

## Öffentliches Recht

**Standort: Verfassungsrecht**

**Problem: Abgrenzung von Gesetz und Verordnung**

BVERFG, BESCHLUSS VOM 27.09.2006  
2 BvL 11/02 (NVWZ 2006, 322)

### **Problemdarstellung:**

Das VG Gelsenkirchen hatte dem BVerfG im Rahmen einer konkreten Normenkontrolle die Frage vorgelegt, ob die in der Beihilfeverordnung des Landes Nordrhein-Westfalen geregelte sogen. "Kostendämpfungspauschale" (§ 12a NW BVO) mit dem Grundgesetz vereinbar ist. Eine Entscheidung des BVerfG ist von den Fachgerichten gem. Art. 100 I GG aber nur dann einzuholen, wenn das Gericht ein formelles Gesetz für verfassungswidrig hält, während die verfassungsrechtliche Nachprüfung von Rechtsverordnungen und Satzungen dem erkennenden Gericht selbst obliegt. § 12a NW BVO war durch ein formelles Gesetz in die Beihilfeverordnung eingefügt worden. Es stellte sich nun die Frage, ob die Vorschrift im Rang eines formellen Gesetzes (da durch Gesetz geschaffen) oder einer Verordnung (da in eine Verordnung eingefügt) steht. Das BVerfG kommt unter Anwendung des "Grundsatzes der Normenklarheit und -wahrheit" zu dem Ergebnis, dass eine in einer Verordnung enthaltene Norm immer Verordnungsrang besitze, möge sie auch durch ein formelles Gesetz geschaffen worden sein. Anderenfalls könnte es zu missverständlichen, irreführenden Normgebilden kommen, deren Bezeichnung (Verordnung) zu ihrem tatsächlichen Rang (formelles Gesetz) und den davon abhängigen Rechtsfolgen in Widerspruch stünde. Wo "Verordnung" 'draufstehe, sei deshalb immer auch Verordnung 'drin, so das Gericht.

Bereits 1999 hatte übrigens das VG Düsseldorf § 12a NW BVO dem BVerfG im Wege der konkreten Normenkontrolle vorgelegt. Damals hat das BVerfG die Vorlage noch zurückgewiesen, weil sie nicht ausreichend begründet war, zur nunmehr festgestellten fehlenden Gesetzesqualität der Norm aber kein Wort verloren (vgl. Vertiefungshinweise).

Die vorliegende Entscheidung fügt sich nahtlos in den Kontext des BVerfG-Urteils zum Beitragssicherungsgesetz ein (vgl. Vertiefungshinweise), denn bereits dort war das BVerfG von einem - so wörtlich - "im parlamentarischen Verfahren geschaffenen Verordnungsrecht" ausgegangen, als es um die Frage ging, ob der Bundesrat nach Art. 80 II GG zustimmen musste (was das BVerfG trotz bejahten Verordnungsrangs übrigens verneint hat, weil Art. 80 II GG eine derartige

Konstellation nicht im Auge habe).

Die Konstruktion des "im parlamentarischen Verfahren geschaffenen Verordnungsrechts" muss allerdings als streitig gelten, denn zwei Richter (Osterloh und Gerhardt) haben in Sondervoten zum Beitragssicherungsgesetz-Urteil die Auffassung vertreten, dass es dergleichen nicht gebe. Der Rang einzelner Regelungen bestimme sich ausschließlich nach dem Urheber, also danach, ob Gesetzgeber (Parlament) oder Verwaltung am Werk waren. Es bestehe kein Anlass, hiervon abzugehen. Soweit es auf den Rang einzelner Bestimmungen ankomme, könne er in aller Regel ohne weiteres den Verkündungsblättern entnommen werden. Etwaige Zweifel seien durch Auslegung zu klären. Aus der mehr als 50jährigen Praxis sei kein Fall belegt, in dem dies nicht bewältigt worden sei.

### **Prüfungsrelevanz:**

1. *Formelle Gesetze* sind Normen, die nach dem im Grundgesetz oder einer Landesverfassung für die Gesetzgebung vorgesehenen Verfahren vom Parlament (Bundestag oder Landtag) beschlossen worden sind. Als *materielle Gesetze* werden hingegen alle Rechtsnormen bezeichnet, die Außenwirkung zum Bürger entfalten, also abstrakt-generelle Regelungen für diese enthalten. Hierzu gehören neben den meisten Parlamentsgesetzen auch Rechtsverordnungen und Satzungen. Selbstverständlich schließen sich formelles und materielles Gesetz nicht aus. Die meisten Parlamentsgesetze sind Gesetze im formellen und materiellen Sinn.

2. Ob eine Rechtsnorm den Rang eines formellen Gesetzes (Parlamentsgesetzes) oder nur eines rein materiellen Gesetzes (Rechtsverordnung, Satzung) aufweist, ist in unendlich vielen examensrelevanten Fällen von Bedeutung. Neben der hier einschlägigen Frage, ob die Norm vorlagefähig i.S.d. Art. 100 I GG ist, oder der im Fall "Beitragssicherungsgesetz" problematischen Anwendbarkeit des Art. 80 II GG, denke man nur an Normenkollisionen. Eine Norm ist ja bei Verstoß gegen höherrangiges Recht unwirksam. Um klären zu können, welche Norm bei Normenkollision denn nun gilt, muss der Rang der beteiligten Normen zweifelsfrei feststehen.

3. Die hergebrachte, o.g. Definition des "formellen Gesetzes" muss nach der vorliegenden Rspr. des BVerfG (nicht allerdings nach den Sondervoten) um eine Aus-

nahme ergänzt werden, denn selbst wenn eine Norm im Gesetzgebungsverfahren vom Gesetzgeber beschlossen worden ist, kann sie doch nur Verordnungsrang haben, wenn es sich bei dem beschlossenen Gesetz um ein Änderungsgesetz handelte, mit dem eine Verordnung geändert oder ergänzt wurde.

4. Hingewiesen sei noch darauf, dass bei der *abstrakten* Normenkontrolle nach Art. 93 I Nr. 2 GG im Gegensatz zur *konkreten* Normenkontrolle nach Art. 100 I GG auch rein materielle Gesetze (Rechtsverordnungen, Satzungen) vorgelegt werden können. Vgl. insoweit den unterschiedlichen Wortlaut von Art. 93 I Nr. 2 GG ("Bundes- oder Landesrecht") einerseits und Art. 100 I GG ("Gesetz") andererseits.

#### **Vertiefungshinweise:**

Entscheidung über die Vorlage des VG Düsseldorf: *BVerfG*, NWVBl. 2000, 249

Entscheidung zum Beitragssicherungsgesetz: *BVerfG*, NVwZ 2006, 191 mit abl. Anm. *Lenz*, NVwZ 2006, 296

Vereinbarkeit von Kostendämpfungspauschalen mit dem Grundgesetz: *BVerwG*, DVBl 2003, 1554; *OVG Lüneburg*, DVBl 2002, 1228 (beide bejaht)

#### **Leitsätze (der Redaktion):**

**1. Vorlagefähig im Rahmen einer konkreten Normenkontrolle nach Art. 100 I GG sind nur (nachkonstitutionelle) Parlamentsgesetze.**

**2. Eine im parlamentarischen Gesetzgebungsverfahren geschaffene Norm, die eine Rechtsverordnung ändert oder ergänzt, hat ihrerseits nur den Rang einer Rechtsverordnung.**

#### **Sachverhalt:**

Durch Art. II Abs. 8 des Haushaltssicherungsgesetzes 1998 des Landes Nordrhein-Westfalen vom 17. Dezember 1998 (GV.NW S. 757) wurde die Landesbeihilfenverordnung NW um einen § 12a ergänzt. Jeder Beihilfeberechtigte muss danach je Kalenderjahr einen bestimmten Betrag von den an sich beihilfefähigen krankheitsbedingten Ausgaben selbst tragen. Die Höhe dieses Betrages ist unter anderem nach Besoldungsgruppen gestaffelt.

Die Kläger der Ausgangsverfahren sind Beamte, Richter und Richter im Ruhestand im Dienste des Landes Nordrhein-Westfalen, die verschiedenen Besoldungsgruppen in den Besoldungsordnungen A und R des Bundesbesoldungsgesetzes angehören. Sie beantragten Anfang 1999 jeweils Beihilfe zu Kosten für in Anspruch genommene ärztliche Leistungen bei ihrem Dienstherrn. Dieser erkannte die in den Ausgangsverfahren in Streit stehenden Beträge im Grundsatz ganz oder teilweise als beihilfefähig an, zog aber die Kostendämpfungspauschale gemäß § 12a NW BVO 1998

in der jeweils einschlägigen Höhe ab, so dass die Kläger nur einen Teil der geltend gemachten Summen bewilligt erhielten. Dagegen richteten sich die vor dem Verwaltungsgericht erhobenen Klagen mit den Anträgen, den Dienstherrn zur Bewilligung der ungekürzten Beihilfe zu verpflichten.

Mit Beschlüssen vom 28. Juni 2002 hat das Verwaltungsgericht Gelsenkirchen die bei ihm anhängigen Verfahren ausgesetzt und sie gemäß Art. 100 Abs. 1 GG dem Bundesverfassungsgericht zur Prüfung der Frage der Vereinbarkeit von § 12a NW BVO in der Fassung des Haushaltssicherungsgesetzes vom 17. Dezember 1998 mit dem Grundgesetz vorgelegt. Das Verwaltungsgericht hält § 12a NW BVO für verfassungswidrig, weil den Beihilfeberechtigten unter Verstoß gegen die Alimentationspflicht (Art. 33 Abs. 5 GG) nicht versicherbare Selbstbehalte auferlegt würden und die Regelung mit den Kompetenzvorschriften des Art. 74a Abs. 1 und 4 GG unvereinbar sei, da sie in das bundesrechtlich abschließend geregelte Recht der Beamtenbesoldung eingreife.

#### **Aus den Gründen:**

Die Vorlagen sind unzulässig.

##### *A. Vorlagegegenstand*

Nach Art. 100 Abs. 1 Satz 1 GG hat ein Gericht das Verfahren auszusetzen und die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts einzuholen, wenn es ein Gesetz für verfassungswidrig hält, auf dessen Gültigkeit es bei seiner Entscheidung ankommt. Dies gilt auch, wenn es sich um die Verletzung des Grundgesetzes durch Landesrecht oder um die Unvereinbarkeit eines Landesgesetzes mit einem Bundesgesetz handelt (Art. 100 Abs. 1 Satz 2 GG).

##### *I. Formelles Gesetz erforderlich*

Die in Art. 100 Abs. 1 GG, § 80 BVerfGG geregelte Vorlagepflicht besteht nur dann, wenn es sich bei der zur Nachprüfung gestellten entscheidungserheblichen Norm um ein formelles Gesetz handelt (vgl. *BVerfGE* 1, 184 [201]; 1, 202 [206]; 1, 261 [262]; 17, 208 [209 f.]; 48, 40 [44 f.]; 71, 305 [337 f.]). Auch Vorschriften des Landesrechts können dem Bundesverfassungsgericht nur dann zur Entscheidung vorgelegt werden, wenn es sich um förmliche Gesetze handelt (vgl. *BVerfGE* 1, 283 [292]; 17, 208 [210]). Die insoweit beim Bundesverfassungsgericht konzentrierte ausschließliche Zuständigkeit hat ihren tragenden Grund in der Achtung vor der gesetzgeberischen Gewalt, über deren Willen sich nicht jedes Gericht soll hinwegsetzen dürfen (vgl. *BVerfGE* 48, 40 [44 f.]; 97, 117 [122]). Dies gilt nicht in gleicher Weise für Normen im Rang unter dem förmlichen Gesetz.

##### *II. Nicht nur materielles Gesetz*

Anders als bei förmlichen Gesetzen besteht zudem bei

der Nachprüfung von Rechtsverordnungen durch einzelne Gerichte unter der Geltung des Grundgesetzes auch nicht die Gefahr der Rechtsunsicherheit oder Rechtszersplitterung. Die Normenkontrolle nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG bietet der jeweiligen Landesregierung insoweit hinreichende Möglichkeiten, um bei allen Rechtsverordnungen von Bedeutung rechtzeitig eine allgemein verbindliche Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts herbeizuführen (vgl. BVerfGE 1, 184 [199]). Die verfassungsrechtliche Nachprüfung von Rechtsverordnungen obliegt daher in Fällen ihrer Entscheidungserheblichkeit nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts jedem Richter (BVerfGE 1, 184 [195]; 17, 208 [210]; 48, 40 [45]).

Angesichts der umfangreichen Zuständigkeiten des Bundesverfassungsgerichts entspricht dies auch dem Gebot, die Tätigkeit des Bundesverfassungsgerichts im Rahmen der Normenkontrolle zu beschränken (vgl. BVerfGE 1, 184 [200 f.]). Hält ein Gericht eine Norm, auf deren Gültigkeit es bei seiner Entscheidung ankommt, für unvereinbar mit höherrangigem Recht, darf es das Bundesverfassungsgericht nach Art. 100 Abs. 1 GG nur anrufen, wenn seine eigene Prüfungszuständigkeit nicht ausreicht, um diese Norm für die Entscheidung des konkreten Rechtsstreits außer Acht zu lassen (vgl. BVerfGE 10, 124 [127]).

### B. Subsumtion

Daran fehlt es hier. Das vorliegende Gericht kann über die Vereinbarkeit des § 12a NW BVO mit höherrangigem (Bundes-)Recht selbst entscheiden. Die Einholung einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts ist deshalb unzulässig.

#### I. Im parlamentarischen Verfahren begründetes Verordnungsrecht

§ 12a NW BVO ist als im parlamentarischen Verfahren (vgl. Art. II Abs. 8 des Haushaltssicherungsgesetzes vom 17. Dezember 1998 - GV.NW S. 757) geschaffenes Verordnungsrecht zu qualifizieren. Werden - wie hier - Verordnungen durch förmliche Gesetze geändert oder ergänzt, so könnte dies zu einem missverständlichen, irreführenden Normgebilde führen, dessen Bezeichnung (Verordnung) und Kennzeichnung als Normsetzung auf Grund einer Ermächtigung (Art. 80 Abs. 1 S. 3 GG) zu ihrem tatsächlichen Rang (förmliches Gesetz) und den davon abhängigen Rechtsfolgen im Widerspruch stünde. Gälte der Inhalt einer durch förmliches Gesetz veränderten Verordnung, soweit die entsprechenden Änderungen reichen, im Gesetzesrang, so wäre aus einem solchen bereinigten Normtext nicht mehr zu erkennen, welche Teile davon Verordnungsrecht geblieben und welche durch Änderungsgesetze vom Gesetzgeber erlassen worden sind. Der Rechtscharakter der einzelnen Normteile wäre nur noch mit Rückgriff auf die Gesetzgebungsmaterialien oder auf die verkündeten Fassun-

gen von Änderungsnormen erkennbar. Auf die Auskünfte in der Überschrift und den einleitenden Worten, die auf eine genau bezeichnete Ermächtigungsgrundlage Bezug nehmen (Art. 80 Abs. 1 S. 3 GG), wäre kein Verlass mehr; der wirkliche Status der einzelnen Bestimmungen könnte nur mit erheblichem Aufwand ermittelt werden.

#### II. Allein Bezeichnung wegen des Grundsatzes der Normenklarheit und Normenwahrheit maßgeblich

Ein solcher Rechtszustand wäre mit rechtsstaatlichen Grundsätzen nicht vereinbar. Dass zur Normenklarheit auch Normenwahrheit gehört (BVerfGE 108, 1 [20]), wirkt sich hier denkbar einfach aus: Überschrift und Einleitung eines Regelungswerkes müssen auch nach zahlreichen Änderungen noch halten, was sie versprechen. Eine Norm darf die von ihr Betroffenen nicht im Unklaren darüber lassen, welchen Rang sie hat und wie gegen sie effektiver Rechtsschutz zu suchen ist - sei es auf einem direkt auf die Kontrolle der Norm gerichteten Rechtsweg oder durch eine indirekte Anfechtung im Zusammenhang mit einem Rechtsmittel gegen einen Vollzugsakt (vgl. Beschluss des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 13. September 2005 - 2 BvF 2/03 -, zu C. II. 2. b)).

Die aufgezeigten Schwierigkeiten vermeidet nur eine Lösung, die einerseits der geänderten Verordnung einen einheitlichen Rang zuweist und andererseits sicherstellt, dass der Gesetzgeber von dieser Praxis nur in den generellen Grenzen einer Verordnungsermächtigung Gebrauch macht. Ändert das Parlament wegen des sachlichen Zusammenhangs eines Reformvorhabens bestehende Verordnungen oder fügt es in diese neue Regelungen ein, so ist das dadurch entstandene Normgebilde aus Gründen der Normenklarheit insgesamt als Verordnung zu qualifizieren (vgl. Beschluss des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 13. September 2005 - 2 BvF 2/03 -, zu C. II. 2. b) cc)).

#### II. Verfahrensart demgegenüber irrelevant

Gleichviel, ob die Verordnung als Ganzes oder einzelne ihrer Teile angegriffen werden und ob ihre Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht im Verfahren der Normenkontrolle oder als Vorfrage der Prüfung einer Normanwendung zu beurteilen ist, dürfen weder die Wahl des zutreffenden Rechtsweges noch die Prüfungskompetenz des angerufenen Gerichts oder der anzuwendende Prüfungsmaßstab davon abhängen, ob Änderungen im parlamentarischen Verfahren vorgenommen wurden. Die Verordnung und alle ihre Teile stehen zur Prüfung durch jedes damit befasste Gericht. Diese erstreckt sich nicht nur auf die Einhaltung der Ermächtigungsgrundlage; sie kann zur Beanstandung der Verordnung durch das befasste Gericht selbst führen. Art. 100 Abs. 1 GG ist nicht anwendbar; eine Vorlage an das Bundesverfassungsgericht ist unzulässig

(vgl. Beschluss des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 13. September 2005 - 2 BvF 2/03 -, zu C. II. 2. c) cc)).

### III. Keine Benachteiligung der Legislative

Demgegenüber kann das vorliegende Gericht mit seinem Einwand, der Landesgesetzgeber habe die Änderungen der Beihilfeverordnung, namentlich wegen ihrer haushaltsrechtlichen Relevanz, ausdrücklich als Gesetz gewollt, nicht durchdringen.

#### 1. Gesetzgeber lässt sich selbst auf Verordnungsebene herab

Nach dem Grundgedanken des Art. 100 GG ist es zwar Aufgabe des Bundesverfassungsgerichts, zu verhindern, dass jedes einzelne Gericht sich über den Willen des Bundes- oder Landesgesetzgebers hinwegsetzt, indem es von diesen beschlossene Gesetze nicht anwendet, weil sie nach Auffassung des Gerichts mit höherrangigem Recht unvereinbar sind (vgl. BVerfGE 1, 184 [197]). Die Art. 100 GG zu Grunde liegende Intention, die Autorität des (nach-)konstitutionellen Gesetzgebers zu wahren (vgl. BVerfGE 97, 117 [122]), kommt aber dann nicht zum Tragen, wenn sich der Gesetzgeber auf die Ebene der Verordnung begibt. Dies wird besonders sinnfällig, wenn - wie hier - der Gesetzgeber selbst, zumal in Kenntnis der Bedeutung der Regelung für den Haushalt, die Rückkehr zum einheitlichen Verordnungsrang mittels einer Entsteuerungsklausel angeordnet hat und damit zu erkennen gibt, dass er die getroffene Regelung in den Verantwortungsbereich der Exekutive entlässt. Auch vom Standpunkt des (Landes-) Gesetzgebers sind deshalb keine Gründe ersichtlich, den von ihm eingefügten Verordnungsteil nicht

wie eine Rechtsverordnung zu behandeln (vgl. hierzu auch BVerfGE 117, 313 [320]).

Der (Landes-)Gesetzgeber wird durch die hier getroffene Beurteilung nicht über Gebühr belastet. Will er den Schutz des Art. 100 Abs. 1 GG in Anspruch nehmen und verhindern, dass sich einzelne Gerichte über seinen Willen hinwegsetzen, so steht es ihm frei, ein formelles (Parlaments-)Gesetz zu erlassen, das sich nicht auf die Ebene der Verordnung begibt. Andernfalls kann er den Schutz des Art. 100 Abs. 1 GG nicht beanspruchen und muss möglicherweise eine (vorübergehende) Rechtszersplitterung in Kauf nehmen (vgl. Külpmann, Änderungen von Rechtsverordnungen durch den Gesetzgeber, NJW 2002, S. 3436 [3440]).

#### 2. Möglichkeit abstrakter Normenkontrolle

Er ist aber auch dann nicht schutzlos gestellt. Jedenfalls kann die Landesregierung gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG, § 76 Abs. 1 Nr. 2 BVerfGG für den Fall, dass die Verwaltungsgerichte entsprechende Verordnungsbestimmungen unangewendet lassen, einen Normenkontrollantrag beim Bundesverfassungsgericht stellen. Aus dem Umstand, dass das Land Nordrhein-Westfalen von der in § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO enthaltenen Ermächtigung keinen Gebrauch gemacht hat, ist zu schließen, dass der Landesgesetzgeber eine Inzidentkontrolle von Landesrechtsverordnungen durch seine Verwaltungsgerichte grundsätzlich als ausreichend ansieht und Entscheidungen mit Wirkung *inter omnes* auf Landesebene nicht für geboten erachtet. Das vorliegende Verwaltungsgericht kann daher selbst über die Vereinbarkeit von § 12a NW BVO mit höherrangigem (Bundes-)Recht entscheiden. [...]

## Standort: Art. 4 GG

## Problem: Schwimmunterricht und islamische Bekleidung

VG DÜSSELDORF, URTEIL VOM 30.05.2005

18 K 74/05 (NWVBl 2006, 68)

### Problemdarstellung:

Das VG Düsseldorf hatte darüber zu befinden, ob einem minderjährigen Realschüler islamischen Glaubens, vertreten durch seine Eltern, ein Anspruch auf Befreiung vom Schwimmunterricht zusteht, wenn er diesen nicht für mit den Bekleidungs Vorschriften des Islam vereinbar hält.

Das Gericht führt zunächst aus, dass die Wahl der Bekleidung durchaus Ausdruck der Glaubensfreiheit (Art. 4 I, II GG) und des Erziehungsrechts der Eltern (Art. 6 II GG) sein könne. Allerdings sei es Sache des Betroffenen, im Einzelnen darzulegen, woraus er diese Glaubensüberzeugung gewonnen habe und warum diese ihm ein entsprechendes Verhalten gebiete. Schon daran fehlte es hier, weil die Kammer jedenfalls aus dem Vorbringen der Kl. im konkreten Fall nicht entneh-

men konnte, wo der Islam Bekleidungs Vorschriften aufstelle, die im Schwimmunterricht von vornherein nicht erfüllt werden könnten. Der pauschale Hinweis auf den Koran genüge hierzu nicht.

Selbst wenn man eine entsprechende Glaubensüberzeugung anerkenne, kollidiere diese jedoch mit dem staatlichen Bildungsauftrag aus Art. 7 GG, der auch den Sportunterricht umfasse. Eine Abwägung der widerstreitenden Interessen ergebe, dass der Schulpflicht der Vorzug zu geben sei, weil ein schonenderer Ausgleich der widerstreitenden Interessen nicht möglich sei. Insbesondere komme ein nach Geschlechtern getrennter Schwimmunterricht wegen organisatorischer Probleme nicht in Betracht.

### Prüfungsrelevanz:

Über den Konflikt der Glaubensfreiheit mit der Schulpflicht hat die RA bereits mehrfach berichtet (vgl. Vertiefungshinweise). Die vorliegende Entscheidung fügt

sich in diese Reihe nahtlos ein. In einer Examensklausur wäre über die vom VG angesprochenen Punkte hinaus Folgendes zu beachten:

1. Das Gericht trennt weder zwischen den beteiligten Personen (Eltern und Schüler) noch zwischen Erziehungsrecht (Art. 6 II GG) und Glaubensfreiheit (Art. 4 GG). In einer Klausur wäre zu klären, wer überhaupt Antragsteller (bzw. Kläger, Beschwerdeführer usw.) ist, welche Grundrechte diese Person trägt, ob diese betroffen sind, welchen Schranken diese unterliegen usw. Eine Vermischung der Personen und der Grundrechte wie hier dürfte in einem Gutachten nicht angezeigt sein.

2. Soweit auf die Eltern abgestellt wird, sind diese durch den Schwimmunterricht ihres Sohnes nur mittelbar betroffen, denn sie werden weder an ihrer Glaubensausübung noch an ihrer Erziehung gehindert. Hier hätte erörtert (allerdings wohl auch bejaht) werden müssen, ob die Vermittlung anderer Werte an ihr Kind durch die Schule für einen Grundrechtseingriff bei den Eltern genügt.

3. Die Herstellung praktischer Konkordanz ist im Urteil recht kurz geraten. Lediglich eine Alternative zur bedingungslosen Teilnahmepflicht am koeduktiven Schwimmunterricht - getrennte Veranstaltungen für Mädchen und Jungen - wird erwogen und wegen organisatorischer Probleme verworfen. Andere mildere Alternativen (z.B. Unterricht des betroffenen Schülers im Fach Sport in einer anderen Klasse, die nicht Schwimmunterricht hat) werden nicht erwogen.

4. Angemerkt sei noch, dass der im vorliegenden Fall als Anspruchsgrundlage für eine Unterrichtsbefreiung herangezogene § 11 ASchO NRW mittlerweile aufgehoben und durch § 43 III des neuen Schulgesetzes NRW vom 15.2.2005 (GVBl 2005, 102; in Kraft seit 1.8.2005) abgelöst worden ist.

#### **Vertiefungshinweise:**

Glaubensfreiheit und Schulpflicht: *BayVGH*, RA 2004, 1 = *BayVBl* 2004, 49 (Heimunterricht); *VG Aachen*, RA 2002, 621 = *NJW* 2002, 3191 (Befreiung von Klassenfahrt)

Glaubensfreiheit und Schule: *BVerfG*, RA 2004, 749 = *NJW* 2004, 3581; RA 2003, 601 = *NJW* 2003, 3111; *VG Stuttgart*, *ZfBR* 2000, 66; *VGH BW*, *NJW* 2001, 2899; *BVerwG*, RA 2002, 509 = *BVerwGE* 116, 359 (alle Kopftuch); *BayVGH*, RA 2002, 14 = *BayVBl* 2002, 400 (Kruzifix)

#### **Kursprogramm:**

*Examenskurs* : "Oben ohne"

*Examenskurs* : "Das Opferlamm"

### **unterricht kommt im Hinblick auf islamische Bekleidungsgebote nicht in Betracht.**

#### **Sachverhalt:**

Die aus Palästina stammenden Kläger sind die Eltern des Schülers F 2, der die Klasse 5b der Realschule in X besucht. Sie begehren aus Gründen des islamischen Glaubens die Befreiung ihres Sohnes F 2 vom koeduktiv erteilten Schwimmunterricht.

Mit Schreiben vom 12.9.2004 stellte die Familie einen entsprechenden Antrag, in dem angegeben wurde, F 2 dürfe auf Grund der islamischen Werte der Familie nicht am Schwimmunterricht teilnehmen; der (ersatzweisen) Teilnahme am normalen Sportunterricht einer anderen Klasse stünde nichts entgegen. Die von F 2 besuchte Realschule informierte die Kläger mit Schreiben vom 15.9.2004 darüber, dass die Bezirksregierung als zuständige Schulaufsichtsbehörde für die Erteilung der beantragten Befreiung zuständig sei. Sie wies darauf hin, dass für Mädchen und Jungen getrennte Umkleieräume benutzt würden und das Tragen einer religiösen Vorschriften entsprechenden Kleidung grundsätzlich möglich sei. Eine Befreiung komme nur in Betracht, wenn die Teilnahme aus besonderen Gründen unzumutbar sei und dies begründet werde.

Die Kläger ergänzten ihren Antrag mit Schreiben vom 20.9.2004, in dem sie ausführten, nicht der Schwimmunterricht als solcher, sondern die Art und Weise der Durchführung verstoße gegen ihre islamischen Werte. Durch die Badebekleidung seien nur die Geschlechtsteile der Jungen und Mädchen verdeckt. Dies stehe in Widerspruch zu islamischen Prinzipien, gefährde die Gefühlswelt junger Menschen und sei für Moslems unzumutbar.

Die Beklagte lehnte den Antrag mit Bescheid vom 4.11.2004 ab. Zur Begründung führte sie aus, ein zur Befreiung vom Schwimmunterricht erforderlicher besonderer Ausnahmefall liege nicht vor. Der Schulsport sei ein wichtiger Bestandteil des staatlichen Bildungs- und Erziehungsauftrages. Er diene der Gesundheits-erziehung und der Einübung sozialen Verhaltens. Demgegenüber müssten das Erziehungsrecht und die Religionsfreiheit der Eltern des Schülers bzw. des Schülers selbst zurückstehen. Dem Koran lasse sich nicht entnehmen, dass heranwachsenden Schülern die Teilnahme am Sportunterricht verboten sei. Auch der Anblick der Mitschülerinnen und Mitschüler in Badebekleidung sei nicht unzumutbar. Im Alltag, aber auch im normalen Schulunterricht, werde der Sohn der Kläger ohnehin - gerade im Sommer - häufig mit dem Anblick luftig bekleideter Mädchen und Frauen konfrontiert. Vor diesem für den hiesigen Kulturkreis alltäglichen Anblick biete die Befreiung vom Schwimmunterricht keinen Schutz.

#### **Aus den Gründen:**

In der Sache hat die Klage keinen Erfolg. Die Kläger

#### **Leitsatz:**

**Eine Befreiung islamischer Schüler vom Schwimm-**

haben keinen Anspruch gegen die Beklagte auf Erteilung einer Befreiung für ihren Sohn F 2 vom koedukativ erteilten Schwimmunterricht.

#### A. Anspruchsgrundlage für Befreiung

Nach § 11 Abs. 1 Satz 1 Allgemeine Schulordnung (ASchO) kann ein Schüler nur in besonderen Ausnahmefällen und in der Regel zeitlich begrenzt auf Antrag der Erziehungsberechtigten vom Unterricht in einzelnen Fächern oder von einzelnen Schulveranstaltungen befreit werden. Diese Vorschrift findet auf alle Unterrichtsfächer, also auch auf das Fach Sport Anwendung. Das Fach Sport ist für Schüler der 5./6. Klasse der Realschule ein gem. § 6 Abs. 1 und 5 Ausbildungsordnung Sekundarstufe I (AO-S I) i.V.m. Anlage 2 zur AO-S I der allgemeinen Schulpflicht aus Art. 8 Abs. 2 Verfassung des Landes Nordrhein-Westfalen (LVerf NRW) i.V.m. § 8 Abs. 1 Satz 1 ASchO unterliegendes Pflichtfach.

#### B. Antrag an die zuständige Behörde

Nach § 11 Abs. 1 Satz 2 ASchO entscheidet über die Befreiung bis zu 2 Monaten der Schulleiter, darüber hinaus die Schulaufsichtsbehörde. Danach ist die Beklagte als gem. § 15 Abs. 2 Schulverwaltungsgesetz (SchVG) zuständige Schulaufsichtsbehörde zwar für die Entscheidung über die Befreiung zuständig, denn der zu Beginn des Schuljahres 2004/2005 gestellte Antrag richtete sich auf eine Befreiung für das gesamte Schuljahr.

#### C. Tatbestand

Allerdings liegt bereits kein besonderer Ausnahmefall i.S.d. § 11 Abs. 1 Satz 1 ASchO vor.

#### I. Besonderer Ausnahmefall

Dieser unbestimmte Rechtsbegriff erlaubt eine Ausnahme von der dem staatlichen Bildungsauftrag aus Art. 7 Abs. 1 Grundgesetz (GG) entsprechenden allgemeinen Schulpflicht. Angesichts der besonderen Bedeutung des staatlichen Bildungsauftrags für die Gesellschaft sowie insbesondere für die Verwirklichung der vom Grundgesetz allen Bürgern gleichermaßen eingeräumten Grundrechte und dem Ziel des Schulwesens, allen jungen Bürgern gemäß ihren Fähigkeiten die dem heutigen gesellschaftlichen Leben entsprechenden Bildungsmöglichkeiten zu eröffnen (vgl. hierzu BVerfGE 34, 165, 181 ff., 186 ff.; BVerwG, Urteil vom 25.8.1993, 6 C 30/02), ist eine restriktive Auslegung geboten (vgl. OVG NRW, Urteil vom 12.07.1991, 19 A 1706/90).

Danach ist ein besonderer Ausnahmefall jedenfalls dann anzunehmen, wenn die Durchsetzung der Teilnahmepflicht an einem bestimmten Fach oder einer bestimmten schulischen Veranstaltung eine grundrechtlich geschützte Position des Kindes und/oder seiner Eltern verletzen würde.

#### II. Subsumtion

Das ist hier nicht der Fall. Im Fall der Kläger muss das Elternrecht (Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG) und das dieses Recht im Zusammenhang mit der Befreiung vom Schwimmunterricht aus religiösen Gründen besonders prägende Recht der Glaubens- und Religionsausübungsfreiheit (Art. 4 Abs. 1 und 2 GG) hinter dem in Art. 7 Abs. 1 GG normierten staatlichen Erziehungsauftrag zurücktreten. Daraus folgt - andere Gründe, die eine Befreiung rechtfertigen könnten, sind weder ersichtlich noch geltend gemacht -, dass ein besonderer Ausnahmefall i.S.d. § 11 Abs. 1 Satz 1 ASchO nicht vorliegt.

#### 1. Tragen von Kleidungs als Ausdruck der Glaubensfreiheit und des Erziehungsrechts der Eltern

Bei der gebotenen Abwägung der widerstreitenden Grundrechtspositionen gilt im Einzelnen Folgendes: Durch Art. 6 Abs. 2 Satz 1 und Art. 4 Abs. 1 und 2 GG ist das Recht der Eltern gewahrt, ihre Kinder (auch) in religiöser und weltanschaulicher Hinsicht zu erziehen und ihren Kindern die von ihnen für richtig gehaltene religiöse oder weltanschauliche Überzeugung nahe zubringen sowie ihr gesamtes Verhalten - wozu auch die Beachtung von Bekleidungs Vorschriften zählt, die vielfach einen nicht unwesentlichen Bestandteil der Lebensführung von Religions- oder Weltanschauungsgemeinschaften bilden - an den Lehren des Glaubens auszurichten. Danach ist der Wunsch der Eltern, die Teilnahme ihres Kindes an einer Schulveranstaltung zu verhindern, die das Kind zwingt, sich als verbindlich erachteten religiösen Bekleidungs- oder Verhaltensvorschriften zuwider zu verhalten, grundsätzlich durch die genannten Grundrechtspositionen geschützt. Auch ist es dem Staat und dem staatlichen Gericht verwehrt, eine Bewertung der vorgebrachten Glaubenshaltung oder eine Überprüfung ihrer theologischen Richtigkeit vorzunehmen.

#### a. Darlegungslast

Allerdings trifft denjenigen, der unter Berufung auf seine Grundrechte aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 und Art. 4 Abs. 1 und 2 GG die Befreiung von einer vom Staat durch Gesetz allen auferlegten Pflicht - hier von der allgemeinen Schulpflicht hinsichtlich des Sportunterrichts - begehrt, die Darlegungslast dafür, dass er durch verbindliche Ge- oder Verbote seines Glaubens gehindert ist, der gesetzlichen Pflicht zu genügen, und dass er in einen Gewissenskonflikt gestürzt würde, wenn er entgegen dieser Ge- oder Verbote die gesetzliche Pflicht erfüllen müsste. Erst die konkrete, substantiierte und hinsichtlich des Inhalts des als verpflichtend dargestellten religiösen oder weltanschaulichen Gebots ausreichend objektivierbare Darlegung eines Gewissenskonflikts als Konsequenz aus dem Zwang, der eigenen Glaubensüberzeugung zuwiderzuhandeln, ist geeignet, einen möglichen Anspruch auf Befreiung

von einer konkret entgegenstehenden, grundsätzlich für alle geltenden Pflicht unter der Voraussetzung zu begründen, dass der Zwang zu Befolgung dieser Pflicht die Glaubensfreiheit verletzen würde (vgl. BVerwG, Urteil vom 25.8.1993 - 6 C 30/92; Urteil vom 12.12.1972 - 1 C 30/69). Auf dieses Darlegungserfordernis hat das Gericht die anwaltlich vertretenen Kläger mit Schreiben vom 10.5.2005 ausdrücklich hingewiesen.

#### *b. Subsumtion*

Hieran gemessen erscheint es dem Gericht bereits zweifelhaft, dass F 2 an der Teilnahme am koedukativ erteilten Schwimmunterricht aufgrund von als verbindlich erachteten Ge- oder Verboten des Islam gehindert sein soll.

Die Kläger verweisen hierzu auf ihre "islamischen Werte", die mit dem koedukativ erteilten Schwimmunterricht nicht vereinbar seien. Sie führen an, nicht nur für moslemische Mädchen und Frauen, sondern auch für moslemische heranwachsende Jungen und Männer sei bestimmte Kleidung vorgeschrieben und gelte das Keuschheitsgelübde. Mit welchen für sie als verbindlich erachteten Vorschriften (beispielsweise des Koran) der koedukative Schwimmunterricht in Widerspruch stehen soll, wird indes nicht dargelegt. Insbesondere geben die Kläger nicht an, welchen konkreten religiösen Bekleidungs Vorschriften sie sich verpflichtet fühlen und warum diese Bekleidungs Vorschriften durch eine Badebekleidung - beispielsweise in Form eines von dem Bauchnabel bis zu den Knien reichenden Schwimmshorts - nicht sollen eingehalten werden können. Der nur pauschale und unsubstantiierte Hinweis auf den Koran bzw. (in der mündlichen Verhandlung) auf die Sunna ist insoweit unzureichend, denn ohne Nachweis dieser angeblich verbindlichen Vorschriften können die von den Klägern daraus abgeleiteten Verhaltensgebote nicht nachvollzogen werden. Eine solche Darlegung wäre gerade auch deshalb erforderlich gewesen, weil die Realschule (im Schreiben vom 15.9.2004) wie auch die Beklagte in den angegriffenen Bescheiden angeführt haben, dass F 2 das Tragen einer den religiösen Vorschriften entsprechenden und den Bereich vom Knie bis zum Bauchnabel abdeckenden Bekleidung während des Schwimmunterrichts grundsätzlich möglich sei. Dem Koran lasse sich nämlich keine konkrete Anweisung entnehmen, die die Teilnahme am Sportunterricht für heranwachsende Schüler verböte, und religiöse Bekleidungs Vorschriften des Islam verlangten bei Männern lediglich, den Bereich zwischen Bauchnabel und Knien zu bedecken. Die Beklagte hat weiter ausgeführt, es seien auch sonst keine religiösen Vorschriften - insbesondere solche des Koran - ersichtlich, die der Teilnahme am Schwimmunterricht entgegenstünden und F 2 bzw. den Kläger in einen Gewissenskonflikt führten. Der Umstand, dass F 2s Mitschülerinnen und Mitschülerin in

Deutschland üblicher Schwimmbekleidung am Schwimmunterricht teilzunehmen, sei nicht unzumutbar. Dies folge bereits daraus, dass es nach dem Koran nur Männern vorgeschrieben sei, die Augen vor dem weiblichen Geschlecht zu senken, um ihre Keuschheit zu bewahren. Diese Vorschrift finde auf F 2 als Schüler der 5. Klasse keine Anwendung, weil er noch kein Mann sei. Zudem werde hierdurch auch deshalb kein unausweichlicher Gewissenskonflikt begründet, weil F 2 im Alltag und auch in der Schule - insbesondere in den Sommermonaten - entsprechend der von dem Kläger angeführten Verhaltensgebote gezwungen sei, seinen Blick von leicht und nicht den islamischen Bekleidungs Vorschriften entsprechend bekleideten Frauen abzuwenden.

Hierzu haben die Kläger im Widerspruchsschreiben vom 25.11.2004 angegeben, im alltäglichen Leben, besonders in den Sommermonaten, habe man die Möglichkeit, leicht bekleidete Menschen durch Wegschauen gar nicht wahrzunehmen. Im Schwimmbad, wo Lehrer, Mädchen und Jungen im selben Schwimmbecken planschten, sei man dagegen gezwungen, hinzuschauen. Ihre Verfahrensbevollmächtigte hat zudem in der mündlichen Verhandlung ausgeführt, im Schwimmbad könne man schon deshalb nicht einfach wegschauen, weil sonst eine Kollisionsgefahr bestünde. Dass die islamischen Bekleidungs Vorschriften für F 2 und seine Mitschülerinnen bereits Geltung beanspruchten, ergäbe sich aus einer verbindlichen Vorschrift der Sunna, wonach "die Betten von Kindern ab dem Alter von 10 Jahren zu trennen seien".

Diese Differenzierungen sind indes nicht nachvollziehbar. Wenn es F 2 nach den Angaben der Kläger außerhalb des Schwimmunterrichts ohne weiteres möglich ist, den angeblich für ihn aus religiösen Gründen bestehenden Gewissenskonflikt durch bloßes Wegschauen zu vermeiden, dann ist es nicht einsichtig, weshalb dies nicht genauso während des Schwimmunterrichts (dem Umziehen vor bzw. nach dem Schwimmunterricht kommt insoweit keine Bedeutung zu, weil hierzu unwidersprochen nach Geschlechtern getrennte Umkleieräume benutzt werden) möglich sein soll. Insbesondere kann nicht festgestellt werden, dass der Kontakt zu nicht den religiösen Vorstellungen entsprechend gekleideten Mitschülerinnen während des Schwimmunterrichts intensiver ist als außerhalb davon. Gerade bei Busfahrten, auf den Schulfluren während Unterrichtspausen und auf dem Schulhof, aber auch im Klassenraum dürften sich die Schüler F 2s Klasse, aber auch anderer Klassen, auf einer Fläche aufhalten, die in vielen Fällen deutlich kleiner ist als ein für den Schwimmunterricht benutztes Hallenbad. Insbesondere besteht auch in den genannten Bereichen außerhalb des Schwimmunterrichts eine - zum Teil deutlich vehementere - Kollisionsgefahr, die zu meistern F 2 offenbar trotz Wegschauens in der Lage ist. Sonstige Gründe, warum F 2 während des Schwimm-

unterrichts, aber nicht außerhalb davon, dennoch gezwungen sein soll, seine leicht bekleideten Mitschülerinnen anzublicken, sind weder ersichtlich noch vorgetragen. In diesem Zusammenhang weist das Gericht darauf hin, dass sich die Kinder während des Schwimmunterrichts überwiegend im Wasser befinden dürften und während dieser Zeit schon aus diesem Grund die Gefahr des Anblicks nicht den eigenen religiösen Vorschriften entsprechend gekleideter Mitschülerinnen gering sein dürfte.

Zudem bleibt es zweifelhaft, dass die in Bezug genommenen islamischen Bekleidungs Vorschriften für F 2, dessen Alter die Verfahrensbevollmächtigte der Kläger auf Nachfrage des Gerichts nicht angeben konnte, als Schüler der fünften Klasse überhaupt schon Geltung beanspruchen sollen. Nach den dem Gericht vorliegenden Erkenntnissen gelten islamische Bekleidungs Vorschriften für Muslime ab der Pubertät, da dieser Einschnitt die Volljährigkeit kennzeichnet. Dass F 2 bereits in der Pubertät sein soll, ist für das Gericht mangels Angaben zu seinem Alter und zu seinem Entwicklungsstand nicht nachvollziehbar. Der pauschale Hinweis auf die Sunna, wonach "die Betten von Kindern ab dem Alter von 10 Jahren zu trennen seien", gibt diesbezüglich wenig her. Weder wird dargelegt, um welche Vorschrift genau es sich handeln soll, noch ist es nicht einsichtig, weshalb diese Vorschrift auch eine Aussage über die Geltung von Bekleidungs Vorschriften beinhalten soll.

Nach alledem ist bereits nicht objektiv nachvollziehbar dargelegt, dass die Kläger bzw. ihr Sohn durch die Teilnahme am koedukativ erteilten Schwimmunterricht in einen Gewissenskonflikt gestürzt würden.

## 2. Beschränkung durch kollidierendes Verfassungsrecht

Aber selbst wenn dies zu bejahen wäre, müssten die geltend gemachten Rechtspositionen aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 und Art. 4 Abs. 1 und 2 GG hinter dem staatlichen Erziehungsauftrag aus Art. 7 Abs. 1 GG zurücktreten.

### a. Staatlicher Bildungsauftrag

Dieser verfassungsrechtliche Bildungsauftrag im Bereich der Schulerziehung umfasst auch die inhaltliche Gestaltung und Festlegung der Ausbildung und Unterrichtsziele. Der Staat kann daher in der Schule unabhängig von den Erziehungszielen der Eltern auch im Bereich des religiösen Bekenntnisses eigene Erziehungsziele verfolgen. Dieser Erziehungsauftrag des Staates ist eigenständig und dem Bildungs- und Erziehungsrecht der Schüler und Eltern gleichgeordnet; weder dem einen noch dem anderen Recht kommt ein absoluter Vorrang zu (vgl. BVerfG, Beschluss vom 17.12.1975 - 1 BvR 63.68; Beschluss vom 16.10.1979 - 1 BvR 7.74).

### b. Sportunterricht als Teil des Bildungsauftrags

Im Rahmen des staatlichen Bildungskonzepts kommt dem - hier in der Form des Schwimmunterrichts durchgeführten - Sportunterricht eine bedeutsame Funktion zu. Die Beklagte weist zu Recht auf die positiven Auswirkungen auf die Gesundheit der Schüler und die Entwicklung ihrer sportlichen Fähigkeiten, die Einübung sozialen Verhaltens und das gerade auch beim Schwimmunterricht bedeutsame Erlernen der Einhaltung von Regeln und Vorschriften hin. Damit trägt der Sportunterricht in besonderer Weise zur Erfüllung wichtiger überfachlicher Erziehungsaufgaben der Schule (Gesundheitsförderung, soziales Lernen, Regelbeachtung etc.) bei. Das gilt insbesondere angesichts der zunehmenden motorischen Defizite und körperlichen Leistungsschwächen bei Schulkindern. In diesem Bereich bietet der Schulsport erhebliche Potenziale zur sozialen Prävention und Intervention. Er kann auch pädagogische Beiträge zur Koedukation, zur interkulturellen Erziehung und auch zur Gewaltprävention leisten. Gerade das Erlernen von Fähigkeiten in einem Handlungsraum, der Spontaneität genauso erfordert wie planerisches Denken, Durchsetzungsvermögen wie Sensibilität, Leistungsstärke des Einzelnen wie Solidarität mit Schwächeren, ermöglicht, dass durch Sport negatives Sozialverhalten verringert und jene Spannungen positiv wirksam werden, die aus unterschiedlichen Begabungen, Neigungen und Temperamenten resultieren. Bei dem hier fraglichen Schwimmunterricht kommt für die Schülerinnen und Schüler die Erfahrung hinzu, dass das Medium Wasser einen besonderen Reiz ausübt, die normalen menschlichen Fähigkeiten jedoch unzureichend sind und lebensbedrohlich sein können. Dem durch den Schwimmunterricht vermittelten Gefahrenbewusstsein, dem Ziel, das Schwimmen zu erlernen und der hierdurch erfahrenen realistischen Einschätzung der eigenen körperlichen Leistungsfähigkeit kommt daher eine für die gesamte Lebensführung der Kinder wichtige und der Vermeidung späterer lebensbedrohlicher Situationen dienliche Bedeutung zu.

## 3. Praktische Konkordanz

### a. Geschlechtertrennung als schonenderer Ausgleich

Der so definierte staatliche Erziehungsauftrag lässt sich zunächst nicht dadurch mit den widerstreitenden Rechtspositionen der Kläger in einen schonenden Ausgleich bringen, dass der Schwimmunterricht nicht koedukativ, sondern nach Geschlechtern getrennt durchgeführt wird. Hierzu hat die Beklagte auf die dem durchgreifend entgegen stehenden, ohne weiteres nachvollziehbaren und von den Klägern auch nicht in Zweifel gezogenen erheblichen Organisationsschwierigkeiten hingewiesen. Im Übrigen wäre zweifelhaft, ob den Klägern ein Anspruch auf einen nach Geschlechtern getrennten Schwimmunterricht zustünde,

selbst wenn das schulorganisatorisch möglich wäre. Denn dieser Anspruch kollidierte möglicherweise mit dem Anspruch anderer Eltern und Schüler bzw. Schülerinnen, die zum Erlernen wichtiger sozialer Werte, die gerade im Sport- bzw. Schwimmunterricht vermittelt werden, auf einen koedukativ durchgeführten Schwimmunterricht Wert legen.

*b. Teilnahme am koedukativen Schwimmunterricht erforderlich*

Angesichts der angeführten Aspekte setzt sich der staatliche Erziehungsauftrag zur Überzeugung des Gerichts gegen das von den Klägern unter dem spezifischen Gesichtspunkt ihrer Religionsfreiheit verstandene Erziehungsrecht durch und ist F 2 bzw. den Klägern seine Teilnahme am Schwimmunterricht zumutbar.

Die mit dem staatlichen Erziehungsauftrag einschließlich des Schwimmunterrichts verbundenen Eingriffe in die Grundrechte der Kläger bzw. ihres Sohnes stehen in einem angemessenen Verhältnis zu dem Gewinn, den die Erfüllung dieser Pflicht für den staatlichen Erziehungsauftrag und die hinter ihm stehenden Gemeinwohlinteressen erwarten lassen. Der Schwimmunterricht hat nicht nur die Vermittlung von Wissen zum Inhalt, sondern auch die Heranbildung verantwortlicher Staatsbürger, die gleichberechtigt und dem Ganzen gegenüber verantwortungsbewusst an demokratischen Prozessen in einer pluralistischen Gesellschaft teilnehmen können. Soziale Kompetenz im Umgang auch mit Andersdenkenden und dem anderen Geschlecht, gelebte Toleranz, Durchsetzungsvermögen und Selbstbehauptung können effektiver eingeübt werden, wenn Kontakte mit der Gesellschaft und den ihr vertretenen unterschiedlichen Auffassungen nicht nur gelegentlich stattfinden, sondern Teil einer mit dem regelmäßigen Schulbesuch aller Fächer verbundenen Alltagserfahrung sind (BVerfG, DVBl. 2003, 999).

Demgegenüber erfolgt die Beeinträchtigung der Rechtspositionen der Kläger nur in einem kleinen Teilbereich der schulischen Ausbildung und ist durch die im Rahmen der staatlichen Pflicht zur Rücksichtnahme auf abweichende religiöse Überzeugungen möglichen organisatorischen Maßnahmen erheblich abgemildert. Hierzu zählen die Benutzung von nach Geschlechtern getrennten Umkleidekabinen und die Möglichkeit zur Verwendung einer den religiösen Bekleidungs Vorschriften entsprechenden Badebekleidung. Zudem ist durch die ständige Anwesenheit von Lehrpersonal gewährleistet, dass bei der konkreten Durchführung des Schwimmunterrichts möglichst weitgehend auf die geltend gemachten Rechtspositionen der Kläger und ihres Sohnes Rücksicht genommen wird. Diesbezüglich hat der Vertreter der Beklagten in der mündlichen Verhandlung auch ausdrücklich klargestellt, dass hierdurch verhindert werden könne, dass F 2 im Rahmen bestimmter Übungen bzw. Spiele eine Mitschülerin berühren müsse. Auch ist auf die verbleibende umfangreiche Einflussnahmemöglichkeit der Kläger auf die Erziehung F 2s hinzuweisen. Schließlich ist in diesem Zusammenhang auch zu beachten, dass Schule nicht im isolierten Raum stattfindet, sondern eingebunden ist in die Vielschichtigkeit und das soziale Gefüge der in Deutschland gelebten Gesellschaftsform. Diese zeichnen sich durch von Konventionen und Normen weitgehend losgelöste Verhaltensweisen aus, die auch ausgelebt werden. Das bedeutet, dass im alltäglichen Zusammenleben überall und jederzeit Situationen anzutreffen sind, in denen muslimische Glaubensangehörige mit freieren Wertvorstellungen konfrontiert werden, mit denen sie umgehen müssen. Nichts anderes gilt für staatlichen Schwimmunterricht, bei dem noch die Aufgabe besteht, durch Lehrpersonen Spannungen abzumildern.

**Standort: Amtshaftung**

**Problem: Versagtes Einvernehmen der Gemeinde**

BGH, URTEIL VOM 13.10.05  
III ZR 234/04 (BAYVBL 2006, 160)

**Problemdarstellung:**

Im vorliegenden Fall ging es um die Frage, ob eine Gemeinde für die rechtswidrige Verweigerung ihres Einvernehmens nach § 36 I BauGB aus Amtshaftung nach Art. 34 GG i.V.m. § 839 BGB auf Schadensersatz gegenüber dem Bauherrn haftet, dessen Bauvorhaben sich dadurch verzögert hat. Folgende Probleme stellten sich:

1. Die Amtspflicht muss nach § 839 I BGB einem Dritten - dem Geschädigten - gegenüber bestehen. Das Einvernehmen erteilt die Gemeinde aber nicht dem Bauherrn, sondern der Baugenehmigungsbehörde.

Auch soll es primär nicht den Bauherrn, sondern die Gemeinde selbst in ihrer Planungshoheit (Art. 28 II GG) schützen. Der BGH und das BVerwG gehen aber trotzdem in st.Rspr. davon aus, dass die rechtswidrige Verweigerung des Einvernehmens in Drittrechte des Bauherrn eingreift, nämlich in seine (mittelbar betroffene) Baufreiheit. Dies soll nach Ansicht des BGH selbst dann gelten, wenn es eines Einvernehmens der Gemeinde eigentlich gar nicht bedurfte, d.h. die Baugenehmigungsbehörde irrig um ein solches ersucht.

2. Die Gemeinde hatte sich zunächst nicht über ihr Einvernehmen erklärt und dieses erst nach Monaten auf Nachfrage verweigert. Das fehlende Einvernehmen wird allerdings bereits nach zweimonatigem Schweigen der Gemeinde gesetzlich fingiert, § 36 II 2

BauGB. Eine gesetzliche Fiktion kann man nicht zurücknehmen, so dass die nach Ablauf von zwei Monaten erklärte Verweigerung des Einvernehmens unbeachtlich ist. Es gilt: Einmal fingiert - immer fingiert (BVerwG, NVwZ 1997, 900 [901]).

Nebenbei - unter dem Gesichtspunkt der Subsidiarität des Amtshaftungsanspruchs nach § 839 I 2 BGB - bemerkt der BGH, dass es auch keine Pflichtverletzung eines Rechtsanwalts begründet, wenn er die Baugenehmigungsbehörden auf diesen Umstand nicht explizit hinweist (was die Vorinstanz allen Ernstes anders gesehen hatte). Die Anwaltschaft wird mit Erleichterung zur Kenntnis genommen haben, dass sie den Fachbehörden nicht auch noch deren Geschäft erklären muss.

#### **Prüfungsrelevanz:**

Der Fall bietet mit dem Aufhänger der Amtshaftung einmal einen ungewöhnlichen Einstieg in das so examensrelevante baurechtliche Problem des gemeindlichen Einvernehmens nach § 36 BauGB. Amtshaftungsansprüche gibt es nur bei einer Amtspflichtverletzung, § 839 I 1 BGB. Eine Amtspflichtverletzung durch Versagung gemeindlichen Einvernehmens setzt voraus, dass dieses rechtswidrig verweigert worden ist. Im Examen bietet sich dem Prüfer an dieser Stelle die hervorragende Gelegenheit, den Fall mit baurechtlichen Problemen zur Zulässigkeit des in Rede stehenden Vorhabens zu spicken, die dann vom Kandidaten inzidenter begutachtet werden müssen.

Besonders zur Kenntnis genommen werden sollte in jedem Fall auch, dass die Amtspflicht der Gemeinde, über ihr Einvernehmen rechtmäßig zu entscheiden, nach st.Rspr. des BGH auch den Bauherrn schützt, da dies - wie oben erwähnt - auf den ersten Blick nicht selbstverständlich ist.

#### **Vertiefungshinweise:**

Einvernehmen bei Identität von Gemeinde und Baugenehmigungsbehörde: *BVerwG*, RA 2005, 81 = *NVwZ* 2005, 83; *BayVGH*, RA 2003, 280 = *BayVBl* 2003, 210 (verneinend); *Schoch*, JK 7/04, *BauGB* § 36 I 1/6; *Hellermann*, Jura 2002, 589 (bejahend)

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

Rechtsschutz einer Gemeinde gegen ohne Einvernehmen erteilte Baugenehmigung: *BVerwG*, *NVwZ* 1986, 556; *BauR* 1988, 694; *BayVGH*, RA 2005, 137 = *NVwZ-RR* 2005, 56; RA 2001, 313 = *NVwZ-RR* 2001, 364

Fiktion des Einvernehmens bei nicht vollständigem Antrag: *BVerwG*, *NVwZ* 1997, 900; *VGH BW*, BRS 60 Nr. 157; *BauR* 2003, 1534; *NdsOVG*, *NVwZ* 1999, 1003, 1004; *SächsOVG*, *SächsVBl.* 2003, 64 (verneinend); *BayVGH*, RA 2005, 365 = *BayVBl* 2005, 304

(bejahend)

#### **Kursprogramm:**

*Examenskurs* : "Das Einvernehmen nehmen"

#### **Leitsätze:**

**1. Zur amtspflichtwidrigen Rücknahme und Versagung eines gemäß § 36 Abs. 2 Satz 2 BauGB durch Ablauf der Zwei-Monats-Frist fingierten gemeindlichen Einvernehmens.**

**2. Zur Frage, ob eine anderweitige Ersatzmöglichkeit des geschädigten Bauherrn in Gestalt eines Schadensersatzanspruchs gegen seinen im Verwaltungsverfahren tätig gewordenen Rechtsanwalt in Betracht kommt, wenn dieser es unterlassen hat, die Widerspruchsbehörde auf eine nachträglich ergangene neue Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts hinzuweisen.**

#### **Sachverhalt:**

Die Rechtsvorgängerin der Klägerin (im folgenden durchgängig selbst als "Klägerin" bezeichnet) beabsichtigte, in den Jahren 1995/96 auf einem Gelände im unbeplanten Innenbereich der beklagten Stadt eine Tankstelle zu errichten. Zu diesem Zwecke reichte sie am 14. November 1995 einen entsprechenden Bauantrag beim Landratsamt E. als der zuständigen Bauaufsichtsbehörde ein. Diese forderte mit Schreiben vom 16. November 1995 die Beklagte zur Stellungnahme über die Erteilung des gemeindlichen Einvernehmens nach § 36 BauGB auf. Dieses Ersuchen wiederholte die Bauaufsichtsbehörde mit Schreiben vom 19. Februar 1996. Daraufhin verweigerte die Beklagte mit Schreiben vom 1. März 1996 das Einvernehmen. Mit Schreiben vom 12. Juni 1996 an die Bauaufsichtsbehörde räumte die Beklagte ein, dass das Einvernehmen durch Versäumung der Zwei-Monats-Frist des § 36 Abs. 2 Satz 2 BauGB als erteilt gelte, erklärte jedoch zugleich, dass sie dieses Einvernehmen nunmehr zurückziehe. Die Bauaufsichtsbehörde hielt die Verweigerung des Einvernehmens zwar für rechtswidrig - worauf sie die Beklagte auch durch Schreiben vom 19. Dezember 1996 hinwies und um Stellungnahme bis zum 10. Januar 1997 bat, ob das gemeindliche Einvernehmen nicht doch erteilt werde -, fühlte sich aber gleichwohl daran gebunden. Mit Bescheid vom 4. März 1997 lehnte die Bauaufsichtsbehörde den Bauantrag der Klägerin ab. Die Entscheidung wurde ausschließlich auf die Bindungswirkung der Versagung des gemeindlichen Einvernehmens gestützt. Mit der gleichen Begründung wurde der Widerspruch der Klägerin durch Bescheid des Thüringer Landesverwaltungsamts vom 30. September 1998 zurückgewiesen. Auf die hiergegen gerichtete Klage verpflichtete das Verwaltungsgericht Weimar durch Urteil vom 21. Juli 1999, rechtskräftig seit dem 2. November 1999, die

Bauaufsichtsbehörde, der Klägerin die Baugenehmigung zur Errichtung einer Tankstelle entsprechend ihrem Bauantrag vom 14. November 1995 zu erteilen. Dies geschah mit Bescheid vom 6. Januar 2000. Die Klägerin nimmt nunmehr die beklagte Stadt aus Amtshaftung wegen der rechtswidrigen Versagung des Einvernehmens auf Ersatz des entstandenen Verzögerungsschadens, den sie auf 425.627,59 € beziffert, nebst Zinsen in Anspruch. Das Landgericht hat die Klage insgesamt abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat das Oberlandesgericht durch Grundurteil den Klageantrag für gerechtfertigt erklärt, soweit Schadensersatz für die Zeit vom 11. Januar bis 31. Oktober 1997 begehrt werde. Im übrigen wurde die Berufung zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die vom Senat zugelassene Revision der Klägerin, der sich die Beklagte angeschlossen hat.

#### **Aus den Gründen:**

Die Revision der Klägerin ist begründet, die Anschlussrevision der Beklagten hingegen unbegründet.

#### **A. Entscheidung des Berufungsgerichts**

Das Berufungsgericht bejaht eine schuldhaftes Amtspflichtverletzung der zuständigen Amtsträger der beklagten Stadt durch die unberechtigte Verweigerung des Einvernehmens zu dem geplanten Bauvorhaben der Klägerin (§ 36 BauGB). Es lässt jedoch den Amtshaftungsanspruch zum weit überwiegenden Teil daran scheitern, dass der Klägerin für den Verzögerungszeitraum ab 1. November 1997 eine anderweitige Ersatzmöglichkeit in Gestalt eines Schadensersatzanspruchs gegen ihren Prozessbevollmächtigten zustehe, der sie auch im Verfahren des verwaltungsrechtlichen und verwaltungsgerichtlichen Primärrechtsschutzes vertreten hatte. Es lastet dem Anwalt als Pflichtverletzung an, dass er es unterlassen habe, die Widerspruchsbehörde rechtzeitig auf die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 12. Dezember 1996 (4 C 24/95 = NVwZ 1997, 900, 901 = BauR 1997, 444, 446) hinzuweisen, wo in einem obiter dictum ausgesprochen worden war, dass das durch Fristablauf fingierte Einvernehmen der Gemeinde nicht widerrufen werden könne. Die Revision der Klägerin wendet sich gegen diese Teilabweisung der Klage und betrifft dementsprechend die Anspruchshöhe. Hingegen macht die Beklagten mit ihrer Anschlussrevision geltend, es fehle an einem Ursachenzusammenhang zwischen dem Einvernehmenswiderruf und der behaupteten Verzögerung der Tankstellenerrichtung; ferner hätten die zuständigen Amtsträger bei der Entscheidung über das Einvernehmen nicht schuldhaft gehandelt. Außerdem verfolgt die Beklagte die vorinstanzlich erhobene Verjährungseinrede weiter. Dies bedeutet, dass durch die Anschlussrevision auch der Anspruchsgrund insgesamt zur Entscheidung des erkennenden Senats gestellt wird.

#### **B. Entscheidung des BGH**

Die Angriffe der Beklagten gegen den Grund des zuerkannten Amtshaftungsanspruchs (§ 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG) können keinen Erfolg haben.

#### **I. Amtspflichtverletzung**

Bei dem von der Klägerin geplanten Bauvorhaben handelte es sich um ein solches im unbeplanten Innenbereich der beklagten Gemeinde (§ 34 BauGB), das des gemeindlichen Einvernehmens nach § 36 Abs. 1 Satz 1 BauGB in der Ursprungsfassung vom 8. Dezember 1986 (BGBl. I S. 2253) bedurfte. Die Änderung des § 36 BauGB durch das Gesetz zur Änderung des Baugesetzbuchs und zur Neuregelung des Rechts der Raumordnung (Bau- und Raumordnungsgesetz 1998 - BauROG) vom 18. August 1997 (BGBl. I S. 2081) ist dagegen - zumindest für das Verwaltungsverfahren vor dem Landratsamt als der zuständigen Bauaufsichtsbehörde - noch nicht einschlägig. Durch dieses Gesetz ist in § 36 Abs. 2 der neue Satz 3 eingefügt worden, durch den die nach Landesrecht zuständige Behörde unmittelbar durch Bundesrecht die Möglichkeit erhalten hat, ein rechtswidrig versagtes gemeindliches Einvernehmen zu einem genehmigungsbedürftigen Bauvorhaben zu ersetzen. Insoweit bedarf es einer Zuständigkeitsregelung durch den Landesgesetz- oder Verordnungsgeber. Von dieser Regelungsbefugnis hatte der Freistaat Thüringen während der Dauer des hier in Rede stehenden Verwaltungsverfahrens keinen Gebrauch gemacht; deswegen blieb es insoweit uneingeschränkt bei den bisherigen Haftungsgrundsätzen (vgl. zu diesen Fragen: Staudinger/Wurm, BGB 13. Bearb. [2002] § 839 Rn. 587-589).

#### **II. Drittbezug**

##### **1. Grundsatz: Einvernehmenserteilung drittschützend zugunsten des Bauherrn**

Der auf der Planungshoheit beruhenden Beteiligung der Gemeinde am Baugenehmigungsverfahren kann im Falle der Versagung des Einvernehmens eine für den Bauwilligen ausschlaggebende Bedeutung zukommen, weil die Baugenehmigungsbehörde nach der hier einschlägigen Rechtslage gehindert ist, eine Baugenehmigung auszusprechen, solange die Gemeinde ihr Einvernehmen nicht erklärt hat (übereinstimmende Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts und des Bundesgerichtshofs; vgl. z.B. BVerwGE 22, 342; BVerwG, UPR 1992, 234, 235; BGHZ 65, 182, 186; 99, 262, 273; 118, 263, 265). Vereitelt oder verzögert die Gemeinde im Geltungsbereich der bisherigen Regelung durch unberechtigte Verweigerung des Einvernehmens ein planungsrechtlich zulässiges Bauvorhaben, so berührt dies - sei es auch nur mittelbar - notwendig und bestimmungsgemäß die Rechtsstellung des Bauwilligen. Dies genügt, um eine besondere Beziehung zwischen der verletzten Amtspflicht und dem

Bauwilligen als einem geschützten "Dritten" im Sinne des § 839 Abs. 1 Satz 1 BGB zu bejahen. Dessen Interessen werden durch die Amtspflicht, das Einvernehmen nicht zu verweigern, wenn das Bauvorhaben nach den §§ 31, 33, 34 oder 35 BauGB zulässig ist, in individualisierter und qualifizierter Weise geschützt (BGHZ 65, 182, 184 ff; seither st. Rspr., vgl. BGHZ 118, 263, 265 f m.w.N.; s. zum Ganzen auch Staudinger/Wurm aaO Rn. 581).

### 2. *Selbst dann, wenn eigentlich nicht erforderlich*

Der Grundsatz, dass eine rechtswidrige Versagung des Einvernehmens unmittelbare Amtshaftungsansprüche des Bauherrn gegen die Gemeinde begründen kann, gilt - wie das Berufungsgericht eingehend und zutreffend ausgeführt hat - auch dann, wenn das Einvernehmen objektiv überhaupt nicht erforderlich gewesen war. Es genügt vielmehr, dass die Bauaufsichtsbehörde die Gemeinde am Verfahren beteiligt hat, weil sie deren Einvernehmen für erforderlich hielt. Die zuständigen Amtsträger der Gemeinde haben auch in einem solchen Fall die Amtspflicht gegenüber einem Bauwilligen, die Erteilung der von ihm begehrten Baugenehmigung, auf die er einen Anspruch hat, nicht durch ein Verhalten zu hindern, das die Bauaufsichtsbehörde als Verweigerung des für erforderlich gehaltenen Einvernehmens nach § 36 BauGB werten muss. In diesem Zusammenhang hat der Senat insbesondere bereits entschieden, dass es nicht darauf ankommt, aus welchem Rechtsgrund das Einvernehmen im konkreten Falle entbehrlich war (s. dazu vor allem den Senatsbeschluss vom 25. Oktober 1990 - III ZR 249/89 = BGHR BGB § 839 Abs. 1 Satz 1 Gemeinderat 4 = BRS 53 Nr. 40 sowie das Senatsurteil vom 21. November 2002 - III ZR 278/01 = NVwZ-RR 2003, 403). [...]

### III. *Verschulden*

Das Berufungsgericht hat zutreffend festgestellt, dass die zuständigen Amtsträger der Gemeinde bei der Verweigerung des Einvernehmens schuldhaft gehandelt haben. Dabei bedarf es keiner Entscheidung, ob sie bereits vor dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 12. Dezember 1996 (aaO) hätten erkennen können und müssen, dass ein durch Ablauf der Zwei-Monats-Frist des § 36 Abs. 2 Satz 2 BauGB fingiertes Einvernehmen nicht mehr frei widerruflich gewesen war. Jedenfalls liegt ein Verschulden darin, dass sie die planungsrechtliche Zulässigkeit des Vorhabens materiell unrichtig beurteilt hatten. Dies ergibt sich aus den Feststellungen des Verwaltungsgerichts zu den topografischen und baulichen Gegebenheiten, nach denen es sich um ein Mischgebiet gehandelt hatte, in dem die geplante Tankstelle zulässig war. Nach dem objektivierten Sorgfaltsmaßstab, der im Amtshaftungsrecht gilt, mussten die Amtsträger der Gemeinde die für eine so weittragende Entscheidung wie die Versagung des Einvernehmens erforderlichen Rechts- und

Verwaltungskenntnisse besitzen oder sich verschaffen (Senatsurteil vom 21. November 2002 aaO). Dies gilt hier um so mehr, als sie - im Unterschied zu dem dem Senatsurteil vom 21. November 2002 zugrunde liegenden Fall - von der Bauaufsichtsbehörde auf die Zulässigkeit des Vorhabens hingewiesen worden waren. Auch die "Kollegialgerichts-Richtlinie", die in diesem Zusammenhang von der Anschlussrevision angesprochen wird, hilft der Beklagten hier nicht, da das Landgericht sich zur Frage der materiellen Rechtmäßigkeit der der Versagung des Einvernehmens zugrunde liegenden planungsrechtlichen Erwägungen nicht geäußert hat.

### IV. *Kausalität*

Entgegen der Auffassung der Beklagten lässt sich hier nicht feststellen, dass das Bauvorhaben auch bei einer rechtzeitigen Erteilung des Einvernehmens und einer entsprechend früheren Erteilung der Baugenehmigung undurchführbar gewesen wäre. Es mag zwar zutreffen, dass die Verwirklichung des Bauvorhabens noch von weiteren Voraussetzungen, insbesondere der Erschließung und des dafür erforderlichen Abschlusses straßenbaurechtlicher Verträge sowohl mit der Beklagten (Grunderwerb) als auch mit dem Freistaat Thüringen abhängig gewesen war. Konkrete Anhaltspunkte dafür, dass diese Verträge bei früherer Erteilung der Baugenehmigung nicht auch früher hätten abgeschlossen werden können, sind indessen weder substantiiert vortragen noch sonst ersichtlich. Es ist deshalb nicht erkennbar, dass etwaige hierdurch verursachte Verzögerungen das Bauvorhaben insgesamt in Frage gestellt hätten. Die genaue Feststellung des hypothetischen Zeitablaufs kann daher dem Betragsverfahren vorbehalten werden und schließt eine Feststellung der Ersatzpflicht dem Grunde nach nicht aus.

### V. *Keine Verjährung*

Entgegen der Auffassung der Beklagten ist der gegen sie gerichtete Amtshaftungsanspruch auch nicht verjährt. Die Verjährung beurteilt sich noch nach § 852 Abs. 1 BGB a.F. Sie ist hier durch die Inanspruchnahme verwaltungsrechtlichen und verwaltungsgerichtlichen Primärrechtsschutzes analog § 209 Abs. 1 BGB a.F. auch im Verhältnis zwischen der Klägerin und der damals beigeladenen Beklagten unterbrochen worden (vgl. Wurm, Festschrift Boujong [1996], 687, 699 f; s. aus der Rechtsprechung insbesondere Senatsurteil BGHZ 118, 253, 263 betreffend die Unterbrechung der Frist des Art. 71 Abs. 1 BayAGBG, die sich nach den gleichen Grundsätzen beurteilt wie die Verjährungsunterbrechung).

### VI. *Keine Subsidiarität*

Zu Recht wenden sich sowohl die Klägerin mit ihrer Revision als auch der Anwalt, der ihr im Revisionsrechtszug auf Streitverkündung beigetreten ist, mit

seiner Stellungnahme gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, der geltend gemachte Amtshaftungsanspruch scheiterte zum weitaus größten Teil an dem Verweisungsprivileg des § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB. [...]

Eine anderweitige Ersatzmöglichkeit in Form eines entsprechenden Anspruchs gegen den vorinstanzlichen Prozessbevollmächtigten der Klägerin, der diese auch im Verwaltungsverfahren vertreten hatte, lässt sich hier nicht feststellen. Der Anwalt hatte in seiner Widerspruchsbegründung - noch bevor ihm, auch nach Auffassung des Berufungsgerichts, die neue Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts hatte bekannt sein können - die Sach- und Rechtslage nach dem seinerzeitigen Stand in Rechtsprechung und Schrifttum zutreffend dargelegt und dabei insbesondere auch das Problem angesprochen, dass ein durch Fristablauf fingiertes Einvernehmen nicht hatte widerrufen werden

können. Damit hatte er das seinerseits Erforderliche getan, um die Interessen der Klägerin ordnungsgemäß und sachgerecht wahrzunehmen.

Die Parteien und ihre Anwälte tragen im Wesentlichen Verantwortung hinsichtlich des unterbreiteten Sachverhalts und der Antragstellung. Der weitere Gang des Verfahrens lag nunmehr in der Hand der Widerspruchsbehörde. Diese war verpflichtet, die Entwicklung der einschlägigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts im Auge zu behalten. Deshalb sieht der Senat keine Rechtfertigung dafür, dem Anwalt auch noch das Risiko aufzuladen, dass die Widerspruchsbehörde als mit besonderer Sachkunde ausgestattete zuständige Fachbehörde die einschlägige nachträglich ergehende Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zur Kenntnis nahm und sich danach richtete. Solches ist auch nicht Sinn der Subsidiaritätsklausel des § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB. [...]

### Standort: Baurecht

### Problem: Verhältnis Bauplanungs- und Bauordnungsrecht

VGH BW, BESCHLUSS VOM 12.10.2004  
8 S 1661/04 (NVwZ-RR 2006, 89)

#### Problemdarstellung:

Im vorliegenden Beschluss ging es um die Frage, ob ein Bauvorhaben, das die bauordnungsrechtlichen Vorschriften über die notwendigen Grenzabstände einhält, gleichwohl gegen das bauplanungsrechtliche Gebot der Rücksichtnahme verstoßen kann.

Der VGH BW greift hierzu die st.Rspr. des BVerwG auf, welche besagt, dass die landesrechtlichen Vorschriften über die Abstandsflächen das Gebot der Rücksichtnahme insoweit konkretisieren, als es um die "Belichtung und Besonnung" des Nachbargrundstücks geht. Hält sich das Bauvorhaben an die bauordnungsrechtlich vorgeschriebenen Grenzabstände, kann der Nachbar sich m.a.W. auch bauplanungsrechtlich nicht mehr darauf berufen, dass das Vorhaben wegen Schattenwurfs rücksichtslos sei (hier: sich nicht in die Umgebung einfüge i.S.d. § 34 I 1 BauGB).

Etwas anderes soll, so der VGH im vorliegenden Fall weiter, allerdings für sonstige Folgen grenznaher Bebauung gelten, wie im Fall für die in § 34 I 2 BauGB angesprochenen gesunden Wohn- und Arbeitsverhältnisse. Störe das Bauvorhaben (auch) diese, könne der Nachbar ungeachtet der eingehaltenen Grenzabstände eine Rücksichtslosigkeit sehr wohl rügen.

#### Prüfungsrelevanz:

Das "Gebot der Rücksichtnahme" ist im Rahmen des Rechtsbehelfs eines Dritten (Nachbarn) gegen ein Bauvorhaben i.d.R. bereits in der Klagebefugnis anzusprechen, wenn die durch das Bauvorhaben möglicherweise verletzten Normen selbst keinen Drittschutz

entfalten. Zu beachten ist, dass das Gebot der Rücksichtnahme kein eigenes, selbst Drittschutz verleihendes Rechtsinstitut darstellt, sondern immer nur in Verbindung mit einer (ansonsten nicht drittschützenden) Norm, aus der es sich ableiten lässt. Neben dem "Einfügen" bzgl. des Maßes nach § 34 I BauGB erwähnt der VGH hier die "Unzumutbarkeit" in § 15 I 2 BauNVO; auch für die "nachbarlichen Interessen" in § 31 II BauGB und die "schädlichen Umwelteinwirkungen" in § 35 III Nr. 3 BauGB ist allgemein anerkannt, dass sie ein Rücksichtnahmegebot enthalten. Die RA hat über Fälle zum Rücksichtnahmegebot immer wieder berichtet (zuletzt RA 2001, 453; vgl. auch Vertiefungshinweise).

#### Vertiefungshinweise:

Zum Gebot der Rücksichtnahme bei § 34 I BauGB: *BVerwG*, NVwZ 1999, 879; NVwZ-RR 1998, 540; NVwZ-RR 1997, 516; *VGH Kassel*, NVwZ-RR 2000, 570; OVG Hamburg, RA 2002, 263 = NVwZ 2002, 494

Zum Gebot der Rücksichtnahme aus § 15 I 2 BauNVO: *BVerwG*, RA 2001, 453 = NVwZ 2001, 813

Weitere Entscheidungen zum Rücksichtnahmegebot: *OVG Münster*, RA 1999, 242 = NWVB 1999, 141 (Stellplätze); *VG Karlsruhe*, NVwZ-RR 2000, 144 (Spielplatz)

#### Kursprogramm:

*Examenskurs*: "Die Eissporthalle"

*Examenskurs*: "Das Asylbewerberwohnheim"

#### Leitsatz:

**Das bauplanungsrechtliche Gebot der Rücksicht-**

**nahme erfährt keine Konkretisierung oder gar Einschränkung durch das Abstandsflächenrecht des Landes, soweit nachbarliche Belange in Rede stehen, die von diesem nicht erfasst werden, wie etwa die in § 34 I 2 BauGB geforderten gesunden Wohnverhältnisse und Arbeitsverhältnisse.**

**Sachverhalt:**

Dem Beigel. war von der Ag. die Errichtung einer Fertiggerade genehmigt worden. Hiergegen wendeten sich die Ast. mit Widersprüchen. Das VG hat es abgelehnt, deren aufschiebende Wirkung anzuordnen. Auf die Beschwerden der Ast. wird der Beschluss des VG geändert. Die aufschiebende Wirkung der Widersprüche der Ast. gegen die der Beigel. erteilte Baugenehmigung zur Errichtung der Fertiggerade wurde angeordnet.

**Aus den Gründen:**

Die - zulässigen - Beschwerden sind begründet. Das VG hätte den Begehren der Ast. stattgeben und ihren Widersprüchen aufschiebende Wirkung beilegen müssen. Denn es spricht vieles dafür, dass die angefochtene Baugenehmigung rechtswidrig ist und die Ast. in ihren nachbarlichen Rechten verletzt.

**A. Vereinbarkeit mit Bauordnungsrecht**

Die genehmigte Fertiggerade hält zwar die Maße einer nach § 6 I 2 BadWürttBauO privilegierten Grenzgarage ein und muss deshalb keine Abstandsflächen einhalten. Ob sie damit in jeder Hinsicht dem Bauordnungsrecht entspricht, woran Zweifel bestehen könnten, weil sie - entgegen § 6 II BadWürttBauO - einen Abstand zur Grundstücksgrenze von 0,03 m einhält, kann offen bleiben.

**B. Vereinbarkeit mit Bauplanungsrecht**

Denn sie dürfte mit einiger Wahrscheinlichkeit das bauplanungsrechtliche Gebot der Rücksichtnahme zu Lasten der Ast. verletzen.

**I. Herleitung des Gebots der Rücksichtnahme**

Dieses Gebot folgt im vorliegenden Fall entweder aus dem in § 34 I BauGB enthaltenen Erfordernis des "Einfügens" in die nähere Umgebung, falls es sich bei dem seit dem 13.3.1934 rechtsverbindlichen Bebauungsplan "1934/052 53-44 A/B" um einen einfachen Bebauungsplan i.S.d. § 30 III BauGB handelt, oder aus § 15 I 2 BauNVO, sollte es sich bei ihm um einen qualifizierten Bebauungsplan i.S.d. § 30 I BauGB handeln.

**II. Verhältnis zum Bauordnungsrecht**

**1. Belichtung und Besonnung**

Nach ständiger Rechtsprechung kann zwar ein Nach-

bar, der sich gegen die Verwirklichung eines Bauvorhabens zur Wehr setzt, unter dem Blickwinkel der Sicherstellung einer ausreichenden Belichtung und Besonnung seines Grundstücks grundsätzlich keine Rücksichtnahme verlangen, die über den Schutz des bauordnungsrechtlichen Abstandsflächenrechts hinausgeht, weil diese landesrechtlichen Grenzabstansvorschriften ihrerseits eine Konkretisierung des Gebots nachbarlicher Rücksichtnahme darstellen (BVerwG, NVwZ-RR 1997, 516 m.w.N.).

**2. Gesunde Wohn- und Arbeitsverhältnisse**

Dies gilt aber nur grundsätzlich, was bedeutet, dass Ausnahmen möglich sein müssen, zumal Bundesrecht nicht zur Disposition des Landesgesetzgebers steht (BVerwGE 112, 41). Vor allem aber bezieht sich diese Konkretisierung nur auf die genannten Belange der Belichtung und Besonnung, was sich im Wesentlichen mit der Auffassung des Senats zur Schutzrichtung des Abstandsflächenrechts deckt (VGH Mannheim, VBIBW 1999, 26).

Dagegen erfährt das bauplanungsrechtliche Gebot der Rücksichtnahme keine Konkretisierung oder gar Einschränkung durch das Abstandsflächenrecht des Landes, soweit nachbarliche Belange in Rede stehen, die von diesem nicht erfasst werden, wie etwa die in § 34 I 2 BauGB geforderten gesunden Wohn- und Arbeitsverhältnisse.

**III. Abwägung erforderlich**

Im Hinblick auf die gesunden Wohnverhältnisse, insbesondere die hinlängliche Erreichbarkeit des Hausingangs der Ast., bestehen aber erhebliche Bedenken, ob die erteilte Baugenehmigung die gebotene Rücksicht auf deren nachbarliche Belange nimmt. Welche Anforderungen das Gebot der Rücksichtnahme (objektiv-rechtlich) begründet, hängt wesentlich von den jeweiligen Umständen ab. Je empfindlicher und schutzwürdiger die Stellung derer ist, denen die Rücksichtnahme im gegebenen Zusammenhang zugute kommt, umso mehr kann an Rücksichtnahme verlangt werden. Je verständlicher und unabweisbarer die mit dem Vorhaben verfolgten Interessen sind, umso weniger braucht derjenige, der das Vorhaben verwirklichen will, Rücksicht zu nehmen. Bei diesem Ansatz kommt es für die sachgerechte Beurteilung des Einzelfalles wesentlich auf eine Abwägung zwischen dem an, was einerseits dem Rücksichtnahmebegünstigten und andererseits dem Rücksichtnahmepflichtigen nach Lage der Dinge zuzumuten ist (so grundlegend: BVerwGE 52, 122).

**IV. Subsumtion**

Nach diesen Maßstäben spricht vieles dafür, dass den Ast. die genehmigte Grenzbebauung mit einer Fertiggerade nicht zuzumuten ist [wird ausgeführt].

*Zivilrecht***Standort: ZPO****Problem: Säumnis bei plötzlich erkranktem Anwalt**

BGH, URTEIL VOM 03.11.2005  
I ZR 53/05 (NJW 2006, 448)

**Problemdarstellung:**

Die Kl. wandte sich in diesem Rechtsstreit mit ihrer Revision dagegen, dass das BerGer. ihren Einspruch gegen ein erstes Versäumnisurteil durch zweites Versäumnisurteil gem. §§ 539 III, 345 ZPO verworfen hatte. Gem. §§ 565, 514 II ZPO konnte sie diese Revision nur darauf stützen, dass das 2. Versäumnisurteil zu Unrecht ergangen sei, da kein Fall der schuldhaften Säumnis vorgelegen habe. Sie trug vor, ihr Prozessbevollmächtigter sei in der Nacht vor dem Verhandlungstermin so schwer an Grippe erkrankt, dass es ihm am nächsten Morgen nicht möglich gewesen sei, den Termin am BerGer. wahrzunehmen. Der BGH nahm dies als zutreffend an, ging aber gleichwohl von einer schuldhaften Säumnis aus, da der Prozessbevollmächtigte nicht alles ihm Mögliche und Zumutbare getan habe, um das Gericht rechtzeitig zu informieren. Dies überzeugt, da der Rechtsanwalt der Kl. sich immerhin schon um 07.06 Uhr in der Lage sah, einen (vergeblichen) Versuch zu unternehmen, einen Anwaltskollegen zu informieren, Bemühungen zur direkten Information des Gerichts allerdings erst um 08.56 Uhr - d. h. 4 Minuten vor Terminbeginn - ihren Anfang nahmen.

**Prüfungsrelevanz:**

Die Rechtsfolgen der Säumnis einer Prozesspartei gem. §§ 330 ff ZPO zählen im Bereich des Zivilprozessrechts zum Grundwissen, das bereits im 1. Staatsexamen jedem Kandidaten selbstverständlich abverlangt wird. Hierzu zählt auch das 2. Versäumnisurteil, das gem. § 345 ZPO ergeht, wenn die säumige Partei in dem auf ihren ersten zulässigen Einspruch nach §§ 338 ff ZPO hin anberaumten Termin nach § 341 a ZPO direkt wieder nicht erscheint bzw. zur Hauptsache verhandelt. Dieses kann gem. §§ 345, 514 II ZPO nicht mehr durch Einspruch, sondern nur durch eine darauf, dass keine schuldhafte Säumnis vorgelegen habe, gestützte Berufung angegriffen werden (Ausnahme: 2. Versäumnisurteil nach vorangegangenem Vollstreckungsbescheid, vgl. Thomas/Putzo, § 514 Rz. 4). Da aufgrund des Verweises in § 539 III ZPO in der Berufungsinstanz die Säumnisregeln der §§ 330 ff ZPO grundsätzlich anzuwenden sind, kann es zu ei-

nem zweiten Versäumnisurteil auch in der Berufungsinstanz kommen. Für ein solches zweites VU stellt § 565 ZPO klar, dass es ebenfalls ohne Rücksicht auf Beschwer bzw. Zulassung durch das BerGer. mit der Revision angegriffen werden kann, jedoch wiederum nur mit der Begründung, es habe keine schuldhafte Säumnis vorgelegen.

Die Kenntnis der Zurechnung des Verschuldens eines Prozessbevollmächtigten zu Lasten der jeweiligen Prozesspartei gem. § 85 II ZPO sollte ebenfalls selbstverständlich sein.

**Vertiefungshinweise:**

- Pflicht eines Rechtsanwalts, den durch Prozessverlust verursachten Schaden durch kostenloses Führen eines Zweitprozesses auszugleichen: *BGH*, RA 2001, 27 = *NJW* 2000, 3560
- Güteverfahren i. S. d. § 15a EGZPO nicht nachholbar: *BGH*, RA 2005, 153 = *NJW* 2005, 437
- Schmerzensgeldanspruch nach Untersuchungshaft aufgrund Anwaltverschuldens: *KG*, RA 2005, 331 = *NJW* 2005, 1284

**Kursprogramm:**

- Examenskurs*: "Die späte Gegenwehr"
- Assessorkurs*: "Spätes Kommen"

**Leitsatz:**

**Eine schuldhafte Säumnis liegt auch dann vor, wenn der Prozessbevollmächtigte, der kurzfristig und nicht vorhersehbar an der Wahrnehmung des Termins gehindert ist, nicht das ihm Mögliche und Zumutbare getan hat, um dem Gericht rechtzeitig seine Verhinderung mitzuteilen.**

**Sachverhalt:**

Die Kl. zu 1 (im Folgenden: Kl.) macht gegen die Bekl. Ansprüche aus Urheberrechtsverletzung geltend. Am 14.12.2004 hat das BerGer. gegen die in der mündlichen Verhandlung nicht erschienene Kl. ein Versäumnisurteil erlassen. Gegen das Versäumnisurteil hat die Kl. Einspruch eingelegt. Die Ladung zu der mündlichen Verhandlung über den Einspruch und zur Sache, die auf den 24.02.2005, 9.00 Uhr, angesetzt worden war, wurde der Kl. zu Händen ihrer damaligen Prozessbevollmächtigten am 05.01.2005 zugestellt.

Nachdem diese das Mandat niedergelegt hatten, bestellten sich die Rechtsanwälte "K. Kollegen" mit Schriftsatz vom 31.01.2005 für die Kl. Den Schriftsatz zur Begründung des Einspruchs unterzeichnete die im Berliner Büro dieser Sozietät tätige Rechtsanwältin Dr. M. Im Termin zur mündlichen Verhandlung am 24.02.2005 erschien bei Aufruf der Sache niemand für die Kl. Ausweislich des Sitzungsprotokolls gab der Senat bekannt, dass er sowohl bei der Telefonzentrale als auch bei der Informationsstelle nachgefragt habe, ob ein Anruf von Rechtsanwältin Dr. M. eingegangen sei. Diese Anfragen seien verneint worden. Um 09.30 Uhr beantragte der Prozessbevollmächtigte der Bekl., den Einspruch der Kl. gegen das Versäumnisurteil vom 14.12.2004 durch zweites Versäumnisurteil zu verwerfen. Das BerGer. hat entsprechend diesem Antrag erkannt. Die Kl. hat gegen das Versäumnisurteil Revision eingelegt. Sie beantragt, die Sache unter Aufhebung des Urteils und des Verfahrens an das BerGer. zurückzuverweisen. Die Bekl. beantragt, die Revision zurückzuweisen. Sie bestreitet, dass der Prozessbevollmächtigte der Kl. krankheitshalber verhindert gewesen sei, den Termin wahrzunehmen. Jedenfalls habe er sich nicht hinreichend bemüht, das Gericht rechtzeitig davon zu unterrichten, dass er nicht kommen könne.

#### *Aus den Gründen:*

##### *A. Begründung der Revision durch die Kl.*

Die Kl. hat mit ihrer Revision vorgetragen, der Verhandlungstermin am 24.02.2005 habe von Rechtsanwalt Dr. V. aus dem Kölner Büro ihrer Prozessbevollmächtigten, der Rechtsanwälte "K. Kollegen", wahrgenommen werden sollen. In der Nacht vor dem Termin sei Rechtsanwalt Dr. V. jedoch so schwer an Grippe erkrankt, dass er außerstande gewesen sei, am Morgen mit dem Pkw von Köln nach Hamm zu fahren. Er habe, wie er anwaltlich versichert habe, unter Fieber, Kopfschmerz und erheblicher Abgeschlagenheit mit Übelkeit gelitten. Um 07.06 Uhr habe Rechtsanwalt Dr. V. ohne Erfolg versucht, Rechtsanwalt Dr. K. im Büro der Sozietät in Frankfurt/Main anzurufen. Ebenso sei um 08.56 Uhr sein Versuch fehlgeschlagen, die zuständige Geschäftsstelle des BerGer. fernmündlich zu erreichen. Die daraufhin um 08.59 Uhr angerufene Telefonzentrale habe keine Verbindung zur Geschäftsstelle und zu dem Senatsvorsitzenden herstellen können. Ein weiterer Versuch um 09.10 Uhr, Rechtsanwalt Dr. K. zu erreichen, sei erneut erfolglos geblieben. Rechtsanwalt Dr. V. habe sodann das Sekretariat von Rechtsanwalt Dr. K. fernmündlich gebeten, ihn bei Gericht durch Faxschreiben zu entschuldigen. Ein entsprechendes Schreiben sei um 09.37 Uhr versandt worden.

##### *B. Revisionsentscheidung g des BGH*

Die Revision der Kl. ist als unzulässig zu verwerfen.

##### *I. Schlüssiger Vortrag zu fehlender Säumnis erforderlich gem. §§ 565, 514 II ZPO*

Die Zulässigkeit des Rechtsmittels setzt die schlüssige Darlegung voraus, dass kein Fall der schuldhaften Versäumung vorgelegen habe (§§ 565, 514 II ZPO). Ein Verschulden ihres Prozessbevollmächtigten hat sich die Partei als eigenes Verschulden anrechnen zu lassen (§ 85 II ZPO).

##### *II. Schuldhafte Säumnis schon nach Revisionsbegründung der Kl.*

Die Kl. hat nicht schlüssig dargetan, dass ihren Prozessbevollmächtigten Rechtsanwalt Dr. V. kein Verschulden an der Säumnis trifft.

##### *I. Bemühungen um Information des BerGer. unzureichend*

Für die Entscheidung kann unterstellt werden, dass Rechtsanwalt Dr. V. am 24.02.2005 wegen einer Grippeerkrankung nicht von Köln mit dem Pkw zur mündlichen Verhandlung nach Hamm reisen konnte. Eine schuldhafte Säumnis liegt aber auch dann vor, wenn der Prozessbevollmächtigte, der kurzfristig und nicht vorhersehbar an der Wahrnehmung des Termins gehindert ist, nicht das ihm Mögliche und Zumutbare getan hat, um dem Gericht rechtzeitig seine Verhinderung mitzuteilen (vgl. - zu § 513 ZPO a.F. - BAG AP Nr. 5 zu § 513 ZPO; BAG, NJW 1972, 790 f.; BGH, NJW 1999, 724; vgl. weiter Musielak/Stadler, ZPO, 4. Aufl., § 337 Rz. 6; Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, 27. Aufl., § 337 Rz. 3, jeweils m.w.N.). Dies ist hier der Fall. Die Kl. macht nicht geltend, dass ihr Prozessbevollmächtigter so schwer erkrankt gewesen sei, dass er deshalb nicht mehr in der Lage gewesen sei, das BerGer. rechtzeitig von seiner Verhinderung zu unterrichten. Sie trägt vielmehr vor, er habe alle dazu erforderlichen und zumutbaren Maßnahmen ergriffen. Bereits aus dem zeitlichen Ablauf, den die Kl. dargelegt hat, geht jedoch hervor, dass die Bemühungen von Rechtsanwalt Dr. V. unzureichend waren. So hat er zwar um 07.06 Uhr (erfolglos) versucht, seinen Kanzleikollegen Dr. K. über Mobiltelefon von seiner Erkrankung zu unterrichten; dem Gericht gegenüber blieb er aber bis um 08.56 Uhr untätig, d.h. bis vier Minuten vor dem angesetzten Termin. Bereits in diesem Zuwarten liegt ein schuldhaftes Versäumnis. Der Versuch von Rechtsanwalt Dr. V., die zuständige Geschäftsstelle zu erreichen, musste zudem schon deshalb erfolglos bleiben, weil er versehentlich eine falsche Rufnummer gewählt hatte: Ausweislich der vorgelegten Verbindungsübersicht seines Mobilfunkbetreibers hat er bei der Anwahl nur die Vorwahl und die Durchwahl, nicht auch die örtliche Hausrufnummer des Gerichts eingegeben. Der drei Minuten später, um 08.59 Uhr, mit der richtigen Telefonnummer unternommene Versuch, über die Telefonzentrale mit der Geschäftsstelle oder dem Senatsvorsitzenden verbun-

den zu werden, dauerte nach der vorgelegten Verbindungsübersicht nur sehr kurz (1 Minute 4 Sekunden). Weitere Versuche, das Gericht fernmündlich zu erreichen, unternahm Rechtsanwalt Dr. V. nicht. Erst um 09.12 Uhr beauftragte er das Büro seines Anwaltskollegen Dr. K. in Frankfurt/Main, ihn durch Faxschreiben bei Gericht zu entschuldigen. Schon wegen des erforderlichen Zeitaufwands für die Umsetzung dieses Auftrags war diese Bemühung offensichtlich verspätet und nicht erfolgversprechend. Das Faxschreiben konnte auch erst um 09.37 Uhr versandt werden; es enthielt überdies nicht einmal einen Hinweis auf die besondere Dringlichkeit der Vorlage. Ein Anruf bei dem Prozessbevollmächtigten der Gegenseite unterblieb, obwohl dies ein weiterer Weg gewesen wäre, das Gericht noch rechtzeitig von der Verhinderung zu unterrichten. Die Versuche von Rechtsanwalt Dr. V., das Gericht rechtzeitig vor der mündlichen Verhandlung und vor Erlass des zweiten Versäumnisurteils davon in Kenntnis zu setzen, dass er den Termin nicht wahrnehmen könne, begannen danach schuldhaft zu spät und waren zudem, wie sich ihm aufdrängen musste, unzureichend. Mit früher einsetzenden Bemühungen hätte Rechtsanwalt Dr. V. aller Erfahrung nach eines der Mitglieder des BerGer. oder die Geschäftsstelle (gegebenenfalls deren Vertretung) erreichen können.

### *2. Ausreichende Rücksichtnahme des BerGer. auf Belange der Kl.*

Die Revision vertritt allerdings weiter die Ansicht, das BerGer. habe das zweite Versäumnisurteil verfahrensfehlerhaft erlassen. Das Gericht habe nur unzureichend bei der Telefonzentrale und der Informationsstelle des Gerichts nachgefragt, ob dort eine Nachricht der Prozessbevollmächtigten der Kl. eingegangen sei. Dem Gericht sei bekannt gewesen, dass die Kl. durch eine überörtliche Sozietät vertreten werde. Es hätte deshalb nicht nur danach fragen dürfen, ob ein Anruf (gerade) von Rechtsanwältin Dr. M. eingegangen sei, sondern

danach, ob aus der Kanzlei "K. Kollegen" angerufen worden sei. Eine solche Frage wäre von der Telefonzentrale bejaht worden. Mit dieser Rüge kann die Revision nicht durchdringen. Das Gericht hat die - auch zur Wahrung des verfassungsrechtlichen Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 103 I GG) - gebotene Rücksichtnahme auf die Verfahrensbeteiligten nicht verletzt (vgl. dazu auch BGH, NJW 1999, 724 f.). Es hat mit dem Erlass des zweiten Versäumnisurteils nicht nur (zumindest) eine halbe Stunde zugewartet, es hat vorsorglich auch bei der Telefonzentrale und der Informationsstelle nachgefragt. Wenn es dabei nur nach einem Anruf von Rechtsanwältin Dr. M. gefragt hat, hatte das seinen Grund darin, dass diese den Schriftsatz zur Begründung des Einspruchs gegen das erste Versäumnisurteil unterschrieben hatte. Einen Anhaltspunkt dafür, dass die Kl. im Termin von einem anderen Mitglied der überörtlichen Sozietät (aus Köln oder Frankfurt/Main) vertreten werden sollte, hatte das Gericht nicht. Wäre Rechtsanwalt Dr. V. mit der gebotenen Umsicht vorgegangen, hätte das Gericht zudem bei seiner Anfrage von seinem Anruf erfahren müssen. Dazu hätte es genügt, der Telefonzentrale die besondere Dringlichkeit des Anliegens darzulegen und den zuständigen Senat sowie das konkrete Verfahren näher zu bezeichnen. Es ist nichts dazu vorgetragen, dass dies in dem Gespräch mit der Telefonzentrale, das - einschließlich zweier Verbindungsversuche - nur sehr kurz gedauert hat, geschehen ist. Rechtsanwalt Dr. V. hat vielmehr anwaltlich versichert, die Mitarbeiterin der Telefonzentrale habe nach dem vergeblichen Versuch, die Geschäftsstelle oder den Senatsvorsitzenden zu erreichen, vorgeschlagen, es später erneut zu versuchen. Dies spricht gegen die Annahme, dass er die Telefonzentrale darauf hingewiesen hatte, dass sein Anliegen keinen Verzug gestatte.

### *C. Kostenentscheidung*

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 I ZPO.

## **Standort: ZPO**

## **Problem: Fahrlässige Beweisvereitelung**

BGH, URTEIL VOM 23.11.2005  
VIII ZR 43/05 (NJW 2006, 434)

### **Problemdarstellung:**

Der Kl. dieses Prozesses hatte von der Bekl. zunächst die Kosten für den Austausch eines Turboladers am erworbenen PKW verlangt, nachdem die Bekl. diese als Nacherfüllung begehrte Reparatur abgelehnt hatte. Während des bereits laufenden Prozesses erlitt der streitgegenständliche PKW sodann einem Motorschaden, weshalb der Kl. letztendlich neben den Kosten für die erste Reparatur den gesamten Kaufpreis Zug um Zug gegen Rückgabe des Fahrzeugs verlangte. Der Kl. stand hier vor dem Problem, dass die Ursache für die

Fahrzeugdefekte nicht mehr zweifelsfrei festzustellen war. Nach seiner (zum Teil verspätet in den Prozess eingebrachten) Darstellung, habe eine seitens der Bekl. fehlerhaft eingebaute Papierdichtung sowohl den Turboladerdefekt als auch den späteren Motorschaden verursacht. Nach den Aussagen der Sachverständigen kam jedoch auch ein schlagartiger Defekt eines Dichtungsringes für den binnen der 6-Monatsfrist des § 476 BGB aufgetretenen Turboladerschaden in Betracht. Der Turbolader stand für Untersuchungen durch Sachverständige allerdings nicht mehr zur Verfügung.

Der BGH stellte daher heraus, dass bei Gebrauchtfahrzeugen mit einer Laufleistung von mehr als 190.000 km das Versagen eines Dichtungsringes eine normale

Verschleißerscheinung sei, die demzufolge nicht als Mangel der Kaufsache i. S. d. § 434 BGB bewertet werden könne. § 476 BGB, der dem Kl. ohnehin nur bezüglich des Turboladers, nicht jedoch hinsichtlich des Motorschadens hätte helfen können, hielt der BGH dementsprechend nicht für einschlägig, da für die Anwendung dieser Beweislastumkehr das Vorliegen eines Mangels jedenfalls feststehen muss. Selbst wenn § 476 BGB für den Kl. streiten sollte, sei bei dem dann durch die Bekl. zu führenden Gegenbeweis zu beachten, dass der Kl. diesen fahrlässig vereitelt habe. Er musste bereits bei Austausch des Turboladers damit rechnen, dass dieser als Beweismittel benötigt werden würde und hätte daher für seine Aufbewahrung Sorge tragen müssen.

#### **Prüfungsrelevanz:**

Die hohe Bedeutung des Kaufgewährleistungsrechts in Ausbildung und Praxis muss nicht eigens betont werden. Hier hatte der BGH sich erneut mit dem Mangelbegriff des § 434 BGB sowie mit der bei Verbrauchsgüterkäufen nach § 476 BGB zu beachtenden Umkehr der Darlegungs- und Beweislast für den Zeitpunkt des Vorliegens eines Mangels bei Gefahrübergang zu befassen. Schon dies macht das Urteil zu Ausbildungszwecken lesenswert. Es kommt hinzu, dass der Senat dem Umstand des zwischenzeitlich nicht mehr vorhandenen, für die tatsächliche Beurteilung des Rechtstreites aber immens wichtigen Turboladers Rechnung zu tragen hatte. Er hat hierzu in sehr lehrreicher Weise die Grundsätze der Beweisvereitelung aus einzelnen ZPO-Bestimmungen abgeleitet und verschiedene Fallgruppen mit unterschiedlichen Rechtsfolgen herausgearbeitet. Dieser Teil des Urteils empfiehlt sich daher insbesondere für künftige AssessorInnen.

#### **Vertiefungshinweise:**

- Zur Anwendbarkeit des § 476 BGB bei Verschleißerscheinungen eines Gebrauchtwagens: *OLG Celle*, RA 2004, 800 = *NJW* 2004, 3566
- Zur Anwendbarkeit des § 476 BGB nach Montage der Kaufsache durch Dritte: *BGH*, RA 2005, 98 = *NJW* 2005, 283
- Beweislastumkehr des § 476 BGB nicht bei auffälligen Mängeln, die schon bei Übergabe auffallen müssten: *BGH*, RA 2005, 676 = *NJW* 2005, 3490

#### **Kursprogramm:**

- Examenskurs*: "Augen auf beim Mustangkauf"
- Assessorkurs*: "Das englische Teeservice"

#### **Leitsätze:**

- 1. Normaler Verschleiß bei einem Gebrauchtwagen stellt grundsätzlich keinen Mangel dar.**
- 2. Zur Frage der fahrlässigen Beweisvereitelung**

**durch den Käufer eines Gebrauchtwagens, der ein angeblich mangelhaftes Teil durch eine Werkstatt austauschen lässt, die das betreffende Teil nicht aufbewahrt, so dass es im Gewährleistungsprozess gegen den Verkäufer nicht als Beweismittel zur Verfügung steht.**

#### **Sachverhalt:**

Der Kl. kaufte am 21.01.2003 bei der Bekl., die einen Handel mit Gebrauchtwagen betreibt, für seine private Nutzung einen Personenkraftwagen C., der im April 1994 erstmals zugelassen worden war und einen Kilometerstand von 191.347 aufwies, zu einem Preis von 4.500,- €. Das Fahrzeug wurde dem Kl. am gleichen Tag übergeben. In dem Kaufvertragsformular ist unter der Überschrift "Sonderevereinbarungen" handschriftlich eingetragen: "Gewährleistung ist gegeben".

Bei einem Kilometerstand von 197.223 erlitt das Fahrzeug einen Defekt am Turbolader. Mit Anwaltsschreiben vom 13.08.2003 forderte der Kl. die Bekl. unter Fristsetzung zu einer kostenlosen Reparatur auf. Hierzu war die Bekl. nicht bereit. Der Kl. ließ den Turbolader durch ein anderes Unternehmen austauschen. Hierfür entstanden ihm Kosten in Höhe von 1.303,38 €. Der Kl. hat die Bekl. wegen der vorgenannten Reparaturkosten sowie wegen sonstiger Unkosten von pauschal 25,- € zunächst auf Zahlung von Schadensersatz in Höhe von insgesamt 1.328,38 € nebst Zinsen in Anspruch genommen. Er hat behauptet, der Turboladerschaden sei am 19.07.2003 aufgetreten. Nachdem das Fahrzeug im Dezember 2003 nach Klageerhebung bei einem Kilometerstand von 209.428 einen Motorschaden erlitten und der Kl. die Bekl. mit Anwaltsschreiben vom 17.12.2003 vergeblich aufgefordert hatte, das Fahrzeug zurückzunehmen, hat der Kl. die Klage erweitert. Neben der Zahlung der Reparaturkosten von 1.303,38 € hat er die Erstattung des Kaufpreises für das Fahrzeug in Höhe von 4.500,- € sowie der Kosten für den Einbau einer Anhängerkupplung in Höhe von 551,50 € verlangt; hiervon hat er die durch den Gebrauch des Fahrzeugs gezogenen Nutzungen abgesetzt, die er auf 382,50 € beziffert. Insgesamt hat der Kl. zuletzt Zahlung von 5.972,38 € nebst Zinsen Zug um Zug gegen Rückgabe des Fahrzeugs begehrt. Ferner hat er beantragt, festzustellen, dass sich die Bekl. in Annahmeverzug befindet. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat die Berufung des Kl. zurückgewiesen. Mit der vom BerGer. zugelassenen Revision verfolgt der Kl. seine Klageanträge weiter.

#### **Aus den Gründen:**

Die Revision ist nicht begründet.

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

Das BerGer., dessen Entscheidung unter anderem in ZGS 2005, 156 veröffentlicht ist, hat zur Begründung

ausgeführt:

Dem Kl. stehe kein Schadensersatzanspruch aus §§ 437 Nr. 3, 440, 281 I, 280 I und III BGB auf Erstattung der Reparaturkosten für den Turbolader in Höhe von 1.303,38 € zu, weil er für seine Behauptung, bei dem Turboladerdefekt handele es sich um einen Sachmangel, der bei Gefahrübergang bereits vorgelegen habe, beweisfällig geblieben sei. Aufgrund der vom Landgericht durchgeführten Beweisaufnahme stehe fest, dass der Turboladerdefekt am 19.07.2003 aufgetreten sei. Dahingestellt bleiben könne, ob dieser Defekt ein Sachmangel sei, was nur dann der Fall sei, wenn es sich nicht um eine bei Fahrzeugen dieses Typs und dieses Alters mit entsprechender Laufleistung übliche Verschleißerscheinung handele. Da der Turboladerdefekt erst nach Gefahrübergang aufgetreten sei, hafte die Bekl. hierfür nur, wenn er auf einen bereits im Zeitpunkt des Gefahrübergangs vorhandenen Mangel zurückzuführen sei. Die Mängelursache bleibe gemäß den bindenden Feststellungen des Landgerichts nach den Ausführungen der beiden Sachverständigen letztlich offen, da der ausgebaute Turbolader für eine Begutachtung nicht mehr zur Verfügung stehe. Einerseits komme danach der (schlagartige) Defekt eines verschlissenen Dichtungsringes innerhalb des Turboladers als Schadensursache in Betracht. Andererseits bestehe die Möglichkeit, dass sich Teile einer unfachmännisch eingebauten Papierdichtung am Ansaugkrümmer gelöst hätten und über den Ölkreislauf in den Turbolader gelangt sein könnten. Diese Möglichkeit sei aber wenig wahrscheinlich. Ob § 476 BGB Anwendung finde, wenn die Ursache für einen unstrittig erst nach Gefahrübergang aufgetretenen Mangel unsicher sei, sei fraglich, könne jedoch dahingestellt bleiben. Die nach dieser Vorschrift bestehende Vermutung sei hier jedenfalls deshalb ausgeschlossen, weil sie mit der Art des Mangels unvereinbar sei. Dies sei bei einem Mangel der Fall, der typischerweise jederzeit eintreten könne und aus diesem Grund keinen hinreichend wahrscheinlichen Rückschluss auf sein Vorliegen bereits zur Zeit des Gefahrübergangs zulasse. Hierbei müsse der Verkäufer die Art des Mangels nicht voll beweisen. Vielmehr sei ausreichend, wenn der Unternehmer die Tatsachen voll beweise, die ernstliche Zweifel daran begründeten, dass der Mangel bereits bei Gefahrübergang vorhanden gewesen sei. Der Turboladerdefekt lasse nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit auf das Vorliegen eines Sachmangels bereits bei Gefahrübergang schließen, weil der Defekt eines Dichtungsringes als in Betracht kommende Mangelursache nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme schlagartig eingetreten sei. Der Kl., der damit die volle Beweislast für den dem Turboladerdefekt zugrunde liegenden Mangel trage, habe nicht bewiesen, dass dieser Defekt auf die nicht fachgerecht eingebaute Papierdichtung am Ansaugkrümmer des Fahrzeugs zurückzuführen sei. Soweit er in der Berufungs-

instanz erstmals behauptet habe, die reparierte Ölwanne mit groben Verklebungen und die nicht fachgerecht verbaute Papierdichtung hätten "im Zusammenwirken" zu dem Turboladerdefekt und dem Motorschaden geführt, handele es sich um ein neues Angriffsmittel, das gemäß §§ 529 I Nr. 1, 531 II 1 Nr. 3 ZPO nicht zu berücksichtigen sei. Unabhängig davon habe der Kl. den Zusammenhang zwischen der Ölwanne-Reparatur und dem Turboladerschaden nicht substantiiert und nachvollziehbar dargetan. Dem Kl. stehe auch kein Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung einer Haltbarkeitsgarantie aus § 281 I i. V. m. § 443 I BGB zu. Eine solche Garantie könne der Sondervereinbarung im Kaufvertrag "Gewährleistung ist gegeben" nicht entnommen werden. Sie folge nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme auch nicht aus einer mündlichen Nebenabrede. Weiter sei der Vortrag des Kl. hierzu bereits un schlüssig, da nicht klar werde, welchen Inhalt die Garantieerklärung haben solle. Der Kl. habe auch keinen Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises nach §§ 437 Nr. 2, 440, 323 I, 326 IV, 346 I BGB Zug um Zug gegen Rückgabe des Fahrzeugs unter Anrechnung von Nutzungen. Bei dem im Dezember 2003 aufgetretenen Motorschaden handele es sich nicht um einen Sachmangel, weil er nach den Ausführungen des Sachverständigen R. mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit auf ein Überdrehen des Motors zurückzuführen sei, das sowohl durch einen Bedienfehler wie Verschalten als auch durch ein übermäßiges Hochdrehen des Motors entstanden sein könne. Der Kl. könne seinen Rücktritt auch nicht auf eine unsachgemäße Reparatur der Ölwanne des Fahrzeugs stützen. Insoweit fehle es an der Fristsetzung zur Nachbesserung, die hier nicht gemäß §§ 440 S. 1, 281 II, 323 II BGB entbehrlich gewesen sei. Der Vortrag des Kl. in der Berufungsbegründung, die unsachgemäß reparierte Ölwanne und die nicht fachgerecht verbaute Papierdichtung hätten im Zusammenwirken zu dem Motorschaden geführt, sei gemäß §§ 529 I Nr. 2, 531 II 1 Nr. 3 ZPO ausgeschlossen und im Übrigen in technischer Hinsicht nicht substantiiert.

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

Diese Entscheidung hält der rechtlichen Nachprüfung stand, sodass die Revision zurückzuweisen ist.

#### *I. Kein Schadensersatzanspruch des Kl. auf Ersatz der Reparaturkosten*

Zu Recht hat das BerGer. angenommen, dass dem Kl. kein Schadensersatzanspruch aus §§ 437 Nr. 3, 280 I und III, 281 I 1 BGB auf Erstattung der Kosten für den Austausch des Turboladers in Höhe von 1.303,38 € zusteht. Nach den genannten Vorschriften kann der Käufer Schadensersatz statt der Leistung verlangen, wenn die Kaufsache mangelhaft ist. Davon kann hier nicht ausgegangen werden.

### *1. Kein Sachmangel am streitgegenständlichen PKW feststellbar*

Gemäß § 434 I 1 BGB ist die Sache frei von Sachmängeln, wenn sie bei Gefahrübergang die vereinbarte Beschaffenheit hat. Nach S. 2 dieser Bestimmung ist die Sache, soweit ihre Beschaffenheit nicht vereinbart ist, frei von Sachmängeln, wenn sie sich für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung eignet (Nr. 1), sonst, wenn sie sich für die gewöhnliche Verwendung eignet und eine Beschaffenheit aufweist, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann (Nr. 2). Nach § 446 S. 1 BGB geht die Gefahr mit Übergabe der verkauften Sache über. Der hier in Rede stehende Turboladerdefekt, der dazu führte, dass das Fahrzeug nicht mehr fahrbereit war und abgeschleppt werden musste, ist zwar eine dem Kl. nachteilige Abweichung der sogenannten Istbeschaffenheit von der Sollbeschaffenheit. Dieser Defekt lag jedoch bei Übergabe des Fahrzeugs am 21.01.2003 noch nicht vor. Nach den Feststellungen des BerGer. ist er am 19.07.2003 eingetreten. Eine Sachmängelhaftung der Bekl. kommt daher insoweit nur in Betracht, wenn der Turboladerdefekt seinerseits auf eine Ursache zurückzuführen ist, die eine vertragswidrige Beschaffenheit des Fahrzeugs darstellt und die bei Gefahrübergang bereits vorhanden war (vgl. Senatsurteil BGHZ 159, 215 [218]).

#### *a. Vortrag zur unsachgemäß reparierten Ölwanne zu Recht durch BerGer. unberücksichtigt*

Das BerGer. ist aufgrund der in erster Instanz erstatteten Gutachten der Sachverständigen W. und R. davon ausgegangen, dass zwei Schadensursachen in Betracht zu ziehen seien. Zum einen könne ein schlagartiger Defekt eines Dichtungsringes innerhalb des Turboladers eingetreten sein. Zum anderen bestehe die – allerdings wenig wahrscheinliche – Möglichkeit, dass sich Teile einer unfachmännisch eingebauten Papierdichtung am Ansaugkrümmer des Motors gelöst hätten und über den Ölkreislauf in den Turbolader gelangt sein könnten. Welche dieser beiden möglichen Schadensursachen gegeben sei, bleibe letztlich offen, da der ausgebaute Turbolader für eine Begutachtung nicht mehr zur Verfügung stehe. Dies greift die Revision nicht an. Die Revision rügt vielmehr, das BerGer. habe den Vortrag des Kl. in der Berufungsbegründung verfahrensfehlerhaft nicht berücksichtigt, der Defekt am Turbolader könne auch durch die unsachgemäße Reparatur an der Ölwanne mit Verklebungen “im Zusammenwirken” mit der nicht fachgerecht eingebauten Papierdichtung am Ansaugkrümmer hervorgerufen worden sein. Diese Rüge ist nicht berechtigt. Die Revision wendet sich insoweit nicht gegen die – zutreffende – Auffassung des BerGer., die Voraussetzungen für eine Zulassung des neuen Vorbringens des Kl. nach § 531 II 1 Nr. 3 ZPO hätten nicht vorgelegen. Sie meint jedoch, der neue Vortrag des Kl. habe gemäß § 531 II 1 Nr. 2 ZPO

zugelassen werden müssen, weil das Landgericht den Kläger entgegen § 139 I 2, II 1 ZPO nicht darauf hingewiesen habe, dass sich aus dem Gutachten des Sachverständigen R. ein Mangel des Fahrzeugs in Bezug auf die Ölwanne ergebe, worauf der Kl. den betreffenden Vortrag bereits in der ersten Instanz gehalten hätte. Das ist nicht richtig. Bei der materiellen Prozessleitung nach § 139 ZPO hat das Gericht das Verfügungsrecht der Parteien über das Streitverhältnis und deren alleinige Befugnis zur Beibringung des Prozessstoffs zu beachten. Es ist ihm deshalb verwehrt, auf die Einführung selbständiger, einen gesetzlichen Tatbestand eigenständig ausfüllender Angriffs- und Verteidigungsmittel in den Prozess hinzuwirken (BGHZ 156, 269 [270 f.] m.w.N.). Das Landgericht war daher weder berechtigt noch verpflichtet, den Kl. auf die Möglichkeit hinzuweisen, dass er sein Klagebegehren im Hinblick auf die Befunde des Sachverständigen gegebenenfalls auf das Vorliegen weiterer Sachmängel stützen könne. Danach kann dahingestellt bleiben, ob das BerGer. nicht auch zu Recht angenommen hat, der Kl. habe den Zusammenhang zwischen der Ölwanne-reparatur und dem Turboladerschaden nicht substantiiert und nachvollziehbar dargelegt.

#### *b. Normale Verschleißerscheinungen eines Gebrauchtwagens kein Mangel*

Bleibt es mithin bei den beiden vom BerGer. in Betracht gezogenen Ursachen für den hier in Rede stehenden Turboladerdefekt, wäre die Unaufklärbarkeit, welche dieser Ursachen tatsächlich gegeben ist, unerheblich, wenn beiden möglichen Schadensursachen eine vertragswidrige Beschaffenheit des Fahrzeugs zugrunde liegen würde und jeweils davon auszugehen wäre, dass der betreffende Mangel bereits bei Gefahrübergang bestanden hätte. Das ist indessen nicht der Fall. Hier fehlt es bereits an ersterem. Zwar stellt eine unfachmännisch eingebaute Papierdichtung am Ansaugkrümmer des Motors eine vertragswidrige Beschaffenheit dar. Dagegen muss jedoch der schlagartige Defekt eines Dichtungsringes im Turbolader nicht notwendigerweise auf einem Mangel beruhen. Das BerGer. hat dies ausdrücklich offen gelassen. Angesichts des hohen Alters des gebraucht gekauften Fahrzeugs von rund neun Jahren und seiner großen Laufleistung von über 190.000 Kilometern liegt insoweit vielmehr ein normaler Verschleiß nahe, der, sofern wie hier keine besonderen Umstände gegeben sind, nach der zutreffenden Ansicht des BerGer. keinen Mangel darstellt (vgl. zum alten Recht OLG Karlsruhe, NJW-RR 1988, 1138 [1139]; zum neuen Recht OLG Köln, ZGS 2004, 40; KG, ZGS 2005, 76; OLG Celle, NJW 2004, 3566; Reinking/Eggert, Der Autokauf, 9. Aufl., Rz. 1228 ff; Münch.Komm.-BGB/Westermann, 4. Aufl. § 434 Rz. 58, jew. m.w.N.; ferner Senatsurteil vom 14. September 2005 – VIII ZR 363/04, zur Veröffentlichung bestimmt, unter B II 2).

## 2. Unaufklärbarkeit der Schadensursache zu Lasten des beweispflichtigen Kl. zu bewerten

Der Umstand, dass nicht mehr zu klären ist, ob der Turboladerdefekt auf einem Mangel beruht, geht zu Lasten des Kl. Macht der Käufer – wie hier der Kl. – Rechte nach § 437 BGB geltend, nachdem er die Kaufsache entgegengenommen hat, trifft ihn die Darlegungs- und Beweislast für die einen Sachmangel begründenden Tatsachen (BGHZ 159 [215, 217 f.] m.w.N.). Das folgt aus § 363 BGB, wonach den Gläubiger, der eine ihm als Erfüllung angebotene Leistung als Erfüllung angenommen hat, die Beweislast trifft, wenn er die Leistung deshalb nicht als Erfüllung gelten lassen will, weil sie eine andere als die geschuldete Leistung oder weil sie unvollständig gewesen sei.

### a. § 476 BGB unanwendbar, solange Vorliegen eines Mangels nicht feststeht

Aus § 476 BGB, der auf den – hier gegebenen – Verbrauchsgüterkauf (§ 474 BGB) Anwendung findet, ergibt sich vorliegend nichts anderes. Nach dieser Vorschrift wird dann, wenn sich innerhalb von sechs Monaten seit Gefahrübergang ein Sachmangel zeigt, vermutet, dass die Sache bereits bei Gefahrübergang mangelhaft war, es sei denn, diese Vermutung ist mit der Art der Sache oder des Mangels unvereinbar. Nach der Rechtsprechung des Senats gilt die in § 476 BGB vorgesehene Beweislastumkehr zugunsten des Käufers nicht für die – hier offene – Frage, ob überhaupt ein Sachmangel vorliegt. Die Vorschrift setzt vielmehr einen binnen sechs Monaten seit Gefahrübergang aufgetretenen Sachmangel voraus und enthält eine lediglich in zeitlicher Hinsicht wirkende Vermutung, dass dieser Mangel bereits im Zeitpunkt des Gefahrübergangs vorhanden war (BGHZ 159, 215 [218]).

### b. Bei Anwendbarkeit des § 476 BGB fahrlässige Vereitelung des Gegenbeweises durch den Kl.

Aber auch wenn man dieser Meinung nicht folgen und die Beweislastumkehr des § 476 BGB entgegen dem Wortlaut der Vorschrift und dem Wortlaut des durch sie umgesetzten (Begründung in BT-Drucks. 14/6040, S. 245) Art. 5 III der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie (Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.05.1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, ABl. EG Nr. L 171, S. 12) aus Gründen des Verbraucherschutzes auf die Ursache eines sich innerhalb von sechs Monaten seit Gefahrübergang zeigenden Sachmangels erstrecken würde, würde sich hier letztlich nichts anderes ergeben, weil der Kl. den der Bekl. dann obliegenden Beweis des Gegenteils fahrlässig vereitelt hat.

### aa. Herleitung und Inhalt der Grundsätze zur Beweisvereitelung

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesge-

richtshofs liegt in Anwendung des Rechtsgedankens aus §§ 427, 441 III 3, 444, 446, 453 II, 454 I ZPO und § 242 BGB eine Beweisvereitelung vor, wenn eine Partei ihrem beweispflichtigen Gegner die Beweisführung schuldhaft erschwert oder unmöglich macht. Dies kann vorprozessual oder während des Prozesses durch gezielte oder fahrlässige Handlungen geschehen, mit denen bereits vorhandene Beweismittel vernichtet oder vorenthalten werden. Das Verschulden muss sich dabei sowohl auf die Zerstörung oder Entziehung des Beweisobjekts als auch auf die Beseitigung seiner Beweisfunktion beziehen, also darauf, die Beweislage des Gegners in einem gegenwärtigen oder künftigen Prozess nachteilig zu beeinflussen. Als Folge der Beweisvereitelung kommen in solchen Fällen Beweiserleichterungen in Betracht, die unter Umständen bis zur Umkehr der Beweislast gehen können (z.B. BGH, WM 1996, 208 unter B II 2, insoweit in BGHZ 131, 163 nicht abgedruckt; BGH, WM 1998, 204 unter I 4 b; BGH, WM 2001, 2450 unter II 2 a; BGH, WM 2003, 2325 unter II 1 a, jew. m.w.N.).

### bb. Kl. hätte ausgebauten Turbolader aufbewahren müssen

Hier erfüllt das Verhalten des Kl. die Voraussetzungen einer fahrlässigen Beweisvereitelung. Der Kl. hätte erkennen können und durch eine entsprechende Anweisung verhindern müssen, dass die von ihm mit dem Austausch des defekten Turboladers beauftragte Werkstatt diesen nicht aufbewahrt. Soweit die Revision nach Schluss der Revisionsverhandlung durch nicht nachgelassenen Schriftsatz geltend macht, der defekte Turbolader habe gegen Lieferung eines Austauschteils in das Werk des Herstellers geschickt werden "müssen", handelt es sich um in der Revisionsinstanz nach § 559 ZPO unzulässigen neuen Tatsachenvortrag, der zudem nicht einsichtig ist. Der Kl. hätte bedenken müssen, dass der defekte Turbolader in dem von ihm zum Zeitpunkt des Austausches bereits erwogenen Schadensersatzprozess gegen die Bekl. als Beweismittel benötigt werden würde und deswegen aufbewahrt werden musste. In dem Schreiben seines Anwalts vom 13.08.2003, mit dem er die Bekl. unter Fristsetzung zu einer kostenlosen Reparatur aufforderte, kündigte der Kl. nämlich bereits an, dass er das Fahrzeug nach fruchtlosem Fristablauf in einer anderen Werkstatt reparieren lassen, der Bekl. die dadurch entstehenden Kosten in Rechnung stellen und diesen Anspruch notfalls gerichtlich geltend machen werde. Keiner Entscheidung bedarf es, ob die lediglich fahrlässige Beweisvereitelung des Kl. als Rechtsfolge eine – im Hinblick auf die hier unterstellte Anwendung des § 476 BGB erneute – Beweislastumkehr rechtfertigt, die also wieder zur Beweislast des Kl. für die Verursachung des Turboladerdefekts durch einen Mangel zurückführt. Zumindest ist der durch die Beweisvereitelung des Kl. am Vollbeweis gehinderten Bekl. eine

Beweiserleichterung in der Form zu gewähren, dass der nach dem vom BerGer. in Übereinstimmung mit dem Landgericht festgestellten Ergebnis der Beweisaufnahme wahrscheinlichste Geschehensablauf als von der Bekl. bewiesen angesehen wird. Das ist die Verursachung des Turboladerdefekts durch einen schlagartigen Defekt eines Dichtungsringes innerhalb des Turboladers infolge eines normalen Verschleißes, der angesichts des hohen Alters und der großen Laufleistung des Fahrzeugs keinen Mangel darstellt (vgl. oben unter B. I. 1. b.). Nach alledem kann dahingestellt bleiben, ob das BerGer. zu Recht angenommen hat, dass eine etwaige Beweislastumkehr nach § 476 BGB hier nach der Art des Mangels ausgeschlossen ist.

## *II. Kein Anspruch des Kl. auf Rückzahlung des Kaufpreises*

Zu Recht hat das BerGer. weiter den vom Kl. geltend gemachten Anspruch aus §§ 437 Nr. 2, 323 I, 346 I BGB auf Rückgewähr des Kaufpreises für das von ihm erworbene Fahrzeug in Höhe von 4.500,- € wegen Rücktritts vom Kaufvertrag verneint. Wie der vorstehend behandelte Schadensersatzanspruch aus § 437 Nr. 3 BGB setzt der Rücktritt vom Kaufvertrag nach § 437 Nr. 2 BGB voraus, dass die Kaufsache gemäß § 434 BGB mangelhaft ist. Davon kann auch im vorliegenden Zusammenhang nicht ausgegangen werden.

### *1. Ursache des Motorschadens schon bei Gefahrübergang nicht nachgewiesen*

Der Motorschaden hat zum Zeitpunkt der Übergabe des Fahrzeugs am 21.01.2003 noch nicht vorgelegen, sondern ist erst lange danach im Dezember 2003 aufgetreten. Eine Sachmängelhaftung der Bekl. kommt daher insoweit nur in Betracht, wenn der Motorschaden seinerseits auf eine Ursache zurückzuführen ist, die eine vertragswidrige Beschaffenheit des Fahrzeugs darstellt und die bereits bei Gefahrübergang vorhanden war (vgl. BGHZ 159, 215 [218] und oben unter B. I. 1.). Dafür hat der Kl. weder etwas vorgetragen noch den ihm nach § 363 BGB obliegenden (vgl. BGHZ aaO, 217 f. sowie oben unter B. I. 2.) Beweis erbracht. Das gilt auch dann, wenn das BerGer., wie die Revision rügt, zu Unrecht gemäß den Ausführungen des Sachverständigen R. angenommen hätte, dass der Motorschaden nicht auf einem Mangel des Fahrzeugs, sondern auf einem Überdrehen des Motors infolge eines Bedienungsfehlers beruht. § 476 BGB hilft dem Kl. insoweit schon deswegen nicht weiter, weil sich der Motorschaden nicht innerhalb von sechs Monaten seit Gefahrübergang, sondern erst mehr als zehn Monate danach gezeigt hat.

### *2. Fehlerhaft verbaute Papierdichtung bereits bei Gefahrübergang ebenfalls nicht nachgewiesen*

Die fehlerhaft verbaute Papierdichtung am Ansaug-

krümmer stellt zwar einen Mangel dar. Der Kl. hat jedoch auch insoweit nicht den ihm obliegenden Beweis erbracht, dass dieser Mangel bereits bei Übergabe des Fahrzeugs vorgelegen hat. § 476 BGB hilft dem Kl. wiederum nicht weiter, weil sich die fehlerhaft verbaute Papierdichtung nicht innerhalb von sechs Monaten nach Übergabe des Fahrzeugs gezeigt hat, sondern erst von dem Sachverständigen R. bei der Untersuchung des Fahrzeugs am 11.05.2004 entdeckt worden ist, wie die Revisionserwiderung zu Recht geltend macht. Darüber hinaus scheidet ein Rücktritt des Kl. wegen der fehlerhaft verbauten Papierdichtung auch daran, dass der Kl. der Bekl. insoweit nicht gemäß §§ 437 Nr. 2, 323 I BGB eine Frist zur Nacherfüllung gesetzt hat. Dies war entgegen der Ansicht der Revision nicht deswegen nach § 323 II Nr. 1 oder § 440 S. 1 BGB entbehrlich, weil die Bekl. den Austausch des Turboladers abgelehnt hatte. Darin liegt keine ernsthafte und endgültige Verweigerung der Reparatur der Papierdichtung, weil davon zum Zeitpunkt des Turboladerdefekts noch keine Rede war.

### *3. Turboladerdefekt kann Rücktritt ebenfalls nicht rechtfertigen*

Soweit sich die Revision für den Rücktritt des Kl. vom Kaufvertrag erstmals in dem vorliegenden Rechtsstreit auf den Turboladerdefekt beruft, ist der Rücktritt schon deswegen nicht gerechtfertigt, weil aus den oben (unter B. I. 1.) dargelegten Gründen kein Mangel gegeben ist.

### *III. Kein Anspruch des Kl. auf Ersatz frustrierter Aufwendungen i. S. d. § 284 BGB*

Aus den vorgenannten Gründen (unter B. II.) steht dem Kl. auch kein Anspruch aus §§ 437 Nr. 3, 284 BGB auf Ersatz vergeblicher Aufwendungen für den Einbau einer Anhängerkupplung zu (vgl. insoweit Senatsurteil vom 20. Juli 2005 - VIII ZR 275/04 - NJW 2005, 2848).

### *IV. Keine Ansprüche des Kl. wegen nicht eingehaltener Garantie*

Zu Recht hat das BerGer. schließlich einen Schadensersatzanspruch des Kl. aus §§ 281 I, 443 I BGB wegen Nichterfüllung einer Garantie verneint. Ohne Erfolg rügt die Revision, das BerGer. habe gegen § 286 ZPO verstoßen, weil es den vom Kl. zum Beweis für die Abgabe einer Garantieerklärung benannten Gesellschafter der Bekl. nicht vernommen habe. Die Voraussetzungen für eine Vernehmung des vertretungsberechtigten Gesellschafters als Partei (§§ 445, 448 ZPO) lagen nicht vor, weil das BerGer. die Behauptung des Kl., die Bekl. habe die Mangelfreiheit des verkauften Fahrzeugs "garantiert", zutreffend und von der Revision unbeanstandet als nicht schlüssig angesehen hat.

**Standort: ZVG****Problem: Suizidgefahr wegen Zwangsversteigerung**

BGH, BESCHLUSS VOM 24.11.2005  
V ZB 99 / 05 (NJW 2006, 505)

**Problemdarstellung:**

Wie in jüngerer Vergangenheit nicht selten (vgl. die nachstehenden Vertiefungshinweise) hatte der BGH sich auch in diesem Verfahren mit Vollstreckungsschuldner zu befassen, die sich in ihrer Gesundheit bzw. sogar ihrem Leben durch das Vollstreckungsverfahren bedroht sahen und deshalb die mindestens vorübergehende Einstellung der Vollstreckungshandlungen gem. § 765 a ZPO beehrten. Auch in dieser Entscheidung stellt der BGH den Charakter der Zwangsvollstreckung als Ausübung staatlicher Hoheitsgewalt heraus, indem er auf die bei der Entscheidung zu beachtenden Grundrechte der Beteiligten abstellt. In zutreffender Weise erteilte der erkennende Senat zudem der Auffassung des BeschwGer. eine Absage, wonach schon aufgrund der Verfahrensvorschrift des § 100 ZVG im Verfahren der Zuschlagsbeschwerde eine erst nach Zuschlagserteilung wieder deutlich erhöhte Suizidalität des Schuldners und damit eine Gefährdung seines durch Art. 2 II 1 GG vor staatlicher Beeinträchtigung geschützten Lebens nicht mehr berücksichtigt werden könne.

**Prüfungsrelevanz:**

Die unterschiedlichen Arten der Zwangsvollstreckung - hier: Zwangsvollstreckung wegen einer Geldforderung in das unbewegliche Vermögen des Schuldners gem. §§ 864 I, 866 I Fall 2, 869 ZPO i. V. m. §§ 15 ff ZVG - und die verschiedenen den Verfahrensbeteiligten zur Verfügung stehenden Rechtsbehelfe müssen jedem Examenskandidaten schon zur ersten Staatsprüfung geläufig sein. Im 2. Staatsexamen werden hier dann vertiefte Kenntnisse erwartet, so dass auch die Prüfung etwas seltenerer Rechtsbehelfe wie des Vollstreckungsschutzantrags nach § 765 a ZPO beherrscht werden und aktuelle Rechtsprechungsentwicklungen hierzu bekannt sein sollten. Rückt ein Thema wie die Abwägung der Gläubigerinteressen in der Zwangsvollstreckung mit dem Schutz des höchsten Rechtsgut des Schuldners im Vollstreckungsverfahren durch eine Mehrzahl hierzu ergangener höchstrichterlicher Entscheidungen in den Mittelpunkt des Interesses, ist auch die Wahrscheinlichkeit nicht gering, dass dies in naher Zukunft Gegenstand von Examensaufgabenstellungen sein kann.

**Vertiefungshinweise:**

- Zur Einstellung der Räumungsvollstreckung wegen Suizidgefahr: *BGH*, RA 2006, 77 = *NJW* 2006, 508
- Abgelehnte Einstellung einer Teilungsversteigerung

trotz Lebensgefahr: *BGH*, RA 2005, 24 = *NJW* 2004, 3635

**Kursprogramm:**

- Examenskurs*: "Die Einbauküche"
- Assessorkurs*: "Eine schwierige Offenbarung"
- Assessorkurs*: "Die Grundstücksauseinandersetzung"

**Leitsatz:**

**Die ernsthafte Gefahr einer Selbsttötung des Schuldners wegen der Zwangsversteigerung seines Grundstücks kann zur Aufhebung des Zuschlagsbeschlusses und zur einstweiligen Einstellung des Verfahrens auch dann führen, wenn sie sich erst nach Verkündung des Zuschlagsbeschlusses aufgrund während des Beschwerdeverfahrens zu Tage tretender neuer Umstände ergibt (Abgrenzung zu *BGHZ* 44, 138).**

**Sachverhalt:**

Die Gläubigerin betreibt die Zwangsversteigerung in das eingangs bezeichnete Grundstück der Schuldner. Diese haben unter Hinweis auf bestehende Suizidabsichten für den Fall der Zwangsversteigerung und unter Vorlage eines ärztlichen Gutachtens beantragt, das Zwangsversteigerungsverfahren gemäß § 765a ZPO einstweilen, mindestens für einen Zeitraum von sechs Monaten einzustellen. Das Vollstreckungsgericht hat im Anschluss an den Versteigerungstermin, in dem Termin zur Verkündung einer Entscheidung über den Zuschlag bestimmt wurde, ein psychiatrisches Gutachten zur Frage der Suizidgefährdung eingeholt. Sodann hat es in dem Verkündungstermin der Meistbietenden für 154.510,- € den Zuschlag erteilt und den Antrag der Schuldner auf Einstellung des Verfahrens unter Hinweis auf die Ausführungen des Sachverständigen zurückgewiesen. Hiergegen haben die Schuldner sofortige Beschwerde eingelegt. Das BeschwGer. hat diese nach weiterer Beweiserhebung zurückgewiesen und die Rechtsbeschwerde zugelassen. Mit dieser verfolgen die Schuldner ihren Antrag auf einstweilige Einstellung der Zwangsversteigerung weiter.

**Aus den Gründen:**

Die gemäß § 574 I Nr. 2, III 2 ZPO zulässige Rechtsbeschwerde führt zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses und zur Zurückverweisung der Sache an das BeschwGer.

**A. Entscheidung und Begründung des BeschwGer.**

Das BeschwGer. führt aus:

Für die Anfechtung der Zuschlagsentscheidung sei anerkannt, dass bei der Beschwerdeentscheidung ab-

weichend von § 570 ZPO neues tatsächliches Vorbringen nicht berücksichtigt werden könne. Aus § 100 ZVG ergebe sich, dass die einem Zuschlag entgegenstehenden Tatsachen, die zeitlich nach der Erteilung des Zuschlags eingetreten oder dem Versteigerungsgericht bekannt geworden seien, bei der Entscheidung über die Zuschlagsbeschwerde unberücksichtigt bleiben müssten. Dies gelte auch für die Beurteilung der Voraussetzungen des § 765a ZPO im Rahmen der Zuschlagsentscheidung des Versteigerungsgerichts. Das BeschwGer. müsse sich folglich auf diejenigen Tatsachen beschränken, die bereits das Versteigerungsgericht bei der Erteilung des Zuschlags habe berücksichtigen können. Das Versteigerungsgericht habe aufgrund der von ihm eingeholten psychiatrischen Gutachten von einer Besserung des psychischen Zustandes des Schuldners und dem Vorliegen einer nur noch leichten bis mittelschweren depressiven Störung ohne akute Suizidalität ausgehen dürfen und müssen. Der gerichtliche Sachverständige habe eine Verbesserung des psychischen Zustandes des Schuldners festgestellt, so dass die Ausführungen des behandelnden Arztes Professor Dr. Dr. S. in seinem früheren fachärztlichen Gutachten, bei dem Schuldner liege eine schwere reaktive Depression mit Suizidgefahr vor, als überholt habe erscheinen dürfen. Demgegenüber sei die Feststellung in den von dem BeschwGer. eingeholten Gutachten, dass sich der psychische Zustand des Schuldners verschlechtert habe und nunmehr eine schwere depressive Anpassungsstörung vorliege, die mit hoher Wahrscheinlichkeit bei letztllicher Zuschlagserteilung eine akute Suizidalität erwarten lasse, eine neue Tatsache, die nicht mehr zur Aufhebung des Zuschlagsbeschlusses führen könne. Aus diesen beiden Gutachten gehe deutlich hervor, dass der Zustand der schweren Depression erst einige Zeit nach dem Zuschlagsbeschluss eingetreten sei, was sich insbesondere aus den Äußerungen des Schuldners gegenüber der Diplompsychologin H. ergebe. Der mit der Zustellung des vorliegenden Beschlusses drohenden Kurzschlussreaktion durch den Schuldner könne folglich nicht mit den Mitteln des Zwangsversteigerungsrechtes, sondern nur mit den Mitteln des Bayerischen Unterbringungsgesetzes Rechnung getragen werden.

*B. Entscheidung des BGH in der Rechtsbeschwerde*  
Die Rechtsbeschwerde hat Erfolg.

### *I. Grundsätze für die weitere Vollstreckung trotz Suizidgefahr*

Der Bundesgerichtshof hat mit Beschluss vom 04.05.2005 (NJW 2005, 1859) entschieden, nach welchen Maßstäben bei bestehender Suizidgefahr im Falle einer Zwangsräumung über den Einstellungsantrag eines Schuldners nach § 765a ZPO zu befinden ist.

#### *1. Abwägung der Interessen der Betroffenen bei dro-*

#### *hender Zwangsräumung*

Danach schließt eine für den Fall einer Zwangsräumung bestehende Suizidgefahr eine Räumungsvollstreckung nicht von vornherein vollständig aus. Vielmehr ist unter Berücksichtigung der in der Zwangsvollstreckung gewährleisteten Grundrechte eine Würdigung aller Umstände vorzunehmen. Diese kann in besonders gelagerten Einzelfällen auch dazu führen, dass die Vollstreckung für einen längeren Zeitraum und in absoluten Ausnahmefällen auf unbestimmte Zeit einzustellen ist. Selbst dann, wenn mit einer Zwangsvollstreckung eine konkrete Gefahr für Leben und Gesundheit des Schuldners oder eines nahen Angehörigen verbunden ist, kann eine Maßnahme der Zwangsvollstreckung nicht ohne weiteres einstweilen eingestellt werden. Erforderlich ist stets die Abwägung der in solchen Fällen ganz besonders gewichtigen Interessen der Betroffenen mit den Vollstreckungsinteressen des Gläubigers. Auch dieser kann sich auf Grundrechte berufen. Unterbleibt die Räumungsvollstreckung wegen der Annahme einer Suizidgefahr, die auch bei sorgfältiger fachlicher Prüfung nur auf der Beurteilung von Wahrscheinlichkeiten beruhen kann, wird in das Grundrecht des Gläubigers auf Schutz seines Eigentums (Art. 14 I GG) eingegriffen und sein verfassungsrechtlicher Anspruch auf tatsächlich wirksamen Rechtsschutz seines Eigentums (Art. 19 IV GG) beeinträchtigt. Es ist deshalb auch dann, wenn bei einer Räumungsvollstreckung eine konkrete Suizidgefahr für einen Betroffenen besteht, sorgfältig zu prüfen, ob dieser Gefahr nicht auch auf andere Weise als durch Einstellung der Zwangsvollstreckung wirksam begegnet werden kann. Mögliche Maßnahmen betreffen die Art und Weise, wie die Zwangsvollstreckung durchgeführt wird, aber auch die Ingewahrsamnahme des Suizidgefährdeten nach polizeirechtlichen Vorschriften oder dessen Unterbringung nach den einschlägigen Landesgesetzen. Nicht zuletzt ist aber auch der Gefährdete selbst gehalten, das ihm Zumutbare zu tun, um die Risiken, die für ihn im Fall der Vollstreckung bestehen, zu verringern. Einem Schuldner kann dementsprechend, wenn er dazu in der Lage ist, zugemutet werden, fachliche Hilfe - gegebenenfalls auch durch einen stationären Aufenthalt in einer Klinik - in Anspruch zu nehmen, um die Selbsttötungsgefahr auszuschließen oder zu verringern.

#### *2. Anwendbarkeit dieser Grundsätze auch bei Suizidgefahr bereits infolge Zuschlagserteilung*

Dies entspricht den verfassungsrechtlichen Maßstäben für eine Zwangsräumung in Fällen bestehender Suizidgefahr, die auch gelten, soweit es darum geht, ob ein Zwangsversteigerungsverfahren wegen der bei endgültiger Zuschlagserteilung und Zwangsräumung des Grundstücks drohenden Gefahr der Selbsttötung des Schuldners einstweilen einzustellen ist (vgl. BVerfGE 52, 214; BVerfG, NJW 1991, 3207; 1992, 1378; 1994,

1272; 1719; 1998, 295; 2004, 49; NJW-RR 2001, 1523; NZM 2005, 657).

## II. Verletzung dieser Grundsätze

Den dargelegten Maßstäben wird der angefochtene Beschluss nicht in vollem Umfang gerecht.

### 1. Verneinung der akuten Suizidgefahr zum Zeitpunkt der Zuschlagserteilung rechtsfehlerfrei

Rechtlich nicht zu beanstanden ist allerdings, dass das BeschwGer. das Beweisergebnis tatrichterlich dahin würdigt, bei Erteilung des Zuschlags habe eine akute Gefahr der Selbsttötung nicht bestanden. Entgegen der in der Rechtsbeschwerdebegründung vertretenen Auffassung lässt die Gesamtwürdigung der Vorinstanzen auch unter verfassungsrechtlichen Maßstäben keinen Rechtsfehler erkennen. Sie setzt sich nach sachverständiger Beratung ausführlich mit den für und gegen eine akute Suizidgefahr sprechenden Umständen auseinander und lässt insbesondere nicht außer Acht, dass der behandelnde Arzt in dem mit dem Einstellungsantrag vorgelegten Gutachten eine Suizidgefahr bejaht hat. Das BeschwGer. stützt sich für seine Würdigung maßgeblich auch auf die zeitliche Entwicklung des Befindens der Schuldner und hält im Hinblick darauf die Ausführungen in dem älteren Gutachten des behandelnden Arztes für überholt. Darin kann ein Rechtsfehler nicht gesehen werden. Die in der Rechtsbeschwerdebegründung wieder aufgegriffene Beanstandung, der gerichtliche Sachverständige habe sich ausschließlich auf die "Hamilton-Depressions-Skala" gestützt, hat das BeschwGer. nicht als durchgreifend angesehen. Das ist nicht zu beanstanden, nachdem der gerichtliche Sachverständige in seiner von dem BeschwGer. eingeholten ergänzenden Erklärung dazu ebenso Stellung genommen hatte wie zu der mit der Beschwerde eingereichten Äußerung des behandelnden Arztes, er halte die Feststellungen des gerichtlichen Sachverständigen zur Schwere der Erkrankung für unhaltbar. Die Rechtsbeschwerde vermag deshalb auch nicht ausreichend darzulegen, dass ein weiteres Gutachten zwingend einzuholen war (§ 412 ZPO). In Anbetracht der noch im Beschwerdeverfahren eingeholten gutachterlichen Stellungnahmen und ihrer Würdigung durch das BeschwGer. durfte es die Frage, ob im Zeitpunkt der Zuschlagserteilung eine Selbsttötungsgefahr bestand, für ausreichend geklärt halten. Etwas Anderes ergibt sich auch nicht aus den Darlegungen der Rechtsbeschwerde zum unterschiedlichen Untersuchungsumfang der Sachverständigen. Diese musste das BeschwGer. angesichts der von ihm angenommenen Besserung des Gesundheitszustandes des Schuldners nicht für wesentlich halten. Dass es den Vortrag der Schuldner zu diesem Gesichtspunkt nicht übersehen hat, ergibt sich aus der Sachverhaltsdarstellung der angefochtenen Entscheidung.

### 2. Anschließende gesundheitliche Entwicklung des Schuldners zu berücksichtigen

Nicht gefolgt werden kann dem BeschwGer. aber, soweit es das Ergebnis der von ihm selbst veranlassten Zusatzgutachten der Diplompsychologin H. und des gerichtlichen Sachverständigen unbeachtet lassen will, sofern sich daraus ergibt, dass eine akute Selbsttötungsgefahr deshalb besteht, weil sich der Zustand des Schuldners nach der Zuschlagsentscheidung verschlechtert hat.

#### a. Zum maßgeblichen Zeitpunkt für die Entscheidung über die Zuschlagsbeschwerde gem. § 100 ZVG

Zwar kann die Zuschlagsbeschwerde, auch soweit der Zuschlagsbeschluss einen Antrag nach § 765a ZPO zurückweist, nicht auf neue Tatsachen gestützt werden (BGHZ 44, 138 [143 f.]). Der Senat hat dies seinerzeit wie folgt begründet: Nach § 100 ZVG kann die Zuschlagsbeschwerde nur auf bestimmte, vor der Erteilung des Zuschlags liegende Rechtsmängel gestützt werden. Daraus ergibt sich, dass die die Rechtsmängel begründenden Tatsachen, die zeitlich später liegen oder erst später dem Versteigerungsgericht bekannt geworden sind, bei der Entscheidung über die Zuschlagsbeschwerde unberücksichtigt bleiben müssen und deshalb bei der Entscheidung über die Zuschlagsbeschwerde die Anwendung der Vorschrift des § 571 II ZPO (damals § 570 ZPO a.F.) ausgeschlossen ist. Diese strenge Regelung des Gesetzes hat ihren Grund darin, dass schon durch die Erteilung des Zuschlags, der mit der Verkündung wirksam ist (§ 89 ZVG), der Ersteher das Eigentum erworben hat (§ 90 I ZVG). Der Zuschlagsbeschluss kann zwar im Beschwerdeweg rechtskräftig wieder aufgehoben werden (§ 90 I ZVG). Die Rechtssicherheit erfordert es aber, dass dies nur in ganz bestimmten Fällen, nämlich nur in den in § 100 ZVG aufgeführten, geschieht, in denen dem Versteigerungsgericht ein wesentlicher Rechtsfehler unterlaufen ist. Daran ist im Grundsatz festzuhalten. Ob es bei Grundrechtsbeeinträchtigungen generell einer abweichenden Betrachtung bedarf, weil es mit dem Grundsatz effektiven Rechtsschutzes unvereinbar ist, wenn der Zuschlagsbeschluss nicht in jeder Richtung auf seine Verfassungsmäßigkeit durch die Gerichte geprüft wird und der Betroffene mit späterem Vorbringen ausgeschlossen wird (vgl. die abweichende Meinung des Richters Dr. Böhmer zur Begründung des Beschlusses BVerfGE 49, 220 ff [240 ff]; anders BVerfG, Beschluss vom 09.07.1993, 2 BvR 1171/92), kann hier dahin stehen. Jedenfalls ist dem Bedeutungsgelalt des Art. 2 II GG bei der Auslegung und Anwendung der Verfahrensvorschriften angemessen Rechnung zu tragen. Die Vollstreckungsgerichte haben in ihrer Verfahrensgestaltung die erforderlichen Vorkehrungen zu treffen, um Verfassungsverletzungen durch Zwangsvollstreckungsmaßnahmen tunlichst auszuschließen. Das Verfahren der Vollstreckungsgerichte

ist so durchzuführen, dass den verfassungsrechtlichen Schutzpflichten Genüge getan wird (vgl. BVerfGE 52, 214 [219 ff]; BVerfG, NJW 1991, 3207; 1994, 1719 f.; 1998, 295 [296]; NJW-RR 2001, 1523; NZM 2005, 657 [658]).

*b. Grundrecht des Schuldners aus Art. 2 II GG darf nicht hinter Verfahrensvorschrift des § 100 ZVG zurücktreten*

Nach diesem Maßstab darf eine im Zuschlagsbeschwerdeverfahren vorgetragene oder sogar schon durch Gutachten als bewiesen anzusehende Suizidgefahr jedenfalls bei der vorliegenden Fallgestaltung nicht unter Hinweis auf die dargestellten Grundsätze des Senatsurteils (BGHZ 44, 138) außer Betracht gelassen werden, sofern der Eigentumsverlust durch den Zuschlag der für die Suizidgefahr maßgebliche Grund ist. Gemäß § 100 I, III ZVG besteht ein von Amts wegen zu berücksichtigender Versagensgrund unter anderem dann, wenn die Zwangsversteigerung oder die Fortsetzung des Verfahrens aus einem sonstigen Grund unzulässig ist (§ 83 Nr. 6 ZVG). Eine Gefährdung des unter dem Schutz des Art. 2 II GG stehenden Lebens des Schuldners ist ein solcher Grund. Unerheblich ist dabei, ob die Suizidgefahr nur bei einem von mehreren Schuldern besteht, wenn - wie hier - die Zwangsversteigerung nur insgesamt durchgeführt werden kann und der gefährdete Schuldner von einer späteren Zwangsäumung jedenfalls mit betroffen wird. Fälle der vorliegenden Art sind vielfach dadurch geprägt, dass bei entsprechender Veranlagung des Schuldners eine Suizidneigung in unterschiedlichen Verfahrensabschnitten mehr oder weniger stark ausgeprägt ist. Der Streitfall macht deutlich, dass es sich um ein dynamisches Geschehen handelt, bei dem der Grad der Gefahr je nach dem Untersuchungs- und Beurteilungszeitpunkt von den Fachärzten unterschiedlich bewertet wird. Dabei mag es sein, dass - wie es das BeschwGer. im Streitfall annimmt - eine bereits bestehende Neigung des Schuldners zur Selbsttötung erst nach Erteilung des Zuschlags durch weitere Ereignisse verstärkt wird. Stellt man sich auf den Standpunkt des BeschwGer., wird es vielfach vom Zufall, nämlich der von zeitlich begrenzten Umständen geprägten Einschätzung der Sachverständigen und Gerichte abhängen, ob der Schuldner durch eine staatliche Entscheidung in Todesgefahr gebracht wird oder nicht. Bei Fallgestaltungen der vorliegenden Art ist danach vorrangig festzustellen, aus welchem Grund die Absicht zur Selbsttötung besteht. Liegt der Grund lediglich darin, dass der gefährdete Schuldner die nach dem Zuschlag drohende Zwangsäumung, also den Verlust

seines bisherigen Lebensmittelpunktes fürchtet, reicht es aus, dass der Suizidgefahr durch einen Antrag auf einstweilige Einstellung der dem Versteigerungsverfahren folgenden Räumungsvollstreckung begegnet werden kann. In diesem Fall dürfen erst im Verfahren der Zuschlagsbeschwerde zu Tage getretene neue Umstände unberücksichtigt bleiben und müssen nicht zur Aufhebung des Zuschlagsbeschlusses führen. Allerdings ist stets zu prüfen, ob es sich bei der im Zeitpunkt der Beschwerdeentscheidung bestehenden Suizidgefahr überhaupt um einen neuen Sachverhalt handelt, wobei ein enger Maßstab anzulegen ist. Bei einem dynamischen Geschehen wird vielfach davon auszugehen sein, dass die Einschätzung des Vollstreckungsgerichts bei der Zuschlagserteilung, es liege keine akute Suizidgefahr vor, bei objektiver, durch die neue Begutachtung gestützter Betrachtung als unrichtig anzusehen ist. Besteht indes die Suizidgefahr schon deshalb, weil der Schuldner den Eigentumsverlust durch Zuschlagserteilung befürchtet, oder ist dies zumindest nicht auszuschließen, ist der Zuschlagsbeschluss nötigenfalls aufzuheben. Bei dieser Sachlage ist es, selbst dann, wenn die Suizidgefahr als neuer Umstand, den das Vollstreckungsgericht so noch nicht wahrnehmen können, zu bewerten sein sollte, in keinem Fall gerechtfertigt, dass das Vollstreckungsgericht (bei der Entscheidung über die Abhilfe) oder das Beschwerdegericht vor der nunmehr akut bestehenden Gefahr die Augen verschließt und unter Berufung auf die formale Verfahrensgestaltung sehenden Auges eine Entscheidung bestehen lässt, die mit einiger Wahrscheinlichkeit Ursache für den Tod des Schuldners sein kann in der Hoffnung, dass sich die Gefahr anders (etwa nach den bestehenden Unterbringungsgesetzen) wird abwenden lassen. Eine derartige Verfahrensgestaltung wird dem Wert des Grundrechts aus Art. 2 II GG nicht gerecht. Der für die Rechtsprechung des Senats entscheidende Gesichtspunkt der Rechtssicherheit steht dem ebenso wenig entgegen wie das Grundrecht des Gläubigers oder Erstehers aus Art. 14 GG. § 100 ZVG beschränkt zwar die in Betracht kommenden Zuschlagsversagungsgründe, zeigt aber zugleich, dass Gläubiger und Ersterer nicht davon ausgehen können, der erteilte Zuschlag werde unter allen Umständen Bestand haben.

*III. Aufhebung des Beschlusses des BeschwGer. und Zurückverweisung*

Der angefochtene Beschluss ist demnach aufzuheben. Das BeschwGer. wird über die sofortige Beschwerde und den Einstellungsantrag nach Maßgabe der vorstehenden Ausführungen erneut zu befinden haben.

**Standort: Verbraucherschutzrecht****Problem: Zurechnung der Haustürsituation**

BGH, URTEIL VOM 12.12.2005  
II ZR 327/04 (NJW 2006, 497)

**Problemdarstellung:**

Die Bekl. wurden hier auf Rückzahlungen von Darlehen in Anspruch genommen, welche sie zur Finanzierung ihres Beitritts zu einem später gescheiterten Immobilienfonds aufgenommen hatten. Das gesamte Geschäft hatte ein Anlagenvermittler empfohlen und eingefädelt, der die Bekl. in ihrer Wohnung besucht hatte. Die Bekl. hielten ihrer Rückzahlungsverpflichtung aus den 1993 abgeschlossenen Verträgen ihren mit Schreiben vom 08.11.2001 erklärten Widerruf entgegen. Der BGH hatte nun unter Zugrundelegung der auf die Altverträge noch anzuwendenden Bestimmungen des HWiG und des VerbrKrG zu entscheiden, in welchem Verhältnis die beiden Widerrufsmöglichkeiten zueinander stehen und inwiefern der Vertragspartner des Verbrauchers Kenntnis davon gehabt haben muss, dass ein für ihn tätiger Vermittler den Vertragsabschluss in einer Haustürsituation perfekt gemacht oder zumindest angebahnt hat.

Lediglich in Bestätigung bereits anerkannter Rechtsprechung hat der BGH in diesem Urteil einerseits betont, dass es für die Begründung eines Widerrufsrechts wegen eines Haustürgeschäfts ausreicht, dass die Haustürsituation für den Geschäftsabschluss mitursächlich war (vgl. hierzu Palandt/Heinrichs, § 312 Rz. 5), und dass andererseits das an die Haustürsituation anknüpfende Widerrufsrecht nur dann durch anderweitige Widerrufsmöglichkeiten verdrängt werden könne, wenn der Verbraucher durch letztgenannte mindestens ebenso effektiv geschützt werde (zur diesbezüglichen Anpassung des heutigen § 312 a BGB vgl. Palandt/Heinrichs, § 312a Rz. 1).

Neu ist dagegen die Auffassung, dass der Unternehmer sich die bei Vertragsabschluss oder -vermittlung bestehende Haustürsituation in jedem Fall anrechnen lassen muss, unabhängig davon, ob er das entsprechende Verhalten des Verhandlungsführers kannte oder kennen musste. Diesbezüglich erfährt der Verbraucherschutz durch die (seitens des EuGH vorgegebene) Rechtsprechung des BGH eine weitere Stärkung.

**Prüfungsrelevanz:**

Der Verbraucherschutz mit seinem zentralen Element des inzwischen in § 355 BGB verankerten Widerrufsrechts im Falle bestimmter für den Verbraucher potentiell nachteiliger Vertragsabschlüsse beruht auf der Umsetzung entsprechender EG-Richtlinien in nationales Recht. Die hierzu ursprünglich geschaffenen Sondergesetze (HWiG, VerbrKrG, FernabsG, TzWrG) sind durch die Schuldrechtsreform zum 01.01.2002 in das

BGB integriert worden. Auch seitdem musste der Gesetzgeber bereits mehrfach nachbessern, um das nationale Recht den zugrundeliegenden Anforderungen der EG-Richtlinien anzupassen. Hierdurch ist etwa auch die inzwischen ausgesprochen verworrene Rechtslage hinsichtlich der für den Widerruf des Verbrauchers geltenden Fristen zu erklären (Einführung von § 355 II 2 und III 3 BGB n. F. durch OLGVertr-ÄndG vom 23.07.2002). Gleichwohl werden auf diesem Gebiet in den juristischen Staatsexamina detaillierte Kenntnisse verlangt. Die vorliegende Entscheidung ist diesbezüglich auch ohne weiteres auf den heute geltenden § 312 BGB übertragbar.

**Vertiefungshinweise:**

- Kein Widerruf eines Werkvertrags über ein "Ausbauhaus": BGH, RA 2006, 114 = IBR 2006, 126
- Kein Ausschluss des Widerrufsrechts bei ebay-Auktion: BGH, RA 2004, 775 = NJW 2005, 53

**Kursprogramm:**

- Examenskurs: "Existenzgründung auf Raten"
- Assessorkurs: "Der Ehe Lohn"

**Leitsätze:**

**Nach richtlinienkonformer Auslegung des § 1 HaustürWG muss ein Vertragspartner, der nicht selbst die Vertragsverhandlungen führt, von der in der Person des Verhandlungsführers bestehenden Haustürsituation keine Kenntnis haben. Ebenso wenig kommt es darauf an, ob den Vertragspartner an seiner Unkenntnis ein Verschulden trifft. Vielmehr ist § 1 HaustürWG immer dann anwendbar, wenn objektiv eine Haustürsituation bestanden hat (Änderung der bisherigen Rechtsprechung im Anschluss an EuGH, Urt. v. 25.10.2005 - Rs. C-229/04).**

**Sachverhalt:**

Die Kl. nimmt die Bekl. auf Rückzahlung zweier Darlehen in Anspruch, mit denen die Bekl. ihren Beitritt zu der G.-GbR, W.-Straße 46, D., Fonds Nr. 16 (im Folgenden: Fonds), finanziert hatten. Nach einem Besuch des Anlagevermittlers H. in ihrer Wohnung Ende Juni/Anfang Juli 1993 unterzeichneten die Bekl. im Juli 1993 eine undatierte "Beitrittserklärung" zu dem Fonds. Darin verpflichteten sie sich zum Beitritt und gaben gegenüber einem Rechtsanwalt M. F. eine Vollmachtserklärung und ein Angebot zum Abschluss eines auf die Verwendung der eingezahlten Gelder bezogenen Treuhandvertrages ab. Rechtsanwalt F. unterzeichnete das Formular am 24.08.1993. Die Fondsgesellschaft war zuvor von der Do.-GmbH und deren

Geschäftsführer Wo. Gr. gegründet worden. Gesellschaftszweck war der Erwerb, die Bebauung und die wirtschaftliche Nutzung des Grundstücks W.-Straße 46 in D. Die Einlage der Bekl. sollte 50.000,00 DM betragen und in vollem Umfang durch zwei von der Kl. zu gewährende Kredite finanziert werden. Dementsprechend unterzeichneten die Bekl. am 14.07.1993 - ebenfalls aufgrund der Vermittlung durch H. - zwei Darlehensanträge und ließen ihre Unterschriften von einem Notar beglaubigen. Danach sollten die Darlehensvaluten an den Treuhänder ausgezahlt werden. Zur Tilgung waren bezüglich des einen Darlehens zwei Lebensversicherungen vorgesehen, bezüglich derer die Bekl. Abtretungserklärungen unterzeichneten. Die Darlehensbedingungen wurden durch Verträge vom 30.06./12.07.1999 geändert. Die Kl. zahlte die Darlehensvaluten in Höhe der Einlage und eines Agios auf ein Konto des Treuhänders. In der Folgezeit konnten die in dem Fondsprospekt veranschlagten und von der Do.-GmbH garantierten Mieten nicht erwirtschaftet werden. Die Do.-GmbH stellte im Juni 1996 ihre Zahlungen ein. Ein Konkursantrag wurde mangels Masse abgelehnt. Der Initiator des Fonds, Wo. Gr., wurde durch rechtskräftiges Urteil vom 07.05.1999 wegen Kapitalanlagebetrugs, u.a. bezüglich des Fonds 16, rechtskräftig verurteilt. Im Mai 2001 stellten die Bekl. ihre Zins- und Tilgungszahlungen an die Kl. ein. Mit Schreiben vom 08.11.2001 erklärten sie gegenüber der Kl. den Widerruf und die Anfechtung der Darlehensvertragserklärungen, mit Schreiben vom 12.11.2001 folgten gegenüber dem Fonds die Kündigung der Mitgliedschaft und der Widerruf der Beitrittserklärung. Die Kl. verlangt mit der Klage Rückzahlung der Darlehen in Höhe von insgesamt 28.214,58 €. Die Bekl. verlangen widerklagend die Rückgewähr der von ihnen an die Kl. gezahlten Zins- und Tilgungsraten sowie die Rückabtretung der Rechte aus den beiden Lebensversicherungen. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und die Kl. auf die Widerklage - unter Abweisung im Übrigen - zur Rückabtretung der Rechte aus den Lebensversicherungen verurteilt. Auf die Berufung der Kl. hat das Oberlandesgericht der Klage bis auf einen Teil des Zinsanspruchs stattgegeben und die Widerklage abgewiesen. Mit der von dem Senat zugelassenen Revision erstreben die Bekl. die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

#### **Aus den Gründen:**

Die Revision ist begründet und führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

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

Das BerGer. hat zur Begründung des Klageanspruchs und der Abweisung der Widerklage ausgeführt:  
Die Darlehensvertragserklärungen seien von den Bekl.

nicht wirksam widerrufen worden. Für einen Widerruf nach § 7 VerbrKrG sei die Widerrufsfrist abgelaufen gewesen, und hinsichtlich eines Widerrufs nach § 1 HaustürWG fehle es schon an einer "Haustürsituation", weil die Bekl. die Darlehensverträge erst nach dem Beitrittsantrag vor einem Notar unterzeichnet hätten und daher kein Zurechnungszusammenhang mit dem Hausbesuch des Anlagevermittlers vorliege. Im Übrigen sei gemäß § 5 II HaustürWG auf einen Personalkreditvertrag, der zugleich die Voraussetzungen des Verbraucherkreditgesetzes erfülle, allein dieses Gesetz anwendbar. Auch stehe den Bekl. kein Einwendungsdurchgriff nach § 9 III VerbrKrG zu. Zwar handele es sich bei dem Gesellschaftsvertrag und den Darlehensverträgen um ein verbundenes Geschäft i.S. d. § 9 VerbrKrG. Die Bekl. hätten aber keine Einwendungen gegen den Fonds, die sie der Kl. entgegenhalten könnten. Ein Widerrufsrecht der Bekl. in Bezug auf ihre Beitrittserklärung sei wegen beiderseitiger vollständiger Leistungserbringung erloschen. Ansprüche aus Delikt seien verjährt, Anfechtungsrechte wegen Fristablaufs erloschen. Zwar komme ein Recht der Bekl. zur Kündigung ihrer Fondsmitgliedschaft in Betracht. Dieses Recht sei aber verwirkt. Den Bekl. sei schon im Jahre 1995 von dem Vertreter Dr. Mä. der Geschädigten-Initiative "Interessengemeinschaft Do.-Fonds" mitgeteilt worden, dass der Initiator Gr. die Anleger getäuscht habe. Dennoch hätten sie bis 2001 daraus keine Rechte hergeleitet und sogar im Jahre 1999 die Konditionen der beiden Darlehen durch den Abschluss neuer Darlehensverträge mit der Kl. angepasst.

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

Diese Ausführungen halten in entscheidenden Punkten revisionsrechtlicher Überprüfung nicht stand.

#### **I. Wirksamer Widerruf der Darlehensverträge durch die Bekl. nach § 1 I Nr. 1 HaustürWG**

Die Bekl. haben einen Anspruch auf Rückübertragung der Rechte aus den Lebensversicherungsverträgen und schulden umgekehrt der Kl. nichts mehr aus den Darlehensverträgen. Sie haben ihre Darlehensvertragserklärungen nämlich nach § 1 I Nr. 1 HaustürWG in der bis zum 30.09.2000 geltenden Fassung wirksam widerrufen.

#### **1. Zur Anwendbarkeit des HaustürWG auf Verbraucherdarlehen**

Die Bestimmungen des Haustürwiderrufgesetzes finden auf die Darlehensverträge der Parteien Anwendung. Sie werden nicht durch die Vorschriften des Verbraucherkreditgesetzes verdrängt. Dem steht entgegen der Auffassung des BerGer. § 5 II HaustürWG (jetzt § 312 a BGB) nicht entgegen. Nach § 5 II HaustürWG gelten nur die Vorschriften des Verbraucherkreditgesetzes, wenn das Geschäft dessen Vorausset-

zungen erfüllt. Diese Regelung kommt aufgrund einer richtlinienkonformen Auslegung aber dann nicht zur Anwendung, wenn das Verbraucherkreditgesetz kein gleich weit reichendes Widerrufsrecht wie das Haustürwiderrufsgesetz einräumt. Das hat der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs - im Anschluss an die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 13.12.2001 (WM 2001, 2434; "Heininger") - bereits mit Urteil vom 09.04.2002 (BGHZ 150, 248) entschieden, und zwar sowohl für Realkreditverträge als auch für - wie hier - Personalkredite. Dabei kommt es nicht darauf an, ob die Vertragserklärung in der Haustürsituation abgegeben wird - nur dieser Fall wird von der dem Urteil des Europäischen Gerichtshofs zugrunde liegenden Haustürgeschäftsrichtlinie erfasst - oder ob der Vertragsschluss - wie hier - lediglich in der Haustürsituation angebahnt worden ist. Dieser Rechtsprechung hat sich der erkennende Senat angeschlossen (Urt. v. 14.06.2004 - II ZR 395/01, ZIP 2004, 1402 [1403]; v. 18.10.2004 - II ZR 352/02, ZIP 2004, 2319 [2322] und v. 31.01.2005 - II ZR 200/03, ZIP 2005, 565 [567]). Danach kommt § 5 II HaustürWG hier nicht zur Anwendung, weil das Widerrufsrecht der Bekl. nach dem Verbraucherkreditgesetz - wie das BerGer. zutreffend erkannt hat - wegen Ablaufs der Jahresfrist des § 7 I 3 VerbrKrG in der bis zum 30.09.2000 geltenden Fassung abgelaufen ist.

### 2. Für Abschluss der Darlehensverträge ursächliche Haustürsituation

Entgegen der Auffassung des BerGer. sind die Bekl. durch den Hausbesuch des Vermittlers H. auch zu dem Abschluss der beiden Darlehensverträge vom 14.07./09.08.1993 bestimmt worden i.S. d. § 1 I HaustürWG. Ein derartiger Zusammenhang ist schon dann anzunehmen, wenn die Haustürsituation für den späteren Vertragsschluss mitursächlich geworden ist. Ein enger zeitlicher Zusammenhang ist nicht erforderlich. Es genügt, dass der später geschlossene Vertrag ohne die Haustürsituation nicht oder nicht so wie geschehen zustande gekommen wäre (BGHZ 131, 385 [392]). Das ist hier anzunehmen. Nach der Feststellung des BerGer. war die Tätigkeit des Vermittlers ursächlich für den Abschluss der Darlehensverträge.

### 3. Haustürsituation der Kl. zuzurechnen

Der Kl. ist die Haustürsituation zuzurechnen.

#### a. Bisherige Rechtsprechung des BGH zur Zurechnung der Haustürsituation

Allerdings hat der Bundesgerichtshof angenommen, dass ein Kreditvertrag nicht immer schon dann widerrufen werden kann, wenn in der Person des Anlagevermittlers, der für die Anlagegesellschaft und zugleich für die Bank tätig wird, eine Haustürsituation vorgelegen hat. Vielmehr wurde nach der bisherigen Rechtsprechung die Haustürsituation der Bank nur dann zu-

gerechnet, wenn die Voraussetzungen erfüllt waren, die für die Zurechnung einer arglistigen Täuschung nach § 123 II BGB entwickelt worden sind. War danach der Verhandlungsführer - wie hier - als Dritter anzusehen, so war sein Handeln der Bank nur dann zuzurechnen, wenn sie es kannte oder kennen musste. Für eine fahrlässige Unkenntnis in diesem Sinne genügte, dass die Umstände des Falles die Bank veranlassen mussten, sich zu erkundigen, auf welchen Umständen die ihr übermittelte Willenserklärung beruhte (BGH, ZIP 2003, 22 [24 f.]; ZIP 2003, 1741 [1743]; DB 2004, 647 [648]; BGHZ 159, 280 [285 f.]; WM 2005, 124 [125]; ZIP 2005, 1314).

#### b. Geänderte Auffassung des erkennenden Senats zur Zurechnung der Haustürsituation

An dieser Auffassung hält der Senat - nach Rückfrage bei dem XI. Zivilsenat, der insoweit keine Einwände hat - nicht mehr fest. Mit dem Haustürwiderrufsgesetz hat der deutsche Gesetzgeber die Richtlinie 85/577/EWG des Rates vom 20.12.1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen (ABl. L 372, S. 31) in nationales Recht umgesetzt. Nach der bindenden Auslegung des europäischen Rechts durch den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften (Urt. v. 25.10.2005 - Rs. C-229/04) ist das Haustürwiderrufsgesetz richtlinienkonform dahin auszulegen, dass die Haustürsituation der Bank bereits dann zuzurechnen ist, wenn sie objektiv vorgelegen hat, und die Heranziehung der in Anlehnung an § 123 II BGB entwickelten Grundsätze ausscheidet. Eine solche richtlinienkonforme Auslegung lässt das nationale Recht zu. Danach muss ein Vertragspartner, der nicht selbst die Vertragsverhandlungen führt, - anders als das bisher in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs gesehen worden ist - von der in der Person des Verhandlungsführers bestehenden Haustürsituation keine Kenntnis haben. Ebenso wenig kommt es darauf an, ob den Vertragspartner an seiner Unkenntnis ein Verschulden trifft. Vielmehr ist § 1 HaustürWG immer dann anwendbar, wenn objektiv eine Haustürsituation bestanden hat.

#### 4. Keine Verfristung des Widerrufsrechts nach § 1 I HaustürWG

Das danach bestehende Widerrufsrecht der Bekl. ist nicht durch Fristablauf erloschen. Die einwöchige Widerrufsfrist des § 1 I HaustürWG hat mangels ordnungsgemäßer Belehrung nach § 2 I 2 und 3 HaustürWG nicht zu laufen begonnen. Die Belehrungen in den Vertragsformularen der Kl. genügen den Anforderungen des § 2 HaustürWG entgegen der Auffassung des BerGer. nicht. Nach § 2 I 3 HaustürWG darf die Belehrung keine anderen Erklärungen enthalten, insbesondere nicht die Einschränkung wie in § 7 III VerbrKrG, dass der Widerruf als nicht erfolgt gilt,

wenn das Darlehen nicht binnen zwei Wochen zurückgezahlt wird (BGH, ZIP 2003, 22 [25]; ZIP 2004, 1639; ZIP 2004, 1402 [1404]; WM 2004, 1527 [1528]). Genau diese Einschränkung enthält aber der Text in den Formularen der Kl. Das Widerrufsrecht ist auch nicht nach § 2 I 4 HaustürWG erloschen. Danach erlischt dieses Recht einen Monat nach beiderseits vollständiger Erbringung der Leistungen. Diese Voraussetzung ist hier schon deshalb nicht erfüllt, weil die Bekl. jedenfalls ihre - vermeintlichen - Vertragspflichten gegenüber der Kl. nicht erfüllt haben.

#### *5. Kein Entfall des Widerrufsrecht durch Anpassung der Darlehensbedingungen 1999*

Dass die Parteien durch Verträge vom 30.06./12.07.1999 die Darlehensbedingungen geändert haben, führt nicht zu einem Wegfall des Widerrufsrechts. Dabei handelt es sich nicht um neue Darlehensverträge, sondern ausweislich des Vermerks auf den Vertragsformularen nur um eine "Konditionenanpassung".

#### *6. Keine Verwirkung des Widerrufsrechts durch die Bekl.*

Das Widerrufsrecht aus § 1 HaustürWG ist auch nicht verwirkt. Eine Verwirkung kommt schon deshalb nicht in Betracht, weil die Darlehensverträge bei Vorliegen einer der Kl. zurechenbaren Haustürsituation auch ohne einen Widerruf der Bekl. (schwebend) unwirksam sind, solange die Widerrufsfrist noch nicht abgelaufen ist (BGHZ 131, 82 [85 f.]; ZIP 2005, 565 [567]). Eine Verwirkung scheidet auch deshalb aus, weil die Bekl. aufgrund der Belehrungen, die ihnen von der Kl. erteilt worden sind, keinen Anlass zu der Annahme hatten, nach Ablauf der darin genannten Fristen stehe ihnen noch ein Widerrufsrecht zu. Im Übrigen scheidet eine Verwirkung aber auch daran, dass der Fondsgründer Gr. erst am 07.05.1999 wegen Kapitalanlagebetrugs verurteilt worden ist. Auch wenn die Bekl. schon vorher über einen entsprechenden Verdacht unterrichtet worden waren, durften sie, ohne Rechtsnachteile befürchten zu müssen, zuwarten, bis eine für sie klare Beweislage geschaffen war. Angesichts dessen konnte

die Kl. auch bei der Änderung der Darlehensverträge am 12.06.1999 nicht davon ausgehen, dass den Bekl. das am 09.06.1999 erst ausgefertigte Strafurteil bereits bekannt war und sie die daraus zu ziehenden Folgerungen abschließend bedacht hatten. Ebenso wenig reicht die nachfolgende Zins- und Tilgungszahlung bis Mai 2001 aus, um eine Verwirkung annehmen zu können.

#### *II. Rechtsfolgen des wirksamen Widerrufs durch die Bekl.*

Als Rechtsfolge des wirksamen Widerrufs sind die Vertragspartner gemäß § 3 I 1 HaustürWG (jetzt §§ 346 I, 357 I 1 BGB) verpflichtet, dem jeweils anderen Teil die empfangenen Leistungen zurückzugewähren. Danach hat die Kl. den Bekl. die Rechte aus den Lebensversicherungsverträgen zurückzuübertragen - die mit der Widerklage weiter geltend gemachten Zahlungsansprüche sind nicht Gegenstand des Revisionsverfahrens. Umgekehrt sind die Bekl. verpflichtet, der Kl. den mit den Darlehen finanzierten Gesellschaftsanteil oder - falls der Gesellschaftsanteil nicht entstanden oder wieder untergegangen ist - ihre Rechte aus dem fehlgeschlagenen Gesellschaftsbeitritt zu übertragen. Nicht dagegen haben sie der Kl. auch die Darlehensvaluten zurückzuzahlen. Wie der Senat in den bereits zitierten Urteilen vom 14. Juni 2004 (ZIP 2004, 1402 [1404 f.] und WM 2004, 1527 [1529]) entschieden hat, besteht die nach § 3 I 1 HaustürWG von dem Anleger an die Bank zurückzugewährende Leistung nicht in der Darlehensvaluta, sondern in dem Gesellschaftsanteil, wenn der Gesellschaftsbeitritt und der Darlehensvertrag ein verbundenes Geschäft i.S. d. § 9 VerbrKrG darstellen. Diese Voraussetzung ist dann erfüllt, wenn sich die Bank bei der Vorbereitung oder dem Abschluss des Darlehensvertrages der Initiatoren des Fonds oder der von ihnen eingeschalteten Vermittler bedient (Senat aaO S. 1405/1529). So liegt der Fall hier. Sowohl der Fondsbeitritt als auch die Darlehensverträge sind konzeptionsgemäß von der Ho.-GmbH und deren Mitarbeiter H. vermittelt worden, wie das BerGer. festgestellt hat.

## Strafrecht

### Standort: §§ 34 StGB

### Problem: Rechtfertigung von Dauerdelikten

OLG DÜSSELDORF, URTEIL VOM 25.10.2005  
III-5 Ss 63/05 33/05 I (NJW 2006, 630)

#### **Problemdarstellung:**

Der Angeklagte, ein Journalist, wollte Schwächen in den Sicherheitssystemen deutscher Flughäfen aufdecken und schmuggelte deshalb bei mehreren Inlandsflügen ein "Butterflymesser" an Bord verschiedener Flugzeuge. Deshalb hatten sowohl das Amts- als auch das Landgericht eine Strafbarkeit des Angeklagten wegen Mitführens von Waffen in Luftfahrzeugen (§§ 27 IV 1 Nr. 1, 60 I Nr. 8 LuftVG (seit Anfang 2005 §§ 111 Nr. 1, 19 I LuftSiG)) angenommen, wobei das Landgericht allerdings als Sanktion nur eine Verwarnung mit Strafvorbehalt ausgesprochen hatte. Eine Rechtfertigung aus § 34 StGB hatten beide Gerichte abgelehnt. Das OLG Düsseldorf bestätigte die Entscheidung des Landgerichts.

#### **Prüfungsrelevanz:**

Während die geprüften Straftatbestände des Nebenstrafrechts kein Prüfungsstoff sind, so betreffen die Ausführungen des OLG zu den Voraussetzungen des rechtfertigenden Notstandes (§ 34 StGB) einen Rechtfertigungsgrund, dessen Kenntnis im Examen unverzichtbar ist.

§ 34 StGB setzt für eine Rechtfertigung insb. voraus, dass der Täter in einer gegenwärtigen, nicht anders abwendbaren Gefahr für Leben, Leib oder ein anderes Rechtsgut eine rechtswidrige Tat begeht, um diese Gefahr abzuwenden. Während das OLG die Sicherheit des Luftverkehrs als "anderes Rechtsgut" i.S.v. § 34 StGB anerkennt und in den vom Täter aufgedeckten Sicherheitslücken auch eine (Dauer-) Gefahr für dieses Rechtsgut gesehen hat, so hat es betont, dass diese Gefahr auch anders abwendbar war als dadurch, dass der Angeklagte sein Messer mit an Bord der Flugzeuge nahm. Nach Auffassung des OLG hätte es hierfür ausgereicht, dass der Angeklagte das Messer durch die Sicherheitskontrollen an den Flughäfen geschmuggelt hätte. Er hätte es nicht mit an Bord der Flugzeuge nehmen müssen, da dass jedenfalls dieses Verhalten nicht (mehr) gerechtfertigt war. Der BGH betont, dass es insofern auch unbeachtlich ist, dass der Angeklagte die entsprechenden Tatbestände bereits durch das Passieren der Sicherheitsschleusen vollendet hatte, da bereits das Betreten der "waffenfreien" Sicherheitszone auf

dem Flughafen tatbestandsmäßig war. Da es sich bei den vom Täter begangenen Straftaten um Dauerdelikte handele, hätte der Täter den rechtswidrigen Zustand, der durch das Betreten der entsprechenden Sicherheitszonen unter Beiführung eines Messers geschaffen wurde, sofort nach Erreichen des rechtfertigenden Zwecks beenden müssen. Ein Dauerdelikt, das zunächst gerechtfertigt sei, werde nämlich wieder strafbar, wenn der Rechtfertigungsgrund nachträglich weg falle.

Weiter enthält das vorliegende Urteil noch lesenswerte Ausführungen zu den Voraussetzungen der Verwarnung mit Strafvorbehalt gem. § 59 StGB und deren Überprüfbarkeit durch ein Revisionsgericht, die allerdings nur für Kandidaten im zweiten Examen relevant sein dürften.

#### **Vertiefungshinweise:**

Zu § 34 StGB bei Dauergefahren und Dauerdelikten: *BGHSt* 36, 255; 46, 107; 48, 255; *Hillenkamp*, JZ 2004, 44; *Laubenthal*, JR 1990, 513; *Otto*, NSTz 2004, 142; *Widmaier*, NJW 2003, 2788

#### **Kursprogramm:**

*Examenskurs*: "Rosi"

#### **Leitsatz:**

**Ein Journalist, der auf einem Inlandsflug heimlich ein "Butterflymesser" mitführt, um eine tatsächliche oder vermeintliche Sicherheitslücke aufzudecken, macht sich wegen Mitführens einer Waffe in einem Luftfahrzeug strafbar. Die Tat ist weder gerechtfertigt noch entschuldigt.**

#### **Sachverhalt:**

Der Angeklagte arbeitete als freier Journalist unter anderem für den Fernsehsender Pro7. In Absprache mit einer Redaktionskonferenz des Senders, die sein Vorhaben "abgesegnet" hatte, führte der Angeklagte an einem Tag Ende Januar 2002 auf vier Inlandsflügen heimlich ein "Butterflymesser" mit. Vor den Sicherheitsschleusen verbarg er das Messer in einem Brillenetui, das er auf die Kamera in seinem Handgepäck legte. Wie "befürchtet und erhofft", führte das Personal an den Sicherheitsschleusen der vier Abflughäfen den ausgelösten Alarm auf die Kamera zurück; das Messer blieb unentdeckt. Die Vorgänge wurden von Kamerateams des Senders Pro7 gefilmt und am

11.02.2002 in einer Fernsehsendung ausgestrahlt. Der Angeklagte, der am 12.09.2001 - dem Tag nach den Anschlägen auf das World Trade Center - in New York gewesen war und bei anschließenden Flugreisen beobachtet hatte, dass die Sicherheitskontrollen zum Teil sehr nachlässig gehandhabt wurden, handelte "in erster Linie aus Sorge um die Sicherheit des zivilen Luftverkehrs, in zweiter Linie aber auch, um eine gute 'Story' verkaufen zu können". Die Sendung hatte eine Verschärfung der Sicherheitskontrollen zu Folge, der Sendebericht wird bei Schulungen als Lehrfilm eingesetzt.

Das Amtsgericht hat den Angeklagten wegen Mitführens von Waffen (in Luftfahrzeugen) in vier Fällen zu einer Gesamtgeldstrafe von 15 Tagessätzen verurteilt. Die Berufung der Staatsanwaltschaft hat das Landgericht verworfen. Auf die - angenommene - Berufung des Angeklagten hat es das angefochtene Urteil teilweise geändert, den Angeklagten wegen Mitführens von Waffen in vier Fällen schuldig gesprochen, ihn verurteilt und die Verurteilung zu einer Geldstrafe von 15 Tagessätzen zu je 50 Euro vorbehalten.

#### **Aus den Gründen:**

Die Revision des Angeklagten und die zu seinen Ungunsten eingelegte Revision der StA hatten keinen Erfolg.

#### *I. Revision des Angeklagten*

##### *1. Zur Tatbestandsmäßigkeit des Handelns des Angeklagten*

Die Feststellungen belegen die äußere Tatseite des Mitführens einer Hieb- oder Stoßwaffe i. S. der §§ 27 IV 1 Nr. 1, 60 I Nr. 8 LuftVG (seit Anfang 2005 ersetzt durch §§ 111 Nr. 1, 19 I LuftSiG als nicht milderes Gesetz i. S. von § 2 III StGB) in der zur Tatzeit geltenden Fassung (BGBl 11999, 550).

##### *a. Voraussetzungen der anwendbaren Tatbestände nach alten und neuem Recht*

Nach § 27 IV 1 Nr. 1 LuftVG, § 111 Nr. 1 LuftSiG war und ist das Mitführen im Handgepäck oder Ansitragen von (u. a.) Hieb- und Stoßwaffen in Luftfahrzeugen und in nicht allgemein zugänglichen Bereichen auf Flugplätzen nicht zulässig (LuftSiG: "verboten"). Ein Verstoß gegen dieses Verbot wurde und wird bei Vorsatz mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe, § 60 I LuftVG, § 19 I LuftSiG, bei Fahrlässigkeit mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 180 Tagessätzen bestraft, § 60 II LuftVG, § 19 II LuftSiG.

##### *b. Zum Vorliegen einer Hieb- oder Stoßwaffe*

"Butterflymesser" (Faltmesser mit zweigeteilten, schwenkbaren Griffen) waren und sind Hieb- oder Stoßwaffen i. S. von § 27 IV 1 Nr. 1 LuftVG, § 111

Nr. 1 LuftSiG.

Hieb- und Stoßwaffen waren nach § 1 VII WaffG in der bis zum 31. 3. 2003 geltenden Fassung (WaffG [alt]) Waffen, die ihrer Natur nach dazu bestimmt waren, unter unmittelbarer Ausnutzung der Muskelkraft durch Hieb, Stoß oder Stich Verletzungen beizubringen. Das traf nach allgemeiner Meinung zur Tatzeit, die der Senat teilt, auf Butterflymesser zu. Sie wurden schon damals als "klassische Hieb- und Stoßwaffen" (BR-Dr 589/1/97 v. 14.11.1997, S. 5) angesehen, weil sie wegen ihrer leichten und verdeckten Mitführbarkeit immer häufiger zur Begehung von Straftaten eingesetzt wurden, insbesondere bei gewalttätigen Auseinandersetzungen unter Jugendlichen verstärkt zur Anwendung kamen (BRDr 589/1/97, S. 3) und keine andere sinnvolle Verwendung ersichtlich war (vgl. BT Dr 14/7758 v. 07.12.2001, S. 89, 90f.; Steindorf, WaffR, 6. Aufl. [1995], § 2 WaffG [alt] Rdnr. 38; Kindhäuser/Wallau, StV 2001, 352 unter IV; s. auch BGH, Beschl. v. 15. 12. 2004 - 3 StR 430/04, BeckRS 2005, 00801).

Dass "Butterflymesser" zur Tatzeit nicht zu den Messern zählten, die waffenrechtlich - durch § 37 I Nr. 5 WaffG [alt] - als verbotene Gegenstände eingestuft waren, ist unerheblich. "Waffe" ist der weitere, umfassendere Begriff - Schusswaffen sind ohne Zweifel Waffen, waren aber nur in der in § 37 I Nr. 1 WaffG (alt) beschriebenen Form verbotene Gegenstände -, und spätestens mit der Fassung des § 27 I LuftVG durch das 9. Änderungsgesetz zum LuftVG (BGBl I 1980, 1729 [1731 f.] ) war klargestellt, dass Waffen aller Art, ob erlaubt oder verboten, in Luftfahrzeugen grundsätzlich nicht mitgeführt werden dürfen.

##### *2. Zum subjektiven Tatbestand und zur Möglichkeit einer teleologischen Reduktion des Tatbestandes*

Die Feststellungen belegen, dass der Angeklagte vorsätzlich gehandelt hat. Ob er - was offen geblieben ist - "wusste, dass es strafbar war, dieses Messer mit an Bord zu bringen", ist unerheblich. Ihm war jedenfalls klar, dass "dieses Messer" zu den Gegenständen gehörte, deren Mitnahme in den geschützten Bereich aus Sicherheitsgründen jedermann verboten war. Er wollte "Sicherheitsmängel dokumentieren", und der mit der Redaktionskonferenz abgesprochene und von ihr "abgesegnete" Plan war auch aus seiner Sicht nur dann einen Sendebeitrag wert, wenn es ihm gelang, einen gefährlichen und deshalb im Luftverkehr verbotenen Gegenstand durch die Sicherheitskontrolle bis ins Flugzeug zu schleusen. Ob und wozu der Angeklagte das Messer verwenden wollte, ist für den Schuldpruch ohne Belang. Die Straftatbestände, um die es geht, sind abstrakte Gefährungsdelikte; auf den Eintritt einer konkreten Gefahr kommt es nicht an. Ob eine bestimmte Handlung nach Sinn und Zweck des Gesetzes aus dem Anwendungsbereich eines abstrakten Gefährungsdelikts herausfällt, wenn sie nach den

konkreten Umständen des Einzelfalls absolut ungeeignet ist, das betroffene, dem Tatbestand zu Grunde liegende Rechtsgut zu gefährden, kann dahinstehen. Denn eine solche atypische Situation lag nach den - allein maßgeblichen - Feststellungen des angegriffenen Urteils nicht vor.

### 3. Keine Rechtfertigung durch Notstand gem. § 34 StGB

Die Taten waren nicht durch einen Notstand nach § 34 StGB gerechtfertigt.

Nach § 34 StGB handelt nicht rechtswidrig, wer in einer gegenwärtigen, nicht anders abwendbaren Gefahr für Leben, Leib, Freiheit, Ehre, Eigentum oder ein anderes Rechtsgut eine Tat begeht, um die Gefahr von sich oder einem anderen abzuwenden, wenn bei Abwägung der widerstreitenden Interessen, namentlich der betroffenen Rechtsgüter und des Grades der ihnen drohenden Gefahr, das geschützte Interesse das beeinträchtigte wesentlich überwiegt. Dies gilt jedoch nur, soweit die Tat ein angemessenes Mittel ist, die Gefahr abzuwenden.

#### a. Zum Vorliegen einer Notstandslage

Die Sicherheit des Lufttransports, die durch § 27 IV 1 Nr. 1 LuftVG, § 111 Nr. 1 LuftSiG geschützt wird (BT Dr 13/9513 v. 18.12.1997, S. 30), ist ein anderes Rechtsgut i. S. von § 34 S. 1 StGB. Die aufgedeckten Sicherheitsmängel mögen auch eine gegenwärtige Dauergefahr (vgl. BGHSt 48, 255 [258 f.] = NJW 2003, 2464 = NStZ 2003, 482 = BGHR StGB § 35 Abs. 1 Gefahr, gegenwärtige 3, zu den inhaltsgleichen Merkmalen des § 35 I 1 StGB) für die Sicherheit des Lufttransports gewesen sein. Ob diese Gefahr nicht anders als durch Taten abwendbar (vgl. BGHSt 48, 255 [260 f.] = NJW 2003, 2464 = NStZ 2003, 482 = BGHR StGB § 35 Abs. 1 Gefahr, abwendbare 2) war, die einen Straftatbestand erfüllten, ist unklar, kann aber offen bleiben. Die konkret ausgeführten Taten waren jedenfalls nicht gerechtfertigt, weil der Angeklagte den angestrebten Erfolg - verbesserte Sicherheitskontrollen - durch geringere Rechtsverletzungen hätte erreichen können.

#### b. Zum Bestehen anderer Gefahrabwendungsmöglichkeiten

Sicherheitskontrollen finden nur beim Zutritt zu den nicht allgemein zugänglichen Bereichen auf Flugplätzen statt; vor oder im Flugzeug wird nicht mehr kontrolliert. Dieser jedem Flugreisenden bekannte Umstand war ein Grund, die "waffenfreie Zone" des § 27 IV 1 LuftVG durch das 11. Änderungsgesetz zum Luftverkehrsgesetz (BGBl I 1998, 2432 [2436]) ab März 1999 auf die nicht allgemein zugänglichen Bereiche auf Flugplätzen zu erweitern (BT Dr 13/9513, S. 31). Der Sicherheitsmangel, um den es dem Angeklagten ging, war demnach aufgedeckt, sobald er die

Sicherheitskontrolle am Eingang des nicht allgemein zugänglichen Bereichs mit dem Messer passiert hatte. An dieser Stelle (zu diesem Zeitpunkt) hätte der Angeklagte die Aktion abbrechen können und müssen. Dass - worauf das LG schon zutreffend hingewiesen hat - die "journalistische Brisanz" des späteren Sendebereichs dadurch verstärkt wurde, dass der Angeklagte mit dem Messer die Flüge tatsächlich angetreten und beendet hat, steht außer Frage. Dieser Teil war aber nicht mehr notwendig, um die (unterstellte) Dauergefahr abzuwenden, die der Sicherheit des Lufttransports durch - aus der Sicht des Angeklagten - zu laxen Sicherheitskontrollen drohte. Er hat die Gefahr, die es nach Ansicht des Angeklagten abzuwenden galt, sogar vergrößert, denn es liegt auf der Hand, dass eine Waffe in der Luft eine größere Bedrohung darstellt als am Boden.

#### c. Zur Rechtfertigung von Dauerdelikten

Dem steht nicht entgegen, dass der Straftatbestand vollständig verwirklicht war, sobald der Angeklagte die Sicherheitskontrolle am Eingang des nicht allgemein zugänglichen Bereichs mit dem Messer passiert hatte. Das verbotene Mitführen oder Ansiehttragen einer Waffe ist ein Dauerdelikt, das mit dem Zutritt zu der "waffenfreien Zone" vollendet, aber erst mit dem Verlassen des nicht allgemein zugänglichen Bereichs (hier: auf den vier Zielflughäfen) beendet ist. Der strafrechtliche Vorwurf bezieht sich bei einer solchen Tat sowohl auf die Herbeiführung als auch auf die Aufrechterhaltung des rechtswidrigen Zustandes (BGHSt 36, 255 [257] = NJW 1990, 194; Rissing van Saan, in: LK-StGB, 11. Aufl. [1998], Vorb. §§ 52 ff. Rdnr. 35; Stree, in: Schönke/Schröder, StGB, 26. Aufl. [2001], Vorb. §§ 52 ff. Rdnr. 81). Ein zunächst gerechtfertigtes Dauerdelikt wird demnach rechtswidrig, wenn und sobald der rechtfertigende Grund wegfällt. Wer etwa einen Angreifer einsperren muss, um ihm zu entfliehen, begeht eine durch Notwehr gerechtfertigte Freiheitsberaubung. Die Rechtfertigung endet aber, sobald die Flucht gelungen ist. Deshalb kann offen bleiben, ob der Angeklagte die Gefahr nicht anders als durch das Einschleusen des Messers in den nicht allgemein zugänglichen Bereich abwenden konnte. Die anschließenden Flüge mit dem Messer waren jedenfalls rechtswidrig.

#### 4. Keine Rechtfertigung durch Art. 5 I 2 GG

Die Taten waren nicht durch Presse- und Rundfunkfreiheit (Art. 5 I 2 GG) gedeckt. Diese Grundrechte schützen die Berichterstattung von der Beschaffung der Information bis zur Verbreitung der Nachricht oder Meinung (BVerfG, NJW 2004, 1855 m. w. Nachw.; st. Rspr.). Ist die Information rechtswidrig erlangt worden, fällt aber nur deren Verbreitung in den Schutzbereich des Art. 5 I GG (BVerfGE 66, 116 [137] = NJW 1984, 1741; BVerfG, NStZ-RR

2005, 119). Die rechtswidrige Beschaffung von Informationen ist weder durch das Grundrecht der freien Meinungsäußerung (Art. 5 I 1 Halbs. 1 GG) noch durch die Presse- und Rundfunkfreiheit gedeckt (BVerfGE 66, 116 = NJW 1984, 1741; BVerfG, NJW 2004, 1855 [1856 r. Sp.]; Bethge, in: Sachs, GG, 3. Aufl. [2003]; Art. 5 Rdnr. 86; Degenhart, in: BK, 1999, Art. 5 GG Rdnr. 458). Ebenso wenig schützt das Grundrecht der Informationsfreiheit (Art. 5 II Halbs. 2 GG) eine solche Beschaffung. Dieses gewährt nur das Recht, sich aus allgemein zugänglichen Quellen ungehindert zu unterrichten (BVerfGE 66, 116 = NJW 1984, 1741). Es bedarf keiner Erläuterung, dass strafbare Handlungen nicht zu diesen Quellen zu rechnen sind. In den nicht geschützten Bereich fallen auch "rechtswidrige Maßnahmen zur Schaffung von Ereignissen, die Anlass für eine spätere Berichterstattung werden sollen" (BVerfG, NJW 2004, 1855 [1856 r. Sp.]). Das (wiederholte) Einschleusen des Messers war eine solche rechtswidrige Maßnahme zur Schaffung eines Ereignisses, über das später berichtet werden sollte.

#### 5. Keine Rechtfertigung gem. § 193 StGB

Die Taten des Angeklagten waren auch nicht durch die Wahrnehmung berechtigter Interessen gem. § 193 StGB gerechtfertigt. Der Anwendungsbereich dieses Rechtfertigungsgrunds beschränkt sich auf die Beleidigungsdelikte, §§ 185 ff. StGB. Auf andere strafbare Handlungen ist er grundsätzlich nicht anwendbar (RGSt 31, 63 [66]; OLG Stuttgart, NStZ 1987, 122; Tröndle/Fischer, StGB, 52. Aufl. [2004], § 193 Rdnr. 4 m. w. Nachw.). Jedenfalls ergäbe eine Abwägung der betroffenen Interessen - hier die Sicherheit des Lufttransports, dort die Informationsbeschaffung - ein deutliches Übergewicht zu Gunsten der die Allgemeinheit besonders betreffenden Luftverkehrssicherheit:

#### 6. Keine Entschuldigung gem. § 35 StGB

Die Taten waren nicht nach § 35 StGB entschuldigt. Es fehlt schon an einem durch § 35 StGB geschützten Rechtsgut. Die Sicherheit des Lufttransports ist in § 35 StGB nicht aufgeführt. Im Übrigen greifen auch hier die unter I 3 a-c ausgeführten Erwägungen, auf die Bezug genommen wird.

### II. Revision der Staatsanwaltschaft

Die zu Ungunsten des Angeklagten eingelegte Revision der Staatsanwaltschaft hat keinen Erfolg, weil die ausgesprochene Verwarnung mit Strafvorbehalt als "mildeste Sanktionsmöglichkeit des Strafgesetzbuches" jedenfalls im Ergebnis angemessen i. S. des § 354 I a StPO ist.

#### 1. Gesetzliche Voraussetzungen einer Verwarnung mit Strafvorbehalt

Hat jemand Geldstrafe bis zu 180 Tagessätzen ver-

wirkt, so kann das Gericht ihn nach § 59 I 1 StGB verwarnen, die Strafe bestimmen und die Verurteilung zu dieser Strafe vorbehalten, wenn

- (1) zu erwarten ist, dass der Täter künftig auch ohne Verurteilung zu Strafe keine Straftaten mehr begehen wird,
- (2) eine Gesamtwürdigung der Tat und der Persönlichkeit des Täters besondere Umstände ergibt, nach denen es angezeigt ist, ihn von der Verurteilung zu Strafe zu verschonen, und
- (3) die Verteidigung der Rechtsordnung die Verurteilung zu Strafe nicht gebietet.

#### 2. Beurteilungsspielraum des Tatsachengerichts bzgl. des Vorliegens der Voraussetzungen

Ob diese Voraussetzungen vorliegen, hat der Tatrichter nach dem Ergebnis der Hauptverhandlung zu entscheiden. Dabei steht ihm - wie bei der Entscheidung über eine Strafaussetzung zur Bewährung (§ 56 StGB) - ein weiter Bewertungsspielraum zu, in dessen Rahmen das Revisionsgericht jede rechtsfehlerfrei begründete, Entscheidung bis zur Grenze des Vertretbaren (vgl. BGH, Urt. v. 25. 4. 2001 - 5 StR 81/01, S. 4) hinzunehmen hat. Es kann nur eingreifen, wenn Umstände, die sich aufdrängen und nach der gesetzlichen Regelung in § 59 StGB für oder gegen eine Verwarnung mit Strafvorbehalt sprechen können, im Urteil nicht erörtert oder fehlerhaft gewürdigt worden sind.

#### 3. Zur Möglichkeit des Absehens des Revisionsgerichts von der Aufhebung des Urteils trotz fehlender Ausführungen des Tatsachengerichts zu den Voraussetzungen des § 59 StGB

Hat der Tatrichter Umstände, die für Art und Höhe der Rechtsfolgen - deren "Zumessung" - bestimmend waren, im Urteil nicht erörtert oder fehlerhaft gewürdigt, kann das Revisionsgericht nach § 354 I a StPO von der Aufhebung des angefochtenen Urteils absehen, sofern die verhängte Rechtsfolge angemessen ist und das auf der Grundlage der Feststellungen unter Berücksichtigung aller maßgeblichen Gesichtspunkte, insbesondere aller nach § 46 StGB für die Strafzumessung erheblichen Umstände beurteilt werden kann (BGHSt 49, 371 [375]; BGH, NStZ 2006, 36). Hier ermöglichen die Feststellungen den Schluss, dass die ausgesprochene Verwarnung mit Strafvorbehalt als strafrechtliche Sanktion angemessen ist:

##### a. Zum Bestehen einer günstigen Sozialprognose

Der Senat teilt die Erwartung der Strafkammer, dass der nicht vorbestrafte Angeklagte sich schon den Schuldspruch zur Warnung dienen lassen und künftig auch ohne Verurteilung zu Strafe keine Straftaten mehr begehen wird.

##### b. Zur Gesamtwürdigung der Tat und des Täters

Die Taten lagen im unteren Kriminalitätsbereich und

waren durch besondere Umstände i. S. von § 59 I 1 Nr. 2 StGB gekennzeichnet, die sie von den Durchschnittsfällen deutlich abhoben und diesen gegenüber das Tatunrecht, die Schuld und die Strafbedürftigkeit so wesentlich mindern, dass ein Verzicht auf die Verurteilung angezeigt erscheint (vgl. BGH, NSTZ-RR 2002, 84 = wistra 2002, 22 [23] m.w.N.). Nach den nicht angegriffenen Feststellungen hat der Angeklagte "in erster Linie aus Sorge um die Sicherheit des zivilen Luftverkehrs" gehandelt. Eine konkrete Gefährdung der Flüge, die er unternommen hat, ist nicht festgestellt und liegt nach den Feststellungen auch nicht nahe. Sein Handeln hat eine tatsächliche Sicherheitslücke aufgedeckt und zu einer Verbesserung der Kontrollen geführt. Dass er den Tatbestand mehrfach verwirklicht hat, führt nicht zu einem gesteigerten Vorwurf. Erkennbar ging es dem Angeklagten nicht um menschliches Versagen im Einzelfall, sondern um die - aus seiner Sicht - "Lücke im System", und die konnte er nur durch Wiederholung aufdecken.

*c. Zum Fehlen eines Straferfordernisses zum Zwecke der Verteidigung der Rechtsordnung*

Eine Verurteilung zu Strafe ist auch nicht zur Verteidi-

gung der Rechtsordnung geboten. Zwar liegt wegen des jedermann bekannten Risikos für Leib und Leben vieler Personen auf der Hand, dass die Sicherheit des Lufttransports ein Rechtsgut ist, das unter allen Umständen und mit Nachdruck geschützt werden muss. Ob allein die Bedeutung des betroffenen Rechtsguts eine Verurteilung zu Strafe gebietet, hängt aber - wie auch sonst, wenn es um die Verteidigung der Rechtsordnung geht - von dem Eindruck ab, den eine bloße Verwarnung bei den Bürgern hinterlässt, die von allen maßgebenden Umständen des Falles zutreffend unterrichtet sind (vgl. BGHSt 46, 107 [1201 = NJW 2000, 3010 [3013] = BGHR StGB § 59 Verteidigung der Rechtsordnung 1; BGH, BGHR StGB § 56 Abs. 3 Verteidigung 14; NSTZ 2002, 312 [313]). Wer die Einzelheiten des Falls kennt und sich die unter II 3 b hervorgehobenen Besonderheiten vor Augen hält, kann nach Ansicht des Senats selbst dann nicht den Eindruck gewinnen, dass die bloße Verwarnung der Sicherheit des Lufttransports zu geringe Bedeutung beimesse, wenn der von der StA besonders hervorgehobene Aspekt der Informationsgewinnung durch Straftaten berücksichtigt wird.

### Standort: § 185 StGB

### Problem: Bezeichnung eines Polizisten als "Bulle"

LG REGENSBURG, URTEIL VOM 06.10.2005  
3 Ns 134 Js 97458104 (NJW 2006, 629)

#### **Problemdarstellung:**

Die Angeklagte wurde morgens von zwei Polizisten aus dem Bett geklingelt. Als ihre Tochter aus dem hinteren Teil des Hauses fragte, wer an der Tür sei, antwortete die Angeklagte "Des san d' Bullen." Das Amtsgericht hatte die Angeklagte aufgrund dieser Äußerung wegen Beleidigung (§ 185 StGB) verurteilt. Das LG Regensburg hob diese Verurteilung wieder auf, da die Bezeichnung eines Polizisten als "Bulle" keinen ehrverletzenden Charakter habe und auch der erforderliche Vorsatz der Angeklagten nicht nachzuweisen sei.

#### **Prüfungsrelevanz:**

Die Straftaten gegen die Ehre (§§ 185 ff. StGB) gehören in beiden Staatsexamen zum Prüfungsstoff. Insofern werden zumindest Grundkenntnisse vom Prüfling erwartet. Die Frage, wann und unter welchen Umständen eine "falsche" Bezeichnung eines Hoheits- oder Amtsträgers eine Beleidigung darstellt, ist hier ein klassisches Problem.

§ 185 StGB setzt einen Angriff auf die Ehre eines anderen durch vorsätzliche Kundgabe der Miss- oder Nichtachtung voraus (BGHSt 16, 63; Tröndle/Fischer, § 185 Rn. 4 mwN). Gerade gegenüber Hoheitsträgern,

deren Maßnahmen ja häufig von den Betroffenen mit einer gewissen Emotionalität aufgenommen werden, ist ein Abweichen von der Benutzung der offiziellen Bezeichnung Gang und Gebe. So stellt es zum Beispiel eine Beleidigung dar, wenn man einen Polizeibeamten als "bedenkenlosen Berufslügner" bezeichnet (OLG Hamburg, JR 1997, 521) oder das Vorgehen der Polizei mit "Gestapo-Methoden" vergleicht (LG Hechingen, NJW 1984, 1766). Während die Bezeichnung eines Polizisten als "Scheißbulle" oder "Bullenschwein" durchaus eine Beleidigung darstellt (vgl. OLG Oldenburg, JR 1990, 128; BayObLG, NJW 1990, 1742), betont das LG Regensburg in der vorliegenden Entscheidung, dass dies für die bloße Betitelung eines Polizisten als "Bulle" nicht gilt (anders noch BayObLG, JR 1989, 72). Das LG hebt hierbei hervor, dass gerade normative Tatbestandsmerkmale wie "Beleidigung" in § 185 StGB einen Wandel unterliegen, wenn sich auch die gesellschaftlichen oder moralischen Anschauungen ändern. Mittlerweile sei der Begriff "Bulle" eine übliche Bezeichnung für Polizisten, dem ohne das Vorliegen besonderer Umstände eine Abwertung der so bezeichneten Person und damit ein Angriff auf deren Ehre nicht entnommen werden könne. Dies mag tatsächlich sein. Ob sich dies jedoch insbesondere - wie das Landgericht meint - aus dem positiven Image des "Bullen von Tölz" ergibt, darf zumindest bezweifelt werden.

**Vertiefungshinweise:**

□ Beleidigung durch abwertende Bezeichnung von Hoheitsträgern: *BayObLG*, NJW 2005, 1291; NStZ 2005, 215; *KG*, NStZ 2005, 693; *Otto*, NJW 2006, 575

**Leitsatz (der Redaktion):**

**Die Äußerung "Bulle", gerichtet an Polizeibeamte, stellt grundsätzlich keine Ehrverletzung i.S.v. § 185 StGB, sondern lediglich ein umgangssprachliches Synonym für "Polizeibeamter" dar, ohne dass damit eine Herabsetzung des Polizeibeamten verbunden ist.**

**Sachverhalt:**

Am 03.11.2004 gegen 10.20 Uhr erschienen vor dem Anwesen der Angeklagten zwei uniformierte Polizeibeamte in Begleitung von zwei Amtstierärzten. Die Angeklagte, die bis dahin geschlafen hatte, öffnete, nachdem die Beamten geläutet hatten; der noch völlig schlaftrunkenen Angeklagten erklärten die beiden Polizeibeamten, der Hund der Angeklagten, an dem diese sehr hing, habe betäubt werden müssen, weil er Wild gerissen habe. Sodann erschien auch die Tochter der Angeklagten - völlig schlaftrunken - und fragte ihre Mutter: "San däs d' Bullen?". Die Angeklagte antwortete an ihre Tochter gerichtet: "Ja, des san d' Bullen". Die Angeklagte bedient sich üblicherweise mundartlicher Umgangssprache. Die betroffenen Polizeibeamten und das Polizeipräsidium Niederbayern/Oberpfalz haben form- und fristgerecht Strafantrag gestellt.

**Aus den Gründen:**

Das Amtsgericht hat gegen die Angeklagte wegen Beleidigung in zwei tateinheitlichen Fällen eine Freiheitsstrafe von drei Monaten verhängt. Die Berufung der Angeklagten führte zum Freispruch.

**1. Bezeichnung eines Polizeibeamten als "Bulle" keine Ehrverletzung**

Die Äußerung "Bulle", gerichtet an Polizeibeamte, stellt vorliegend keine Ehrverletzung i. S. von § 185 StGB dar. Dieser Begriff ist insbesondere in der umgangssprachlich geprägten Mundart - allgemein bekannt - nicht als Gleichsetzung eines Polizeibeamten mit einem Tier, das reizbar und angriffslustig zu blinder und unüberlegter Gewalt neigt, gleichzusetzen. Es stellt lediglich ein umgangssprachliches Synonym für "Polizeibeamter" dar, ohne dass damit eine Herabsetzung des Polizeibeamten verbunden ist.

Dieser Bedeutungswandel wird durch die allgemeine gesellschaftliche Akzeptanz des Ausdrucks "Bulle" gerade in verbreiteten und beliebten Fernsehsendungen wie "Der Bulle von Tölz" deutlich. In diesem Sinne sah das KG im Urteil vom 18. 8. 1983 (JR 1984,

165) das Wort "Bulle" nicht mehr regelmäßig als ehrverletzend an (vgl. auch die zust. Anm. von Otto, JR 1984, 166; s. aber auch das Urteil des LG Essen v. 17. 4. 1980 [!], NJW 1980, 1639). Die Entscheidung des BayObLG vom 22. 12. 1989 (BayObLG, NJW 1990, 1742) befasst sich unter anderem mit der Kombination des Ausdrucks "Bulle" mit "Schwein" und ist deshalb auf den vorliegenden Fall nicht übertragbar. In dieser Kombination ist der ehrverletzende Charakter der Äußerung unzweifelhaft. Auch das Urteil des BayObLG vom 18. 2: 1988 (NStZ 1988, 365 = JR 1989, 72) betrifft einen anders gelagerten Sachverhalt. Dort ging es um die Frage, ob die Verwendung des Ausdrucks "Bullen-Auftrieb" ehrverletzenden Charakter hat. Dies ist - anders als im vorliegenden Fall - wegen der Kombination der Ausdrücke und der dadurch assoziierten Nähe zum Tier in Übereinstimmung mit dem BayObLG zu bejahen.

Letztlich entscheidend waren folgende Überlegungen: Wertausfüllungsbedürftige Tatbestandsmerkmale wie "Beleidigung" unterliegen im besonderen Maße dem Wandel gesellschaftlicher Bewertung. Schutzgut des § 185 StGB ist nicht ein irgendwie definierter Ehrbegriff, sondern - auf den Fall bezogen - der konkrete Achtungsanspruch des Polizeibeamten in der konkreten Situation. Dieser Achtungsanspruch aber wird durch die Wirklichkeit des sozialen Lebens begründet und - insbesondere - begrenzt. In Bezug auf den von § 185 StGB bezweckten Ehrschutz ist nicht jede anstößige oder geschmacklose Äußerung sanktionsbedürftig; strafrechtlicher Sanktion bedarf eine Äußerung nur dann, wenn sie elementare Verhaltenserwartungen, so wie sie zum Zeitpunkt der Tat bestanden, enttäuscht (Jakobs, StrafR AT 2/2).

**2. Zum Fehlen eines Vorsatzes der Angeklagten**

Hinzu kommt die konkrete Situation - hierauf stellt die Entscheidung des KG (JR 1984, 165) entscheidend ab -, in der die Äußerung gefallen ist. Die Angeklagte wandte sich nicht unmittelbar an die Polizeibeamten, sondern beantwortete die - rhetorische - Frage der Tochter, ob es sich bei den anwesenden Beamten um "Bullen" handele.

Gerade letzter Gesichtspunkt lässt auch die Einlassung der Angeklagten glaubhaft erscheinen, sie habe durch ihre Äußerung nicht einmal mit bedingtem Vorsatz die Ehre der Polizeibeamten verletzt. Die Angeklagte war, da schlaftrunken, nicht voll orientiert und nahm ohne jede Überlegung den von ihrer Tochter verwendeten Begriff "Bulle" auf. Dass hierdurch die vor ihr stehenden Polizeibeamten in ihrer Ehre verletzt würden, nahm die Angeklagte nicht einmal in Kauf; hiermit rechnete sie nicht.

**Standort: § 266 StGB****Problem: Pflichtverletzung ("Mannesmann"-Urteil)**

BGH, URTEIL VOM 21.12.2005  
3 STR 470/04 (NJW 2006, 522)

**Problemdarstellung:**

Die Angeklagten, aus denen das Präsidium der Mannesmann AG bestand, waren entscheidend an der Übernahme des Unternehmens durch die Firma Vodafone beteiligt. Nach Abschluss der Übernahme gewährten sie leistungs- und erfolgsunabhängige freiwillige sog. "Anerkennungsprämien" in sieben- und achtstelliger Höhe an verschiedene Vorstandsmitglieder, die teilweise mit den Angeklagten identisch waren. Das Landgericht hatte die Angeklagten vom Vorwurf der Untreue (§ 266 I StGB) freigesprochen, da ihr Verhalten nicht pflichtwidrig i.S.v. § 266 I StGB sei und sie deshalb bereits den objektiven Tatbestand nicht verwirklicht hätten. Der BGH hob dieses Urteil auf.

**Prüfungsrelevanz:**

Das vorliegende Urteil dürfte wohl eher aufgrund seiner gesellschaftlichen Brisanz als wegen der enthaltenen materiellrechtlichen Probleme Examensrelevanz aufweisen. Denn auch wenn der vom BGH diskutierte Tatbestand der Untreue sicherlich in Examensaufgaben häufiger anzutreffen ist, so sind die zu prüfenden Handlungen der Angeklagten und deren Pflichtwidrigkeit doch sehr stark am Kapitalgesellschaftsrecht (insb. dem AktG) zu messen, das - jedenfalls in diesem Detailgrad - nicht zum Prüfungsstoff gehört.

In der vorliegenden Entscheidung betont der BGH, dass die Gewährung kompensationsloser Anerkennungsprämien an Vorstands- oder Präsidiumsmitglieder grundsätzlich eine Pflichtverletzung i.S.v. § 266 I StGB darstellen, sofern diese Prämien keine Grundlage im entsprechenden Dienstvertrag haben. Die entgegenstehende Auffassung in der (gesellschaftsrechtlichen) Literatur (vgl. Fonk, NZG 2005, 248; Liebers/Hoefs, ZIP 2004, 97; Kort, NJW 2005, 333) widerlegt der BGH überzeugend und fast schon schulmäßig.

Das Landgericht hatte die Verwirklichung des objektiven Tatbestandes des § 266 I StGB durch die Angeklagten unter Berufung auf zwei Entscheidungen des BGH (BGHSt 47, 148 und BGHSt 47, 187) des Weiteren mit der Begründung abgelehnt, dass eine Pflichtverletzung durch eine unternehmerische Entscheidung stets nur bei einem "gravierenden" Pflichtverstoß angenommen werden könne. In der vorliegenden Entscheidung betont der BGH, dass die zitierten Urteile vom Landgericht (und weiten Teilen der Literatur) missverstanden worden seien und keineswegs grundsätzlich einen "gravierenden" Pflichtverstoß als allgemeine Voraussetzung für eine strafbare Untreue im

unternehmerischen Bereich voraussetzten. Insofern sollte dort nur auf die Besonderheiten der jeweiligen Sachverhalte eingegangen werden, die allerdings im vorliegend zu beurteilenden Fall nicht gegeben seien.

Interessant - gerade im Hinblick auf das bei der Abfassung der Urteilsgründe zu beachtende Bestimmtheitsgebot (vgl. § 267 I 1, III 1 StPO) - ist die Ausführung des BGH, es könne dahinstehen, ob die Angeklagten den Missbrauchstatbestand (§ 266 I 1. Fall StGB) oder den Treuebruchstatbestand (§ 266 I 2. Fall StGB) der Untreue verwirklicht hätten. Dies mag nach der herrschenden Meinung im Ergebnis richtig sein, da diese auch für den Missbrauchstatbestand eine Vermögensbetreuungspflicht verlangt und deshalb in § 266 I 1. Fall StGB nur einen Spezialfall des § 266 I 2. Fall StGB sieht (BGHSt 33, 244 [250]; BGH, wistra 2000, 384; Tröndle/Fischer, § 266 Rn. 6 mwN). Die Gegenauffassung verlangt jedoch für einen Missbrauch i.S.v. § 266 I 1. Fall StGB nicht das Bestehen einer Vermögensbetreuungspflicht und sieht deshalb in den beiden Varianten der Untreue selbstständige Tatbestände (Labsch, Jura 1987, 345; Otto, JZ 1988, 884; Ranft, JuS 1988, 673). Nach dieser Auffassung wäre eine Entscheidung darüber, welcher der beiden Tatbestände des § 266 I StGB gegeben ist, durchaus sinnvoll.

**Vertiefungshinweise:**

Zum Vorliegen einer Pflichtverletzung i.S.v. § 266 I StGB, insb. bei unternehmerischen Entscheidungen: BGHSt 47, 148; 47, 187; Braum, KritV 2004, 67; Dierlamm, StraFo 2005, 397; Ransiek, NJW 2006, 814 (zu dieser Entscheidung); Wollberg, ZIP 2004, 646

**Kursprogramm:**

Examenskurs: "Die Perlenkette"

**Leitsätze:**

**1. Bewilligt der Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft für eine erbrachte dienstvertraglich geschuldete Leistung einem Vorstandsmitglied nachträglich eine zuvor im Dienstvertrag nicht vereinbarte Sonderzahlung, die ausschließlich belohnenden Charakter hat und dem Unternehmen keinen zukunftsbezogenen Nutzen bringt (kompensationslose Anerkennungsprämie), liegt hierin eine treupflichtwidrige Schädigung des anvertrauten Gesellschaftsvermögens.**

**2. Die zur Erfüllung des Tatbestandes der Untreue erforderliche Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht muss auch bei unternehmerischen Entscheidungen eines Gesellschaftsorgans nicht zusätzlich "gravierend" sein.**

**Sachverhalt:***Fall I*

Ab November 1999 versuchten der Angeklagte Dr. Esser und seine Mitarbeiter eine Übernahme der Mannesmann AG durch Vodafone abzuwehren und deren wirtschaftliche Selbstständigkeit zu erhalten. Nach einem harten Übernahmekampf kam es Anfang Februar 2000 zu einer Einigung der Vertreter bei der Unternehmen über die Bedingungen einer einvernehmlichen Übernahme, nachdem ein verbessertes Umtauschverhältnis für die Aktien der Mannesmann AG erzielt worden war. Bis zum 4. Februar 2000 wurden von den Aktionären 21 %, bis zum 28. Februar 2000 90,2 % und bis zum 29. März 2000 98,66 % des Grundkapitals der Mannesmann AG in Aktien von Vodafone umgetauscht. Die Aktionäre, die keinen freiwilligen Aktienumtausch vorgenommen hatten, wurden im Jahre 2002 abgefunden. Danach war Vodafone Alleininhaberin aller Aktien der Mannesmann AG, die anschließend in die Vodafone Holding GmbH umgewandelt wurde.

Kurz nach der Entscheidung über die einvernehmliche Übernahme befasste sich das bis Mitte April 2000 aus den Angeklagten Prof. Dr. Funk, Dr. Ackermann, Zwickel und L bestehende Präsidium der Mannesmann AG, das bei einer Beteiligung von mindestens drei Mitgliedern beschlussfähig war und mit der einfachen Mehrheit der abgegebenen Stimmen entschied, mit der Zuerkennung freiwilliger Anerkennungsprämien ("appreciation awards") an den Vorstandsvorsitzenden Dr. Esser, vier weitere Vorstandsmitglieder und den früheren Vorstandsvorsitzenden Prof. Dr. Funk. Dem lag ein Vorschlag der Hutchison Whampoa Ltd zugrunde, die als Großaktionärin 10 % des Grundkapitals der Mannesmann AG hielt. Die Geschäftsleitung von Vodafone hatte ihr Einverständnis erklärt.

Die Anerkennungsprämie für den Angeklagten Dr. Esser in Höhe von ca. 16 Mio. € (10 Mio. GBP), die er zusätzlich zu vertraglich vereinbarten Abfindungen von knapp 15 Mio. € wegen seines Ausscheidens als Vorstandsvorsitzender der Mannesmann AG und neben weiteren 2 Mio. € zur Abgeltung verschiedener Sachansprüche erhielt, wurde am 4. Februar 2000 von den bei der Präsidiumssitzung anwesenden Angeklagten Prof. Dr. Funk und Dr. Ackermann vereinbart. Sie wollten damit insbesondere die Verdienste des Angeklagten Dr. Esser für die Mannesmann AG als Finanzvorstand im Zeitraum 1994 bis Ende Mai 1999 und als Vorstandsvorsitzender seit Ende Mai 1999 im Hinblick auf die gute Ertragslage des Unternehmens, die Steigerung des Aktien- und Unternehmenswertes sowie die Leistungen im Übernahmekampf würdigen und angemessen entlohnen. Der Angeklagte Zwickel nahm telefonisch an der Abstimmung teil. Er war mit der Bewilligung der Prämie einverstanden, enthielt sich aber der Stimme, weil er die Prämienzahlungen

nicht als Angelegenheit der von ihm im Aufsichtsrat vertretenen Arbeitnehmer betrachtete. In der Folgezeit wurde der Beschluss vom 4. Februar 2000 durch weitere Beschlüsse sprachlich geändert und präzisiert, ohne dass damit eine inhaltliche Veränderung verbunden war.

In der Präsidiumssitzung vom 17. Februar 2000 beschlossen die Angeklagten Prof. Dr. Funk, Dr. Ackermann und Zwickel, der sich wiederum der Stimme enthielt, die Gewährung von freiwilligen Anerkennungsprämien für vier weitere Vorstandsmitglieder. Die Begünstigten, von denen zwei erst seit wenigen Tagen dem Vorstand angehörten, sollten wegen ihrer Beiträge zum Erfolg des Telekommunikationsbereiches der Mannesmann AG und zur Steigerung des Unternehmenswertes - zusätzlich zu den in den Dienstverträgen vereinbarten Bezügen - mit Zahlungen in Höhe von ca. 1,89 Mio. €, 1,38 Mio. €, 1,02 Mio. € und 770.000 € bedacht werden. Die Dauer ihrer zukünftigen Tätigkeit für die Mannesmann AG war dabei ohne Bedeutung. Drei der vier begünstigten Vorstandsmitglieder verließen am 31. Juli 2000 das Unternehmen.

Die an den Beschlüssen beteiligten Präsidiumsmitglieder, also die Angeklagten Prof. Dr. Funk, Dr. Ackermann und Zwickel - der Angeklagte L wirkte nicht mit -, gingen bei ihren Entscheidungen davon aus, sich im Rahmen eines ihnen insoweit eingeräumten unternehmerischen Ermessensspielraums zu bewegen und hielten daher ihr Handeln für erlaubt. Der Angeklagte Zwickel wusste, dass die Beschlüsse nur mit seiner Teilnahme an den Abstimmungen zustande kommen würden, und wollte dies durch seine Stimmenthaltungen erreichen. Die Prämien, die der Mannesmann AG keinen Vorteil brachten, wurden in der Folgezeit an die Begünstigten ausbezahlt.

*Fall II*

Der Angeklagte Prof. Dr. Funk war von 1994 bis Mai 1999 Vorstandsvorsitzender der Mannesmann AG. Deren Unternehmenswert steigerte sich in diesem Zeitraum deutlich. Inspiriert durch die für die aktiven Vorstandsmitglieder vorgeschlagenen Prämien äußerte er spontan den Wunsch, selbst eine Sonderzahlung von der Mannesmann AG zu erhalten. Nachdem sich der Vertreter der Großaktionärin Hutchison Whampoa Ltd damit einverstanden erklärt hatte, vereinbarten am 4. Februar 2000 die Angeklagten Prof. Dr. Funk und Dr. Ackermann, aus dem für die leistungsstärksten Mitglieder des Telekommunikationsteams vorgesehenen Prämienfonds von ca. 16 Mio. €, Prof. Dr. Funk eine Anerkennungsprämie in Höhe von ca. 4,8 Mio. € zu gewähren. Der Angeklagte Zwickel nahm telefonisch an der Beschlussfassung teil, enthielt sich aber der Stimme, wodurch er auch diesen Beschluss zustande bringen wollte. Allen drei Präsidiumsmitgliedern war bewusst, dass der Angeklagte Prof. Dr. Funk an einer

Beratung und Abstimmung teilnahm, die ihn selbst begünstigte. Da in der Folgezeit vor allem wegen der Selbstbegünstigung Bedenken gegen die formelle Wirksamkeit des Beschlusses entstanden waren, wurde die Prämie nicht ausbezahlt.

Nach dem Ausscheiden des Angeklagten Prof. Dr. Funk aus dem Aufsichtsrat beschloss das Präsidium der Mannesmann AG am 17. April 2000 durch den neuen Aufsichtsratsvorsitzenden Sir Gent - Chief Executive Officer von Vodafone - sowie die Angeklagten Dr. Ackermann und Zwickel, der sich wiederum der Stimme enthielt, dem Angeklagten Prof. Dr. Funk eine freiwillige Sonderzahlung in Höhe von ca. 3 Mio. € zuzuwenden. Nach dem Inhalt des Beschlussprotokolls geschah dies, um seine maßgeblichen Beiträge zum wirtschaftlichen Erfolg der Mannesmann AG und zur Steigerung des Unternehmenswertes zu honorieren. Das tatsächliche Motiv der Angeklagten Dr. Ackermann und Zwickel für die Prämienbewilligung war jedoch allein der Wunsch des Begünstigten, selbst auch eine Anerkennungsprämie zu erhalten. Sie gingen auch insoweit davon aus, die Beschlussfassung wahre die Grenzen unternehmerischen Ermessens und hielten ihr Handeln für erlaubt. Ende April 2000 wurde die Prämie an Prof. Dr. Funk überwiesen.

### *Fall III*

Die Mannesmann AG gewährte den ehemaligen Vorstandsmitgliedern und deren Hinterbliebenen Pensionen, deren Höhe sie durch einen Vergleich der Festmit der Alternativpension ermittelte. Der Festpension lag - abhängig vom Zeitpunkt des Eintritts des Versorgungsfalls - ein prozentualer Anteil des vor dem Ausscheiden zuletzt bezogenen Bruttojahresgehalts zugrunde, während sich die Alternativpension aus einem Prozentsatz der durchschnittlichen jährlichen Gesamtbezüge der aktiven Vorstandsmitglieder der jeweiligen Hierarchiestufe errechnete. Gezahlt wurde der höhere Betrag.

Mit Beschluss des Präsidiums vom 20. November 1998 wurde die Regelung über die Alternativpensionen, die zu unvorgesehen hohen Ansprüchen geführt hatte, für die aktiven Vorstandsmitglieder unter gleichzeitiger Erhöhung der Festpensionen abgeschafft. Für den damaligen Vorstandsvorsitzenden Prof. Dr. Funk und die bereits pensionierten Vorstandsmitglieder galt weiterhin das alte Pensionsmodell. Der Angeklagte Prof. Dr. Funk, der nach der Übernahme der Mannesmann AG durch Vodafone in Zukunft fallende Vorstandsbezüge und damit ein Absinken oder einen Wegfall der Alternativpensionen befürchtete, bereitete in Zusammenarbeit mit dem Angeklagten Dr. D. eine pauschale Abfindung der zukünftigen Ansprüche auf die Differenz zwischen Alternativ- und Festpension vor.

In der Präsidiumssitzung vom 27. März 2000 sprach der Angeklagte Prof. Dr. Funk die Abfindung der Al-

ternativpensionsansprüche an, legte einen vorbereiteten Beschlussentwurf vor und versicherte, dass die Abfindungsbeträge rechtlich und versicherungsmathematisch geprüft worden seien. Anschließend beschloss die Angeklagten Dr. Ackermann, Zwickel und L, die sich auf das Beschlussthema nicht vorbereitet hatten, einstimmig, 18 Pensionären Abfindungsangebote in der Gesamthöhe von über 31 Mio. € zu unterbreiten, von denen über 2,7 Mio. € auf den Angeklagten Prof. Dr. Funk entfielen. Dabei gingen sie von einer Reduzierung der durchschnittlichen Vorstandsvergütungen und damit verbunden von einem Absinken oder dem Wegfall der Alternativpensionen in der Zukunft aus. Sie erkannten, dass bei Beibehaltung der bisherigen Pensionsregelung die Alternativpensionsansprüche langfristig ihren wirtschaftlichen Wert verlieren würden.

Durch weitere Beschlüsse erhöhte das Präsidium in der Folgezeit die Abfindungsbeträge für zwei Pensionäre wegen unberücksichtigt gebliebener persönlicher Umstände um ca. 394.000 € und ca. 380.000 €, in einem Fall beschloss es die Auszahlung der Abfindung als jährliche Rente auf die Dauer von 15 Jahren, was Mehrkosten von ca. 450.000 € zur Folge hatte.

Die Präsidiumsmitglieder waren bei ihren Entscheidungen der Meinung, zur Abfindung der Alternativpensionen berechtigt zu sein, insbesondere dadurch drohende gerichtliche Auseinandersetzungen mit den Pensionären vermeiden zu können. Nachdem die Pensionäre und Hinterbliebenen ihr Einverständnis mit den beschlossenen Abfindungen erklärt hatten, wurden die Beträge ausbezahlt.

### **Aus den Gründen:**

#### *A. Vorwurf der Staatsanwaltschaft; Entscheidung des Landgerichts*

Die Staatsanwaltschaft hat den Angeklagten Prof. Dr. Funk, Dr. Ackermann, Zwickel und L mit der Anklage vorgeworfen, als Mitglieder des Aufsichtsratsausschusses für Vorstandsangelegenheiten (Präsidium) der früheren Mannesmann AG im engen zeitlichen Zusammenhang mit deren Übernahme durch das britische Telekommunikationsunternehmen Vodafone Airtouch plc (im folgenden: Vodafone) durch Zuerkennung freiwilliger Sonderzahlungen und Abgeltung von Pensionsansprüchen Untreue zum Nachteil der Mannesmann AG begangen zu haben. Die Angeklagten Dr. Esser - damals Vorstandsvorsitzender - und Dr. D - damals Leiter der für die Betreuung der aktiven Vorstandsmitglieder zuständigen Abteilung - sollen mehrere der Taten durch die Vorbereitung von Beschlüssen und deren Umsetzung unterstützt haben. Den an den Entscheidungen beteiligten Präsidiumsmitgliedern soll bewusst gewesen sein, dass die Sonderzahlungen, die als Anerkennungsprämien für in der Vergangenheit erbrachte besondere

Leistungen bezeichnet wurden, tatsächlich bezweckt hätten, die freundliche Übernahme durch Vodafone zu fördern und die Empfänger unrechtmäßig zu bereichern.

Das Landgericht hat alle Angeklagten freigesprochen. Dagegen wendet sich die Revision der Staatsanwaltschaft mit der Rüge der Verletzung formellen und materiellen Rechts. Das Rechtsmittel führt [...] zur Aufhebung der Freisprüche.

*B. Anerkennungsprämien für den Vorstandsvorsitzenden Dr. Esser und vier weitere Vorstandsmitglieder (Fall I)*

#### *I. Begründung des Landgerichts*

Auf der Grundlage dieser Feststellungen ist das Landgericht der Auffassung, die Angeklagten Prof. Dr. Funk, Dr. Ackermann und Zwickel hätten den Tatbestand der Untreue nicht erfüllt. Zwar hätten sie aktienrechtlich pflichtwidrig gehandelt und die ihnen gegenüber der Mannesmann AG obliegende Vermögensbetreuungspflicht verletzt, weil in der konkreten Situation der bereits vereinbarten Übernahme die Anerkennungsprämien nicht im Interesse der Mannesmann AG gelegen hätten und für ihre Bewilligung deshalb kein Ermessensspielraum bestanden habe. Die erfolgreiche Tätigkeit der Begünstigten, ihre Leistungen während des Übernahmekampfes und die während der Integrationsphase noch zu bewältigenden Aufgaben seien durch die dienstvertraglich vereinbarten Vergütungen abgegolten gewesen. Die Prämienzahlungen hätten auch keinen Leistungsanreiz für aktive oder zukünftige Führungskräfte oder einen sonstigen Nutzen für das Unternehmen mehr entfalten können. Jedoch sei eine gravierende Pflichtverletzung, die bei risikoreichen unternehmerischen Entscheidungen Voraussetzung für die Strafbarkeit wegen Untreue sei, bei einer Gesamtschau aller maßgeblichen Umstände zu verneinen. Da bereits eine Haupttat fehle, hätten sich die Angeklagten Dr. Esser und Dr. D nicht wegen Beihilfe zur Untreue strafbar gemacht.

#### *II. Entscheidung des BGH*

Dies hält revisionsrechtlicher Überprüfung nicht stand. Das Landgericht hat den objektiven Tatbestand der Untreue rechtsfehlerhaft verneint.

##### *1. Zum Vorliegen der Voraussetzungen des objektiven Tatbestandes des § 266 I StGB*

Ausgehend von den Urteilsfeststellungen haben die Angeklagten Prof. Dr. Funk, Dr. Ackermann und Zwickel durch die Zuerkennung der für die Gesellschaft nutzlosen Anerkennungsprämien ihre Vermögensbetreuungspflicht im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB gegenüber der Mannesmann AG verletzt und dieser dadurch einen Vermögensnachteil zugefügt.

##### *a. Zum Bestehen einer Vermögensbetreuungspflicht*

Die Mitglieder des Präsidiums, das die Aktiengesellschaft gegenüber den Vorstandsmitgliedern vertritt (§ 84 Abs. 1, § 87 Abs. 1 Satz 1, § 107 Abs. 3 Satz 1 und 2, § 112 AktG i. V. m. der Satzung), haben bei Entscheidungen über die inhaltliche Ausgestaltung der Dienstverträge mit den Vorstandsmitgliedern und über deren Bezüge eine Vermögensbetreuungspflicht, die aus ihrer Stellung als Verwalter des für sie fremden Vermögens der Aktiengesellschaft folgt. Nach den Vorgaben des Aktienrechts müssen sie bei allen Vergütungsentscheidungen im Unternehmensinteresse (zu den dabei neben dem wirtschaftlichen Erfolg der Gesellschaft zu berücksichtigenden Interessen vgl. Hüffer, AktG 6. Aufl. § 76 Rdn. 12) handeln, insbesondere den Vorteil der Gesellschaft wahren und Nachteile von ihr abwenden (vgl. BGHZ 135, 244, 253; Hüffer, AktG § 84 Rdn. 9, § 93 Rdn. 4, 5, § 116 Rdn. 4). Das Gebot, alle Maßnahmen zu unterlassen, die den Eintritt eines sicheren Vermögensschadens bei der Gesellschaft zur Folge haben, gehört - ohne dass es dazu weiterer gesetzlicher oder rechtsgeschäftlicher Regelungen bedürfte - zu den Treuepflichten, die ein ordentliches und gewissenhaftes Präsidiumsmitglied (§ 93 Abs. 1 Satz 1, § 116 Satz 1 AktG) zwingend zu beachten hat. Diese aktienrechtliche Pflicht stellt sich im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB als Pflicht zur Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen dar (vgl. BGHSt 47, 187, 200 f. m. w. N.).

##### *b. Zum Vorliegen einer Pflichtverletzung*

Diese ihnen obliegende Vermögensbetreuungspflicht haben die Präsidiumsmitglieder Prof. Dr. Funk, Dr. Ackermann und Zwickel verletzt.

##### *aa. Schädigende Vergütungsentscheidung ist nicht stets Pflichtverletzung*

Allerdings beinhaltet nicht jede Vergütungsentscheidung des Präsidiums, die im Ergebnis zu einer Schädigung der Aktiengesellschaft führt, eine Pflichtverletzung. Denn auch hierbei handelt es sich um unternehmerische Führungs- und Gestaltungsaufgaben, für die in der Regel ein weiter Beurteilungs- und Ermessensspielraum eröffnet ist. Die Anerkennung eines solchen weiten Handlungsspielraums findet ihre Rechtfertigung darin, dass unternehmerische Entscheidungen regelmäßig aufgrund einer zukunftsbezogenen Gesamtabwägung von Chancen und Risiken getroffen werden müssen, die wegen ihres Prognosecharakters die Gefahr erst nachträglich erkennbarer Fehlbeurteilungen enthält. Deshalb ist eine Pflichtverletzung nicht gegeben, solange die Grenzen, in denen sich ein von Verantwortungsbewusstsein getragenes, ausschließlich am Unternehmenswohl orientiertes, auf sorgfältiger Ermittlung der Entscheidungsgrundlagen beruhendes unternehmerisches Handeln bewegen muss, nicht überschritten sind (vgl. BGHZ 135, 244, 253 f.; 111, 224,

227; BGHSt 46, 30, 34 f.; 47, 148, 149 f.; 47, 187, 192).

*bb. Zur Pflichtverletzung durch Bewilligung nachträglicher Sonderzahlungen*

Soweit es um die Bewilligung nachträglicher Sonderzahlungen für dienstvertraglich geschuldete Leistungen geht, gilt:

*(1) Pflichtgemäßes Verhalten bei Gewährung von Sonderprämien auf Grundlage des Dienstvertrags*

Ist im Dienstvertrag vereinbart, dass eine an den Geschäftserfolg gebundene einmalige oder jährlich wiederkehrende Prämie als variabler Bestandteil der Vergütung (vgl. die Empfehlungen des Deutschen Corporate Governance Kodex 4.2.3.) bezahlt wird, darf sie nach Ablauf des Geschäftsjahres nachträglich zuerkannt werden. Der weite Beurteilungs- und Ermessensspielraum der Präsidiumsmitglieder ist als Ausfluss ihrer Vermögensbetreuungspflicht nur insoweit eingeschränkt, als die Gesamtbezüge des bedachten Vorstandsmitglieds gemäß § 87 Abs. 1 Satz 1 AktG in einem angemessenen Verhältnis zu seinen Aufgaben und zur Lage der Gesellschaft stehen müssen (vgl. zu den Maßstäben des Angemessenheitsgebots Fleischer DStR 2005, 1279, 1280 ff., 1321).

*(2) Pflichtgemäßes Verhalten bei Gewährung von Sonderprämien ohne dienstvertragliche Grundlage*

Auch bei fehlender Rechtsgrundlage im Dienstvertrag ist die Bewilligung einer nachträglichen Anerkennungsprämie zulässig, wenn und soweit dem Unternehmen gleichzeitig Vorteile zufließen, die in einem angemessenen Verhältnis zu der mit der freiwilligen Zusatzvergütung verbundenen Minderung des Gesellschaftsvermögens stehen. Dies kommt insbesondere in Betracht, wenn die freiwillige Sonderzahlung entweder dem begünstigten Vorstandsmitglied selbst oder zumindest anderen aktiven oder potentiellen Führungskräften signalisiert, dass sich außergewöhnliche Leistungen lohnen, von ihr also eine für das Unternehmen vorteilhafte Anreizwirkung ausgeht. Unter dem Gesichtspunkt einer Anreizwirkung für Dritte erscheint die Zuwendung einer freiwilligen Anerkennungsprämie auch an ein Vorstandsmitglied denkbar, das demnächst aus der Gesellschaft ausscheidet (vgl. Hefermehl/Spindler in MünchKomm-AktG 2. Aufl. § 87 Rdn. 15; Rönnau/Hohn NSStZ 2004, 113, 119 f.; Fleischer aaO 1320 f.). In all diesen Fällen wird aber dem Angemessenheitsgebot des § 87 Abs. 1 Satz 1 AktG besondere Bedeutung zukommen. Welche Grenzen sich daraus für die Höhe einer Prämie ergeben, entzieht sich generalisierender Betrachtung und bedarf hier angesichts der Besonderheiten des zu entscheidenden Falles keiner näheren Erörterung.

*(3) Pflichtverletzung durch Gewährung kompensationsloser Anerkennungsprämien*

*tionsloser Anerkennungsprämien*

Eine im Dienstvertrag nicht vereinbarte Sonderzahlung für eine geschuldete Leistung, die ausschließlich belohnenden Charakter hat und der Gesellschaft keinen zukunftsbezogenen Nutzen bringen kann (kompensationslose Anerkennungsprämie), ist demgegenüber als treupflichtwidrige Verschwendung des anvertrauten Gesellschaftsvermögens zu bewerten (vgl. Roth, Unternehmerisches Ermessen und Haftung des Vorstands 2001, 108 f.; Rönnau/Hohn aaO 113, 120 ff.; Fastrich in FS für Heldrich 2005 S. 143, 157 ff.). Sie ist bereits dem Grunde nach unzulässig, ohne dass es auf die Frage ankommt, ob die Gesamtbezüge des begünstigten Vorstandsmitglieds unter Einschluss der Sonderzahlung nach den Grundsätzen des § 87 Abs. 1 Satz 1 AktG der Höhe nach noch als angemessen beurteilt werden könnten.

*cc. Gewährung kompensationsloser Anerkennungsprämien nicht grundsätzlich zulässig*

Die in der aktienrechtlichen Literatur demgegenüber vertretene Meinung, eine freiwillige Sonderzahlung sei zur Belohnung einer in der Vergangenheit erbrachten besonderen Leistung - unabhängig von einer Anreizwirkung oder einem sonstigen für die Gesellschaft eintretenden Vorteil - generell zulässig, wenn die Gesamtvergütung des Begünstigten den Grundsätzen über die Höhe der Bezüge der Vorstandsmitglieder nach § 87 Abs. 1 Satz 1 AktG entspreche (vgl. Hüffer Beilage 7 zu BB 2003, 18 ff.; Mertens, Rechtsgutachten zu Fragen der Vergütung des Vorstandsmitglieds einer Aktiengesellschaft, 10 ff.; Baums, Anerkennungsprämien für Vorstandsmitglieder, Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main, Institut für Bankrecht Nr. 121, 2 ff.; Fonk NZG 2005, 248 ff.; Liebers/Hoefs ZIP 2004, 97 ff.; Hoffmann-Becking ZHR 169 (2005), 155, 161 ff.; Kort NJW 2005, 333 ff.), vermag nicht zu überzeugen.

Soweit diese Auffassung damit begründet wird (vgl. Hüffer Beilage 7 zu BB 2003, 20 ff.; Mertens aaO 65 ff.; Baums aaO 9 ff.), das Unternehmensinteresse führe nur im Falle der Gefährdung von Bestand und Rentabilität des Unternehmens zu bestimmten Handlungsgeboten und -verboten, sei aber im Übrigen wegen der Besonderheiten des Aktienrechts ein unverbindlicher Leitgedanke, der lediglich die Abwägung aller relevanten Gesichtspunkte erfordere, wird dies der Treuepflicht der Präsidiumsmitglieder als Verwalter fremden Vermögens nicht gerecht (vgl. Fastrich aaO 157 ff.). Sie höhlt letztlich den Inhalt der Vermögensbetreuungspflicht für Organmitglieder einer Aktiengesellschaft in einer Weise aus, wie es bisher für keinen sonstigen Fall vermögensrechtlicher Treuebeziehungen ernsthaft erwogen worden ist. Das Unternehmensinteresse ist bei unternehmerischen Entscheidungen als verbindliche Richtlinie anerkannt (vgl. BGHZ 135, 244; BGHSt 46, 30; 47, 187). Der allgemeine Grundsatz

des Zivilrechts, dass derjenige, der fremdes Vermögen zu betreuen hat, ausschließlich und uneingeschränkt im Interesse des Vermögensinhabers handeln muss und das anvertraute Vermögen nicht nutzlos hingeben darf, gilt auch im Aktienrecht. Er lässt sich auch dem inzwischen durch das Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG) vom 22. September 2005 (BGBl. I S. 2802 Nr. 60) eingeführten § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG nF i. V. m. § 116 Satz 1 AktG entnehmen, nach dem eine Pflichtverletzung nicht vorliegt, wenn das Präsidiumsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln. Damit unterscheiden sich die Befugnisse der fremdes Vermögen verwaltenden Präsidiumsmitglieder von den Möglichkeiten des Einzelunternehmers, dem es unbenommen bleibt, einem verdienten Mitarbeiter aus seinem Betriebsvermögen auch dann eine freiwillige Sonderzahlung zuzuwenden, wenn hierdurch dem Unternehmen kein Vorteil erwächst.

Die Zulässigkeit einer kompensationslosen Anerkennungsprämie kann auch nicht damit begründet werden, ihr liege eine einvernehmliche Abänderung des Dienstvertrages zugrunde. Die Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht besteht bei diesem Ansatz nämlich gerade in der freiwilligen Änderung des Dienstvertrages (vgl. Rönnau/Hohn aaO 113, 120; Martens ZHR 169 (2005), 124, 133 ff.). Dies gilt unabhängig davon, ob die Vertragsänderung wirksam ist oder nicht. Ebenso wenig lässt sich die Zulässigkeit einer kompensationslosen Anerkennungsprämie auf § 87 Abs. 1 Satz 1 AktG (Gehalt oder ... Nebenleistungen jeder Art) stützen. Denn diese Vorschrift regelt lediglich die Höhe der Bezüge (vgl. Baums aaO 3 ff.) und sagt nichts über die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der Sonderzahlung im Hinblick auf die Vermögensbetreuungspflicht der Präsidiumsmitglieder aus.

Auch der Einwand, dass eine besonders erfolgreiche Tätigkeit nachträglich besser beurteilt werden könne als bei Abschluss des Dienstvertrages, verfängt nicht. Zum einen stehen bereits bei Abschluss des Dienstvertrages vielfältige Gestaltungsmöglichkeiten zur Verfügung, um eine leistungsgerechte Vergütung des Vorstandsmitglieds sicherzustellen. Zum anderen ist der Erfolg einer geschuldeten Tätigkeit für sich allein kein rechtfertigender Grund, das im ursprünglichen Dienstvertrag von den Parteien als angemessen bewertete Verhältnis von Leistung und Gegenleistung nachträglich einseitig zum Nachteil der Gesellschaft abzuändern (vgl. Martens aaO 124, 128 ff.), die umgekehrt das Vertragsrisiko auch dann zu tragen hat, wenn der Vorstand die in ihn gesetzten Erwartungen nicht erfüllt.

Aus dem Vergleich mit einer Ermessenstantieme kann die aktienrechtliche Zulässigkeit einer kompensations-

losen Anerkennungsprämie ebenfalls nicht gefolgert werden. Denn die Ermessenstantieme, die entsprechend einer dienstvertraglichen Regelung nach Ablauf des Geschäftsjahres bezahlt und deren Höhe nach pflichtgemäßem Ermessen vom Präsidium oder seinem Vorsitzenden festgesetzt wird, zeichnet sich gerade dadurch aus, dass sich für sie im Dienstvertrag eine Anspruchsgrundlage findet und deshalb von ihr regelmäßig eine Anreizwirkung ausgeht, besondere Leistungen zu erbringen.

Entgegen der Meinung der Verteidigung ergibt sich die "normative Legitimation" einer kompensationslosen Anerkennungsprämie auch nicht aus der neueren Gesetzgebung. Entsprechendes kann weder dem Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (KontraG) vom 27. April 1998 (BGBl. I S. 786), dem Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz (WpÜG) vom 20. Dezember 2001 (BGBl. I S. 3822) oder dem Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG) vom 22. September 2005 (BGBl. I S. 2802 Nr. 60) entnommen werden. Dasselbe gilt für die Ziffern 4.2.2. und 4.2.3. des Deutschen Corporate Governance Kodex, der lediglich Empfehlungen zur inhaltlichen Ausgestaltung von Dienstverträgen mit Vorstandsmitgliedern gibt, sich aber nicht zur Zulässigkeit einer nachträglichen kompensationslosen Anerkennungsprämie verhält.

#### *dd. Zur Pflichtverletzung der Angeklagten im vorliegenden Fall*

Aus alledem folgt hier:

Nach den Urteilsfeststellungen waren die Sonderzahlungen in der konkreten Situation der beschlossenen Übernahme, die durch den bevorstehenden Verlust der wirtschaftlichen Selbstständigkeit, das sich abzeichnende Ausscheiden der Führungskräfte und eine neue Unternehmensstrategie entsprechend den Vorgaben von Vodafone gekennzeichnet war, für die Mannesmann AG ohne jeden Nutzen. Die Leistungen der bedachten Vorstandsmitglieder waren, auch soweit sie zu erheblichen Steigerungen des tatsächlichen Unternehmenswertes sowie des von spekulativen Gesichtspunkten mit beeinflussten Börsenwertes geführt hatten, durch die dienstvertraglich vereinbarten Vergütungen abgegolten. Nach den Dienstverträgen waren diese verpflichtet, ihre gesamte Arbeitskraft uneingeschränkt für die Mannesmann AG einzusetzen. Dies gilt auch für die Aktivitäten während des Übernahmekampfes und der bevorstehenden Integrationsphase. Eine Anreizwirkung für die Begünstigten, für andere aktive Vorstandsmitglieder oder potentielle zukünftige Führungskräfte konnte von den Sonderzahlungen nicht mehr ausgehen. Diese waren insbesondere nicht geeignet, die vier Vorstandsmitglieder als Leistungsträger zukünftig an das Unternehmen zu binden. Auch das Ansehen der Mannesmann AG in der Öffentlichkeit wurde durch die Anerkennungsprämien nicht ge-

fördert. Ein Interesse der Gesamtheit der Aktionäre, der Gesellschaftsgläubiger, der Arbeitnehmer oder der Öffentlichkeit, das bei der Frage, ob die Präsidiumsmitglieder bei der Zuerkennung der Anerkennungsprämien im Unternehmenswohl handelten, mit zu berücksichtigen wäre (vgl. Hüffer, AktG 6. Aufl. § 76 Rdn. 12), lag nicht vor. Insbesondere waren die freiwilligen Sonderzahlungen auch von keinem Nutzen für die Aktionäre, weil die Steigerung des Börsenwertes - von den Anerkennungsprämien unabhängig - bereits eingetreten und das Umtauschverhältnis für die Aktien festgelegt war.

Da somit die Anerkennungsprämien das Vermögen der Mannesmann AG ohne Kompensation minderten, durften die Präsidiumsmitglieder diese nicht bewilligen. Ein Handlungsspielraum war ihnen nicht eröffnet. Daher haben die Angeklagten Prof. Dr. Funk, Dr. Ackermann und Zwickel im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB ihre Vermögensbetreuungspflicht verletzt und dadurch der Gesellschaft in Höhe der gezahlten Prämien einen Nachteil zugefügt. Dabei kann offen bleiben, welche der beiden Tatbestandsvarianten des § 266 Abs. 1 StGB – Missbrauchs- oder Treubruchstatbestand - verwirklicht worden ist, was davon abhängt, ob die Zuwendungen zivilrechtlich wirksam sind oder nicht (vgl. Lenckner/Perron in Schönke/Schröder, 25. Aufl. § 266 Rdn. 17 m. w. N.). Denn die verletzte Pflicht zur Betreuung fremden Vermögens ist für beide Tatbestandsalternativen identisch; der Missbrauchstatbestand ist lediglich ein Spezialfall des umfassenderen Treubruchstatbestandes (vgl. BGHSt 24, 386, 387 f.; 47, 187, 192; BGH NJW 1984, 2539, 2540).

Soweit die Verteidigung versucht, die den Senat bindenden Feststellungen des Landgerichts durch Angriffe gegen die Beweiswürdigung in Zweifel zu ziehen, erschöpfen sich ihre Ausführungen weitgehend in einer eigenen Beweiswürdigung. Damit kann sie im Revisionsverfahren nicht gehört werden. Selbst wenn sie insoweit Rechtsfehler aufzeigen würde, könnte dies nicht dazu führen, dass der Senat eigene Feststellungen trifft, die die Freisprüche rechtfertigen könnten. Auch die vom Landgericht aus diesen Feststellungen gezogenen aktienrechtlichen Wertungen sind - entgegen der Auffassung der Verteidigung - nicht zu beanstanden.

### *c. Einverständnis der Vodafone mit Prämiengewährung schließt Pflichtverletzung nicht aus*

Das von der Geschäftsleitung der Übernehmerin Vodafone erklärte Einverständnis mit den Prämien steht der Annahme einer Pflichtverletzung nicht entgegen.

Da der Untreuetatbestand den Zweck hat, das dem Treupflichtigen anvertraute fremde Vermögen zu schützen (vgl. BGHSt 43, 293, 297), ist die Vermögensbetreuungspflicht des § 266 Abs. 1 StGB in der Regel nicht verletzt, wenn der Vermögensinhaber sein Einverständnis mit der Vermögensschädigung erklärt

hat (vgl. BGHSt 3, 23, 25; siehe auch BGHSt 9, 203, 216, wonach die Rechtswidrigkeit entfällt; offen gelassen in BGHSt 30, 247, 249). Bei einer Aktiengesellschaft ist Voraussetzung für ein strafrechtlich bedeutendes Einverständnis mit einer kompensationslosen Anerkennungsprämie, dass es entweder von dem Alleinaktionär oder von der Gesamtheit der Aktionäre durch einen Beschluss der Hauptversammlung über die Verwendung des Bilanzgewinns (§ 58 Abs. 3 Satz 1, § 174 Abs. 1 Satz 1 AktG, vgl. Kropff in MünchKomm-AktG 2. Aufl. § 174 Rdn. 32) erteilt worden ist, nicht gegen Rechtsvorschriften verstößt oder aus sonstigen Gründen ausnahmsweise als unwirksam zu bewerten ist (vgl. BGHSt 35, 333, 335 ff.; BGHR StGB § 266 Abs. 1 Nachteil 23, 37).

Das Einverständnis von Vodafone mit den Sonderzahlungen lässt schon deshalb eine Untreue nicht entfallen, weil es an der erforderlichen Zustimmung aller Anteilseigner der Mannesmann AG oder der diese repräsentierenden Hauptversammlung fehlt. Die Mannesmann AG, der gegenüber die Präsidiumsmitglieder vermögensbetreuungspflichtig waren, war als juristische Person rechtlich selbständig und Inhaberin eines eigenen Vermögens, das allen Aktionären in ihrer Gesamtheit zustand. Ein Einverständnis aufgrund eines Beschlusses der Hauptversammlung lag nach den Feststellungen nicht vor. Die Übernehmerin Vodafone, die im Zeitpunkt der Zustimmung am 3. Februar 2000 lediglich 9,8 % des Grundkapitals hielt und im Zeitpunkt der Prämienauszahlungen Ende März 2000 mit 98,66 % des Grundkapitals nur Mehrheitsaktionärin war, wurde erst im Jahre 2002 nach Abfindung der übrigen Aktionäre alleinige Inhaberin der Mannesmann AG. Dies reicht für ein rechtlich wirksames Einverständnis in die Vermögensschädigung nicht aus, weil ein solches vor der Tat erteilt worden sein muss (vgl. Lenckner in Schönke/Schröder aaO vor § 32 Rdn. 44; Tröndle/Fischer, StGB 53. Aufl. vor § 32 Rdn. 3 b). Das Einverständnis eines zukünftigen Alleinaktionärs ist somit für den Schuldspruch ohne Bedeutung, kann aber - je nach den Umständen - als den Unrechtsgehalt erheblich mindernder Faktor die Strafzumessung beeinflussen.

### *2. "Gravierende" Pflichtverletzung keine Voraussetzung für § 266 I StGB bei unternehmerischen Entscheidungen*

Soweit die Strafkammer meint, bei risikoreichen unternehmerischen Entscheidungen setze die Annahme einer tatbestandsmäßigen Untreue zusätzlich eine "gravierende" Pflichtverletzung voraus, die hier nach einer Gesamtschau vor allem im Hinblick auf die gute Ertrags- und Vermögenslage der Mannesmann AG, die Wahrung innerbetrieblicher Transparenz, die ausreichende Kenntnis der Präsidiumsmitglieder von den maßgeblichen Entscheidungsgrundlagen sowie auf das Fehlen sachwidriger Motive zu verneinen sei, kann

dem nicht gefolgt werden.

Für ihre Meinung hat sich die Strafkammer auf zwei Urteile des 1. Strafsenats des Bundesgerichtshofs (BGHSt 47, 148, 149 f., 152; 47, 187, 197 f.) gestützt, aus denen auch Teile der Literatur (vgl. Dierlamm StraFo 2005, 397, 402 f.; Wollberg ZIP 2004, 646, 656 f.; Braum KritV 2004, 67, 76 f.) entsprechende Folgerungen ableiten. Eine nähere Analyse dieser Urteile erweist indes, dass auch der 1. Strafsenat bei risikobehafteten unternehmerischen Entscheidungen keineswegs eine gravierende Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht verlangt. Im Übrigen läge, selbst wenn man eine solche Auslegung für geboten halten wollte, die Voraussetzung einer risikobehafteten Entscheidung hier nicht vor.

#### *a. Zum Inhalt der Entscheidung BGHSt 47, 148*

In dem Urteil BGHSt 47, 148, das sich mit der Frage strafbarer Untreue durch die Vergabe von Krediten befasst, stellt der 1. Strafsenat fest, dass die Annahme, die Entscheidungsträger hätten bei der Gewährung eines später Not leidend gewordenen Kredits ihre Vermögensbetreuungspflicht gegenüber dem Kreditinstitut verletzt, nicht schlicht darauf gestützt werden könne, dass einzelne der banküblichen Informations- und Prüfungspflichten - wie im dort gegebenen Fall - nicht eingehalten worden seien. Für die Pflichtverletzung im Sinne des Untreuetatbestandes sei - so die Entscheidung wörtlich - "maßgebend, ob die Entscheidungsträger ... ihre Informations- und Prüfungspflichten bezüglich der wirtschaftlichen Verhältnisse des Kreditnehmers *gravierend* verletzt haben" (BGHSt 47, 148, 150). Danach bezieht sich das Merkmal "gravierend" nicht auf das Tatbestandsmerkmal der Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht. Es ist vielmehr - sowohl nach dem Wortlaut der zitierten Wendung als auch nach dem Gesamtzusammenhang der Urteilsgründe - unmissverständlich auf die Verletzung der Informations- und Prüfungspflicht bezogen. Mit der Klarstellung, dass nicht die Verletzung jeder Sorgfaltspflicht bei der Entscheidungsfindung für ein nach § 266 Abs. 1 StGB tatbestandsmäßiges Verhalten ausreicht, ist aber nichts anderes zum Ausdruck gebracht als das, was nach dem Gesetz in seiner Auslegung durch die ständige Rechtsprechung ohnehin gilt: § 266 StGB ist nur anwendbar, wenn die in Frage stehende Maßnahme - nach dem Ergebnis der durchgeführten und erforderlichen Prüfungen - die Pflicht zur Wahrnehmung der Interessen des Vermögensinhabers verletzt. In der Sache wird danach nur der in der Rechtsprechung und Literatur anerkannte weite Beurteilungs- und Ermessensspielraum, ohne den risikobehaftete unternehmerische Entscheidungen nicht möglich sind, für Fälle der Kreditvergabe weiter ausgestaltet und klargestellt, dass nicht jeder Pflichtenverstoß bereits eine Pflichtverletzung im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB begründet.

#### *b. Zum Inhalt der Entscheidung BGHSt 47, 187*

Auch in seinem Urteil BGHSt 47, 187, das sich mit Fragen der Untreue durch Unternehmensspenden befasst, hat der 1. Strafsenat nicht die Auffassung vertreten, dass im Bereich risikobehafteter unternehmerischer Entscheidungen der Untreuetatbestand lediglich auf gravierende Verletzungen der Vermögensfürsorgepflicht angewandt werden könne. Das kommt schon im Leitsatz des Urteils "... genügt für die Annahme einer Pflichtwidrigkeit im Sinne des Untreuetatbestandes des § 266 StGB nicht jede gesellschaftsrechtliche Pflichtverletzung; diese muss vielmehr gravierend sein" deutlich zum Ausdruck und steht nach dem Gesamtzusammenhang der Urteilsgründe außer Zweifel. Anliegen des Urteils ist es, speziell für den Bereich der Unternehmensspenden in ihren unterschiedlichen Erscheinungsformen unter Berücksichtigung der diese Fallgruppe prägenden Besonderheiten - insbesondere auch mit Blick darauf, dass sich deren Werbewirkung keinesfalls exakt messen lässt und der wirtschaftliche Nutzen für das spendende Unternehmen nicht genau bestimmt werden kann - die Notwendigkeit eines weiten Handlungsspielraums des Entscheidungsträgers zu betonen und Kriterien für die Beurteilung anzubieten, ob sich die Gewährung der Spende im Einzelfall im Rahmen dieses Spielraums hält.

Der Senat braucht nicht zu entscheiden, welche Aussagekraft den vom 1. Strafsenat verwendeten Kriterien im Einzelnen zukommt und ob ihre Zusammenstellung insgesamt hilfreich ist. Desgleichen bedarf es keiner Auseinandersetzung damit, ob die Problematik der Unternehmensspenden dadurch sachgerechter gelöst werden könnte, dass die Annahme einer strafbaren Untreue nach dem Grundsatz "in dubio pro reo" ausscheidet, solange nur ein die Spende kompensierender Nutzen für das Unternehmen möglich erscheint (vgl. Samson, Untreue durch Unternehmensspenden? in Non Profit Law Yearbook 2004 S. 233, 241). Jedenfalls kann die Verteidigung auch das Urteil BGHSt 47, 187 nicht für ihre Auffassung in Anspruch nehmen, dass bei unternehmerischen Entscheidungen nur "gravierende" Verletzungen der Vermögensfürsorgepflicht als tatbestandsmäßige Untreuehandlungen in Betracht kommen.

#### *c. Keine Vergleichbarkeit der Sachverhalte*

Unabhängig davon, ob die Urteile des 1. Strafsenats in dem vom Landgericht und Teilen der Literatur angenommenen Sinn verstanden werden könnten, bieten sie für eine Verneinung des objektiven Tatbestandes hier keine Grundlage. Die Entscheidung zur Unternehmensspende betrifft einen in keiner Weise vergleichbaren Sachverhalt. Gegenstand des Urteils zur Kreditvergabe ist ausschließlich eine risikobehaftete unternehmerische Prognoseentscheidung. In diesem Fall hatten die Entscheidungsträger die Aussicht auf den möglichen Nutzen und Vorteil der Maßnahme für

das Unternehmen mit dem Risiko eines Nachteils - Ausfall des Kredits - abzuwägen. Die Unwägbarkeiten dieser Entscheidung sind der Grund für die Anerkennung eines Handlungsspielraums, dessen Betonung und Ausgestaltung Anliegen des 1. Strafsenats war.

Demgegenüber standen die Angeklagten Prof. Dr. Funk, Dr. Ackermann und Zwickel nicht in der Situation einer in dem beschriebenen Sinne risikobehafteten Entscheidung, als sie die Bewilligung der Anerkennungsprämien zugunsten des Angeklagten Dr. Esser und der vier weiteren Vorstandsmitglieder beschlossen. Die Zuerkennung der Prämien hatte - wie dargelegt - für das zu betreuende Vermögen der Mannesmann AG ausschließlich nachteilige Wirkungen. Ein im Übrigen auch nicht angestrebter, irgendwie gearteter Vorteil für die Gesellschaft konnte unter den gegebenen Umständen - ersichtlich - nicht eintreten. Damit bestand für die Präsidiumsmitglieder kein Handlungsspielraum. Für solche Fallgestaltungen steht auch nach der Rechtsprechung des 1. Strafsenats außer Frage, dass die Entscheidungsträger die ihnen obliegende Vermögensbetreuungspflicht im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB verletzen, ohne dass dem Merkmal einer "gravierenden" Pflichtverletzung irgendeine Bedeutung zukommen kann (vgl. auch BGH, Urt. vom 22. November 2005 - 1 StR 571/04).

#### *d. Keine Anfrage gem. § 132 II, III GVG erforderlich*

Da die genannten Urteile des 1. Strafsenats der Entscheidung des erkennenden Senats nicht entgegenstehen, ist eine Anfrage gemäß § 132 Abs. 2 und 3 GVG - abgesehen davon, dass die Ausführungen in BGHSt 47, 187, 197 zur Notwendigkeit "gravierender" gesellschaftsrechtlicher Pflichtverletzungen nicht tragend sind - nicht veranlasst.

#### *IV. Keine Freisprüche aus sonstigen Gründen*

Die Freisprüche der Angeklagten können auch nicht aus anderen Gründen bestehen bleiben.

##### *1. Keine Straflosigkeit wegen Irrtums*

Die Feststellungen bilden keine Grundlage, um die Freisprüche wegen eines den Vorsatz ausschließenden Tatbestandsirrtums oder eines unvermeidbaren Verbotsirrtums aufrechtzuerhalten. Auf die zutreffende rechtliche Einordnung einer etwaigen Fehlvorstellung kommt es daher nicht an.

##### *a. Keine hinreichenden Feststellungen bzgl. der Vorstellungen der Angeklagten*

Es fehlen tragfähige Ausführungen des Landgerichts zur subjektiven Tatseite. Da es die Freisprüche auf das Fehlen objektiver Tatbestandsvoraussetzungen gestützt hat, hat es - von seinem Ansatz her konsequent - den "festgestellten" Irrtum, die vermögensbetreuungspflichtigen Präsidiumsmitglieder hätten ihr Handeln für erlaubt gehalten, nicht durch eine Beweiswürdi-

gung belegt. Es bleibt daher unklar, welche tatsächlichen Umstände diesen Irrtum hervorgerufen haben.

##### *b. Fehlende Beweiswürdigung des Landgerichts bzgl. der festgestellten Vorstellungen der Angeklagten*

Auch der Gesamtzusammenhang der Urteilsgründe, insbesondere die Feststellungen des Landgerichts zum Irrtum der Angeklagten Dr. Ackermann und Zwickel bei der Zuerkennung der Sonderzahlung an den Angeklagten Prof. Dr. Funk können die fehlende Beweiswürdigung zu den Vorstellungen der Angeklagten bei Bewilligung der Prämien für Dr. Esser und die vier weiteren Vorstandsmitglieder nicht ersetzen. Seine Feststellung, die Präsidiumsmitglieder Dr. Ackermann und Zwickel seien davon ausgegangen, wegen ihres unternehmerischen Handlungsspielraums zur Bewilligung der Prämie an den Angeklagten Prof. Dr. Funk befugt zu sein, beruht auf ihren Einlassungen, die das Landgericht als unwiderlegbar

angesehen hat. Da an die Bewertung der Einlassung eines Angeklagten die gleichen Anforderungen zu stellen sind wie an die Beurteilung von Beweismitteln, darf der Tatrichter diese seiner Entscheidung aber nur dann zugrunde legen, wenn er in seine Überzeugungsbildung auch die Beweisergebnisse einbezogen hat, die gegen die Richtigkeit der Einlassung sprechen können (vgl. BGHSt 34, 29, 34; BGHR StPO § 261 Einlassung 6; Überzeugungsbildung 29; BGH NStZ 2002, 48). Hier hat die Strafkammer zwar die zugunsten der Angeklagten Dr. Ackermann und Zwickel sprechenden Umstände wie die Nichtaufnahme von Ermittlungen durch die Staatsanwaltschaft Düsseldorf im Fall der Sonderzahlung an den Angeklagten Dr. Esser und den eingeholten Rechtsrat berücksichtigt, jedoch eine Vielzahl von Indizien nicht in die Beweiswürdigung einbezogen, die - zumindest in ihrer Gesamtheit - Zweifel an einem Irrtum aufkommen lassen und darauf hindeuten, dass ihnen die Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht bewusst, jedenfalls die Rechtmäßigkeit ihres Handelns gleichgültig war:

Die Beschlussfassungen vom 4. Februar 2000 erfolgten innerhalb kürzester Zeit in unmittelbarer zeitlicher Nähe zur beschlossenen freundlichen Übernahme. Der Angeklagte Zwickel nahm an den Abstimmungen telefonisch nach einer nur kurzen mündlichen Information durch Prof. Dr. Funk teil, obwohl keine Eilbedürftigkeit vorlag. Die Höhe der Sonderzahlung für den Angeklagten Dr. Esser, die für den Wirtschaftsstandort Deutschland außergewöhnlich war, wurde von den Präsidiumsmitgliedern weder näher diskutiert noch begründet, vielmehr folgten diese dem mit der Unternehmerin Vodafone abgestimmten Vorschlag der Großaktionärin Hutchison Whampoa Ltd, deren Interessen offensichtlich nicht mit denen der Mannesmann AG übereinstimmten. Sie nahmen keinen Anstoß an der von ihnen erkannten Selbstbegünstigung des Angeklagten Prof. Dr. Funk mit Beschluss vom 4. Februar

2000, dem eine - letztendlich nicht ausbezahlte - Prämie von ca. 4,8 Mio. € zuerkannt wurde. Bei der am 17. April 2000 beschlossenen und später ausbezahlten Anerkennungsprämie von ca. 3 Mio. € handelten die Angeklagten Dr. Ackermann und Zwickel mit der sachwidrigen Motivation, dem Wunsch des Prof. Dr. Funk nachzukommen, eine sachlich nicht gerechtfertigte Sonderzahlung zu erhalten (vgl. B. I.). Der Angeklagte Dr. Ackermann befürwortete diese Prämie, obwohl er zuvor von den mündlich und schriftlich geäußerten Bedenken der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft KPMG zu den Sonderzahlungen für die aktiven Vorstandsmitglieder hinsichtlich Vertragsgrundlage, Veranlassung und Größenordnung Kenntnis erhalten hatte.

### *2. Keine Strafflosigkeit des Angeklagten Zwickel wegen Enthaltung in den Abstimmungen*

Der Freispruch des Angeklagten Zwickel kann nicht deshalb aufrechterhalten werden, weil er den Sonderzahlungen nicht zugestimmt, sondern sich - mit Rücksicht auf die von ihm zu vertretenden Arbeitnehmerinteressen - der Stimme enthalten hat.

Angesichts der Besonderheiten der Abstimmungen besteht für den Senat keine Notwendigkeit, sich grundsätzlich mit der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der einzelnen Mitglieder eines Gremiums bei Mehrheitsentscheidungen zu befassen. Denn nach den Feststellungen wusste der Angeklagte Zwickel bei seinen Stimmabgaben, dass sich die Angeklagten Prof. Dr. Funk und Dr. Ackermann bereits auf die Zuerkennung der Anerkennungsprämien verständigt hatten und dass die Beschlüsse - unabhängig von seinem eigenen Abstimmungsverhalten - mit seiner Teilnahme an den Beschlussfassungen wirksam würden. Ebendies wollte er auch erreichen, weil er mit deren Inhalt nach den Urteilsfeststellungen einverstanden war. Damit hat er durch seine Stimmenthaltungen vorsätzlich die Wirksamkeit der Beschlüsse herbeigeführt, so dass ihm das Landgericht die Mehrheitsentscheidungen des Präsidiums zu Recht als Mittäter zugerechnet hat (vgl. Tröndle/Fischer aaO § 25 Rdn. 19; Dencker, Mittäterschaft in Gremien, in Amelung, Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft, 63 ff., 70). Entgegen der Meinung der Verteidigung kann sich der Angeklagte Zwickel nicht mit Erfolg darauf berufen, die Beschlüsse wären mit demselben Ergebnis zustande gekommen, wenn er mit "Nein" gestimmt hätte. Denn dieser Einwand lässt den Sachverhalt prägenden, für die rechtliche Einordnung wesentlichen Umstand unberücksichtigt: Die Stimmenthaltung des Angeklagten Zwickel entsprach hier objektiv und subjektiv im Ergebnis einer "Ja-Stimme", die mit Rücksicht auf seine Stellung als Arbeitnehmervertreter lediglich nach außen nicht erkennbar werden sollte.

### *3. Kein Ausschluss der Beihilfe wegen berufstypischer neutraler Handlungen*

Die Freisprüche der Angeklagten Dr. Esser und Dr. D. vom Vorwurf der Beihilfe zur Untreue haben auch unter dem Gesichtspunkt einer "straflosen Hilfeleistung durch berufstypische neutrale Handlungen" keinen Bestand.

Die von der Rechtsprechung hierzu entwickelten Grundsätze (vgl. BGHSt 46, 107, 109 ff., 112 f.; BGHR StGB § 27 Abs. 1 Hilfeleisten 20, § 266 Abs. 1 Beihilfe 3) tragen dem Umstand Rechnung, dass äußerlich neutrale berufstypische Verhaltensweisen von Dritten zur Begehung einer Straftat ausgenutzt werden können. Die deshalb erforderliche Einschränkung der Beihilfesträbarkeit hat danach innerhalb des subjektiven Tatbestands aufgrund einer wertenden Betrachtung im Einzelfall zu erfolgen. Weiß der Hilfeleistende nicht, wie der von ihm geleistete Beitrag vom Haupttäter verwendet wird, und hält er es lediglich für möglich, dass sein Tun zur Begehung einer Straftat ausgenutzt wird, so ist sein Handeln regelmäßig keine strafbare Beihilfe, es sei denn, das von ihm erkannte Risiko strafbaren Verhaltens des von ihm Unterstützten war derart hoch, dass er sich mit seiner Hilfeleistung die Förderung eines erkennbar tatgeneigten Täters angelegen sein ließ. Zielt das Handeln des Haupttäters dagegen ausschließlich auf eine strafbare Handlung und weiß dies der Hilfeleistende, so ist sein Tatbeitrag als Beihilfe zu werten, weil dann sein Tun den "Alltagscharakter" verliert, als Solidarisierung mit dem Täter zu deuten ist und deshalb auch nicht mehr als sozialadäquat angesehen werden kann (vgl. BGHSt 46, 107, 112).

Es kann offen bleiben, ob diese zur Eingrenzung der Beihilfesträbarkeit bei "berufstypischen neutralen Handlungen" entwickelten Kriterien der Sache nach weiter führen oder ob nicht vielmehr die Strafbarkeitsbeschränkung bei sachgerechter Auslegung ausreichend nach den herkömmlichen und allgemein anerkannten Regeln etwa über die objektive Zurechnung oder den Gehilfenvorsatz erfolgen kann. Selbst wenn man der dargestellten Rechtsprechung folgt, scheidet nämlich nach den getroffenen Feststellungen unter diesem Gesichtspunkt eine Beihilfe zur Untreue nicht aus. Für die Angeklagten Dr. Esser und Dr. D. waren die Vorbereitung der Präsidiumsbeschlüsse sowie deren Umsetzung schon deshalb keine "berufstypischen Handlungen mit Alltagscharakter", weil sie damit gezielt die Zuwendung der Sonderzahlungen förderten. Bei ihren Hilfeleistungen kannten sie - in gleicher Weise wie die Präsidiumsmitglieder Prof. Dr. Funk, Dr. Ackermann und Zwickel - alle Umstände, welche die objektive Pflichtverletzung begründeten. Soweit der Gehilfe einer Straftat seine unterstützende Tätigkeit innerhalb eines weisungsgebundenen Dienstverhältnisses erbracht hat, liegt darin lediglich ein zu seinen Gunsten bei der Strafzumessung zu berücksichti-

gender Umstand.

#### *V. Aufhebung der Freisprüche und Feststellungen*

Demgemäss sind die Freisprüche aufzuheben. Eine Aufrechterhaltung der an sich fehlerfreien Feststellungen zum objektiven Sachverhalt kommt schon deshalb nicht in Betracht, weil die freigesprochenen Angeklagten die Tatvorwürfe bestreiten und das rechtsfehlerfreie Zustandekommen der Feststellungen mangels Beschwer nicht überprüfen lassen konnten (vgl. BGH NStZ 1999, 206, 207; Kuckein in KK 5. Aufl. § 353 Rdn. 24 aE). Folglich muss auch nicht entschieden werden, ob das Landgericht bei seiner Beweiswürdigung - wie die Staatsanwaltschaft meint - rechtsfehlerhaft von Anerkennungsprämien und nicht von Zuwendungen zur Erleichterung und Beschleunigung der freundlichen Übernahme oder zumindest der Übernahmeverhandlungen ausgegangen ist.

#### *C. Anerkennungsprämie für den Angeklagten Prof. Dr. Funk (Fall II)*

Auch die Freisprüche der Angeklagten Dr. Ackermann und Zwickel vom Vorwurf der Untreue wegen der Zuwendung der Anerkennungsprämie an den Mitangeklagten Prof. Dr. Funk sowie die Freisprüche der Angeklagten Dr. Esser und Dr. D. vom Vorwurf der Beihilfe hierzu sind nicht frei von Rechtsfehlern und deshalb aufzuheben. [...]

#### *I. Rechtliche Würdigung des Landgerichts*

Das Landgericht ist der Meinung, die Angeklagten Dr. Ackermann und Zwickel hätten sich auch in diesem Fall nicht wegen Untreue strafbar gemacht. Zwar hätten sie vorsätzlich ihre gegenüber der Mannesmann AG bestehende Vermögensbetreuungspflicht gravierend verletzt und die Gesellschaft geschädigt, weil sie die nicht im Unternehmensinteresse liegende Anerkennungsprämie aus einer sachwidrigen Motivation heraus willkürlich zuerkannt hätten. Den Präsidiumsmitgliedern habe jedoch aufgrund einer fehlerhaften aktienrechtlichen Gesamtbetrachtung das Unrechtsbewusstsein gefehlt. Ihr Verbotsirrtum sei unvermeidbar gewesen. Wenn sie Rechtsrat eingeholt hätten, wäre die Zahlung einer freiwilligen Anerkennungsprämie, deren aktienrechtliche Zulässigkeit zum damaligen Zeitpunkt weder in der Rechtsprechung noch im Schrifttum als problematisch behandelt worden sei, als rechtlich unbedenklich bezeichnet worden. Die Angeklagten Dr. Esser und Dr. D., die lediglich innerhalb ihres beruflichen Aufgabenbereiches die Tat gefördert hätten, hätten sich nicht wegen Beihilfe zur Untreue strafbar gemacht. Es fehle an den besonderen Voraussetzungen, die bei einem berufstypischen Verhalten an den Gehilfenvorsatz zu stellen seien.

#### *II. Zum Vorliegen des objektiven Tatbestandes des § 266 I StGB*

Dieser rechtlichen Würdigung ist zuzustimmen, soweit das Landgericht annimmt, dass die Angeklagten Dr. Ackermann und Zwickel den objektiven Tatbestand der Untreue erfüllt haben. Wie sich aus den Ausführungen zu den Anerkennungsprämien für den Vorstandsvorsitzenden Dr. Esser und die vier weiteren Vorstandsmitglieder (vgl. B. III. 1.) ergibt, stand es den Präsidiumsmitgliedern nicht frei, die in der Vergangenheit erbrachte, durch die dienstvertraglichen Bezüge bereits abgegoltene Leistung durch eine Sonderzahlung zusätzlich zu honorieren. Denn die Prämie war für die Mannesmann AG ohne Nutzen. Hinzu kommt, dass die Zuwendung aufgrund sachwidriger Motivation und damit willkürlich beschlossen wurde. Dies folgt auch daraus, dass das Präsidium beim Ausscheiden des Prof. Dr. Funk als Vorstandsvorsitzender für eine Anerkennungsprämie keinen Anlass gesehen und diese nicht zeitnah zuerkannt hatte.

#### *III. Zum Fehlen eines unvermeidbaren Verbotsirrtums*

Rechtsfehlerhaft ist jedoch die Annahme, die Angeklagten Dr. Ackermann und Zwickel hätten sich in einem unvermeidbaren Verbotsirrtum befunden.

Unter den gegebenen Umständen, vor allem angesichts der offensichtlichen Pflichtwidrigkeit einer willkürlichen Zuwendung, hätten die Angeklagten Dr. Ackermann und Zwickel bei Anlegung der an die Unvermeidbarkeit eines Verbotsirrtums zu stellenden Anforderungen (vgl. BGHSt 3, 357, 366; 4, 1, 5 und 237, 242 f.) nach ihren Fähigkeiten und Kenntnissen einen eventuell gegebenen Irrtum vermeiden können. Dazu hätte es nicht einmal eines Rechtsrats bedurft. Bei Einholung von Rechtsrat durch eine sachkundige, neutrale Person hätte richtigerweise die Frage gestellt werden müssen, ob eine ausschließlich durch den Wunsch des Begünstigten motivierte, dem Unternehmen keinen Vorteil bringende Prämienverteilung rechtlich zulässig ist. Dies wäre mit Sicherheit verneint worden.

#### *IV. Kein Freispruch aus sonstigen Gründen*

Entgegen der Meinung der Verteidigung vermögen die Urteilsfeststellungen zur subjektiven Tatseite auch sonst einen Freispruch nicht zu tragen. Insofern braucht nicht entschieden zu werden, ob die Fehlvorstellung der Angeklagten Dr. Ackermann und Zwickel - entgegen der Meinung des Landgerichts - bereits einen den Vorsatz ausschließenden Irrtum darstellen würde.

#### *1. Widersprüchlichkeit des Feststellungen des Landgerichts*

Die Ausführungen der Strafkammer zu den Vorstellungen dieser Angeklagten sind bereits in sich widersprüchlich. Nach den Feststellungen kannten sie ihre Vermögensbetreuungspflicht und ihr Vorsatz umfasste auch die Pflichtwidrigkeit ihres Handelns. Dies ist ohne nähere Erörterung mit der Annahme fehlenden Un-

rechtsbewusstseins unvereinbar.

## 2. Lückenhaftigkeit der Beweiswürdigung des Landgerichts

Außerdem beruhen die Feststellungen zum Irrtum auf einer lückenhaften Beweiswürdigung. Insoweit wird auf die Ausführungen zu B. V. 1. b) Bezug genommen. In die Beweiswürdigung hat die Strafkammer vor allem nicht erkennbar das gegen einen Irrtum sprechende Indiz einbezogen, dass die Anerkennungsprämie nicht die Verdienste des früheren Vorstandsvorsitzenden Prof. Dr. Funk für die Mannesmann AG angemessen entlohnen sollte, sondern ohne hinreichenden unternehmensbezogenen Anlass aus willkürlichen Gründen allein aufgrund des Wunsches des Begünstigten zugewendet wurde. Die diesem Beweisergebnis entgegen stehenden Einlassungen der Angeklagten Dr. Ackermann und Zwickel hat sie nicht geglaubt und die sachwidrige Motivation ausdrücklich festgestellt. Vor diesem Hintergrund liegt die Annahme fehlenden Unrechtsbewusstseins fern. Es ist schlechterdings nicht vorstellbar, dass sich der in führenden Positionen der deutschen Wirtschaft tätige Angeklagte Dr. Ackermann und der Gewerkschaftsführer Zwickel für berechtigt gehalten haben könnten, in Millionenhöhe willkürlich - so das angefochtene Urteil - über das ihnen anvertraute Gesellschaftsvermögen verfügen zu dürfen. Auch hätte erörtert werden müssen, dass die ursprünglich bewilligte Prämie in Höhe von ca. 4,8 Mio. € ohne weitere Diskussion und Erläuterung innerhalb weniger Wochen durch eine solche von ca. 3 Mio. € ersetzt wurde, dies unter anderem aus Verärgerung des neuen Aufsichtsratsvorsitzenden über Äußerungen des Angeklagten Prof. Dr. Funk gegen Ende des Übernahmekampfes. Schließlich erweist sich die Beweiswürdigung auch im Hinblick darauf als lückenhaft, dass der Angeklagte Dr. Ackermann am 17. April 2000 unmittelbar vor der Beschlussfassung von den rechtlichen Bedenken der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft KPMG gegen die Prämien für Dr. Esser und die vier weiteren Vorstandsmitglieder erfahren hatte; diese Bedenken beanspruchten indessen für die Sonderzahlung an Prof. Dr. Funk in noch stärkerem Maße Beachtung. Unter diesen Umständen kann die Annahme eines Irrtums allein auf die Erwägung, die Hinweise der KPMG genügten nicht, um eine Kenntnis der Rechtswidrigkeit oder Zweifel an der Rechtmäßigkeit positiv feststellen zu können, nicht rechtsfehlerfrei gestützt werden.

## V. Kein Ausschluss der Beihilfe wegen berufstypischer neutraler Handlungen

Der Freispruch der Angeklagten Dr. Esser und Dr. D. vom Vorwurf der Beihilfe zur Untreue hat ebenfalls keinen Bestand. Eine Beihilfestrafbarkeit scheidet auch hier nicht unter dem Gesichtspunkt "berufstypischen Handelns" aus (vgl. B. IV. 3.). Soweit die Ver-

teidigung zusätzlich einwendet, dass es unsicher gewesen sei, ob das Präsidium tatsächlich entsprechend der Beschlussvorlage entscheiden werde, stellt dies den Gehilfenvorsatz nicht in Frage, weil dieser nicht das sichere Wissen der Tatbegehung durch den Haupttäter voraussetzt.

## D. Abfindung der Alternativpensionsansprüche (Fall III)

Schließlich halten die Freisprüche der Angeklagten Prof. Dr. Funk, Dr. Ackermann, Zwickel und L. vom Vorwurf der Untreue in vier Fällen wegen der Abfindung der Alternativpensionsansprüche sowie der Freispruch des Angeklagten Dr. D. vom Vorwurf der Beihilfe rechtlicher Überprüfung nicht stand und sind daher aufzuheben. [...]

### I. Rechtliche Würdigung des Landgerichts

Das Landgericht vertritt die Auffassung, die Beschlüsse über die Abfindung der Alternativpensionsansprüche seien im Ergebnis nicht als Untreue zu bewerten. Bei der Grundentscheidung vom 27. März 2000 hätten die Präsidiumsmitglieder zwar ihre gegenüber der Mannesmann AG bestehende Vermögensbetreuungspflicht verletzt, weil sie in Zukunft tatsächlich nicht mehr bestehende Ansprüche abgefunden hätten. Dies habe nicht im Unternehmensinteresse gelegen. Die Pflichtverletzung sei jedoch nicht gravierend gewesen, da die Ertrags- und Vermögenslage der Mannesmann AG gut gewesen sei, die Präsidiumsmitglieder nicht aus sachwidrigen Motiven gehandelt hätten und sie wegen des bestehenden Prozessrisikos zu Recht von einem Vergleich ausgegangen seien. In den weiteren Fällen fehle es wegen der Vergleichsmotivation bereits an einem Pflichtenverstoß. Mangels einer Haupttat scheidet eine Strafbarkeit des Angeklagten Dr. D. wegen Beihilfe zur Untreue aus.

### II. Rechtliche Würdigung des BGH

Die Urteilsgründe tragen die Freisprüche der Angeklagten nicht.

#### 1. Lückenhaftigkeit der Feststellungen des Landgerichts

Die zur Grundentscheidung vom 27. März 2000 über die Abfindung der Alternativpensionsansprüche getroffenen Feststellungen sind lückenhaft, so dass nicht überprüft werden kann, ob die Präsidiumsmitglieder die Grenzen unternehmerischen Ermessens überschritten und deshalb die Mannesmann AG pflichtwidrig geschädigt haben. Dem Urteil ist insbesondere nicht zu entnehmen, welcher Wert den künftigen Alternativpensionsansprüchen - jedenfalls der Größenordnung nach - unter Berücksichtigung von versicherungsmathematischer Zahlungsdauer und der zu erwartenden Absenkung der Vorstandsgehälter unter dem Einfluss der neuen Konzernmutter Vodafone objektiv beizu-

messen war und wie sich die zuerkannten Beträge dazu verhalten. Aus dem Gesamtzusammenhang der Urteilsgründe ergibt sich lediglich, dass das Landgericht langfristig von einer stark abnehmenden Werthaltigkeit der Alternativpensionsansprüche und damit von einem geringfügigen Wert ausgegangen ist. Da die variable Alternativpension nur dann zu bezahlen war, wenn sie die Festpension überstieg, hätte auch deren jeweilige Höhe mitgeteilt werden müssen.

Entgegen der Meinung der Verteidigung sind die fehlenden Feststellungen nicht etwa deshalb entbehrlich, weil sich die Abfindungsentscheidung notwendigerweise innerhalb der Grenzen des auch insoweit bestehenden, wenn auch durch versicherungsmathematische Vorgaben beschränkten unternehmerischen Handlungsspielraums bewegte. Denn wegen der dargestellten Lücken ist nicht überprüfbar, ob mit Blick auf die Vermögensbetreuungspflicht der Präsidiumsmitglieder die Grenzen des Spielraums noch eingehalten sind. Aus denselben Erwägungen kann die Feststellung des Landgerichts, die Angeklagten seien von einem Vergleich ausgegangen, die Freisprüche entgegen der von der Verteidigung geäußerten Auffassung nicht tragen. Die von ihr angestellte Erwägung, den Pensionären habe möglicherweise ein Anspruch auf Anpassung der Pensionszusagen zugestanden, wird durch die Feststellungen nicht gestützt.

## *2. Lückenhaftigkeit der Feststellungen des Landgerichts bzgl. der Folgeentscheidungen*

Auch die Freisprüche zu den drei Folgeentscheidungen über die Abfindung der Alternativpensionsansprüche können nicht bestehen bleiben. Zum einen waren die Erhöhungen der Abfindungen für zwei Pensionäre sowie die Umrechnung der Abfindung einer Hinterbliebenen in eine Rentenzahlung abhängig von der am 27. März 2000 getroffenen Grundentscheidung und mit dieser untrennbar verbunden. Zum anderen sind auch die Feststellungen zu den Folgeentscheidungen lückenhaft. Es kann daher nicht beurteilt werden, ob es sich gegenüber der Grundentscheidung - wie das Landgericht angenommen hat - um selbständige Pflichtverletzungen handelt. [...]

### *E. Hinweise des BGH*

Für die neue Hauptverhandlung weist der Senat auf folgendes hin:

#### *I. Zur fehlenden Mittäterschaft des Angeklagten Dr. Esser*

Zutreffend ist das Landgericht davon ausgegangen, dass sich der Angeklagte Dr. Esser durch seine Mitwirkung an der Vorbereitung und der Umsetzung der Beschlüsse über die ihm und den anderen Vorstandsmitgliedern gewährten freiwilligen Sonderzahlungen lediglich wegen Beihilfe zur Untreue strafbar gemacht haben kann; denn ihn traf im Zusammenhang mit die-

sen Beschlüssen keine Vermögensbetreuungspflicht gegenüber der Mannesmann AG. Daher kommt bei ihm eine als Mittäter begangene Untreue nicht in Betracht.

Zwar hat der Vorstandsvorsitzende einer Aktiengesellschaft als deren Geschäftsführer und Vertreter (§ 76 Abs. 1, § 77 Abs. 1, § 78 Abs. 1 AktG) grundsätzlich die Pflicht, die Vermögensinteressen der Gesellschaft zu wahren, insbesondere Schaden von dem Gesellschaftsvermögen abzuwenden, und damit eine Vermögensbetreuungspflicht im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB. Dies gilt jedoch nicht für Entscheidungen, die im weitesten Sinne die Bezüge der Vorstandsmitglieder betreffen. Diese werden durch das Aktiengesetz nicht nur aus der Vertretungsmacht, sondern auch aus der Geschäftsführungsbefugnis des Vorstands ausgeklammert und sind dem Präsidium (Aufsichtsrat) in ausschließlicher Zuständigkeit zugewiesen (§ 87 Abs. 1 und 2, § 112 AktG). Das hat seinen Grund nicht nur darin, dass insoweit die Gesellschaft zum Ausschluss von Insihgeschäften durch ein anderes Organ vertreten werden muss. Vielmehr wird hierdurch auch der Tatsache Rechnung getragen, dass bei der Regelung der Vorstandsbezüge die Vermögensinteressen von Gesellschaft und Vorstandsmitglied nicht gleichgerichtet sind, sondern - auch soweit nicht die eigenen, sondern die Bezüge anderer Vorstandsmitglieder betroffen sind - typischerweise in die entgegen gesetzte Richtung gehen. Ist dieser Entscheidungsbereich aber rechtlich aus den Befugnissen der Vorstandsmitglieder ausgeklammert, so kann diese insoweit auch keine Pflicht zur Betreuung der Vermögensinteressen der Gesellschaft treffen. Allein ihre faktischen Einwirkungsmöglichkeiten auf die entsprechenden Beschlüsse des Präsidiums (Aufsichtsrats) ändern an dieser Rechtslage nichts.

#### *II. Zu den erforderlichen Feststellungen für die Annahme eines Tatbestands- oder unvermeidbaren Verbotsirrtums*

Stellt sich der Sachverhalt dem neuen Tatrichter zur objektiven Tatseite in seinen wesentlichen Elementen ebenso dar, wie er im angefochtenen Urteil festgestellt ist, wird die Strafbarkeit der Angeklagten maßgeblich von den Feststellungen zur subjektiven Tatseite abhängen. Je nach dem Stand ihrer (Un-)Kenntnis von den Tatsachen und der eigenen (Fehl-) Bewertung ihres Verhaltens könnten sie in einem den Vorsatz und damit die Strafbarkeit ausschließenden Tatbestandsirrtum (§§ 15, 16 StGB) oder in einem vermeidbaren oder unvermeidbaren Verbotsirrtum (§ 17 StGB) gehandelt haben. Die Abgrenzung im einzelnen dürfte sich als schwierig erweisen, wie dies bei Tatbeständen mit stark normativ geprägten objektiven Tatbestandsmerkmalen (hier in § 266 Abs. 1 StGB die Verletzung der Pflicht, die Vermögensinteressen wahrzunehmen) häufig der Fall ist und gerade für den zu beurteilenden

Sachverhalt auch durch entgegen gesetzte Stellungnahmen in der Literatur belegt wird (vgl. u.a. einerseits Arzt/Weber, Strafrecht BT § 22 Rdn. 69; Jakobs NSTZ 2005, 276, 277; Jakobs in FS für Dahs S. 49 ff. und andererseits Schünemann in LK 11. Aufl. § 266 Rdn. 153 f.; Kindhäuser in NKStGB 13. Lfg. § 266 Rdn. 179; Tröndle/Fischer aaO § 266 Rdn. 77; Puppe GA 1990, 145, 171; Roxin, Strafrecht AT Bd. 1 3. Aufl. § 21 Rdn. 23).

Angesichts der Ungewissheit, welche Feststellungen der neue Tatrichter insoweit gegebenenfalls treffen wird, und insbesondere der Vielgestaltigkeit der denkbaren Sachverhaltsgestaltungen, wäre ein Versuch, für alle in Betracht kommenden Vorstellungen und Motivationen Hinweise auf die - nach Auffassung des Senats - zutreffende rechtliche Einordnung zu geben, von vorneherein verfehlt; dies gilt auch deshalb, weil weder das Landgericht noch der - gegebenenfalls in anderer Besetzung entscheidende - Senat in einem etwaigen neuen Revisionsverfahren daran gebunden wären. Die schriftlichen Stellungnahmen von Bundesanwaltschaft und Verteidigung sowie die Erörterung der Fragen in der Hauptverhandlung geben aber Anlass zu folgenden Anmerkungen:

Eine sachgerechte Einordnung etwaiger Fehlvorstellungen oder -bewertungen der Angeklagten wird sich nicht durch schlichte Anwendung einfacher Formeln ohne Rückgriff auf wertende Kriterien und differenzierende Betrachtungen erreichen lassen. Die Annahme etwa, dass jede (worin auch immer begründete) fehlerhafte Wertung, nicht pflichtwidrig zu handeln, stets zum Vorsatzausschluss führt, weil zum Vorsatz bei der Untreue auch das Bewusstsein des Täters gehöre, die ihm obliegende Vermögensfürsorgepflicht zu verletzen, kann nicht überzeugen. Umgekehrt könnte der Senat auch der Auffassung nicht folgen, dass es für die Bejahung vorsätzlichen Handelns ausreicht, wenn der Täter alle die objektive Pflichtwidrigkeit seines Handelns begründenden tatsächlichen Umstände kennt und dass seine in Kenntnis dieser Umstände aufgrund unzutreffender Bewertung gewonnene fehlerhafte Überzeugung, seine Vermögensbetreuungspflichten nicht zu verletzen, stets nur als Verbotsirrtum zu werten ist. Ausgehend von den rechtsfehlerfreien Feststellungen des Landgerichts zum objektiven Sachverhalt und mit

Blick auf seine Ausführungen zu den Vorstellungen der Angeklagten Prof. Dr. Funk, Dr. Ackermann und Zwickel neigt der Senat etwa hinsichtlich der Anerkennungsprämien für den Angeklagten Dr. Esser zu folgender Bewertung:

War den Präsidiumsmitgliedern - was allerdings kaum anders vorstellbar sein dürfte - bewusst, dass die Sonderzahlungen für die Mannesmann AG in der gegebenen Situation (Übernahme des Unternehmens durch Vodafone und Ausscheiden von Dr. Esser) ohne jeden Nutzen war, so dürfte ihre irriige Annahme, zur Bewilligung der Prämien gleichwohl berechtigt gewesen zu sein, den Vorsatz unberührt lassen und lediglich einen Verbotsirrtum begründen. Wer als Verwalter fremden Vermögens in Kenntnis seiner Vermögensfürsorgepflicht eine Maßnahme trifft, die dem Inhaber des betreuten Vermögens keinen Vorteil bringen kann und deswegen einen sicheren Vermögensverlust bedeutet, kennt nicht nur die Tatsachen, die rechtlich als Verletzung der Vermögensfürsorgepflicht zu bewerten sind. Er weiß, weil das Verbot, alles das Vermögen sicher und ausnahmslos Schädigende zu unterlassen, zentraler Bestandteil der Vermögensfürsorgepflicht ist, vielmehr zugleich auch, dass er diese seine Pflicht verletzt. Wenn die Angeklagten Prof. Dr. Funk, Dr. Ackermann und Zwickel - wie es nach den Feststellungen des angefochtenen Urteils der Fall war - gemeint haben, "aufgrund ihrer unternehmerischen Handlungsfreiheit" zu den Zahlungen berechtigt zu sein, liegt es nahe, dass sie in Kenntnis dessen, dass ihr Verhalten für die Mannesmann AG sicher nachteilig war und mithin ihre Vermögensfürsorgepflicht eigentlich verletzte, gleichsam einen nicht bestehenden Erlaubnissatz in Anspruch genommen haben. Eine solche Fehlvorstellung wird aber von § 17 StGB und nicht von § 16 StGB geregelt.

Dasselbe gilt noch deutlicher hinsichtlich der Anerkennungsprämie für Prof. Dr. Funk: Sollten die Angeklagten Dr. Ackermann und Zwickel tatsächlich geglaubt haben, zu der das Vermögen der Mannesmann AG schädigenden Zuwendung allein deswegen berechtigt zu sein, weil diese dem Wunsch des Angeklagten Prof. Dr. Funk entsprochen habe, so liegt die Annahme eines den Vorsatz ausschließenden Tatbestandsirrtums fern.

*Urteile in Fallstruktur***Standort: Öffentliches Recht****Problem: Zugang zu Volksfest**

VG OLDENBURG, BESCHLUSS VOM 01.07.2004  
12 B 1203/04 (NVwZ-RR 2006, 127)

**Problemdarstellung:**

Im vorliegenden Fall hatte das VG Oldenburg im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes über den Zugang zu einem Volksfest zu entscheiden. Es stellte sich - wie immer in derartigen Fällen - das Problem, dass nicht für alle Marktbesucher Platz war und deshalb eine Auswahlentscheidung getroffen werden musste. Hierzu hält das VG Folgendes fest:

1. Die Auswahlkriterien in Form von Richtlinien muss der Rat festlegen. Die Auswahlentscheidung selbst - nicht aber die Festlegung der Kriterien im Vorfeld - ist ein Geschäft der laufenden Verwaltung, für das der Bürgermeister zuständig ist. Im Fall hatte nicht der Rat, sondern der Verwaltungsausschuss (in §§ 56 ff. NGO geregelt) die Richtlinien festgelegt. Dies führt grds. zu deren Unwirksamkeit wegen eines Kompetenzverstoßes. Das VG meint jedoch, die Richtlinien hier ausnahmsweise retten zu können, weil der Rat zuvor allgemeine Vergabegrundsätze beschlossen hatte.

2. Richtlinien sind als Verwaltungsvorschriften zwar nur Innenrecht der Verwaltung, können über Art. 3 I GG aber Bindungswirkung entfalten mit der Folge, dass der Bürger sich auf sie berufen kann (Selbstbindung der Verwaltung). Ein Verstoß gegen die eigenen, internen Richtlinien kann daher auch zur Rechtswidrigkeit einer ablehnenden Vergabeentscheidung gegenüber einem sich bewerbenden Marktbesucher führen.

3. Sind die vorhandenen Plätze schon an Dritte vergeben, steht dies einem Anspruch des rechtswidrig abgelehnten Bewerbers auf Zugang (oder wie hier: Nochmaliger ermessensfehlerfreier Entscheidung über die Vergabe) nach der Rspr. (vgl. BVerfG, NJW 2002, 3691; VGH Kassel, GewArch 1993, 248) nicht entgegen. Es sei dann Sache der Verwaltung, mit den ihr gegenüber den Dritten zur Verfügung stehenden Mitteln (z.B. Widerruf, Rücknahme, Kündigung der Vergabe) Platz zu schaffen. Notfalls hafte sie auf Schadensersatz. Anders kann es bekanntlich im Beamtenrecht sein, wo der (inzwischen aufgeweichte, vgl. dazu BVerwG, RA 2004, 165 = ZBR 2003, 101) Grundsatz der Ämterstabilität gilt. Dergleichen gibt es bei Marktbesuchern im Lichte der Gewerbefreiheit nicht.

4. Im vorläufigen Rechtsschutz darf die Hauptsache nicht vorweggenommen werden. Das VG will hiervon im Einklang mit der h.M. aber wegen Art. 19 IV eine Ausnahme machen, wenn ansonsten effektiver Rechts-

schutz nicht mehr möglich wäre. Gehe der Anspruch nur auf erneute ermessensfehlerfrei Entscheidung (und nicht auf Vornahme), sei ferner erforderlich, dass nicht offensichtlich sei, dass der bisher ermessensfehlerhaft abgelehnte Bewerber auch bei ermessensfehlerfreier Entscheidung erneut abgelehnt würde.

**Prüfungsrelevanz:**

Fälle wie dieser haben immer Konjunktur. Die aktuelle Rspr. beschäftigt sich insbesondere damit, ob und wann die laufende Verwaltung von dem vom Rat festzulegenden Vergabekriterien abweichen darf. Minimale Abweichungen werden z.T. als Geschäft der laufenden Verwaltung und daher als zulässig angesehen (vgl. Vertiefungshinweise). Das VG Oldenburg fügt mit der vorliegenden Entscheidung nun eine neue Variante hinzu, wenn der Rat nur grob den Rahmen vorgegeben hat und die Verwaltung diesen durch eigene Vergabekriterien ausfüllt. Ob sich diese Rspr. durchsetzen wird, bleibt abzuwarten. Grds. genügt es nämlich gerade nicht, dass der Rat die Aufstellung der konkreten Vergabekriterien der laufenden Verwaltung überlässt. Das VG bemüht sich auch zu betonen, dass man dergleichen nur für diesen Fall und nur unter dem Entscheidungsdruck des vorläufigen Rechtsschutzes nach überschlägiger Prüfung für zulässig erachte.

Die Entscheidung lässt sich auch auf andere Bundesländer übertragen, in deren die Gemeindeordnung im Gegensatz zu Niedersachsen keinen Verwaltungsausschuss kennt. Dort könnte der Fall so gebildet werden, dass etwa der Bürgermeister oder ein Ratsausschuss die Vergabekriterien festgelegt hat.

Anzumerken ist noch, dass beim Zugang zu Volksfesten, Märkten und dgl. elementar danach zu differenzieren ist, ob die betreffende Veranstaltung nach § 69 GewO festgesetzt worden ist oder nicht. Liegt wie hier eine wirksame Festsetzung vor, richtet sich der Zugangsanspruch potenzieller Teilnehmer allein nach § 70 GewO. Für den Zugangsanspruch der Einwohner nach der Gemeindeordnung (z.B. §§ 22 NGO, 8 II GO NRW) ist daneben kein Raum (vgl. Dietlein, Jura 2002, 445 [449]; Fastenrath, NWVB1 1992, 51 [52]). Liegt hingegen keine wirksame Festsetzung vor, kommt ausschließlich der Zugangsanspruch nach den Gemeindeordnungen für Einwohner in Betracht.

**Vertiefungshinweise:**

□ Organkompetenz zur Aufstellung von Vergaberichtlinien: *BayVGH*, RA 2004, 496 = *BayVB1* 2004, 494; RA 2003, 732 = *NVwZ-RR* 2003, 771

Übertragung der Vergabekompetenz auf Ausschuss: VG Augsburg, NVwZ-RR 2001, 468; VG Freiburg, NVwZ-RR 2002, 139

Auswahlkriterium "bekannt und bewährt": VG Schleswig, RA 1999, 349 = NVwZ-RR 1999, 308

**Kursprogramm:**

Examenskurs : "Kein Platz auf der Kirmes"

**Leitsätze:**

1. Zur innergemeindlichen Zuständigkeit für den Erlass von Richtlinien zur Durchführung des Zulassungsverfahrens zur Teilnahme an Volksfesten.
2. Die Verwaltung ist an die vom Rat/Verwaltungsausschuss aufgestellten Richtlinien als erlassene Ermessensdirektive gebunden.
3. Bei der Beurteilung der Attraktivität steht der Verwaltung eine Bewertungs- und Beurteilungskompetenz zu, die notwendig mit subjektiven Vorstellungen und Wertentscheidungen verbunden ist.
4. Die Erschöpfung der Platzkapazität rechtfertigt eine Versagung effektiven einstweiligen Rechtsschutzes nicht.

**Sachverhalt:**

Die ASt. möchte mit ihrem Autoscooter erstmals am "Kramermarkt" vom 1. bis 10.10.2004 teilnehmen. Dabei handelt es sich um eine nach §§ 60 b II i.V.m. 69 GewO festgesetzte Kirmes, die von der Ag., der Stadt O. in Niedersachsen, jährlich veranstaltet wird. Bei der Vergabe der Stellplätze wurden ihr jedoch andere Bewerber vorgezogen, die seit Jahren Marktbesucher und daher "bekannt und bewährt" waren; da hiernach die Kapazität des Festplatzes erschöpft war, wurde der Zulassungsantrag der ASt. abgelehnt.

Der Vergabeentscheidung lagen Richtlinien der Gemeinde zugrunde, die ihr Verwaltungsausschuss festgelegt hatte. Danach sollen zunächst die Betriebe zum Zuge kommen, von denen angenommen werden kann, dass sie wegen ihrer Neuheit, Art, Ausstattung oder ihres Warenangebots besondere Anziehungskraft ausüben. Unter in diesem Sinne gleichartigen Betrieben sollen die "bekanntesten und bewährtesten" Betriebe den Vorzug erhalten. Ist auch hiernach noch keine Entscheidung möglich und reicht der zur Verfügung stehende Platz nicht aus, soll das Los entscheiden.

Den Vorzug der anderen Bewerber begründete die Ag. damit, dass sich die Fahrgeschäfte aller Bewerber zwar in puncto Neuheit, Art und Ausstattung miteinander vergleichen ließen, es aber graduelle Unterschiede im Erscheinungsbild gebe, die zu Lasten der ASt. ins Gewicht fielen.

Die ASt. meint, diese graduellen Unterschiede seien ja wohl Ansichtssache und daher keine tauglichen objektiven Kriterien für eine Vergabeentscheidung. Zudem stehe davon nichts in den Richtlinien. Diese seien ihrerseits bedenklich, weil sie nicht vom Rat beschlossen worden seien, wie sich das normalerweise gehöre. Außerdem hätte man für alle Platz schaffen können, wenn

man die Größen der Fahrgeschäfte in den Vergaberichtlinien geringer festgesetzt hätte.

Die Ag. meint, eine Zulassung der ASt. sei jetzt unmöglich, da die Plätze bereits an die Konkurrenten vergeben seien. Im übrigen habe sie ermessensfehlerfrei über die Vergabe entschieden, weil ihre Vergaberichtlinien wirksam seien. Diese seien zwar nicht vom Rat beschlossen worden; dieser habe aber im Rahmen einer allgemeinen Marktordnung festgelegt, dass "das Angebot ausgewogen und mit attraktiven Geschäften abwechslungsreich gestaltet werden" müsse. Die vom Verwaltungsausschuss festgelegten Richtlinien seien lediglich eine konkretisierende Umsetzung dieser Vorgaben.

Die ASt. versucht Mitte September 2004, unter Beifügung einer eidesstattlichen Versicherung im Wege einer einstweiligen Anordnung nach § 123 I 2 VwGO zu erreichen, dass die Ag. verpflichtet wird, die ASt. mit ihrem Autoscooter doch noch zum Kramermarkt 2004 zuzulassen. Ist der Antrag begründet?

**Lösung:**

"Nach § 123 I 2 VwGO kann eine einstweilige Anordnung zur Regelung eines vorläufigen Zustandes in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis ergehen, wenn sowohl ein Anordnungsgrund (die Eilbedürftigkeit der begehrten Regelung) als auch ein Anordnungsanspruch (der materiell-rechtliche Anspruch auf die begehrte Regelung) hinreichend glaubhaft gemacht worden sind (§ 123 III VwGO i. V. mit §§ 920 II, 294 ZPO).

*A. Anordnungsanspruch*

*I. Anspruchsgrundlage*

"Die Ag. betreibt den Kramermarkt als öffentliche Einrichtung und als nach § 60 b I und II GewO festgesetztes Volksfest, so dass die ASt. gem. § 60 b II i.V. mit § 70 I GewO nach Maßgabe der für alle Veranstaltungsteilnehmer geltenden Bestimmungen einen Anspruch auf Zulassung zu dem nach § 69 GewO festgesetzten Volksfest der Ag. hat."

*II. Tatbestand*

*1. ASt. im potenziellen Teilnehmerkreis*

"Die ASt. gehört nach § 70 I GewO mit ihrem Autoscooter zum Teilnehmerkreis der festgesetzten Veranstaltung."

*2. Kapazität*

*a. Ausschlussmöglichkeit bei Bewerberüberhang*

"Ihr aus dem Grundsatz der Marktfreiheit abzuleitender Anspruch ist indes durch die Regelung in § 70 III GewO modifiziert. Hiernach kann der Veranstalter aus sachlich gerechtfertigten Gründen, insbesondere wenn der zur Verfügung stehende Platz nicht ausreicht, allen Bewerbern einen Standplatz zuzuweisen, einzelne

Aussteller und Anbieter von der Teilnahme ausschließen. [...]

Die Ag. hat nach eigenem Vorbringen, an dessen Richtigkeit zu zweifeln kein Anlass besteht, den zur Verfügung stehenden Platz in Anspruch genommen und keine Platzreserven zurückgehalten. Der zur Verfügung stehende Platz wird einmal begrenzt durch die festgesetzte Festplatzfläche und bestimmt sich auf diesem Platz neben den technischen Anforderungen insbesondere nach gestalterischen Gesichtspunkten. Es ist wegen des dem Veranstalter eingeräumten Ermessens nicht zu beanstanden, dass die Ag. die von den zugelassenen Bewerbern angegebenen Maße ihrer Geschäfte, gerundet und mit Sicherheitspolstern versehen hat und die dann kurz vor Eröffnung des Marktes an verschiedenen Stellen entstandenen Lücken mit kleinen Geschäften gefüllt werden.“

#### *b. Rechtsfolge*

“Die Entscheidung, welchem der Bewerber der Vorzug zu geben ist, und welche Bewerber abzulehnen sind, steht im Ermessen des Veranstalters (vgl. OVG Lüneburg, NJW 2003, 531 = GewArch 2002, 428; VGH München, GewArch 2004, 248), so dass der Ast. im Rahmen dieser Entscheidung grundsätzlich nur ein Anspruch auf fehlerfreie Ausübung dieses Ausschließungsermessens zusteht (vgl. auch Schönleiter, in: Landmann/Rohmer, GewO, § 70 Rdnr. 10; Wagner, in: Friauf, GewO, § 70 Rdnr. 54 m.w.N.).“

#### *c. Anforderungen an ermessensfehlerfreie Vergabekriterien*

“Der Ausschluss der Ast. erfolgte wegen Platzmangels und muss nach § 70 III GewO sachlich gerechtfertigt sein. Sachlich gerechtfertigt sind, wie sich aus dem Sinnzusammenhang der Regelungen in den einzelnen Absätzen des § 70 GewO ergibt, allein Gründe, die im Rahmen des vom Veranstalter festgelegten Volksfestkonzepts der Marktfreiheit Rechnung tragen, denn die sich aus § 70 I GewO ergebende Marktfreiheit wird durch § 70 III GewO nicht aufgehoben, sondern nur modifiziert (OVG Lüneburg, Urteil vom 21.9.1994 - 7 L 4560/93; Heitsch, GewArch 2004, 225 [227]).“

#### *d. Subsumtion*

“Die Ag. hat ihrer Entscheidung die vom Verwaltungsausschuss beschlossenen Richtlinien zur Durchführung des Zulassungsverfahrens zur Teilnahme an Volksfesten/Spezialmärkten der Stadt O. zu Grunde gelegt. Damit hat sie dem Erfordernis, dass die Kriterien für die Auswahl und damit die Zulassung zum Volksfest und ihr Verhältnis zueinander vor der Entscheidung festgelegt sein müssen, um eine einheitliche Anwendung gegenüber sämtlichen Bewerbern nachvollziehbar und damit auch im Hinblick auf die Gewährung effektiven Rechtsschutzes justiziabel zu machen, Genüge getan (vgl. VG Oldenburg, Beschluss vom 3.9.2003 - 12 B 1761/03 m.w.N.).“

#### *aa. Wirksamkeit der Vergaberichtlinien*

Damit die Richtlinien als Vergabegrundlage dienen können, müssen sie selbst zunächst rechtmäßig sein. Hieran bestehen zunächst in formeller Hinsicht Zweifel, weil sie nicht vom Rat, sondern vom Verwaltungsausschuss, §§ 56 ff. NGO, beschlossen worden sind.

#### *(a). Grundsatz: Rat zuständig*

“Da die Richtlinien als abstrakte Ermessensbindung der Verwaltung dienen sollen, sind sie zutreffend nicht als Geschäft der laufenden Verwaltung angesehen worden. Die innergemeindliche Zuständigkeit für den Erlass von Richtlinien zur Durchführung des Zulassungsverfahrens zur Teilnahme an Volksfesten/Spezialmärkten richtet sich vielmehr nach § 40 I Nr. 1 NGO, wenn der Markt zugleich als öffentliche Einrichtung geführt wird (vgl. zur Frage der innergemeindlichen Zuständigkeit: VGH München, NVwZ-RR 2003, 771 = BayVBl 2003, 501 = GewArch 2003, 304; VGH Mannheim, NVwZ-RR 1992, 90 = GewArch 1991, 35; VG Lüneburg, Urteil vom 17.09.2003 - 5 A 41/03).

§ 40 I Nr. 1 NGO regelt die Richtlinienzuständigkeit des Rates, die auch nicht auf andere Organe der Gemeinde übertragen werden kann. Hierzu gehören auch die Richtlinien für die Benutzung von öffentlichen Einrichtungen nach § 22 I NGO (vgl. Thiele, NGO, 5. Aufl. [1999], § 40 Anm. 2). [...] Demnach wären die vom Verwaltungsausschuss der Ag. aufgestellten Richtlinien nichtig. Die Ast. könnte sich wegen der erheblichen Grundrechtsrelevanz der Zulassungskriterien auf die fehlerhafte innergemeindliche Zuständigkeit auch berufen (vgl. VGH München, NVwZ-RR 2003, 771 = BayVBl 2003, 501 = GewArch 2003, 304; VGH Mannheim, NVwZ-RR 1992, 90 = GewArch 1991, 35).“

#### *(b). Ausnahme: Vergaberichtlinien als Ausfüllung eines vom Rat vorgegebenen Rahmens*

“Im vorliegenden Verfahren auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes hält die Kammer gleichwohl die vom Verwaltungsausschuss der Ag. aufgestellten Richtlinien für anwendbar. Der Rat der Stadt O. hat in der Marktordnung den grundlegenden Rahmen des Kramermarktes als öffentliche Einrichtung und als Volksfest festgelegt. Er hat - wenn auch sehr pauschal und allgemein - in dieser Marktordnung bestimmt, dass “das Angebot ausgewogen und mit attraktiven Geschäften abwechslungsreich gestaltet werden” soll. [...] Diese Regelungen, denen sich [...] keine näheren Bestimmungen über das Verfahren und die Kriterien der Auswahlentscheidung insbesondere bei fehlendem Platzangebot entnehmen lassen, genügen nicht als Grundlage einer Zulassungsentscheidung. Angesichts der Größe des Kramermarktes und seiner wirtschaftlichen Bedeutung für die Schausteller hat die Kammer eine Festlegung der maßgeblichen Vergabekriterien und deren Verhältnis zueinander in Vergaberichtlinien gefordert. Diese sind vom Verwaltungsausschuss der Ag. aufgestellt worden. Da der Rat der Stadt O. in seiner Marktordnung die grundlegende Rahmenentschei-

dung getroffen und abstrakte ausführungsbedürftige Vorgaben gegeben hat, sieht es die Kammer im vorliegenden Verfahren als rechtlich zulässig an, dass die Konkretisierung dieses Rahmens durch den Verwaltungsausschuss erfolgt ist.”

#### *bb. Verbindlichkeit/Außenwirkung*

Die Vergaberichtlinien können auch im Falle ihrer Wirksamkeit nicht ohne weiteres als im Verhältnis zur ASt. verbindlich und für das Gericht bindend angesehen werden, da sie als Verwaltungsvorschriften und damit als reines Innenrecht der Verwaltung einzustufen sind. Es ist jedoch allgemein anerkannt, dass derartige Richtlinien als Ausdruck einer ständigen Übung durch Art. 3 I GG mittelbare Bindungswirkung erhalten, d.h. nicht ohne sachlichen Grund von ihnen abgewichen werden darf (sogen. “Selbstbindung der Verwaltung”). Das VG geht hierauf auch ein:

“[Es] ist zunächst davon auszugehen, dass es sich bei den Richtlinien nicht um Rechtsnormen handelt, sondern um ermessenslenkende Richtlinien, die lediglich die ausgeübte Praxis der Vergabe der Plätze wiedergeben. Sie sind deshalb keiner richterlichen Interpretation unterworfen. Zu prüfen ist vielmehr, ob bei Anwendung derartiger Richtlinien in Einzelfällen der Gleichheitsgrundsatz verletzt oder der durch die gesetzliche Zweckbestimmung des § 70 GewO gezogene Rahmen nicht beachtet worden ist (OVG Lüneburg, Urteil vom 15.4.1992 - 7 L 3790/91; BVerwG, NJW 1979, 2059). [...] Auch die ASt. kann sich unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung aus Art. 3 I GG auf deren Einhaltung berufen.”

#### *cc. Einhaltung der Richtlinien*

“Hiernach sind das Auswahlverfahren und infolge dessen die Auswahlentscheidung der Ag. fehlerhaft und damit rechtswidrig, weil sie ihre Auswahlentscheidung nicht auf der Grundlage der Vergaberichtlinien, in denen die Auswahlkriterien und ihr Verhältnis zueinander näher bestimmt worden sind, getroffen hat.

Zunächst werden die Betriebe bevorzugt, von denen angenommen werden kann, dass sie wegen ihrer Neuheit, Art, Ausstattung oder ihres Warenangebotes eine besondere Anziehungskraft ausüben. Dabei dürften in erster Linie Marktneuheiten angesprochen sein. Vorzuziehen sind Betriebe, die wegen ihrer optischen Gestaltung (insb. Fassadengestaltung, Beleuchtung), ihres Pflegezustandes, des Platzangebotes, der Präsentation oder ihres Warenangebotes attraktiver als gleichartige Betriebe anderer Bewerber sind. Bei hiernach gleichwertigen Bewertungen der Attraktivität erhalten die “bewährten und bekannten Bewerber” gegenüber Neubewerbern den Vorzug. Erst wenn sich also Bewerber in gleicher Art, vergleichbarem Umfang und vergleichbarer Attraktivität vorstellen, greift das Kriterium “bekannt und bewährt” als weiteres Auswahlkriterium. Erst bei gleicher Attraktivität aller Bewerber in einer Anzahl, die über die zuzulassende Zahl hinaus geht, ist das zusätzliche Auswahlkriterium “bekannt und bewährt” maßgebend.”

#### *(1). Fehlerhafter Vorrang der Altbeschicker*

“Die Ag. hat diese Richtlinien ihrer Entscheidung, den Antrag der Ast. auf Zulassung des Autoscooters abzulehnen, [...] nicht zugrunde gelegt. Sie hatte bei Durchsicht und Zusammenstellung der Bewerber festgestellt, dass sich die in den letzten Jahren zugelassenen Anbieter von Autoscootern auch in diesem Jahr bewarben. Daneben hatten sich bislang nicht zugelassene, so genannte Neubewerber beworben. Weder dem Akteninhalt noch dem Vorbringen der Ag. ist zu entnehmen, dass die Auswahl aller Bewerber - wie es die Richtlinien in Nr. 5.3 vorsehen - nach Attraktivitätskriterien vorgenommen worden ist. Die Ag. hat zunächst die vier “Altbeschicker” berücksichtigt und unter diesen vier Bewerbern eine Auswahl getroffen, ohne ihre Attraktivität mit der der “Neubewerber” zu vergleichen. Schon dies entspricht nicht den Richtlinien, denn erst bei Gleichwertigkeit aller Bewerber greift das Kriterium “bekannt und bewährt” nach Nr. 5.4 der Richtlinien.“

#### *(2). Fehlerhafte Ermittlung gradueller Unterschiede*

“Für den Fall, dass trotz Anwendung aller vorausgegangenen Auswahlkriterien weiterhin eine Konkurrenzsituation besteht, entscheidet nach Nr. 5.7 der Richtlinien das Los. Anders als Nr. 5.7 der Richtlinien für diesen Fall vorsieht, ermittelte die Ag. aber anschließend noch “graduelle Unterschiede im Erscheinungsbild der betreffenden Fahrgeschäfte”. Dies entspricht schon vom Grundsatz her nicht den Richtlinien, so dass die Entscheidung der Ag. bereits aus diesem Grund rechtswidrig ist.”

### *III. Rechtsfolge*

“Die sich hieraus ergebende rechtsfehlerhafte Ausübung des Ermessens führt allerdings nicht zur Verpflichtung der Ag., die Ast. im Wege einer einstweiligen Anordnung zum Kramermarkt 2004 zuzulassen; insoweit ist der Antrag der Ast. abzulehnen, weil sie einen entsprechenden Anordnungsanspruch nicht glaubhaft gemacht hat.”

#### *1. Keine Ermessensreduktion zugunsten der ASt.*

“Die von der Ast. begehrte Regelung steht - wie dargelegt - im Ermessen der Ag. In einem Hauptsacheverfahren hat ihr Begehren auf Verpflichtung der Ag. auf Zulassung zum Volksfest nur dann Erfolg, wenn eine rechtsfehlerfreie Ermessensentscheidung der Ag., sich hierauf reduzierte, d.h. allein die Zulassung zum Volksfest ermessensfehlerfrei wäre (so genannte Ermessensreduzierung auf Null). Andernfalls kann sie lediglich eine ermessensfehlerfreie Entscheidung über ihren Zulassungsantrag begehren, so dass die von der Ast. begehrte Zulassung zum Kramermarkt 2004 im Wege einer einstweiligen Anordnung zur Überschreitung des in einem gegebenenfalls folgenden Klageverfahren zu erreichenden Rechtsschutzes führte. Ob bei einer Ermessensentscheidung ein Anspruch auf Erlass einer einstweiligen Anordnung auf Zulassung nur dann als hinreichend glaubhaft gemacht angesehen

werden kann, wenn die ablehnende Ermessensentscheidung ermessensfehlerhaft ist und allein das Ergehen der vom Betroffenen beantragten Entscheidung als ermessensfehlerfrei erscheint (vgl. BVerwGE 63, 110 [112]; OVG Greifswald, GewArch 1996, 76 [78]; OVG Münster, NVwZBeil. 1995, 20 [22]) oder ob zur Vermeidung verfassungswidriger Rechtsschutzlücken vorläufiger Rechtsschutz auf Zulassung bereits dann zu gewähren ist, wenn die Versagung des begehrten Verwaltungsaktes ermessensfehlerhaft ist und sich bei summarischer Prüfung bereits erkennen lässt oder überwiegend wahrscheinlich ist, dass eine Neubescheidung zu Gunsten des Ast. ausgehen wird (vgl. zum Meinungsstreit Finkelnburglahn, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren, Rdnrn. 237 ff.; OVG Schleswig, DöD 1997, 212 f. m. w. Nachw.), kann im vorliegenden Fall offen bleiben. Denn es ist nicht ersichtlich, dass allein die Zulassung der Ast. zum Kramermarkt 2004 eine rechtsfehlerfreie Ermessensentscheidung darstellt. [Es] ist nach den anzuwendenden Richtlinien eine Losentscheidung herbeizuführen, wenn trotz Anwendung aller Auswahlkriterien weiterhin eine Konkurrenzsituation besteht (Nr. 5.7 der Richtlinien). Angesichts einer Losentscheidung kann von einer allein zugunsten der Ast. ausgehenden Entscheidung der Ag. nicht ausgegangen werden."

## 2. Aber Anspruch auf Neubescheidung

"Indes sieht es die Kammer zur Wahrung effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 IV 1 GG) für erforderlich an, die Ag. im Wege der einstweiligen Anordnung zur erneuten Bescheidung zu verpflichten."

### a. Vorwegnahme der Hauptsache

"Der Erlass einer einstweiligen Anordnung bezogen auf einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung ist nicht ausgeschlossen, setzt aber wegen der Vorwegnahme der Hauptsache voraus, dass dies die einzige Möglichkeit ist, wirksamen Rechtsschutz zu erlangen (vgl. Schoch, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, Rdnr. 159 m.w.N.). Art. 19 IV GG gewährleistet nicht nur das formale Recht, die Gerichte anzurufen, sondern auch die Effektivität des Rechtsschutzes. Dieser muss die vollständige Nachprüfung des angegriffenen Hoheitsaktes in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht durch ein Gericht ermöglichen. Bezogen auf die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes gebietet das Erfordernis effektiven Rechtsschutzes - vor allem wenn Grundrechte des Rechtsschutzsuchenden betroffen sind - der Schaffung vollendeter Tatsachen so weit wie möglich zuvorzukommen, die im Falle der endgültigen Feststellungen der Rechtswidrigkeit des hoheitlichen Handelns nicht mehr rückgängig gemacht werden können (vgl. BVerfG, NJW 2002, 3691; vgl. hierzu Pöcker, NVwZ 2003, 688).

Auch im vorliegenden Verfahren ist demnach der Grundsatz effektiven Rechtsschutzes - auch im Hinblick auf das Grundrecht der Ast. auf freie Berufsausübung - zu bejahen, weil allein durch eine Neubescheidung

die Möglichkeit der Ast. gewahrt wird, zum diesjährigen Kramermarkt zugelassen zu werden. Eine hiervon abweichende Beurteilung ist nach Auffassung des Gerichts nur dann gerechtfertigt, wenn offenkundig ist, dass die von der Behörde zu treffende Ermessensentscheidung rechtsfehlerfrei zu Ungunsten des Ast. ausgehen wird und damit die Gefahr, dass die Folgen einer rechtswidrigen hoheitlichen Maßnahme nicht rückgängig gemacht werden können, nicht zu befürchten ist oder ausnahmsweise überwiegende, besonders gewichtige Gründe dem entgegenstehen. Solche offenkundigen Gründe liegen nicht vor [wird ausgeführt]."

### b. Keine Unmöglichkeit durch bereits erfolgte Vergabe

"Aus diesem Grund steht dem Anspruch der Ast. auch nicht entgegen, dass über die Zulassungsanträge der Mitbewerber bereits entschieden ist und die zur Verfügung stehenden Plätze bereits vergeben sind. Die Erschöpfung der Platzkapazität rechtfertigt eine Versagung effektiven einstweiligen Rechtsschutzes nicht. Ergibt die Überprüfung der versagenden Vergabeentscheidung im einstweiligen Rechtsschutzverfahren, dass ein Standplatz zu Unrecht vorenthalten wurde, hat das Fachgericht eine entsprechende Verpflichtung des Marktanbieters auszusprechen. Es ist dann die im Einzelnen vom Gericht nicht zu regelnde Sache des Marktanbieters, diese Verpflichtung umzusetzen. Sowohl das öffentliche Recht wie das Privatrecht halten mit Widerruf und Rücknahme oder der Möglichkeit der (außerordentlichen) Kündigung, ggf. gegen Schadensersatz für den rechtswidrig bevorzugten Marktbesucher, Vorkehrungen für den Fall bereit, dass die öffentliche Hand eine zunächst gewährte Rechtsposition entziehen muss (BVerfG, NJW 2002, 3691; VGH Kassel, GewArch 1993, 248)."

## IV. Zwischenergebnis

Der AST. hat nur, aber immerhin einen Anspruch auf erneute, diesmal ermessensfehlerfreie Bescheidung seines Antrags durch die Ag. Insoweit liegt ein Anordnungsgrund vor; hinsichtlich der Verpflichtung zur eigenen Zulassung ist der Antrag hingegen unbegründet, da sich das Ermessen der Ag. bzgl. der erneuten Bewerberauswahl nicht auf den AST. reduziert.

### B. Anordnungsgrund

"Der erforderliche Anordnungsgrund liegt angesichts [der zeitlichen Nähe] des von der Ag. veranstalteten Kramermarktes vom 1. bis 10.10.2004 vor."

### C. Glaubhaftmachung

Glaubhaft gemacht wird eine streitige Tatsache nach §§ 123 III VwGO i.V.m. 920 II, 294 ZPO durch die Strengbeweismittel oder die Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung. Letztere liegt hier laut Sachverhalt vor.

### D. Ergebnis

Der Antrag ist teilweise begründet.

**Standort: Verbraucherdarlehensrecht****Problem: Anwendung auf Schuldbeitritt**

BGH, URTEIL VOM 08.11.2005  
XI ZR 34/05 (NJW 2006, 431)

**Problemdarstellung:**

In diesem Rechtsstreit nahm die klagende Landesbank den Bekl. aus einem Schuldbeitritt auf teilweise Rückzahlung eines Darlehens in Anspruch. Das Darlehen hatte die Kl. seinerzeit der zwischenzeitlich insolventen S.-GmbH gewährt, an welcher der Bekl. 48,8 % der Gesellschaftsanteile hielt, zudem war er alleiniger Geschäftsführer der GmbH. Da in der Schuldbeitrittserklärung weder der Gesamtbetrag aller zur Darlehenstilgung erforderlichen Zahlungen, noch der effektive Jahreszins angegeben waren, ergab sich die Frage nach der Formnichtigkeit des geschlossenen Vertrags gem. §§ 4 I 1 Nr. 1 b) und e), 6 I VerbrKrG = §§ 492 I 5 Nr. 2 und 5, 494 I BGB n. F. Um diese Vorschriften des Verbraucherdarlehensrechtes auf den Schuldbeitritt anwenden zu können, musste der Bekl. trotz seiner Stellung als Gesellschafter und alleiniger Geschäftsführer der darlehensnehmenden GmbH als Verbraucher einzustufen sein. Der BGH hielt in dieser Entscheidung an seiner extensiven Auslegung des Verbraucherschutzrechtes fest und erteilte damit den zahlreichen Kritikern seiner diesbezüglichen Rechtsprechung eine deutliche Absage.

**Prüfungsrelevanz:**

Das vorliegende Urteil berührt eine Vielzahl hochgradig examensrelevanter Probleme. Im Mittelpunkt steht natürlich die Frage der Anwendbarkeit der §§ 491 ff BGB auf den Schuldbeitritt des geschäftsführenden Gesellschafters einer kreditsuchenden GmbH zu deren Darlehensverbindlichkeit. Insofern sind die Ausführungen des erkennenden Senats, mit denen er an die bisherige Rechtsprechung zu dieser Frage anknüpft, ohne weiteres auf die Rechtslage nach Überführung des VerbrKrG in die §§ 491 ff BGB übertragbar. Eine klausurmäßige Behandlung des Falles muss sich zudem natürlich mit der Abgrenzung des Schuldbeitritts zum vom Gesetzgeber in den §§ 765 ff BGB an und für sich vorgesehenen schuldrechtlichen Sicherungsvertrag in Form der Bürgschaft ausführlich auseinandersetzen. Zudem wird die Frage des Einwandes der unzulässigen Rechtsausübung gem. § 242 BGB gegenüber dem Verweis des Schuldners auf die Formnichtigkeit eines Vertrags angesprochen. In prozessualer Hinsicht verdient insbesondere die durch den Bekl. mit Erfolg erhobene Hilfswiderklage besondere Aufmerksamkeit.

**Vertiefungshinweise:**

- Zum Umfang eines Freistellungsanspruchs nach gem. § 415 BGB gescheiterter Schuldübernahme: *BGH*, RA 2002, 538 = *NJW* 2002, 2382
- Bürgschaft einer GmbH für Verbindlichkeiten des

geschäftsführenden Alleingesellschafters: *BGH*, RA 2002, 706 = *NJW* 2002, 3167

- Zur Anwendbarkeit der Formvorschriften des Verbraucherdarlehensrechts auf den Schuldbeitritt: *BGH*, RA 2001, 23 = *NJW* 2000, 3496

**Kursprogramm:**

- Examenskurs*: "Endlich ins Internet"
- Examenskurs*: "Traumgrundstücke"
- Examenskurs*: "Mieser Klebstoff"
- Assessorkurs*: "Der Blumenhandel"
- Assessorkurs*: "Der undankbare Neffe"

**Leitsätze:**

**An der gefestigten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (BGHZ 133, 71 [77, 78]; 133, 220 [223]; 144, 370 [380] und Senatsurteil, WM 1997, 710 jeweils m.w.N.) zur entsprechenden Anwendung des Verbraucherkreditgesetzes auf die Mithaftungsübernahme des geschäftsführenden Allein- oder Mehrheitsgesellschafters einer GmbH wird festgehalten. Die in der Literatur zum Teil bejahte Gleichstellung dieser Geschäftsführungsorgane mit den Kaufleuten des Handelsgesetzbuches oder kaufmannsähnlichen Personen entspricht nicht der Vorstellung des Gesetzgebers und überschreitet die Grenzen zulässiger Rechtsfortbildung.**

**Sachverhalt:**

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer Mithaftungsübernahme des früheren Gesellschafters und Geschäftsführers für die Darlehensschuld der insolventen GmbH. Dem liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Die klagende Landesbank gewährte durch ihr organisatorisch verselbständigtes Förderungsinstitut aufgrund eines entsprechenden Bescheides des Landes Mecklenburg-Vorpommern am 29.09. / 07.10.1997 der S.-GmbH (nachfolgend: GmbH) ein Darlehen über 2.979.000,- DM aus dem Programm "Sondervermögen Unternehmenshilfe". Der Bekl. war damals alleiniger Geschäftsführer der GmbH und an ihrem Stammkapital mit 48,8 % beteiligt, während sein Sohn die restlichen Geschäftsanteile hielt. Wie im Darlehensvertrag vorgesehen, übernahmen beide Gesellschafter am 27.09.1997 die persönliche Mithaftung für die Darlehensrückzahlungsforderung in Höhe ihrer Beteiligungsquote. Der zunächst zur Überwindung von Liquiditätsproblemen der GmbH ausgereichte und auf sechs Monate befristete Kredit wurde mit Vertrag vom 01. / 04.12.1998 in ein zehnjähriges Darlehen umgewandelt. In den Darlehensverträgen und in der Mithaftungsabrede waren weder der Gesamtbetrag aller von der GmbH zu leistenden Zahlungen noch der effektive Jahreszins angegeben. Im Dezember 2001 eröffnete das Amtsgericht über das Vermögen der GmbH das Insolvenzverfahren. Die Kl. kündigte daraufhin den

Kreditvertrag am 19.12.2001 bei einem Debet von 2.085.300,- DM fristlos. Gestützt auf den Schuldbeitritt vom 27.09.1997 nimmt die Kl. den Bekl. auf Rückzahlung des Darlehens in Höhe eines Teilbetrages von 50.000,- € zuzüglich Zinsen in Anspruch. Der Bekl. hält die Mithaftungsvereinbarung wegen Verstoßes gegen Formvorschriften des Verbraucherkreditgesetzes für nichtig. Im Wege der Hilfswiderklage begehrt er die Feststellung, der Kl. keine weiteren Zahlungen zu schulden.

Haben die bei dem zuständigen LG erhobenen Klagen Erfolg ?

[Anm.: Der Fall ist nach aktuell geltendem Recht zu lösen. Unterstellen Sie dabei, dass die Vorschriften des VerbrKrG durch die Schuldrechtsreform inhaltlich unverändert in die §§ 491 ff BGB übernommen wurden. Gehen Sie ferner davon aus, dass die partei- und prozessfähige Kl. Darlehensgeberin eines allein nach zivilrechtlichen Grundsätzen zur beurteilenden Darlehens ist.]

### Lösung:

#### A. Klage auf Zahlung von 50.000,- €

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

#### I. Zulässigkeit der Klage

Die klagende Landesbank ist laut Bearbeitervermerk im Zivilprozess partei- und prozessfähig. Da die Klage zudem bei dem zuständigen LG erhoben wurde, bestehen hinsichtlich ihrer Zulässigkeit keine Bedenken.

#### II. Begründetheit der Klage

Die Klage ist begründet, soweit der Kl. gegen den Bekl. ein Anspruch auf Zahlung von 50.000,- € zu steht.

#### 1. Anspruch aus §§ 765, 488 I 2 BGB

Ein solcher Anspruch könnte sich zunächst aus einem Bürgschaftsvertrag zur Absicherung des der inzwischen insolventen S.-GmbH gewährten Darlehens gem. §§ 765, 488 I 2 BGB ergeben.

#### a. Zu sichernde Forderung

Die Bürgschaft begründet ein akzessorisches Sicherungsrecht des Forderungsgläubigers. Eine wirksame Verpflichtung des Bürgen ist deshalb zunächst davon abhängig, dass eine Hauptverbindlichkeit wirksam begründet wurde.

Die S.-GmbH hat von der Kl. im Jahr 1997 ein Darlehen in Höhe von 2.979.000,- DM (= 1.523.138,50 €) gewährt bekommen. Am 19.12.2001 kündigte die Kl. dieses Darlehen bei ausstehenden Zahlungen i. H. v. 2.085.300,- DM (= 1.066.196,90 €) wegen des zwischenzeitlich eröffneten Insolvenzverfahrens fristlos. Eine solche fristlose Kündigung wegen Vermögensverfalls des Darlehensnehmers ist auf der Basis des §

490 I BGB möglich.

Damit besteht eine fällige Hauptforderung der Kl. gegen die S.-GmbH aus § 488 I 2 BGB i. H. v. 1.066.196,90 €.

#### b. Bürgschaftsvertrag

Zwischen der Kl. und dem Bekl. müsste dann ein Bürgschaftsvertrag zustande gekommen sein, der die Sicherung dieser Darlehensrückzahlung zum Gegenstand hatte.

Der Bekl. hat am 27.09.1997 die "persönliche Mithaftung" für die Darlehensrückzahlung in Höhe von 48,8 % (= 520.304,08 €) übernommen. Fraglich ist allerdings, ob diese sog. "Mithaftungsabrede" als Bürgschaft i. S. d. § 765 BGB aufzufassen ist. Dieses ist durch eine Auslegung der Willenserklärung des Haftungswilligen gem. §§ 133, 157 BGB zu ermitteln. Dabei ist die Bürgschaft insbesondere vom Schuldbeitritt gem. §§ 311, 241 BGB, der eine gesamtschuldnerische Haftung des Beitretenden für die zu sichernde Forderung begründet, abzugrenzen. Maßgeblich für diese Abgrenzung ist neben dem Wortlaut der Erklärung der nachrangige Haftungswille des Bürgen gegenüber dem eine gleichrangige Verpflichtung übernehmenden Schuldbeitretenden sowie das in der Regel fremdnützige Motiv des Bürgen, dem in der Regel ein wirtschaftliches Eigeninteresse des Beitretenden gegenübersteht (Palandt/Grüneberg, vor § 414 Rz. 4).

Hier ist zu beachten, dass die Erklärung des Bekl. nicht als Bürgschaftserklärung bezeichnet wurde. Die in Bankgeschäften erfahrene Kl. hätte aber in dem Falle, dass eine Bürgschaft des Bekl. gewollt gewesen wäre, wohl auf eine eindeutige Formulierung derselben hingewirkt. Zudem verfolgte der Bekl. für die Kl. ersichtlich ein wirtschaftliches Eigeninteresse, da es um den Fortbestand des als GmbH organisierten Familienbetriebs ging, an dem er selbst 48,8 % Gesellschaftsanteile hielt.

Dementsprechend war hier keine Bürgschaftsübernahme, sondern vielmehr ein Schuldbeitritt durch den Bekl. gewollt.

#### c. Ergebnis

Die Kl. hat keinen Anspruch gegen den Bekl. auf Zahlung von 50.000,- € gem. §§ 765, 488 I 2 BGB.

#### 2. Anspruch aus §§ 488 I 2, 421 BGB

Ein solcher Anspruch könnte sich jedoch infolge eines Schuldbeitritts des Bekl. zu der Darlehensverbindlichkeit der S.-GmbH ergeben.

#### a. Wirksame Hauptschuld

Ein Schuldbeitritt gem. §§ 331, 241 BGB führt grundsätzlich zu einer dem ursprünglichen Schuldner gegenüber selbständigen Verpflichtung des Beitretenden, die wegen des für die Gesamtschuld in § 425 BGB verankerten Grundsatzes der Einzelwirkung ihr eigenes Schicksal haben kann. Jedenfalls in ihrer Entstehung ist diese Verbindlichkeit aber von dem Vorhandensein der Ursprungsverbindlichkeit abhängig, damit dieser

überhaupt beigetreten werden kann (Jauernig/Stadler, vor § 765 Rz. 17).

Wie oben bereits geprüft, lag eine wirksame Hauptverbindlichkeit der S.-GmbH gegenüber der Kl. vor.

#### b. Vertragsschluss zwischen Kl. und Bekl.

Zwischen der Kl. und dem Bekl. müsste dann ein Vertrag zustandegekommen sein, der einen Schuldbeitritt im oben dargestellten Sinne zum Inhalt hat.

Die sog. "Mithaftungsabrede" vom 27.09.1997 hatte den obigen Ausführungen unter A. I. 1. b. zufolge einen solchen Inhalt. Diese könnte aber gem. § 492 I 5 Nr. 2, 5 i. V. m. 494 I BGB [= § 4 I 4 Nr. 1 lit. b), e) i. V. m. § 6 I VerbrKrG] formnichtig und damit unwirksam sein.

#### aa. Anwendbarkeit des Verbraucherdarlehensrechts

Das setzt voraus, dass die Regeln des Verbraucherdarlehensrechts überhaupt auf die vorliegende Mithaftungsabrede anwendbar sind.

#### (1.) Sachlicher Anwendungsbereich

Die Eröffnung des sachlichen Anwendungsbereichs setzt das Vorliegen eines (Verbraucher-) Darlehensvertrags i. S. d. § 491 I BGB voraus. Hier geht es allerdings nicht um das an die S.-GmbH gewährte Darlehen, sondern um den Schuldbeitritt des Bekl. Zur Anwendbarkeit des Verbraucherdarlehensrechts auf Schuldbeitrittsverträge der BGH:

"Der Schuldbeitritt ist seinem Wesen nach zwar selbst kein Kreditvertrag im Sinne des § 491 I BGB [= § 1 II VerbrKrG]. Er ist aber nach der gefestigten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (BGHZ 133, 71 [74 f.]; 133, 220 [222 f.]; 155, 240 [243]; Senatsurteile vom 28.01.1997 - XI ZR 251/95, WM 1997, 663 [664] und vom 27.06.2000 - XI ZR 322/98, WM 2000, 1799 m.w.N.) einem Kreditvertrag bei wertender Betrachtung gleichzustellen, wenn es sich bei dem Vertrag, zu dem der Beitritt erklärt wird, wie hier um einen Kreditvertrag handelt. An die Formwirksamkeit des Schuldbeitritts sind deshalb dieselben strengen Anforderungen zu stellen wie an den Kreditvertrag selbst. Dies gilt im besonderen Maße für das Schriftformerfordernis und die Mindestangaben des § 492 I 1, 5 BGB [= § 4 I VerbrKrG], die Informations- und Warnfunktion für den Verbraucher haben und ihm überdies die Entscheidung über die Ausübung des Widerrufsrechts erleichtern sollen (vgl. BGHZ 142, 23 [33]). Dem Beitretenden müssen daher bei Abgabe der Mithaftungserklärung die wesentlichen Kreditkonditionen im Sinne des § 492 I 5 BGB [= § 4 I 4 VerbrKrG] - einschließlich der sich aus ihnen ergebenden Gesamtbelastung - klar und deutlich vor Augen geführt werden, damit er wie der Hauptschuldner rechtzeitig und zuverlässig erkennen kann, auf was er sich einlässt (Senatsurteile vom 27.06.2000, aaO und 24.06.2003, BGHZ 155, 240 [243 f.])."

Damit ist der sachlicher Anwendungsbereich der §§ 491 ff BGB eröffnet.

#### (2.) Persönlicher Anwendungsbereich

§ 491 I BGB setzt in persönlicher Hinsicht voraus, dass der Darlehensgeber als Unternehmer i. S. d. § 14 BGB gehandelt hat, während es sich bei dem Darlehensnehmer um einen Verbraucher i. S. d. § 13 BGB - ggfs. auch um einen Existenzgründer nach § 507 BGB - handeln muss.

Während die Unternehmereigenschaft der Kl. unproblematisch ist, erscheint die Verbrauchereigenschaft des Bekl. fraglich. Zwar ist er von der S.-GmbH als ursprüngliche Darlehensschuldnerin getrennt zu betrachten, andererseits hielt der Bekl. an dieser GmbH 48,8 % Gesellschaftsanteile und fungierte zum Zeitpunkt der Mithaftungsübernahme als alleiniger Geschäftsführer. Dieses deutet darauf hin, dass er in größerem Umfang am Wirtschaftsleben teilnahm und ggfs. auch über Geschäftserfahrungen verfügte, die es unangebracht erscheinen lassen könnten, ihm den Schutz der §§ 491 ff BGB zuteil werden zu lassen. Er könnte vielmehr als Kaufmann i. S. d. § 1 HGB - zumindest aber als kaufmannsähnliche Person - und damit als Unternehmer i. S. d. § 14 BGB einzustufen sein. Zu dieser in Rechtsprechung und Literatur unterschiedlich beurteilten Frage der BGH:

"Nach der gefestigten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes finden die §§ 491 ff BGB auch in den Fällen Anwendung, in denen der Kredit einer GmbH gewährt wird und der der Gesellschaftsschuld Beitretende deren geschäftsführender Gesellschafter ist. Dies gilt nicht nur dann, wenn der Beitretende Mehrheitsgesellschafter und Alleingeschäftsführer (vgl. BGHZ 133, 71 [77, 78]) oder Hauptgesellschafter und Mitgeschäftsführer der kreditnehmenden Hauptschuldnerin ist (vgl. BGHZ 133, 220 [223]), sondern auch dann, wenn es sich bei ihm um den geschäftsführenden Alleingeschäftsführer handelt (vgl. BGHZ 144, 370 [380] und Senatsurteil vom 25.02.1997 - XI ZR 49/96, WM 1997, 710 jeweils m.w.N.). An dieser in der Literatur (MünchKommBGB/Ulmer, 4. Aufl. § 491 Rz. 41; Kurz NJW 1997, 1828 f.; Wackenbarth, DB 1998, 1950 [1951 ff]; Canaris, AcP 200 (2000), 273 [355, 359]; Hänlein, DB 2001, 1185 [1187]; Dauner-Lieb/Dötsch, DB 2003, 1666 [1667 f.]; siehe auch Bungeoth, in: Festschrift für Schimansky S. 279 ff.) zum Teil auf Kritik gestoßenen Ansicht hält der erkennende Senat [...] fest."

#### (2.1) Getrennte Behandlung von GmbH als Darlehensschuldnerin und ihren Gesellschaftern / Geschäftsführern

"Der Geschäftsführer einerwerbenden GmbH ist weder Kaufmann im Sinne der §§ 1 ff HGB noch Unternehmer gemäß § 14 BGB (BGH, Urteil vom 15. Juli 2004 - III ZR 315/03, ZIP 2004, 1647 [1648 f.]; für den Geschäftsführer einer deutschen GmbH bzw. einer französischen S.A.R.L.). Nur die GmbH selbst ist nach § 13 III GmbHG, § 6 I HGB Kaufmann. Daran ändert auch der Besitz aller oder einiger GmbH-Anteile durch den Geschäftsführer nichts, weil die Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft zur reinen Vermögensver-

waltung zählt. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes stellt die Übernahme einer Bürgschaft durch den Geschäftsführer/Gesellschafter einer GmbH für deren Verbindlichkeiten daher kein Handelsgeschäft im Sinne des § 350 HGB dar (BGHZ 121, 224 [228]; 132, 119 [122] m.w.N.; zustimmend u.a. Heymann/Horn, HGB § 350 Rz. 5; Oetker, Handelsrecht 4. Aufl. § 7 III Rz. 57; Ebenroth/Boujong/Joost/Hakenberg, HGB § 350 Rz. 12; vgl. auch Koller/Roth/Morck, HGB 5. Aufl. § 350 Rz. 5).“

*(2.2) Gleichstellung mit echten Kaufleuten überschreitet die Grenzen zulässiger Rechtsfortbildung*

“Wie die vorgenannten Kritiker der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist zwar auch ein Teil der handelsrechtlichen Literatur (MünchKommHGB/Karsten Schmidt, § 350 Rz. 10; ders. ZIP 1986, 1510 [1515]; vgl. auch P. Bydlinski, Die Bürgschaft im österreichischen und deutschen Handels-, Gesellschafts- und Wertpapierrecht, 1991, S. 31 f.) der Ansicht, dass Geschäftsführer/Gesellschafter einer GmbH oder jedenfalls Allein- bzw. Mehrheitsgesellschafter mit Geschäftsführungsbefugnis (Canaris, Handelsrecht 23. Aufl. § 26 Rz. 13; Münch-KommBGB/Habersack, 4. Aufl. § 766 Rz. 3; vgl. auch Koller/Roth/Morck aaO: für geschäftsführende Alleingesellschafter) bei wertender Betrachtung wie echte Kaufleute nicht vor den Gefahren einer im Auftrag der kreditsuchenden Gesellschaft übernommenen Bürgschaft oder eines Schuldversprechens bzw. Schuldanerkenntnisses gewarnt werden müssen. Damit werden aber nicht nur die Grenzen zulässiger Rechtsfortbildung überschritten, sondern auch zu geringe Anforderungen an eine Gleichbehandlung des Geschäftsführers/Gesellschafters einer GmbH mit einem Kaufmann im Sinne des Handelsgesetzbuches gestellt.“

*(2.2.1) Fehlende persönliche Haftung maßgeblicher Unterschied zu Einzelkaufleuten*

“Richtig ist allerdings, dass zumindest geschäftsführende Alleingesellschafter das von der GmbH betriebene Unternehmen regelmäßig genauso beherrschen und leiten wie ein Kaufmann sein Handelsgeschäft. Ebenso ist nicht zu bestreiten, dass sich die Geschäftsführertätigkeit als solche an kaufmännischen Gepflogenheiten orientiert und der Rechtsverkehr insoweit im Allgemeinen nicht zwischen dem Geschäftsführer einer GmbH und einem Kaufmann im Sinne des Handelsgesetzbuches unterscheidet. Für einen Kaufmann ist nach der Wertung der §§ 1 ff. HGB aber auch charakteristisch, dass er für die unter seiner Geschäftsleitung begründeten Betriebsschulden persönlich mit seinem ganzen Privatvermögen haftet (Ebenroth/Boujong/Joost/Hakenberg aaO). Dies ist mit ein Grund dafür, dass das Gesetz den Kaufleuten bei bestimmten Handelsgeschäften mit Nichtkaufleuten rechtliche Vorteile einräumt. Gemäß § 13 GmbHG gilt das Prinzip von Unternehmensleitung und persönlicher Haftung aber nicht einmal für geschäftsführende Al-

leingesellschafter einer GmbH. Selbst sie können daher den Kaufmannsstatus nicht erlangen. Folgerichtig dürfen sie auch nicht mit den bei Handelsgeschäften bestehenden Besonderheiten wie etwa bei der kaufmännischen Bürgschaft oder dem kaufmännischen Schuldversprechen bzw. Schuldanerkenntnis gemäß § 350 HGB belastet werden (Ebenroth/Boujong/Joost/Hakenberg aaO). Überdies ist fraglich, ab welcher Beteiligungsquote ein Gesellschafter die Gesellschaft gewöhnlich so beherrscht, dass er nach der allgemeinen Verkehrsanschauung mit einem Einzelunternehmer verglichen werden kann, zumal - wie der vorliegende Streitfall zeigt - bei einer Familien-GmbH insoweit besondere Regeln zu beachten sein könnten.“

*(2.2.2) Fehlen einer ausfüllungsbedürftigen Regelungslücke*

“Davon abgesehen liegt entgegen der Ansicht der Kritiker der höchstrichterlichen Rechtsprechung auch keine Gesetzeslücke vor, die im Wege richterlicher Rechtsfortbildung geschlossen werden könnte. Zwar mag es im Laufe der Zeit zu einer Ausbreitung der Handelsgesellschaften gekommen sein, während der Einzelkaufmann immer mehr an Bedeutung verloren hat (vgl. MünchKommHGB/Karsten Schmidt aaO). Dies bedeutet aber nicht, dass das vom Gesetzgeber für den Erwerb des Kaufmannsstatus entwickelte Konzept durch eine Veränderung der Wirtschaftswirklichkeit lückenhaft und reformbedürftig geworden ist. Die Handelsrechtsreform von 1998 hat an der bestehenden Rechtslage nichts geändert. Auch haben Überlegungen, Geschäftsführer / Gesellschafter einer GmbH generell oder unter bestimmten Voraussetzungen künftig zu den Kaufleuten oder Unternehmern zu zählen, im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung keine Rolle gespielt (vgl. §§ 13, 14 BGB).“

*(2.2.3) Geschäftserfahrung allein rechtfertigt keine Gleichstellung mit Kaufleuten*

“Auch die vom BerGer. zur Begründung seiner gegen teiligen Ansicht angeführten Gesichtspunkte wie ein “beträchtlicher Umsatz” der seinerzeit vom Bekl. allein geleiteten GmbH und/oder seine “ersichtlich vorhandenen Erfahrungen in geschäftlichen Dingen”, vermögen eine Rechtsfortbildung nicht zu rechtfertigen. Denn abgesehen davon, dass die Umsatz- bzw. Ertragslage einer GmbH im Regelfall keine zuverlässigen Schlüsse auf die beruflichen Erfahrungen und/oder Kenntnisse des einzelnen Geschäftsführers zulässt, ist selbst eine noch so große geschäftliche Erfahrung für sich genommen kein den Kaufmannsstatus begründendes Element. Dies zeigt sich auch deutlich daran, dass andernfalls nicht nur berufserfahrene Fremdgeschäftsführer einer GmbH (dagegen aber ausdrücklich MünchKomm/Karsten Schmidt aaO; MünchKommBGB/Ulmer aaO) und Prokuristen oder vergleichbare Berufsgruppen in die Rechtsfortbildung einbezogen werden müssten, sondern das Merkmal der “Geschäftserfahrung” sogar bei Privatgeschäften eines Kaufmanns haftungsverschärfend (vgl. Koller/Roth/ Morck

aaO § 1 Rz. 19) wirken müsste. Ebenso ist unerheblich, welche Motive der Bürgschafts- oder Mithaftungserklärung des geschäftsführenden Gesellschafters der kreditnehmenden GmbH zugrunde liegen. Denn auch wenn der Bekl. mit der Übernahme der persönlichen Haftung für die Rückzahlung des Förderdarlehens den Fortbestand des Familienunternehmens und damit auch seine eigene wirtschaftliche Existenzgrundlage dauerhaft sichern wollte, so ändert dies nichts daran, dass er insoweit nicht als Geschäftsführungsorgan der GmbH sondern als Privatmann gehandelt hat."

### (2.3) Entstehungsgeschichte des Verbraucherdarlehensrechts

"Aus der Entstehungsgeschichte des Verbraucherkreditgesetzes ergibt sich nichts anderes. Nichts spricht dafür, dass der Gesetzgeber bei der Schaffung des Verbraucherkreditgesetzes von den Vorgaben des Handelsgesetzbuches abweichen und Geschäftsführer/Gesellschafter einer GmbH zu den kaufmannsähnlichen Personen (Gewerbetreibende oder Freiberufler) zählen wollte. Vielmehr soll nach seinem eindeutigen Willen das Verbraucherkreditgesetz in Zweifelsfällen Anwendung finden und seine Schutzwirkung uneingeschränkt entfalten (BGHZ 133, 71 [78]). Dabei hat es der Gesetzgeber bei der Übernahme des Verbraucherkreditgesetzes in das Bürgerliche Gesetzbuch im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung in Kenntnis der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, dass ein Schuldbeitritt eines geschäftsführenden GmbH-Gesellschafters die Mindestangaben des § 4 Abs. 1 VerbrKrG (= § 492 I BGB n. F.) erfordert, belassen."

### (2.4) Keine untragbaren Ergebnisse bei Anwendung des Verbraucherschutzrechts

"Entgegen der Ansicht des BerGer. führt die ständige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes auch nicht zu untragbaren Ergebnissen. Zwar würde der Geschäftsführer einer GmbH, der als Allein- oder Mehrheitsgesellschafter die Geschäftspolitik des in kaufmännischer Weise eingerichteten Betriebes bestimmt, nicht unzumutbar belastet, wenn er in den vorliegenden Fällen nicht mehr in den Schutzbereich der §§ 491 ff BGB fiel. Dabei handelt es sich aber um eine Erwägung de lege ferenda (vgl. Bungeoth, aaO S. 285 ff.). Das geltende Recht hat auch nicht zu Missständen in einem Ausmaß geführt, das eine Korrektur besonders dringlich erscheinen ließe. Dem steht schon entgegen, dass es für die Bank problemlos möglich ist, durch Einhaltung der entsprechenden Formvorschriften eine wirksame Verpflichtung des Geschäftsführers bei der Übernahme einer Personalsicherheit für die kreditsuchende GmbH zu begründen. Dies hat die Kl. hier versäumt, obwohl ihr bei Hereinnahme der Schuldbeitrittserklärung vom 27.09.1997 bekannt sein musste, dass eine solche Erklärung eines geschäftsführenden GmbH-Gesellschafters nach Entscheidungen des Bundesgerichtshofs vom 05.06.1996 (BGHZ 133, 71 [76 ff] = NJW 1996, 2156), vom 10.07.1996 (BGHZ 133,

220 [224] = NJW 1996, 2865) und vom 25.02.1997 (XI ZR 49/96), NJW 1997, 1443 [1444]) dem § 492 I BGB [= § 4 Abs. 1 VerbrKrG] unterliegt."

### (2.5) Zwischenergebnis

Die §§ 492, 494 BGB sind demzufolge auf die Mithaftungsabrede zwischen der Kl. und dem Bekl. anwendbar.

### bb. Verstoß gegen § 492 I 5 Nr. 2, 5 BGB

Die Mithaftungsabrede müsste gegen die Formerfordernisse des § 492 I BGB verstoßen, indem entweder die Schriftform insgesamt nicht gewahrt ist (§ 492 I 1 BGB) oder eine der gem. § 492 I 5 Nr. 1 - 6 BGB erforderlichen Einzelangaben fehlt.

Hier fehlte es sowohl an der Angabe des Gesamtbetrages aller zur Tilgung des Darlehens erforderlichen Teilzahlungen als auch an der Angabe des effektiven Jahreszinses. Damit liegt ein Verstoß gegen § 492 I 5 Nr. 2 und 5 BGB vor.

### cc. Rechtsfolge gem. § 494 BGB

Die Rechtsfolge eines Verstoßes gegen die Formvorschrift des § 492 BGB richtet sich nach § 494 BGB, der in Abs. II auch eine Möglichkeit der Heilung des formnichtigen Vertrags vorsieht. Hierzu jedoch der BGH:

"Die Mithaftungsübernahme des Bekl. genügt nicht den Anforderungen der §§ 491 ff BGB und ist daher wegen Verstoßes gegen § 492 I 5 Nr. 2 und i. V. m. § 494 I BGB [= § 4 I 4 Nr. 1 b und e VerbrKrG i. V. m. § 6 I VerbrKrG] nichtig. Dass die Kreditsumme entsprechend der darlehensvertraglichen Vereinbarung an die GmbH ausgezahlt worden ist, vermag eine Heilung des Formmangels - wie auch das BerGer. nicht verkannt hat - nach dem Schutzzweck des § 494 II 1 BGB [= § 6 II 1 VerbrKrG] nicht herbeizuführen (Senatsurteil BGHZ 134, 94 [98 f.]; BGH, Urteil vom 30.07.1997 - VIII ZR 244/96, WM 1997, 2000 [2001])."

### dd. Einwand der unzulässigen Rechtsausübung gem. § 242 BGB

Letztendlich könnte dem Berufen des Bekl. auf die Formnichtigkeit des Schuldbeitritts noch der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung gem. § 242 BGB entgegenstehen. Dies ergibt sich aus der Überlegung, dass die S.-GmbH, an der er 48,8 % Gesellschaftsanteile hielt und aus der er demzufolge einen erheblichen Teil seines Lebensunterhaltes bestritten haben dürfte, nur aufgrund des durch die Kl. gewährten Darlehens ihren Betrieb jedenfalls bis Ende 2001 fortsetzen konnte. Der BGH hielt § 242 BGB hier aber aufgrund folgender Erwägungen nicht für einschlägig:

"Dem Bekl. ist es nicht nach dem allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) verwehrt, sich gegenüber der Kl. auf die Nichtigkeit der Mithaftungsabrede zu berufen. Ein Mangel der durch Gesetz vorgeschriebenen Form kann nur unter besonderen Umständen und Verhältnissen wegen unzulässiger Rechtsausübung unbeachtlich sein. Ein solcher Aus-

nahmefall liegt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes in aller Regel vor, wenn eine Partei sich unter Berufung auf den Formmangel ihrer vertraglichen Verpflichtung entziehen will, obwohl sie längere Zeit aus dem nichtigen Vertrag geldwerte Vorteile im beträchtlichen Umfang gezogen hat. Zwar kommt dabei grundsätzlich auch ein bloßer mittelbarer Vorteil, den ein Gesellschafter durch eine rechtsgrundlose Leistung an die Gesellschaft erlangt hat, als Anknüpfungspunkt für ein treuwidriges Verhalten in Betracht (BGHZ 121, 224 [233 f.]; vgl. auch BGH, Urteil vom 30.07.1997 - VIII ZR 244/96, WM 1997, 2000 [2001]). Dafür, dass der Bekl. von dem Förderdarlehen als ehemaliger Geschäftsführer/Gesellschafter der Hauptschuldnerin in einem Ausmaß persönlich profitiert hat, das seine Zahlungsverweigerung als widersprüchliches und damit treuwidriges Verhalten erscheinen lässt, ist aber in den Tatsacheninstanzen nichts vorgetragen."

### c. Ergebnis

Demzufolge hat die Kl. gegen den Bekl. auch keinen Anspruch auf Darlehensrückzahlung gem. §§ 488 I 2, 421 BGB i. V. m. mit einem Schuldbeitritt nach §§ 311, 241 BGB, da die Schuldbeitrittserklärung des Bekl. gem. § 492 I 5 Nr. 2, 5 i. V. m. § 494 I BGB formnichtig ist.

### III. Endergebnis zur Klage

Die Klage ist unbegründet und daher abzuweisen.

### B. Hilfswiderklage

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

#### I. Zulässigkeit

Die Hilfswiderklage ist zulässig, wenn die allgemeinen Prozessvoraussetzungen und die besonderen Sachurteilsvoraussetzungen der Widerklage gegeben sind.

#### 1. Allgemeine Prozessvoraussetzungen

Es müssten zunächst die allgemeinen Prozessvoraussetzungen vorliegen.

#### a. Zulässigkeit der hilfsweisen Klageerhebung und Bedingungseintritt

Hier erscheint zunächst fraglich, ob eine (Wider-) Klage überhaupt hilfsweise erhoben werden kann. Im vorliegenden Fall dürfte die Hilfswiderklage so zu verstehen sein, dass der Bekl. für den Fall des Misserfolgs der Klage wegen Formnichtigkeit des Schuldbeitritts festgestellt wissen wollte, dass er der Kl. demzufolge auch nicht zu weiteren Zahlungen aus dem Vertrag verpflichtet ist.

Grundsätzlich ist die Klageerhebung als Prozesshandlung bedingungsfeindlich, so dass sie nicht vom Eintritt eines bestimmten, in der Zukunft liegenden Ereignisses, dessen Eintritt ungewiss ist, abhängig gemacht werden kann (Schellhammer, Ziviprozess, 11. Auflage 2004, Rz. 60). Anders liegt dies jedoch im

Falle einer Widerklage, die von der Bedingung des Erfolgs oder auch des Scheiterns der Klage abhängig gemacht wurde. Da es sich insofern um eine innerprozessuale Bedingung handelt, deren Eintritt noch im Laufe des Prozesses geklärt wird, ist eine Hilfswiderklage möglich (Schellhammer aaO., Rz. 1580; Zöller/Vollkommer, § 33 Rz. 26). Dementsprechend konnte auch der Bekl. seine Widerklage unter der Bedingung erheben, dass die Kl. mit ihrer Klage unterliegt. Diese Bedingung ist auch eingetreten, so dass nun über die Widerklage zu entscheiden ist.

#### b. Feststellungsinteresse i. S. d. § 256 I ZPO

Im Fall einer Feststellungsklage verlangt § 256 I ZPO, dass der Kläger ein rechtliches Interesse an der begehrten Feststellung des Bestehens bzw. Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses hat. Dieses erscheint hier problematisch, da bei Nichtigkeit des Schuldbeitritts dieses Ergebnis bereits zwingend zur Klageabweisung führt. Eine Widerklage, deren Klageziel sich auf die bloße Verneinung des Klageanspruches beschränkt, ist mangels Rechtsschutzbedürfnisses, dessen besondere Ausprägung das Feststellungsinteresse nach § 256 I ZPO letztlich nur darstellt, unzulässig. In einem solchen Fall dürfte zudem das Verbot der doppelten Rechtshängigkeit gem. § 261 III Nr. 1 ZPO der Widerklage bereits entgegenstehen (Zöller/Greger, § 256 Rz. 16).

Hier ist aber zu beachten, dass die Kl. im Wege der Teilklage gegen den Bekl. vorgegangen ist. Die Klage belief sich nur auf 50.000,- €, während der Bekl. laut Schuldbeitritt für 48,8 % der ausstehenden Darlehenssumme - mithin 520.304,80 € - haften sollte. Im Falle einer Teilklage kann der Bekl. jedoch mit der negativen Feststellungswiderklage in zulässiger Weise die Feststellung begehren, aus dem streitgegenständlichen Rechtsverhältnis auch nicht zu weiteren Zahlungen verpflichtet zu sein (Zöller/Vollkommer, § 33 Rz. 26 m. w. N.).

#### 2. Besondere Sachurteilsvoraussetzungen der Widerklage

Eine Klage ist als Widerklage nur zulässig, wenn sie nach Rechtshängigkeit der Klage und grundsätzlich nur gegen den Kläger erhoben wurde. Umstritten ist schließlich, ob der Sachzusammenhang zwischen Klage und Widerklage nach § 33 ZPO ebenfalls zu den besonderen Sachurteilsvoraussetzungen zu zählen ist.

Dieses kann aber dahinstehen, da ein Zusammenhang i. S. d. § 33 ZPO eindeutig gegeben ist. Der Bekl. will die Nichtigkeit des Vertrages festgestellt wissen, aus dem die Kl. ihren Anspruch herleitet. Auch die weiteren besonderen Sachurteilsvoraussetzungen liegen hier eindeutig vor.

#### 3. Zwischenergebnis

Die Widerklage ist zulässig.

#### II. Begründetheit

Die Widerklage ist auch begründet, da bereits festge-

stellt wurde, dass der Schuldbeitritt des Bekl., aus dem allein die Kl. Zahlungsansprüche hätte herleiten können, gem. § 492 I 5 Nr. 2 und 5 i. V. m. § 494 I BGB formnichtig ist.

### C. Gesamtergebnis

Die Klage ist zulässig, aber unbegründet. Die Widerklage ist dagegen zulässig und begründet und hat dementsprechend Erfolg.

## Standort: § 224 I Nr. 4 StGB

## Problem: "Gemeinschaftliche" Begehung

BGH, URTEIL VOM 22.12.2005  
4 STR 347/05 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

### Problemdarstellung:

A hatte seine zwei Mitangeklagten P und Ö angeheuert, damit diese einen Anschlag auf das Opfer unternahmen, von dem A sich in seiner Ehre verletzt fühlte. P schoss deshalb mit einer Pistole auf das Auto des Opfers, nachdem ihm der Ö, der etwas weiter entfernt Posten bezogen hatte, dessen Ankunft per Handy gemeldet hatte. Die Angeklagten stellten sich allerdings nicht vor, dass einer der Insassen von einer Kugel getroffen werden könnte. Deshalb hatte das Landgericht Göttingen eine Strafbarkeit wegen versuchter (gefährlicher) Körperverletzung abgelehnt. Der BGH führte jedoch aus, dass die Beteiligten immerhin damit rechneten, dass es infolge eines Schocks des Fahrers oder einer Beschädigung des Fahrzeugs zu einem Unfall kommen könnte, in dessen Folge der Fahrer oder einer der Passagiere verletzt werden könnte, sodass ein Körperverletzungsvorsatz sehr wohl gegeben sei. Da die Beteiligten sich außerdem vorgestellt hätten, dass die Tat von mehreren von ihnen gemeinschaftlich begangen würde, verurteilte der BGH sie wegen Beteiligung an einer versuchten gefährlichen Körperverletzung (§§ 223 I, 224 I Nr. 4, 22, 23 I StGB).

### Prüfungsrelevanz:

Körperverletzungs- und Tötungsdelikte gehören zu den häufigsten Tatbeständen in beiden Examen und gerade die Voraussetzungen des Qualifikationstatbestandes des § 224 I StGB stellen insofern ein - bei Prüfern - besonders beliebtes Problem dar.

In der vorliegenden Entscheidung stellt der BGH klar, dass eine gefährliche Körperverletzung "mittels einer Waffe" i.S.v. § 224 I Nr. 2 StGB voraussetzt, dass die Verletzung des Opfers unmittelbar durch die Waffe verursacht wird. Somit war im vorliegenden Fall, in dem sich die Angeklagten nur vorstellten, durch den Schuss einen Unfall mit Verletzungsfolgen zu verursachen, nicht jedoch durch das abgefeuerte Projektil selbst jemanden zu verletzen, ein Vorsatz bzgl. § 224 I Nr. 2 StGB nicht gegeben.

Weiter macht der BGH Ausführungen zur "gemeinschaftlichen" Begehung der Körperverletzung i.S.v. § 224 I Nr. 4 StGB. Die herrschende Meinung verlangt hierfür zwar keine eigenhändige Vornahme von Verletzungshandlungen durch mehrere Personen, aber doch immerhin eine aktiv unterstützende Handlung im Ausführungsstadium, durch die die spezifische Gefahr

der Körperverletzung erhöht wird (BGHSt 47, 383 [384 f.]; LK-Lilie, § 224 Rn. 33 f. mwN). Hierfür wird grundsätzlich vorausgesetzt, dass nicht nur mindestens zwei Beteiligte am Tatort anwesend sind, sondern dass sich das Opfer auch dessen bewusst ist, da gerade hierdurch eine verringerte Bereitschaft des Opfers entstehe, sich gegen die (in Überzahl befindlichen) Angreifer zu verteidigen (MüKo-Hardtung, § 224 Rn. 26; Tröndle/Fischer, § 224 Rn. 11 a). Der BGH hatte es in der Vergangenheit offen gelassen, ob § 224 I Nr. 4 StGB tatsächlich eine Kenntnis des Opfers von der Anwesenheit mehrerer Beteiligter voraussetze (vgl. BGHSt 47, 383). In der vorliegenden Entscheidung stellt der BGH jedoch klar, dass diese Kenntnis nicht erforderlich ist. Grund für die erhöhte Strafe i.R.v. § 224 I Nr. 4 StGB sei allein die durch das Zusammenwirken mehrerer begründete verstärkte Gefährlichkeit der Körperverletzung für das Tatopfer. Hierfür sei allerdings eine Kenntnis des Opfers von der Mitwirkung mehrerer Beteiligter nicht erforderlich.

Weiterhin bietet der vorliegende Fall Gelegenheit zu Ausführungen bzgl. der Voraussetzungen der (Mit-) Täterschaft, was der BGH allerdings nicht problematisiert hat.

### Vertiefungshinweise:

Zur Körperverletzung "mit einem anderen Beteiligten gemeinschaftlich" i.S.v. § 224 I Nr. 4 StGB: BGHSt 47, 383; BGH, StV 1994, 543; Jäger, JuS 2000, 35; Paeffgen, StV 2004, 77; Renzikowski, NSTZ 1999, 377; Schroth, JZ 2003, 213; Stree, NSTZ 2003, 203

### Kursprogramm:

- Examenskurs: "Hooligan"  
 Examenskurs: "Ein Colt für alle Fälle"

### Leitsätze (der Redaktion):

**1. § 224 I Nr. 4 StGB setzt voraus, dass mindestens zwei Personen bei der Körperverletzung bewusst zusammenwirken. Nicht erforderlich ist die eigenhändige Mitwirkung jedes einzelnen an der Verletzungshandlung. Vielmehr genügt es, dass eine am Tatort anwesende Person den unmittelbar Tatausführenden aktiv - physisch oder psychisch - unterstützt.**

**2. Der Annahme gemeinschaftlicher Begehungsweise i.S.v. § 224 I Nr. 4 StGB steht nicht entgegen, dass das Tatopfer von der Beteiligung einer zweiten Person keine Kenntnis hat. Durch den Qualifika-**

**tionstatbestand des § 224 I Nr. 4 StGB sollen Begehungsweisen erfasst werden, bei denen durch das Zusammenwirken mehrerer eine verstärkte Gefährlichkeit der Körperverletzung für das Tatopfer begründet wird. Der Grad der Gefährlichkeit der Körperverletzung hängt jedoch von der konkreten Tatsituation, nicht aber von der Kenntnis des Tatopfers ab.**

**Sachverhalt:**

A beabsichtigte, den C für eine aus seiner Sicht ihm zugefügte Ehrverletzung zu bestrafen. Hintergrund hierfür war, dass ihm seine Ehefrau mitgeteilt hatte, C habe vor Jahren versucht, sich ihr sexuell zu nähern. Die Mitangeklagten Ö und P erklärten sich bereit, die "Bestrafungsaktion" gegen Zahlung von 3.000 € zu übernehmen. Hierbei wurde zunächst ins Auge gefasst, den Nebenkläger zu schlagen. Später kam man überein, mit einer von Ö zu beschaffenden Pistole auf das Fahrzeug des Nebenklägers zu schießen, um diesen nachhaltig zu erschrecken. Für ein solches Vorgehen verlangten P und Ö die Zahlung weiterer 4.500 €. A erklärte sich hiermit einverstanden.

Am Abend des Tattages fuhren P und Ö zu einer zuvor von P ausgekundschafteten Stelle, die der C mit seinem Pkw von seiner Arbeitsstelle kommend passieren musste. Ö hatte - wie verabredet - eine Pistole, Kaliber 9 mm nebst Munition mitgebracht, zu deren Führung weder er noch P berechtigt waren. Mit dieser sollte P als geübter Sportschütze die Schüsse auf das Fahrzeug des C abgeben. Ö positionierte sich auf einem dem späteren Tatort benachbarten Grundstück, um P das Herannahen des Pkw des Nebenklägers mit einem Anruf seines Mobiltelefons anzukündigen. Für Ö und P stand fest, dass durch die Schüsse niemand verletzt werde sollte, was sie aufgrund der Schieß Erfahrung des P für machbar hielten. Als C - durch Ö wie vereinbart angekündigt - sich mit seinem Fahrzeug, in welchem sich noch zwei weitere Mitfahrer befanden, mit einer Geschwindigkeit von 30 - 40 km/h der Position des P näherte, feuerte dieser hinter einer Hecke verborgen aus einer Entfernung von etwa fünf bis sieben Metern innerhalb weniger Sekunden in zwei oder drei kurzen Serien insgesamt sieben, auf die Reifen des Fahrzeugs gezielte, Schüsse ab. Vier der Schüsse trafen das Fahrzeug. Ein Geschoss drang an der Vorderkante der linken hinteren Tür ca. 42,5 cm über dem Türschweller in die Karosserie ein. Die drei weiteren Einschläge erfolgten im Bereich des linken vorderen Reifens und Radkastens. Ö und P hatten die Möglichkeit erkannt, dass die Schüsse die Fahrzeuginsassen treffen und unter Umständen tödlich verletzen könnten. Einen solchen Erfolg wollten sie jedoch nicht. Aufgrund der Erfahrung des P als Schütze vertrauten sie auf seine Treffsicherheit und deshalb darauf, dass die Fahrzeuginsassen nicht verletzt würden. Allerdings nahmen sie mindestens billigend in Kauf, dass es aufgrund des erwarteten und erwünschten Erschreckens des Fahrzeugführers oder aber einer Beschädigung des Fahrzeugs, insbesondere der Reifen, zu einem Unfall

kommen könnte. Es kam ihnen jedoch nicht darauf an, einen Unfall herbeizuführen.

C hielt sein Fahrzeug kurz an und fuhr - als er bemerkte, dass auf das Fahrzeug geschossen wurde - mit erhöhter Geschwindigkeit davon. Sowohl er wie auch seine zwei Mitfahrer blieben unverletzt.

Wie haben A, Ö und P sich nach dem StGB strafbar gemacht?

*Bearbeitervermerk:*

*Gegebenenfalls erforderliche Strafanträge sind gestellt.*

**Lösung:**

*A. Strafbarkeit des P*

*I. Strafbarkeit des P gem. §§ 211, 22, 23 I StGB durch das Abgeben der Schüsse*

Durch das Schießen auf den Pkw des C könnte P sich wegen versuchten Mordes gem. §§ 211, 22, 23 I StGB strafbar gemacht haben.

*1. Vorprüfung*

Da niemand zu Tode gekommen ist, ist der Mord nicht vollendet. Bei Mord handelt es sich um ein Verbrechen (vgl. §§ 211 I, 12 I StGB), so dass der Versuch gem. § 23 I StGB strafbar ist.

*2. Tatentschluss*

P müsste Tatentschluss zur Begehung eines Mordes gehabt haben.

Der Tatentschluss beinhaltet den Vorsatz bzgl. der Verwirklichung aller objektiven Tatbestandsmerkmale sowie das Vorliegen der sonstigen subjektiven Tatbestandsmerkmale (Wessels/Beulke, AT, Rn. 596).

P müsste zunächst Tatentschluss gehabt haben, einen anderen Menschen zu töten.

Dass P den Tod eines der Insassen des Fahrzeugs, insb. des C, für sicher hielt (direkter Vorsatz) oder gezielt handelte, um C zu töten (Absicht), lässt sich dem Sachverhalt nicht entnehmen. Im Betracht kommt also allenfalls ein Eventualvorsatz des C bzgl. der Tötung (eines) der Insassen. Eventualvorsatz ist nach herrschender Meinung dann gegeben, wenn der Täter den Eintritt des tatbestandlichen Erfolges für möglich hält und ihn billigend in Kauf nimmt; ein Billigen in diesem Sinne liegt auch dann vor, wenn der Erfolg dem Täter eigentlich unerwünscht ist, er sich mit dessen Eintritt aber abfindet; anders ist es dann, wenn der Täter ernsthaft (und nicht nur vage) darauf vertraut, dass der Erfolg nicht eintritt (BGH, NStZ 1999, 507; Wessels/Beulke, AT, Rn. 219 ff.).

Der BGH führt bzgl. eines Tötungsvorsatzes des P im vorliegenden Fall aus: "Die Beweiswürdigung des Landgerichts, mit der es einen Tötungsvorsatz, auch in der Form eines Eventualvorsatzes, verneint hat, lässt Rechtsfehler nicht erkennen (zur eingeschränkten revisionsrechtlichen Überprüfbarkeit tatrichterlicher Be-

weiswürdigung vgl. nur BGHR StPO § 261 Beweiswürdigung 13 und Überzeugungsbildung 33 m.w.N.). Es hat mit tragfähigen Begründungen unter Abwägung der maßgeblichen Tatumstände und Indizien das Vorliegen eines versuchten Auftragsmordes im Rahmen einer Blutfehde zwischen der Familiengruppe des Nebenklägers und einer anderen kurdischen Familiengruppierung um den Angeklagten A verneint. Die hiergegen gerichteten Angriffe des Bf. ('Scheinargumente', 'Würdigungsfehler') decken keinen Rechtsfehler auf, sondern stellen nur den revisionsrechtlich unzulässigen Versuch dar, die eigene Beweiswürdigung an Stelle der des Tatrichters zu setzen. Auch die weiteren Erwägungen, mit denen das Landgericht das Vorliegen eines (bedingten) Tötungsvorsatzes verneint hat, geben keinen Anlass zu rechtlichen Bedenken. Die erkennende Strafkammer hat insoweit maßgeblich darauf abgestellt, dass von den sieben Schüssen, die der Angeklagte P aus relativ kurzer Entfernung auf das Fahrzeug des Nebenklägers abgegeben hat, drei das Ziel völlig verfehlt haben und drei weitere im Bereich des linken Vorderreifens eingeschlagen sind. Hieraus und aus dem Umstand, dass der Angeklagte P in den Jahren vor der Tat regelmäßig an dem Pistolen-Schusstraining seines Schützenvereins teilgenommen und als Sportschütze zumindest mittelmäßige Ergebnisse erzielt hatte, hat sie den - jedenfalls möglichen - Schluss gezogen, dass der Angeklagte ausschließlich auf die Reifen des Fahrzeugs des Nebenklägers gezielt und eine tödliche Verletzung der Fahrzeuginsassen weder wollte noch billigend in Kauf genommen hat. Soweit der weitere Schuss links hinten in Höhe der Oberkörper der Fahrzeuginsassen auftraf, hat das Landgericht in Anbetracht der genannten Umstände die Einlassung des Angeklagten bei seiner polizeilichen Vernehmung, er sei bei dem Mitschwenken mit dem Schießarm gegen die Heckel gekommen, als nicht widerlegbar erachtet. Dies lässt Rechtsfehler nicht erkennen, zumal das Landgericht die nach Auffassung der Revision für die Annahme eines Tötungsvorsatzes sprechenden Umstände, nämlich dass die Schüsse bei Dunkelheit, auf ein sich bewegendes Ziel und mit einer dem Schützen nicht vertrauten Waffe abgegeben worden sind, ausdrücklich in seine Überlegungen mit einbezogen hat."

Ein Tatentschluss des P zur Tötung des C (oder eines der anderen Insassen) ist somit nicht gegeben.

### 3. Ergebnis

P ist nicht strafbar gem. §§ 211, 22, 23 I StGB

#### II. Strafbarkeit des P gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 2, 4, 22, 23 I StGB durch das Abgeben der Schüsse

P könnte sich jedoch durch das Schießen auf den Pkw des C wegen versuchter gefährlicher Körperverletzung gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 2, 4, 22, 23 I StGB strafbar gemacht haben.

#### 1. Vorprüfung

Durch die Schüsse ist niemand verletzt worden, so

dass keine vollendete (gefährliche) Körperverletzung vorliegt. Die Strafbarkeit der versuchten gefährlichen Körperverletzung ergibt sich aus § 224 II StGB.

#### 2. Tatentschluss

P müsste Tatentschluss zur Begehung einer gefährlichen Körperverletzung gehabt haben.

##### a. Bzgl. des Grunddelikts (§ 223 I StGB)

P müsste zunächst Tatentschluss zur Begehung einer einfachen Körperverletzung gehabt haben, d.h. er müsste den Willen gehabt haben, eine andere Person körperlich zu misshandeln oder an der Gesundheit zu schädigen. Körperliche Misshandlung i.S.v. § 223 I StGB ist jede üble, unangemessene Behandlung, die das körperliche Wohlbefinden oder die körperliche Integrität nicht nur unerheblich beeinträchtigt (BGHSt 25, 277; Tröndle/Fischer, § 223 Rn. 3 a); Gesundheitsschädigung ist das Hervorrufen oder Steigern eines pathologischen Zustands (BGH, NJW 1960, 2253; Tröndle/Fischer, § 223 Rn. 6).

Hierzu der BGH: "Aus den vorgenannten Gründen ist es auch revisionsrechtlich noch hinzunehmen, dass das Landgericht zu der Überzeugung gelangt ist, die Angeklagten hätten eine Verletzung der Fahrzeuginsassen (unmittelbar) durch die auf das Fahrzeug aufprallenden Geschosse weder gewollt noch billigend in Kauf genommen.

Keinen Bestand hat jedoch das Urteil, soweit das Landgericht einen (bedingten) Körperverletzungsvorsatz auch in Bezug auf ein (mögliches) durch die abgegebenen Schüsse ausgelöstes Unfallgeschehen verneint hat. Nach dem gemeinsamen Tatplan der Angeklagten sollte der Nebenkläger C durch die auf sein Fahrzeug aufprallenden Geschosse 'erschreckt' werden.

Das Landgericht hat hierzu - bezogen auf den Angeklagten P - ausgeführt, er habe es bei Abgabe der Schüsse 'mindestens billigend in Kauf' genommen, dass es aufgrund des Erschreckens des Fahrzeugführers oder aber einer Beschädigung des Fahrzeugs zu einem Unfall kommen könnte. [...] Dass es in Anbetracht der hier gegebenen Umstände - das Fahrzeug hielt zum Zeitpunkt der Abgabe der ersten Schüsse eine Geschwindigkeit von 30 bis 40 km/h ein und befand sich in einem Abbiegevorgang - bei einem Unfallgeschehen, etwa einem Abkommen von der Fahrbahn und anschließendem Aufprall auf ein Hindernis, nicht zu einer - zumindest leichten - Verletzung der Insassen kommen würde, lag eher fern. Jedenfalls konnten - was das Landgericht verkannt hat - bei dieser Sachlage die Angeklagten nicht mehr ernsthaft darauf vertrauen, dass die Betroffenen bei einem Unfall unverletzt bleiben würden."

P hatte also Tatentschluss bzgl. einer Körperverletzung der Insassen des beschossenen Fahrzeugs, zwar nicht bzgl. einer Verletzung durch den Schuss selbst, jedoch bzgl. einer Verletzung als Folge eines durch den Schuss ausgelösten Unfalls.

*b. Bzgl. der Qualifikation (§ 224 I StGB)*

P könnte sich weiter die Verwirklichung von Qualifikationsmerkmalen des § 224 I StGB vorgestellt haben.

*aa. Bzgl. Begehung der Körperverletzung mittels einer Waffe (§ 224 I Nr. 2 StGB)*

P hatte sich zwar vorgestellt, eine Pistole und somit eine Waffe bei der Tat zu benutzen. Fraglich könnte jedoch sein, ob er auch Tatentschluss hatte bzgl. der Begehung der Körperverletzung "mittels" der eingesetzten Pistole, da er sich eine Verletzung der Opfer nicht unmittelbar durch den Schuss vorstellte sondern als Folge eines durch den Schuss ausgelösten Verkehrsunfalls (s.o.).

Der BGH lehnt vor diesem Hintergrund einen entsprechenden Tatentschluss ab: "Allerdings ist die Tatbestandsvariante des § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB ('mittels einer Waffe oder eines anderen gefährlichen Werkzeugs') hier nicht gegeben. Sie setzt voraus, dass die Körperverletzung durch ein von Außen auf den Körper des Tatopfers einwirkendes gefährliches Tatmittel verursacht wird (Tröndle/Fischer StGB 53. Aufl. § 224 Rdn. 7; vgl. auch Schönke/Schröder-Stree StGB 26. Aufl. § 224 Rdn. 3). Gegenstand des (bedingten) Tatvorsatzes der Angeklagten war jedoch nicht, dass die Fahrzeuginsassen durch die mit der Waffe abgefeuerten Projektile körperlich verletzt würden, sondern durch ein infolge der Schüsse ausgelöstes Unfallgeschehen. Ein Körperverletzungserfolg wäre danach erst durch den nachfolgenden Unfall und nicht 'mittels' der eingesetzten Waffe eingetreten."

Ein Tatentschluss des P bzgl. der Verwirklichung des Qualifikationstatbestandes des § 224 I Nr. 2 StGB ist somit nicht gegeben.

*b. Bzgl. Begehung der Körperverletzung mit einem anderen Beteiligten gemeinschaftlich (§ 224 I Nr. 4 StGB)*

P könnte jedoch Tatentschluss bzgl. der Begehung der Körperverletzung mit einem anderen Beteiligten gemeinschaftlich i.S.v. § 224 I Nr. 4 StGB gehabt haben. P wusste, dass sich mit dem Ö ein anderer Beteiligter in unmittelbarer Nähe des Tatortes befand. Insofern kann hier auch dahinstehen, ob Ö (nach der Vorstellung des P) Mittäter oder nur Teilnehmer an der Körperverletzung wäre, da Ö in beiden Fällen gem. § 28 II StGB Beteiligter wäre. Fraglich ist allerdings, ob P sich eine "gemeinschaftliche" Begehung der Körperverletzung mit Ö vorgestellt hatte, da P nicht davon ausgegangen war, dass auch Ö Verletzungshandlungen vornehmen würde und sich ebenfalls nicht vorstellte, dass die Opfer Ö bemerken würden.

Der BGH erörtert diese Punkt wie folgt: "§ 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB setzt voraus, dass mindestens zwei Personen bei der Körperverletzung bewusst zusammenwirken. Nicht erforderlich ist die eigenhändige Mitwirkung jedes einzelnen an der Verletzungshandlung. Vielmehr genügt es, dass eine am Tatort anwesende Person den unmittelbar Tatausführenden aktiv - physisch oder psychisch - unterstützt (st. Rspr.; vgl. nur

BGHSt 47, 383, 386/387; BGH NStZ 2000, 194, 195). So verhält es sich hier.

Der Mitangeklagte Ö befand sich im näheren Tatortbereich. Er hat weiterhin mit dem Angeklagten P bei der (versuchten) Körperverletzung täterschäftlich zusammengewirkt, indem er das Herannahen der Tatopfer mit einem Anruf seines Mobiltelefons ankündigte und es P damit ermöglichte, hierauf rechtzeitig zu reagieren. Der Annahme gemeinschaftlicher Begehungsweise steht hier nicht entgegen, dass die Tatopfer von der Beteiligung einer zweiten Person keine Kenntnis hatten (vgl. hierzu MünchKommStGB/Hardtung § 224 Rdn. 26; Tröndle/Fischer StGB 53. Aufl. § 224 Rdn. 11 a; Lackner/Kühl 25. Aufl. § 224 Rdn. 7 sowie zu § 223 a StGB a.F. BGHR § 223 a Abs. 1 gemeinschaftlich 2). Durch den Qualifikationstatbestand des § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB sollen Begehungsweisen erfasst werden, bei denen durch das Zusammenwirken mehrerer eine verstärkte Gefährlichkeit der Körperverletzung für das Tatopfer begründet wird (BGHSt 47, 383, 386). Der Grad der Gefährlichkeit der Körperverletzung hängt jedoch von der konkreten Tatsituation, nicht aber von der Kenntnis des Tatopfers ab. Bei einem offen geführten Angriff werden die Täter dem Verletzten in aller Regel unmittelbar gegenüberstehen und das Tatopfer damit von der Beteiligung mehrerer Personen wissen. Wird der Angriff - wie hier - bei Dunkelheit verdeckt aus einem Hinterhalt geführt, so ist das Tatopfer vielfach gar nicht in der Lage, den oder die Angreifer wahrzunehmen. Die Gefährlichkeit der Körperverletzungshandlung ist in einem solchen Fall jedoch nicht geringer, sondern im Allgemeinen eher höher anzusetzen."

P hatte also Tatentschluss bzgl. der Begehung der Körperverletzung mit einem anderen Beteiligten gemeinschaftlich i.S.v. § 224 I Nr. 4 StGB.

P hatte somit Tatentschluss zur Begehung einer gefährlichen Körperverletzung gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 4 StGB.

*3. Unmittelbares Ansetzen (§ 22 StGB)*

P müsste auch i.S.v. § 22 StGB unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung angesetzt haben.

Nach der ganz herrschenden Meinung, der sog. gemischt subjektiv-objektiven Theorie, setzt der Täter dann unmittelbar zur Verwirklichung eines Tatbestandes an, wenn er die Schwelle zum "jetzt geht es los" überschreitet, was der Fall ist, wenn er Handlungen vornimmt, die ohne wesentliche Zwischenschritte unmittelbar in die Tatbestandsverwirklichung einmünden sollen, so dass aus Tätersicht das geschützte Rechtsgut bereits konkret gefährdet erscheint (BGHSt 31, 178; NStZ 1997, 83; Wessels/Beulke, AT, Rn. 601).

Spätestens als P schoss lagen diese Voraussetzungen vor, so dass P jedenfalls dann unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung angesetzt hat.

*4. Rechtswidrigkeit und Schuld*

P handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

### 5. Kein Rücktritt (§ 24 StGB)

P dürfte nicht strafbefreiend zurückgetreten sein.

Ein Rücktritt ist jedenfalls dann ausgeschlossen, wenn der Versuch fehlgeschlagen ist, d.h. wenn der Täter erkannt hat, dass er mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln den tatbestandlichen Erfolg gar nicht mehr oder jedenfalls nicht ohne erhebliche zeitliche Zäsur herbeiführen kann (BGH, StV 1999, 596; Schönke/Schröder-Eser, § 24 Rn. 7 mwN). P hatte sich lediglich vorgestellt, dass die Insassen des beschossenen Fahrzeugs durch einen Unfall als Folge einer Überreaktion des Fahrers auf die Schüsse oder der Zerstörung eines Reifens verletzt werden könnten (s.o.). Nachdem das Fahrzeug angehalten hatte, ohne dass es zu einem solchen Unfall gekommen war, war P klar, dass die von ihm in Kauf genommene Körperverletzung (durch den Unfall) nicht mehr eintreten würde. Der Versuch war somit fehlgeschlagen, so dass ein Rücktritt des P nicht in Frage kommt.

### 6. Ergebnis

P ist strafbar gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 4, 22, 23 I StGB.

### III. Strafbarkeit des P gem. § 315 b I Nr. 1, 3 StGB durch das Abgeben der Schüsse

P könnte sich durch die Schüsse auf den Pkw des C auch wegen gefährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr gem. § 315 b I Nr. 1, 3 StGB strafbar gemacht haben.

#### 1. Tatbestand

##### a. § 315 b I Nr. 1 StGB

P könnte zunächst den Tatbestand des § 315 b I Nr. 1 StGB erfüllt haben.

##### aa. Tathandlung

P müsste Anlagen oder Fahrzeuge zerstört, beschädigt oder beseitigt haben.

Da seine Schüsse den Pkw des C, also ein Fahrzeug, getroffen hatten und dort in die Karosserie eingeschlagen waren, hat P ein Fahrzeug beschädigt.

##### bb. Dadurch (konkrete) Gefahr für Leib oder Leben eines anderen oder für fremde Sache von bedeutendem Wert

Durch die Beschädigung des Autos müsste es zu einer konkreten Gefahr für Leib oder Leben eines anderen oder für fremde Sachen von bedeutendem Wert gekommen sein.

Jedoch hatte die Beschädigung des Pkws des C nicht zur Folge, dass hierdurch eines der genannten Rechtsgüter konkret gefährdet worden wäre. Wenn infolge der Schüsse etwa einer der Reifen geplatzt wäre und C deshalb die Kontrolle über sein Fahrzeug verloren hätte, dann wäre durch die Beschädigung eine konkrete Gefährdung von Leib und Leben der Insassen eingetreten. Da dies aber nicht der Fall war, fehlt es an der durch die Beschädigung verursachten Gefahr.

P hat den Tatbestand des § 315 b I Nr. 1 StGB somit nicht verwirklicht.

##### b. § 315 b I Nr. 3 StGB

Das Verhalten des P könnte aber tatbestandlich i.S.v. § 315 b I Nr. 3 StGB sein.

##### aa. Tathandlung

P müsste zunächst einen "ähnlichen, ebenso gefährlichen Eingriff" vorgenommen haben, wie ihn § 315 b I Nr. 1 und 2 StGB beschreiben.

Bei dem Eingriff i.S.v. § 315 b I Nr. 3 StGB muss es sich grundsätzlich um einen Eingriff von außerhalb des Straßenverkehrs handeln (SK-Horn, § 315 b Rn. 15; Joecks, § 315 b Rn. 8), wobei es grundsätzlich einen solchen Eingriff darstellt, wenn der Täter etwa Steine von einer Brücke auf fahrende Fahrzeuge wirft (BGHSt 48, 199; BGH, NStZ 2003, 206).

Im vorliegenden Fall hat P von einem Standort von außerhalb des Straßenverkehrs auf einen fahrenden Pkw geschossen, was dem genannten Fall wohl zumindest entspricht. Somit hat P einen Eingriff i.S.v. § 315 b I Nr. 3 StGB vorgenommen.

##### bb. Dadurch Gefährdung für Leib oder Leben eines anderen Menschen oder für fremde Sachen von bedeutendem Wert

P müsste durch die Tathandlung eine konkrete Gefahr für eines der genannten Rechtsgüter (Leib oder Leben eines anderen Menschen oder fremde Sachen von bedeutendem Wert) begründet haben, wobei eine konkrete Gefahr dann vorliegt, wenn es lediglich vom Zufall abhängt, ob ein Schaden eintritt (BGH, NJW 1996, 329; NStZ-RR 1997, 200; Tröndle/Fischer, § 315 b Rn. 18).

Durch die Abgabe der Schüsse, also die Tathandlung, hat P Leib und Leben der Insassen des beschossenen Wagens konkret gefährdet, da es lediglich vom Zufall abhing, ob einer der Schüsse einen der Insassen treffen würde (was ja auch fast passiert wäre) oder C die Kontrolle über das Fahrzeug verlieren und dadurch bei den Insassen ein Verletzungserfolg eintreten würde. Außerdem ist der Wagen selber, also eine für P fremde Sache von bedeutendem Wert, nicht nur konkret gefährdet sondern sogar beschädigt worden.

Der für § 315 b I StGB erforderliche Gefährdungserfolg ist somit durch die Tathandlung eingetreten.

##### cc. Beeinträchtigung der Sicherheit des Straßenverkehrs

P müsste die Sicherheit des Straßenverkehrs beeinträchtigt haben.

Die Sicherheit des Straßenverkehrs ist dann beeinträchtigt, wenn die normale abstrakte Verkehrsgefahr erheblich gesteigert worden ist, wobei das Entstehen einer konkreten Gefahr ein Indiz hierfür darstellt (vgl. BGHSt 6, 1; 13, 69; Tröndle/Fischer, § 315 b Rn. 5).

Da P hier durch die Schüsse eine konkrete Gefahr für Leib und Leben des Verkehrsteilnehmers C (und dessen Beifahrern) begründet hat, war für diese eine ge-

fahrlose Teilnahme am Straßenverkehr nicht mehr möglich. Die Sicherheit des Straßenverkehrs ist durch die konkrete Gefährdung der Verkehrsteilnehmer beeinträchtigt.

#### *dd. Vorsatz*

P hat vorsätzlich gehandelt, wobei sich sein Gefährdungsvorsatz insb. aus dem Vorsatz zur Begehung einer Körperverletzung (s.o.) ergibt.

#### *2. Rechtswidrigkeit und Schuld*

P handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

#### *3. Ergebnis*

P ist strafbar gem. § 315 b I Nr. 3 StGB

#### *IV. Strafbarkeit des P gem. § 303 I StGB durch das Abgeben der Schüsse*

P könnte sich durch die Schüsse auf den Wagen des C außerdem wegen Sachbeschädigung gem. § 303 I StGB strafbar gemacht haben.

#### *1. Tatbestand*

P hat den Pkw des C, also eine für P fremde Sache, durch die Schüsse beschädigt, wobei P auch vorsätzlich handelte. Somit hat P den Tatbestand des § 303 I StGB verwirklicht.

#### *2. Rechtswidrigkeit und Schuld*

P handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

#### *3. Antrag (§ 303 c StGB)*

Der gem. § 303 c StGB erforderliche Strafantrag ist lt. Bearbeitervermerk gestellt.

#### *4. Ergebnis*

P ist strafbar gem. § 303 I StGB

#### *B. Strafbarkeit des Ö*

#### *I. Strafbarkeit des Ö gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 4, 25 II, 22, 23 I StGB durch das Besorgen der Waffe und den Anruf*

Dadurch, dass Ö die Tatwaffe besorgte und das Kommen des Pkws des C per Handy ankündigte, könnte sich Ö wegen versuchter gefährlicher Körperverletzung in Mittäterschaft gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 4, 25 II, 22, 23 I StGB strafbar gemacht haben.

#### *1. Vorprüfung*

Die Tat ist mangels Erfolgseintritt nicht vollendet, der Versuch gem. § 224 II StGB strafbar (s.o.).

#### *2. Tatentschluss*

Ö müsste Tatentschluss zur Begehung einer mittäterschaftlichen gefährlichen Körperverletzung gehabt haben.

#### *a. Bzgl. des Grunddelikts (§§ 223 I, 25 II StGB)*

Ö müsste zunächst Tatentschluss zur Begehung einer

mittäterschaftlichen (einfachen) Körperverletzung gehabt haben.

Dazu müsste Ö sich vorgestellt haben, C und die anderen Insassen des Fahrzeugs körperlich zu misshandeln oder an der Gesundheit zu schädigen.

#### *aa. Bzgl. eigener Verletzungshandlung des Ö*

Ö hatte sich nicht vorgestellt, die Insassen des Fahrzeugs durch eine eigene Handlung zu verletzen.

#### *bb. Bzgl. gem. § 25 II StGB zurechenbarer Verletzungshandlung des P*

Ö hatte sich allerdings - ebenso wie P selbst (s.o.) - vorgestellt, dass durch die Handlung des P eine Verletzung der Fahrzeuginsassen eintreten würde.

Wenn Ö sich auch weitere Umstände vorgestellt hätte, die ihn gem. § 25 II StGB zum Mittäter des P machen würden, dann wäre ihm die (geplante) Handlung des P auch zuzurechnen und er wäre Mittäter der (versuchten) Tat.

#### *(1) Bzgl. eigener Täterschaft des Ö*

Ö müsste sich zunächst eine Tatbegehung vorgestellt haben, die ihn selbst zum (Mit-) Täter - und nicht nur zum Gehilfen des P - machen würde.

Unter welchen Voraussetzungen eine Täterschaft angenommen werden kann, ist allerdings streitig.

#### *(a) Tatherrschaftslehre*

Nach der in der Literatur herrschenden Tatherrschaftslehre (oder materiell-objektiven Theorie) setzt eine Täterschaft voraus, dass der Täter einen wesentlichen Beitrag leistet und hierdurch das Geschehen dergestalt in den Händen hält, dass er die Zentralfigur der Tat darstellt (Joecks, § 25 Rn. 25). Ob eine Tatherrschaft zwingend eine eigene Mitwirkung im Ausführungsstadium voraussetzt (so SK-Samson, § 25 Rn. 121; Roxin, JA 1979, 522) oder auch dann gegeben sein kann, wenn der Täter lediglich im Vorbereitungsstadium mitwirkt (so die h.M., vgl. Schönke/Schröder-Cramer/Heine, § 25 Rn. 66 mwN), kann dahinstehen, da Ö im Ausführungsstadium zwar nicht direkt am Tatort aber doch in dessen unmittelbarer Nähe zugegen sein wollte und auch vorhatte, dort eigene Beiträge zu leisten, indem er das Annähern des Pkws des C dem P per Handy meldete.

Ö hat sich also vorgestellt, selbst Tatherrschaft zu haben und somit nach dieser Auffassung den Tatentschluss bzgl. einer eigenen Täterschaft.

#### *(b) Eingeschränkt-subjektive Theorie*

Nach der von der Rechtsprechung vertretenen eingeschränkt-subjektiven Theorie reicht für eine Täterschaft objektiv die Erbringung irgendeines Tatbeitrags aus, solange der Täter diesen mit Täterwillen (animus auctoris) erbringt; einen solchen Willen hat derjenige, der die Tat als eigene will (RGSt 37, 58). Ob der Täter die Tat als eigene will, ist anhand einer wertenden Betrachtung zu ermitteln. Wesentliche Anhaltspunkte hierfür sind das eigene Interesse am Tat-

erfolg, Art und Umfang der Tatbeteiligung sowie Tatherrschaft oder zumindest der Wille hierzu (BGHSt 37, 291; Tröndle/Fischer, Vor § 25 Rn. 4 mwN).

Ö wollte hier durch das Besorgen der Waffe und den Anruf eigene Beiträge erbringen. Auch stellte er sich nicht nur Umstände vor, nach denen er Tatherrschaft hätte (s.o.), er hatte auch ein erhebliches eigenes Interesse am Taterfolg, da er sich einen Teil der von A gezahlten Belohnung versprach. Auch nach dieser Auffassung stellt sich Ö somit Umstände vor, die ihn selbst zum Täter machen würden.

#### *(c) Zwischenergebnis*

Nach beiden Auffassungen stellte sich Ö Umstände vor, die ihn selbst zum Täter machen würden, so dass eine Streitentscheidung entbehrlich ist.

#### *(2) Bzgl. gemeinsamen Tatplans*

Ö müsste sich auch vorgestellt haben, aufgrund eines gemeinsamen Tatplanes mit dem P gemeinschaftlich zu handeln. Dies ist allerdings der Fall.

Ö stellte sich somit Umstände vor, nach denen er Mittäter des P wäre, ihm also die Verletzungshandlung des P gem. § 25 II StGB zuzurechnen wäre. Ö hatte also Tatentschluss bzgl. der Begehung einer mittäter-schaftlichen Körperverletzung.

#### *b. Bzgl. der Qualifikation (§ 224 I Nr. 4 StGB)*

Ö hatte sich außerdem - ebenso wie P - vorgestellt, den Qualifikationstatbestand des § 224 I Nr. 4 StGB zu verwirklichen.

Ö hatte Tatentschluss zur Begehung einer mittäter-schaftlichen gefährlichen Körperverletzung gem. § 223 I, 224 I Nr. 4, 25 II StGB.

#### *3. Unmittelbares Ansetzen (§ 22 StGB)*

Ö müsste auch unmittelbar zur Verwirklichung des Tatbestandes angesetzt haben.

Fraglich ist, wann bei einer mittäter-schaftlichen Begehung ein unmittelbares Ansetzen gegeben ist.

#### *a. Einzellösung*

Nach der sog. Einzellösung ist bei der Mittäterschaft das unmittelbare Ansetzen für jeden Mittäter gesondert zu prüfen. Ausreichend ist es für ein unmittelbares Ansetzen dann jedoch, wenn der jeweilige Mittäter zu dem ihm nach dem Tatplan zugedachten Beitrag angesetzt hat (LK-Roxin, § 25 Rn. 198 ff.; SK-Rudolphi § 22 Rn. 19).

Nach dem gemeinsamen Tatplan sollte Ö den P mit dem Handy vorwarnen, sobald sich das Auto des C dem Ort des geplanten Anschlags näherte. Diesen Beitrag hat Ö sogar bereits vollständig erbracht. Ein unmittelbares Ansetzen des Ö ist somit nach der Einzellösung gegeben.

#### *b. Gesamtlösung*

Nach der herrschenden Gesamtlösung ist ein unmittel-

bares Ansetzen bei Mittäterschaft bereits dann gegeben, wenn ein Mittäter im Rahmen des gemeinsamen Tatplans zur Verwirklichung des Tatbestandes angesetzt hat (BGHSt 36, 249; 39, 237; wistra 1999, 386; LK-Vogler § 22 Rn. 88; Wessels/Beulke, AT, Rn. 611; Kratzsch, JA 1983, 587).

P hat im vorliegenden Fall unmittelbar angesetzt (s.o.). Da sich das Verhalten des P auch im Rahmen des gemeinsamen Tatplanes hielt, ist somit auch ein unmittelbares Ansetzen des Ö gegeben.

#### *c. Zwischenergebnis*

Nach beiden Meinungen hat auch der Ö unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung angesetzt, sodass eine Streitentscheidung entbehrlich ist.

#### *4. Rechtswidrigkeit und Schuld*

Ö handelte auch rechtswidrig und schuldhaft

#### *5. Kein Rücktritt (§ 24 StGB)*

Anhaltspunkte für einen strafbefreienden Rücktritt des Ö liegen nicht vor.

#### *6. Ergebnis*

Ö ist strafbar gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 4, 25 II, 22, 23 I StGB.

#### *II. Strafbarkeit des Ö gem. §§ 315 b I Nr. 3, 25 II StGB und §§ 303 I, 25 II StGB durch das Besorgen der Waffe und den Anruf*

Da auch die Begehung der Taten gem. § 315 b I Nr. 3 StGB und § 303 I StGB durch den P (s.o.) von dem gemeinsamen Tatplan von Ö und P gedeckt war, werden dem Ö auch diese Handlungen des P zugerechnet, so dass er auch als Mittäter dieser Taten und somit gemäß §§ 315 b I Nr. 3, 25 II StGB und §§ 303 I, 25 II StGB strafbar ist.

#### *C. Strafbarkeit des A*

#### *I. Strafbarkeit des A gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 4, 25 II, 22, 23 I StGB durch das Erteilen des Auftrags*

Dadurch, dass A dem P und dem Ö den Auftrag zu dem Anschlag auf den C erteilte und ihnen hierfür eine Belohnung in Aussicht stellte, könnte er sich wegen versuchter gefährlicher Körperverletzung in Mittäterschaft gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 4, 25 II, 22, 23 I StGB strafbar gemacht haben.

#### *1. Vorprüfung*

Die Tat ist nicht vollendet und der Versuch strafbar (s.o.).

#### *2. Tatentschluss*

A müsste Tatentschluss zur Begehung einer Tat gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 4, 25 II StGB gehabt haben. Hierfür müsste A zunächst Tatentschluss zur Begehung einer mittäter-schaftlichen Körperverletzung gehabt haben.

*a. Bzgl. eigener Verletzungshandlung des A*

A hatte sich jedoch nicht vorgestellt, die Insassen des Fahrzeugs durch eine eigene Handlung zu verletzen.

*b. Bzgl. gem. § 25 II StGB zurechenbarer Verletzungshandlung des P*

A hatte sich vorgestellt, dass durch Handlungen des P und des Ö eine Verletzung der Fahrzeuginsassen eintreten würde.

So sieht es zumindest der BGH: "Das Landgericht hat hierzu - bezogen auf den Angeklagten P - ausgeführt, er habe es bei Abgabe der Schüsse 'mindestens billigend in Kauf' genommen, dass es aufgrund des Erschreckens des Fahrzeugführers oder aber einer Beschädigung des Fahrzeugs zu einem Unfall kommen könnte. [...] Nichts anderes gilt nach den Urteilsfeststellungen in Bezug auf die - in die wesentlichen Tatmodalitäten - eingeweihten Mitangeklagten Ö und A." Wenn A sich auch weitere Umstände vorgestellt hätte, die ihn gem. § 25 II StGB zum Mittäter des P machen würden, dann wäre ihm die Handlung des P auch zuzurechnen. A müsste sich hierfür zunächst Umstände vorgestellt haben, nach denen er selbst Täter wäre.

*aa. Tatherrschaftslehre*

Nach der Tatherrschaftslehre müsste A sich hierfür Umstände vorgestellt haben, die ihm eine Tatherrschaft vermitteln würden (s.o.).

Fraglich könnte hier ein Tatentschluss des A bzgl. einer eigenen Tatherrschaft bereits deswegen sein, weil A nicht vorhatte, im Ausführungsstadium der Körperverletzung eigene Beiträge zu erbringen.

Ob jemand, der im Ausführungsstadium einer Straftat keine eigenen Beiträge erbringt, überhaupt noch Tatherrschaft haben (und somit Täter sein) kann, ist auch innerhalb der Tatherrschaftslehre streitig.

*(1) Strenge Tatherrschaftslehre*

Nach einer Auffassung innerhalb der Literatur setzt eine Tatherrschaft stets voraus, dass der Beteiligte im Ausführungsstadium tätig wird (LK-Roxin § 25 Rn.183; ders., JA 1979, 522; Herzberg, Täterschaft und Teilnahme, S. 66). Eine körperliche Anwesenheit am Tatort ist dafür zwar nicht unbedingt erforderlich, jedoch muss dann die fehlende physische Präsenz durch eine Verbindung per Telefon oder Funk kompensiert werden, die dem Abwesenden die Möglichkeit gibt, den Einsatz aus der Ferne zu leiten. Durch die bloße Leistung von Beiträgen im Vorfeld - selbst wenn es sich um wesentliche Beiträge handelt - kann hingegen keine Tatherrschaft begründet werden.

A hatte nicht vor, im Ausführungsstadium mit P und Ö vor Ort zu sein, um dort eigene Beiträge zu leisten. Auch lässt sich - jedenfalls nach dem Grundsatz "in dubio pro reo" - ein Tatentschluss des A dahingehend, während des Überfalls (insb. per Telefon) noch weiter auf P und Ö einwirken zu können, dem Sachverhalt nicht entnehmen. A stellte sich also nach dieser Auffassung keine Umstände vor, die ihm Tatherrschaft verleihen und ihn deshalb zum Täter machen würden.

*(2) Weite Tatherrschaftslehre*

Die herrschende Literatur hält hingegen eine Mitwirkung ausschließlich in der Vorbereitungsphase für ausreichend, um eine Tatherrschaft anzunehmen, sofern die Mitwirkung so gewichtig ist, dass das "Minus" in der Ausführung durch ein "Plus" in der Vorbereitung ausgeglichen wird (sog. funktionale Tatherrschaft oder "Gestaltungsherrschaft", vgl. Lackner/Kühl, § 25 Rn. 11; Schönke/Schröder-Cramer, § 25 Rn. 66 ff.; Haft, AT, S. 202; Jescheck/Weigend, AT, § 63 III 1; Maurach/Gössel/Zipf, AT 2, § 49 Rn. 36; Wessels/Beulke, AT, Rn. 529).

A hatte zwar vor, im Vorbereitungsstadium der Tat eigene Beiträge zu leisten, er wollte nämlich bei P und Ö einen entsprechenden Entschluss wecken, indem er ihnen eine Belohnung anbot. Dieser Beitrag ist jedoch nicht schwer wiegend genug, um die komplett fehlende Mitwirkung des A im Ausführungsstadium zu kompensieren. Auch nach dieser Auffassung stellte sich A also keine Umstände vor, die ihm eine Tatherrschaft verleihen würden, so dass er keinen Tatentschluss bzgl. einer eigenen (mit-) täterschaftlichen Begehung hat.

*bb. Eingeschränkt-subjektive Theorie*

Nach der eingeschränkt-subjektiven Theorie der Rechtsprechung müsste A sich vorgestellt haben, eigene Beiträge zu leisten; außerdem müsste er Täterwillen gehabt haben.

A hatte zwar vor, eigene Beiträge zu erbringen, denn er wollte P und Ö eine Belohnung für die Begehung der Tat offerieren. Fraglich ist allerdings, ob er auch animus auctoris besaß, ob er also die geplante Körperverletzung auch als "seine" Tat ansah. Tatentschluss bzgl. einer eigenen Tatherrschaft hatte A nicht (s.o.). Auch sind die Beiträge, die er selbst zur Tat erbringen wollte, nicht von besonderem Gewicht. Zwar hatte er ein eigenes Interesse am Täterfolg, weil er sich durch den C in seiner Ehre verletzt fühlte und diesen dafür bestrafen wollte. Dies allein ist jedoch nicht ausreichend, um sagen zu können, dass A die geplante Verletzung des C als "seine" Tat ansah. Vielmehr stellte er sich dies als "fremde" Tat von P und Ö vor, die lediglich seine Ehre wiederherstellen sollte. Da A also ohne Täterwillen gehandelt hat, hat er auch nach dieser Auffassung keinen Tatentschluss bzgl. einer eigenen täterschaftlichen Begehung.

*cc. Zwischenergebnis*

Nach allen Auffassungen stellte sich A somit keine Umstände vor, die ihn selbst zum Täter machen würden. Eine Streitentscheidung mag dahinstehen. A hatte jedenfalls keinen Tatentschluss bzgl. der Begehung einer (mit-) täterschaftlichen Körperverletzung.

*3. Ergebnis*

A ist nicht strafbar gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 4, 25 II, 22, 23 I StGB.

## II. Strafbarkeit des A gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 4, 22, 23 I, 26 StGB durch das Erteilen des Auftrags

A könnte sich jedoch durch das Erteilen des Auftrags wegen Anstiftung zur versuchten gefährlichen Körperverletzung gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 4, 22, 23 I, 26 StGB strafbar gemacht haben.

### 1. Tatbestand

#### a. Teilnahmefähige Haupttat

Eine Anstiftung setzt zunächst das Vorliegen einer teilnahmefähigen, d.h. vorsätzlichen und rechtswidrigen, Haupttat voraus (Joecks, § 26 Rn. 3 ff.). Insofern kommt auch ein Versuch als Haupttat in Betracht, sofern dieser mit Strafe bedroht ist (Lackner/Kühl, § 26 Rn. 7).

P und Ö haben sich wegen versuchter gefährlicher Körperverletzung strafbar gemacht (s.o.), sodass eine teilnahmefähige Haupttat gegeben ist.

#### b. Bestimmen

A müsste P und Ö zu der Haupttat bestimmt haben. Bestimmen i.S.v. § 26 StGB ist das Hervorrufen des Tatentschlusses (BGHSt 9, 379; Tröndle/Fischer, § 26 Rn. 3 mwN).

A hat durch das Angebot der Bezahlung bei P und Ö den Tatentschluss zur Begehung der (versuchten) gefährlichen Körperverletzung hervorgerufen.

#### c. Vorsatz

A müsste auch vorsätzlich gehandelt haben. Der Vorsatz des Anstifters muss sich sowohl auf die Verwirklichung der teilnahmefähigen Haupttat als auch auf das Bestimmen beziehen (sog. "Doppelvorsatz", vgl. BGHSt 44, 99; Lackner/Kühl, § 26 Rn. 4 mwN).

P und Ö hatten A in die wesentlichen Einzelheiten des Planes eingeweiht, so dass dieser sich als Haupttat eine gefährliche Körperverletzung vorgestellt hatte. Zwar hatte sich der Vorsatz des A insofern auf eine vollendete Haupttat bezogen. Da jedoch der Versuch ein not-

wendiges Durchgangsstadium für eine vollendete Tat darstellt, bezog sich der Vorsatz des A somit notwendigerweise auch auf den Versuch als Haupttat. Da A auch einen entsprechenden Tatentschluss bei P und Ö hervorrufen wollte, hat er vorsätzlich gehandelt.

### 2. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

### 3. Ergebnis

A ist strafbar gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 4, 22, 23 I, 26 StGB.

## III. Strafbarkeit des A gem. §§ 315 b I Nr. 3, 26 StGB und §§ 303 I, 26 StGB durch das Erteilen des Auftrags

Da A durch das Erteilen des Auftrags bei P und Ö auch vorsätzlich den Tatentschluss zur Begehung der dann verwirklichten Taten gem. § 315 b I Nr. 3 StGB und § 303 I StGB hervorgerufen und hierbei auch rechtswidrig und schuldhaft gehandelt hat, ist A auch noch strafbar gem. §§ 315 b I Nr. 3, 26 StGB und §§ 303 I, 26 StGB.

### D. Konkurrenzen und Gesamtergebnis

P und Ö haben durch dieselbe Handlung die Delikte gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 4, 25 II StGB, §§ 315 b I Nr. 3, 25 II StGB und §§ 303 I, 25 II StGB verwirklicht. Diese Taten bleiben wegen der unterschiedlichen Schutzbereiche in Tateinheit (§ 52 StGB) nebeneinander bestehen. Insb. tritt § 303 I StGB aus Klarstellungsgründen nicht hinter § 315 b I Nr. 3 StGB zurück, obwohl beide (jedenfalls auch) das Eigentum schützen, da es sich bei der Sachbeschädigung um ein Erfolgs-, bei dem gefährlichen Eingriff in den Straßenverkehr hingegen nur um ein (konkretes) Gefährdungsdelikt handelt. Entsprechendes gilt für den den A als Anstifter, der also im Ergebnis gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 4, 22, 23 I, 26; 315 b I Nr. 3, 26; 303 I, 26; 52 StGB strafbar ist.

## IMPRESSUM

<b>HERAUSGEBERIN:</b>	JURA INTENSIV VERLAGS-GMBH & CO. KG, Salzstraße 18, 48143 Münster Tel.: 0251/4824-60; Fax: 0251/4824-545 <a href="http://www.jura-intensiv.de">http://www.jura-intensiv.de</a> / <a href="mailto:ra@jura-intensiv.de">ra@jura-intensiv.de</a>
<b>CHEFREDAKTION:</b>	Rechtsanwalt Frank Schildheuer ( <i>zugleich Öffentliches Recht</i> )
<b>REDAKTEURE:</b>	Rechtsanwalt Frank Bollmeyer ( <i>Zivilrecht</i> ); Rechtsanwalt Uwe Schumacher ( <i>Strafrecht</i> ) Die Redakteure sind postalisch erreichbar unter der Adresse der Herausgeberin.
<b>ABONNEMENT:</b>	Abonnement-Vertrag befindet sich im Heft und/oder wird auf Wunsch zugeschickt. Einmalige Anforderung eines Probeheftes jederzeit formlos und ohne weitere Verpflichtung möglich. Bestellungen bitte an die o.g. Anschrift der Herausgeberin oder via Internet unter der o.g. Adresse.
<b>BEZUGSPREISE:</b>	Jahresabonnement (12 Hefte) zum Vorzugspreis von 45 Euro (Einzelpreis: 4 Euro/Heft) inkl. USt. und Versandkosten. Lieferung nur gegen Einzugsermächtigung. Der Lieferbeginn erfolgt zum nächstmöglichen Termin nach Gutschrift der Lastschrift.
<b>VERSAND:</b>	Ohne Zusicherung eines festen Veröffentlichungstermins monatlich per Post.

*Literaturauswertung**Öffentliches Recht*

<b>Autor/Titel:</b>	Birnbaum, Christian: "Die Rügepflicht des Prüflings"
<b>Fundstelle:</b>	NVwZ 2006, 286 (Heft 3)
<b>Inhalt:</b>	Jeder Prüfling hat Anspruch auf ein faires Prüfungsverfahren. Hierzu gehören die Chancengleichheit aller Prüflinge, ein ungestörter Prüfungsablauf und unparteiische Prüfer. Wird dieser Anspruch nicht erfüllt, kann der Prüfling grds. gegen die Bewertung seiner Prüfungsleistungen vorgehen. Die Rspr. fordert aber in vielen Fällen, dass er die Fehler während, z.T. sogar schon vor der Prüfung rügt. Viele Prüflinge kennen diese Rügepflichten nicht und schneiden sich so durch ein formelles Versäumnis tatsächlich bestehende Einwände ab. Der Beitrag gibt einen bis ins Detail reichenden Überblick darüber, welche Fehler wann und wie gerügt werden müssen. Er ist unbedingt lesenswert, denn jeder Prüfling sollte seine Rechte und Pflichten vor Prüfungsbeginn kennen.

<b>Autor/Titel:</b>	Klenke, Reinhard: "Das Hausrecht am Rathaus und anderen Verwaltungsgebäuden"
<b>Fundstelle:</b>	NWVB1 2006, 84 (Heft 3)
<b>Inhalt:</b>	Jeder weiß, dass an Rathaus und anderen Verwaltungsgebäuden ein Hausrecht besteht. Woraus sich dieses ableitet, wenn es - wie oft - an einer gesetzlichen Regelung fehlt, bleibt dagegen im Dunkeln. Der Autor geht in sehr lehrreicher Weise allen Herleitungsversuchen nach. Dabei wendet er sich insbesondere gegen eine analoge Anwendung der §§ 1004, 903 BGB; vielmehr will er das Hausrecht an öffentlichen Gebäuden allein im öffentlichen Recht verankert sehen.

*Zivilrecht*

<b>Autor/Titel:</b>	Schur, Wolfgang: "Schadensersatz wegen Verzögerung der Nacherfüllung und Schlechtleistung im Kaufrecht"
<b>Fundstelle:</b>	JA 2006, 223 (Heft 3)
<b>Inhalt:</b>	Ob ein Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung nach §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 I 1 Fall 2 BGB schon allein die Lieferung der mangelhaften Sache (Schlechtleistung) als haftungsbegründende Pflichtverletzung ausreichen lässt, oder ob dem Verkäufer hier erst das Unterbleiben der Nacherfüllung angelastet wird, ist in Rspr. und Lit. umstritten. Der Autor stellt seinem Aufsatz zunächst zwei einleuchtende Beispiele voran, um die praktischen Auswirkungen dieses Problems zu unterstreichen. Er schließt sich sodann der Auffassung an, wonach Anknüpfungspunkt für die Haftung des Verkäufers das zu vertretende Ausbleiben der Nacherfüllung während der seitens des Käufers gesetzten Nachfrist sei.

<b>Autor/Titel:</b>	Gsell, Beate: "Grenzen der Nutzungsentschädigung bei Rückgabe einer mangelhaften Kaufsache"
<b>Fundstelle:</b>	JuS 2006, 203 (Heft 3)
<b>Inhalt:</b>	Nach § 439 IV BGB kann der Verkäufer, welcher dem Käufer im Rahmen der Nacherfüllung eine neue Kaufsache zur Verfügung stellt (Nachlieferung, § 439 I Fall 2 BGB) die Rückgewähr der mangelhaften Sache nach Maßgabe der §§ 346 - 348 BGB verlangen. Die Autorin geht zunächst der umstrittenen Frage nach, ob die Rückgewährpflicht des Käufers sich auch in diesem Fall auf den Ersatz zwischenzeitlich gezogener Nutzungen erstreckt, wofür der uneingeschränkte Verweis auf § 346 I BGB jedenfalls zu sprechen scheint. Die Nutzungsersatzpflicht wird im Ergebnis jedoch abgelehnt. Anschließend wird untersucht, inwieweit die Rückgewährpflicht im Falle der vollständigen Rückgängigmachung des Vertrags als Folge eines Rücktritts gem. §§ 346 ff BGB oder durch das Verlangen des "großen Schadensersatzes statt der Leistung" Bestand haben kann, wenn zugleich eine Schadensersatzpflicht des Verkäufers wegen mangelbedingter Nutzungsausfälle im Raum steht.

<b>Autor/Titel:</b>	Volmer, Michael: "Vertragsgestaltung beim Grundstückskaufvertrag"
<b>Fundstelle:</b>	JuS 2006, 221 (Heft 3)
<b>Inhalt:</b>	Klausuren mit einer rechtsgestaltenden Arbeitsaufgabe, also Entwürfe von Verträgen, AGB-Klauseln o. ä., halten zunehmend Einzug in die zweiten juristischen Staatsprüfungen, Damit wird dem Umstand Rechnung getragen, dass eine Vielzahl der erfolgreichen Absolventen anschließend den Anwaltsberuf ergreift und dementsprechend vor großen Problemen steht, wenn die Ausbildung sich nur auf die Beurteilung einzelner konkreter Rechtsstreitigkeiten - und dies zumeist aus Richtersicht - konzentriert hat. Die Ausbildungsliteratur steht nun vor der Aufgabe, auf diese Verschiebung der Prüfungsschwerpunkte mit einem entsprechenden Angebot zu reagieren. Der vorliegende Beitrag lässt sich zwar nicht ohne weiteres als rechtsgestaltende Klausuraufgabe übernehmen, da in dem sehr ausführlichen Vertragsentwurf viele Einzelheiten angesprochen werden, die der vorangestellten Sachverhaltsdarstellung nicht zu entnehmen sind. Er zeigt gleichwohl auf, worauf bei der Formulierung von Grundstückskaufverträgen grundsätzlich zu achten ist und wie die Abwicklung derartiger Verträge in der Praxis sodann vonstatten geht.

### *Strafrecht*

<b>Autor/Titel:</b>	Satzger, Helmut: "Die objektive Bedingung der Strafbarkeit"
<b>Fundstelle:</b>	Jura 2006, 108 (Heft 2)
<b>Inhalt:</b>	Zwar ist nur bei wenigen examensrelevanten Tatbeständen eine objektive Bedingung der Strafbarkeit zu prüfen (insb. §§ 186, 231, 323 a StGB), dort spielt die besondere Einordnung und systematische Stellung dieser Merkmale aber stets - zumindest in Examensaufgaben - eine zentrale Rolle, so dass entsprechende Kenntnisse unerlässlich sind. Leider hält sich dieser Aufsatz lange mit der - grundlegenden aber doch sehr abstrakten - Frage der Vereinbarkeit objektiver Strafbarkeitsbedingungen mit dem Schuldgrundsatz auf und räumt den interessanteren Punkten - Auswirkung auf Tatzeitpunkt und -ort sowie Darstellung objektiver Strafbarkeitsbedingungen in Klausuren - etwas wenig Raum ein.

<b>Autor/Titel:</b>	Kindhäuser, Urs / Nikolaus, Sonja: "Der Tatbestand des Betruges (§ 263 StGB)"
<b>Fundstelle:</b>	JuS 2006, 193 (Heft 3)
<b>Inhalt:</b>	Bei Examenskandidaten erfreut sich der Tatbestand des Betruges wegen der zahlreichen dort enthaltenen Problemstellungen keiner besonderen Beliebtheit - ganz im Gegensatz zu den Aufgabenstellern. In diesem Aufsatz (dem ersten einer Reihe) erörtern die Verfasser die verschiedenen Tatbestandsmerkmale des Betruges, wobei besonderer Wert auf die Darlegung (und Erörterung) der einschlägigen Definitionen und die Präsentation der verschiedenen möglichen Fallgruppen gelegt wird. Sowohl zur erstmaligen Erarbeitung des Tatbestandes als auch für die Wiederholung unbedingt zu empfehlen.

<b>Autor/Titel:</b>	Kütterer-Lang, Hannah: "Versuch der Anstiftung und Rücktritt - BGH, NJW 2005, 2867"
<b>Fundstelle:</b>	JuS 2006, 206 (Heft 3)
<b>Inhalt:</b>	Die Verfasserin benutzt eine aktuelle Entscheidung des BGH (vgl. RA 2005, 604) als Aufhänger für die Diskussion der verschiedenen Varianten des Rücktritts vom Versuch der Anstiftung (§ 30 I StGB) gem. § 31 I Nr. 1, II StGB, insb. beim untauglichen Versuch der Anstiftung. Lesenswert, wenn auch sehr hart am vorliegenden Fall; mehr allgemeine Ausführungen wären gerade zu diesem Thema willkommen gewesen.