilen. Der Bekl. hat danach die Kl. auf die Alternativen Konisation oder Hysterektomie hingewiesen und ihr empfohlen, sich die Gebärmutter bis spätestens Herbst 1995 entfernen zu lassen. Selbst wenn auf Grund der persönlichen Situation und der gesundheitlichen Verfassung der Kl. möglicherweise eine Hysterektomie auch schon zum Zeitpunkt der Operation in Betracht gezogen werden konnte, hätte der Bekl. jedenfalls darauf hinweisen müssen, dass die Hysterektomie nicht die Methode der Wahl sei, sondern zuerst der Befund durch eine Konisation abzuklären sei. War die Hysterektomie nur vertretbar, um der Kl. eine weitere Operation zu ersparen, hätte sie in Wahrung ihres Selbstbestimmungsrechts darüber aufgeklärt werden müssen, dass und mit welchem Risiko ein Aufschieben oder gänzliches Unterlassen des Eingriffs verbunden ist (vgl. Senat, NJW 1997, 1637 = VersR 1997, 451 [452]). Indem der Bekl. der Kl. zwar die Konisation und die Hysterektomie als Alternativen dargestellt hat, zu letzterem Eingriff aber geraten und dabei Herbst 1995 als zeitlichen Rahmen genannt hat, hat er erkennbar den Kern der gebotenen Aufklärung verfehlt und insbesondere die Kl. darüber im Unklaren gelassen, dass diese Operation nach dem

vorliegenden Befund aus medizinischer Sicht nicht zwingend durchgeführt werden musste. Entgegen der Ansicht des BerGer. wird dieser Mangel der Aufklärung auch nicht dadurch beseitigt, dass die Empfehlung zur Entfernung der Gebärmutter durch den nachoperativen histologischen Befund bestätigt wurde. Selbst bei einem aus ärztlicher Sicht sinnvollen Eingriff bleibt es stets dem Patienten überlassen, ob er sich für ihn entscheidet und ihm zustimmt (vgl. Senat, NJW 1990, 2928 = VersR 1990, 1238). Ergeben — wie im Streitfall — nachträgliche Befunde eine Indikation für den Eingriff, rechtfertigt dieser Umstand regelmäßig nicht einen medizinischen Eingriff, der ohne wirksame Einwilligung vorgenommen wurde und deshalb rechtswidrig ist. Dies verbietet die Wahrung der persönlichen Entscheidungsfreiheit des Patienten, die nicht durch das, was aus ärztlicher Sicht oder objektiv erforderlich und sinnvoll wäre, begrenzt werden darf (vgl. Senat, NJW 1990, 2928 = VersR 1990, 1238 [1239]).

C. Urteilsaufhebung und Zurückverweisung an das BerGer.

Das BerGer. hat — aus seiner Sicht folgerichtig — bisher keine Feststellungen zum Ursachenzusammenhang zwischen der Operation, dem Schlaganfall und den darauf beruhenden Schäden getroffen. Die Sache ist deshalb erneut an das BerGer. zurückzuverweisen.

Standort: Deliktsrecht

Problem: Haftung für Arbeitsplatzverlust

OLG KOBLENZ, BESCHLUSS VOM 23.01.2003
5 U 13/03 (NJW 2003, 1673)

Problemdarstellung:

In diesem Prozesskostenhilfverfahren hatte das OLG Koblenz u.a. über die Erfolgsaussichten der beabsichtigten Verteidigung gegenüber einer Schadensersatzklage wegen Arbeitsplatzverlustes zu befinden, § 114 ZPO. Die Parteien waren in einem Baumarkt mit dem Warenumtausch beschäftigt. Dabei stellte die Bekl. fingierte Rücknahmescheine aus und fälschte die Unterschrift der Kl. Diese zweite Unterschrift war hausintern erforderlich, damit die Bekl. sich den Kaufpreis für angeblich zurückgebrachte Ware auszahlen lassen konnte. Die Bekl. ist wegen der Veruntreuungen und Urkundenfälschungen verurteilt worden. Nachdem die Straftaten entdeckt worden waren, kündigte der Arbeitgeber auch der Kl. fristlos, weil er zu Unrecht davon ausging, sie sei in die kriminellen Machenschaften der Bekl. verstrickt. Wegen des verlorenen Arbeitsplatzes hat die Kl. eine Schadensersatzklage gegen die

Bekl. erhoben.

Ein Schadensersatzanspruch gem. § 823 I BGB wird dabei abgelehnt, da das Recht am Arbeitsplatz kein sonstiges Recht i.S.d. § 823 I BGB darstellt; es vielmehr nur die Bündelung schuldrechtlicher Beziehungen der Arbeitsvertragsparteien. Ein Schadensersatzanspruch gem. § 823 II BGB i.V.m. § 164 StGB kommt ebenfalls nicht in Betracht, da die Bekl. mit der Unterschriftenfälschung lediglich die Veruntreuungen zu Lasten ihres Arbeitgebers vertuschen, aber nicht wesentlich ein Strafvermittlungsverfahren gegen die Kl. erreichen wollte. Jedoch kommt ein Schadensersatzanspruch gem. § 823 II BGB i.V.m. §§ 187, 13 StGB zum Zuge. Durch ihr vorangegangenes Tun (Unterschriftenfälschung) haftete die Bekl. dafür, dass der später aufkommende Untreueverdacht gegenüber der Kl. ausgeräumt wird und somit der Erfolg von § 187 StGB nicht eintritt. Durch diese Offenbarungspflicht gegenüber dem Arbeitgeber ist das Recht der Bekl. nicht in Frage gestellt, gegenüber den Ermittlungsbehörden zu schweigen. Im Übrigen hätte die Bekl. ihren

Arbeitgeber auch nur dahin informieren müssen, dass sie sicher wisse, dass die Kl. mit den Veruntreuungen nichts zu tun habe, weil die Unterschriften gefälscht seien.

Prüfungsrelevanz:

Im Rahmen des Deliktsrechts gehört die Schadensersatzhaftung gem. § 823 BGB zu klassischen Examensthemen. In § 823 I BGB werden die Rechte bzw. Rechtsgüter von Leben, Leib, Gesundheit, Freiheit und Eigentum sowie sonstige absolute Rechte geschützt.

Ein absolutes Recht i. S. von § 823 I BGB ist dadurch gekennzeichnet, dass es nicht nur relativ in Bezug auf einzelne andere, sondern im Verhältnis zu allen anderen Personen existiert und von diesen zu beachten ist. Absolute Rechte werden daher auch als Ausschließungsrechte bezeichnet (z.B. Besitz, Anwartschaftsrecht, allg. Persönlichkeitsrecht). Umstritten ist die Frage, ob das Recht am Arbeitsplatz ein solches absolutes Recht i.S.d. § 823 I BGB darstellt; jedoch in der Rechtsprechung scheint sich dazu eine ablehnende Haltung durchzusetzen.

Nach § 823 II BGB kann eine Schadensersatzpflicht bei einer Schutzgesetzverletzung ausgelöst werden. Schutzgesetz in diesem Sinne ist jede Rechtsnorm (Art. 2 EGBGB), die nicht nur die Allgemeinheit, sondern unmittelbar den Schutz des einzelnen bezweckt (z.B. die Vorschriften des Strafgesetzbuches über den Schutz der Ehre gegen Beleidigung, über Körperverletzung oder über Vermögensdelikte).

Vertiefungshinweis:

Zu dieser Thematik: *LG Frankfurt a.M.*, NJW-RR 2000, 831 = NZA-RR 2000, 185; *Schleuser*, NZA 1999, 1078

Kursprogramm:

Examenskurs: "Flugreise eines Minderjährigen"

Leitsätze:

1. **Das Recht am Arbeitsplatz ist kein durch § 823 I BGB geschütztes sonstiges Recht.**
2. **Wer Unterschlagungen am Arbeitsplatz durch Urkundenfälschungen ermöglicht, die den Tatverdacht auf einen völlig unbeteiligten Kollegen lenken, dem daraufhin fristlos gekündigt wird, ist verpflichtet, dem Arbeitgeber alsbald den wahren Sachverhalt soweit zu offenbaren, dass der Scheintäter umfassend entlastet wird.**
3. **Kommt der wahre Täter dieser Verpflichtung**

nicht nach, haftet er für den gesamten aus dem Arbeitsplatzverlust entstandenen Schaden auch dann, wenn der Geschädigte den Kündigungsschutzprozess aus vertretbaren Erwägungen vergleichsweise beendet hat.

Sachverhalt:

Die Parteien waren in einem Baumarkt beschäftigt. Ihnen oblag unter anderem der Warenumtausch. In einer Vielzahl von Fällen stellte die Bekl. fingierte Rücknahmescheine aus und fälschte die Unterschrift der Kl. Diese zweite Unterschrift war hausintern erforderlich, damit die Bekl. sich den Kaufpreis für angeblich zurückgebrachte Ware auszahlen lassen konnte. Die Bekl. ist wegen der Veruntreuungen und Urkundenfälschungen zu einer zweijährigen Freiheitsstrafe verurteilt worden. Nachdem die Straftaten entdeckt worden waren, kündigte der Arbeitgeber auch der Kl. fristlos, weil er zu Unrecht davon ausging, sie sei in die kriminellen Machenschaften der Bekl. verstrickt. Ihren durch den Arbeitsplatzverlust verursachten Schaden hat die Kl. auf 20 914 Euro beziffert und diesen Betrag nebst Zinsen geltend gemacht. Das LG hat der Klage stattgegeben. Zur Begründung ist ausgeführt, ob es ein durch § 823 I BGB geschütztes Recht am Arbeitsplatz gebe, könne dahinstehen. Denn die Ersatzpflicht der Bekl. folge aus § 823 II BGB i. V. mit § 164 StGB. Für die falsche Verdächtigung sei ausreichend, dass die Strafanzeige gegen die Kl. mittelbar durch die Arbeitgeberin der Parteien erstattet worden sei. Dagegen richtet sich die Berufung der Bekl. § 823 I BGB schütze nicht das Recht am Arbeitsplatz. Der Tatbestand des § 164 StGB sei nicht erfüllt, weshalb eine Haftung nach § 823 II BGB ausscheide. Im Übrigen sei der Kl. zuzumuten gewesen, den Arbeitsgerichtsprozess streitig zu Ende zu führen, statt sich zu vergleichen. Da die Berufung nach alledem Erfolg verspreche, müsse Prozesskostenhilfe bewilligt werden.

Der Prozesskostenhilfeantrag hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

Der Prozesskostenhilfeantrag war abzulehnen, weil es an den sachlichen Voraussetzungen für die Bewilligung von Prozesskostenhilfe fehlt. Die Berufung ist im Ergebnis aussichtslos. Das ergibt sich aus folgenden Überlegungen:

A. Recht am Arbeitsplatz kein sonstiges Recht i.S.d. § 823 I BGB

Die Berufung beanstandet die Rechtsansicht der Kl., ihr stehe wegen des Verlusts des Arbeitsplatzes ein Schadensersatzanspruch aus § 823 I BGB zu.

Ob im Recht am Arbeitsplatz ein „sonstiges Recht“ zu

sehen ist, wird kontrovers diskutiert. Ein Teil des Schrifttums lehnt ein solches absolutes Recht oder Rechtsgut ab (vgl. u. a. Zöllner, in: Festschr. BAG, 1979, S. 745, [749]; Palandt/Thomas, BGB, 62. Aufl., § 823 Rdnr. 27).

Andere Autoren befürworten die Annahme eines solchen absoluten Rechts (u. a. Fitting/Kaiser/Heitner/Engels, BetrVG, 18. Aufl., § 104 Rdnr. 9; Hillebrecht, in: KR, 4. Aufl., § 626 BGB Rdnr. 152; Etzel, in: KR, § 104 BetrVG Rdnr. 74; Hess/Schlochauer/Glaubitz, BetrVG, 5. Aufl., § 104 Rdnr. 16; Däubler/Kittner/Klebe, BetrVG, 6. Aufl., § 104 Rdnr. 10; Gamillscheg, AcP 164, 385 [391]).

Das BAG hat zu der Frage zunächst gemeint (AP Nr. 2 zu § 70 BAT), es spreche einiges dafür, dass das Recht des Arbeitnehmers auf den Arbeitsplatz ein absolutes Recht i. S. von § 823 I BGB sei. Davon ist das BAG in einer späteren Entscheidung wieder abgerückt, hat die Frage letztlich aber offen gelassen (vgl. BAGE 89, 80; DB 1998, 2617).

Nach Auffassung des erkennenden Senats wird das Recht am Arbeitsplatz nicht durch § 823 BGB geschützt. Ein absolutes Recht i. S. von § 823 I BGB ist dadurch gekennzeichnet, dass es nicht nur relativ in Bezug auf einzelne andere, sondern im Verhältnis zu allen anderen Personen existiert und von diesen zu beachten ist. Absolute Rechte werden daher auch als Ausschließungsrechte bezeichnet. Eine derartige Ausschlussfunktion kann dem „Recht am Arbeitsplatz“ als Bündelung schuldrechtlicher Beziehungen der Arbeitsvertragsparteien nicht beigemessen werden (vgl. dazu die eingehende Untersuchung von Ebert, Das Recht am Arbeitsplatz, Diss. 1990, S. 152). Die rechtlichen Schutzwirkungen des Arbeitsverhältnisses beziehen sich ausschließlich auf die Beziehung zum Arbeitgeber und sind damit nicht „absolut“ (vgl. zum Ganzen auch Riesenhuber, JZ 1999, 715, [716], mit zahlreichen w. Nachw.).

Ein Schadensersatzanspruch wegen Verletzung des Rechts am Arbeitsplatz steht der Kl. daher nicht zu.

B. Keine Schadensersatzpflicht gem. § 823 II BGB i. V. mit § 164 StGB

Die Auffassung des LG, die Bekl. sei nach § 823 II BGB i. V. mit § 164 StGB schadensersatzpflichtig, teilt der Senat ebenfalls nicht. Die Voraussetzungen des § 164 StGB sind nicht erfüllt. Indem die Bekl. die Unterschrift der Kl. auf den Rücknahmescheinen fälschte, wollte sie die Veruntreuungen zum Nachteil der Arbeitgeberin verschleiern. Eine Aufdeckung der kriminellen Machenschaften sollte verhindert, zumindest jedoch erschwert werden. Vor diesem Hintergrund entbehrt die Auffassung des LG, die Bekl. habe wis-

sentlich eine falsche Verdächtigung in der Absicht ausgesprochen, ein strafrechtliches Ermittlungsverfahren gegen die Kl. herbeizuführen, einer tragfähigen Grundlage. Die Bekl. beabsichtigte eine Verschleierung ihrer eigenen Veruntreuungen, nicht jedoch eine Verdächtigung der Kl.

C. Schadensersatzpflicht gem. § 823 II BGB i. V. m. §§ 187, 13 StGB

Gleichwohl hat das LG im Ergebnis richtig entschieden. Die Schadensersatzpflicht der Bekl. folgt aus § 823 II BGB i. V. mit §§ 187, 13 StGB.

Die Bekl. hatte ursprünglich nicht vorhergesehen, dass nach Entdeckung des Warenfehlbestands ein Tatverdacht auch auf die Kl. fallen musste. Eine wissentliche (tateinheitliche) Beleidigung oder Verleumdung kann daher in den Urkundenfälschungen nicht gesehen werden.

Allerdings beruhte der später aufkeimende Untreueverdacht gegen die Kl. ausschließlich darauf, dass die Bekl. deren Unterschrift mehrfach gefälscht hatte. Daher hatte die Bekl. nunmehr rechtlich dafür einzustehen, dass der tatbestandsmäßige Erfolg des § 187 StGB nicht eintrat (§ 13 I StGB). Auf Grund ihres vorausgegangenen gefährdenden Tuns war die Bekl. rechtlich verpflichtet, den Arbeitgeber jedenfalls soweit zu informieren, dass dessen Tatverdacht gegen die Kl. unverzüglich ausgeräumt wurde. Diese Rechtspflicht ist nicht dadurch in Frage gestellt, dass es der Bekl. nach § 136 I 2 StPO freistand, sich zu der Beschuldigung zu äußern, oder nicht zur Sache auszusagen. Denn durch die vom Senat angenommene Offenbarungspflicht gegenüber dem Arbeitgeber ist das Recht der Bekl. nicht in Frage gestellt, gegenüber den Ermittlungsbehörden zu schweigen. Im Übrigen hätte die Bekl. ihren Arbeitgeber auch nur dahin informieren müssen, dass sie sicher wisse, dass die Kl. mit den Veruntreuungen nichts zu tun habe, weil die Unterschriften gefälscht seien. Ein eigenes Schuldeingeständnis der Bekl. war damit nicht zwingend verbunden.

Indem die umfassend informierte Bekl. stattdessen den Dingen ihren Lauf ließ, nährte sie vorsätzlich den allein durch ihre Urkundenfälschung hervorgerufenen Verdacht strafbaren Verhaltens der Kl. In dieser Unterlassung liegt der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit. Nach Auffassung des Senats entspricht das Unterlassen auch der Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestands durch ein Tun.

Die Bekl. ist nach alledem schadensersatzpflichtig. Die zum Schadensumfang erhobenen Berufungsrügen hat der Senat geprüft und für nicht durchgreifend erachtet. Der Kl. kann insbesondere nicht mit Erfolg angelastet

werden, den Arbeitsgerichtsprozess durch einen Vergleich beendet zu haben. Zum Zeitpunkt des Vergleichs war die Beweislage unklar; Klarheit hätte nur durch die Bekl. herbeigeführt werden können. Der Kl. konnte daher nicht zugemutet werden, den Arbeitsgerichtsprozess jahrelang weiterzuführen. Ihn mit einer Ehrenerklärung des Arbeitgebers zu beenden, lag auch im wohlverstandenen Schadenminderungsinteresse der Bekl., weil der Vergleich alsbald die Erfolgsaussichten der Kl. bei der Suche nach einem neuen Arbeitsplatz

erhöhte.

D. Mögliche Schadensersatzansprüche gem. §§ 824, 826 BGB

Da die Bekl. nach § 823 II BGB i. V. mit §§ 187, 13 StGB schadensersatzpflichtig ist, kann offen bleiben, ob sich der Ersatzanspruch auch aus §§ 824 I, 826 BGB ergibt. Der Prozesskostenhilfeantrag war nach alledem mangels Erfolgsaussicht der Berufung abzulehnen.

Standort: Deliktsrecht Problem: Erstattung von Reparaturkosten gem. Gutachten

BGH, URTEIL VOM 29.04.2003
VI ZR 393/02 (NJW 2003, 2085)

Problemdarstellung:

In diesem Rechtsmittelverfahren ging es um die umstrittene Berechnungsfrage zur Erstattung von Reparaturkosten nach einem Verkehrsunfall.

Der Kl. erlitt infolge eines Verkehrsunfalls, den der Versicherungsnehmer der beklagten Haftpflichtversicherung allein verantwortlich verursacht hatte, eine Beschädigung an seinem KFZ. Der eingeschaltete Sachverständige ermittelte die Reparaturkosten in Höhe von 24.337, 24 DM, den Wiederbeschaffungswert in Höhe von 30.300,- DM und den Restwert in Höhe von 8.000,- DM. Nachdem der Kl. sein KFZ in Eigenregie repariert hatte und nunmehr weiter benutzt, verlangte er von der Bekl. die veranschlagten Reparaturkosten. Jedoch war die Bekl. zur Zahlung nur unter Abzug des Restwertes bereit.

Ist wegen der Beschädigung einer Sache Schadensersatz zu leisten, so kann der Geschädigte gem. § 249 BGB zwischen zwei Wegen wählen: die Reparatur des KFZ oder die Anschaffung eines Ersatzfahrzeugs. Jedoch ist er in seiner Auswahl darauf beschränkt, die Möglichkeit mit dem geringeren Aufwand zu wählen. Wählt der Geschädigte die Reparaturvariante, so werden ihm die Reparaturkosten nur bis zur Höhe des Wiederbeschaffungswertes ersetzt (sog. Wirtschaftlichkeitsgebot). Fraglich und umstritten ist aber, ob vom Wiederbeschaffungswert der Restwert abzuziehen ist. Der Senat verneint dies. Der BGH hatte bereits einmal entschieden, dass in den Fällen, in denen der Geschädigte sein beschädigtes Fahrzeug tatsächlich repariert, bei der für die Ermittlung der Wirtschaftlichkeitsgrenze einer Reparatur erforderlichen Vergleichsbetrachtung, zwischen den Reparaturkosten und den Kosten der Ersatzbeschaffung auf Seiten der Letzteren eine Kürzung des Wiederbeschaf-

fungswerts um den Restwert im Allgemeinen unterbleibt. Dieser Grundsatz gilt auch hier, ohne dass es insoweit auf die Qualität der Reparatur ankommt. Wird der Pkw vom Geschädigten tatsächlich repariert und weiter genutzt, so stellt sich der Restwert lediglich als hypothetischer Rechnungsposten dar, den der Geschädigte nicht realisiert und der sich daher in der Schadensbilanz nicht niederschlagen darf.

Prüfungsrelevanz:

Nach § 249 BGB hat, wer zum Schadensersatz verpflichtet ist, den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Ist wegen Verletzung einer Person oder wegen Beschädigung einer Sache Schadensersatz zu leisten, so kann der Geschädigte statt der Herstellung den dazu erforderlichen Geldbetrag verlangen. Für die Berechnung von Kraftfahrzeugschäden stehen dem Geschädigten im Allgemeinen zwei Wege der Naturalrestitution zur Verfügung: die Reparatur des Unfallfahrzeugs oder die Anschaffung eines Ersatzfahrzeugs. Dabei ist der Geschädigte nach dem gesetzlichen Bild des Schadensersatzes Herr des Restitutionsgeschehens. Der Geschädigte ist auf Grund der nach anerkannten schadensrechtlichen Grundsätzen bestehenden Dispositionsfreiheit auch in der Verwendung der Mittel frei, die er vom Schädiger zum Schadensausgleich beanspruchen kann. Er ist weder dazu verpflichtet, sein Fahrzeug zu reparieren noch es zur Reparatur in eine Kundendienstwerkstatt zu geben. Verursacht allerdings bei mehreren zum Schadensausgleich führenden Möglichkeiten eine den geringeren Aufwand, ist der Geschädigte grundsätzlich auf diese beschränkt. Der zu gewährende Schadensausgleich wird außerdem begrenzt durch das schadensrechtliche Bereicherungsverbot, das besagt, dass der Geschädigte zwar vollen Ersatz verlangen kann, an dem Schadensfall aber nicht „verdienen“ soll.

Vertiefungshinweis:

Zur Abrechnung fiktiver Reparaturkosten: BGH, NJW 2003, 2086

Kursprogramm:

Assessorkurs: "Die Fahrt zum Fest"

Leitsätze:

Der Geschädigte kann zum Ausgleich des durch einen Unfall verursachten Fahrzeugschadens die vom Sachverständigen geschätzten Reparaturkosten bis zur Höhe des Wiederbeschaffungswerts ohne Abzug des Restwerts verlangen, wenn er das Fahrzeug tatsächlich reparieren lässt und weiter nutzt. Die Qualität der Reparatur spielt jedenfalls so lange keine Rolle, als die geschätzten Reparaturkosten den Wiederbeschaffungswert nicht übersteigen.

Sachverhalt:

Der Kl. begehrt Ersatz seines restlichen Sachschadens aus einem Verkehrsunfall, für den die Bekl. als Haftpflichtversicherer des Unfallgegners in vollem Umfang einzustehen hat. Die für die Reparatur des Pkw des Kl. erforderlichen Kosten schätzte der Kfz-Sachverständige D inklusive der gesetzlichen Mehrwertsteuer auf 24 337,24 DM. Für die verbleibende Wertminderung des Pkw veranschlagte er 1 500 DM; den Wiederbeschaffungswert schätzte er auf 30 300 DM und den Restwert auf 8000 DM. Der Kl., der Karosseriebaumeister ist, reparierte das Fahrzeug selbst. Seinen Schaden rechnet er auf der Grundlage des Gutachtens ab und verlangt unter Einbeziehung der Kosten für den Sachverständigen, das Abschleppen und die Anmietung eines Ersatzfahrzeugs sowie allgemeiner unfallbedingter Auslagen insgesamt 31 028,83 DM. Die Bekl. erstattete unter Berücksichtigung ihres Restwertangebots in Höhe von 10 000 DM vorprozessual 25 611,59 DM. Der Kl. verlangt weitere 5417,24 DM nebst Zinsen. Er behauptet unter Berufung auf ein Schreiben des Kfz-Gutachters D, dass er das Fahrzeug als Karosseriebaumeister ordnungsgemäß in Eigenregie instandgesetzt habe und die Schäden zwischenzeitlich beseitigt seien.

Das AG hat die Klage in voller Höhe zugesprochen. Berufung und zugelassene Revision blieben erfolglos.

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

Das BerGer. legt der Wirtschaftlichkeitsprüfung der Schadensberechnung durch den Kl. eine Vergleichs-

betrachtung zwischen den Reparaturkosten und den Kosten der Wiederbeschaffung des Fahrzeugs zu Grunde, ohne den Restwert des Fahrzeugs zu berücksichtigen.

Zur Begründung beruft es sich auf die neuere Rechtsprechung des OLG Düsseldorf (DAR 2001, 125 = ZfS 2001, 111), wonach der Geschädigte Reparaturkosten auf der Grundlage eines Sachverständigengutachtens in dieser Weise abrechnen dürfe, wenn die Höhe der geschätzten Reparaturkosten einschließlich der Wertminderung unter dem Wiederbeschaffungswert ohne Berücksichtigung des Restwerts liege und der Geschädigte sein reparaturwürdiges Fahrzeug in Weiterbenutzungsabsicht in einer Weise instandgesetzt habe, dass es im Straßenverkehr sicher benutzt werden könne. Der Geschädigte müsse sein besonderes Integritätsinteresse an dem beschädigten Fahrzeug nur dann durch eine vollständige und fachgerechte Reparatur nachweisen, wenn die beanspruchten Reparaturkosten den Wiederbeschaffungswert um mehr als 30% überstiegen. Dies sei vorliegend nicht der Fall. Da der Kl. durch die Beseitigung von Schäden an seinem Pkw dessen Verkehrs- und Betriebssicherheit wiederhergestellt und danach das Fahrzeug jedenfalls mehrere Wochen selbst genutzt habe, sei er berechtigt, seine Reparaturkosten auf der Grundlage des Gutachtens in voller Höhe abzurechnen.

B. Entscheidung des BGH in der Revision

Das Berufungsurteil hält revisionsrechtlicher Überprüfung stand. Die Schadensberechnung des BerGer. verletzt entgegen der Ansicht der Revision weder das nach schadensrechtlichen Grundsätzen zu beachtende Wirtschaftlichkeitsgebot noch lässt sie das Bereicherungsverbot außer Betracht.

I. Zu den Grundsätzen des Schadensersatzrechts beim KFZ-Unfall

Nach § 249 BGB hat, wer zum Schadensersatz verpflichtet ist, den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatze verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Ist wegen Verletzung einer Person oder wegen Beschädigung einer Sache Schadensersatz zu leisten, so kann der Geschädigte statt der Herstellung den dazu erforderlichen Geldbetrag verlangen. Für die Berechnung von Kraftfahrzeugschäden stehen dem Geschädigten im Allgemeinen zwei Wege der Naturalrestitution zur Verfügung: die Reparatur des Unfallfahrzeugs oder die Anschaffung eines (gleichwertigen) Ersatzfahrzeugs. Dabei ist der Geschädigte nach dem gesetzlichen Bild des Schadensersatzes Herr des Restitutionsgeschehens. Er bleibt es auch in dem Spannungsverhältnis, das durch den Inter-

essengegensatz zwischen ihm und dem Schädiger bzw. dessen Versicherer besteht (vgl. Senatsurteil BGHZ 143, 189 [194] = NJW 2000, 800). Diese Stellung findet Ausdruck in der sich aus § 249 S. 2 BGB a. F. (nunmehr § 249 II 1 BGB) ergebenden Ersetzungsbefugnis und der freien Wahl der Mittel zur Schadensbehebung. Der Geschädigte ist auf Grund der nach anerkannten schadensrechtlichen Grundsätzen bestehenden Dispositionsfreiheit auch in der Verwendung der Mittel frei, die er vom Schädiger zum Schadensausgleich beanspruchen kann (vgl. Senat, NJW 1989, 3009; Weber, VersR 1990, 934 [938ff.]; Steffen, NZV 1991, 1 [2]; ders., NJW 1995, 2057 [2059f.]). Er ist weder dazu verpflichtet, sein Fahrzeug zu reparieren noch es zur Reparatur in eine Kundendienstwerkstatt zu geben, deren Preise in der Regel Grundlage der Kostenschätzung sind. Es bleibt vielmehr ihm überlassen, auf welche Weise er sein Fahrzeug wieder instandsetzt (vgl. Senatsurteile BGHZ 54, 82 [86]; NJW 1989, 3009 = VersR 1989, 1056 m.w. Nachw.; NJW 1992, 1618 = VersR 1992, 710).

Verursacht allerdings bei mehreren zum Schadensausgleich führenden Möglichkeiten eine den geringeren Aufwand, ist der Geschädigte grundsätzlich auf diese beschränkt. Nur der für diese Art der Schadensbehebung nötige Geldbetrag ist i. S. von § 249 S. 2 BGB a. F. zur Herstellung erforderlich (vgl. Senatsurteile BGHZ 115, 364 [368]; 115, 375 [378]; NJW 1985, 2469; NJW 1992, 903; NJW 1992, 1618). Der zu gewährende Schadensausgleich wird außerdem begrenzt durch das schadensrechtliche Bereicherungsverbot, das besagt, dass der Geschädigte zwar vollen Ersatz verlangen kann, an dem Schadensfall aber nicht „verdienen“ soll (vgl. Senat, NJW 1989, 3009).

Diese schadensrechtlichen Grundsätze lassen sich nicht isoliert verwirklichen. Sie stehen vielmehr zueinander in einer Wechselbeziehung (vgl. Steffen, NJW 1995, 2057 [2059f.]). Demzufolge darf in Verfolgung des Wirtschaftlichkeitspostulats das Integritätsinteresse des Geschädigten, das auf Grund der gesetzlich gebotenen Naturalrestitution Vorrang genießt, nicht verkürzt werden. Die Schadensrestitution darf nicht beschränkt werden auf die kostengünstigste Wiederherstellung der beschädigten Sache; ihr Ziel ist vielmehr, den Zustand wiederherzustellen, der wirtschaftlich gesehen der hypothetischen Lage ohne Schadensereignis entspricht (vgl. BGHZ 115, 375 [378] = NJW 1992, 305 m.w. Nachw.).

II. Streit über die Begrenzung nach den Kosten zur Wiederbeschaffung

Hiernach kann der Kl. die vom Sachverständigen D geschätzten Reparaturkosten in voller Höhe beanspru-

chen. Entgegen der Ansicht der Revision wird sein Anspruch im Streitfall nicht durch die Kosten des Wiederbeschaffungsaufwands (d. h. Wiederbeschaffungswert abzüglich Restwert) begrenzt. Der erkennende Senat hat die zu Grunde liegende Frage, ob Reparaturkosten auf Gutachtensbasis in voller Höhe auch dann verlangt werden können, wenn die Reparatur nicht in vollem Umfang den Anforderungen des Sachverständigen entspricht, sondern das Fahrzeug nur in einen funktionstüchtigen Zustand versetzt wird, in dem es weiter benutzt werden kann, bisher nicht entschieden. Die Frage wird in der Rechtsprechung der Instanzgerichte nicht einheitlich beantwortet.

1. Begrenzung nach den Kosten zur Wiederbeschaffung abzüglich des Restwertes

Die überwiegende Anzahl der Gerichte spricht Reparaturkosten bis zur Höhe des Wiederbeschaffungsaufwands zu. Für eine darüber hinausgehende Inanspruchnahme des Schädigers müsse der Geschädigte das Fahrzeug zum Zwecke der Weiterbenutzung fachgerecht instandsetzen. Dies gebiete das sich aus § 249 S. 2 BGB a. F. ergebende Wirtschaftlichkeitspostulat und das schadensrechtliche Bereicherungsverbot, weil der Restwert des Fahrzeugs trotz des Schadens im Vermögen des Geschädigten verbleibe (vgl. OLG Nürnberg, NZV 1990, 465; OLG München, ZfS 1991, 303; bisher OLG Düsseldorf, NZV 1995, 232; OLG Saarbrücken, MDR 1998, 1346; OLG Karlsruhe, MDR 2000, 697; OLG Hamm, VersR 2000, 1122; OLG Köln, ZfS 2002, 74; OLC Frankfurt a. M., OLG-Report 2002, 81).

2. Begrenzung nur nach den Kosten zur Wiederbeschaffung

Die Gegenmeinung billigt dem Geschädigten Reparaturkostensatz bis zur Höhe des Wiederbeschaffungswerts unter Ausklammerung des Restwerts zu. Sie begründet dies damit, dass mit der Berücksichtigung des Restwerts bei der Berechnung des Schadensersatzes in die Ersetzungsbefugnis und die Dispositionsfreiheit des Geschädigten eingegriffen würde. Hinzu komme, dass die Bestimmung eines fiktiven Restwerts die Schadensabrechnung mit weiterer Unsicherheit belaste und im Allgemeinen verzögere (vgl. OLG Düsseldorf, DAR 2001, 125 m. w. Nachw.; LG Wiesbaden, ZfS 2000, 250; Eggert, DAR 2001, 20; zum Restwert: Senatsurteil, BGHZ 143, 189; vgl. auch die Empfehlung des 28. VGT NZV 1990, 103, die Grenze bei 70% des Wiederbeschaffungswerts zu ziehen).

3. Stellungnahme des BGH

Der Senat schließt sich der letztgenannten Auffassung

an. Auch wenn die geschätzten Kosten der Instandsetzung den Wiederbeschaffungsaufwand übersteigen, steht dies mit den Grundsätzen des Schadensrechts im Einklang. Der Senat hat bereits im Urteil vom 15. 10. 1991 (vgl. BGHZ 115, 364 [371 ff.] = NJW 1992, 302) entschieden, dass in den Fällen, in denen der Geschädigte sein beschädigtes Fahrzeug tatsächlich repariert, bei der für die Ermittlung der Wirtschaftlichkeitsgrenze einer Reparatur erforderlichen Vergleichsbetrachtung, zwischen den Reparaturkosten und den Kosten der Ersatzbeschaffung auf Seiten der Letzteren eine Kürzung des Wiederbeschaffungswerts um den Restwert im Allgemeinen unterbleibt. Dieser Grundsatz gilt auch hier, ohne dass es insoweit auf die Qualität der Reparatur ankommt. Wird der Pkw vom Geschädigten tatsächlich repariert und weiter genutzt, so stellt sich der Restwert lediglich als hypothetischer Rechnungsposten dar, den der Geschädigte nicht realisiert und der sich daher in der Schadensbilanz nicht niederschlagen darf. Erst die Unverhältnismäßigkeit bildet bei einer möglichen Naturalrestitution die Grenze, ab welcher der Ersatzanspruch des Geschädigten sich nicht mehr auf Herstellung (Naturalrestitution), sondern allein noch auf den Wertausgleich des Verlusts in der Vermögensbilanz (Kompensation) richtet (Senatsurteil, BGHZ 115, 364 [367] = NJW 1992, 302). Hiervon hat der Senat eine Ausnahme gemacht, wenn der Geschädigte bei einem besonderen Integritätsinteresse an dem

Erhalt des ihm vertrauten Kraftfahrzeugs, das Fahrzeug mit einem Aufwand bis zu 130% des Wiederbeschaffungswerts instandsetzen lässt (vgl. Senatsurteil, BGHZ 115, 364 [371] = NJW 1992, 302, m. Anm. Lipp, NZV 1992, 70; Senat, NJW 1992, 1618; NJW 1999, 500 = VersR 1999, 245). Ob es für diesen Zuschlag auf die Qualität der Reparatur ankommt, bedarf vorliegend keiner Entscheidung, weil hier die Reparaturkosten den Wiederbeschaffungswert des Fahrzeugs nicht übersteigen.

III. Ergebnis

Bei dieser Sachlage hat das BerGer. zu Recht dem Geschädigten die Schadensabrechnung auf der Grundlage der geschätzten Reparaturkosten ohne Begrenzung auf den Wiederbeschaffungsaufwand zugebilligt. Nach den revisionsrechtlich nicht zu beanstandenden Feststellungen im Berufungsurteil ist durch die Reparaturmaßnahmen des Kl. die Verkehrs- und Betriebssicherheit des Fahrzeugs wiederhergestellt worden. Der Kl. hat das Fahrzeug auch weiter genutzt. Zu weiterer Aufklärung der Art und Qualität der Reparatur war das BerGer. nach § 287 ZPO nicht verpflichtet, nachdem die Bekl. nicht bestritten hat, dass das Fahrzeug in dem vom Sachverständigen D bestätigten Umfang repariert worden ist. Die Bekl. hat auch nicht in Frage gestellt, dass die geschätzten Reparaturkosten der Höhe nach grundsätzlich gerechtfertigt sind.

Standort: Zwangsvollstreckung

Problem: Pfändung von Gestaltungsrechten

BGH, URTEIL VOM 20.02.2003
IX ZR 102/02 (NJW 2003, 1858)

Problemdarstellung:

In diesem Revisionsverfahren musste sich der BGH mit der Frage der zwangsvollstreckungsrechtlichen Pfändbarkeit von Gestaltungsrechten beschäftigen.

Im Rahmen eines notariellen Ehevertrages hatte der Vollstreckungsschuldner das Eigentum an dem Familienhausgrundstück auf seine Frau übertragen, sich aber das Recht vorbehalten, jederzeit von ihr ohne Angabe von Gründen die Rückübertragung des Grundstücks zu verlangen; zur Sicherung dieses Rechts wurde eine entsprechende Vormerkung zugunsten des Vollstreckungsschuldners ins Grundbuch eingetragen. Der Zwangsvollstreckungsgläubiger will nunmehr durch Pfändungs- und Überweisungsbeschluss (§§ 828 ff. ZPO) in dieses Recht vollstrecken.

Zunächst hat der BGH klar gestellt, dass man zwischen dem schuldrechtlichen, per Vormerkung gesicherten Rückauffassungsanspruch und dem Recht,

diese Rückauffassung zu verlangen, zu differenzieren hat. Entweder lässt dieses Verlangen die Rückübertragungsverpflichtung erst entstehen oder diese ist aufschiebend bedingt durch die Ausübung jenes Rechts.

Des weiteren erkennt bei der umstrittenen Frage der Pfändbarkeit von Gestaltungsrechten der BGH in diesem Fall eine Pfändbarkeit des Rechts, die Rückauffassung zu verlangen, gem. § 857 I ZPO an. Dieses Recht hat Vermögensqualität, da der Vollstreckungsschuldner die Möglichkeit hat, das Grundstück jederzeit seinem Vermögen (wieder-)einzuverleiben. Auch ist dieses Recht übertragbar, da es den übertragbaren Recht des Wiederkaufs oder der Aneignung entspricht. Es liegt insbesondere auch keine Unpfändbarkeit analog § 852 II ZPO vor. Diese Zuwendung kann nicht als ehebezogen oder als Kompensation für den Ausschluss des Zugewinnausgleichs verstanden werden, da sie jederzeit rückrufbar ist, unabhängig vom Bestand oder Wegfall der Ehe. Schließlich ist zu befürchten, dass Ehepaare auf diese Weise versuchen könnten, Vermögenswerte vor dem Zugriff von

Zwangsvollstreckungsgläubigern zu schützen.

Prüfungsrelevanz:

In diesem Fall ging es die umstrittene Frage der zwangsvollstreckungsrechtlichen Pfändbarkeit von Gestaltungsrechten des Vollstreckungsschuldners durch Pfändungs- und Überweisungsbeschluss (§§ 828 ff., 857 ZPO). Dabei wird zwischen akzessorischen und nicht akzessorischen Gestaltungsrechten differenziert.

Für unpfändbar angesehen wurden bisher akzessorische Gestaltungsrechte (vgl. BGH, NJW 1973, 1793 [1794]). Solche Rechte erwirbt der Pfändungspfandgläubiger mit der Pfändung und Überweisung des Hauptrechts (BGH, NJW 1985, 2640 [2641]; ZIP 1985, 1141 [1142]; vgl. ferner LG ;Wiesbaden, NJW-RR 1996, 59). Die Pfändbarkeit von nicht akzessorischen Gestaltungsrechten richtet sich nach dem Einzelfall. Bei dieser Einzelfallbewertung kommt es gem. § 857 ZPO vor allem darauf an, ob das zu pfändende Gestaltungsrecht Vermögensqualität besitzt und in seiner Ausübung einem anderen übertragen werden kann.

Vertiefungshinweis:

Zu diesem Thema: *Schuschke*, Kommentierte BGH-Rechtsprechung (LMK) 2003, 113; *Götz/Jorde*, BB 2002, 2412

Kursprogramm:

Assessorkurs: "Der späte Arrest"

Leitsatz:

Hat der Schuldner ein Grundstück unentgeltlich auf seine Ehefrau übertragen, sich jedoch das Recht vorbehalten, es jederzeit ohne Angabe von Gründen zurückzuverlangen, kann ein Gläubiger dieses Recht des Schuldners jedenfalls zusammen mit dem künftigen oder aufschiebend bedingten und durch eine Vormerkung gesicherten Rückkaufanspruchs pfänden und sich zur Einziehung überweisen lassen.

Sachverhalt:

Die Bekl. und ihr Ehemann (im Folgenden: Schuldner), die seit dem 27. 4. 1995 verheiratet sind, schlossen am 23. 8. 1995 einen notariellen Ehe- und Übergabevertrag, in dessen Abschnitt A die Eheleute für den Fall, dass der Güterstand auf andere Weise als durch den Tod beendet wird oder dass die Bekl. ein Gewerbe oder sonstiges Unternehmen gründet, den Ausgleich

des Zugewinns hinsichtlich des Geschäftsvermögens des Schuldners ausschlossen; in Abschnitt 8 übertrug der Schuldner das Eigentum an dem von den Eheleuten bewohnten Hausgrundstück unter Vorbehalt eines lebenslänglichen Nießbrauchsrechts auf die Bekl. In § 5 des Abschnitts B heißt es: „Dem Erschienenen zu 1 wird von der Erschienenen zu 2 das Recht eingeräumt, jederzeit von ihr oder ihren Rechtsnachfolgern ohne Angabe von Gründen die Rückübertragung und Rückauflassung des hier überlassenen Grundbesitzes zu verlangen“. Zur Sicherung seines Rückkaufanspruchs ließ sich der Schuldner eine Vormerkung im Grundbuch eintragen. Die Kl. erwirkten gegen den Schuldner Titel über insgesamt ca. 35000 DM, aus denen sie ergebnislos die Zwangsvollstreckung betrieben. Mit Beschluss des Vollstreckungsgerichts vom 4. 9. 2000, der Bekl. zugestellt am 7. 9. 2000, wurde das Recht des Schuldners gegen die Bekl. „auf Rückübertragung des Eigentums und Rückauflassung... (Recht des Schuldners jederzeit von der Drittschuldnerin oder ihren Rechtsnachfolgern ohne Angabe von Gründen die Rückübertragung und Rückauflassung ... zu verlangen)“ gepfändet und den Kl. zur Einziehung überwiesen. Mit ihrer Klage nehmen die Kl. die Bekl. auf Abgabe einer Auflassungserklärung gegenüber einem Sequester (§ 848 II 1 ZPO) sowie auf Ersatz von Anwaltskosten in Höhe von 988,80 DM nebst Zinsen in Anspruch.

Das LG hat die Bekl. verurteilt, die Auflassung zu erklären, und die Zahlungsklage abgewiesen. Dagegen haben beide Seiten Berufung eingelegt. Das BerGer. hat die Klage insgesamt abgewiesen. Dagegen wenden sich die Kl. mit ihrer — zugelassenen — Revision, die zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückweisung von Berufung und Anschlussberufung führte.

Aus den Gründen:

A. Entscheidung und Begründung des BerGer.

Das BerGer. hat sein Urteil wie folgt begründet: Derzeit könnten die Kl. auf Grund der Pfändung und Überweisung von der Bekl. nicht die Abgabe einer Auflassungserklärung verlangen, denn das von den Kl. in Beschlag genommene „angebliche“ Recht des Schuldners auf Rückübertragung des Grundstückseigentums sei nach dem Rechtsgedanken des § 852 II ZPO in seiner Verwertbarkeit aufschiebend bedingt. Die Übertragung des Grundstücks von dem Schuldner auf die Bekl. sei als ehebedingte Zuwendung zu qualifizieren. Sie sei zur Sicherung der ehelichen Lebensgemeinschaft im Interesse einer haftungsmäßig günstigen Organisation des Familienvermögens (Übertra-

gung auf die „betrieblich nicht haftende Bekl.“ erfolgt. Das dem Schuldner in Teil B § 5 des Vertrags eingeräumte Recht, die Rückübertragung zu verlangen, habe seine Grundlage ebenfalls in der ehelichen Lebensgemeinschaft. Es solle allein der Entscheidung des Schuldners überlassen bleiben, ob er den Anspruch gegen die Bekl. durchsetzen wolle. Demgemäß hätten die Vertragsparteien auch nicht einen Rückübertragungsanspruch des Schuldners, sondern nur ein Recht vereinbart, die Rückforderung zu verlangen. Erst die entsprechende Willensäußerung des Schuldners lasse den Rückübertragungsanspruch entstehen. Diese Entscheidung könne ein Gläubiger nicht an sich ziehen. Demgemäß schulde die Bekl. den Kl. auch nicht Ersatz von Anwaltskosten.

B. Entscheidung des BGH in der Revision

Diese Ausführungen halten in wesentlichen Punkten einer rechtlichen Überprüfung nicht stand.

I. Zum Auflassungsanspruch

Entgegen der Auffassung des BerGer. sind das Recht des Schuldners, die Rückübertragung zu verlangen, sowie der von der Ausübung dieses Rechts abhängige Auflassungsanspruch wirksam gepfändet worden.

1. Differenzierung zwischen Verlangen nach Rückübertragung und dem Rückübertragungsanspruch

Im Ausgangspunkt zutreffend ist allerdings die Ansicht BerGer., dass die Kl. nicht schon deshalb die Auflassung verlangen können, weil sie den Rückübertragungsanspruch Schuldners, der sich aus Teil B § 5 des notariellen Verergibt und durch die im Grundbuch eingetragene Rückkissungsvormerkung gesichert ist, gepfändet haben. Dieser Anspruch ist abhängig davon, dass der Schuldner die Rücktragung verlangt. Nicht zu folgen ist der Meinung der Revision, das Recht, die Rückübertragung zu verlangen, sei gleichbedeutend mit dem Rückübertragungsanspruch. Entweder lässt dieses Verlangen die Rückübertragungsverpflichtung erst entstehen (vgl. die rechtsähnliche Lage bei der vereinbarten Einräumung eines Dispositionskredits und dessen Abruf durch den Kreditnehmer, BGHZ 147, 193 [194f.] = NJW 2001, 1937) oder diese ist aufschiebend bedingt durch die Ausübung jenes Rechts.

2. Keine Schlüssigkeit über ein Verlangen des Schuldners nach Rückübertragung

Die Kl. könnten ohne weiteres die Auflassung verlangen, wenn der Schuldner inzwischen von der Bekl. die Rückübertragung verlangt hätte. Dies ist jedoch weder festgestellt noch vorgetragen. Zwar lässt der Umstand,

dass zu Gunsten des Schuldners eine Rückauflassungsvormerkung eingetragen worden ist, darauf schließen, dass er dies ausdrücklich verlangt hat. Denn gem. Teil B § 5 letzter Absatz des notariellen Vertrags sollte die Notarin nur unter dieser Voraussetzung den Antrag auf Eintragung der Vormerkung einreichen. Dafür, dass sie sich nicht daran gehalten hat, ist nichts vorgetragen. Falls der Schuldner ausdrücklich die Eintragung der Rückauflassungsvormerkung verlangt hat, bedeutet dies aber nicht zwingend, dass er zugleich die Rückauflassung verlangt. Denn eine Vormerkung kann auch für einen bedingten künftigen Anspruch eingetragen werden (§ 883 I 2 BGB).

3. Pfändung und Überweisung des Rechts zum Verlangen der Rückübertragung

Die Pfändung und Überweisung des Rückübertragungsrechts erfasst zwar — entgegen der Auffassung der Revision — nicht ohne weiteres auch das Recht, die Rückübertragung zu verlangen. Im vorliegenden Fall ist jedoch zusätzlich das „Recht des Schuldners jederzeit von der Drittschuldnerin ... die Rückübertragung ... zu verlangen“ gepfändet und überwiesen worden.

4. Pfändung und Überweisung eines Gestaltungsrechts, § 857 ZPO

Die Pfändung und Überweisung des Rechts, die Rücktragung zu verlangen, ist wirksam.

a. Streit über die Pfändbarkeit von Gestaltungsrechten

Das Recht, durch eine Wollenserklärung einen Rücktragungsanspruch als unbedingten Anspruch zur Entstehung zu bringen, ist ein Gestaltungsrecht, weil es seinem Inhaber die Befugnis zum rechtlichen Können verleiht (Stein/Jonas/Brehm, ZPO, 21. Aufl., § 857 Rdnr. 76). Ob und in welchem Umfang derartige Rechte der Pfändung unterliegen, ist nicht abschließend geklärt (vgl. Weyrich, Die Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen in Gestaltungsrechte, Diss. Heidelberg, 1951, S. 91 ff.; Luthardt, Die Pfändung von Gestaltungsrechten, Diss. Göttingen, 1952, S. 55 ff.).

aa. Unpfändbarkeit bei akzessorischen Gestaltungsrechten

Für unpfändbar angesehen wurden bisher akzessorische Gestaltungsrechte (vgl. BGH, NJW 1973, 1793 [1794]). Solche Rechte erwirbt der Pfändungspfandgläubiger mit der Pfändung und Überweisung des Hauptrechts (BGH, NJW 1985, 2640 [2641]; ZIP 1985, 1141 [1142]; vgl. ferner LG ;Wiesbaden, NJW-

RR 1996, 59). Im vorliegenden Fall ist das Gestaltungsrecht nicht akzessorisch (von dem Rückübertragungsanspruch abhängig); vielmehr verhält es sich umgekehrt, sodass der Rückübertragungsanspruch von der Ausübung des Gestaltungsrechts abhängt.

bb. Einzelfallabhängigkeit der Pfändbarkeit von nicht-akzessorischen Gestaltungsrechten

Die Pfändbarkeit von nicht akzessorischen Gestaltungsrechten richtet sich nach dem Einzelfall.

Unpfändbar ist etwa das Recht zur Zurücknahme hinterlegter Gegenstände (§ 377 I BGB). Dasselbe gilt für das Vorkaufsrecht nach § 473 BGB n.F. oder § 1094 I BGB, falls die Übertragbarkeit nicht besonders vereinbart ist (RGZ 148, 105 [112]). Für unpfändbar gehalten werden ferner das Recht auf Herabsetzung einer Vertragsstrafe (Stein/Jonas/Brehm, § 857 Rdnr. 76), die Befugnis, eine günstigere Lohnsteuerklasse zu wählen (Stein/Jonas/Brehm, § 857 ZPO Rdnr. 9), und die Kompetenz zur Abtretung einer Forderung (Smid, MünchKomm-ZPO, 2. Aufl., § 857 Rdnr. 10). Eine verbreitete Meinung im Schrifttum verneint bei einem Dispositionskredit die Pfändbarkeit des Abrufrechts, weil niemand durch Dritte in die Rolle Schuldners gedrängt werden dürfe (vgl. die Nachweise in BGHZ 147, 193 [195] = NJW 2001, 1937, sowie Lwowski/Bitter in: Schimansky/Bunte/Lwowski, BankR-Hdb., 2. Aufl., § 33 Rdnr. 47; Stöber, Forderungspfändung, 13. Aufl., Rdnr. 116; Bitter, WM 2001, 889 [891]; Honsell, JZ 2001, 1143; Schuschke, ZIP 2001, 1084 [1085]; Bach, Jura 2002, 883; Felke, WM 2002, 1632 [1636]; R. Fischer, DZWir 2002, 143 [144]). Der BGH hat die Frage bisher offen gelassen (vgl. BGHZ 93, 315 [325] = NJW 1985, 1218; BGHZ 147, 193 [195] = NJW 2001, 1937). Andererseits kann der Gläubiger eines Miteigentümers dessen Anspruch auf Aufhebung der Gemeinschaft sowie Teilung und Auszahlung des Erlöses gem. §§ 857, 829 ZPO pfänden und sich überweisen lassen (§ 835 ZPO), obwohl der Anspruch auf Aufhebung der Gemeinschaft allein ohne Miteigentumsanteil nicht abtretbar, also nach §§ 857 I, 851 I auch nicht pfändbar ist (BGHZ 90, 207 [215] = NJW 1984, 1986). Bei einer Lebensversicherung auf den Todesfall kann ein Gläubiger des Versicherungsnehmers schon zu dessen Lebzeiten die Versicherungssumme pfänden und das Bezugsrecht eines Dritten widerrufen (Stein/Jonas/Brehm, § 829 ZPO Rdnr. 15). Das Recht aus einem Vertragsangebot kann jedenfalls dann gepfändet werden, wenn dem Angebotsempfänger die Befugnis eingeräumt ist, jenes Angebot an einen Dritten abzutreten (RGZ 111, 46 [47]).

b. Pfändbarkeit im vorliegenden Fall

Im vorliegenden Fall ist die Pfändbarkeit zu bejahen.

aa. Vermögensqualität des Rückübereignungsverlangens

Das Recht des Schuldners, nach freiem Belieben einen Gegenstand seinem Vermögen (wieder-)einzuverleihen, hat Vermögenswert. Da dieser Vermögenswert bei der Grundstücksübertragung ausgeklammert worden ist, hat sich der Schuldner des Grundstücks nicht vollständig (vgl. auch den Nießbrauchsvorbehalt), zumindest nicht endgültig entäußert.

bb. Übertragbarkeit des Rückübereignungsverlangens

Die Pfändbarkeit des Rechts, die Rückübertragung zu verlangen, ist nicht etwa wegen dessen Unveräußerlichkeit ausgeschlossen (§§ 851 I, 857 I ZPO). Das im vorliegenden Fall vereinbarte Recht des Schuldners, die Rückauflassung zu verlangen, ähnelt dem Wiederkaufsrecht (§ 456 BGB n. F.) oder einem Aneignungsrecht. Diese Rechte, bei denen es sich ebenfalls um selbstständige Gestaltungsrechte handelt, sind ohne weiteres übertragbar (vgl. Staudinger/Busche, BGB, 13. Bearb. [1999], § 413 Rdnr. 11; Roth, in: MünchKommBGB, 4. Aufl., § 413 Rdnr. 11; Palandt/Heinrichs, BGB, 62. Aufl., § 413 Rdnr. 5).

cc. Keine analoge Anwendung von § 852 II ZPO

Das BerGer. hat die Ansicht vertreten, es sei den Gläubigern — in entsprechender Anwendung des § 852 II ZPO — verwehrt, den Anspruch auf Rückübertragung des Grundstücks „an sich zu ziehen“. Die Übertragung des Grundstücks von dem Schuldner auf die Bekl. sei als eine ehebezogene Zuwendung anzusehen. Mit Rücksicht auf die familiäre Verbundenheit der Eheleute solle es allein der Entscheidung des Schuldners überlassen bleiben, ob er den Anspruch gegen die Bekl. durchsetze. Dem folgt der Senat nicht. Eine entsprechende Anwendung des § 852 II ZPO scheidet aus. Sinn und Zweck der dort normierten Pfändungsbeschränkung ist es, mit Rücksicht auf die familiären oder persönlichen Beziehungen zwischen Schuldner und Gläubiger allein diesem die Entscheidung zu überlassen, ob der Anspruch durchgesetzt werden soll (BGHZ 123, 183 [186] = NJW 1993, 2876). Im vorliegenden Fall ist dieser Gedanke nicht anwendbar.

Eine ehebezogene Zuwendung wird man hier schon deshalb verneinen müssen, weil sie nicht auf Dauer (der funktionierenden Ehe) angelegt, sondern jederzeit aus beliebigen Gründen rückforderbar war. Diese Vermögensverlagerung war zur Erhaltung oder Sicherung

der ehelichen Lebensgemeinschaft ungeeignet, weil der Fortbestand der Vermögensverlagerung auch dann nicht gesichert war, wenn sich die Erwartung, dass die Lebensgemeinschaft Bestand habe, erfüllte. Entgegen dem Vorbringen der Bekl. kann die Grundstücksübertragung auch nicht als Kompensation für den teilweisen Ausschluss des Zugewinns in Teil A des notariellen Vertrags angesehen werden. Nach dem Vorbringen der Bekl. soll die Rückübertragung des Grundstücks hauptsächlich im Falle der Ehescheidung in Betracht kommen. Gerade für diesen Fall ist jedoch der Zugewinnausgleich teilweise ausgeschlossen. Das soll daneben auch dann gelten, wenn „die Bekl. ein Gewerbe oder sonstiges Unternehmen gründet“. Dies hat mit der Übertragung des Grundbesitzes nichts zu tun. Letztlich kann die Frage, ob eine ehebezogene Zuwendung vorliegt, aber dahinstehen. Denn eine entsprechende Anwendung des § 852 II ZPO kommt allenfalls für einen Ausgleichs- oder Rückforderungsanspruch in Betracht, der sich daraus ergibt, dass die Ehe gescheitert und damit die Geschäftsgrundlage der ehebezogenen Zuwendung entfallen ist. In diesem Falle soll ein Gläubiger nicht in die den Ehegatten vorbehaltenen, letztlich auf Billigkeitsgesichtspunkten beruhende Vermögensauseinandersetzung zwischen ihnen eingreifen und sie gegen den Willen des Berechtigten erzwingen können. Diesen Schutz verdient hingegen nicht ein Recht, die Rückforderung zu verlangen, das seinerseits ausdrücklich nicht ehebezogen ist, sondern jederzeit ohne Angabe von Gründen geltend gemacht werden kann und dessen Geltendmachung — wie die Bekl. selbst vorgetragen hat — im freien Belieben des Schuldners steht. Wäre das Grundstück in dessen Eigentum verblieben, hätten die Kl. auch dann darauf zugreifen können, wenn es die wirtschaftliche Grundlage der ehelichen Lebensgemeinschaft dargestellt hätte. Für das im Vermögen des Schuldners verbliebene uneingeschränkte Recht, die Rückauflassung zu verlangen, kann nichts anderes gelten. Andernfalls würde

der Rückforderungsvorbehalt stärkeren Vollstreckungsschutz genießen als das Eigentum.

Verfolgen Eheleute oder sonstige nahe Angehörige den gemeinsamen Willen, Vermögensgegenstände dem Zugriff der Gläubiger eines der Beteiligten zu entziehen, und verschieben sie zu diesem Zweck die betreffenden Gegenstände untereinander, belassen sie aber dabei dem Schuldner ein allein von seinem Belieben abhängiges, vormerkungsgesichertes Recht auf Rückforderung, kann § 852 II ZPO selbst dann nicht angewandt werden, wenn die Grundstücksübertragung auch mit Rücksicht auf familiäre Beziehungen erfolgt ist. Könnten die Gläubiger des Schuldners dessen Recht, die Rückübertragung zu verlangen, nicht im Wege einer Pfändung und Überweisung „an sich ziehen“, wäre das Grundstück überhaupt keiner Zwangsvollstreckung unterworfen. Auch die Gläubiger der Bekl. könnten nicht mit Aussicht auf Erfolg darauf zugreifen. Dem stünde die zu Gunsten des Schuldners eingetragene Vormerkung und sein lebenslanges Nießbrauchsrecht entgegen. Ein solches Ergebnis wäre untragbar.

II. Zum Zahlungsanspruch

Insofern macht die Revision nur geltend, da die Klage bezüglich des Auflassungsanspruchs Erfolg haben müsse, sei der Ansicht des BerGer., die Kl. könnten keinen Ersatz der Anwaltskosten verlangen, die Grundlage entzogen. Dies mag zutreffen. Indes haben die Kl. für einen materiell-rechtlichen Anspruch auf Zahlung der inzwischen an ihren Prozessbevollmächtigten entrichteten Besprechungsgebühr gem. § 118 II BRAGO nebst Auslagenpauschale gem. § 26 BRAGO nicht schlüssig vorgetragen. Die Kl. nehmen die Bekl. auch insoweit als Drittschuldnerin in Anspruch. Es ist nicht ersichtlich, dass der Schuldner gegen diese einen Anspruch auf Zahlung der betreffenden Kosten gehabt hat und dieser von der Pfändung und Überweisung erfasst worden ist.

Standort: Kaufrecht

Problem: Nutzungsvergütung bei Rückabwicklung

OLG KARLSRUHE, URTEIL VOM 07.03.2003
14 U 154/01 (NJW 2003, 1950)

Problemdarstellung:

In diesem Berufungsverfahren ging es um die Art und Weise zur Berechnung der vom Käufer zu entrichtenden Nutzungsvergütung für die Kaufsache nach Vollziehung der Wandlung (jetzt Rücktrittsausübung gem. §§ 437 Nr. 2, 323 I, 346 ff. BGB n.F.).

Der Kl. erwarb bei der Bekl. einen Neuwagen, Audi

A 6 Quattro V6, zum Preis von über 40.000,- €. Der Wagen wies jedoch mehrere Mängel auf, die trotz mehrerer Nachbesserungsversuche nicht beseitigt worden waren. Nunmehr klagt der Käufer auf Rückabwicklung des Kaufvertrages, wobei auch die Frage nach einer Nutzungsvergütung für den zwischenzeitlichen Gebrauch des Wagen zu beantworten ist.

Das LG hat in der ersten Instanz zur Berechnung der vom Kl. zu erstattenden Nutzungsvergütung schema-

tisch auf die üblicherweise verwendete Berechnungsmethode - 0,67% des Kaufpreises je angefangene 1000 km zurückgelegte Strecke - zurückgegriffen und ist von einer Fahrleistung von 31.000 km ausgegangen. Das OLG Karlsruhe als Berufungsinstanz hält eine solch schematische Berechnungsmethode nicht für einzelfallgerecht, da auch die zu erwartende Gesamtfahrleistung des Wagen, die von KFZ zu KFZ variieren kann, miteinzubeziehen ist. Daher will es lieber den zu zahlenden Gebrauchsvorteil dadurch, dass der Bruttoverkaufspreis mit den gefahrenen Kilometer multipliziert wird und das Ergebnis durch die erwartete Gesamtfahrleistung dividiert wird. Bei dem in diesem Fall vorliegenden KFZ-Modell berechnet daher das OLG Karlsruhe das Nutzungsentgelt nach 0,4% des Bruttoverkaufspreises pro angefangenen 1000 km. Außerdem erachtet das OLG Karlsruhe es als vorzugswürdig, im Tenor die konkret zu zahlende Nutzungsvergütung nicht auszurechnen, sondern nur die jeweilige Berechnungsmethode den Parteien an die Hand zu geben. Bei der Durchführung dieses Urteilsausspruchs wird auf diese Weise durch die Parteien bzw. gegebenenfalls den Gerichtsvollzieher dann stets beachtet, dass die Gebrauchsvorteile grundsätzlich bis zum Tage der Rückgabe zu vergüten sind.

Prüfungsrelevanz:

Die Wandlung eines Kaufvertrages wegen Mangelhaftigkeit der gelieferten Kaufsache gem. §§ 459 ff. BGB a.F. wurde durch die Schuldrechtsreform vom 01.01.2002 durch den Rücktritt gem. §§ 437 Nr. 2, 323 I BGB ersetzt. Infolge dieser Neuregelung hat sich aber auf der Rechtsfolgenseite nichts hinsichtlich der Vergütungspflicht des Käufers für die in der Zwischenzeit gezogenen Nutzungen (Früchte und Gebrauchsvorteile, § 100 BGB) aus der Kaufsache verändert. Im Rahmen der Rückabwicklung muss der Käufer insofern nach wie vor ein Nutzungsentgelt zahlen, dass gem. § 287 ZPO ggf. durch richterliche Schätzung zu ermitteln ist. Die Anspruchsgrundlage für den Verkäufer für dieses Nutzungsentgelt findet sich nunmehr in §§ 346, 347 BGB n.F., der sich aber inhaltlich mit der alten Regelung von §§ 347, 987 BGB a.F. deckt. Folglich bleibt die vorgestellte Berechnungsmethode auch nach der Schuldrechtsreform aktuell.

Vertiefungshinweis:

Zu dieser Thematik: *LG Frankfurt a.M.*, NJW-RR 2000, 831 = NZA-RR 2000, 185; *Schleuser*, NZA 1999, 1078

Kursprogramm:

- Examenskurs*: "Das verschmähte Gefährt"
 Examenskurs: "Das gebrauchte Cabrio"

Leitzätze:

- 1. Zur Ermittlung und Berechnung der Nutzungsvorteile des Käufers bei Wandlung eines Neuwagenkaufs (hier: Dieselfahrzeug der gehobenen Mittelklasse -Audi A 6 Quattro TDI 2,5 1 V 6 Tiptronic- 0,4% des Bruttokaufpreises pro angefangene 1000 km).**
- 2. Zur Tenorierung der Gebrauchsvorteilsanrechnung.**

Sachverhalt:

Der Kl. kaufte bei dem bekl. Autohaus, einer Audi-Werksvertretung, einen am 21.9.1999 übergebenen und gleichzeitig bezahlten Neuwagen Audi A 6 Quattro V 6 TDI 2,5 1 Tiptronic Automatik zum Preis von 82 449,04 DM (= 42 155,52 Euro). Die Klage geht auf Wandelung dieses Kaufvertrags. Der Kl. hat in erster Instanz behauptet, das Fahrzeug weise verschiedene gravierende Mängel auf, die trotz mehrerer Nachbesserungsversuche der Bekl. am 16. 12. 1999, 10. 2. 2000 und 10. 7. 2000 nicht beseitigt worden seien bzw. gar nicht behebbar wären. So sei das Automatikgetriebe defekt, denn es weise ein Summen beim Gangwechsel in den unteren drei Gängen auf. Die Klimaautomatik funktioniere nicht, der Kraftstoffverbrauch sei zu hoch und das Fahrzeug verliere Öl. Die mit Schreiben vom 10. 8. 2000 erklärte Wandelung sei deshalb begründet. Wegen erfolgter Nutzung sei vom zu erstattenden Kaufpreis für zurückgelegte 31 000 km ein Abzug von 17 124,40 DM vorzunehmen (0,67% des Kaufpreises für 1000 km).

Das LG hat der Klage stattgegeben. Die Berufung der Bekl. hatte nur zu einem geringen Teil Erfolg. Das OLG hat die Bekl. unter anderem verurteilt, Zug um Zug gegen Rückgabe des Pkw an den Kl. 42 155,52 Euro abzüglich eines Betrags, der sich wie folgt berechnet: 0,169 Euro x Kilometer gemäß Tachostand im Zeitpunkt der Rückgabe, zu zahlen.

Aus den Gründen:

A. Kernaussage des OLG in der Berufungsentcheidung

Die Berufung der Bekl. ist zulässig, in der Sache aber nur zu einem geringen Teil auch begründet. Das LG hat die Bekl. nämlich zu Recht für verpflichtet gehalten, dem geltend gemachten Wandelungsbegehren des Kl. zu entsprechen. Angesichts des Umstands aber, dass der Kl. bis zum Zeitpunkt der mündlichen Ver-

handlung vor dem Senat vom 14. 2. 2003 ca. 97000 km mit dem Fahrzeug zurückgelegt hat, berechnet sich indes — obwohl der vom LG für richtig gehaltene Satz von 0,67% pro gefahrene 1000 Kilometer sich als überhöht erweist, stattdessen eine Bemessung von 0,4% pro gefahrene 1000 Kilometer angemessen ist — unter dem Gesichtspunkt der gebotenen Vergütung für gezogene Nutzungen im Ergebnis ein höherer als vom LG angenommener Abzug vom zurück zu erstattenden Kaufpreis. Im Einzelnen:

I. Erfolg des Wandlungsbegehrens des Kl.

Die Bekl. ist, wie dies das LG zutreffend angenommen hat, gem. §§ 433, 459 II, 462, 465, 467, 346ff. BGB (jeweils a. F. — Art. 229 § 5 S. 1 EGBGB) verpflichtet, den mit Schreiben des Kl. vom 10. 8. 2000 erhobenen Wandelungsanspruch zu erfüllen. Die empfangenen Leistungen (Kaufpreis einerseits und Kaufsache andererseits) sind somit zurückzugewähren ... Das Vorbringen der Berufung rechtfertigt keine abweichende Beurteilung. Dass die Automatikfunktion der Klimaanlage mangelhaft arbeitet, hat der Sachverständige H in seinem Gutachten vom 28. 5. 2001 festgestellt und überzeugend begründet. Die vielfachen Messungen des Sachverständigen ergaben, dass die Temperaturverhältnisse im Fußbereich des Fahrzeuges ständig zwischen 6 bis 8° C tiefer liegen als im übrigen Fahrzeug. Der Sachverständige hatte „ständig kalte Füße“. Dass dies nicht dem versprochenen „Wohlfühlklima“, das die Klimatisierungsautomatik vermitteln soll, entsprach, bedarf keiner weiteren Begründung. Damit stellt sich die Kaufsache als in einem Umfang mangelhaft dar, der die Tauglichkeit des Fahrzeuges nicht unerheblich mindert. Dass dieser Fehler auch schon im Zeitpunkt der Übergabe der Kaufsache bestand und der Kl. dies zweimal und jeweils vergeblich der Bekl. gegenüber zum Gegenstand einer Mängelrüge verbunden mit der Aufforderung zur Abhilfe gemacht hat, unterliegt schließlich auch keinem begründeten Zweifel

II. Bemessung der gezogenen Nutzungsvorteile

Die Berufung hat insofern — zu einem geringen Teil — Erfolg, als die Bemessung der auf den zurückzu-erstattenden Kaufpreis anzurechnenden Nutzungsvorteile (§ 347 S. 2 BGB a. F. i. V. mit §§ 987, 100 BGB) gegenüber der Annahme des LG in doppelter Hinsicht einer Korrektur bedarf: Zum einen ist das LG, was den Umfang der für die Ermittlung der Gebrauchsvorteile maßgeblichen, vom Kl. zurückgelegten Fahrstrecke angeht, von unzutreffenden Werten ausgegangen (nämlich 31 000 km an Stelle einer schon im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vor dem LG tatsäch-

lich bestandenen Fahrleistung von ca. 58 600 — im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Senat sogar 97 000 km), und zum anderen erweist sich der vom LG schematisch (also ohne Berücksichtigung der Besonderheiten des Einzelfalls) für angemessen gehaltene Satz von 0,67% des Kaufpreises je angefangene 1000 km zurückgelegte Strecke im vorliegenden Fall als überhöht. Im Einzelnen:

1. Berechnungsmethode

Die im Falle der Rückabwicklung eines gewandelten Kaufvertrags über ein Kraftfahrzeug geschuldete Vergütung der gezogenen Nutzungen, also der auszukehrende Wert eines tatsächlich erfolgten Gebrauchs, ist über § 287 II ZPO zu schätzen. Dabei ist allgemeiner, vom Senat geteilter Meinung nach der korrekte Anknüpfungspunkt einerseits der gezahlte Bruttokaufpreis, denn dieser verkörpert den gesamten Nutzungswert des Fahrzeugs. Andererseits stellt die im Einzelfall unter gewöhnlichen Umständen zu erzielende Gesamtfahrleistung den Gesamtgebrauchswert dar (BGH, NJW 1983, 2194). Weiter besteht Einigkeit dahin, dass der Gebrauchswert eines Fahrzeugs „linear“ aufgezehrt wird (vgl. BGH, NJW 1983, 2194), also nicht so, wie ein (für die Bemessung des Gebrauchsvorteils unbeachtlicher) Wertverlust, welcher bekanntermaßen einen degressiven Verlauf nimmt. Von Fahrzeug zu Fahrzeug unterschiedlichen Abschreibungswerten wird dabei durch die prozentuale Anlehnung an den jeweils gezahlten Kaufpreis Rechnung getragen (s. OLG Hamm, BB 1981, 1853). Unter Beachtung dieser Gesichtspunkte erweist sich nun die Anzahl der mit dem Fahrzeug durch den Wandelungsgläubiger zurückgelegten Kilometer als wesentlicher Maßstab in Anknüpfung an den gezahlten Kaufpreis und die für das betroffene Fahrzeug zu erwartende Gesamtlauflistung, so dass mit der herrschenden Meinung (vgl. Reinking/Eggert, Der Autokauf, 8. Aufl. [2003], Rdnr. 321 m. w. Nachw.), der der Senat folgt, die mathematische Formel zur Berechnung der Gebrauchsvorteile wie folgt lautet:

$$\text{Gebrauchsvorteil} = \text{Bruttoverkaufspreis} \times \frac{\text{gefahrte km}}{\text{erwartete Gesamtfahrleistung}}$$

Der vorliegende Fall erfordert nun auch keine Korrekturen dieses Ansatzes. So ist zunächst bei der linearen Berechnungsmethode zwar die Einschränkung beachtlich, dass der anteilige lineare Wertschwund für die Zeit der Nutzung die Differenz zwischen Anschaffungspreis und Verkehrswert des Fahrzeugs in mangelfreiem Zustand im Zeitpunkt der Rückgabe

nicht überschreiten darf, weil sonst der Käufer zu sehr benachteiligt würde (OLG Hamm, MDR 1982, 580); dieses Problem stellt sich aber, wie sich zeigen wird, hier nicht. Außerdem rechtfertigt der zum Wandlungsanspruch führende Mangel — hier nicht etwa eine besonders starke Beeinträchtigung zum Beispiel des Fahrkomforts — nicht eine (sonst denkbare) Kürzung der Nutzungsentschädigung unter diesem Aspekt. Damit verbleibt es bei dem aufgezeigten Grundansatz.

2. Bestimmung der Gesamtfahrleistung

Was nun die Bestimmung der Gesamtfahrleistung des in Rede stehenden Fahrzeugs angeht, müssen verschiedenste Haltbarkeitskriterien gewichtet und so eine Prognose angestellt werden. Der früher häufig von Gerichten, so auch im vorliegenden Fall vom LG Offenburg, angenommene Wert von 0,67% des Kaufpreises pro angefangene 1000 km basiert auf der Erwartung einer Laufleistung von lediglich 150 000 km. Diese Beurteilung kann aber dann nicht Platz greifen, wenn, wie im vorliegenden Fall, ein im Jahr 1999 produziertes Neufahrzeug der Oberklasse betroffen ist, das zudem über einen großvolumigen Dieselmotor mit Automatikgetriebe verfügt. Das Fahrzeug, ein Audi A 6 Quattro 2,5 l TDI V 6 Tiptronic Automatik, zählt, wie gerichtsbekannt, zu den solidesten und langlebigsten Kraftfahrzeugen am Markt. Fahrleistungen zwischen 250 000 und 300 000 km (und mehr) sind keine Seltenheit, sondern bei (zu unterstellendem) normalem Fahrverhalten und regelmäßiger Wartung vielmehr die Regel. Dass die vorstehende Prognose realistisch ist, zeigt auch die Angabe des sachverständigen Vertreters der Bekl. im Senatstermin. Herr D gab auf entsprechende Frage an, dass das Fahrzeug bei einem derzeitigen Kilometerstand von 97000 im Fall ordentlichen Zustands noch einen Wert von ca. 41 000 DM (20 962,97 Euro) haben dürfte, also sogar auch wertmäßig noch den halben Kaufpreis repräsentiert. Der Senat hat so keinen Zweifel, dass der für die folgende Berechnung unterstellte Wert einer erwartbaren Gesamtlauflistung von 250 000 km realistisch und damit zutreffend ist, wobei noch beachtet werden musste, dass im konkreten Fall innerhalb von weniger als 3 1/2 Jahren schon eine Fahrleistung von 97000 km erreicht wurde, das Fahrzeug also noch relativ „neu“ ist. Dann

ergibt sich ein anzusetzender Gebrauchsvorteil mit 0,4% des Bruttokaufpreises pro angefangene 1000 km, das ist ein Wert von 168,62 Euro je 1000 km oder 0,169 Euro je km. Dem entspricht die im Tenor enthaltene Abänderung des landgerichtlichen Urteils (bezüglich des auf die Einrede der Bekl. hin anzurechenden Nutzungsvorteils).

3. Tenorierung einer solchen Nutzungsvergütung

Der Senat hält es hierbei für rechtlich unbedenklich und für die Parteien hilfreich, die exakte Höhe der Gebrauchs-Vergütung nicht (bezogen auf den Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung) selbst auszurechnen und sodann vom auszukehrenden Kaufpreis abzuziehen, sondern lediglich die (einfach durchzuführende) Abzugsberechnung vorzugeben (s. hierzu auch den Vorschlag von Kaufmann, DAR 1990, 294 [296]; Reinking/Eggert, Rdnr. 323). Der vollstreckbare Inhalt eines solchen Urteils ist eindeutig. Bei der Durchführung des Urteilsausspruchs wird auf diese Weise durch die Parteien bzw. gegebenenfalls den Gerichtsvollzieher dann stets beachtet, dass die Gebrauchsvorteile grundsätzlich bis zum Tage der Rückgabe zu vergüten sind. Der Sache nach geht es in diesem Zusammenhang nicht etwa nur um die Vermeidung ansonsten eintretender kleinerer Ungenauigkeiten, sondern es werden zwischen dem Schluss der letzten mündlichen Verhandlung und der Vollstreckung häufig eintretende erhebliche Änderungen quasi automatisch berücksichtigt. Dieser betroffene Zeitraum beträgt regelmäßig mehrere Wochen und nicht selten sogar mehrere Monate. Während dieser Zeit wird das Fahrzeug durch den Wandlungsgläubiger (zulässigerweise) in der Regel weiter eingesetzt. Wird nun, wie dies in den meisten Fällen gerichtlicher Entscheidungen erfolgt, die zurückzugewährende Leistung des Käufers im Urteil ausgerechnet festgelegt, ergibt sich das Problem, dass Abwicklungsprobleme Vorprogrammiert sind, denen der Wandlungsschuldner mitunter nur durch eine Zwangsvollstreckungsgegenklage begegnen könnte. Der vorliegende Fall zeigt in besonderem Maße die Notwendigkeit und damit Vorzugswürdigkeit der angewandten Methode. Der Kl. kam nämlich bezogen auf die zurückliegende Zeit durchschnittlich monatlich auf eine Fahrleistung von ca. 2350 km.

*Strafrecht***Standort: § 266 StGB****Problem: Vermögensnachteil**

BGH, URTEIL VOM 08.05.2003

4 STR 550/02 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Einer der Angeklagten im vorliegenden Fall war zum tatzeitpunkt Bürgermeister einer Gemeinde in Sachsen-Anhalt. In dieser Funktion sollte er für die Gemeinde Grundstücke erwerben. Im Vorfeld traf er eine Vereinbarung mit dem Gesellschafter S einer (ihm nahe stehenden) GmbH, dass diese die betreffenden Grundstücke zum Preise von 5 DM/qm erwerben und für 10 DM/qm an die Stadt weiterveräußern sollte. Später kam es auch zu entsprechenden Kaufverträgen zwischen der GmbH und den Grundstückseigentümern, teils durch Vermittlung des B, teils weil sich die Eigentümer von sich aus an die GmbH wandten. Das LG hatte B wegen Untreue verurteilt, allerdings nur, sofern er die Grundstückseigentümer an die GmbH vermittelt hatte. Den S hatte es vom Vorwurf der Beihilfe frei gesprochen. Der BGH hob das Urteil, soweit es die Freisprüche der Angeklagten betraf, auf und verwies zurück.

Prüfungsrelevanz:

Vermögensdelikte bilden regelmäßig den Schwerpunkt von Examensaufgaben und der Tatbestand des § 266 StGB ist hierbei (insb. wg. der ihm eigenen Probleme) recht beliebt.

Schwerpunkt der Ausführungen des BGH im vorliegenden Fall sind Umfang und Inhalt der Vermögensbetreuungspflicht, die das Kernstück des Treuebruchtatbestandes (§ 266 I 2. Fall StGB) bildet und nach herrschender Meinung auch für den Missbrauchstatbestand (§ 266 I 1. Fall StGB) erforderlich ist (BGHSt 24, 386; Vormbaum, JuS 1981, 20; SK-Samson/Günther, § 266 Rn. 4 mwN; a.A.: LK-Schünemann, § 266 Rn. 57 f.; Otto, JZ 1988, 884), sowie der sich hieraus ergebenden und für § 266 I 2. Fall StGB erforderlichen Pflichtverletzung.

Eine Pflichtverletzung i.S.v. § 266 I 2. Fall StGB besteht in jedem beliebigen vermögensrelevanten rechtsgeschäftlichem oder tatsächlichem Verhalten, auch einem Unterlassen, durch das der Täter seine Vermögensbetreuungspflicht verletzt, das also pflichtwidrig ist

(BGHSt 13, 316; 36, 227; NJW 1992, 251; vgl. auch die Darstellung bei Tröndle/Fischer, § 266 Rn. 38). Ob und wann ein Verhalten des Täters pflichtwidrig ist, richtet sich nach dem zugrunde liegenden Rechtsverhältnis und ist deshalb stark einzelfallabhängig (BGH, NJW 1991, 1069; wistra 1991, 266). Im vorliegenden Fall betonte der BGH, dass eine Pflichtverletzung B nicht schon allein deswegen ausscheide, weil der an die GmbH gezahlte Kaufpreis von 10 DM/qm noch angemessen war. Die Pflichtverletzung liege vielmehr darin, dass er es unterlassen habe, für die Stadt den günstigeren Kaufpreis von 5 DM/qm zu erzielen, der aber realisierbar gewesen wäre, was sich auch bereits daraus zeigt, dass die Grundstückseigentümer zu eben diesem Preis an die GmbH verkauft hatten. Somit wird klargestellt, dass es bereits ein pflichtwidriges Verhalten darstellt, wenn der Täter des § 266 StGB es unterlässt, einen für das betreute Vermögen günstigeren Vertrag abzuschließen (BGH, wistra 1989, 225; 1991, 266)

Gerade deshalb ist es auch i.R.v. § 266 StGB noch wichtiger als bei § 263 StGB, klarzustellen, dass auch das Ausbleiben eines Vermögenszuwachses, jedenfalls (und nach herrschender Meinung auch nur) dann, wenn auf diesen eine gesicherte Aussicht bestand, einen (i.R.v. §§ 263, 266 StGB relevanten) Vermögensnachteil bzw. -schaden darstellen kann (BGH, wistra 1989, 224; 1995, 62; Schönke/Schröder-Lenckner/Perron, § 266 Rn. 46).

Insofern stellt die vorliegende Entscheidung des BGH zu § 266 StGB nur eine Fortführung seiner bisherigen Rechtsprechung dar, dass es unter § 266 I 2. Fall StGB fällt, wenn der Täter das Kaufobjekt nicht direkt vom Veräußerer, sondern von einem Zwischenerwerber zu einem höheren Preis erwirbt (vgl. BGH, NStZ 2000, 46).

Bzgl. der Beihilfe zu § 266 I 2. Fall StGB durch einen nicht zur Vermögensbetreuung Verpflichteten stellt der BGH klar, dass bereits der Abschluss einer Vereinbarung, dass der Verpflichtete nicht den für seinen Geschäftsherrn günstigeren Vertrag abschließt, sondern einen Zwischenerwerber einschaltet, eine Förderungshandlung darstellt und eine weitere Mitwirkung an dem Zwischenerwerb nicht mehr erforderlich ist.

Interessant sind auch die Ausführungen des BGH zur

Verjährung der Untreue gem. § 78 StGB. Der BGH erörtert, dass eine Untreue - ebenso wie der Betrug - bereits beim Vorliegen einer konkreten Vermögensgefährdung vollendet sein kann, da diese einem Vermögensnachteil bzw. -schaden gleichsteht (BGH, NJW 1999, 1491; Schönke/Schröder-Lenckner/Perron, § 266 Rn. 45). Eine Beendigung der Tat, die für den Verjährungsbeginn gem. § 78 a StGB ausschlaggebend ist, liege aber erst dann vor, wenn das letzte schadensrelevante Ereignis eingetreten sei, die Gefahr sich also in einem echten Schaden realisiert habe (so auch BGH, wistra 1989, 97; NStZ 2001, 650; Schönke/Schröder-Stree/Sternberg-Lieben, § 78 a Rn. 2 mwN). Dies stellt allerdings einen Widerspruch zur Rechtsprechung des BGH zur Verjährung des Anstellungsbetrugs dar, bei dem der BGH - im Gegensatz zur herrschenden Literatur (vgl. Schröder, JR 1968, 345; LK-Lackner, § 263 Rn. 293; Tröndle/Fischer, § 78 a Rn. 3 mwN) - davon ausgeht, dass dieser bereits mit Abschluss des Arbeitsvertrages i.S.v. § 78 a StGB beendet sei, die Verjährung bereits jetzt beginne und weitere schadensrelevante Ereignisse (insb. die Auszahlung des Lohnes) für den Verjährungsbeginn keine Rolle spielen (BGHSt 22, 38).

Vertiefungshinweise:

- Zum Inhalt der Vermögensbetreuungspflicht i.R.v. § 266 StGB: *BGH*, NJW 1991, 1069; *wistra* 1991, 266; NJW, NStZ 2000, 46; *Brammsen*, DB 1989, 1609; *Güntge*, *wistra* 1996; *Krüger*, NJW 2002, 1178; *Labsch*, Jura 1987, 343; *Nettesheim*, BayVBl 1989, 161; *Schramm*, NStZ 2000, 398; *Seier/Martin*, JuS 2001, 874;
- Zur Teilnahme an § 266 StGB: *BGH*, StV 1995, 73; *Gössel*, *wistra* 1996, 238; *Herzberg*, GA 1991, 179;
- Zur Verjährung bei Vermögensdelikten: *BGHSt* 22, 38; NStZ 2001, 650; *Bilsdorfer*, NJW 1996, 169; *Riehl*, *wistra* 1996, 130; *Schmitz*, *wistra* 1993, 248;

Kursprogramm:

- Examenskurs*: "Die Perlenkette"
- Examenskurs*: "Der listenreiche Provisionsvertreter"

Leitsätze (der Redaktion):

1. Im Rahmen einer Vermögensbetreuungspflicht i.S.v. § 266 StGB darf der Verpflichtete die Möglichkeit eines dem betreuten Vermögen vorteilhaften Vertragsabschlusses nicht vereiteln oder unberücksichtigt lassen, um unter Berufung darauf, dass Leistung und Gegenleistung äquivalent sind, für sich oder einen Dritten einen Betrag zu

erlangen, den der Treugeber mit Sicherheit erspart hätte, wenn die Möglichkeit des vorteilhaften Vertragsschlusses im Interesse des betreuten Vermögens genutzt worden wäre.

2. Für die Vollendung der Untreue kann bereits eine schadensgleiche Vermögensgefährdung ausreichen. Für die für den Beginn der Verjährung (§ 78 a StGB) maßgebende Tatbeendigung ist aber die Realisierung dieser Gefährdung entscheidend. Entsteht, der Nachteil im Sinne des § 266 StGB erst durch verschiedene Ereignisse, ist der Zeitpunkt des letzten Ereignisses maßgeblich.

Sachverhalt:

Der Angeklagte B war seit 1981 bis zu seiner vorläufigen Amtsenthebung im März 2000 gewählter Bürgermeister der Gemeinde S (Sachsen-Anhalt). Im Zuge der im Juli 1990 begonnenen Planung, in einem Ortsteil der Gemeinde ein Gewerbegebiet zu errichten, beschloss der Gemeinderat von S in seiner Sitzung vom 5. März 1991 einstimmig die Aufnahme von Krediten außerhalb des Haushalts zum Kauf von Land für dieses Projekt und ermächtigte gleichzeitig den Angeklagten, als Bürgermeister für die Gemeinde S Grundstücke zu erwerben.

In der zweiten Märzhälfte 1991 fasste der Angeklagte B den Entschluss, die für das Gewerbegebiet benötigten Grundstücke für die Gemeinde nicht direkt von den Eigentümern zu erwerben, sondern die S und P GmbH (künftig: S GmbH) "durch seine Vermittlung" als Zwischenerwerberin einzuschalten. Der Angeklagte S war Mehrheitsgesellschafter dieser GmbH; Mitgesellschafter war Tu. Beide Gesellschafter waren alleinvertretungsberechtigte Geschäftsführer. Der Angeklagte B kam mit einem der Geschäftsführer der GmbH überein, dass die GmbH die Grundstücke zunächst für 5 DM/qm erwerben und sie sodann für 10 DM/qm an die Gemeinde weiterverkaufen sollte. Es war nicht vorgesehen, dass die S GmbH vor dem Weiterverkauf an die Gemeinde wertsteigernde Maßnahmen an den Grundstücken vornehmen sollte. Den Gemeinderat und den Landrat informierte der Angeklagte B über die geplante Vorgehensweise nicht.

In der Folgezeit setzte sich der Angeklagte B überwiegend persönlich bei betroffenen Eigentümern dafür ein, ihre im geplanten Gewerbegebiet belegenen Grundstücke für 5 DM/qm an die S GmbH zu verkaufen. Lediglich die Grundstückseigentümer M, T und G (Fälle 1, 2 und 8 der Anklage) kamen möglicherweise nicht durch die direkte Einflussnahme des Angeklagten B, sondern durch anderweitige Kenntniserlangung über die Kaufbereitschaft der S GmbH mit dieser in Kon-

takt. Die Eigentümer T, W, P, Th, A und Thi (Fälle 2 bis 7 der Anklage) hätten ihre Grundstücke zum selben Preis auch unmittelbar an die Gemeinde verkauft.

Am 28. März 1991, 11. April 1991 und am 28. Oktober 1991 gaben die genannten acht Eigentümer notariell beurkundete, bis 31. Oktober 1993 (bzw. 1992 im Fall 8 der Anklage) befristete, unwiderrufliche Angebote ab, ihre Grundstücke zu einem Preis von 5 DM/qm an die S GmbH zu verkaufen. Der GmbH wurde dabei jeweils das Recht eingeräumt, diese Angebote auch durch einen von ihr zu benennenden Dritten annehmen zu lassen. Am 24. Juli 1991 beantragte der Angeklagte B für die Gemeinde bei der L Bank zum Erwerb der im geplanten Gewerbegebiet belegenen Grundstücke einen ersten Kredit auf der Grundlage eines Kaufpreises von 10 DM/qm. Der Kreditvertrag kam am 29. August 1991 zustande. Am selben Tag nahm die S GmbH, vertreten durch den Angeklagten S, mit notarieller Urkunde das Kaufangebot des Eigentümers M (Fall 1 der Anklage) auf der Grundlage eines Quadratmeterpreises von 5 DM (insgesamt 2,39 Mio DM) an. Am 17. Oktober 1991 erwarb der Angeklagte B mit notariellem Kaufvertrag für die Gemeinde das Grundstück von der S GmbH, vertreten durch den Angeklagten S, zum Preis von 10 DM/qm. Die Überweisung des Kaufpreises durch die Gemeinde an die S GmbH erfolgte am 6. November 1991.

Anlässlich eines Notartermins vom 2. April 1992 nahm die S GmbH, vertreten durch Tu, die Kaufangebote der Grundstückseigentümer T (2,4 Mio DM), W, P, Th, A und Thi an (Fälle 2 bis 7 der Anklage). Im selben Termin erfolgte die Weiterveräußerung der Grundstücke für 10 DM/qm an die Gemeinde S. Der Kaufpreis in Höhe von insgesamt 7,45 Mio DM wurde am 13. Mai 1992 an die S GmbH überwiesen.

Schließlich wurde nach Ausübung des Drittbenennungsrechts das notarielle Kaufangebot (385.400 DM) der Eigentümer G (Fall 8 der Anklage) von einer anderen, dem Angeklagten S zuzurechnenden Gesellschaft - der S GmbH M und P - am 23. September 1992 im Beisein des Angeklagten S angenommen. Im selben Termin erfolgte der Weiterverkauf an die Gemeinde, vertreten durch den Angeklagten B. Den Kaufpreis in Höhe von 770.800 DM beglich die Gemeinde am 18. Februar 1993.

Aus den Gründen:

1. Entscheidung des Landgerichts

Das Landgericht hat den Angeklagten B wegen Untreue nach § 266 StGB a.F. (Fälle 3 bis 7 der Anklage) zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr und neun Monaten, deren Vollstreckung es zur Bewährung ausge-

setzt hat, verurteilt und ihn im übrigen vom weitergehenden Vorwurf der Untreue (Fälle 1, 2 und 8 der Anklage) aus tatsächlichen Gründen freigesprochen. Den Angeklagten S hat es vom Vorwurf der Beihilfe zur Untreue des Angeklagten B vollumfänglich ebenfalls aus tatsächlichen Gründen freigesprochen.

Der Angeklagte B beanstandet mit seiner Revision, soweit er verurteilt worden ist, das Verfahren und rügt die Verletzung materiellen Rechts.

Mit ihren zu Ungunsten beider Angeklagten eingelegten, auf die Verletzung sachlichen Rechts gestützten Revisionen, die vom Generalbundesanwalt nur hinsichtlich des Angeklagten S vertreten werden, wendet sich die Staatsanwaltschaft gegen die (Teil-)Freisprechung der Angeklagten. Das Rechtsmittel des Angeklagten B bleibt ohne Erfolg; die Revisionen der Staatsanwaltschaft führen zur Aufhebung des Urteils insgesamt.

1. Entscheidung des LG bzgl. des Angeklagten B

In den Fällen, in denen der Angeklagte B selbst Grundstückseigentümer, die auch an die Gemeinde direkt verkauft hätten, als Verkäufer an die S GmbH vermittelt hatte (Fälle 3 bis 7 der Anklage), sieht die Strafkammer den Straftatbestand der Untreue gemäß § 266 Abs. 1 2. Alt. StGB als erfüllt an, da der Angeklagte hierdurch einen günstigeren Erwerb durch die Gemeinde vereitelt habe. In den Fällen 1, 2 und 8 der Anklage hat das Landgericht den Angeklagten B aus tatsächlichen Gründen freigesprochen, da nicht nachgewiesen werden könne, dass diese Grundstückseigentümer durch den Angeklagten B an die S GmbH herangeführt worden seien oder er anderweitig den Zwischenerwerb hätte verhindern können.

2. Entscheidung des LG bzgl. des Angeklagten S

Den Angeklagten S hat das Landgericht ebenfalls aus tatsächlichen Gründen freigesprochen. In den Fällen 3 bis 7 der Anklage hat es nicht festzustellen vermocht, dass er die Taten des Angeklagten B gefördert habe. Es sei nicht geklärt, mit welchem der beiden Gesellschafter der S GmbH der Angeklagte B die Vereinbarung über den Zwischenerwerb vom März 1991 geschlossen habe. Zu Gunsten des Angeklagten S geht die Wirtschaftsstrafkammer davon aus, dass der Angeklagte B mit Tu die Vereinbarung traf und diese auf Vorschlag des Angeklagten B zustande kam, mithin sich die Geschäftsführer der S GmbH allenfalls als "passive" Grundstücksspekulanten betätigt hätten. In den Fällen 1, 2 und 8 der Anklage sieht sich die Strafkammer bereits mangels Nachweises einer Haupttat des Angeklagten B an einer Verurteilung des Angeklagten S wegen Beihilfe zur Untreue gehindert.

II. Der Angeklagte B

1. Die Revision des Angeklagten

Das Urteil weist keinen durchgreifenden Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten auf.

a. Keine Verjährung

Die Untreue zu Lasten der Gemeinde S ist nicht verjährt. Da sich die notariellen Angebote der Grundstückseigentümer an die S GmbH, deren spätere Annahme durch die GmbH und die notariellen Kaufverträge zwischen der GmbH und der Gemeinde einander bedingen und auf der Grundlage der im März 1991 getroffenen Vereinbarung eine Einheit darstellen, war nach § 78 a StGB die Tat erst beendet, als sich der aus den Kaufverträgen ergebende Schaden vollends zum Nachteil der Gemeinde S verwirklicht hatte. Zwar kann für die Vollendung der Untreue schon eine schadensgleiche Vermögensgefährdung ausreichen. Für die für den Beginn der Verjährung maßgebende Tatbeendigung ist aber die Realisierung dieser Gefährdung entscheidend. Entsteht, wie hier, der Nachteil im Sinne des § 266 StGB erst durch verschiedene Ereignisse, ist der Zeitpunkt des letzten Ereignisses maßgeblich (BGHR StGB § 78 a Satz 1 Untreue 1, 2; BGH NStZ 2001, 650).

Das in den notariellen Vertragsangeboten der Grundstückseigentümer an die S GmbH liegende Gefahrenpotential verwirklichte sich im Abschluss der notariellen Kaufverträge zwischen der GmbH und der Gemeinde und verfestigte sich in der hieraus folgenden Erfüllung der Pflicht zur Zahlung des Kaufpreises. Diese erfolgte in den ausgeurteilten Fällen am 13. Mai 1992. Deshalb trat vorher jedenfalls keine Beendigung der Tat im Sinne des § 78 a StGB ein.

Wie der Generalbundesanwalt in seiner Antragschrift vom 27. Januar 2003 im einzelnen zutreffend darlegt, steht einer Verfolgungsverjährung der Tat Art. 315 a Abs. 2 EGStGB in der Fassung des 3. Verjährungsgesetzes vom 22. Dezember 1997 (BGBl. I 3223) entgegen. Verfassungsrechtliche Bedenken im Hinblick auf die Anwendbarkeit des 3. Verjährungsgesetzes sind in dem hier zu beurteilenden Fall von "Vereinigungskriminalität" nicht zu ersehen. Die Kammerentscheidung des Bundesverfassungsgerichts im einstweiligen Anordnungsverfahren vom 1. August 2002 - 2 BvR 1247/01 -, auf die sich die Revision beruft, befasst sich mit der Frage, ob durch das 3. Verjährungsgesetz eine Verlängerung der absoluten Verfolgungsverjährungsfrist erfolgt ist. Diese Frage ist hier jedoch ohne Belang, da dem Eintritt einer absoluten Verjährung (§ 78 c Abs. 3 Satz 2 und 3 StGB) mit Eröffnung des Hauptverfahrens am 7. August 2001 das Ruhen

der Verjährung gemäß § 78 b Abs. 4 StGB entgegenstand (vgl. BGHR StGB § 78 b Abs. 4 Strafdrohung 1).

b. Unbegründetheit der Verfahrens- und Sachrüge

Soweit sich der Angeklagte mit Verfahrensrügen und der Sachrüge gegen die Verurteilung wendet, ist sein Rechtsmittel aus den zutreffenden Gründen der Antragschrift des Generalbundesanwalts unbegründet.

2. Die Revision der Staatsanwaltschaft

Soweit der Angeklagte in den Fällen 1, 2 und 8 der Anklage freigesprochen worden ist, hält das Urteil sachlich-rechtlicher Überprüfung nicht stand.

Nach den getroffenen Feststellungen ist zu besorgen, dass die Wirtschaftsstrafkammer bei der Beurteilung des pflichtwidrigen Handelns des Angeklagten einen zu engen Maßstab angelegt und deshalb den Untreuevorwurf zu seinem Vorteil nicht zutreffend beurteilt hat. Der Angeklagte war als Bürgermeister der Gemeinde S dieser gegenüber im Sinne des § 266 Abs. 1 2. Alt. StGB treupflichtig (vgl. Lenckner/Perron in Schönke/Schröder 26. Aufl. § 266 Rdn. 25 m.w.N.). Diese Vermögensbetreuungspflicht wird in § 48, § 34 Abs. 2 i.V.m. § 27 Abs. 1 Satz 2, Abs. 3 und 4 der im Tatzeitraum geltenden Kommunalverfassung vom 17. Mai 1990 (GBl DDR I 1990, 255) konkretisiert. Danach war ein Bürgermeister verpflichtet, Vermögen der Gemeinde pfleglich bzw. sparsam und wirtschaftlich zu behandeln, insbesondere wenn ihm, wie hier, durch Gemeinderatsbeschluss die Befugnis zur Verfügung über Vermögen übertragen wird (vgl. Richter in Schmidt-Eichstaedt u.a., Gesetz über die Selbstverwaltung der Gemeinden und Landkreise in der DDR, 1990, § 48 Anm. 2).

Im Rahmen dieser Vermögensbetreuungspflicht durfte der Angeklagte die Möglichkeit eines dem betreuten Vermögen vorteilhaften Vertragsabschlusses nicht vereiteln oder unberücksichtigt lassen, um unter Berufung darauf, dass Leistung und Gegenleistung äquivalent sind, für sich oder einen Dritten einen Betrag zu erlangen, den der Treugeber mit Sicherheit erspart hätte, wenn die Möglichkeit des vorteilhaften Vertragsschlusses im Interesse des betreuten Vermögens genutzt worden wäre (BGHSt 31, 232 ff. = NJW 1983, 1807 ff.; BGH wistra 1984, 109 und 189, 224). Dies hat das Landgericht im Ansatz nicht verkannt. Eine Vereitelung vorteilhafter Vertragsabschlüsse durch den Angeklagten B unter Verletzung seiner Vermögensbetreuungspflicht gegenüber der Gemeinde sieht es aber nur in den Fällen als gegeben an, in welchen der Angeklagte Eigentümer, die ihre Grundstücke zum selben Preis auch an die Gemeinde verkauft hätten,

selbst angesprochen und an die S GmbH als Verkäufer vermittelt hat. Bei dieser Bewertung des Umfangs der Vermögensbetreuungspflicht des Angeklagten lässt das Landgericht indes rechtsfehlerhaft außer Betracht, dass bereits in dem Abschluss der Vereinbarung mit der S GmbH vom März 1991 über einen Zwischenerwerb der Grundstücke ein tatbestandsmäßiges Handeln liegen kann (vgl. BGH NStZ 2000, 46, 47). Nach den getroffenen Feststellungen war die Vereinbarung vom März 1991 nämlich darauf angelegt, der Gemeinde einen finanziellen Nachteil zuzufügen. Einen wirtschaftlich nachvollziehbaren Grund für die Einschaltung eines Zwischenerwerbers, der den vereinbarten Preisaufschlag bei der Weiterveräußerung der Grundstücke an die Gemeinde rechtfertigen könnte, hat die Strafkammer nicht festgestellt. Zwar enthielt die Vereinbarung vom März 1991 für sich allein keine Verfügung des Angeklagten über Vermögenswerte der Gemeinde. Sie bildete aber die Grundlage für die alsbald darauf von den Grundstückseigentümern gegenüber der S GmbH abgegebenen unwiderruflichen und damit zu Lasten der Gemeinde vermögensgefährdend wirkenden Verkaufsangebote.

Unerheblich ist dabei, ob die Grundstückseigentümer vom Angeklagten selbst an die GmbH herangeführt wurden oder ob sie anderweitig von deren Erwerbssbereitschaft Kenntnis erlangten. Auch im letzteren Fall hatte der Angeklagte durch die Vereinbarung die wesentliche Ursache dafür gesetzt, dass die von dem Flächennutzungskonzept betroffenen Eigentümer wegen des Verkaufs ihrer Grundstücke nicht direkt an die Gemeinde herantraten, sondern den Verkauf über den Zwischenerwerber abwickelten (BGH NStZ 2000, 46, 47; vgl. auch RGSt 61, 1, 5). Wie die "Drittbenennungsklausel" in den Verkaufsangeboten zeigt, wären diese Eigentümer ebenfalls bereit gewesen, direkt an die Gemeinde zu verkaufen. Danach bestand für die Gemeinde auch in den Fällen 1, 2 und 8 der Anklage nicht nur eine ungewisse Chance auf einen Vertragsabschluss, sondern eine gesicherte Aussicht auf Abschluss eines Kaufvertrages unmittelbar mit den Eigentümern auf der Grundlage eines Preises von 5 DM/qm, wenn sich der Angeklagte B - wie ihm dies bei der Umsetzung des Gemeinderatsbeschlusses oblag - um den Direktkauf der Grundstücke bemüht hätte.

Nach den getroffenen Feststellungen steht deshalb allein die fehlende Vermittlungstätigkeit des Angeklagten B in den Fällen 1, 2 und 8 der Anklage einer Verurteilung wegen Untreue nicht entgegen. Schon deshalb bedarf die Sache insoweit neuer tatrichterlicher Prüfung und Entscheidung. Da aber das gesamte Tatgeschehen in den Fällen 1 bis 8 der Anklage insbeson-

dere wegen des begrenzten Kreises der betroffenen Grundstückseigentümer sachlichrechtlich eine einheitliche Tat darstellt, hebt der Senat den Schuldspruch insgesamt auf.

III. Der Angeklagte S

Die Revision der Staatsanwaltschaft hat Erfolg. Der Freispruch des Angeklagten S vom Vorwurf der Beihilfe zur Untreue des Angeklagten B begegnet durchgreifenden rechtlichen Bedenken.

Soweit die Strafkammer zu dem Ergebnis gelangt, dem Angeklagten S sei in den Fällen 3 bis 7 der Anklage nicht nachzuweisen, dass er selbst im März 1991 die für die späteren Grundstücksveräußerungen maßgebliche "Unrechtsvereinbarung" mit dem Angeklagten B für die S GmbH getroffen habe, ist dies - für sich betrachtet - aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Das Landgericht gelangt mit rechtsfehlerfreien Erwägungen zu dem jedenfalls möglichen, wenngleich nicht eben naheliegenden Schluss, die S GmbH könne bei der Vereinbarung allein durch den zweiten Geschäftsführer der GmbH, Tu, vertreten worden sein.

Rechtlich fehlerhaft ist es jedoch, dass die Strafkammer das Verhalten des Angeklagten nach Abschluss der Vereinbarung nicht als mögliche Beihilfe zur ausgeurteilten Untreue des Angeklagten B in Betracht gezogen hat. Die getroffenen Feststellungen legen nämlich eine Beihilfehandlung des Angeklagten S dadurch nahe, dass er als Mehrheitsgesellschafter und Geschäftsführer an einem Projekt der S GmbH mitwirkte, wissend, dass dieses darauf abzielte, einen Gewinn durch eine Straftat zu erreichen (vgl. BGHR StGB § 27 Abs. 1 Hilfeleisten 3). Bei einer solchen Sachlage käme es nicht, wie die Strafkammer meint, darauf an, welcher der beiden Geschäftsführer nach außen auftrat und für die GmbH handelte. Entscheidend wäre vielmehr, ob durch die Mitwirkung des Angeklagten S innerhalb der Gesellschaft die Straftat des Angeklagten B noch vor deren Beendigung gefördert wurde. Hierfür spricht die Feststellung des Landgerichts, dass der Angeklagte S zwischen Juli 1991 und dem 13. August 1991 einen mit "vertrauliche Vorgehensweise beim Grunderwerb und Verkauf bei der Gemeinde S" überschriebenen Vermerk fertigte. Aus diesem Vermerk geht hervor, dass die S GmbH "Grund und Boden per Kaufoption für 5 DM pro qm erworben hat und ... diese an die Gemeinde S für 10 DM pro qm verkauft". Den Vermerk übergab der Angeklagte S u.a. dem damaligen Rechtsberater der GmbH, der wiederum auf der Grundlage dieses Schriftstücks am 13. August 1991 ein "Strategiepapier" entwarf. Form und Inhalt dieses Vermerks und dessen Weitergabe an den Rechtsberater sprechen

dafür, dass dem Angeklagten S nicht nur die Vereinbarung vom März 1991, sondern auch deren Unrechtsgehalt bekannt war und er jedenfalls in einem Zeitraum zwischen Vollendung und Beendigung der Untreue des Angeklagten B in seiner Funktion als Geschäftsführer der GmbH selbst Aktivitäten zur Umsetzung der Vereinbarung entfaltete.

Soweit die Strafkammer davon ausgegangen ist, die Organe der GmbH hätten sich nur "passiv" als Grundstücksspekulanten betätigt, ist diese Wertung mit den festgestellten Tatsachen nicht in Einklang zu bringen. Form und Inhalt des oben beschriebenen "vertraulichen" Vermerks des Angeklagten S sprechen vielmehr dafür, dass die Vereinbarung vom März 1991 mit jedenfalls einem der Geschäftsführer der GmbH im kollusiven Zusammenwirken mit dem Angeklagten B

zustande kam und der Angeklagte S bewusst an deren späteren Umsetzung aktiv mitwirkte. Darauf, ob der in der Literatur vertretenen Auffassung (Schünemann in LK 11. Aufl. § 266 Rdn. 163; Tröndle/ Fischer StGB 51. Aufl. § 266 Rdn. 80), eine strafbare Beihilfe liege nicht vor, wenn ein außenstehender Dritter in geschäftlichen Verhandlungen seinen Vorteil sucht und die Pflichtverletzung des Täters erkennt, ohne jedoch mit diesem kollusiv zusammenzuwirken, zu folgen ist, kommt es hier deshalb nicht an.

Das Urteil unterliegt, soweit es den Angeklagten S betrifft, ebenfalls insgesamt der Aufhebung, da auch die Feststellungen zur Haupttat des Angeklagten B in den Fällen 1, 2 und 8 der Anklage der rechtlichen Überprüfung, wie unter II. 2. dargelegt, nicht standhalten.

Standort: § 21 StGB

Problem: Schuldfähigkeit bei verschuldeter Trunkenheit

BGH, URTEIL VOM 27.03.2003

3 STR 435/02 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte hatte sich mit seiner Freundin gestritten; später am selben Abend suchte er sie auf und erzwang von ihr verschiedene sexuelle Handlungen. Der Angeklagte ließ sich dahingehend ein, er habe vorher zwei Flaschen Wein getrunken; deswegen müsse - jedenfalls nach dem Grundsatz "in dubio pro reo" - davon ausgegangen werden, dass er sich im Tatzeitpunkt in einem Zustand verminderter Schuldfähigkeit befunden habe. Das Landgericht war dieser Einlassung nicht gefolgt, da es sich nicht davon überzeugen konnte, dass der Angeklagte tatsächlich in einem die Schuldfähigkeit beeinträchtigendem Umfang Alkohol konsumiert hatte. Der BGH bestätigte die Entscheidung des Landgerichts, insb. bzgl. der Beweiswürdigung, stellte jedoch klar, dass bei einer verschuldeten Herbeiführung des die Schuldfähigkeit beeinträchtigenden Zustandes eine Strafmilderung über § 21 StGB ohnehin versagt bleiben müsse.

Prüfungsrelevanz:

Fragen zur (verminderten) Schuldfähigkeit des Täters sind vor allem im Rahmen der Strafzumessung relevant und spielen deshalb vor allem im 2. Staatsexamen eine Rolle, sind aber auch im 1. Examen (insb. in speziellen Fallkonstellationen wie z.B. bei der actio libera in causa) häufiger Gegenstand von Examensklausuren.

Nach ganz herrschender Auffassung kann auch der Konsum von Alkohol zu einer verminderten Schuldfähigkeit i.S.v. § 21 StGB führen, und zwar nach stän-

diger Rechtsprechung des BGH ab einer Blutalkoholkonzentration von 2,0 ‰ (vgl. den Überblick bei Schönke/Schröder-Lenckner/Perron, § 20 Rn. 16 b).

Die Frage, ob § 21 StGB dann ausgeschlossen ist, wenn der Täter den die Schuldunfähigkeit einschränkenden Zustand selbst (vorwerfbar) herbeigeführt hat, insb. durch den Konsum von Alkohol, hatte der BGH bisher dahingehend beantwortet, dass dies nur dann der Fall sei, wenn der Täter dazu neigt, unter Alkoholeinfluss Straftaten zu begehen und ihm diese Neigung bewusst war oder zumindest hätte bewusst sein können (BGHSt 34, 33; NSTZ-RR 1999, 295). Teilweise wurde noch weiter dahingehend eingeschränkt, dass sich die Neigung zur Begehung von Straftaten aus früheren Verurteilungen ergeben müsse und dass die bereits abgeurteilten zu denen der jetzt vorgeworfenen Art vergleichbar seien (BGH, NSTZ 1986, 114; StV 1987, 19).

Von dieser bisherigen Rechtsprechung wendet sich der 3. Strafsenat des BGH (ohne dass es für die Entscheidung von Bedeutung wäre) im vorliegenden Urteil ab und stellt fest, dass dem Täter, der sich vorwerfbar in den schuldbeeinträchtigenden Zustand begeben hat, eine Berufung auf § 21 StGB generell, also auch ohne einschlägige Erfahrungen bzgl. seiner Neigung zu Straftaten während der Trunkenheit, versagt bleibt. Begründet wird dies u.a. mit der Rechtsfolge des § 21 StGB (nur fakultative Strafmilderung), über rechtshistorische Gesichtspunkte, einen Vergleich zu § 323 a StGB und entsprechenden Regelungen in anderen Bereichen des Strafrechts (insb. § 7 WStGB, § 16 II 3 StGB DDR).

Die vorliegende Entscheidung mag zwar eine Abkehr des BGH von seiner bisherigen Rechtsprechung zu §

21 StGB darstellen, sie erscheint jedoch als konsequente Fortführung insb. der vom BGH immer noch vertretenen Rechtsfigur der *actio libera in causa* i.R.v. § 20 StGB (vgl. BGHSt 42, 235; JR 1997, 391; NStZ 2000, 584), die auch dazu führt, dass in Fällen, in denen der Täter seine Schuldunfähigkeit vorwerfbar herbeiführt, eine Entlastung des Täters über § 20 StGB (im Ergebnis) nicht stattfindet.

Vertiefungshinweise:

Zur verschuldeten Herbeiführung von § 21 StGB: BGHSt 43, 77; StV 1991, 255; 1993, 355; 1997, 75; Foth, DRiZ 1990, 417; Rautenberg, DtZ 1997, 45;

Kursprogramm:

Examenskurs: "Der Trinker"

Leitsatz:

Beruhet die erhebliche Verminderung der Schuldfähigkeit des Täters auf verschuldeter Trunkenheit, so kommt eine Strafraumenverschiebung nach § 21, § 49 Abs. 1 StGB in der Regel nicht in Betracht (nicht entscheidungstragend).

Sachverhalt:

Der Angeklagte hatte sich am Tattag mit seiner Freundin - der Nebenklägerin - heftig gestritten und war gegen sie tätlich geworden. [...] Die Nebenklägerin war daraufhin vor dem Angeklagten geflüchtet, es kam jedoch im weiteren Verlauf des Tages zu mehreren Telefonaten zwischen den beiden, die aber wiederum im Streit endeten. Schließlich sandte der Angeklagte um 19.59 Uhr der Nebenklägerin eine provozierende SMS-Nachricht, legte sich "im weiteren Verlauf des Abends" in die Badewanne und trank hierbei "lieblichen Weißwein in ungeklärter Menge". Gegen 23.30 Uhr rief er erneut bei der Nebenklägerin an. Er kündigte an, gleich vorbeizukommen, um direkt mit ihr "zu ficken", er habe schon "genug gesoffen". Die Nebenklägerin erklärte, sie werde die Polizei rufen, wenn er sie aufsuchen sollte. Hierauf antwortete der Angeklagte lachend, dass er dann ja gemeinsam mit der Polizei ankommen werde. Danach bestellte er sich ein Taxi, da er wegen seines vorangegangenen Weinkonsums nicht mehr selbst fahren wollte, und ließ sich zu der Wohnung der Nebenklägerin bringen. Nachdem diese ihn aus Angst, er werde sich ansonsten gewaltsam Zutritt verschaffen, in ihre Wohnung eingelassen hatte, ließ der Angeklagte "seinen aufgestauten Aggressionen ... freien Lauf" und erzwang von der Nebenklägerin verschiedene sexuelle Handlungen. Danach redete er etwa noch eine Stunde auf die teilnahmslose Ne-

benklägerin ein und verließ sodann deren Wohnung.

Aus den Gründen:

1. Entscheidung des Landgerichts

Das Landgericht hat den Angeklagten unter Freisprechung im Übrigen wegen Vergewaltigung in Tateinheit mit Körperverletzung sowie wegen Körperverletzung in Tateinheit mit Nötigung zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren verurteilt und im Adhäsionsverfahren der Nebenklägerin S (im folgenden nur: die Nebenklägerin) ein Schmerzensgeld von 5.000 Euro nebst Zinsen zugesprochen. Mit seiner - nachträglich wirksam auf die Einzelstrafe wegen Vergewaltigung in Tateinheit mit Körperverletzung sowie auf den Gesamtstrafenausspruch beschränkten - Revision rügt der Angeklagte die Verletzung formellen und materiellen Rechts. Er beanstandet insbesondere, dass das Landgericht eine alkoholbedingt erheblich verminderte Schuldfähigkeit bei der Vergewaltigungstat ausgeschlossen und zwei in diesem Zusammenhang gestellte Beweisanträge auf Anhörung eines Sachverständigen zurückgewiesen hat. Das Rechtsmittel bleibt ohne Erfolg.

2. Verneinung des § 21 StGB durch das LG

Nach Ansicht des Landgerichts war die Fähigkeit des Angeklagten, das Unrecht seiner Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln, durch den vor der Tat genossenen Alkohol nicht erheblich vermindert im Sinne des § 21 StGB. Seine Einlassung, er habe in der Badewanne zwei Flaschen Weißwein getrunken, sei durch die Beweisaufnahme widerlegt. Zwar sei davon auszugehen, dass der Angeklagte in seiner Wohnung Wein getrunken habe, jedoch nicht in der von ihm angegebenen Menge, die bei dem nicht alkoholgewohnten Angeklagten "eine erhebliche Alkoholisierung" hätte verursachen müssen. Allerdings spreche für einen "gewissen Weinkonsum", dass der Angeklagte bei seinem Anruf bei der Nebenklägerin um 23.30 Uhr erklärte, er habe "genug gesoffen". Auch habe seine Mutter ebenso wie sein Stiefvater beim Aufräumen seiner Wohnung eine leere Weißweinflasche auf dem Wohnzimmertisch bemerkt und sei seiner Mutter darüber hinaus eine weitere leere Flasche im Abfallbehälter in der Küche aufgefallen.

Dennoch ist das Landgericht sicher davon überzeugt, dass der Angeklagte vor der Tat weniger als angegeben getrunken hat.

a. Zur Beweiswürdigung des Landgerichts

Die dem zugrunde liegende Beweiswürdigung des

Landgerichts hält im Ergebnis den sachlich-rechtlichen Beanstandungen der Revision stand.

Der Tatrichter muss die Einlassung des Angeklagten zu seinem Alkoholgenuss vor der Tat, für deren Richtigkeit oder Unrichtigkeit es keine unmittelbaren Beweise gibt, nicht ohne weiteres als unwiderlegt hinnehmen. Vielmehr hat er sich im Rahmen freier Beweiswürdigung (§ 261 StPO) und ohne Bindung an Beweisregeln aufgrund der im konkreten Fall gegebenen Erkenntnismöglichkeiten eine Überzeugung davon zu verschaffen, ob der Angeklagte in solchem Umfang Alkohol zu sich genommen hat, dass eine erhebliche Verminderung oder Aufhebung seiner Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit in Betracht kommt. Dabei ist es ihm unbenommen, Trinkmengenangaben des Angeklagten als unglaubhaft einzustufen, wenn er dafür durch die Beweisaufnahme gewonnene Gründe hat, welche seine Auffassung argumentativ tragen (vgl. BGHSt 34, 29, 34; BGHR StGB § 20 Blutalkoholkonzentration 12 sowie § 21 Blutalkoholkonzentration 13 und 22). Auch hierbei ist die Beweiswürdigung allein Sache des Tatrichters, in die das Revisionsgericht nur eingreifen darf, wenn diesem Rechtsfehler unterlaufen sind, also seine Würdigung etwa widersprüchlich, lückenhaft oder unklar ist bzw. gegen Denkgesetze oder gesicherte - auch wissenschaftliche - Erfahrungssätze verstößt. Durchgreifende derartige Rechtsfehler lässt die Überzeugungsbildung des Landgerichts hier nicht erkennen.

Nach Überzeugung des Landgerichts hat der Angeklagte Weißwein in ungeklärter Menge, aber jedenfalls weniger als die von ihm behaupteten zwei Flaschen und nur in einem Maße getrunken, dass eine alkoholbedingte erhebliche Verminderung seiner Steuerungsfähigkeit auszuschließen war. Es hat dabei zunächst nicht übersehen, dass die Angaben der Mutter und des Stiefvaters des Angeklagten zu den nach der Tat in dessen Wohnung gefundenen beiden Weinflaschen für die Richtigkeit der Trinkmengenangaben des Angeklagten sprechen konnten. Demgegenüber hat es jedoch aus dem Erscheinungsbild und dem Verhalten des Angeklagten vor, bei und nach der Tat den Schluss gezogen, dass dieser nicht in der von ihm behaupteten Menge Wein zu sich genommen hatte. Soweit es sich dabei darauf stützt, dass die Nebenklägerin bei dem Angeklagten während der Tat und in der nachfolgenden Stunde keinerlei alkoholbedingte Auffälligkeiten festgestellt habe, das Erinnerungsvermögen des Angeklagten uneingeschränkt erhalten geblieben sei und er sich vor allem überlegt verhalten habe, indem er wegen des getrunkenen Alkohols nicht mit seinem eigenen Pkw, sondern mit einem Taxi zu der Nebenklägerin gefahren sei, während der Konsum von zwei Fla-

schen Weißwein bei dem alkoholungewohnten Angeklagten andererseits "eine erhebliche Alkoholisierung" (gemeint ersichtlich: erkennbare alkoholbedingte Beeinträchtigungen) hätte verursachen müssen, stellt dies die gebotene argumentative Auseinandersetzung mit der Einlassung des Angeklagten dar, die einen Rechtsfehler im oben dargestellten Sinne - insbesondere einen Verstoß gegen gesicherte medizinische Erfahrungssätze - nicht erkennen lässt. Gleiches gilt für den darauf aufbauenden Schluss, der tatsächliche, im Umfang ungeklärte Weinkonsum des Angeklagten habe nicht zu einer erheblichen Verminderung seiner Schuldfähigkeit geführt.

b. Zu den Verfahrensrügen

Die Verfahrensrügen sind - in Konsequenz dessen, dass das Landgericht die Trinkmengenangaben des Angeklagten aus den dargelegten Gründen als widerlegt ansehen durfte - offensichtlich unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO.

3. Kein § 21 StGB bei vorwerfbarer Herbeiführung des Zustands

Nach Auffassung des Senats hätte die Revision aber auch dann keinen Erfolg haben können, wenn das Landgericht eine alkoholbedingt erhebliche Verminderung der Schuldfähigkeit des Angeklagten rechtsfehlerhaft verneint hätte. Denn eine Strafrahmenschiebung nach § 21, § 49 Abs. 1 StGB wäre hier ohnehin nicht in Betracht gekommen.

Bei dieser Strafrahmenschiebung handelt es sich zwar um eine fakultative, im Ermessen des Tatrichters stehende Strafmilderung, von der grundsätzlich nur dann abgesehen werden darf, wenn die durch die Herabsetzung der Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit verminderte Tatschuld durch schulderhöhende Umstände aufgewogen wird. Beruht die Einschränkung der Schuldfähigkeit auf den Wirkungen von Alkohol, kann ein derartiger Umstand allerdings darin liegen, dass sich der Täter schuldhaft in den Alkoholrausch versetzt hat. Dies gilt, abgesehen von den Fällen, in denen der Rechtsgedanke der *actio libera in causa* zur Ablehnung der Strafmilderung führt, nach bisheriger Auffassung des Bundesgerichtshofs aber nur dann, wenn der Täter schon früher unter Alkoholeinfluss straffällig geworden ist und daher wusste oder sich hätte bewusst sein können, dass er in einem solchen Zustand zu Straftaten neigt. Darüber hinaus wird gefordert, dass die früher unter Alkoholeinfluss begangenen Straftaten nach Ausmaß und Intensität mit der nunmehr begangenen Tat vergleichbar sind. Der Täter muss danach zwar früher unter Alkoholeinfluss keine gleichartige oder ähnliche Tat begangen haben, er

muss aber aufgrund seines früheren Verhaltens damit rechnen können, unter Alkoholeinfluss ein der nunmehrigen Tat vergleichbares Delikt zu begehen (vgl. - mit Unterschieden im einzelnen - 1. Strafsenat: NStZ 1993, 537; BGHSt 43, 66, 78; 2. Strafsenat: BGHR StGB § 21 Strafrahmenschiebung 14; 3. Strafsenat: NStZ 1986, 114, 115; 4. Strafsenat: BGHSt 34, 29, 33; BGHR StGB § 21 Strafrahmenschiebung 3; Beschl. vom 7. Januar 2003 - 4 StR 490/02; 5. Strafsenat: StV 1991, 254, 255; 1993, 355 f.).

Hieran will der Senat nicht weiter festhalten. Er ist vielmehr der Auffassung, dass eine Strafrahmenschiebung nach § 21, § 49 Abs. 1 StGB in der Regel schon allein dann nicht in Betracht kommt, wenn die erhebliche Verminderung der Schuldfähigkeit des Täters auf verschuldeter Trunkenheit beruht. Dagegen ist es ohne Belang, ob der Täter schon früher unter Alkohol - vergleichbare - Straftaten begangen hat. Hierfür sind folgende Überlegungen maßgebend:

a. Entstehungsgeschichte des § 21 StGB

Die bisherige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs steht nicht in Übereinstimmung mit den Überlegungen des historischen Gesetzgebers (zum folgenden s. Foth DRiZ 1990, 417, 418). Eine dem § 21 StGB entsprechende Regelung war ursprünglich im RStGB nicht vorgesehen. Dieses kannte nur volle Schuldfähigkeit (Zurechnungsfähigkeit) oder volle Schuldunfähigkeit (Zurechnungsunfähigkeit). Erst der Amtliche Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches von 1925 beinhaltete eine Bestimmung, wonach bei dem Täter, dessen Fähigkeit, das Unerlaubte der Tat einzusehen oder dieser Einsicht gemäß zu handeln, zur Zeit der Tat wegen Bewusstseinsstörung, wegen krankhafter Störung der Geistestätigkeit oder wegen Geistesschwäche in hohem Maße vermindert war, die Strafe nach § 72 des Entwurfs zu mildern ist. Gleichzeitig wurde jedoch ausdrücklich vorgesehen, dass dies nicht bei Bewusstseinsstörungen gelte, die auf selbstverschuldeter Trunkenheit beruhen. Die Strafmilderung bei erheblich verminderter Schuldfähigkeit sollte demgemäß zwingend sein, ebenso zwingend aber auch das Absehen von der Strafmilderung, wenn die Minderung der Schuldfähigkeit auf verschuldeter Trunkenheit beruhte, ohne dass es darauf ankam, ob der Täter schon früher unter Alkoholeinfluss Straftaten begangen hatte.

Im Entwurf von 1927 war dann (ebenso wie später im Entwurf 1962) die fakultative Strafmilderungsmöglichkeit bei erheblicher Einschränkung der Schuldfähigkeit vorgesehen, wie sie der Regelung des heutigen § 21 StGB entspricht. Sie wurde durch das Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßre-

geln der Sicherung und Besserung vom 24. November 1933 (RGBl I 995) in das Strafgesetzbuch aufgenommen, ohne dass hiermit eine Bestimmung über den zwingenden Ausschluss der Strafmilderung bei verschuldeter Trunkenheit verbunden war. Dem lag erkennbar die Vorstellung zugrunde, dass hiervon deswegen abgesehen werden konnte, weil die fakultative Bestimmung die Möglichkeit eröffnete, diese Fälle bei der Ermessensentscheidung von der Strafmilderung auszuschließen, andererseits aber flexiblere Lösungen gestattete als eine zwingende Vorschrift. Entsprechend heißt es auch noch in der Begründung zum Entwurf 1962, dass die "schuldhaft Herbeiführung der verminderten Schuldfähigkeit" erschwerend berücksichtigt werden könne (BTDrucks. IV/650 S. 142).

Diesen Überlegungen ist der Bundesgerichtshof zunächst gefolgt. So hat er es im Jahre 1951 noch gebilligt, dass der Tatrichter eine alkoholbedingte Verminderung der Schuldfähigkeit des Angeklagten offen ließ, weil "der Alkoholrausch jedenfalls selbst verschuldet sei und deshalb dem Angeklagten nicht strafmildernd zugute gehalten werden könne". Hierin liege kein Rechtsfehler, "zumal in der Regel die selbstverschuldete Trunkenheit Anlass sein wird, die Strafe nicht zu mildern" (BGH bei Dallinger MDR 1951, 657; vgl. die weiteren Nachweise bei Foth aaO). Erst in der Folgezeit hat sich die oben dargestellte einschränkende Rechtsprechung zur Versagung der Strafmilderung bei verschuldeter Trunkenheit entwickelt.

b. Widerspruch der bisherigen Rechtsprechung zu § 323 a StGB

Wenn eine Strafrahmenschiebung nach § 21, § 49 Abs. 1 StGB bei erheblicher Verminderung der Schuldfähigkeit infolge verschuldeter Trunkenheit nur in den Fällen versagt werden kann, in denen der Täter die Warnwirkung früher unter Alkoholeinfluss begangener - vergleichbarer - Straftaten missachtet hat, steht dies in Widerspruch zu der gesetzlichen Regelung des Vollrausches in § 323 a StGB. Nach dieser Vorschrift wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wer sich vorsätzlich oder fahrlässig durch alkoholische Getränke oder andere berauschende Mittel in einen Rausch versetzt, wenn er in diesem Zustand eine rechtswidrige Tat begeht und ihretwegen nicht bestraft werden kann, weil er infolge des Rausches schuldunfähig war oder weil es nicht auszuschließen ist. Die Strafbarkeit knüpft damit an das schuldhaft Sich-Berauschen an, nicht an die im Rausch begangene rechtswidrige Tat; diese ist lediglich Bedingung der Strafbarkeit (BGHSt 16, 124 ff.; 32, 48, 54 f.). Stellt der Gesetzgeber aber das schuld-

hafte Sich-Berauschen, das - nicht ausschließbar - zur Aufhebung der Schuldfähigkeit führt, unabhängig davon unter Strafe, ob sich der Täter aus früheren Ereignissen hätte bewusst sein können, dass er nach erheblichem Alkoholgenuss zur Begehung von rechtswidrigen Handlungen neigt, lässt es sich nicht rechtfertigen, diese negative gesetzliche Bewertung des Sich-Berauschens für die Fälle einzuschränken, in denen der Alkoholkonsum nicht zur Aufhebung, sondern nur zur erheblichen Verminderung der Schuldfähigkeit führt. Denn ansonsten würde derjenige, dessen Schuldfähigkeit erhalten geblieben ist, besser gestellt als der, dessen Rausch zur Schuldunfähigkeit geführt hat.

Insbesondere dann, wenn der nach § 21, § 49 Abs. 1 StGB gemilderte Strafraum für die unter Alkoholeinfluss begangene Tat niedriger liegt, als die durch § 323 a StGB für den Vollrausch bei entsprechender Rauschtat angedrohte Strafe, liegt hierin ein nicht auflösbarer Wertungswiderspruch (BGHR StGB § 323 a Abs. 2 Strafzumessung 5). Dieser Widerspruch wird nicht dadurch gerechtfertigt, dass die Strafbarkeit beim Vollrausch auf dem Sich-Berauschen beruht, während sie bei nur verminderter Schuldfähigkeit an die unter dem Alkoholeinfluss begangene Tat anknüpft (aA Lenckner/Perron in Schönke/Schröder, StGB 26. Aufl. § 21 Rdn. 21 m. w. N.). Denn es geht hier wie dort um die strafrechtliche Bewertung der schädlichen Auswirkungen übermäßigen Alkoholgenusses, die nicht unterschiedlich je danach ausfallen kann, ob das Berauschen zum völligen Wegfall oder lediglich zu einer erheblichen Verminderung der Schuldfähigkeit geführt hat. Der aufgezeigte Widerspruch wird dadurch, dass in Fällen, in denen Zweifel bestehen, ob die Schuld des berauschten Täters aufgehoben oder nur erheblich vermindert ist, bei der Strafzumessung für den Vollrausch der gemäß § 21, § 49 Abs. 1 StGB herabgesetzte Strafraum des Tatbestandes der jeweiligen Rauschtat berücksichtigt wird (vgl. BGHR StGB § 323 a Strafzumessung 5), nur verschleiert (kritisch auch BGH NSTZ-RR 1997, 163, 165). Sachgerecht vermeiden lässt er sich nur dadurch, dass bei verschuldeter Trunkenheit eine Strafraumverschiebung über § 21, § 49 Abs. 1 StGB im Regelfall versagt wird (Foth in FS für Salger S. 31, 37 f.).

c. Berücksichtigung des Grundsatzes schuldangemessener Strafe

Eine derartige Handhabung entspricht auch dem Schuldprinzip und dem Grundsatz schuldangemessenen Strafens. Die potentiell nachteiligen Folgen übermäßigen Alkoholgenusses, seine einerseits das Bewusstsein trübenden, andererseits Handlungstrieb entfesselnden

und bestehende Handlungshemmungen einschränkenden Wirkungen sind allgemein bekannt. Zwar treten diese Folgen nicht bei jedem Menschen in gleicher Weise und nach jedem übermäßigen Alkoholkonsum auf. Sie führen auch nicht notwendig zu strafbaren Verhaltensweisen. Andererseits lassen sich die Wirkungen starken Alkoholgenusses jedoch niemals mit Sicherheit vorausberechnen. Gerade der Umstand, dass sich der Alkoholisierte häufig in unerwarteter, ihm sonst fremder - auch strafbarer - Weise verhält, kennzeichnet die dem übermäßigen Alkoholgenuss eigene Gefahr. Die Trunkenheit ist daher für die Allgemeinheit abstrakt gefährlich und beinhaltet demgemäß - wenn selbst verschuldet - einen Unwert, an den bei Taten unter Alkoholeinfluss eine strafrechtliche Bewertung des Sich-Berauschens unabhängig davon anzuknüpfen vermag, ob dem konkreten Täter durch frühere Erfahrungen eine individuelle Neigung zur Begehung - vergleichbarer - Straftaten bekannt war oder zumindest sein konnte (vgl. BGHSt 16, 124, 125).

Entsprechend war der Gesetzgeber befugt, für die Fälle, in denen der Alkoholrausch dazu führt, dass der Täter für seine konkrete Tat nicht verantwortlich gemacht werden kann, den strafrechtlichen Vorwurf an das schuldhafte Sich-Berauschen als abstraktes Gefährdungsdelikt zu knüpfen, für dessen Bestrafung die Rauschtat lediglich den Anlass gibt (BGH aaO). Dann ist es aber nur konsequent, in den Fällen, in denen die selbstverschuldete Trunkenheit nicht zur Aufhebung, sondern lediglich zur erheblichen Verminderung der Schuldfähigkeit führt, die Strafmilderung nach § 21, § 49 Abs. 1 StGB in der Regel auch dann zu versagen, wenn der Täter nicht über einschlägige Vorerfahrungen hinsichtlich der gefährlichen Folgen übermäßigen Alkoholgenusses verfügt. Denn auch dann ist die abstrakte Gefahr der Trunkenheit regelmäßig erkennbar und seine Tatschuld wird gerade dadurch gekennzeichnet, dass diese abstrakte Gefahr in der Tat in die konkrete Rechtsgutsgefährdung oder -verletzung umgeschlagen ist.

Dies gilt grundsätzlich unabhängig davon, welche Straftat der Täter unter Alkoholeinfluss begangen hat und ob der für diese Tat angedrohte - gemäß § 21, § 49 Abs. 1 StGB gemilderte - Strafraum hinter demjenigen des § 323 a Abs. 1 StGB zurückbleibt, der bei rauschbedingter völliger Aufhebung der Schuldfähigkeit anzuwenden wäre (vgl. dazu die Überlegungen des 5. Strafsenats NSTZ-RR 1997, 163, 165 f.). Das Maß der Schuldinderung durch eine alkoholbedingt erhebliche Einschränkung der Schuldfähigkeit ist unabhängig von der Schwere der unter Alkoholeinfluss begangenen Straftat.

Die durch die Trunkenheit bewirkte Reduzierung der

Schuld ist daher bei schwereren Straftaten, die im Höchstmaß mit Freiheitsstrafe von mehr als fünf Jahren bedroht sind, nicht gewichtiger zu bemessen als bei Taten mit geringerer Strafandrohung. Im Gegenteil: je schwerer eine potentielle Rechtsgutsverletzung wiegt, um so höhere Anforderungen an deren Vermeidung darf die Rechtsordnung stellen und um so weniger besteht Anlass, denjenigen, der durch verschuldete Trunkenheit seine Fähigkeit zu normgemäßem Verhalten beeinträchtigt hat, durch eine Strafraumverschiebung zu begünstigen. Dies entspricht im übrigen der Auffassung des Gesetzgebers, soweit dieser in § 7 WStGB die Frage der Strafmilderung wegen selbstverschuldeter Trunkenheit ausdrücklich geregelt hat. Er hat dort für militärische Straftaten, Straftaten, die gegen das Kriegsvölkerrecht verstoßen, und solche, die Soldaten in Ausübung des Dienstes begehen, die Strafmilderung wegen selbstverschuldeter Trunkenheit unterschiedslos ausgeschlossen, ohne nach der Schwere der Straftat und der Höhe der Strafandrohung zu diffe-

renzieren. Auch der im Regelungsgehalt dem § 7 WStGB entsprechende § 16 Abs. 2 Satz 3 StGB-DDR kannte eine derartige Differenzierung nicht.

d. Kein § 21 StGB im vorliegenden Fall

Nach den dargestellten Grundsätzen käme hier eine Strafmilderung nach § 21, § 49 Abs. 1 StGB nicht in Betracht. Der Angeklagte hätte sich voll verantwortlich in die seine Schuldfähigkeit einschränkende Trunkenheit versetzt. Er ist weder alkoholkrank noch alkoholüberempfindlich und hat sich bewusst den grundsätzlich schädlichen und enthemmenden Wirkungen des Alkohols ausgesetzt.

Da die Revision des Angeklagten aber bereits aus anderen Gründen zu verwerfen war, konnte der Senat in vorliegendem Verfahren noch davon absehen, gemäß § 132 Abs. 3 Satz 1 GVG bei den anderen Strafsenaten anzufragen, ob sie an der entgegenstehenden bisherigen Rechtsprechung festhalten.

Standort: § 52 StPO

Problem: Verschweigen eines Zeugnisverweigerungsrechts

BGH, URTEIL VOM 28.05.2003

2 STR 445/02 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte war im vorliegenden Fall u.a, wegen Vergewaltigung seiner Verlobten verurteilt worden. Diese war nach der Tat durch die Polizei und den Ermittlungsrichter vernommen worden, wobei sie jeweils die Frage nach dem bestehen eines Verlöbnisses mit dem Beschuldigten verneinte. In der Hauptverhandlung berief sie sich auf ihr Zeugnisverweigerungsrecht aus dem bestehenden Verlöbnis. Das Gericht vernahm daraufhin den Ermittlungsrichter, der die Zeugin während des Ermittlungsverfahrens vernommen hatte. Erst danach äußerte sich die Zeugin und entlastete ihren Verlobten. Das LG folgte jedoch nicht den Angaben der Zeugin in der Hauptverhandlung, sondern denen, die sie während ihrer Vernehmung durch den Ermittlungsrichter gemacht hatte und verurteilte den Angeklagten. Die Revision des Angeklagten gegen die Verwertung der früheren Aussage der Zeugin wies der BGH als unbegründet zurück.

Prüfungsrelevanz:

Fragen zur Verwertbarkeit von Beweismitteln stellen in Examensaufgaben des 2. Staatsexamens Standardprobleme, tauchen jedoch auch (meist in Form von prozessualen Zusatzfragen zu einer Klausur) verstärkt

im 1. Examen auf.

Im vorliegenden Fall geht es entscheidend um die Frage, ob die frühere Aussage eines Zeugen, der sich nachträglich auf ein Zeugnisverweigerungsrecht beruft, im Prozess verwertet werden kann. § 252 StPO verbietet in diesem Fall die Verlesung eines Protokolls über die frühere Aussage, macht jedoch keine Angaben über die Zulässigkeit der Vernehmung der Verhörsperson, die die frühere Vernehmung des Zeugen durchgeführt hat, der sich nunmehr auf sein Zeugnisverweigerungsrecht beruft. Die ganz herrschende Meinung geht davon aus, dass § 252 StPO über seinen Wortlaut hinaus auch die Vernehmung von Verhörspersonen verbieten müsse, da § 252 StPO ansonsten überflüssig sei (das Verbot der Protokollverlesung ergibt sich nämlich bereits aus § 250 S. 2 StPO) (Meyer-Goßner, § 252 Rn. 13 f.). Streitig ist insofern, ob § 252 StPO dann die Vernehmung jeglicher Verhörspersonen verbietet. Während die herrschende Literatur hiervon ausgeht (AK-Meier, § 252 Rn. 20; Geppert, Jura 1988, 306; Welp, JR 1996, 78), lässt der BGH die Vernehmung eines Richters über den Inhalt der früheren Vernehmung zu, sofern der sich auf das Zeugnisverweigerungsrecht berufende Zeuge bei seiner früheren Vernehmung als Zeuge vernommen wurde, das Zeugnisverweigerungsrecht damals bereits hatte, herüber belehrt wurde und wirksam darauf verzichtet hat (BGHSt 45, 342; 46, 189).

Im vorliegenden Fall war zwar eine Belehrung der

Zeugin über ihr Zeugnisverweigerungsrecht aus § 52 I Nr. 1 StPO unterblieben, aber nur deshalb, weil sie das Bestehen des Verlöbnisses wahrheitswidrig verschwiegen hatte. In diesem Fall geht die Rechtsprechung von einer Verwertbarkeit der Aussage des Richters aus. Der BGH bestätigt dies hier nochmals.

Vertiefungshinweise:

Zur Möglichkeit der Einbeziehung früherer Aussagen bei nachträglicher Berufung auf ein Zeugnisverweigerungsrecht (§ 252 StPO): *BGHSt* 32, 25; 36, 384; *BGH*, NJW 1996, 1501; *Eisenberg*, NStZ 1988, 488; *Geppert*, Jura 1988, 306; *Fezer*, JZ 1990, 876; *Welp*, JR 1996, 78; *Ranft*, StV 2000, 525

Kursprogramm:

Assessorkurs: "Die Taxifahrt"

Leitsatz:

Beruft sich ein Zeuge in der Hauptverhandlung zunächst auf sein Zeugnisverweigerungsrecht als Verlobter und sagt später gleichwohl zur Sache aus, um eine frühere richterliche Vernehmung zu entkräften, so macht er die früheren Vernehmungsinhalte zum Gegenstand seiner unter Verzicht auf sein Zeugnisverweigerungsrecht erfolgten Aussage in der Hauptverhandlung; diese sind verwertbar, auch wenn er früher nicht über sein Zeugnisverweigerungsrecht belehrt wurde.

Sachverhalt:

Der Angeklagte hat die Zeugin W im November 2001 in deren Wohnung in J. an den Haaren gezogen, ihren Kopf gegen die Wand geschlagen, anschließend ihr die Hände auf dem Rücken festgehalten und gegen ihren Willen den Geschlechtsverkehr vollzogen. Am 19. Februar 2002 trat er ihr in seiner Wohnung in E. mit dem Fuß in den Bauch und zwang sie mit Gewalt zum Oralverkehr.

Die Zeugin W erstattete am 19. Februar 2002 gegen den Angeklagten bei der Kriminalpolizei E. Strafanzeige wegen der [...] Vorfälle. Zu Beginn ihrer Vernehmung durch die Kriminalpolizei verneinte sie die Frage, ob sie mit dem Angeklagten verlobt, verheiratet, verwandt oder verschwägert sei.

In der Aussage selbst schilderte sie zunächst das der Verurteilung zugrundeliegende Geschehen vom 19. Februar 2002, sodann von sich aus auch die frühere Tat. Sie erklärte dabei, dass sie mit dem Angeklagten seit Januar 2000 zusammen gewesen sei und mit ihm in einer Wohnung gewohnt habe. Im Oktober 2001 habe sie sich vom Angeklagten aber getrennt. Bei ei-

ner weiteren polizeilichen Vernehmung am 25. Februar 2002, bei der sie ihre belastende Aussage wiederholte, verneinte sie wiederum die Frage, ob sie mit dem Angeklagten "verlobt, verheiratet, verwandt oder verschwägert" sei. Die Tatvorwürfe bestätigte sie erneut in ihrer Vernehmung am 22. März 2002 durch den Ermittlungsrichter des Amtsgerichts J., wobei sie auf ausdrückliche Frage erklärte, mit dem Angeklagten nicht verlobt zu sein [...]. Die Zeugin beantragte im Verlauf des Ermittlungsverfahrens auch ihre Zulassung als Nebenklägerin. Nach Anklageerhebung legte der Verteidiger des Angeklagten eine schriftliche Erklärung der Zeugin W vom 6. Mai 2002 vor, in der diese ankündigte, ab sofort als Verlobte von ihrem Zeugnisverweigerungsrecht gemäß § 52 Abs. 1 Nr. 1 StPO Gebrauch zu machen, ihren Antrag auf Zulassung als Nebenklägerin nahm sie zurück. In der Hauptverhandlung verweigerte sie bei ihrer ersten Vernehmung am 28. Mai 2002 als Verlobte des Angeklagten die Aussage. Nach der Überzeugung des Landgerichts, das die Zeugin über die Umstände und den Zeitpunkt des Verlöbnisses anhörte, bestand zwischen dem Angeklagten und dieser tatsächlich bereits seit Juni 2000 ein rechtswirksames Verlöbnis. Die Strafkammer vernahm anschließend den Ermittlungsrichter über die Bekundungen der Zeugin bei ihrer richterlichen Vernehmung. Im weiteren Verlauf der Hauptverhandlung beantragte der Verteidiger des Angeklagten am 6. Juni 2002 die erneute Vernehmung der Zeugin W, weil diese sich nunmehr zur Sache äußern wolle; dabei werde sich ergeben, dass sie bei den polizeilichen und richterlichen Vernehmungen den Angeklagten zu Unrecht belastet habe, weil sie diesen habe loswerden wollen. Vorgelegt wurde auch eine Erklärung der Zeugin vom 5. Juni 2002, in der es unter anderem hieß, die Angaben bei ihren Vernehmungen durch die Kriminalpolizeiinspektion E. am 19. und am 25. Februar 2002 sowie bei ihrer richterlichen Vernehmung am 22. März 2002 seien zu großen Teilen unrichtig. In der Hauptverhandlung widerrief sie ihre früheren Angaben und machte entsprechend dieser Erklärung den Angeklagten entlastende Angaben. Das Landgericht hält die Angaben der Zeugin W zu den Taten in der Hauptverhandlung für unrichtig und legt seinem Urteil unter Hinweis auf Kleinknecht/Meyer-Goßner, StPO 45. Aufl. § 252 Rdn. 13 und OLG Oldenburg NJW 1967, 1872 deren Bekundungen beim Ermittlungsrichter zugrunde.

Aus den Gründen:

I. Entscheidung des Landgerichts

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Vergewaltigung in Tateinheit mit Körperverletzung in zwei

Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren verurteilt. [...] Das Landgericht stützt die Verurteilung des die Taten bestreitenden Angeklagten überwiegend auf Bekundungen der Zeugin W bei ihrer Vernehmung durch einen Ermittlungsrichter.

Mit seiner auf die Verletzung formellen und sachlichen Rechts gestützten Revision wendet sich der Angeklagte gegen diese Entscheidung.

II. Abweisung der Revision

Das Rechtsmittel ist unbegründet. Das Urteil weist keinen den Angeklagten beschwerenden Rechtsfehler auf. Der Erörterung bedarf lediglich die Rüge der Verletzung des § 52 StPO. Die Revision macht geltend, der Ermittlungsrichter hätte nicht über den Inhalt der richterlichen Vernehmung der Zeugin W vernommen und die Vernehmung des Ermittlungsrichters hierüber hätte nicht verwertet werden dürfen, weil die Zeugin vor der Vernehmung durch den Ermittlungsrichter nicht über ihr Zeugnisverweigerungsrecht belehrt worden sei.

1. Unbegründetheit der Rüge

Diese Rüge ist im Ergebnis unbegründet. Denn selbst wenn die Ansicht der Revision zugrundegelegt würde, die ermittelungsrichterliche Vernehmung der Zeugin sei fehlerhaft, weil es an der erforderlichen Belehrung über ihr Zeugnisverweigerungsrecht als Verlobte fehlte, führt dies nicht zu einem Erfolg der Revision.

a. Zur Möglichkeit der Einbeziehung der früheren Aussage eines sich nachträglich auf ein Zeugnisverweigerungsrecht berufenden Zeugen

Macht ein Zeuge in der Hauptverhandlung von seinem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch, so darf über den Inhalt einer Aussage, die er bei einer früheren richterlichen Vernehmung nach Belehrung über sein Zeugnisverweigerungsrecht gemacht hat, durch Vernehmung des Richters Beweis erhoben werden (vgl. BGHSt 2, 99 ff.). Ist eine Belehrung nicht erfolgt (vgl. BGHSt 14, 159, 160; 23, 221, 223; Meyer-Goßner, StPO 46. Aufl. Rdn. 32; Senge in KK 4. Aufl. Rdn. 39 jeweils zu § 52 StPO) oder ist das ein Zeugnisverweigerungsrecht begründende Rechtsverhältnis erst später entstanden (vgl. BGHSt 27, 231 ff.), darf auch die Bekundung vor einem Richter nicht in das Verfahren eingeführt und verwertet werden. Etwas anderes gilt nur dann, wenn der Zeuge in der Hauptverhandlung nach Belehrung gemäß § 52 Abs. 3 Satz 1 StPO aussagt und zumindest konkludent zu erkennen gibt, dass er mit dem Rückgriff auf die frühere Aussage einverstanden ist (BGHSt 20, 234 ff.; BGH NSTZ 1999, 91).

b. Zum Einverständnis des Zeugen mit der Verwertung der früheren Aussage

Allerdings weist die Revision zutreffend darauf hin, dass die Rechtsprechung bisher nur in solchen Fällen von einem nachträglichen Einverständnis mit der Verwertung früherer, ohne Belehrung erfolgter Aussagen ausgegangen ist, in denen die Zeugen inhaltlich bei den den Angeklagten belastenden Angaben geblieben sind (vgl. BGH NSTZ 1999, 91). Nichts anderes kann aber gelten, wenn ein Zeuge nunmehr seine früheren den Angeklagten belastenden Angaben nicht mehr gelten lassen will und er sich deshalb entschließt, trotz seines Zeugnisverweigerungsrecht auszusagen, um seine früheren Angaben zu entkräften. Denn er stellt sich in Kenntnis seiner Rechte insgesamt als Beweismittel zur Verfügung (vgl. BGHSt 20, 234, 235). Ihm wird nur die Möglichkeit gewährt, die Aussage insgesamt zu verweigern oder Angaben zu machen. Das Zeugnisverweigerungsrecht soll nur gewährleisten, dass der zur Zeugnisverweigerung Berechtigte bis zur Hauptverhandlung frei entscheiden kann, ob seine frühere, vielleicht voreilige oder unbedachte, Aussage verwertet werden darf (BGHR StPO § 52 Abs. 3 Satz 1 Belehrung 4). Er hat deshalb das Recht, in der Hauptverhandlung das Zeugnis zu verweigern sowie seine frühere Entscheidung zu ändern (BGHSt 25, 176, 177 ff.; 45, 203, 208), nicht aber die Befugnis zu einer weitergehenden Einflussnahme auf das Verfahren. Da das auf einem Verstoß gegen § 52 Abs. 3 Satz 1 StPO beruhende Beweisverwertungsverbot allein der Sicherung des mit der Gewährung des Rechts zur Zeugnisverweigerung verfolgten Zwecks dient (vgl. BGHSt 45, 203, 207), kann der Zeuge auch nur in diesem Rahmen darüber verfügen, das heißt: er kann entscheiden, ob er sich als Beweismittel zur Verfügung stellen will oder nicht. Darüber hinaus hat er, jedenfalls dann, wenn er sich zur Aussage in der Hauptverhandlung entschließt, keine Möglichkeit, den Umfang der Verwertbarkeit seiner Aussage zu bestimmen (BGHSt 17, 324, 328). Macht er nach Belehrung von seinem Zeugnisverweigerungsrecht keinen Gebrauch, muss er die Folgen seines Entschlusses hinnehmen, auch wenn er sie sich anders vorgestellt hat. Deshalb ist es - entgegen der Auffassung der Revision - ohne Belang, ob der Zeugin bei ihrem Entschluss zur Aussage in der Hauptverhandlung daran gelegen war, gerade auch ihre frühere Aussage gelten zu lassen oder nicht. Denn es liegt auf der Hand, dass auch ihre früheren Angaben Gegenstand der neuerlichen Vernehmung und der Erörterung in der Hauptverhandlung werden mussten. Auf diese Weise wurden sie, wenn auch als widerrufene Tatsachenbehauptungen, Gegenstand der Beweisaufnahme und unterliegen damit auch der freien

Beweiswürdigung durch das Gericht. Im vorliegenden Fall konnte die Zeugin - wie die Urteilsgründe belegen - eine vollständige Aussage, die ihrem Anliegen gerecht werden sollte, nur machen, wenn sie die Umstände der Anzeige offenbarte und auch den Inhalt ihrer früheren Bekundungen, ihre Motive dafür, sowie die Gründe für ihren Aussagewechsel in ihre nunmehrige Aussage einbezog. Ohne diese Umstände wäre ihre Vernehmung unvollständig und auch unverständlich. Auch die gebotene Glaubwürdigkeits- und Glaubhaftigkeitsprüfung konnte nicht isoliert und ohne Einbeziehung der früheren - belastenden - Aussage erfolgen. Darauf, ob in dem Verhalten der Zeugin auch eine nachträgliche Zustimmung zu der Verwertung ihrer früheren richterlichen Aussage gesehen werden kann, kommt es deshalb unter den gegebenen Umständen nicht an.

c. Zu den Auswirkungen des Verschweigens der Voraussetzungen eines Zeugnisverweigerungsrechts

Hinzu kommt hier folgendes: Auch die Interessen der Allgemeinheit verlangen, dass dem Einfluss eines Zeugen auf ein Strafverfahren dort Grenzen gezogen werden, wo seine eigenen schutzwürdigen Interessen dies nicht mehr zwingend gebieten (BGHSt 2, 99, 108; vgl. BGHSt 25, 176, 177). Insbesondere in Fällen unlauterer Manipulationen gebührt dem Grundsatz der Wahrheitserforschung, der zum Schutz der Allgemeinheit die Aufklärung, Verfolgung und gerechte Ahndung von Straftaten unter Verwendung aller verfügbaren Beweismittel fordert, Vorrang vor den Interessen des Zeugen, der sich pflichtwidrig durch sein Verhalten zum "Herrn des Verfahrens" zu machen sucht, um durch sein Verhalten die gebotene Wahrheitsermittlung

zu vereiteln (BGHSt 45, 342, 347; siehe auch BGHSt 25, 176, 177). Das gilt auch für den Fall des wahrheitswidrigen Verschweigens eines Verlöbnisses und der späteren Aussagebereitschaft des Zeugen (vgl. schon OLG Oldenburg NJW 1967, 1872).

Würde das auf das Verhalten des Zeugen zurück zu führende Unterbleiben der Belehrung generell ohne Rücksicht auf den Einzelfall zur Unverwertbarkeit dieser Bekundungen führen, während seine sonstigen Angaben der Beweiswürdigung zugrundegelegt werden müssten, läge es in der Hand des Zeugen, dem Gericht bestimmte Beweise vorzuenthalten, während er ihm andere "aufnötigt". Hätte die Zeugin bei ihrer früheren richterlichen Vernehmung eine die Belehrung nach § 52 Abs. 3 StPO gebietende Verlobung nicht verschwiegen, wäre sie unzweifelhaft über ihr Zeugnisverweigerungsrecht belehrt worden. Sie hätte auch nach Belehrung, wie die Umstände der Aussage belegen, ausgesagt. Denn die Zeugin war nach der schweren Misshandlung durch den Angeklagten selbst zur Anzeigeerstattung bei der Kriminalpolizei erschienen, auch in der kurzfristig anberaumten Vernehmung durch den Ermittlungsrichter war sie noch voller Entsetzen über das Vorgehen des Angeklagten. Sie hat zusätzlich ihr Verlangen nach einer Bestrafung des Angeklagten ausdrücklich durch ihren Antrag auf Zulassung als Nebenklägerin bekundet.

d. Kein Verstoß gegen Beweisverwertungsverbote

Die Angaben der Zeugin bei ihrer früheren Vernehmung durch den Ermittlungsrichter, die durch Bekundungen weiterer Zeugen, denen die Zeugin W von den Vorfällen berichtet hat, erhärtet wurden, konnten deshalb ohne Verstoß gegen ein Verwertungsverbot der Beweiswürdigung zugrunde gelegt werden. [...]

*Urteile in Fallstruktur***Standort: Öffentliches Recht Problem: Verfassungsbeschwerde eines Abgeordneten**

BVERFG, URTEIL VOM 30.07.2003

2 BVR 508/01 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Das BVerfG hatte über eine Verfassungsbeschwerde des SPD-Obmanns im sogen. "Parteispenden"-Untersuchungsausschuss des Deutschen Bundestages, MdB Frank Hofmann (Bf.), zu entscheiden, mit der dieser sich gegen die Beschlagnahme von dienstlichen Unterlagen aus dem Gewahrsam seines persönlichen Referenten wendete. Besagter Referent stand in dem Verdacht, Dienstgeheimnisse an die Presse verraten zu haben. Um diesen Verdacht zu klären, beschlagnahmte die Staatsanwaltschaft nach einer Durchsichtung in dessen Büro- und Privaträumen diverse Dokumente. Der Fall weist mehrere hochinteressante, vom BVerfG - soweit ersichtlich - erstmalig entschiedene Probleme auf:

1. Zunächst war schon fraglich, ob der Bf. überhaupt im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde beteiligtenfähig war. Dies ist nach Art. 93 I Nr. 4a GG "jedermann", wobei darunter jede grundrechtsfähige Person zu verstehen ist. Als Abgeordneter des Deutschen Bundestages ist der Bf. aber grds. staatliches Organmitglied und daher gerade nicht grundrechtsberechtigt. Folglich hätte ein Organstreitverfahren einschlägig sein können. Die Staatsanwaltschaft ist aber nicht beteiligtenfähig in einem solchen, so dass der Bf. gegen die von dieser durchgeführte Beschlagnahme vor dem BVerfG rechtsschutzlos gestellt wäre. Um dies zu verhindern, erklärt das BVerfG auch Abgeordnete in ihrer Eigenschaft als solche zu "jedermann", wenn sie ihre Abgeordnetenrechte nicht anderweitig geltend machen können. Dieser Schritt wird sicherlich viel Aufsehen erregen und zahlreiche Fragen nach sich ziehen.

2. Erwähnt werden soll ferner, dass Durchsuchungen und Beschlagnahmen in den Räumen des Deutschen Bundestages gem. Art. 40 II 2 GG vom Bundestagspräsidenten genehmigt werden müssen. Gegen diese Durchsuchungsgenehmigung kommt ohne Weiteres ein Organstreitverfahren in Betracht, da sich insoweit zwei hierin beteiligtenfähige Verfassungsorgane - Abgeordneter und Bundestagspräsident - gegenüber stehen. Dieser - vom Bf. übrigens tatsächlich parallel be-

schriftene - Weg ist aber nicht rechtsschutzidentisch mit der Verfassungsbeschwerde: Prozessual richten sie sich gegen verschiedene Akte (Genehmigung der Beschlagnahme und Beschlagnahme selbst) und verschiedene Antragsgegner (Bundestagspräsident und Staatsanwaltschaft), materiell-inhaltlich betreibt das BVerfG bei Art. 40 II 2 GG nur eine Evidenzkontrolle, während es die Verfassungsmäßigkeit der Beschlagnahme voll überprüft. Beide Fälle sind daher streng zu trennen. An dieser Stelle geht es nur um die Verfassungsbeschwerde. Näheres zum Organstreitverfahren findet sich oben im öffentlich-rechtlichen Teil dieses Heftes, wo selbiges gesondert wiedergegeben ist.

3. Art. 47 S. 2 GG ist weder Grundrecht noch "grundrechtsgleiches" Recht i.S.d. Art. 93 I Nr. 4a GG, so dass auch die Beschwerdebefugnis problematisch war. Das BVerfG bejaht aber auch diese, weil Art. 47 S. 2 GG mit dem "freien Mandat" aus Art. 38 I 2 GG untrennbar verbunden sei. Art. 38 GG ist als "grundrechtsgleiches" Recht in Art. 93 I Nr. 4a GG genannt, wengleich der Fall insoweit exotisch ist, als herkömmlicherweise darunter eine Bezugnahme auf Art. 38 I 1 GG, also die Wahlrechtsgrundsätze, verstanden wird.

4. Schließlich war die Frage zu klären, ob Art. 47 S. 2 GG nur vor der Beschlagnahme solcher Dokumente schützt, die sich in unmittelbarem Gewahrsam des Abgeordneten befinden, oder auch bei solchen gilt, die sich - wie hier - bei einem Mitarbeiter finden. Das BVerfG hat diese Frage erstmals entschieden, und zwar in dem Sinne, dass (nur) solche Dokumente nicht Beschlagnahmt werden dürfen, die sich noch im Gebäude des Deutschen Bundestages befinden. In den Privaträumen des Mitarbeiters hingegen sei der Gewahrsam des Abgeordneten so weit gelockert, dass Art. 47 S. 2 GG keine Anwendung mehr finden könne.

5. Das Urteil ist hier insoweit verkürzt wieder gegeben, als nur die Vb. des Bf. berücksichtigt wurde. Selbiger hatten sich im Originalfall noch die übrigen 12 SPD-Mitglieder des "Parteispenden"-Untersuchungsausschusses angeschlossen. Deren Anträge hat das BVerfG jedoch als unzulässig zurückgewiesen.

Prüfungsrelevanz:

Das Urteil ist von überragender Prüfungsrelevanz, weil

es mit dem "Parteispenden"-Untersuchungsausschuss ein in der Öffentlichkeit sehr prominentes Thema betrifft und zugleich zahlreiche neue juristische Probleme behandelt. Das BVerfG hat erstmals entschieden, dass Art. 47 S. 2 GG von Abgeordneten mit einer Verfassungsbeschwerde durchgesetzt werden kann, obwohl die Norm in Art. 93 I Nr. 4a GG nicht genannt ist. Die Konstruktion über Art. 38 I 2 GG sollte sich jeder Examenskandidat unbedingt einprägen. Auch muss man nun die Frage stellen, ob - wie der 1. Leitsatz suggerieren mag - dass den Abgeordneten eine Verfassungsbeschwerde immer möglich sein soll, wenn andere Verfahren vor dem BVerfG ausscheiden. Es lassen sich ja eine Vielzahl hoheitlicher (insbes. polizeilicher) Maßnahmen denken, die den Abgeordneten in seiner Mandatsausübung stören könnten.

Auf das oben im öffentlich-rechtlichen Teil wiedergegebene Organstreitverfahren sei an dieser Stelle ebenfalls noch einmal hingewiesen, da es sich für Prüfungszwecke ebenso eignet.

Vertiefungshinweise:

Ermittlungsverfahren gegen Bundestagsabgeordnete (Profalla): *BVerfG*, RA 2002, 139 = DVBl 2002, 193

Zu Art. 47 GG: *Groß*, AfP 1965, 542

Kursprogramm:

Examenskurs: "Neue Heimat analog"

Leitsätze:

1. Soweit ein Abgeordneter die Verletzung eines Rechts, das sich aus seinem Status ergibt, in keinem anderen Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht geltend machen kann, ist die Verfassungsbeschwerde statthaft.

2. In den Räumen des Bundestags hat der Abgeordnete unmittelbare Herrschaftsmacht über Schriftstücke im Sinne des Art. 47 Satz 2 GG, die seinem Direktionsrecht unterliegen. Solche Schriftstücke dürfen in den Räumlichkeiten des Bundestags auch bei dem Mitarbeiter eines Abgeordneten nicht beschlagnahmt werden.

3. Soweit sich Schriftstücke außerhalb der Räume des Bundestags bei einem Mitarbeiter befinden, ist die rechtliche und tatsächliche Beherrschungsmöglichkeit des Abgeordneten soweit gelockert, dass der Schutzbereich des Art. 47 GG verlassen wird.

Sachverhalt:

Am 5. Mai 2000 wurde in einem Leitartikel der Süd-

deutschen Zeitung berichtet, hohe Stellen der Justiz des Freistaats Bayern hätten auf die Ermittlungen der Staatsanwaltschaft Augsburg gegen Schlüsselfiguren der sogen. "CDU-Spendenaffäre" Einfluss genommen. Daraufhin leitete die Staatsanwaltschaft beim Landgericht München I ein Ermittlungsverfahren wegen des Verdachts des Geheimnisverrats nach § 353 b Abs. 2 Nr. 1 StGB gegen Unbekannt ein. Im Rahmen der Ermittlungen ergaben sich Verdachtsmomente gegen einen Regierungsdirektor bei der Bundestagsverwaltung (Beschuldigter), der Presse die vertraulichen Informationen zugespielt und damit einen Geheimnisverrat begangen zu haben. Der Beschuldigte war dem Beschwerdeführer zu 1 (Bf.), seines Zeichens Mitglied des 14. Deutschen Bundestages und SPD-Obmann des von diesem eingesetzten "Parteispenden"-Untersuchungsausschusses, als koordinierender Referent und Mitarbeiter zugewiesen.

Mit Beschluss vom 17. Januar 2001 ordnete das Amtsgericht München die Durchsuchung der Wohnung und des Arbeitsplatzes des Beschuldigten in den Räumen des Deutschen Bundestags an. Die Durchsuchungsanordnung erstreckte sich auf sämtliche Unterlagen, die Auskunft darüber geben könnten, ob der Beschuldigte im Mai 2000 geheime Informationen an Journalisten der Süddeutschen Zeitung weitergegeben habe. Gleichzeitig wurde die Beschlagnahme dieser Unterlagen angeordnet. In der Folge erteilte der Bundestagspräsident auf Ersuchen des Leitenden Oberstaatsanwalts bei der Staatsanwaltschaft München I mündlich die Genehmigung der Durchsuchung und Beschlagnahme in den Räumen des Bundestags gemäß Art. 40 Abs. 2 Satz 2 GG. Daraufhin wurden am 7. Februar 2001 zeitgleich die Wohnung des Beschuldigten sowie sein Büro in den Räumen des Deutschen Bundestags durchsucht und aus beiden Räumlichkeiten diverse Gegenstände und Schriftstücke sichergestellt.

Der Bf. beantragte am 9. Februar 2001 beim Amtsgericht München, die Beschlagnahme der hinterlegten Gegenstände nicht richterlich zu bestätigen, hilfsweise, die Beschlagnahme dieser Gegenstände aufzuheben. Er argumentierte, die Beschlagnahme verstoße gegen Art. 47 S. 2 GG; dessen Schutz erstrecke sich auch auf solche Unterlagen, die sich nicht bei dem Abgeordneten selbst, sondern bei einem seiner Mitarbeiter befänden.

Das Amtsgericht half der Beschwerde nicht ab; mit Beschluss vom 16. Februar 2001 bestätigte das Landgericht München I die Beschlagnahme der in der Wohnung und im Büro des Beschuldigten sichgestellten Unterlagen und Gegenstände; zugleich verwarf es die Beschwerde des Bf. als unbegründet. Es argumentierte, nur Gegenstände im persönlichen Gewähr-

sam des Abgeordneten unterlägen dem Beschlagnahmeverbot. Hiergegen legte der Bf. noch eine weitere Beschwerde ein, die mit Beschluss vom 26. März 2001 durch das Oberlandesgericht München als unzulässig verworfen wurde. Durch Beschlüsse des Landgerichts München I vom 11. März 2003 und des Oberlandesgerichts München vom 4. Juni 2003 wurde die Zulassung der Anklage gegen den beschuldigten Mitarbeiter des Bf. schließlich wegen Eintritts der Verjährung abgelehnt.

Der Bf. erhob nun gegen den Beschluss des LG vom 16. Februar 2001 Verfassungsbeschwerde. Er berief sich auf seine Abgeordnetenrechte aus Art. 38 GG sowie das Beschlagnahmeverbot aus Art. 47 S. 2 GG. Mit Erfolg?

Lösung:

Die Verfassungsbeschwerde (Vb.) hat Erfolg, soweit sie zulässig und begründet ist.

A. Zulässigkeit

I. Zuständigkeit

Gem. Art. 93 I Nr. 4a GG i.V.m. §§ 13 Nr. 8a, 90 ff. BVerfGG ist das BVerfG für die Entscheidung über die Vb. zuständig.

II. Beteiligtenfähigkeit

Nach Art. 93 I Nr. 4a GG i.V.m. § 90 I BVerfGG kann "jedermann" Verfassungsbeschwerde erheben. "Jedermann" ist, wer grundrechtsfähig ist. Dazu gehören alle natürlichen Personen sowie juristische Personen nach Maßgabe des Art. 19 III GG. Der Bf. ist eine natürliche Person. Allerdings wäre er nicht beteiligtenfähig, soweit er nicht als natürliche Person, sondern als Abgeordneter des 14. Deutschen Bundestages und SPD-Obmann des "Parteispenden"-Untersuchungsausschusses auftritt. Insoweit ist er nämlich grds. nicht grundrechtsberechtigter Bürger, sondern Organteil des Deutschen Bundestages sowie des Untersuchungsausschusses. Grundrechtsberechtigt wäre er in dieser Eigenschaft im Normalfall nicht. Ihm stünde dann nur die Möglichkeit offen, ein Organstreitverfahren nach Art. 93 I Nr. 1 GG, gestützt auf seine organschaftlichen Rechte, anzustrengen. Das BVerfG nimmt zur Frage des Verhältnisses von Organstreitverfahren und Vb. ausführlich Stellung. Es hält hier i.E. die Verfassungsbeschwerde auch für Abgeordnete in ihrer Eigenschaft als solche ausnahmsweise für statthaft:

"Der Beschwerdeführer zu 1. kann nicht auf das Organstreitverfahren als vorrangige Rechtsschutzmög-

lichkeit verwiesen werden. Zwar muss der einzelne Abgeordnete die mit seinem verfassungsrechtlichen Status verbundenen Rechte grundsätzlich in dem dafür vorgesehenen Organstreitverfahren gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG geltend machen (vgl. BVerfGE 6, 445 [448]; 43, 142 [148]; 64, 301 [313]). Dies gilt jedoch nur, soweit der Abgeordnete mit obersten Staats- oder Verfassungsorganen, mit denen er in einem dem Organstreitverfahren zugänglichen Verfassungsrechtsverhältnis steht, um seine Statusrechte streitet. Insofern steht zum Schutz seiner Rechte ausschließlich das Organstreitverfahren zur Verfügung, denn die als außerordentlicher Rechtsbehelf des Bürgers gegen den Staat ausgestaltete Verfassungsbeschwerde ist kein Mittel zur Austragung von Meinungsunterschieden zwischen Staatsorganen (vgl. BVerfGE 15, 298 [302]; 43, 142 [148]; 64, 301 [312]).

Hier macht der Beschwerdeführer zu 1. jedoch nicht seine organschaftliche Stellung gegenüber einem im Organstreitverfahren parteifähigen Verfassungsorgan geltend. Vielmehr rügt er die Verletzung eines im fachgerichtlichen Verfahren zu berücksichtigenden subjektiven öffentlichen Rechts durch die öffentliche Gewalt. In diesem Fall muss dem Abgeordneten die verfassungsrechtliche Klärung der Frage, ob seine Rechte aus Art. 47 Satz 2 GG verletzt sind, im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde möglich sein. Andernfalls würde der Abgeordnete gegenüber dem Berufsheimnisträger benachteiligt; dieser hat die Möglichkeit, gegen eine Beeinträchtigung seines Zeugnisverweigerungsrechts durch staatliche Behörden nach Erschöpfung des Rechtswegs Verfassungsbeschwerde einzulegen. Das Interesse des Abgeordneten an der Geheimhaltung sein Amt betreffender Umstände ist gegenüber den anderen in § 53 StPO genannten Berufsheimnisträgern aber nicht deshalb ein wesentlich anderes, weil er ein Abgeordnetenmandat im Sinne von Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG bekleidet. [...]

Wollte man den Beschwerdeführer auf das Organstreitverfahren verweisen, wäre es ihm darüber hinaus versagt, gegen die Beschlagnahme von Schriftstücken außerhalb des Bundestags verfassungsgerichtlichen Rechtsschutz zu suchen. Eine derartige Beschränkung verfassungsgerichtlicher Kontrolle würde weder der Bedeutung der Abgeordnetenrechte aus Art. 47 GG gerecht noch ist sie durch den Wortlaut von Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG und die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zwingend vorgegeben (vgl. Schmidt-Bleibtreu, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, Stand: Juli 2002, § 90 Rn. 27).

[Anm.: Aus der Entscheidung des BVerfG wird

nicht deutlich, an welchem Prüfungspunkt der Zulässigkeit das Gericht das Verhältnis von Vb. und Organstreit erörtert. In der Kommentarliteratur (Sachs, GG, Art. 93 Rz. 71 m.w.N.) wird es jedoch wie hier an der Beteiligtenfähigkeit festgemacht.]

III. Beschwerdegegenstand

Tauglicher Beschwerdegegenstand kann nach Art. 93 I Nr. 4a GG i.V.m. § 90 I BVerfGG jeder Akt der öffentlichen Gewalt sein. Die öffentliche Gewalt teilt sich gem. Art. 20 II GG in Exekutive, Legislative und Judikative. Der Bf. hat eine Entscheidung des Landgerichts München I, also eines Organs der Rechtspflege, angegriffen. Sie stellt mithin einen tauglichen Beschwerdegegenstand dar. Gleiches gilt i.Ü. für die ihr zugrunde liegende Beschlagnahme, die sie bestätigt hat und die ihr Schicksal teilt, ohne dass es insoweit einer Differenzierung bedarf.

IV. Beschwerdebefugnis

Ferner müsste der Bf. geltend machen können, in seinen Grundrechten oder den in Art. 93 I Nr. 4a GG genannten Rechten verletzt zu sein. Zur Geltendmachung in diesem Sinne genügt die Möglichkeit einer Verletzung dieser Rechte. Bereits diese ist allerdings fraglich, weil der vom Bf. gerügte Art. 47 S. 2 GG weder ein Grundrecht i.S.d. Art. 1 - 19 GG darstellt noch zu den in Art. 93 I Nr. 4a GG genannten Rechten gehört. Genannt ist dort jedoch Art. 38 GG, auf den er sich ebenfalls beruft. Dieser konstituiert in Art. 38 I 2 GG das sogen. "freie Mandat", aus dem sich elementare Rechte eines jeden Abgeordneten ableiten lassen. Das BVerfG ist der Ansicht, dass Art. 47 GG als Ausprägung desselben im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde mit geltend gemacht werden kann:

"Der Beschwerdeführer zu 1. rügt eine Verletzung seiner Rechte aus Art. 38 Abs. 1 Satz 2 in Verbindung mit Art. 47 Satz 2 GG. Zwar handelt es sich bei der zuletzt genannten Vorschrift weder um ein Grundrecht noch um ein grundrechtsgleiches Recht. Zeugnisverweigerungsrecht und Beschlagnahmeverbot nach Art. 47 GG dienen jedoch dem Schutz des für die Wahrnehmung der Aufgaben der Abgeordneten unverzichtbaren Vertrauensverhältnisses zwischen ihnen und ihren Wählern. Es handelt sich also um Ausprägungen des verfassungsrechtlichen Status des Abgeordneten aus Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG (vgl. Achterberg/Schulte, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Bonner Grundgesetz, Bd. 2, 4. Aufl. 2000, Art. 47 Rn. 2). Als solche stellen sie subjektiv-öffentliche Rechte der Abgeordneten dar (vgl. Maunz, in: Maunz-Dürig, Grundgesetz, Art. 47 Rn. 2; Umbach, in: Dolzer/Vogel/Graßhof [Hrsg.], Bonner Kommentar zum

GG, Art. 47 Rn. 4, m.w.N.). Art. 38 GG ist seinerseits von § 90 Abs. 1 BVerfGG insoweit mit umfasst, als diese Norm in ähnlicher Weise wie die übrigen Vorschriften des Grundgesetzes, in die sie eingereiht ist, Individualrechte garantiert (vgl. BVerfGE 6, 445 [448]). Dies geschieht nicht nur durch Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG, sondern auch durch Art. 38 Abs. 1 Satz 2 in Verbindung mit Art. 47 GG. Denn Zeugnisverweigerungsrecht und Beschlagnahmeverbot nach Art. 47 GG stellen Individualrechte dar, die zwar nicht "jedermann", wohl aber jeder Abgeordnete für sich in Anspruch nehmen kann."

V. Rechtswegerschöpfung

Der Bf. hat den Rechtsweg gem. § 90 II BVerfGG durch erfolglose Rechtsbehelfe vor dem AG, LG und OLG erschöpft. Weitere prozessuale Mittel zur Vermeidung einer Vb. standen ihm nicht offen.

VI. Form und Frist

Von der Einhaltung der Formalien nach § 23 BVerfGG und der Monatsfrist des § 93 I BVerfGG ist mangels gegenteiliger Anhaltspunkte im Sachverhalt auszugehen.

VII. Rechtsschutzinteresse

"Durch die Nichtzulassung der Anklage gegen den Mitarbeiter des Beschwerdeführers zu 1. ist das Rechtsschutzinteresse an der Feststellung der Verfassungswidrigkeit des angegriffenen Beschlusses nicht entfallen, weil andernfalls die Klärung einer verfassungsrechtlichen Frage von grundsätzlicher Bedeutung unterbliebe und der gerügte Grundrechtseingriff besonders belastend erscheint (BVerfGE 81, 138 [140])."

Die Vb. ist daher zulässig.

B. Begründetheit

Die Verfassungsbeschwerde ist begründet, soweit der Bf. in einem Grundrecht oder grundrechtsgleichem Recht verletzt ist. Also solches kommt hier das "freie Mandat" in Ausprägung des Beschlagnahmeverbots nach Art. 38 I 2 i.V.m. 47 S. 2 GG in Betracht. Dann müsste in den Schutzbereich dieses Rechts in nicht gerechtfertigter Weise eingegriffen worden sein.

I. Schutzbereich betroffen

1. Schriftstücke

Das Beschlagnahmeverbot gilt zunächst nur für "Schriftstücke". Hierzu gehören alle körperlich verfestigten Gedankenerklärungen, also neben Dokumen-

ten auch Ton- und Bildträger sowie elektronische Speichermedien wie Computer-Festplatten usw. Auf Material oder Aufzeichnungsform kommt es nach dem Schutzzweck der Norm nicht an. Die beim Mitarbeiter des Bf. beschlagnahmten Dokumente sind mithin Schriftstücke in diesem Sinne.

2. Des Abgeordneten

Fraglich ist jedoch, ob sich diese Schriftstücke auch im persönlichen Gewahrsam des Abgeordneten befinden haben müssen. Diese Interpretation legt die Bezugnahme des Art. 47 S. 2 GG auf Art. 47 S. 1 GG nahe, indem es ausdrücklich heißt, das Beschlagnahmeverbot gelte nur, soweit das Zeugnisverweigerungsrecht reiche. Dieses steht aber - schon nach dem eindeutigen Wortlaut - nur dem Abgeordneten persönlich zu.

a. Zusammenhang mit freiem Mandat und Zeugnisverweigerungsrecht

Auch das BVerfG betont, dass Art. 47 S. 2 GG in engem Zusammenhang mit den Abgeordnetenrechten aus Art. 38 I 2 GG und 47 S. 1 GG steht:

“Art. 47 GG verleiht dem Abgeordneten ein besonderes Zeugnisverweigerungsrecht und ein korrespondierendes Beschlagnahmeprivileg für Schriftstücke. Mit diesem Recht schützt die Verfassung das Vertrauensverhältnis, das im Einzelfall zwischen dem Abgeordneten und einem Dritten in Rücksicht auf die Mandatsausübung zustande gekommen ist (vgl. Badura, Die Stellung des Abgeordneten nach dem Grundgesetz und den Abgeordnetengesetzen in Bund und Ländern, in: Schneider/Zeh, Parlamentsrecht und Parlamentspraxis in der Bundesrepublik Deutschland, 1989, § 15 Rn. 61). Zeugnisverweigerungsrecht und Beschlagnahmeprivileg stärken das freie Mandat; sie schützen zugleich die ungestörte parlamentarische Arbeit und die Repräsentationsmächtigkeit der Volksvertretung. Art. 47 GG verstärkt insofern das freie Mandat des Abgeordneten aus Art. 38 Abs. 1 GG und gewährleistet zugleich dem Bundestag als Verfassungsorgan einen Funktionsschutz. Der Abgeordnete ist durch Art. 47 GG zwar nicht gehindert, über geschützte Vorgänge auszusagen oder entsprechende Schriftstücke freiwillig herauszugeben. Gegen seinen Willen allerdings ist eine Beschlagnahme von gegenständlich verfestigten Mitteilungen aus dem Vertrauensverhältnis zwischen Abgeordnetem und Dritten nur dann - mit Genehmigung des Bundestags - zulässig, wenn der Mandatsträger selbst einer Straftat verdächtig ist; dann fehlt ihm die Zeugeneigenschaft.”

b. Erstreckung auf Dokumente im Drittgewahrsam

Fraglich ist jedoch, ob allein deswegen Dokumente im

Drittgewahrsam nicht in den Schutzbereich des Art. 47 S. 2 GG fallen. Das BVerfG entscheidet diese Streitfrage im Sinne einer vermittelnden Auffassung, wonach jedenfalls solche Schriftstücke noch geschützt sind, die sich zwar im Gewahrsam von Mitarbeitern, aber noch in den Räumlichkeiten des Deutschen Bundestages befinden. Für Unterlagen außerhalb derselben ist Art. 47 S. 2 GG hingegen nicht einschlägig:

aa. Schriftstücke in den Räumlichkeiten des Deutschen Bundestages

“Umstritten ist die Frage, ob im Fall einer Ermittlung gegen einen beschuldigten Mitarbeiter des Abgeordneten auch auf Schriftstücke zugegriffen werden kann, die der Abgeordnete diesem im Rahmen seines Direktionsrechts überlassen hat. Von der Beschlagnahme gemäß Art. 47 Satz 2 GG ausgenommen sind Gegenstände im funktionellen Herrschaftsbereich des Abgeordneten. Dort befinden sich auch diejenigen Gegenstände, die dessen Mitarbeiter unter dem Direktionsrecht des Abgeordneten in den Räumen des Bundestags für diesen besitzt. Innerhalb der Räumlichkeit des Bundestags hat der Abgeordnete an Schriftstücken, die seinem Direktionsrecht unterliegen, die für die Anwendung des Art. 47 GG zu fordernde Herrschaftsmacht. Er beherrscht die Schriftstücke mit seinem Weisungsrecht in unmittelbarer Weise. Der Abgeordnete darf jederzeit das Büro seines Mitarbeiters betreten und die Schriftstücke an sich nehmen, die er diesem in Zusammenhang mit seiner Mandatsausübung überlassen hat; der Mitarbeiter vermag dem kein eigenes Besitzrecht entgegenzuhalten.”

bb. Schriftstücke außerhalb der Räumlichkeiten des Deutschen Bundestages

“Soweit sich Schriftstücke außerhalb der Räume des Bundestags bei einem Mitarbeiter befinden, ist die rechtliche und tatsächliche Beherrschungsmöglichkeit des Abgeordneten soweit gelockert, dass der Schutzbereich des Art. 47 GG verlassen wird. Insbesondere in den durch Art. 13 GG geschützten Wohnräumen des Mitarbeiters kann der Abgeordnete nicht mehr ohne dessen Einwilligung auf die Schriftstücke zugreifen. Der Abgeordnete, der dem Mitarbeiter gestattet, vertrauliche Schriftstücke aus der Beherrschungssphäre des Bundestags zu verbringen, oder entsprechende Eigenmächtigkeiten des Mitarbeiters nicht wirksam verhindert, lockert selbst seine nach Art. 47 GG vorausgesetzte Herrschaft über Schriftstücke, die beschlagnahmefrei sind.”

Mithin sind (nur) die Schriftstücke vom Schutzbereich des Art. 38 I 2 i.V.m. 47 S. 2 GG umfasst, die im Büro

des Mitarbeiters des Bf. beschlagnahmt wurden, nicht jedoch die in dessen Privatwohnung gefundenen Dokumente.

II. Eingriff

Indem die Schriftstücke aus dem Büro des Mitarbeiters gleichwohl beschlagnahmt wurden, ist der Schutzbereich des Beschlagnahmeverbots auch verkürzt worden.

III. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Fraglich ist, ob dieser Eingriff durch Schranken des Beschlagnahmeverbots gedeckt ist. Als solche käme - da ein Gesetzesvorbehalt nicht existiert - allenfalls kollidierendes Verfassungsrecht in Betracht. Solches ist hier aber nicht ersichtlich. Es ging vielmehr um die Ermittlung der persönlichen Strafbarkeit des Mitarbeiters des Bf:

“Mit dem Gewahrsamsbegriff, den der angegriffene Beschluss zu Grunde legt, hat das Landgericht den besonderen Schutzgehalt von Art. 47 GG gerade auch in seiner Bedeutung als Funktionsschutz der parlamen-

tarischen Arbeit verkannt. Schriftstücke, für die der Abgeordnete glaubhaft macht, dass sie ihm im Zusammenhang mit seiner parlamentarischen Arbeit anvertraut sind, dürfen in den Räumlichkeiten des Bundestags bei dem Mitarbeiter eines Abgeordneten nicht beschlagnahmt werden. Diese Begrenzung hätte bereits das die Durchsuchung anordnende Amtsgericht aussprechen müssen; jedenfalls hätte das Landgericht entsprechend erkennen müssen.”

C. Ergebnis

Soweit Dokumente im Büro des Mitarbeiters des Bf. beschlagnahmt wurden, ist die Vb. des Bf. begründet. Soweit sie sich gegen die Bestätigung der Beschlagnahme in der Wohnung des Mitarbeiters richtet, ist sie unbegründet.

[Anm.: Das BVerfG hat im Entscheidungstenor seines Urteils den Beschluss des LG insgesamt aufgehoben und die Sache zur nochmaligen Entscheidung an das LG zurückverwiesen.]

Standort: Zivilrecht

Problem: Annahmeverzug trotz Leistungsverzögerung

BGH, URTEIL VOM 19.12.2002
VII ZR 440/01 (NJW 2003, 1601)

Problemdarstellung:

In diesem Revisionsverfahren hatte der BGH über die Entschädigungsforderung eines klagenden Bauunternehmens gegenüber der Bestellerin wegen Verzögerungen durch einen Vorunternehmer gem. § 642 BGB zu befinden. Die Bekl. beauftragte die Kl. mit Trockenbauarbeiten unter Einschluss der VOB/B. Wegen einer Verzögerung verlangt die Kl. Entschädigung für die ungenutzte Bereitstellung von Bau- und Projektleistung sowie von Mannschafts- und Bürocontainern, da in der Zeit vom 16.01. bis zum 19.07.1995 die Baustelle wegen des Ausfalls des Vorunternehmers für Heizung nicht ausreichend beheizt war.

Das BerGer. verneinte einen Entschädigungsanspruch, da es einen schlüssigen Vortrag der Kl. zum Umfang der Behinderung bzw. der Verhinderung ihrer eigenen Arbeiten vermisste. Der BGH hingegen lässt die einfache Ausführung, dass die Kl. ohne die Behinderung rechtzeitig zum 13.01.1995 fertig geworden wäre ausreichen, wenn die Bekl. ihre Mitwirkungspflicht erfüllt hätte. Ein detaillierter Vortrag der Kl., z.B. darüber ob nicht wenigstens teilweise die Trockenbauarbeiten hätten durchgeführt werden können oder nicht, ist irrele-

vant. Denn das ändert nichts daran, dass die Fertigstellung der gesamten Arbeiten durch den Ausfall des Vorunternehmers verzögert worden sind.

Hinsichtlich des anspruchsbegründenden Annahmeverzugs gem. §§ 293 ff. BGB erklärt der BGH, dass neben der Behinderungsanzeige (§ 6 Nr. 1 VOB/B) ein wörtliches Angebot gem. § 295 BGB ausreichend ist, wenn eine Mitwirkungshandlung des Gläubigers erforderlich ist. Es kann auch dadurch zum Ausdruck gebracht werden, dass der Auftragnehmer seine Mitarbeiter auf der Baustelle zur Verfügung hält und zu erkennen gibt, dass er bereit und in der Lage ist, seine Leistung zu erbringen. Eine Behinderungsanzeige ist entbehrlich, wenn dem Auftraggeber offenkundig die Tatsache und deren hindernde Wirkung bekannt waren, § 6 Nr. 1 S. 2 VOB/B.

Prüfungsrelevanz:

Zu den klassischen Ausbildungs- und Examensthemen gehören die Leistungsstörungen bzw. Pflichtverletzungen, wie z.B. der Annahmeverzug gem. §§ 293 ff. BGB. Auch der Gläubiger eines Schuldverhältnisses kann in Verzug geraten, wenn er die ihm ordnungsgemäß erbrachte Leistung nicht annimmt. Voraussetzung ist, dass die Leistung dem Schuldner nicht unmöglich ist und dem Gläubiger so angeboten wird, wie

sie tatsächlich zu bewirken ist, § 294 BGB. Ein wörtliches Angebot gem. § 295 BGB genügt nur, wenn der Gläubiger bereits erklärt hat, er werde die Leistung nicht annehmen, oder wenn die Mitwirkung des Gläubigers erforderlich ist. Ist für diese Mitwirkung des Gläubigers eine Zeit nach dem Kalender bestimmt, so kommt der Gläubiger sogar ohne weiteres Angebot in Annahmeverzug, wenn er diese Mitwirkungshandlung nicht rechtzeitig vornimmt. Ein Verschulden des Gläubigers am Annahmeverzug ist nicht erforderlich, da es sich dabei um eine bloße Obliegenheit des Gläubigers handelt.

Annahmeverzug gem. §§ 293 ff. BGB ist Voraussetzung für weitere Ansprüche oder sonstige Rechtsfolgen, wie z.B. dem Entschädigungsanspruchs des Werkunternehmers gem. § 642 BGB.

Vertiefungshinweis:

Zu dieser Problematik: *Kleine-Möller*, NZBau 2000, 401

Kursprogramm:

Examenskurs: "Scherbenhaufen"

Leitsätze:

1. Kann der Auftragnehmer wegen fehlender Vorunternehmerleistungen seine Leistungen nicht erbringen, genügt neben einer nach § 6 Nr. 1 VOBIB etwa erforderlichen Behinderungsanzeige gem. § 295 BGB ein wörtliches Angebot der Leistung, um den Annahmeverzug des Auftraggebers zu begründen.

2. Für ein wörtliches Angebot kann es genügen, dass der Auftragnehmer seine Mitarbeiter auf der Baustelle zur Verfügung hält und zu erkennen gibt, dass er bereit und in der Lage ist, seine Leistung zu erbringen.

Sachverhalt:

Die Kl. fordert wegen einer Bauzeitverlängerung Schadensersatz und Entschädigung. Die Bekl. beauftragte die Kl. mit Trockenbauarbeiten. Die VOB/B wurde vereinbart. Es war eine Bauzeit von 17 Wochen vorgesehen. Die Klägerin begann mit den Arbeiten am 19. 9. 1994. Die Leistungen wurden am 19. 7. 1995 fertig gestellt. Die Kl. beansprucht für die Zeit vom 16. 1. 1995 bis zum 19. 7. 1995 den Ersatz von Kosten für die Bauleitung und Projektleitung in Höhe von 105 661,41 DM und für Mannschafts- und Bürocontainer in Höhe von 4455 DM. Nach ihrer Behauptung sind ihre Arbeiten über den 16. 1. 1995 hinaus verzögert worden, weil die Baustelle infolge des Ausfalls des mit

den Gewerken Heizung, Sanitär und Lüftung beauftragten Unternehmens nicht oder nur unzureichend beheizt worden sei. Außerdem hätten sich die Arbeiten an der Lüftung verzögert. Die letzten Lüftungsschienen seien erst Ende Mai 1995 installiert worden. Vorher hätte sie die Arbeit an den abgehängten Decken nicht fertig stellen können. Sie macht die Bekl. für die Verzögerung verantwortlich, weil diese die Baustelle nicht richtig koordiniert habe. Jedenfalls stehe ihr ein Entschädigungsanspruch zu.

Hat die Kl. einen Anspruch gegen die Bekl. auf Zahlung von 110.116,41 DM?

Lösung:

Die Kl. könnte gegen die Bekl. einen Anspruch auf Entschädigung in Höhe von insgesamt 110.116,41 DM gem. § 642 I BGB haben.

A. Anzuwendendes Recht

Das maßgebliche Recht richtet sich nach den bis zum 31. 12. 2001 geltenden Gesetzen (Art. 229 § 5 S. 1 EGBGB, § 26 Nr. 7 EGZPO).

B. Abschluss eines wirksamen Werkvertrages

Zwischen den Parteien müsste ein wirksamer Werkvertrag i.S.d. §§ 631 ff. BGB abgeschlossen worden sein. Gegenstand eines Werkvertrages kann sowohl die Herstellung oder Veränderung einer Sache als auch ein anderer durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg sein, § 631 II BGB. Die Bekl. beauftragte die Kl. mit Trockenbauarbeiten an einem zu errichtenden Bauwerk. Arbeiten an einem Bauwerk sind klassische Werkleistungen (vgl. § 651 BGB). Damit ist ein Werkvertragsabschluss festzustellen.

Bezüglich der Wirksamkeit dieses Vertragsabschlusses bestehen keine Bedenken.

C. Erforderlichkeit einer Mitwirkungshandlung des Bestellers

Zudem müsste eine Mitwirkungshandlung der Bekl. als Bestellerin für die Werkherstellung erforderlich sein (Obliegenheit). Die Mitwirkung des Bestellers kann nach der Beschaffenheit des jeweiligen Werks nötig sein, z.B. Lieferung der Pläne oder Koordination bei einer Baustelle (Palandt-Thomas, § 642 BGB, Rz. 1). Der BGH führt hierzu aus:

“Nach § 642 I BGB kommt ein Entschädigungsanspruch des Unternehmers in Betracht, wenn sich der Besteller deshalb in Verzug der Annahme befindet, weil er das Baugrundstück für die Leistung des Auftragnehmers nicht rechtzeitig aufnahmebereit zur Verfügung stellt. Das gilt auch dann, wenn die Aufnahme-

bereitschaft fehlt, weil andere Unternehmer ihre Leistungen nicht oder nicht rechtzeitig erbracht haben (BGHZ 143,32 [39] = NJW 2000, 1336 = NZBau 2000, 187).“

Damit gehört die Aufnahmebereitschaft der Bekl. als Bauherrin zu ihrer Mitwirkungspflicht, d.h. sie müsste das fragliche Baugrundstück so zur Verfügung stellen, dass die Kl. als Unternehmerin ihre Werkleistung erbringen kann.

D. Unterlassen dieser Mitwirkungshandlung

Die Bekl. müsste die ihr obliegende Mitwirkungspflicht unterlassen haben. Nach Behauptung der Kl. sind ihre Arbeiten über den 16. 1. 1995 hinaus verzögert worden, weil die Baustelle infolge des Ausfalls des mit den Gewerken Heizung, Sanitär und Lüftung beauftragten Unternehmens nicht oder nur unzureichend beheizt worden sei. Außerdem hätten sich die Arbeiten an der Lüftung verzögert. Die letzten Lüftungsschienen seien erst Ende Mai 1995 installiert worden. Vorher hätte sie die Arbeit an den abgehängten Decken nicht fertig stellen können.

I. Ansicht des Berufungsgerichts

“Zwar stehe fest, dass Behinderungen vorgelegen hätten. Die Kl. habe jedoch nicht hinreichend dargelegt, inwieweit die Behinderungen zu der geltend gemachten Bauzeitverzögerung geführt hätten. Die Kl. habe auch nicht hinreichend vorgetragen, mit welcher Leistung sich die Bekl. in welchem Zeitraum in Annahmeverzug befunden habe und welche angebotenen Leistungen sie deshalb nicht habe erbringen können. Ihr stehe deshalb auch keine Entschädigung nach § 642 BGB zu.“

II. Ansicht des BGH

“Die Auffassung des BerGer., ein Entschädigungsanspruch aus § 642 BGB sei nicht schlüssig dargetan, weil die Kl. nicht hinreichend dargelegt habe, welche angebotene Leistung sie nicht habe erbringen können, hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.[...] Die Kl. hat schlüssig vorgetragen, dass die Bekl. ihre Mitwirkungspflicht, das Grundstück für die Leistung der Kl. aufnahmebereit zur Verfügung zu stellen, bis Mitte/Ende Mai 1995 nicht erfüllt hat. Nach der Behauptung der Kl. hätte sie die Leistung ohne die Behinderung bis zum 13. 1. 1995 fertig gestellt. Nach den Feststellungen des BerGer. wurden die Lüftungsschienen im Speisesaal und im Klubraum erst Mitte/ Ende Mai 1995 montiert. Die Fertigstellung der Deckenaufhängung war nicht möglich, bevor die Lüftungsschienen von einem anderen Unternehmer angebracht worden waren. Das BerGer. vermisst zu Unrecht einen Vor-

trag der Kl. dazu, ob in diesen Räumen die Deckenmontagen nicht wenigstens teilweise durchgeführt werden konnten. Auch wenn das der Fall war, ist der Vortrag nicht un schlüssig. Denn das ändert nichts daran, dass die Fertigstellung der Decken erst nach Anbringung der letzten Lüftungsschienen erfolgen konnte. Nach der Behauptung der Kl. konnten die Decken wegen der Verzögerung erst im Juli 1995 fertig gestellt werden. Der Klage auf Erstattung der Aufwendungen für die Bau- und Projektleitung sowie für die bis zur Räumung der Baustelle unterhaltenen Container liegt die weitere Behauptung zu Grunde, diese Aufwendungen seien bis zur Fertigstellung der Gesamtleistung notwendig gewesen. Ob das der Fall ist, ist offen und in der Revision zu Gunsten der Kl. zu unterstellen.“

Folglich ist eine für die Herstellung des von der Kl. geschuldeten Werkes (=Trockenbauarbeiten) geschuldete Mitwirkungshandlung der Bekl. unterlassen worden.

E. Annahmeverzug des Bestellers

Infolge der unterlassenen Mitwirkungshandlung müsste sich nunmehr die Bekl. im Annahmeverzug gem. §§ 293 ff. BGB befinden.

I. Schuldverhältnis mit erfüllbarer Leistungspflicht

Dafür müsste zunächst zwischen den Parteien ein Schuldverhältnis mit einer erfüllbaren Leistungspflicht festzustellen sein. Die beiden Parteien haben einen Werkvertrag über Trockenbauarbeiten an einem Bauwerk geschlossen (§§ 631 ff. BGB) und damit ein vertragliches Schuldverhältnis begründet. Aus diesem Vertrag erwuchs für die Kl. die Werkleistungspflicht zur Vornahme der fraglichen Trockenbauarbeiten, die gem. § 271 II BGB auch sogleich erfüllbar war.

II. Angebot des Schuldners

Die Kl. als Schuldnerin der Trockenbauarbeiten müsste der Bekl. ein ordnungsgemäßes Angebot i.S.d. §§ 294 ff. BGB gemacht haben. In diesem Fall könnte ein wörtliches Angebot nach § 295 BGB in Betracht kommen. Ein wörtliches Angebot reicht danach zur Begründung von Annahmeverzug aus, wenn der Gläubiger erklärt hat, dass er die Leistung nicht annehmen werde, oder wenn zur Bewirkung der Leistung eine Handlung des Gläubigers erforderlich ist, insbesondere bei Holschulden durch die Abholung.

Der BGH führt dazu aus:

“Das BerGer. hat keine Feststellungen dazu getroffen, inwieweit die Kl. ihre Leistungen zur Deckenaufhängung in einer den Annahmeverzug begründenden Weise angeboten hat. Grundsätzlich ist ein Angebot der

Leistung nach §§ 294 bis 296, 299 BGB sowie bei einem VOB-Vertrag notwendig, dass der Auftragnehmer gem. § 6 Nr. 1 VOB/B anzeigt, wenn er wegen hindernder Umstände zur Leistungserbringung nicht imstande ist (BGHZ 143, 32 [41]). Ein wörtliches Angebot der Leistung genügt nach § 295 BGB, wenn eine Mitwirkungshandlung des Gläubigers erforderlich ist. Es kann auch dadurch zum Ausdruck gebracht werden, dass der Auftragnehmer seine Mitarbeiter auf der Baustelle zur Verfügung hält und zu erkennen gibt, dass er bereit und in der Lage ist, seine Leistung zu erbringen. Eine Behinderungsanzeige ist entbehrlich, wenn dem Auftraggeber offenkundig die Tatsache und deren hindernde Wirkung bekannt waren, § 6 Nr. 1 S. 2 VOB/B. Danach kommt ein Annahmeverzug der Bekl. in Betracht. Die Kl. hat nach ihrer Behauptung ihre Mitarbeiter ständig für die vertraglich geschuldeten Leistungen auf der Baustelle bereitgehalten und zum Ausdruck gebracht, dass sie bereit und in der Lage ist, die Leistungen fortwährend zu erbringen, sobald die Behinderungen beseitigt sind. Es liegt nahe, dass die Behinderung der Kl. durch den Ausfall des Vorunternehmers jedenfalls hinsichtlich der Deckenarbeiten offenkundig war. Nach der Darstellung der Kl. hat die Bekl. auf diese Behinderung durch den Bauzeitenplan Nr. 8 reagiert, der für die Deckenaufhängung neue Fertigstellungszeiten mit einer deutlichen Bauzeitverlängerung vorsah. Auf dieser Grundlage waren weder ein weiteres wörtliches Angebot noch eine Behinderungsanzeige notwendig, soweit es um diese Bauzeitverlängerung ging. Hinsichtlich des weiteren Annahmeverzugs während der im Bauzeitenplan Nr. 8 verlängerten Ausführungsfrist ergeben sich aus den vom BerGer. in Bezug genommenen Baubesprechungsprotokollen Hinweise der Kl. darauf, dass sie an der Fertigstellung der Decken auch - in der neu festgesetzten Zeit - wegen der fehlenden Lüftungsschienen gehindert war. Damit kann sie ausreichend deutlich zum Ausdruck gebracht haben, dass sie weiterhin bereit und in der Lage war, die Leistung zu erbringen und sie sich durch die fehlenden Lüftungsschienen behindert sah. “

Damit liegt ein wörtliches, aber ausreichendes Angebot der Kl. gem. § 295 BGB vor.

III. Leistungsvermögen des Schuldners, § 297 BGB

Die Kl. als Schuldnerin der werkvertraglichen Trockenbauarbeiten war im fraglichen Zeitraum vom 16.01.1995 bis zum 19.07.1995 auch in der Lage und willig, die geschuldete Leistung zu erbringen.

IV. Nichtannahme der angebotenen Leistung

Die Bekl. als Gläubigerin dieser Werkleistung dürfte

dieses Leistungsangebot nicht angenommen haben. Eine solche Nichtannahme kann auch passiv dadurch erfolgen, dass der Gläubiger die notwendige Mitwirkungshandlung nicht vornimmt (Palandt-Heinrichs, § 293 BGB, Rz. 10). Für das Erbringen der Trockenbauarbeiten war die entsprechende Bereitstellung der Baustelle durch die Bekl. erforderlich, was diese aber unterlassen hat (s.o.). Die Tatsache, dass die unterlassene Bereitstellung der Baustelle durch eine Verzögerung des Vorunternehmers erfolgte, ist irrelevant, da es für den Annahmeverzug nicht auf ein Verschulden des Gläubigers ankommt (Palandt-Heinrichs, a.a.O.).

V. Keine bloß vorübergehende Annahmeverhinderung

Angesichts der Tatsache, dass die Nichtannahme des Leistungsangebots über sechs Monate andauerte, kann nicht von einer bloß vorübergehenden Annahmeverhinderung gem. § 299 BGB gesprochen werden.

F. Umfang der Entschädigung

Der Umfang des Entschädigungsanspruchs richtet sich gem. § 642 II BGB einerseits nach der Dauer des Verzuges und der Höhe der vereinbarten Vergütung, andererseits nach demjenigen, was der Unternehmer infolge des Verzuges an Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwerben kann. Dazu meint der BGH im Rahmen seiner Zurückverweisung an das BerGer.:

“Bei der Frage, inwieweit die Bauleitung und Projektleitung sowie die Unterhaltung der Container wegen eines etwaigen Annahmeverzugs aufrechterhalten werden mussten, wird das BerGer. den übrigen Streitstoff berücksichtigen müssen. Denn in diesem Zusammenhang kann es eine Rolle spielen, ob auch die sonstigen von der Kl. vorgebrachten Behinderungen zu Verzögerungen geführt haben, die es erforderlich machten, die Bauleitung und Projektleitung sowie die Unterhaltung der Container bis zur endgültigen Fertigstellung aufrechtzuerhalten. Auch insoweit ist darauf hinzuweisen, dass bereits nach dem von dem Architekten der Bekl. vorgelegten Bauzeitenplan sich die Fertigstellung der Trockenbauarbeiten um bis zu 18 Wochen verzögerte. Das BerGer. ist nicht gehindert, die Ursächlichkeit dieser Verzögerung allein oder jedenfalls ganz überwiegend darin zu sehen, dass es die unstreitigen Behinderungen bei der Beheizung des Bauwerks gegeben hat, § 287 ZPO (vgl. BGHZ 97, 163 [166]; BGHZ 121, 210 [214]).”

G. Ergebnis:

Die Kl. hat gegen die Bekl. einen Ersatzanspruch i.H.v. 110.116,41 DM gem. § 642 I BGB.

Standort: § 222 StGB**Problem: Fahrlässige aktive Sterbehilfe**

BGH, URTEIL VOM 20.05.2003

5 STR 66/03 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte im vorliegenden Fall war als Zivildienstleistender für das Opfer, einen bewegungsunfähigen Schwerstbehinderten, zuständig. Dieser wollte sich töten und spiegelte deshalb dem Angeklagten vor, sexuell davon erregt zu werden, wenn er - nur in Plastiksäcke gehüllt - in einen Müllcontainer gelegt würde. Er bat den Angeklagten darum, ihm einen entsprechenden Dienst zu erweisen und erklärte, dies in der Vergangenheit schon des öfteren gemacht zu haben und dass es dabei nie zu Verletzungen gekommen sei. Der Angeklagte glaubte dem Opfer, kleidete dieses in Müllsäcke und legte es in einen Müllcontainer. Entgegen seiner Erwartungen (aber entsprechend dem Plan des Opfers) verstarb dieses jedoch. Das LG hatte den Angeklagten vom Vorwurf einer fahrlässigen Tötung freigesprochen; der BGH hob dieses Urteil auf.

Prüfungsrelevanz:

Fragestellungen aus dem Bereich der Sterbehilfe (im weitesten Sinne) sind gerade in jüngerer Vergangenheit häufiger Gegenstand von Examensaufgaben (insb. Hausarbeiten) gewesen.

Ein zentrales Problem in diesem Bereich ist die Abgrenzung zwischen Fremdtötung des Suizidenten durch den Täter, die - jedenfalls über § 216 StGB - strafbar ist, und Teilnahme an einer Selbsttötung, die straflos ist, da der Suizid keine teilnahmefähige Haupttat darstellt (denn die §§ 211 ff. StGB setzten stets die Tötung eines anderen Menschen voraus, vgl. BGHSt 32, 262; Schönke/Schröder-Eser, Vor §§ 21 ff. Rn. 33 mwN).

Nach welchen Kriterien diese Abgrenzung durchzuführen ist, ist jedoch stark umstritten (vgl. den Überblick bei Schönke/Schröder-Eser, § 216 Rn. 11 f.)

Zwar besteht insofern Einigkeit, dass für diese Abgrenzung grds. dieselben Kriterien heranzuziehen sein müssten wie in anderen Fällen, in denen Täterschaft von Teilnahme abzugrenzen ist. Der BGH, der diese Abgrenzung normalerweise über den Täterwillen vornimmt (animus auctoris) und eine Täterschaft annimmt, wenn der Täter die als "als eigene" will (vgl. BGH, NStZ 1998, 597), musste insofern einräumen, dass es dem § 216 StGB immanent ist, dass der Täter sich dem Willen des Getöteten unterordnet, so dass dieses Kriterium hier versagt (BGHSt 19, 135). Deshalb

hat der BGH sich in diesen Fällen der ganz herrschenden Literatur angeschlossen und stellt nunmehr auf das Kriterium der Tatherrschaft ab (BGH, NJW 1987, 1092). Insofern komme es darauf an, wer das Geschehen tatsächlich beherrsche, so dass eine Täterschaft entfalle, wenn der Sterbewillige die freie Entscheidung über seinen Tod und die Kontrolle über den Geschehensablauf behalte. Auch im vorliegenden Fall hat der BGH die "Gefährdungsherrschaft" des Täters herangezogen und so die bisherige Rechtsprechung bestätigt. In der Literatur werden zu dieser Frage zahlreiche Abgrenzungsansätze vertreten, die jedoch meist auf bestimmte Fallkonstellationen zugeschnitten und nur schwer abstrahierbar sind. So wird teilweise als maßgebliches Kriterium auf eine "Quasi-Mittäterschaft des Opfers" abgestellt, die § 216 StGB ausschließen soll (Lackner/Kühl, § 216 Rn. 2; Roxin, NStZ 1987, 345). Ein anderer Ansatz besteht darin, § 216 StGB anzulehnen, wenn dem Opfer nach dem letzten fremden Beitrag noch die Möglichkeit verbleibt, sich dem tödlichen Erfolg zu entziehen (Schönke/Schröder-Eser, § 216 Rn. 11). Letztlich sind dies alles jedoch nur unterschiedlich nuancierte Prüfungen des (Nicht-) Bestehens einer Tatherrschaft.

Der BGH stellt in der vorliegenden Entscheidung klar, dass auch bei einem fahrlässigen Handeln diese Kriterien herangezogen werden müssen zur Abgrenzung einer (strafbaren) Fremdgefährdung des Opfers durch den Täter von der (straflosen) Förderung einer Selbstgefährdung (so auch OLG Nürnberg, NJW 2003, 454).

Vertiefungshinweise:

Zur Abgrenzung von Fremdtötung und Teilnahme an Selbsttötung (insb. bei Fahrlässigkeit): BGHSt 19, 135; NJW 1987, 1092; NStZ 1995, 230; OLG Nürnberg, NJW 2003, 454; Dölling, GA 1984, 71; Herzberg, JuS 1988, 771; NStZ 1989, 559; Munoz Conde, ZStW 1994, 547; Neumann, JuS 1985, 677; Schroeder, ZStW 1994, 565

Kursprogramm:

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

Leitsatz:

Wer infolge einer Täuschung durch das Opfer vorsatzlos aktive Sterbehilfe leistet, nimmt nicht an einer tatbestandslosen Selbstgefährdung teil.

Sachverhalt:

Der 20 Jahre alte Angeklagte (A) übernahm als Zivildienstleistender am 13. Februar 2001 ohne besondere Vorbereitung für die Dauer von zwei Wochen in der Z in Hamburg die Tagesbetreuung (10.00 bis 16.30 Uhr) des 28 Jahre alten S. Dieser litt an stark ausgeprägter progressiver Muskeldystrophie vom Typus Duchenne und vermochte neben einzelnen Fingern – diese aber ohne Kraft – nur noch Mund und Zunge zu bewegen. Seine Arme und Beine waren in Beugestellung fixiert. Deformationen des Brustkorbes und der Wirbelsäule und eine starke Reduzierung der Atemmuskulatur ließen nur noch eine Atmungskapazität von zehn Prozent eines Gesunden zu. Der Ausstoß von Kohlendioxid wurde durch ein zeitweise an die Nase angeschlossenes Beatmungsgerät gefördert. S verfügte über einen herausragenden Intellekt. Er konnte seine Vorstellungen genau artikulieren und dank seiner guten Menschenkenntnis einschätzen, an welche der Pflegekräfte er sich zu wenden hatte, um auch ausgefallene Wünsche zu verwirklichen. Schon im Dezember 1999 hatte er in einem elektronischen Brief einer ihm nahe stehenden Pflegehilfe eine Selbsttötungsphantasie mitgeteilt. Er hatte geschildert, dadurch sexuell erregt zu werden, dass er in zwei miteinander verklebten Müllsäcken verpackt mit zugeklebtem Mund in einen Behälter geworfen würde, um sodann – mit weiteren Müllsäcken bedeckt – anschließend durch die Müllabfuhr in die Verbrennungsanlage gebracht und dort verbrannt zu werden.

Er griff im Februar 2001 diese Gedanken auf und wollte sie mit Hilfe des A verwirklichen. Zunächst hatte er diesen gebeten, ihm statt einer Hose eine Plastiktüte über den Unterleib bis zur Hüfte zu ziehen. Nachdem er dem A erläutert hatte, gern Plastik auf der Haut zu spüren, kam A diesem Verlangen nach. Am 22. Februar 2001 gegen 12.15 Uhr äußerte S den Wunsch, ihn in Müllsäcke verpackt in einen Müllcontainer zu legen. Auf Nachfragen des A versicherte er, dies schon öfter gemacht zu haben, und dass seine Bergung aus dem Container am Nachmittag sicher sei. A erfüllte in dem Bestreben, dem ihm anvertrauten Schwerstbehinderten so gut wie möglich zu helfen, alle bestimmt vorgebrachten Anweisungen, ohne sie kritisch zu hinterfragen. Er packte S nackt in zwei Müllsäcke, schnitt eine Öffnung für den Kopf in den oberen Müllsack und verklebte beide Säcke. Bis auf eine kleine Öffnung verschloss er ferner - auf besonderen Wunsch S - dessen Mund mit Klebeband und legte ihn bei Außentemperaturen um den Gefrierpunkt in einen teilweise gefüllten Container. Weisungsgemäß stellte A den Rollstuhl in den Abstellraum, räumte die Wohnung auf und verließ die Pflegeeinrichtung durch einen Seitenein-

gang. Diese Maßnahmen hatte S angeordnet, um eine gegenüber anderen Pflegekräften wahrheitswidrig mitgeteilte Abwesenheit zu belegen. Eine deshalb erst am Abend erfolgte Suche nach ihm blieb ergebnislos. Am nächsten Morgen wurde sein Leichnam im Container entdeckt. Der Tod war durch Ersticken, möglicherweise in Kombination mit Unterkühlung eingetreten. Entweder hatte der obere Müllsack die Atemwege verlegt oder die ohnehin nur flache Atmung war durch einen auf den Brustkorb gelangten weiteren Müllsack unmöglich geworden.

Hat A sich wegen eines Tötungsdelikts strafbar gemacht?

Lösung:*I. Strafbarkeit des A wegen Tötung auf Verlangen zum Nachteil des S gem. § 216 I StGB*

Da A keinen Vorsatz zur Tötung des S hatte, scheidet eine Strafbarkeit gem. § 216 I StGB aus.

II. Strafbarkeit des A wegen Totschlags zum Nachteil des S gem. § 212 StGB

Aus demselben Grund entfällt auch eine Strafbarkeit des A gem. § 212 StGB.

*III. Strafbarkeit des A wegen fahrlässiger Tötung zum Nachteil des S gem. § 222 StGB**1. Tatbestand**a. Tod des S*

Der tatbestandliche Erfolg des § 222 StGB (Tod eines Menschen) ist eingetreten, da S gestorben ist.

b. Kausale Handlung des A

A hat den S in Mülltüten gepackt und in einen Müllcontainer gelegt. Dies müsste auch kausal für den Tod gewesen sein.

Eine Handlung ist kausal für einen Erfolg, wenn sie nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg in seiner konkreten Gestalt entfielen (sog. "conditione-sine-qua-non-Formel", vgl. BGHSt 1, 332; 7, 114; Tröndle/Fischer, Vor § 13 Rn. 16 mwN).

Hätte A den S nicht in Mülltüten gekleidet und in den Müllcontainer gelegt, so wäre S nicht gestorben, unabhängig davon, ob er infolge der durch die Mülltüten eingeschränkten Atmung oder infolge der Kälte in dem Container verstorben ist. Eine kausale Handlung des A ist gegeben.

c. Objektive Sorgfaltspflichtverletzung bei objekti-

ver Vorhersehbarkeit des konkreten Erfolgs und des wesentlichen Kausalverlaufs

A müsste objektiv sorgfaltspflichtwidrig gehandelt haben.

Der Täter handelt dann sorgfaltspflichtwidrig, wenn er nicht die Sorgfalt angewendet hat, die von einem gewissenhaften Menschen in der konkreten Lage und der sozialen Rolle des Täters verlangt werden kann (BGH, NStZ 1991, 30; Joecks, § 15 Rn. 63 mwN).

Ein gewissenhafter Zivildienstleistender hätte erkannt, dass man einen bewegungsunfähigen Schwerstbehinderten, der darüber hinaus noch erhebliche Atemprobleme hat, nicht lediglich in ein paar Müllsäcke gehüllt bei niedrigen Temperaturen in einen Müllcontainer legen darf.

Auch müssten der konkrete Taterfolg und der wesentliche Kausalverlauf vorhersehbar gewesen sein (BGHSt 17, 226; Tröndle/Fischer, § 222 Rn. 25 f.).

Wenn man einen Menschen, der sich selbst nicht fortbewegen kann und erhebliche Atemstörungen hat, bei Temperaturen um den Gefrierpunkt nur in einige Müllsäcke gehüllt in einen Müllcontainer legt, ist vorhersehbar, dass dieser daran verstirbt.

d. Objektive Zurechnung

Der Tod des S müsste dem A auch objektiv zuzurechnen sein.

aa. Pflichtwidrigkeitszusammenhang

Zunächst müsste der Pflichtwidrigkeitszusammenhang gegeben sein.

Im Rahmen des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs ist zu prüfen, ob der tatbestandliche Erfolg gerade eine Folge der Pflichtverletzung des Täters ist oder ob er mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit auch bei pflichtgemäßem Verhalten eingetreten wäre. In letzterem Fall ist der Pflichtwidrigkeitszusammenhang zu verneinen (Schönke/Schröder-Cramer/Sternberg-Lieben; § 15 Rn. 174).

Hätte A den S nicht in den Müllcontainer gelegt, wäre S nicht gestorben, so dass der Pflichtwidrigkeitszusammenhang gegeben ist.

bb. Schutzzweckzusammenhang

Des weiteren müsste auch der Schutzzweckzusammenhang gegeben sein.

Hier ist zu prüfen, ob Sinn und Zweck der verletzten Sorgfaltsnorm (zumindest auch) ist, den tatbestandlichen Erfolg zu verhindern (BGHSt 33, 61; Erb, Jus 1994, 453).

Insofern besteht Einigkeit, dass eine objektive Zurechnung des Erfolges insb. dann entfällt, wenn das pflichtwidrige Verhalten des Täters sich in der Förderung

einer eigenverantwortlichen Selbstgefährdung des Opfers erschöpft (BGHSt 32, 262; Tröndle/Fischer, § 222 Rn. 28 mwN).

Hierzu führt der BGH aus: "In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist als Folge des Grundsatzes der Selbstverantwortung des sich selbst eigenverantwortlich gefährdenden Tatopfers anerkannt, dass gewollte und verwirklichte Selbstgefährdungen nicht dem Tatbestand eines Körperverletzungs- oder Tötungsdelikts unterfallen, wenn das mit der Gefährlichkeit bewusst eingegangene Risiko sich realisiert. Wer lediglich eine solche Selbstgefährdung veranlasst, ermöglicht oder fördert, macht sich nicht wegen eines vorsätzlichen oder fahrlässigen Körperverletzungs- oder Tötungsdelikts strafbar (BGHSt 32, 262, 263 f.; BGH NStZ 1985, 25, 26 und 319, 320; 1986, 266, 267; 1987, 406; BGH NJW 2000, 2286; BGHSt 46, 279, 288). Diese Rechtsprechung gründet in erster Linie auf Sachverhalte, denen gemein ist, dass die den Verletzungs- oder Tötungserfolg verursachende schädigende Handlung - die Einnahme von Betäubungsmitteln (BGHSt 32, 262 f.; BGH NStZ 1985, 319; BGH NJW 2000, 2286; BGHSt 46, 279, 283), Stechapfeltee (BGH NStZ 1985, 25) oder Alkohol (BGH NStZ 1986, 266; 1987, 406) - durch das Opfer selbst erfolgt und erfährt dann eine Ausnahme, wenn der sich Beteiligende etwa kraft überlegenen Sachwissens das Risiko besser erfasst als der sich selbst Gefährdende (BGHSt 32, 262, 265; BGH NStZ 1985, 25 f.; 1986, 266; 1987, 406; BGH NJW 2000, 2286; vgl. auch BayObLG JZ 1997, 521). Maßgebendes Kriterium zur Abgrenzung strafloser Selbstgefährdung ist in diesen Fällen somit - wie auch bei der Anwendung des § 216 StGB anerkannt (vgl. BGHSt 19, 135, 139 f.; BGH, Beschl. vom 25. November 1986 - 1 StR 613/86 insoweit nicht in NStZ 1987, 365 f. abgedruckt; Eser in Schönke/Schröder, StGB 26. Aufl. § 216 Rdn. 11) - der Sache nach die Trennungslinie zwischen Täterschaft und Teilnahme (vgl. Jähnke in LK 11. Aufl. Vor § 211 Rdn. 22; ders. aaO § 216 Rdn. 11; ders. aaO § 222 Rdn. 21 sub Selbstgefährdung; Tröndle/Fischer, StGB 51. Aufl. Vor §§ 211 bis 216 Rdn. 10; Neumann in NK-StGB 12. Lfg. Vor § 211 Rdn. 45). Deren Grundsätze werden von der Rechtsprechung auch herangezogen, soweit eine ausschließlich von dem Beteiligten ausgehende Gefährdung, wie sie etwa bei einer durch Täuschung bewogenen Vornahme der Tötungshandlung (vgl. BGHSt 32, 38, 41 f.) oder beim Geschlechtsverkehr eines HIV-Infizierten mit einem gesunden Menschen entsteht, zu beurteilen ist (vgl. BGHSt 36, 1, 17 f.; BayObLG NStZ 1990, 81 f.). Diese Grundsätze sind auch bei dem hier vorliegenden Fall eines vom Angeklagten verursachten Tötungser-

folges bei eigenverantwortlicher Planung und Durchführung nach den Wünschen des sich selbst Gefährdenden zugrunde zu legen. Danach ist in wertender Betrachtung zu entscheiden, ob der Angeklagte im Vollzug des Gesamtplans des zum Tode führenden Geschehens über die Gefährdungsherrschaft verfügte oder als Werkzeug des Suizidenten handelte (vgl. BGHSt 19, 135, 140; Jähnke aaO § 216 Rdn. 11; Roxin NSTz 1987, 345, 347; Neumann aaO Rdn. 51). Letzteres wäre angesichts der eigenhändigen Ausführung der Gefährdungshandlungen durch den Angeklagten nur anzunehmen, falls der Lebensmüde den Angeklagten über das zum Tode führende Geschehen getäuscht und ihn mit Hilfe des hervorgerufenen Irrtums zum Werkzeug gegen sich selbst gemacht hätte (vgl. BGHSt 32, 38, 41 zur spiegelbildlichen Situation einer Täuschung des sich selbst Tötenden; vgl. auch OLG Nürnberg NJW 2003, 454 f.).

So liegt es hier aber nicht. Der Angeklagte wurde über die konkreten Umstände der von ihm allein verursachten extremen Gefährdung nicht getäuscht. Zwar hatte der Suizident erklärt, er habe solches Tun schon öfter veranlasst. Diese Äußerung begründete aber keinen Irrtum des Angeklagten hinsichtlich der konkreten Tatumstände. Der Angeklagte hat seine Gefährdungshandlungen bewusst vorgenommen und dabei in extremer Weise im Widerspruch zu jedem medizinischen Alltagswissen gehandelt, indem er die wesentlich reduzierten Atmungsmöglichkeiten weiter verringerte und das spätere Opfer lediglich mit Plastik eingekleidet gefährlicher Kälte preisgab. Auch die Vorspiegelung des Lebensmüden, von einem (unbekannten) Dritten am Nachmittag gerettet zu werden, begründet keinen die Tatherrschaft des Angeklagten in Frage stellenden Irrtum. Die darin enthaltene Aussicht, es werde alles gut gehen, beseitigt nicht das Bewusstsein von den über Stunden wirksam werdenden Gefährdungen, zu denen der fehlende Einsatz des Beatmungsgeräts und die naheliegende Gefahr einer weiteren Verringerung der Atmungskapazität durch einen auf die Brust des Lebensmüden auftreffenden Müllsack zu zählen waren, auch vor dem Hintergrund eines bewusst herbeigeführten verringerten Entdeckungsrisikos.

Allerdings werden im rechtswissenschaftlichen Schrifttum mit den Lehren der Risikoübernahme (vgl. Roxin, Strafrecht AT Bd. 1 3. Aufl. S. 343 f.), der Anerkennung einer "quasimittäterschaftlichen Herrschaft" (vgl. Neumann in NK-StGB 12. Lfg. Vor § 211 Rdn. 56; Lenckner in Schönke/Schröder, StGB 26. Aufl. Vorbemerkung §§ 32 ff. Rdn. 52a und 107 m. w. N. aus der Literatur; BayObLG NSTz 1990, 81, 82; vgl. auch Tröndle/Fischer, StGB 51. Aufl. § 222 Rdn. 3) und des Vorrangs des Willens zur Selbstge-

fährdung (vgl. Otto in FS für Tröndle S. 157, 171, 175) Auffassungen vertreten, die in einem weiteren Umfang zu einer straflosen Mitwirkung an einem Selbsttötungsgeschehen führen. Indes bestehen hier schon Bedenken, begrifflich noch eine Selbsttötung anzunehmen, falls die Tatherrschaft nicht uneingeschränkt beim Suizidenten verbleibt. Einer Anerkennung strafloser aktiver Sterbehilfe stünde zudem der sich aus der Werteordnung des Grundgesetzes ergebende vorrangige Schutz menschlichen Lebens entgegen (vgl. BGHSt 46, 279, 285 f.), der auch die sich aus § 216 StGB ergebende Einwilligungssperre legitimiert (vgl. BGHSt aaO S. 286). Änderungen des Rechtsgüterschutzes bleiben vor diesem Hintergrund allenfalls dem Gesetzgeber vorbehalten.

Der Senat verkennt nicht, dass die bestehende Rechtslage es einem vollständig bewegungsunfähigen, aber bewusstseinsklaren moribunden Schwerstbehinderten - wie hier - weitgehend verwehrt, ohne strafrechtliche Verstrickung Dritter aus dem Leben zu scheiden, und für ihn dadurch das Lebensrecht zur schwer erträglichen Lebenspflicht werden kann. Dieser Umstand kann aber nicht ein auch in Art. 1 Abs. 1 GG angelegtes Recht auf ein Sterben unter menschenwürdigen Bedingungen begründen (vgl. BGHSt aaO, 285; BGHSt 42, 301, 305). Die dafür erforderlichen Voraussetzungen einer indirekten Sterbehilfe (vgl. BGHSt 42 aaO; Tröndle/Fischer, StGB 51. Aufl. Vor §§ 211 bis 216 Rdn. 18) sind vorliegend nicht gegeben. Ein verfassungsrechtlich verbürgter Anspruch auf aktive Sterbehilfe, der eine Straflosigkeit des die Tötung Ausführenden zur Folge haben könnte, ist dagegen nicht anerkannt (vgl. BVerfGE 76, 248, 252; Tröndle/Fischer aaO Rdn. 17 m. w. N.)."

Somit liegt auch keine die Zurechnung ausschließende einverständliche Selbstgefährdung des S vor. Der Tod des S ist dem A zuzurechnen.

2. Rechtswidrigkeit

A müsste auch rechtswidrig gehandelt haben.

A könnte durch eine Einwilligung des S gerechtfertigt sein, da dieser ihm vorher entsprechende Anweisungen gegeben hatte und auch tatsächlich sterben wollte.

Eine rechtfertigende Einwilligung in eine Fremdtötung ist jedoch nicht möglich, da es sich beim menschlichen Leben - wie sich im Rückschluss aus § 216 StGB ergibt - nicht um ein disponibles Rechtsgut handelt, so dass eine rechtfertigende Einwilligung ausscheidet (Schönke/Schröder-Lenckner, Vor §§ 32 f. Rn. 37 mwN).

Da andere Rechtfertigungsgründe auch nicht ersichtlich sind, hat A rechtswidrig gehandelt.

3. Schuld

A handelte auch schuldhaft, insbesondere ist der Fahrlässigkeitsschuldvorwurf (subjektive Sorgfaltspflichtverletzung bei subjektiver Vorhersehbarkeit des konkreten Erfolgs und des wesentlichen Kausalverlaufs) gegeben, da auch der A nach seinen individuellen Fä-

higkeiten die Sorgfaltspflichtwidrigkeit seines Tuns sowie dessen mögliche Folgen hätte erkennen können.

4. Ergebnis

A ist strafbar gem. § 222 StGB.

IMPRESSUM

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

*Literaturauswertung**Öffentliches Recht*

| | |
|---------------------|--|
| Autor/Titel: | Fechner, Frank: "Öffentliche Ordnung - Renaissance eines Begriffs?" |
| Fundstelle: | JuS 2003, 734 (Heft 8) |
| Inhalt: | Der Autor geht ausführlich auf den im Polizei- und Ordnungsrecht häufig vorkommenden Begriff der "öffentlichen Ordnung" ein. Nach Darstellung der Kritik an diesem Rechtsbegriff (Unbestimmtheit, Inhaltslosigkeit, Minderheitenschutz usw.) bespricht der Autor die Fallgruppen, in denen die öffentliche Ordnung weiterhin anwendbar bleibt. |

| | |
|---------------------|--|
| Autor/Titel: | Cremer, Hans-Joachim: "Der Osho-Beschluss des BVerfG" |
| Fundstelle: | JuS 2003, 747 (Heft 8) |
| Inhalt: | Besprechung von BVerfG, RA 2003, 449 = BVerfGE 105, 279. In dem Beschluss ging es zum einen um die Frage, ob sich Jugendsekten bzw. Meditationsvereine wie die "Osho"-Bewegung auf Art. 4 GG berufen können, vor allem jedoch um die Befugnis staatlicher Organe zur Warnung vor solchen Gruppen. Der Autor verteidigt die ganz h.L. gegen die Rspr., welche eine solche "Befugnis zur Öffentlichkeitsarbeit" auf Ministerebene unmittelbar aus der Verfassung entnehmen will. |

| | |
|---------------------|--|
| Autor/Titel: | Detterbeck, Steffen / Pöttgen, Reinhold: "Die unmögliche Vertragsrückabwicklung" |
| Fundstelle: | Jura 2003, 563 (Heft 8) |
| Inhalt: | Examensklausur aus dem Bereich des öffentlich-rechtlichen Vertrages. Die "klassischen" Probleme wie Formerfordernis, Koppelungsverbot, Nichtigkeit des Vertrages und die Rückabwicklung geflossener Leistungen über den öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch werden behandelt. |

Zivilrecht

| | |
|---------------------|--|
| Autor/Titel: | Lorenz, Stephan: "Bereicherungsrechtliche Drittbeziehungen (Teil 1)" |
| Fundstelle: | JuS 2003, 729 (Heft 8) |
| Inhalt: | Umfassender Fortsetzungsbeitrag zu der komplexen Problematik der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung im Mehrpersonenverhältnis, der durch Anschauungsbeispiele unterstützt wird. |

| | |
|---------------------|--|
| Autor/Titel: | Schmidt, Karsten: "Die Gesellschafterhaftung bei der GbR als gesetzliches Schuldverhältnis" |
| Fundstelle: | NJW 2003, 1897 (Heft 27) |
| Inhalt: | Erläuternde Darstellung zu der immer weiter gehenden Rechtsfortbildung durch den BGH zum Recht der Gesellschaft bürgerlichen Rechts. |

| | |
|---------------------|---|
| Autor/Titel: | Wertenbruch, Johannes: "Gefahrtragung beim Versendungskauf nach neuem Schuldrecht" |
| Fundstelle: | JuS 2003, 625 (Heft 7) |
| Inhalt: | Der Beitrag stellt die Veränderungen im Rahmen des Versendungskaufs dar, die sich durch die Einführung des Verbrauchsgüterkaufs bzw. durch die Modernisierung der kaufrechtlichen Gewährleistung ergeben haben. |

| | |
|---------------------|---|
| Autor/Titel: | Höhn, Wolfgang: "Die Aufrechnung in der Insolvenz" |
| Fundstelle: | JuS 2003, 751 (Heft 8) |
| Inhalt: | Der Aufsatz stellt die Voraussetzungen und Wirkungen der Aufrechnung im Insolvenzverfahren gem. §§ 94 ff. InsO dar. |

Strafrecht

| | |
|---------------------|--|
| Autor/Titel: | Jaguttis, Malte / Parameswaran, Benjamin: "Bei Anruf: Betrug - erschlichene 'Zuneigungsgeschäfte' am Telefon" |
| Fundstelle: | NJW 2003, 2277 (Heft 32) |
| Inhalt: | Der Beitrag nimmt den Beispielsfall einer "Liebeserklärung per SMS" zum Anlass, die strafrechtlichen Grenzen solcher Geschäfte aufzuzeigen. Auch die für die strafrechtliche Lösung erforderliche Kenntnis der zivilrechtlichen Vorfragen wird vermittelt. |

| | |
|---------------------|---|
| Autor/Titel: | Laue, Christian: "Ist der erfolgsqualifizierte Versuch einer Körperverletzung mit Todesfolge möglich?" |
| Fundstelle: | JuS 2003, 743 (Heft 8) |
| Inhalt: | Besprechung von BGH, RA 2003, 45 = NJW 2003, 150 ("Gubener Hetzjagd"). Während der BGH dort ausdrücklich die stark umstrittene Frage, ob ein erfolgsqualifizierter Versuch der Körperverletzung mit Todesfolge möglich ist, bejaht hat, wirbt der Autor für die Gegenansicht. Der Beitrag geht - ebenso wie die äußerst examensrelevante Entscheidung - auch auf viele andere Fragen ein, z.B. Gefahrverwirklichungs- und Unmittelbarkeitszusammenhang bei § 227 StGB ("Rötzel"-Fall, BGH NJW 1971, 152). |

| | |
|---------------------|--|
| Autor/Titel: | Gaede, Karsten: "Täterschaft und Teilnahme beim Bandendiebstahl" |
| Fundstelle: | JuS 2003, 774 (Heft 8) |
| Inhalt: | Anspruchsvolle Examensklausur aus dem Bereich der Vermögensdelikte und des Allgemeinen Teils, in deren Mittelpunkt Täterschaft und Teilnahme stehen. Am Rande werden Rechtspflegedelikte behandelt; auch eine strafprozessuale Zusatzfrage ist zu beantworten. |