

## Öffentliches Recht

### Standort: Grundrechte

### Problem: Kopftuchverbot in Hessen

HESSTGH, URTEIL VOM 10.12.2007  
P.ST. 2016 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

#### Problemdarstellung:

Der HessStGH hatte sich mit der Verfassungsmäßigkeit des im hessischen Landesrecht (§§ 68 HBG, 86 III HSchG) geregelten Verbots des Tragens von Kleidungsstücken, Symbolen oder anderen Merkmalen zu beschäftigen, die objektiv geeignet sind, das Vertrauen in die Neutralität ihrer Amtsführung zu beeinträchtigen oder den politischen, religiösen oder weltanschaulichen Frieden zu gefährden. Diese Regelung ist natürlich durch die Diskussion um das "Kopftuch"-Verbot im öffentlichen Dienst motiviert worden.

Der HessStGH prüft demgemäß auch ihre Vereinbarkeit mit Grundrechten, namentlich der Glaubensfreiheit, Meinungsfreiheit, allg. Handlungsfreiheit und des Gleichbehandlungsgrundsatzes. Hierzu ist anlässlich des "Kopftuch"-Streits schon viel geschrieben worden (vgl. Vertiefungshinweise). Auch die RA hat hierüber ausführlich berichtet, worauf an dieser Stelle verwiesen werden muss. Nachstehend sollen nur einige Besonderheiten der vorliegenden Entscheidung herausgestellt werden:

1. Die o.g. Normen sehen explizit vor, dass bei der Entscheidung über ein Verbot "der christlich und humanistisch geprägten abendländischen Tradition des Landes Hessen angemessen Rechnung zu tragen" sei. Der HessStGH sieht darin keinen Verstoß gegen das verfassungsrechtliche Gebot religiöser und weltanschaulicher Neutralität des Staates (Art. 4 GG), sondern nur eine Bezugnahme auf die Werteordnung des Grundgesetzes (bzw. der Hessischen Verfassung) und damit eine - so wörtlich - "verfassungsrechtliche Selbstverständlichkeit".

2. Das Verbot des Tragen religiöser Symbole gilt nach hessischem Landesrecht nicht nur in Schulen, sondern für alle Beamte, nicht aber für die angestellten Staatsdiener. Das Gericht hält diese Differenzierung zwischen Beamten und Angestellten für gerechtfertigt, wobei es andeutet (allerdings explizit ohne sich festzulegen), dass sie nicht nur zulässig, sondern sogar verfassungsrechtlich geboten sein könnte, weil das Beamtenrecht durch Art. 33 V GG geprägt werde, während das Recht der Angestellten privat- und tarifvertragsrechtlich ausgestaltet sei.

3. Ferner enthält § 86 III 3 HSchG eine Ausnahme-

möglichkeit für *Lehramtsreferendare*. Diese Privilegierung gegenüber den übrigen Beamten hält der StGH wegen der Besonderheiten der Lehramtsausbildung, insbes. des staatlichen Monopols in diesem Bereich, für sachlich gerechtfertigt. Für *Rechtsreferendare*, deren Ausbildung auch allein in staatlicher Hand liegt, gilt die Privilegierung des § 86 III 3 HSchG über § 27 Abs. 1 Satz 2 JAG zumindest entsprechend.

#### Prüfungsrelevanz:

Die Entscheidung zeigt, wie examensrelevant das Thema "Kopftuch" nach wie vor ist. Sie enthält über die o.g. Besonderheiten hinaus viele weitere interessante Passagen, die sie besonders lesenswert machen, so zum Verbot des Einzelfallgesetzes, des Bestimmtheitsgrundsatzes und - vor allem - zur "praktischen Konkordanz" zwischen der Glaubensfreiheit und den anderen durch das Verbot eingeschränkten Grundrechten einerseits und dem zur Rechtfertigung des Verbots als verfassungsimmanente Schranke herangezogenen kollidierenden Verfassungsrecht andererseits.

#### Vertiefungshinweise:

☐ "Kopftuch"-Fälle in der Rechtsprechung: *VG Stuttgart*, ZfBR 2000, 66; *VGH Mannheim*, NJW 2001, 2899; *BVerwGE* 116, 359; *BVerwG*, RA 2004, 749 = NJW 2004, 3581; *BVerfG*, RA 2003, 601 = NJW 2003, 3111; *OVG Bremen*, RA 2006, 391 = NVwZ-RR 2006, 402 (alle zur Lehrerin mit Kopftuch); *BayVGH*, NVwZ 2000, 952 (Passfoto mit Kopftuch); *VG Düsseldorf*, RA 2006, 128 = NWVB1 2006, 68 (Schwimmunterricht trotz Kopftuchs); *BVerfG*, RA 2007, 3 = NJW 2007, 56 (Kopftuch im Gerichtssaal)

☐ Literaturbeiträge zur "Kopftuch"-Problematik: *Demel/Lochen*, JA 2002, 878; *Häußler*, BayVB1 2002, 619; *Triebel*, BayVB1 2002, 624; *Schöbener*, Jura 2003, 186; *Hufen*, JuS 2003, 1220; *Bertrams*, DVBl 2003, 1225; *Ipsen*, NVwZ 2003, 1210; *Pofalla*, NJW 2004, 1218; *Groh*, NVwZ 2006, 1023

#### Kursprogramm:

☐ *Examenskurs* : "Oben ohne"

#### Leitsatz:

**§ 68 Abs. 2 HBG und § 86 Abs. 3 HSchG verstoßen nicht gegen die Grundrechte auf Glaubensfreiheit,**

**Meinungsfreiheit, gleichen Zugang zu öffentlichen Ämtern und Gleichbehandlung von Frau und Mann und sind daher mit der Hessischen Verfassung vereinbar.**

**Sachverhalt:**

Die Landesanwaltschaft hat unter dem 28. April 2005 bei dem Staatsgerichtshof des Landes Hessen StGH zwei Normenkontrollanträge eingereicht. Sie richten sich gegen § 68 Abs. 2 des Hessischen Beamtenengesetzes in der Fassung vom 11. Januar 1989 (GVBl. I S. 26) HBG, zuletzt geändert durch das Gesetz zur Sicherung der staatlichen Neutralität vom 18. Oktober 2004 (GVBl. I S. 306, berichtet GVBl. 2005 I S. 95), kurz: Neutralitätsgesetz, sowie gegen § 86 Abs. 3 des Hessischen Schulgesetzes in der Fassung vom 2. August 2002 (GVBl. I S. 465) HSchG, zuletzt geändert durch das Neutralitätsgesetz, hilfsweise gegen Art. 1 Nr. 2 und Art. 2 Nr. 1 des Neutralitätsgesetzes. Die zur Überprüfung durch den Staatsgerichtshof gestellten Vorschriften lauten:

**§ 68 Abs. 2 HBG:**

Beamte haben sich im Dienst politisch, weltanschaulich und religiös neutral zu verhalten. Insbesondere dürfen sie Kleidungsstücke, Symbole oder andere Merkmale nicht tragen oder verwenden, die objektiv geeignet sind, das Vertrauen in die Neutralität ihrer Amtsführung zu beeinträchtigen oder den politischen, religiösen oder weltanschaulichen Frieden zu gefährden. Bei der Entscheidung über das Vorliegen der Voraussetzungen nach Satz 1 und 2 ist der christlich und humanistisch geprägten abendländischen Tradition des Landes Hessen angemessen Rechnung zu tragen.

**§ 86 Abs. 3 HSchG:**

Zur Gewährleistung der Grundsätze des § 3 Abs. 1 haben Lehrkräfte in Schule und Unterricht politische, religiöse und weltanschauliche Neutralität zu wahren; § 8 bleibt unberührt. Insbesondere dürfen sie Kleidungsstücke, Symbole oder andere Merkmale nicht tragen oder verwenden, die objektiv geeignet sind, das Vertrauen in die Neutralität ihrer Amtsführung zu beeinträchtigen oder den politischen, religiösen oder weltanschaulichen Frieden in der Schule zu gefährden. Bei der Entscheidung über das Vorliegen der Voraussetzungen nach Satz 1 und 2 ist der christlich und humanistisch geprägten abendländischen Tradition des Landes Hessen angemessen Rechnung zu tragen. Für Lehrkräfte im Vorbereitungsdienst kann die zuständige Behörde auf Antrag abweichend von Satz 2 im Einzelfall die Verwendung von Kleidungsstücken, Symbolen oder anderen Merkmalen zulassen, soweit nicht zwingende öffentliche Interessen entgegenstehen.

Die Landesanwaltschaft vertritt den Standpunkt, sie sei

als öffentliche Klägerin berechtigt, ein Verfahren der abstrakten Normenkontrolle einzuleiten. § 86 Abs. 3 HSchG verstoße gegen das Grundrecht auf Glaubensfreiheit und das Grundrecht auf gleichen Zugang zu öffentlichen Ämtern (Art. 9 und 48 in Verbindung mit Art. 134 der Verfassung des Landes Hessen, kurz: Hessische Verfassung HV) sowie gegen das Grundrecht auf Gleichberechtigung von Mann und Frau aus Art. 1 HV. § 86 Abs. 3 HSchG verfolge insgesamt den Zweck, insbesondere das Kopftuchtragen von Lehrerinnen generell zu verbieten. Von diesem Ziel werde die gesamte Vorschrift erfasst, weshalb sie insgesamt zur Überprüfung gestellt werde, auch wenn das in Satz 1 enthaltene Neutralitätsgebot für Lehrkräfte isoliert betrachtet nicht zu beanstanden sei.

**Aus den Gründen:**

**A. Zulässigkeit**

Die Normenkontrollanträge sind zulässig. [wird ausgeführt]

**B. Begründetheit**

Die Normenkontrollanträge sind unbegründet.

Die in zulässiger Weise zur Überprüfung des Staatsgerichtshofs gestellten Vorschriften der §§ 68 Abs. 2 HBG und 86 Abs. 3 HSchG verstoßen nicht gegen Art. 9, Art. 48 Abs. 1, Art. 134, Art. 1 sowie Art. 11 Abs. 1 HV.

**I. Anwendbarkeit der Grundrechte**

Der Schutzbereich der genannten Grundrechte ist in personaler Hinsicht eröffnet. Auch öffentliche Bedienstete (hier: Beamte und Lehrkräfte Lehrkräfte auch im Angestelltenverhältnis) können sich innerhalb ihres Dienstverhältnisses grundsätzlich auf Grundrechte berufen.

**1. Lehre vom besonderen Gewaltverhältnis**

Dies war zwar nach der Lehre vom besonderen Gewaltverhältnis bei Beamten nicht der Fall; auch galt insofern der Gesetzesvorbehalt nicht (vgl. StGH, ESVGH 11/II, 16; Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Band I, 3. Auflage 1924, S. 101 f.).

**2. Gegenansicht des StGH**

Die Vorstellung eines Raumes grundrechtsfreier Herrschaft, die dieser Lehre zu Grunde lag, ist aber mit der umfassenden Grundrechtsbindung aller Staatsgewalt nach Art. 26 HV bzw. Art. 1 Abs. 3 GG unvereinbar. Der Gesetzesvorbehalt gilt allgemein, also auch im „besonderen Gewaltverhältnis“ (vgl. gerade für das Schulverhältnis bereits StGH, StAnz. 1979, S. 1669 [1677]; vgl. auch BVerfGE 108, 282 <Kopftuch>, was als Folge dieser Entwicklung seit BVerfGE 33, 1 [9 f.] <Strafvollzug> angesehen werden kann, vgl. i.E. BVerfGE 108, 282 [294, 311 ff.], beachte aber auch

die abw. Meinung der Richter Jentsch, Di Fabio und Mellinghoff, S. 314 ff.). Die Grundrechte gelten somit grundsätzlich auch im Verhältnis des Staates zu seinen Bediensteten, das heißt im sogenannten Sonderstatusverhältnis: „Er [der Beamte] steht zwar ‚im Staat‘ und ist deshalb mit besonderen Pflichten belastet..., er ist aber zugleich Bürger, der seine Grundrechte gegen den Staat geltend machen kann“ (BVerfGE 39, 334 [366]; herrschende Meinung, vgl. Loschelder, Grundrechte im Sonderstatus, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band V, 2. Aufl. 2000, § 123 Rdnr. 7; Graf Vitzthum, Der funktionale Anwendungsbereich der Grundrechte, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Band II, 2006, § 48 Rdnrn. 19 u. 35; Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 1, 5. Aufl. 2005, Art. 1 Rdnr. 298; Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 9. Aufl. 2007, Vorb. vor Art. 1 Rdnr. 39).

Dies bedeutet andererseits nicht, dass die Grundrechte im öffentlichrechtlichen Dienstverhältnis ihre Wirkung in gleicher Weise entfalten wie außerhalb dieses speziellen Sonderstatusverhältnisses. Der Grundrechtsausübung des Beamten im Dienst können Grenzen gesetzt werden, die sich aus allgemeinen Anforderungen an den öffentlichen Dienst oder aus besonderen Erfordernissen des jeweiligen öffentlichen Amtes ergeben. Für das Maß der Einschränkungen im Sonderstatusverhältnis gilt das Verhältnismäßigkeitsprinzip (Starck, a.a.O., Rdnr. 299).

## II. Verfassungsmäßigkeit des § 86 Abs. 3 Sätze 1 und 2 HSchG

### 1. Grundrechtsverletzung

#### a. Glaubensfreiheit, Art. 9 HV

§ 86 Abs. 3 Sätze 1 und 2 HSchG verstößt nicht gegen Art. 9 in Verbindung mit Art. 48 Abs. 1 HV.

#### aa. Eingriff in den Schutzbereich

§ 86 Abs. 3 Sätze 1 und 2 HSchG greift in den Schutzbereich der Grundrechte aus Art. 9 in Verbindung mit Art. 48 Abs. 1 HV ein.

Art. 9 HV stimmt inhaltlich mit Art. 4 Abs. 1 GG überein (StGH, StAnz. 1965, S. 1394 [1397] = ESVGH 16, 1 [3], und StAnz. 1968, S. 1225 [1229] = ESVGH 19, 7 [10]; Löhr, Die Rechte des Menschen in der Verfassung des Landes Hessen im Lichte des Grundgesetzes, 2007, S. 228 f.). Art. 9 HV gilt deshalb gemäß Art. 142 GG fort. Im Gegensatz zu Art. 48 HV, der wie Art. 4 Abs. 2 GG die äußere Religionsfreiheit regelt, behandelt Art. 9 HV primär die innere Glaubens-, Überzeugungs- und Gewissensfreiheit. Allerdings ist Art. 9 HV nicht darauf beschränkt, sondern umfasst auch die Betätigung dieser (inneren) Freiheit. Damit ist ausdrücklich das Recht anerkannt, sich zu einem religiösen Glauben oder einer Weltanschauung

zu bekennen oder nicht zu bekennen, die Überzeugung anderen mitzuteilen und sich ihr entsprechend im gesellschaftlichen Leben zu betätigen (vgl. StGH, StAnz. 1965, S. 1394 [1398]; zu alledem auch Stein, in: Zinn/Stein, Verfassung des Landes Hessen, Bd. 1, Losebl., 16. Lfg. 1999, Art. 9 Anm. 1 bis 3).

Art. 48 HV entspricht Art. 4 Abs. 2 GG und regelt die äußere Kultusfreiheit bzw. Bekenntnisfreiheit. Er schützt die äußere Betätigung der Religion oder einer Weltanschauung durch Einzelne oder eine Gemeinschaft und die öffentliche Religionsausübung (vgl. Stein/Engelhardt, in: Zinn/Stein, a.a.O., Art. 48 Anm. 1 u. 2).

Art. 9 HV und Art. 48 HV bilden wie Art. 4 Abs. 1 und 2 GG ein umfassend zu verstehendes einheitliches Grundrecht (vgl. z.B. BVerfGE 83, 341 [354]). Zu der somit umfassend gewährleisteten Religions- bzw. Glaubens-, Weltanschauungs- und Gewissensfreiheit gehört auch das Recht des Einzelnen, sein gesamtes Verhalten an den Lehren seines Glaubens auszurichten und seiner inneren Glaubensüberzeugung gemäß zu handeln. Dies betrifft nicht nur imperative Glaubenssätze, sondern auch solche religiösen Überzeugungen, die ein Verhalten als das zur Bewältigung einer Lebenslage Richtige bestimmen (BVerfGE 108, 282 [297] m.w.N.).

Die Regelungen des § 86 Abs. 3 Sätze 1 und 2 HSchG greifen in die Überzeugungs- und Gewissensfreiheit des Art. 9 HV und in die öffentliche Religionsausübung Bekenntnisfreiheit des Art. 9 HV in Verbindung mit Art. 48 Abs. 1 HV ein (vgl. auch BVerfGE 108, 282 [297]). Denn die Religion vermag Verhaltenspflichten aufzuerlegen, zu deren Befolgung sich der Gläubige aufgrund seiner Überzeugung und seines Gewissens verpflichtet fühlt. Diese Verhaltenspflichten können auch für das öffentliche Auftreten des Gläubigen gelten und, wie etwa bestimmte Kleidungs Vorschriften, äußerlich erkennbar sein.

Ob auch das Tragen eines Kopftuches islamischer Provenienz in den Schutzbereich des Grundrechts der Glaubensfreiheit fällt und vom Verbot des § 86 Abs. 3 Sätze 1 und 2 HSchG umfasst ist, bedarf hier indes keiner Entscheidung. Der Staatsgerichtshof entscheidet im Rahmen einer abstrakten Normenkontrolle nicht über die Frage, welche Kleidungsstücke, Symbole und andere Merkmale nach § 86 Abs. 3 HSchG (oder § 68 Abs. 2 HBG) nicht verwendet oder getragen werden dürfen. Insbesondere prüft er nicht, welche Kleidungsstücke als „islamisches Kopftuch“ zu qualifizieren sind und ob und unter welchen Voraussetzungen ein „islamisches Kopftuch“ objektiv geeignet ist, das Vertrauen in die Neutralität der Amtsführung zu beeinträchtigen oder den Schul- und Dienstfrieden zu stören. Denn die konkrete Auslegung des einfachen Rechts ist zuvörderst Aufgabe der Behörden und Fachgerichte (ebenso BayVerfGH, BayVBl. 2007, S. 235 [236]).

*b. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung*

Dies gilt auch dann, wenn der Gesetzgeber wie hier das Kopftuch zum Anlass seiner Neuregelung genommen hat. Für die verfassungsgerichtliche Prüfung ist es unerheblich, dass der Gesetzgeber gerade das islamische Kopftuch zum Anlass genommen hat, überhaupt die angefochtenen Vorschriften zu erlassen. Auch wenn es sich bei dem „Gesetz zur Sicherung der staatlichen Neutralität“ um ein sogenanntes „Maßnahmegesetz“ handeln sollte, wäre dies verfassungsrechtlich ohne Bedeutung. „Maßnahmegesetze“ sind Gesetze, die auf einen konkreten Sachverhalt abgestellt sind. Sie sind als solche weder unzulässig noch unterliegen sie einer strengeren verfassungsrechtlichen Prüfung als andere Gesetze (BVerfGE 25, 371 [396]). Bei den angegriffenen Normen handelt es sich nicht etwa um Einzelfallgesetze. Enthalten die Gesetze wie hier generalisierende Rechtssätze, gehen sie über ein grundsätzlich nach Art. 19 Abs. 1 Satz 1 GG, Art. 1 HV verfassungsrechtlich unzulässiges Einzelfallgesetz hinaus.

*aa. Schranken*

Der Eingriff in die Grundrechte aus Art. 9 in Verbindung mit Art. 48 Abs. 1 HV ist verfassungsrechtlich gerechtfertigt. Die „Religionsfreiheit“ des Art. 9 HV in Verbindung mit Art. 48 Abs. 1 HV wird ohne besondere Schranken gewährleistet. Es gelten somit nur die sogenannten verfassungsimmanenten Schranken: „Nur kollidierende Grundrechte Dritter und andere mit Verfassungsrang ausgestattete Rechtswerte sind mit Rücksicht auf die Einheit der Verfassung und die von ihr geschützte gesamte Wertordnung ausnahmsweise imstande, auch uneinschränkbare Grundrechte in einzelnen Beziehungen zu begrenzen“ (BVerfGE 28, 243 [261]; vgl. auch BVerfGE 108, 282 [297] m.w.N.: „die Grundrechte Dritter sowie Gemeinschaftswerte von Verfassungsrang“). Die Einschränkung der vorbehaltlos gewährleisteten Glaubensfreiheit bedarf überdies einer hinreichend bestimmten gesetzlichen Grundlage (BVerfGE 108, 282 [297]; a.A. Sondervotum zu dieser Entscheidung, BVerfGE 108, 282 [322 ff.]).

*bb. Schranken-Schranken**(1). Bestimmtheitsgrundsatz*

§ 86 Abs. 3 Sätze 1 und 2 HSchG ist hinreichend bestimmt. Der Gesetzgeber hat die Vorschriften so formuliert, dass sie den rechtsstaatlichen Anforderungen entsprechen. Sie sind hinreichend klar und justiziabel. Die Verwendung interpretationsbedürftiger unbestimmter Rechtsbegriffe begegnet insoweit keinen Bedenken. Denkbare Alternative wäre gewesen, in der gesetzlichen Bestimmung bestimmte Kleidungsstücke, Symbole oder Merkmale, die verboten werden sollen, beispielhaft oder abschließend aufzulisten. Dies ist jedoch verfassungsrechtlich nicht zwingend geboten

(ebenso BayVerfGH, BayVBl. 2007, S. 235 [237]). Dem Gesetzgeber steht es im Rahmen seiner vom Staatsgerichtshof zu akzeptierenden Einschätzungsprärogative grundsätzlich frei, bei der Normgestaltung auch unbestimmte Rechtsbegriffe zu verwenden und somit den Behörden und Gerichten Interpretationsspielräume zu eröffnen. Die rechtsstaatlichen Grenzen hat der Gesetzgeber vorliegend beachtet.

*(2). Kollidierendes Verfassungsrecht*

Wie bereits ausgeführt, ist die Lehrkraft, die politisch, religiös oder weltanschaulich geprägte Merkmale trägt, gegenüber ihrem Dienstherrn grundrechtsberechtigt. Ihre Grundrechtsausübung unterliegt aber Grenzen. Diese Grenzen bilden widerstreitende Grundrechte Dritter und sonstige Gemeinschaftsgüter von Verfassungsrang. Sie vermögen in der gebotenen Verhältnismäßigkeitsabwägung den durch § 86 Abs. 3 HSchG erfolgenden Eingriff in die Grundrechte der Lehrkraft zu rechtfertigen.

Zu den kollidierenden Grundrechten Dritter und Gemeinschaftswerten von Verfassungsrang gehören: die negative Glaubensfreiheit der Schüler und Eltern aus Art. 9 HV; der Grundsatz der politischen, religiösen und weltanschaulichen Neutralität des Staates (vgl. Art. 50 Abs. 2 HV), der von den Beamten und sonstigen öffentlichen Bediensteten zu beachten ist; das Toleranzgebot und Beeinflussungsverbot; das Erziehungsrecht der Eltern aus Art. 55, Art. 56 Abs. 6 u. Abs. 7 Satz 2 HV, insbesondere ihr Recht, die Kinder religiös zu erziehen; der staatliche Bildungs- und Erziehungsauftrag, der sich an den oben genannten Grundsätzen orientieren muss, Art. 56 Abs. 3 Satz 2 HV, Art. 56 Abs. 7 Satz 2 HV, und ein geordneter Schulbetrieb, zu dem auch die Sicherstellung des Schulfriedens gehört, vgl. Art. 56 Abs. 1 HV.

*(a). Negative Glaubensfreiheit*

Die negative Glaubensfreiheit der Schüler und der Eltern (vgl. dazu OVG Bremen, NVwZRR 2006, S. 402 [404]; Hufen, Der Regelungsspielraum des Landesgesetzgebers im „Kopftuchstreit“, NVwZ 2004, S. 575 [576]) folgt aus Art. 9 HV.

Art. 9 HV schützt wie Art. 4 Abs. 1 GG nicht nur die positive, sondern auch die negative Glaubensfreiheit (zu Art. 4 Abs. 1 GG z.B. BVerfGE 41, 29 [49]). Dies bedeutet, auch die Freiheit, eine Religion oder eine Weltanschauung abzulehnen, wird grundrechtlich geschützt. Dies umfasst auch die Ablehnung religiöser Symbole (BVerfGE 93, 1 [15 f.]). Die negative Glaubensfreiheit wird beeinträchtigt durch „eine vom Staat geschaffene Lage, in der der Einzelne ohne Ausweichmöglichkeiten dem Einfluss eines bestimmten Glaubens, den Handlungen, in denen sich dieser manifestiert, und den Symbolen, in denen er sich darstellt, ausgesetzt wird“ (BVerfGE 93, 1 [16]; dazu v.a. auch BVerfGE 108, 282 [306], und OVG Bremen, NVwZ-

RR 2006, S. 402 [403]).

Dem kann nicht entgegengehalten werden, die Verwendung von Merkmalen im Sinne der angefochtenen Vorschriften sei im Unterschied etwa zum staatlich angeordneten Kruzifix im Klassenzimmer Ausdruck einer individuellen Glaubenshandlung, die dem Staat nicht zugerechnet werden könne (so aber Sacksofsky, Die Kopftuchentscheidung von der religiösen zur föderalen Vielfalt, NJW 2003, S. 3297 [3299]; Gasser, Kopftuch und Kruzifix in der Schule Zwei Seiten einer Medaille, in: Festschrift für F. von Zezschwitz, 2005, S. 68 [76 f.]; vgl. auch BVerfGE 108, 282 [305 f.]; a.A. Hufen, a.a.O., S. 575 f., Kästner, Anmerkung, JZ 2003, S. 1178 [1179]; Müller-Volbehr, Die Religionsfreiheit in der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: Festschrift für W. Frottscher, 2007, S. 285 [297]).

Allerdings wäre es fernliegend anzunehmen, der Staat bekenne sich zu den politischen oder religiösen Aussagen, die mit dem jeweiligen Merkmal verbunden werden, wenn er die Verwendung dieser Merkmale zuließe. Indes würde ihm dann aber jedenfalls die Duldung eines religiösen bzw. politischen Symbols, dem unter Umständen starke Ausdruckskraft zukommt, zuzurechnen sein. Diese Duldung beeinträchtigt die negative Glaubensfreiheit zumindest mittelbar. Vor allem aber treten die Lehrkräfte im Unterricht nicht als Privatpersonen auf. Soweit sie in Ausübung ihres Amtes bzw. Berufes bürgergerichtet tätig werden, handelt der Staat durch sie (BayVerfGH, BayVBl. 2007, S. 235 [237];

ebenso Hufen, a.a.O., S. 238 m.w.N. in Fn. 14).

#### *(b). Neutralitätspflicht des Staates*

In die Abwägung mit dem Grundrecht auf Glaubensfreiheit sind mit einzustellen der Grundsatz der politischen, religiösen und weltanschaulichen Neutralität des Staates (vgl. Art. 50 Abs. 2 HV), der von den Beamten und sonstigen öffentlichen Bediensteten zu beachten ist; ferner das Toleranzgebot und Beeinflussungsverbot (dazu insbes. BVerwGE 121, 140 [146]; BayVerfGH, BayVBl. 2007, S. 235 [237]; OVG Bremen, NVwZ-RR 2006, S. 402 [404]).

Die Neutralitätspflicht des Staates ist als solche allgemein anerkannt. Sie folgt in erster Linie aus den Grundrechten. Das Gebot politischer Neutralität folgt zudem aus dem Demokratieprinzip, denn die Minderheit soll ohne staatliche Beeinflussung die Chance erhalten, zur Mehrheit zu werden (vgl. BVerfGE 44, 125 [145 f.]). Insbesondere in Fragen des religiösen oder weltanschaulichen Bekenntnisses hat sich der Staat neutral zu verhalten (BVerfGE 93, 1 [16 f.]; 105, 279 [294]; 108, 282 [299 f.]). Art. 50 Abs. 2 HV gebietet Kirchen, Religions und Weltanschauungsgemeinschaften auf der einen und dem Staat auf der anderen Seite, sich nicht gegenseitig in die Belange des jeweils anderen einzumischen. Dies bedeutet keine laizistische

Trennung von Kirche und Staat. Bestrebungen, das Prinzip des Laizismus in die Hessische Verfassung hineinzuschreiben, sind während der konstitutionellen Beratungen abgelehnt worden (vgl. Stein/Engelhardt, in: Zinn/Stein, a.a.O., Art. 50 Anm. 1). Zudem belegen zahlreiche Verfassungsbestimmungen einen Bezug von staatlichen und religiösweltanschaulichen Belangen: Art. 51, 52 und 57 HV (vgl. auch die Sonn und Feiertagsschutzvorschriften des einfachen Landesrechts). Die Hessische Verfassung macht ein Zusammenwirken von Staat und Religion(en) notwendig, welches von wechselseitiger Toleranz getragen sein muss.

Duldete der Staat in den Schulen das Tragen oder Verwenden von Kleidungsstücken, Symbolen oder anderen Merkmalen, die objektiv geeignet sind, das Vertrauen in die Neutralität der Amtsführung der Lehrkräfte zu beeinträchtigen oder den politischen, religiösen oder weltanschaulichen Frieden zu gefährden, wäre eine Verletzung der staatlichen Neutralitätspflicht und des Beeinflussungsverbots zu besorgen. Eine solche Duldung wäre nicht „neutral“. Denn indem der Staat duldete, dass seine Lehrkräfte ihre Glaubens, weltanschaulichen oder politischen Überzeugungen ohne Einschränkungen offen zur Schau stellen dürften, würden die Schüler religiös, weltanschaulich oder politisch beeinflusst (vgl. BVerwGE 116, 359 [362]). Da die Lehrkräfte naturgemäß eine starke erzieherische Wirkung auf die Schüler ausüben, würden diese sogar stärker beeinflusst als etwa durch ein Kruzifix an der Wand, das „irgend jemand“ für die Schüler nicht personifizierbar dorthin gehängt hat.

§ 86 Abs. 3 HSchG enthält kein generelles Verbot, im Dienst Kleidungsstücke, Symbole oder andere Merkmale zu tragen oder zu verwenden, denen eine politische, religiöse oder weltanschauliche Bedeutung zukommt. Dies ist vielmehr nur dann der Fall, wenn durch das Tragen oder die Verwendung des Kleidungsstückes, Symbols oder anderen Merkmals bei einer objektiven Betrachtungsweise das Vertrauen in die Neutralität der Amtsführung des betreffenden Bediensteten beeinträchtigt sein oder der Schulfrieden gefährdet werden kann. Dass nicht ein generelles Verbot gilt, betrifft insbesondere Kleidungsstücke, Symbole oder andere Merkmale, denen eine religiöse Bedeutung zukommt. Denn der Hessischen Verfassung liegt, wie bereits ausgeführt, nicht das laizistische Modell einer strikten Trennung von Staat und Kirche zu Grunde. Den öffentlichen Bediensteten ist deshalb nicht von vornherein verwehrt, sich auch im Dienst religiös zu betätigen. Allerdings müssen sie hierbei die Grenzen beachten, die ihnen der Gesetzgeber in Ausübung der verfassungsimmanenten Schranken setzt, denen das Grundrecht der Religionsfreiheit unterliegt.

#### *(c). Erziehungsrecht der Eltern*

Das Grundrecht der Lehrkräfte, ihre religiösen oder

weltanschaulichen Überzeugungen nach außen sichtbar zu zeigen, ist ferner abzuwägen mit dem Erziehungsrecht der Eltern (Art. 55 u. 56 Abs. 6 u. Abs. 7 Satz 2 HV), insbesondere dem Recht der Eltern, ihre Kinder religiös oder nicht religiös zu erziehen (vgl. BVerfGE 41, 29 [48 f.]; 108, 282 [303]; Hufen, a.a.O., S. 577: Recht der Eltern, die Kinder vor einseitiger Indoktrination zu bewahren).

Die Erziehung der Jugend ist Recht und Pflicht der Eltern (vgl. Art. 55 HV). Dies hat der Staat bei der Regelung des Schulwesens zu berücksichtigen. Insbesondere muss das Gesetz Vorkehrungen dagegen treffen, dass in der Schule die religiösen und weltanschaulichen Grundsätze verletzt werden, nach denen die Erziehungsberechtigten ihre Kinder erziehen haben wollen (Art. 56 Abs. 7 HV).

#### (d). Staatlicher Bildungsauftrag

In der Abwägung mit zu berücksichtigen ist auch der staatliche Bildungs- und Erziehungsauftrag, der sich an den oben genannten Grundsätzen orientieren muss, Art. 56 Abs. 3 Satz 2 HV, Art. 56 Abs. 7 Satz 2 HV (vgl. BVerfGE 108, 282 [303]; BayVerfGH, BayVBl. 2007, S. 235 [238]; OVG Bremen, NVwZ-RR 2006, S. 402 [404]; Hufen, a.a.O., S. 577).

Bei der Ausgestaltung der öffentlichen Schulen ist der Gesetzgeber an die Vorgaben der Verfassung gebunden (Art. 55 ff. HV). Art. 56 Abs. 2 HV schreibt die Gemeinschaftsschule vor. Dies bedeutet, dass Kinder aller religiösen Bekenntnisse und Weltanschauungen gemeinsam unterrichtet (erzogen) werden. Die Lehrkraft hat in jedem Fach auf die religiösen und weltanschaulichen Empfindungen aller Schüler Rücksicht zu nehmen und die religiösen und weltanschaulichen Auffassungen sachlich darzulegen (Art. 56 Abs. 3 Satz 2 HV). Alle Bestimmungen der Hessischen Verfassung zum staatlichen Bildungs- und Erziehungsauftrag machen deutlich, dass der Staat zur politischen und religiösen Toleranz, zur Rücksichtnahme auf alle Religionsbekenntnisse und Weltanschauungen der Schülerinnen und Schüler verpflichtet ist. Das Verhalten einer Lehrkraft, welches durch äußere Merkmale eine bestimmte politische oder religiöse Anschauung offen, eventuell gar werbend, besonders herausstellt, widerspricht dem staatlichen Bildungs- und Erziehungsauftrag.

#### (e). Geordneter Schulbetrieb

In die Abwägung der widerstreitenden Grundrechte und Verfassungsgüter ist schließlich das Erfordernis eines geordneten Schulbetriebes einzustellen, zu dem auch die Sicherstellung des Schulfriedens (vgl. Art. 56 Abs. 1 HV) gehört (vgl. BVerfGE 108, 282 [303]; ausführlich OVG Bremen, NVwZ-RR 2006, S. 402 [403 f.]; über einen konkreten Fall der Störung des Schulfriedens berichtet Bader, Gleichbehandlung von Kopftuch und Nonnenhabit, NVwZ 2006, S. 1333).

#### (3). Ausgleich im Wege "praktischer Konkordanz"

Die als Schranken in Betracht kommenden Grundrechte Dritter und sonstigen Verfassungsgüter stehen der (positiven) Glaubensfreiheit in einer multipolaren Konfliktsituation gegenüber. Verfassungsrechtliches Gebot ist es in solchen Fällen, praktische Konkordanz herzustellen. Dies bedeutet, die individuellen Rechtspositionen und objektivrechtlichen Gewährleistungen dürfen nicht vorschnell zu Lasten des jeweils anderen geopfert werden, sondern müssen einander so zugeordnet werden, dass jedes von ihnen möglichst Wirksamkeit behält (vgl. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1999, Rdnr. 72). Die einander widerstreitenden Grundrechtspositionen und Verfassungsgüter sind durch Abwägung in einen verhältnismäßigen Ausgleich zu bringen.

Dabei ist die besondere Situation in der Schule zu berücksichtigen. Dem Gesetzgeber steht insofern eine Einschätzungsprärogative und ein Gestaltungsermessen zu (vgl. BVerfGE 108, 282 [302]). Dies ist letztlich auch von den Verfassungsgerichten zu akzeptieren. Insbesondere darf der Gesetzgeber im Rahmen der Verhältnismäßigkeit auch bereits auf abstrakte Gefahren für die im Schulbereich zu schützenden Grundrechte und Verfassungsgüter durch gesetzliche Verbote reagieren. Er muss insoweit also grundsätzlich nicht erst konkrete Gefahren für Schutzgüter und individuelle Rechte abwarten, sondern darf bereits bloße Möglichkeiten einer Gefährdung oder eines Konflikts als Anlass für sein Handeln nehmen (vgl. BVerfGE 108, 282 [303]).

Das Bundesverfassungsgericht überlässt es dem für das Schulwesen jeweils zuständigen Landesgesetzgeber, auf die oben beschriebenen abstrakten Gefahren in der Schule zu reagieren oder nicht. Ihm stehe es frei, die bislang fehlende gesetzliche Grundlage zu schaffen, etwa indem er im Rahmen der verfassungsrechtlichen Vorgaben das zulässige Maß religiöser Bezüge in der Schule neu bestimme. Werde er insoweit tätig, habe er dabei der Glaubensfreiheit der Lehrer wie auch der betroffenen Schüler, dem Erziehungsrecht der Eltern sowie der Pflicht des Staates zu weltanschaulichreligiöser Neutralität in angemessener Weise Rechnung zu tragen (BVerfGE 108, 282 [302 f., 309]).

Der Gesetzgeber des Landes Hessen hat sich im Rahmen seiner Einschätzungsprärogative und seines Gestaltungsermessens dafür entschieden, den oben im Einzelnen beschriebenen Grundrechten Dritter und sonstigen Verfassungsgütern Vorrang vor der (positiven) Glaubensfreiheit der jeweiligen Lehrkraft zu geben.

Die Entscheidung des Gesetzgebers, die nach außen sichtbare und durch entsprechende Kleidung, Symbole oder Merkmale gelebte individuelle Glaubensfreiheit einzelner Lehrkräfte durch das Verbot, bestimmte Er-

kennungsmerkmale zu verwenden, hinter die negative Glaubensfreiheit der Schüler und die oben genannten Verfassungsgüter teilweise zurücktreten zu lassen, ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden (vgl. auch BVerwGE 121, 141 [148 ff.]; BayVerfGH, BayVBl. 2007, S. 235 [237 ff.]; OVG Bremen, NVwZ-RR 2006, S. 402 [405]).

*(a). Geeignetheit*

§ 86 Abs. 3 Sätze 1 und 2 HSchG ist zweifellos geeignet, den vorbezeichneten Gefahren zu begegnen.

*(b). Erforderlichkeit*

Die Vorschrift erweist sich auch als erforderlich, denn im Vergleich mit einem generellen Verbot sind eindeutig mildere, eindeutig gleich geeignete Mittel nicht ersichtlich. Dass die Norm nicht nach verschiedenen Altersstufen der Schülerinnen und Schüler oder verschiedenen Schulformen (Grundschule, Gymnasium usw.) differenziert, steht ihrer Erforderlichkeit nicht entgegen. Der Gesetzgeber ist berechtigt, in der Weise zu generalisieren, typisieren und pauschalisieren, dass an Regelfälle des Sachbereichs angeknüpft wird und dabei etwaige Besonderheiten von Einzelfällen außer Betracht bleiben (BayVerfGH, BayVBl. 2007, S. 235 [238]). Davon abgesehen wäre eine entsprechende gesetzliche Differenzierung praktisch kaum umsetzbar. Dies würde eine Reihe von Einzelfragen aufwerfen, die der Gesetzgeber im Voraus weder erkennen noch abschließend regeln könnte. Schließlich war der Gesetzgeber verfassungsrechtlich auch nicht verpflichtet, eine Widerspruchslösung zu schaffen. Dies wäre eine Regelung, die ein Verbot des Tragens bestimmter Merkmale durch Lehrkräfte erst dann ermöglichen würde, wenn betroffene Eltern oder Schüler widersprechen würden. Die vorbezeichneten Grundrechte und Verfassungsgüter, insbesondere das gesetzgeberische Ziel, die staatliche Neutralität zu schützen, rechtfertigen es, das Tragen bestimmter Merkmale unabhängig davon zu untersagen, ob einzelne Schüler oder Eltern eine Verletzung ihrer subjektiven Rechte geltend machen. Der Gesetzgeber darf insoweit auch grundrechtseinschränkende Regelungen zur Wahrung der objektiven Werteordnung der Verfassung treffen. Zu berücksichtigen ist, dass § 86 Abs. 3 Satz 2 HSchG den gesetzessvollziehenden Behörden möglicherweise einen Vollzugsspielraum belässt. So erscheint beispielsweise die Auslegung vertretbar, dass das Tragen oder Verwenden bestimmter Kleidungsstücke, Symbole oder anderer Merkmale nur in Fällen des Außenkontakts mit Schülern, also insbesondere im Unterricht, nicht aber zum Beispiel im Lehrerzimmer etwa während der Lehrerkonferenzen, untersagt wird. All dies zu prüfen, ist zunächst Aufgabe der gesetzessanwendenden Behörden und der gegen den Gesetzesvollzug angerufenen Fachgerichte.

*(c). Angemessenheit*

§ 86 Abs. 3 HSchG erweist sich auch als verhältnismäßig im engeren Sinne. Denn der einzelnen Lehrkraft ist es nicht verwehrt, ihren Glauben oder ihre weltanschauliche Überzeugung zu haben. Sie wird zum Schutze der Grundrechte Dritter und überragender Gemeinschaftsgüter aber gehindert, ihre Überzeugung in der Schule uneingeschränkt nach außen zu dokumentieren. Diese Grundrechtsbeeinträchtigung ist gerade für den hochsensiblen Bereich der Schule hinnehmbar und angemessen.

*b. Zugang zum öffentlichen Amt*

§ 86 Abs. 3 Sätze 1 und 2 HSchG verstößt nicht gegen das durch Art. 134 HV gewährte Recht auf gleichen Zugang zu öffentlichen Ämtern.

*aa. Eingriff in den Schutzbereich*

In den Schutzbereich der Verfassungsnorm wird durch die angefochtene Norm eingegriffen, denn das durch entsprechende Bekleidung, äußerlich sichtbare Symbole und sonstige Merkmale offenbarte Bekenntnis zu einer Religion oder Weltanschauung könnte einen objektiven Eignungsmangel im Sinne des Art. 134 HV darstellen.

*bb. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung*

Für die verfassungsrechtliche Rechtfertigung gilt das bereits zu Art. 9, Art. 48 HV Ausgeführte. Wenn es verfassungsgemäß ist, dass Lehrer aufgrund gesetzlicher Vorschriften bestimmte Bekleidungsstücke, Symbole usw. nicht tragen oder verwenden dürfen, kann in der Weigerung, diesem Gebot Folge zu leisten, in verfassungsrechtlich zulässiger Weise ein objektiver Eignungsmangel gesehen werden.

Im Übrigen überlässt das Gesetz die Entscheidung, ob ein Eignungsmangel vorliegt und welche Konsequenzen er hätte, den zuständigen Behörden und Fachgerichten, die jeweils die besonderen Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen haben. § 86 Abs. 3 HSchG regelt gerade nicht die Konsequenzen eines Verstoßes gegen Satz 2 und auch nicht die Konsequenzen eines befürchteten Verstoßes von Bewerbern für den öffentlichen Dienst.

*c. Gleichbehandlungsgrundsatz*

§ 86 Abs. 3 Sätze 1 und 2 HSchG verstößt nicht gegen das Verbot der Diskriminierung von Frauen (Art. 1 HV).

*aa. Unmittelbare Diskriminierung*

Eine unmittelbare Diskriminierung scheidet aus, weil die angefochtene Norm nicht zwischen den unterschiedlichen Geschlechtern unterscheidet.

*bb. Mittelbare Diskriminierung*

Ob Art. 1 HV auch ein Verbot mittelbarer Diskrimi-

nierung enthält, bedarf hier keiner Entscheidung durch den Staatsgerichtshof. Denn die angefochtenen Vorschriften führen nicht zu einer mittelbaren Diskriminierung von Frauen.

Es gibt religiöse oder weltanschauliche Kleidungsstücke, Symbole usw., die jedenfalls auch oder nur von Männern getragen werden (z.B. die Tracht der Taliban, rote BhagwanKleidung, religiöser Schmuck, Barttracht orthodoxer Juden usw.; vgl. Hufen, a.a.O., S. 577). Die angefochtene Norm ist nicht auf den Anwendungsbereich spezifisch weiblicher Kleidungsstücke, Symbole oder sonstiger Merkmale beschränkt (vgl. Hufen, a.a.O., S. 577).

Davon abgesehen kann es dem Gesetzgeber nicht verwehrt sein, Bestimmungen zu treffen, die darauf abzielen, Gefahren abzuwehren, die durch ein spezifisch weibliches (umgekehrt auch männliches) Verhalten begründet werden. Dies ist beim Tragen spezifisch weiblicher Kleidungsstücke (z.B. dem Kopftuch) ebenso der Fall wie beim Verwenden von politischen Erkennungsmerkmalen mit spezifisch weiblichen Aussagen (z.B. eine Plakette mit der Aufschrift „Mein Bauch gehört mir“).

#### *d. Meinungsfreiheit*

§ 86 Abs. 3 Sätze 1 und 2 HSchG verletzt nicht die Meinungsfreiheit des Art. 11 Abs. 1 HV.

#### *aa. Eingriff in den Schutzbereich*

Die angefochtene gesetzliche Regelung greift in den Schutzbereich des Art. 11 Abs. 1 HV ein, der nicht nur politische, sondern auch religiöse oder weltanschauliche Meinungen und deren Kundgabe schützt.

#### *bb. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung*

Eingeschränkt wird Art. 11 HV durch Art. 17 HV (Gefährdung des verfassungsmäßigen Zustands, das heißt die freiheitliche demokratische Grundordnung; vgl. Hinkel, Verfassung des Landes Hessen, 1999, Erl. 3 zu Art. 17) und Art. 18 HV (Jugendschutz). Im Unterschied zur Glaubensfreiheit wird die Meinungsfreiheit auch schon durch den Verfassungstext selbst nicht vorbehaltlos gewährleistet.

Für die Verhältnismäßigkeitsprüfung gilt das zur Glaubensfreiheit Ausgeführte entsprechend.

#### *e. Allgemeine Handlungsfreiheit*

Eine Verletzung der allgemeinen Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 HV und des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 3 HV scheidet schon deshalb aus, weil diese Grundrechte gegenüber dem Schutz der Glaubensfreiheit und der Meinungsfreiheit subsidiär sind (vgl. Jarass, in: Jarass/Pieroth, a.a.O., Art. 4 Rdnr. 6a).

Im Übrigen und bezüglich politischer Erkennungsmerkmale ist zu bedenken, dass die allgemeine Handlungsfreiheit und das allgemeine Persönlichkeitsrecht

den Schranken der Rechte anderer und der verfassungsmäßigen Ordnung unterliegen. Im Ergebnis gilt zur verfassungsrechtlichen Rechtfertigung des Eingriffs das oben zur Glaubensfreiheit Ausgeführte entsprechend.

#### *2. Neutralitätspflicht des Staates*

§ 86 Abs. 3 Satz 3 HSchG verstößt nicht gegen das Bestimmtheitsgebot, den Gleichheitssatz des Art. 1 HV und den verfassungsrechtlichen Grundsatz der religiösen und weltanschaulichen Neutralität des Staates. Die Vorschrift kann dahingehend verfassungskonform ausgelegt werden, dass sie hinreichend bestimmt ist und den christlichen Glauben wie die Christen nicht privilegiert (vgl. BVerwGE 121, 240 [151]). Dies zeigt sich schon darin, dass auch christliche Kleidungsstücke, Symbole usw. grundsätzlich in den Anwendungsbereich des § 86 Abs. 3 Satz 2 HSchG fallen und verboten sein können (Stichworte: christlicher Fundamentalismus, große auffällige Kreuze, die als Schmuck getragen werden usw.). Ob und inwieweit unauffällige Merkmale, wie zum Beispiel als Schmuckstück getragene Kreuze, Halbmonde und Ähnliches, zugelassen sind, bleibt der Entscheidung der Behörden und Fachgerichte vorbehalten.

#### *a. „Christlich und humanistisch geprägten abendländischen Tradition“ als Verweis auf die verfassungsrechtliche Werteordnung*

Der hier verwendete Begriff des „Christlichen“ ist im Sinne des Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts vom 17. Dezember 1975 (BVerfGE 41, 29 [52]; vgl. auch BVerfGE 41, 65 [84 f.]) auszulegen: Er bezeichnet ungeachtet seiner Herkunft aus dem religiösen Bereich eine von Glaubensinhalten losgelöste, aus der Tradition der christlichabendländischen Kultur hervorgegangene Wertewelt, die erkennbar auch dem Grundgesetz zu Grunde liegt und unabhängig von ihrer religiösen Fundierung Geltung beansprucht (vgl. BVerwGE 121, 140 [151]).

Die christlich und humanistisch geprägte abendländische Tradition des Landes Hessen spiegelt sich in der gesamten Werteordnung der Hessischen Verfassung wider: Garantie der Menschenwürde und der Grundrechte, speziell der Glaubensfreiheit einschließlich der negativen Glaubensfreiheit; Toleranz gegenüber Andersdenkenden und gegenüber anderen Religionen und Weltanschauungen; Gleichberechtigung von Männern und Frauen; Selbstbestimmungsrecht der Frauen; soziale und wirtschaftliche Rechte und Pflichten; Demokratie; Parlamentarismus; republikanisches Prinzip; Rechtsstaatlichkeit; völkerrechtliche Bindungen usw. Für den Bereich von Schule und Erziehung kommt dies besonders anschaulich in Art. 56 HV zum Ausdruck, insbesondere in dessen Absatz 4, in dem die Ziele der Erziehung junger Menschen genannt werden: „Duldsamkeit, sittliche Persönlich-



keit, berufliche Tüchtigkeit, verantwortlicher Dienst am Volk und der Menschheit durch Ehrfurcht und Nächstenliebe, Achtung und Duldsamkeit, Rechtlichkeit und Wahrhaftigkeit“. Weiter umfasst der Begriff „christlich und humanistisch geprägte abendländische Tradition“ humane Werte wie Hilfsbereitschaft, Sorge für und allgemeine Rücksichtnahme auf den Nächsten sowie Solidarität mit den Schwächeren (BVerwGE 121, 140 [151]).

Wenn § 86 Abs. 3 Satz 3 HSchG von der „christlich und humanistisch geprägten abendländischen Tradition des Landes Hessen“ spricht und verlangt, dieser angemessenen Rechnung zu tragen, wird damit also auf die Werteordnung des Grundgesetzes und der Hessischen Verfassung verwiesen. So verstanden stellt sich diese Regelung als eine verfassungsrechtliche Selbstverständlichkeit dar (vgl. BVerfGE 41, 69 [84]: „die gesamte abendländische Kultur ist weitgehend vom Christentum geprägt worden“). Eine Auslegung hingegen, die aus § 86 Abs. 3 Satz 3 HSchG eine gezielte Privilegierung des christlichen Glaubens gegenüber anderen Glaubens und Weltanschauungsrichtungen ableiten wollte, wäre mit der aus der Hessischen Verfassung folgenden staatlichen Neutralitätspflicht nicht zu vereinbaren.

Dies bedeutet: Kleidung, Symbole und ähnliche Merkmale, die lediglich die genannten Werte und Wertvorstellungen zum Ausdruck bringen oder die mit ihnen jedenfalls im Einklang stehen, sind objektiv nicht geeignet, das Vertrauen in die Neutralität der Amtsführung der Lehrkräfte zu beeinträchtigen oder den politischen, religiösen oder weltanschaulichen Frieden in der Schule zu gefährden. Andere Symbole usw. fallen hingegen unter § 86 Abs. 3 Satz 2 HSchG.

Die Hessische Verfassung verbietet keine Unterscheidung zwischen religiösen Kleidungsstücken, Symbolen und anderen Merkmalen, die objektiv geeignet sind, das Vertrauen in die Neutralität der Amtsführung zu beeinträchtigen oder den Schulfrieden zu stören, und religiösen Kleidungsstücken, Symbolen und anderen Kennzeichen, bei denen dies nicht der Fall ist. Unzulässig ist lediglich eine generelle Diskriminierung bestimmter Religionen oder Weltanschauungen. Dies wäre zum Beispiel der Fall, wenn der Gesetzgeber die Verwendung von Merkmalen gerade deshalb verbieten würde, weil sie Ausdruck eines bestimmten religiösen oder weltanschaulichen Glaubens sind. Dies ist hier indes nicht der Fall.

#### *b. Privilegierung der Referendare*

Für Lehrkräfte im Vorbereitungsdienst kann die Behörde nach § 86 Abs. 3 Satz 4 HSchG Ausnahmen vom Verbot des Satzes 2 zulassen, bestimmte weltanschauliche oder religiöse Merkmale zu verwenden, wenn zwingende öffentliche Interessen nicht entgegenstehen. Für Lehrkräfte im Vorbereitungsdienst enthält § 86 Abs. 3 Satz 4 HSchG damit eine Privilegierung.

Dies geschieht im Hinblick auf das für Lehrkräfte bestehende Ausbildungsmonopol des Staates und den aus Art. 2 Abs. 1 HV in Verbindung mit Art. 12 GG resultierenden verfassungsrechtlichen Auftrag, die Freiheit der Berufswahl zu ermöglichen. Die Berufsfreiheit wird in der Hessischen Verfassung zwar nicht ausdrücklich erwähnt, folgt aber in Ansehung des Art. 12 GG aus der allgemeinen Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 HV (vgl. Hinkel, a.a.O., Erl. 1 zu Art. 2).

Die damit einhergehende Ungleichbehandlung gegenüber Lehrkräften, die nicht (mehr) im Vorbereitungsdienst stehen, ist verfassungsrechtlich gerechtfertigt. Der Staat hat im Bereich der Lehrerausbildung ein Monopol. Die staatliche Referendarausbildung ist faktische Voraussetzung für eine spätere Tätigkeit als Lehrer sowohl an staatlichen als auch an privaten Schulen (zur Frage des durch Art. 12 GG gewährleisteten Zugangs zur staatlichen Monopolausbildung vgl. grundlegend BVerfGE 39, 334 [371 ff.]). Wird die Einstellung in den Referendardienst mit der Begründung abgelehnt, es sei zu erwarten, dass der Bewerber oder die Bewerberin im Referendardienst auf die Verwendung eines bestimmten religiösen Merkmals nicht verzichten werde, macht dies eine berufliche Tätigkeit als Lehrkraft nahezu unmöglich. Anders verhält es sich bei den bereits fest eingestellten Lehrkräften. Wird eine Lehrkraft deshalb aus dem öffentlichen Dienst entlassen, weil sie sich beharrlich weigert, auf die Verwendung eines bestimmten Merkmals im Dienst zu verzichten, hat sie die Möglichkeit, den Lehrerberuf an einer nichtstaatlichen Schule auszuüben. Dieser Unterschied in der tatsächlichen und rechtlichen Betroffenheit von Lehramtsbewerbern und sonstigen Lehrkräften ist ein sachlicher Grund für die somit verfassungsrechtlich gerechtfertigte Ungleichbehandlung.

#### *II. Verfassungsmäßigkeit des § 68 Abs. 2 HBG*

§ 68 Abs. 2 HBG ist ebenfalls mit der Hessischen Verfassung vereinbar. § 68 Abs. 2 HBG entspricht § 86 Abs. 3 HSchG, gilt jedoch für alle Beamten, ist also nicht auf den Bereich der Schule beschränkt. Dies bedeutet, dass die sich aus der Eigenart der Schule ergebenden Besonderheiten, die sich aus dem elterlichen Erziehungsrecht, dem staatlichen Erziehungs- und Bildungsauftrag und dem Erfordernis eines geordneten Schulbetriebes herleiten, hier nicht gelten. Im Übrigen kann aber unter Berücksichtigung der nachfolgenden Besonderheiten auf die Ausführungen zu § 86 Abs. 3 HSchG verwiesen werden.

#### *1. Glaubensfreiheit*

##### *a. Eingriff in den Schutzbereich*

§ 68 Abs. 2 Sätze 1 und 2 HBG greift in die Glaubensfreiheit des Art. 9 HV in Verbindung mit Art. 48 HV ein.

*b. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung*

Dieser Eingriff ist verfassungsrechtlich gerechtfertigt.

*aa. Kollidierendes Verfassungsrecht*

Abzuwägen ist die Glaubensfreiheit der von der Norm nachteilig betroffenen Beamtinnen und Beamten mit der negativen Glaubensfreiheit derjenigen Personen, die Kontakt mit der dienstlichen Tätigkeit der Beamten haben. Dies betrifft nicht nur die Bürgerinnen und Bürger, sondern auch die Beamtinnenkolleginnen und -kollegen, ferner mit der Neutralitätspflicht der Beamtinnen und Beamten.

*bb. Insbesondere: Art. 33 VGG*

Darüber hinaus sind die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums als kollidierendes Verfassungsgut zu berücksichtigen (vgl. Hufen, a.a.O., S. 576).

Art. 33 Abs. 5 GG bestimmt, dass das Recht des öffentlichen Dienstes unter Berücksichtigung der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums zu regeln und fortzuentwickeln ist. Daraus folgen unter anderem bestimmte Pflichten für die Beamten, die weitgehend im Hessischen Beamtengesetz ihren Niederschlag gefunden haben, zum Teil aber auch darüber hinausgehen. Zu den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums gehört insbesondere die Pflicht zur unparteiischen Amtsführung, zur politischen Mäßigung und zur Neutralität (Mayer, in: Festschrift für A. Gehlen, 1974, S. 227 [230 ff.]; Stern, Staatsrecht I, 2. Aufl. 1984, S. 354 f.). Die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums haben im Hessischen Beamtengesetz beispielhaft wie folgt ihren Ausdruck gefunden: in der Pflicht, dem ganzen Volk zu dienen (§ 67 Abs. 1 Satz 1 HBG), zur unparteiischen Amtsführung (§ 67 Abs. 1 Satz 2 HBG), zur parteipolitischen Neutralität (§ 68 Abs. 1 HBG) und zum Gehorsam (§ 70 Satz 2 HBG). Die politische Treuepflicht gebietet, dass sich der Beamte jederzeit zur freiheitlichen demokratischen Grundordnung bekennt. Auch hat er sich politisch zu mäßigen. Das politische Mäßigungsgebot kann auch die Kleidung betreffen (vgl. zu alledem Pieroth, in: Jarass/Pieroth, a.a.O., Art. 33 Rdnr. 51 f. m.w.N.; Stern, Staatsrecht I, 2. Aufl. 1984, S. 354 f.).

Die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums werden allerdings von der Hessischen Verfassung nicht ausdrücklich erwähnt. Auch ist Art. 33 Abs. 5 GG als Bundesrecht kein unmittelbarer Prüfungsmaßstab für den Hessischen Staatsgerichtshof. Indes verpflichtet Art. 33 Abs. 5 GG den Gesetzgeber, somit auch den hessischen, zur Schaffung beamtenrechtlicher Vorschriften, die den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums Rechnung tragen. Er berechtigt ihn auch zum Erlass beamtenrechtlicher Regelungen, die in Grundrechte der Beamten eingreifen, wenn diese Regelungen Ausformungen und Konkretisierungen der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums sind (Pieroth, in: Jarass/Pieroth, a.a.O., Art. 33

Rdnr. 43).

Soweit Art. 135 HV und Art. 29 Abs. 1 HV darüber hinaus eine arbeits- und dienstrechtliche Gleichstellung von Arbeitern und Angestellten einerseits sowie Beamten andererseits fordern sollten, sind diese Bestimmungen mit Art. 33 Abs. 5 GG unvereinbar und nichtig (vgl. BGHZ 9, 322 [328]; StGH, StAnz. 1972, S. 1817 [1822 f.]); zustimmend Hinkel, a.a.O., Erl. zu Art. 29; vgl. demgegenüber Barwinski, in: Zinn/Stein, a.a.O., Art. 29 Erl. 1 und Engelhardt, ebenda, Art. 135 Erl. 2, 4b)). Dem hessischen Landesgesetzgeber ist es deshalb nicht verwehrt, das Berufsbeamtentum unter Berücksichtigung des Art. 33 Abs. 5 GG fortzuentwickeln. Dem trägt das hessische Beamtenrecht in vielfacher Weise Rechnung, etwa in §§ 28, 29, 39 ff., 46 ff., 67 Abs. 1, 70 Satz 2 HBG (vgl. auch oben). Gleiches gilt für das Neutralitätsgebot der angefochtenen Vorschrift des § 68 Abs. 2 Sätze 1 und 2 HBG. Denn ein einseitiges politisches, weltanschauliches oder religiöses Verhalten der Beamten ist zur nachhaltigen Störung des Dienstbetriebes geeignet.

§ 68 Abs. 2 Satz 1 HBG ist zugleich Ausdruck der Neutralitätspflicht, die dem Staat gegenüber seinen Bürgern obliegt, die mit ihm in Kontakt treten; die Ausführungen zu § 86 Abs. 3 HSchG gelten insoweit auch hier (s. oben B II. 2.). Zur politischen, weltanschaulichen und religiösen Neutralität ist der Staat aber auch gegenüber seinen eigenen Beamten und sonstigen Arbeitnehmern verpflichtet. Auch sie können vom Staat verlangen, nicht politisch, weltanschaulich oder religiös indoktriniert zu werden. Der Staat darf ein solches Verhalten jedenfalls nicht dulden.

§ 68 Abs. 2 Satz 2 HBG konkretisiert das allgemeine Neutralitätsgebot des § 68 Abs. 2 Satz 1 HBG. Das Tragen oder Verwenden von Kleidungsstücken, Symbolen oder anderen Merkmalen, die objektiv geeignet sind, das Vertrauen der Bürger in die Neutralität der Amtsführung zu beeinträchtigen oder den politischen, religiösen oder weltanschaulichen Frieden zu gefährden, stört den Dienstbetrieb und kollidiert mit den Grundrechten derjenigen Personen, die mit diesen Kleidungsstücken, Symbolen oder Merkmalen konfrontiert werden.

*cc. Praktische Konkordanz*

§ 68 Abs. 2 Sätze 1 und 2 HBG ist verhältnismäßig. Ein übermäßiger Eingriff in Grundrechte der Beamten, die sich im Dienst politisch, weltanschaulich oder religiös betätigen wollen, ist mit diesen Vorschriften nicht verbunden.

Der Staat wird durch seine Beamten repräsentiert. Der Gesetzgeber darf im Rahmen seiner Einschätzungsprärogative und seines Gestaltungsspielraums den Beamten Vorschriften über ihr äußeres Erscheinungsbild vorgeben. Zu diesem Zweck darf er ihnen auch das Tragen politischer, religiöser oder weltanschaulicher Merkmale verbieten, um die vorgenannten Verfas-

sungsgüter zu schützen wie auch den innerbetrieblichen Frieden und das Funktionieren der staatlichen Verwaltung insgesamt zu gewährleisten. Nicht zuletzt im Rahmen der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums haben die Beamten die damit verbundene Einschränkung ihrer Grundrechte auf Meinungsfreiheit und Glaubensfreiheit hinzunehmen (vgl. auch BayVGh, Beschluss vom 23.01.1998 3 B 95.3457, juris). Eine Regelung über das Verbot des Verwendens bestimmter religiöser oder weltanschaulicher Merkmale im Dienst kann dem Gesetzgeber somit nicht verwehrt werden. Der Gesetzgeber ist dabei nicht verpflichtet, andererseits wäre er auch nicht gehindert, nach den verschiedenen Beamtengruppen oder den einzelnen Tätigkeiten der Beamten zu differenzieren. Unabhängig davon lässt § 68 Abs. 2 Satz 2 HBG möglicherweise eine Differenzierung im Vollzug der Norm zu. So könnte die Auslegung möglich sein, dass die Beurteilung der „objektiven Eignung“ maßgeblich von der jeweiligen dienstlichen Stellung, Funktion und Tätigkeit des Beamten abhängt (eine solche Differenzierung deutet auch die Gesetzesbegründung an, LTDrs. 16/1897 neu, S. 4). Bei der Beantwortung dieser Frage geht es jedoch um die Anwendung der Vorschriften im konkreten Einzelfall, über den der Staatsgerichtshof im Rahmen einer abstrakten Normenkontrolle nicht entscheidet (ebenso BayVerfGH, BayVBl. 2007, S. 235 [236]). Diese obliegt zuvörderst den zuständigen Behörden und Fachgerichten. Sie haben im Rahmen der von ihnen durchzuführenden Verhältnismäßigkeitsprüfung die Grundrechte der Beamten ebenso in ihre Betrachtungen einzubeziehen wie die vorgenannten kollidierenden Grundrechte und Verfassungsgüter.

## 2. Gleichbehandlungsgrundsatz

§ 68 Abs. 2 HBG verstößt nicht gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 1 HV.

### a. Geschlecht

Ein Verstoß gegen das Gebot der Gleichbehandlung der Geschlechter scheidet aus den dargelegten Gründen aus.

### b. Beamte und Angestellte

Der Gesetzgeber war von Verfassungs wegen auch nicht verpflichtet, für Angestellte im öffentlichen Dienst eine vergleichbare Regelung zu schaffen. Es liegen sachliche Gründe vor, die eine ungleiche Behandlung von Beamten und sonstigen öffentlichen Bediensteten rechtfertigen.

Möglicherweise hätte der Gesetzgeber für den gesamten öffentlichen Dienst, das heißt sowohl für die Beamten als auch für die Angestellten und Arbeiter, eine mit § 68 Abs. 2 HBG vergleichbare Regelung treffen können (ablehnend Adam, Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts im „KopftuchStreit“ und seine Be-

deutung für das Arbeitsrecht im öffentlichen Dienst, ZTR 2004, S. 450 [453 f.], der den Standpunkt vertritt, eine solche Regelung, die auch die Angestellten des öffentlichen Dienstes erfassen würde, verstieße gegen die Tarifautonomie des Art. 9 Abs. 3 GG). Würde der Gesetzgeber eine auch Angestellte und Arbeiter umfassende Neutralitätsregelung schaffen, hätte er Art. 9 Abs. 3 GG zu beachten, der als Ausprägung der Koalitionsfreiheit auch die Tarifautonomie grundrechtlich garantiert (vgl. Höfling, in: Sachs, GG, 4. Auflage 2007, Art. 9 Rdnr. 83; zu den Voraussetzungen und Grenzen gesetzlicher Regelungen im Anwendungsbereich der Tarifautonomie des Art. 9 Abs. 3 GG vgl. BVerfGE 94, 268 [282 ff.]; 100, 271 [282 ff.]; 103, 293 [304 ff.]). Danach obliegt es auf kollektivrechtlicher Ebene primär den Tarifvertragsparteien, die Rechte und Pflichten von Arbeitgebern und Arbeitnehmern festzulegen. Der Bundesangestelltentarifvertrag BAT, der in Hessen mangels anderweitiger Regelung noch zur Anwendung kommt und für alle tarifgebundenen Arbeitnehmer gilt, sieht zum Beispiel in § 8 allgemeine Pflichten vor. Aus § 8 Abs. 1 BAT folgt die Pflicht des Arbeitnehmers, sich so zu verhalten, dass er nach der herkömmlichen Auffassung über Anstand, gute Sitte und Rechtschaffenheit zu Beanstandungen keinen Anlass gibt und somit das Ansehen seines Arbeitgebers sowie das Vertrauen der Staatsbürger und Staatsbürgerinnen zu diesem Arbeitgeber und dessen Bediensteten keinen Schaden erleidet (vgl. BAG, AP Nr. 1 zu § 54 BAT; LAG Berlin, ZTR 1990, 29; Uttlinger/Breier/Kiefer/Hoffmann/Dassau, BAT, Losebl., 192. Lfg. 2007, § 8 BAT Anm. 2.3.1). Für Angestellte des öffentlichen Dienstes besteht grundsätzlich ebenso wie für Beamte das Gebot, bei politischer Betätigung Mäßigung und Zurückhaltung zu wahren, denn sämtliche Angehörigen des öffentlichen Dienstes dienen dem ganzen Volk, nicht einer Partei oder sonstigen politischen Gruppierung (vgl. Uttlinger u.a., a.a.O., § 8 BAT Anm. 2.3.3). Dies verdeutlicht, dass auch Grundpflichten, die für Beamte aufgrund gesetzlicher Anordnung gelten, für Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes tarifvertraglich geregelt werden können und zum Teil auch geregelt sind. Dass der Gesetzgeber von einer etwa bestehenden Möglichkeit keinen Gebrauch gemacht hat, für sämtliche Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes eine § 68 Abs. 2 HBG entsprechende Regelung zu schaffen, ist bereits aufgrund der von ihm zu beachtenden Tarifautonomie sachlich gerechtfertigt.

Im Übrigen zwingt der Verzicht auf eine gesetzliche Regelung der politischen, religiösen und weltanschaulichen Neutralitätspflichten der Angestellten und Arbeiter des öffentlichen Dienstes nicht zu der Annahme, dass für den Erlass von § 68 Abs. 2 HBG kein hinreichend gewichtiger rechtfertigender Grund besteht. Denn das Recht der Angestellten und Arbeiter im öffentlichen Dienst ist Privatrecht. Es gelten vor allem

die allgemeinen Regeln des Arbeitsrechts. Beamte und ihre Koalitionen haben dagegen kein Recht zur tariflichen Gestaltung der Arbeits und Wirtschaftsbedingungen. Maßgebend ist insofern das Gesetz (Scholz, in: Maunz/Dürig, GG, Losebl., 48. Lfg. 2006, Art. 9 Rdnr. 362). Den Angestellten und Arbeitern des öffentlichen Dienstes stehen dagegen die besonderen Rechte der Beamten nicht zu; die allgemeinen und besonderen Grundsätze des Berufsbeamtentums gelangen nicht zur Anwendung. Ihre Arbeitsbedingungen werden deshalb wie bereits ausgeführt in erster Linie tarifvertraglich ausgehandelt und bestimmt (vgl. auch BVerfGE 88, 103 [114]). Grundlage einer die Angestellten und Arbeiter des öffentlichen Dienstes treffenden politischen, weltanschaulichen und religiösen Neutralitätspflicht ist mangels einer spezialgesetzlichen Regelung das Tarifvertrags und Arbeitsrecht in Verbindung mit den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches. Ob der Arbeiter oder Angestellte im öffentlichen Dienst ein bestimmtes Kleidungsstück, Symbol oder sonstiges Merkmal im Einzelfall tragen darf, entscheidet sich nach Maßgabe dieses Privatrechts des öffentlichen Dienstes. Bestimmte Verhaltenspflichten, die das äußere Erscheinungsbild betreffen (z.B. das Verbot des Tragens von Schmuck oder einer bestimmten Haar oder Bartracht), können sich bereits aus den allgemeinen Pflichten des § 8 Abs. 1 BAT ergeben (vgl. Uttinger u.a., a.a.O. § 8 BAT Anm. 2.3.8). Darüber hinaus kann der öffentliche Arbeitgeber im Rahmen seiner arbeitsrechtlichen Direktionsbefugnis, die jedem Arbeitsverhältnis immanent ist (vgl. § 8 Abs. 2 BAT, wonach der Angestellte verpflichtet ist, den dienstlichen Anordnungen nachzukommen), im Einzelfall entscheiden, ob ein Bediensteter ein bestimmtes Erkennungsmerkmal tragen oder verwenden darf (vgl. Uttinger u.a., a.a.O., § 8 BAT Anm. 4.2). Der öffentliche Arbeitgeber entscheidet auch über die Folgen einer Missachtung einer solchen Anweisung (vgl. für den privaten Arbeitgeber BAG, NJW 2003, 1685).

Anders als bei Beamten ist also die öffentliche Hand als Arbeitgeber nicht darauf angewiesen, Verhaltenspflichten der Arbeitnehmer durch Gesetz festlegen zu müssen. Sie können auch tarifvertraglich vereinbart werden bzw. sind wegen Art. 9 Abs. 3 GG sogar primär tarifvertraglich zu vereinbaren. Das Erfordernis einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage gilt insofern nicht. Zwar ist der Gesetzgeber verpflichtet, in grundlegenden normativen Bereichen, zumal im Bereich der Grundrechtsausübung, alle wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen (BVerfGE 49, 89 [126 f.]; 53, 30 [56]; 88, 103 [116]). Das staatliche Verbot, bestimmte Kleidungsstücke, Symbole oder Kennzeichen zu tragen oder zu verwenden, betrifft auch einen solchen grundrechtswesentlichen Bereich (BVerfGE 108, 282 [311 f.]). Das Erfordernis einer gesetzlichen Regelung gilt jedoch nicht, wenn der Staat im Bereich

des Arbeitsrechts als Privatrechtssubjekt agiert. Hier bedarf nur der Einsatz solcher Mittel einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage, die ausschließlich dem Staat als Träger von Hoheitsgewalt zur Verfügung stehen (BVerfGE 88, 103 [116]). Dies ist im Falle der Anordnung des Verbots, ein bestimmtes Kleidungsstück, Kennzeichen oder Symbol zu tragen oder zu verwenden, indes nicht der Fall.

Im Ergebnis gilt nichts anderes nach derjenigen Auffassung, die als Grundlage für ein die Angestellten und Arbeiter des öffentlichen Dienstes treffendes Verbot des Tragens oder Verwendens bestimmter Kleidungsstücke, Merkmale oder Symbole eine entsprechende besondere tarifvertragliche Regelung verlangt, weil das einschlägige Privatrecht keine ausreichende Grundlage bietet (so etwa Adam, a.a.O., S. 453, unter Verneinung der Befugnis des Gesetzgebers zu einer entsprechenden Regelung). In diesem Fall bedarf eine entsprechende Ergänzung des Tarifvertrages einer einvernehmlichen Regelung der Tarifvertragsparteien. Das Land Hessen kann versuchen, eine solche Ergänzung des Tarifrechts durchzusetzen.

In Anbetracht der umstrittenen Frage, ob eine gesetzliche Regelung für sämtliche Angestellten und Arbeiter des hessischen Landesdienstes verfassungsrechtlich zulässig ist, ob das gegenwärtige Privatrecht eine ausreichende Rechtsgrundlage für ein Verbot des Tragens oder Verwendens bestimmter Kleidungsstücke, Kennzeichen oder Symbole bietet und der Schwierigkeiten, unter denen eine Ergänzung des einschlägigen Tarifrechts möglich ist, war der hessische Gesetzgeber jedenfalls nicht verpflichtet, auf eine nur für die Beamten geltende Sonderregelung zu verzichten.

### *c. Andere Bedienstete im staatlichen Vorbereitungsdienst*

Schließlich bedeutet es auch keinen Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot des Art. 1 HV, dass es der Gesetzgeber unterlassen hat, für alle eine Privilegierung entsprechend § 86 Abs. 3 Satz 4 HSchG zu schaffen.

Ein (faktisches) staatliches Ausbildungsmonopol besteht nur im Bereich der Studien- und Rechtsreferendardausbildung. Nur hier ist die Teilnahme an der staatlichen Ausbildung faktisch eine unabdingbare Voraussetzung für eine spätere statusangemessene berufliche Tätigkeit in der Privatwirtschaft als Lehrkraft oder Jurist.

Für Rechtsreferendare enthält zwar weder das Hessische Beamtengesetz noch das Gesetz über die juristische Ausbildung, kurz: Juristenausbildungsgesetz - JAG, eine mit § 86 Abs. 3 Satz 4 HSchG vergleichbare Regelung, die eine differenzierte Anwendung von § 68 Abs. 2 HBG ermöglicht. Diese Möglichkeit folgt indes daraus, dass nach § 27 Abs. 1 Satz 2 JAG die Vorschrift des § 68 Abs. 2 HBG nur entsprechend anwendbar ist. Die entsprechende Anwendung gesetzli-

cher Vorschriften lässt Raum für eine differenzierte Handhabung. Den Besonderheiten desjenigen Rechtsgebietes, auf das die gesetzliche Vorschrift nur entsprechende Anwendung findet, kann Rechnung getragen werden (Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 261). Dies bedeutet, dass bei der entsprechenden Anwendung von § 68 Abs. 2 HBG auf die Rechtsreferendare nach der jeweiligen dienstlichen Tätigkeit differenziert werden kann (so auch die Dienstanweisung des Hessischen Ministeriums der Justiz vom 28.06.2007), soweit dies aufgrund

der Sondersituation der Rechtsreferendare verfassungsrechtlich zwingend geboten ist. Einer entsprechenden spezialgesetzlichen Regelung bedarf es daher nicht.

### 3. Meinungsfreiheit

Der durch § 68 Abs. 2 HBG verursachte Eingriff in das Grundrecht auf Meinungsfreiheit des Art. 11 HV ist aus den dargelegten Gründen ebenfalls gerechtfertigt.

## Standort: VwGO

## Problem: Vorbeugender vorläufiger Rechtsschutz

VG KÖLN, BESCHLUSS VOM 31.10.2007  
11 L 1584/07; 11 L 1469/07 (NWVBL 2008, 38)

### Problemdarstellung:

Das BVerfG hatte in einer Aufsehen erregenden Entscheidung § 14 III LuftSiG für verfassungswidrig erklärt, der es dem Bundesminister der Verteidigung gestattete, unter bestimmten Voraussetzungen ein entführtes, auf Ziele am Boden gelenktes Flugzeug zum Abschuss freizugeben. Der Minister hatte im Anschluss an diese Entscheidung in der Presse und vor dem Deutschen Bundestag erklärt, er werde in einer solchen Situation dennoch den Abschussbefehl geben - wenn nicht auf gesetzlicher Grundlage, dann eben unter Berufung auf "das Recht des übergesetzlichen Notstandes".

Die Antragsteller des mit dem vorliegenden Beschluss entschiedenen Verfahrens nahmen diese Äußerungen zum Anlass, vor dem VG Köln eine einstweilige Anordnung zu beantragen, in welcher dem BMin der Verteidigung jedenfalls des Abschuss solcher Flugzeuge untersagt wird, in denen sie - die ASt. - sich befinden.

In diesem Antrag liegt eine Kombination aus vorläufigem und vorbeugendem Rechtsschutz. Vorläufiger und vorbeugender Rechtsschutz werden nicht selten verwechselt:

Anträge nach §§ 47 VI, 80 V 1, 80a und 123 I VwGO sind solche des *vorläufigen* Rechtsschutzes. Sie sind - grob gesagt - statthaft, wenn ein besonderes Eilinteresse vorliegt, es dem Betroffenen also nicht zugemutet werden kann, eine endgültige Entscheidung in der Hauptsache abzuwarten, weil in der Zwischenzeit etwa der Eintritt faktischer Verhältnisse oder eine Verschlechterung seiner rechtlichen Position droht. Solche Situationen können bei schon existierenden, aber auch bei zukünftig drohenden Hoheitsakten eintreten.

Im zweiten Fall wäre der vorläufige zugleich ein *vorbeugender* Rechtsschutz, denn unter vorbeugendem Rechtsschutz werden Fälle verstanden, in denen zukünftige Belastungen verhindert werden sollen. Dies sieht die VwGO grds. nicht vor; verwaltungsgericht-

licher Rechtsschutz ist vielmehr repressiv ausgestaltet, d.h. der Betroffene muss den Eintritt der Belastung zunächst einmal abwarten, bevor er sich dann gegen diese zur Wehr setzt. Der Grund liegt auf der Hand: Ob und was zukünftig droht, lässt sich vielfach kaum sagen. Man stritte sich vor Gericht um des Kaisers Bart, wenn es schließlich doch anders käme. Es gibt aber Fälle, in denen vorbeugender Rechtsschutz möglich bleiben muss, um der Garantie effektiven Rechtsschutzes aus Art. 19 IV GG zu genügen. Dazu gehören vor allem solche, in denen repressiver Rechtsschutz unmöglich wäre oder nicht ausreichte. An einen solchen Fall könnte man beim Abschuss entführter Flugzeuge denken, denn dass man den Passagieren nicht zumuten kann, erst den Abschussbefehl abzuwarten und dann gegen diesen vorzugehen, bedarf keiner Begründung.

Das VG Köln erkennt dies wohl, betont aber, dass die hinreichende Konkretisierung und Bestimmbarkeit des zukünftigen Handelns, welches den Streitgegenstand bilden soll, auch in diesen Fällen gewährleistet sein muss. Daran fehlte es nach Ansicht des VG im konkreten Fall, weil die vom BMin der Verteidigung getätigten Äußerungen nicht mit hinreichender Sicherheit darauf schließen ließen, dass er sich in der Stunde null tatsächlich auch so verhalten würde.

### Prüfungsrelevanz:

Stellt jemand einen Antrag im *vorbeugenden* Rechtsschutz - sei es als Hauptsacheklage oder, wie hier, im *vorläufigen* Rechtsschutz - ist zunächst die statthafte Klage- bzw. Antragsart zu bestimmen. Dies wird in der Hauptsache in aller Regel eine (vorbeugende) Leistungsklage auf Unterlassen oder eine (vorbeugende) Feststellungsklage sein (eine Anfechtungsklage wäre z.B. nicht denkbar, denn diese setzt immer einen bereits erlassenen Verwaltungsakt voraus), im vorläufigen Rechtsschutz immer ein Antrag nach § 123 I VwGO (§§ 80 V, 80a VwGO sind hier ebensowenig denkbar wie eine Anfechtungsklage in der Hauptsache, denn sie setzen auch stets voraus, dass bereits ein Verwaltungsakt erlassen wurde). In der Zulässigkeit dieses

Rechtsbehelfs ist dann unter einem eigenen Prüfungspunkt "qualifiziertes Rechtsschutzinteresse" (nicht zu verwechseln mit dem allgemeinen Rechtsschutzinteresse, das man für jeden Rechtsbehelf, auch die repressiven, benötigt) zu prüfen, ob erstens bereits eine hinreichende Konkretisierung des abzuwehrenden, zukünftigen Ereignisses eingetreten ist, und bejahendenfalls zweitens, ob es dem Antragsteller/Kläger wirklich nicht zugemutet werden kann, das Ereignis abzuwarten und dann (repressiv) gegen dieses vorzugehen, wie es die VwGO für den Normalfall vorsieht. Hier fehlte es schon an der hinreichenden Bestimmtheit, sodass es auf die Zumutbarkeitsfrage nicht mehr ankam.

Ob der BMin der Verteidigung (und ggf. der Pilot des Abfangjägers, wenn er den Befehl befolgt) tatsächlich durch übergesetzlichen entschuldigenden Notstand straffrei ausgingen, ist übrigens angesichts der extrem engen Voraussetzungen dieses Rechtsinstituts (vgl. Sch-Sch-Lenckner, StGB, Vor § 32 Rn 116 ff.) eine unter Strafrechtlern äußerst umstrittene Frage.

#### **Vertiefungshinweise:**

Kombination aus vorbeugendem und vorläufigem Rechtsschutz: VG Gießen, RA 2004, 242 = NVwZ-RR 2004, 177; VGH München, NVwZ-RR 1993, 54; VG Frankfurt, RA 2001, 263 = NJW 2001, 1295

Vorbeugender Rechtsschutz im beamtenrechtlichen Konkurrentenstreit: BVerwG, RA 2004, 165 = ZBR 2003, 101

Vorbeugender Rechtsschutz gegen Bebauungsplan: BVerwG, RA 2002, 260 = NVwZ-RR 2002, 256

Vorbeugende Feststellungsklage: BVerwG, RA 2000, 253 = DVBl 2000, 636

Zum status quo nach der BVerfG-Entscheidung zu § 14 III LuftSiG: Baldus, NVwZ 2006, 532 ff.; Gramm, DVBl. 2006, 653 ff.; Linke, AöR (2004), 489, 534; Wiefelspütz, NWVBl. 2006, 41 ff.

#### **Leitsatz:**

**Die Äußerungen des Bundesministers der Verteidigung im Bundestag und gegenüber Presseorganen, in Fällen gemeiner Gefahr oder der Gefährdung der freiheitlich-demokratischen Grundordnung unter Berufung auf einen übergesetzlichen Notstand auch mit Blick auf den vom BVerfG für nichtig erklärten § 14 Abs. 3 des LuftSiG (i.d.F. vom 11. 1.05, Abschussermächtigung) ggf. den Abschussbefehl zu erteilen, ist als gedankliche Auseinandersetzung mit einer hypothetischen Situation nicht hinreichend wahrscheinlich, um Grundlage einer einstweiligen Anordnung gegen den Bundesminister der Verteidigung sein zu können.**

#### **Sachverhalt:**

Zwei Antragsteller, die aus beruflichen und privaten

Gründen häufig mit Passagierflugzeugen in der Bundesrepublik Deutschland unterwegs sind, begehrten einstweiligen Rechtsschutz im Hinblick auf die Äußerungen des BMin der Verteidigung im Bundestag und gegenüber Presseorganen, in Fällen gemeiner Gefahr oder der Gefährdung der freiheitlich-demokratischen Grundordnung unter Berufung auf einen übergesetzlichen Notstand auch mit Blick auf den vom BVerfG für nichtig erklärten § 14 Abs. 3 des LuftSiG (i.d.F. vom 11.1.2005, Abschussermächtigung) gegebenenfalls den Abschussbefehl zu erteilen.

#### **Aus den Gründen:**

Der sinngemäß gestellte Antrag, dem Antragsgegner bis zur Entscheidung in der Hauptsache zu untersagen, ein durch Terroristen entführtes Flugzeug, in dem der Antragsteller sitzt, durch Kräfte der Bundeswehr abschießen zu lassen, sofern es hierfür keine eindeutigen gesetzlichen Grundlagen gibt, der Verteidigungsfall nicht eingetreten ist und der Antragsteller seine Teilnahme an dem Flug dem Antragsgegner mindestens zwölf Stunden vor Flugbeginn mittels Telefax angezeigt hat, hat keinen Erfolg.

#### **A. Verwaltungsrechtsweg**

Über den Antrag kann vom erkennenden Gericht entschieden werden, weil es sich nicht um eine verfassungsrechtliche Streitigkeit handelt. Verfassungsrechtliche Streitigkeiten liegen nur dann vor, wenn bei einem streitigen Rechtsverhältnis beide Beteiligte unmittelbar am Verfassungsleben beteiligt sind oder wenn die Streitigkeit aufgrund verfassungsgesetzlicher Zuständigkeitsvorschriften grundsätzlich den Verfassungsgerichten vorbehalten ist (vgl. Kopp/Schenke, VwGO, 15. Aufl. 2007, § 40 Rn. 32 ff.; zu Klagen gegen die Durchführung militärischer Tiefflüge BVerwG, NJW 1995, 1690).

#### **B. Qualifiziertes Rechtsschutzinteresse**

Der Antrag ist aber unzulässig, weil ein Rechtsschutzbedürfnis fehlt.

#### **I. Vorbeugender Rechtsschutz nur bei besonderem Interesse**

Wird ein öffentlich-rechtlicher Unterlassungsanspruch geltend gemacht, der auf ein künftiges Geschehen ausgerichtet ist, muss ein besonderes, d.h. gerade auf die Inanspruchnahme vorbeugenden Rechtsschutzes gerichtetes Rechtsschutzbedürfnis vorliegen (vgl. etwa BVerwGE 81, 329, 347; 77, 207, 212; 40, 323, 326; Eyer mann, VwGO, 12. Aufl. 2006, vor § 40 Rn. 25).

#### **II. Konkretisierung erforderlich**

Namentlich kann ein berechtigtes Interesse an einem vorbeugenden Rechtsschutz nicht anerkannt werden, solange sich noch nicht mit der dafür erforderlichen Bestimmtheit übersehen lässt, welche Maßnahmen

unter welchen tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen ergehen werden (vgl. BVerwG, Buchholz 418.6 ViehSG Nr. 8; BVerwGE 45, 99, 105; OVG Koblenz, NVwZ-RR 2004, 344, 345). Das ist hier der Fall. Aus den Äußerungen des Bundesministers der Verteidigung ist nicht hinreichend konkret zu entnehmen, wie er in welchem Fall entscheiden wird. Für eine vorsorgliche rechtliche Kontrolle besteht deshalb kein Rechtsschutzbedürfnis.

### *1. Äußerungen des BMin der Verteidigung*

Das Bundesverfassungsgericht (NJW 2006, 751 ff.) hat § 14 Abs. 3 Luftsicherheitsgesetz i.d.F. vom 11.1.2005 (BGBl I, S. 78) für nichtig erklärt. Mit dieser Vorschrift wurden die Streitkräfte ermächtigt, Luftfahrzeuge, die als Tatwaffe gegen das Leben von Menschen eingesetzt werden sollen, abzuschießen, sofern dies das einzige Mittel zu Abwehr der Gefahr ist. Der Bundesminister der Verteidigung hat dazu in einem Interview in der Zeitschrift Focus vom 17.9.2007 erklärt:

“Ein Abschuss wäre nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes auch in den Fällen gemeiner Gefahr oder Gefährdung der freiheitlich-demokratischen Grundordnung möglich. Ich wünsche mir eine verfassungsrechtliche Klarstellung. Aber da gibt es noch keinen Konsens in der Koalition. Deshalb müsste ich im Notfall vom Recht des übergesetzlichen Notstandes Gebrauch machen. Wenn es kein anderes Mittel gibt, würde ich den Abschussbefehl geben, um unsere Bürger zu schützen. [...] Ich hoffe, dass ich nie in eine solche Situation komme.”

Diese Auffassung hat er in der Aktuellen Stunde am 19. 9. 2007 im Bundestag wiederholt.

### *2. Bestimmtheit*

Diese Äußerung ist keine hinreichend konkrete Entscheidung, sondern eine gedankliche Auseinandersetzung mit einer hypothetischen Situation, die Teil der politischen Auseinandersetzung um eine künftige Regelung derartiger Fälle ist.

Wie die Bevölkerung vor terroristischen Angriffen aus der Luft geschützt werden kann, ist Gegenstand einer intensiven politischen, verfassungsrechtlichen und

ethischen Debatte, bei der die verschiedensten Ansichten vertreten werden. Eindeutige Regelungen bestehen zur Zeit nicht, Lösungsansätze durch neue gesetzliche Regelungen unter Abänderung des Grundgesetzes oder einer veränderten Auslegung der bestehenden Vorschriften werden ebenso kontrovers diskutiert wie die Frage, ob und wie bei einer unauflösbaren Kollision von Abwehrrechten der Passagiere und staatlichen Schutzpflichten gegenüber der bedrohten Bevölkerung im Rahmen der bestehenden Rechtslage gehandelt werden darf (vgl. etwa Prantl, Der Abschuss, Süddeutsche Zeitung vom 20.9.2007; Glosse “Die Harry-Theorie”, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 16.2.2006, S. 37). Vor diesem Hintergrund ist nicht abzusehen, wie der Bundesminister der Verteidigung trotz seiner Erklärungen vom September 2007 bei einer tatsächlichen Bedrohung durch ein als Waffe benutztes Flugzeug, in dem auch der Antragsteller sitzt, handeln wird. Entscheidungen im Ernstfall sind in der Regel abgewogener als Ankündigungen im politischen Meinungsstreit. Das gilt vor allem dann, wenn eine Entscheidung tragische Auswirkungen hat und dem Entscheidenden selbst u. U. erhebliche strafrechtliche Konsequenzen drohen.

### *III. Keine andere Beurteilung trotz Unmöglichkeit repressiven Rechtsschutzes*

Gerichtliche Verfahren sollen nur Rechtsschutz gegen hinreichend konkretisierte Eingriffe gewähren und nicht vorbeugend abstrakte Rechtsfragen klären, bei denen die konkreten Umstände des Einzelfalles noch nicht erkennbar sind (vgl. OVG NRW, Beschl. v. 14.2.2007 - 12 A 3565/06). Dass es dabei zu Situationen kommen kann, in denen ein nachträglicher Rechtsschutz nicht mehr erlangt werden kann und nur der Täter noch strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden kann, ist als Teil des allgemeinen Lebensrisikos nie auszuschließen. Dieses Risiko ist hier nicht höher als in anderen Fällen, in denen die Rechtsordnung wie z. B. bei einer vorgeschriebenen Schutzimpfung eine Gefährdung des Lebens im Interesse der Allgemeinheit hinnimmt, oder in denen jeder Einzelne sich selbst - etwa bei der Teilnahme am Straßenverkehr oder bei einer Operation - in Gefahr begibt.

**Standort: VwVfG****Problem: § 48 IV VwVfG unter Hoheitsträgern**

OVG MÜNSTER, URTEIL VOM 12.06.2007  
15 A 371/05 (NWVBl 2008, 34)

**Problemdarstellung:**

Das OVG Münster vertritt im vorliegenden Urteil die Auffassung, dass die Jahresfrist des § 48 IV VwVfG zur Rücknahme eines rechtswidrigen Verwaltungsakts auch unter Hoheitsträgern anwendbar ist. Eine Gegenansicht verneint dies, weil § 48 IV VwVfG dem Vertrauensschutz des Bürgers diene, Hoheitsträger ein vergleichbar schutzwürdiges Vertrauen aber nicht bilden könnten. Das OVG hingegen meint, § 48 IV VwVfG diene in erster Linie der Rechtssicherheit, und ein Interesse an Rechtssicherheit könnten auch Hoheitsträger haben. Zudem gebe der Wortlaut des § 48 IV VwVfG nichts für eine Differenzierung nach Adressaten (Bürger oder Hoheitsträger) her.

**Prüfungsrelevanz:**

Dargestellt werden muss der Streit immer, wenn § 48 IV VwVfG unter Hoheitsträgern zur Anwendung kommen soll. Dieser Fall kann auf den ersten Blick gar nicht eintreten, weil die Rücknahme eines Verwaltungsakts nach § 48 VwVfG ihrerseits ein Verwaltungsakt ist, Verwaltungsakte aber nach § 35 S. 1 VwVfG Außenwirkung voraussetzen, und Außenwirkung vielfach gerade nicht besteht, wenn Adressat der Maßnahme ein Hoheitsträger ist. Gleichwohl ist der Erlass von Verwaltungsakten gegenüber Hoheitsträgern keineswegs ausgeschlossen. Klassische Fallgruppe ist ein Eingriff in die Selbstverwaltungsautonomie der Gemeinden aus Art. 28 II GG: Soweit die Selbstverwaltungsautonomie betroffen ist, steht die Gemeinde den übrigen Staatsorganen wie ein Bürger gegenüber; Eingriffsakte entfalten in diesem Bereich Außenwirkung.

Entschieden werden muss der Streit hingegen nur dann, wenn die Frist - ihre Anwendung unterstellt - auch verstrichen wäre. Das OVG übernimmt zum Fristbeginn kommentarlos die grundlegende Entscheidung des Großen Senats des BVerwG (E 70, 356), wonach die Frist erst zu laufen beginnt, wenn der für die Entscheidung über die Rücknahme zuständige Amtswalter die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes erkannt hat und ihm die für die Rücknahmeentscheidung außerdem erheblichen Tatsachen vollständig bekannt sind. Nach diesem Verständnis ist § 48 IV VwVfG eine reine Entscheidungsfrist: Alle rechtlichen und tatsächlichen Umstände sind bekannt, es geht nur noch um die Frage, ob die Behörde, die bei § 48 VwVfG ja ein Ermessen hat, sich zur Rücknahme entscheiden will oder nicht. Die vom OVG verschwiegene, in der Lit. aber vielfach vertretene Gegenansicht (Schoch,

NVwZ 1985, 880, 884; Stadie, DÖV 1992, 247; vermittelnd Weides, DÖV 1985, 431, 435) hält § 48 IV VwVfG hingegen für eine Bearbeitungsfrist. Die Norm stelle vom Wortlaut her auf die Kenntnis der Tatsachen ab, nicht auf ihre rechtliche Würdigung. Die Subsumtion der Tatsachen unter den Tatbestand und die Rechtsfolgen des § 48 IV VwVfG wäre danach eine innerhalb der Jahresfrist zu erbringende Leistung der Behörde, nicht etwa Voraussetzung für deren Beginn. Dieser Streit ist ein klassisches Examensproblem, welches sich zu Prüfungszwecken hervorragend mit dem hier erörterten Problem verknüpfen lässt.

**Vertiefungshinweise:**

☐ Fristbeginn bei § 48 IV VwVfG: *BVerwG*, RA 2000, 366 = *NJW* 2000, 1512; *VGH München*, RA 2001, 505 = *NVwZ* 2001, 931; *OVG Münster*, RA 2000, 188 = *NWVBl* 2000, 105

☐ § 48 IV VwVfG bei europarechtswidrigem Verwaltungsakt: *BVerfG*, RA 2000, 181 = *EuZW* 2000, 447

☐ § 48 IV VwVfG bei Rechtsirrtum: *BVerwG*, RA 2005, 254 = *NVwZ-RR* 2005, 341; *BVerwGE* 66, 61; *OVG Rh.-Pf.*, *NVwZ* 1984, 725; *VG Freiburg*, RA 2006, 444 = *NVwZ-RR* 2006, 464; *Schoch*, *NVwZ* 1985, 880, 881

**Kursprogramm:**

☐ *Examenskurs* : "Die Waffenbesitzkarte"

**Leitsatz:**

**Die Rücknahmefrist des § 48 Abs. 4 VwVfG NRW gilt auch im Verhältnis zwischen Trägern öffentlicher Verwaltung.**

**Sachverhalt:**

Der klagenden Stadt bewilligte die beklagte Bezirksregierung mit verschiedenen Bescheiden Erstattungen nach dem Flüchtlingsaufnahmegesetz. Nach einer Rechnungsprüfung nahm die Beklagte eine Vielzahl von Bescheiden zurück, weil die Bewilligungsvoraussetzungen nicht vorgelegen hätten. Die dagegen gerichtete Klage hatte in beiden Instanzen Erfolg, weil die Rücknahmefrist verstrichen war.

**Aus den Gründen:**

Die teilweise Rücknahme der Bewilligungsbescheide ist rechtswidrig, da sie entgegen § 48 Abs. 4 VwVfG NRW nach Ablauf eines Jahres seit dem Zeitpunkt der Kenntnisnahme von den Tatsachen, welche die Rücknahme der rechtswidrigen Verwaltungsakte rechtfertigen, ausgesprochen wurde.



### A. Anwendbarkeit des § 48 IV VwVfG unter Hoheits-trägern

Diese Fristregelung ist anwendbar.

#### I. Verneinende Ansicht

Allerdings werden gelegentlich mit Rücksicht auf die Rechtsprechung des BVerwG, dass sich eine Behörde gegenüber einer anderen nicht auf Vertrauensschutz berufen könne, Zweifel daran geäußert, ob die Rücknahmefrist im Verhältnis zwischen Trägern öffentlicher Verwaltung Anwendung findet (vgl. BVerwGE 126, 7, Rn. 28).

#### II. Bejahende Ansicht

Indes sind solche Zweifel unangebracht.

##### 1. Wortlaut

Der Wortlaut gibt für einen so eingeschränkten Geltungsbereich der Norm keinen Anhalt.

##### 2. Teleologie

Allein aus deren Sinn und Zweck ließe sich im Wege teleologischer Reduktion eine Beschränkung des Anwendungsbereichs begründen. Die Rücknahmefrist dient aber nicht allein dem schutzwürdigen Vertrauen in den Bestand eines rechtswidrigen Verwaltungsakts. Da es sich bei der Rücknahmefrist um eine Entscheidungsfrist handelt, also der Behörde die Frist zur Verfügung steht, um sich nach erkannter Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes und Kenntnis der für die Rücknahmeentscheidung erheblichen Tatsachen darüber klar zu werden, ob und inwieweit sie von ihrem Rücknahmeermessen Gebrauch machen will, geht es bei der Fristgebundenheit auch um die im Interesse der Rechtssicherheit nötige Klarstellung, ob und von welchem Zeitpunkt an der jeweilige Rücknahmefall endgültig abgeschlossen ist (vgl. BVerwGE 70, 356, 359; 100, 199, 203).

Es geht hier somit nicht - wie allgemein sonst beim Vertrauensschutz - darum, dass für den Begünstigten ein schützenswertes Vertrauen auf den Bestand von - rechtswidrigen - Verwaltungsakten begründet worden wäre. Die Klägerin konnte spätestens nach der Anhörung über die beabsichtigte Rücknahme gerade kein

Vertrauen mehr auf den Bestand der Bewilligungsbescheide haben. Sie hat aber aus Gründen der Rechtssicherheit einen Anspruch darauf, dass sich die Beklagte binnen der Jahresfrist entscheidet, ob und inwieweit die Bewilligungsbescheide Bestand haben sollten. Auf den im Rechtsstaatsprinzip wurzelnden Grundsatz der Rechtssicherheit können sich auch Hoheitsträger berufen, deren Handeln auf rechtsbeständiger Grundlage aufbauen soll (vgl. Sachs, in: Sachs [Hrsg.], GG, 4. Aufl., Art. 20 Rn. 131). So besteht etwa ein verfassungsrechtlich anerkanntes Rechtssicherheitsinteresse einer Verwaltungsbehörde an der Bestandskraft von Verwaltungsakten ungeachtet ihrer Rechtmäßigkeit (vgl. BVerfGE 60, 253, 269; OVG NRW, NVwZ-RR 2005, 568). Daher wird in der Literatur vertreten, dass die Jahresfrist des § 48 Abs. 4 VwVfG NRW auch zwischen Hoheitsträgern gilt (Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 6. Aufl., § 48 Rn. 204; Kopp/Ramsauer, VwVfG, 9. Aufl., § 48 Rn. 148).

#### B. Subsumtion

Auch hier hat die Klägerin ein solches Interesse an der Einhaltung der Frist des § 48 Abs. 4 VwVfG NRW bei der Rücknahme der ihr gewährten Zuwendung: Die Gelder sind vereinnahmt und verbraucht. Für die weitere Finanzplanung musste sie sich bei dem laufenden Rücknahmeverfahren auf gegebenenfalls erhebliche Rückzahlungen einstellen, was ihre Dispositionsfreiheit bei Ausübung der kommunalen Selbstverwaltung beschränkt. Dem unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit anerkanntswerten Interesse dient § 48 Abs. 4 VwVfG NRW, binnen der gesetzlichen Rücknahmefrist Klarheit über die finanzielle Planungsgrundlagen zu bekommen. Diese Frist beginnt zu laufen, wenn der für die Entscheidung über die Rücknahme zuständige Amtswalter die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes erkannt hat und ihm die für die Rücknahmeentscheidung außerdem erheblichen Tatsachen vollständig bekannt sind (BVerwGE 112, 360; 70, 356). Für diesen Fristlauf ist hier die Stellungnahme der Klägerin vom 24.1.2001 maßgeblich, die am 5.2.2001 bei der Beklagten einging.

**Standort: Feststellungsinteresse****Problem: Intensiver Grundrechtseingriff**

OVG MÜNSTER, BESCHLUSS VOM 12.02.2007  
1 A 749/06 (NJW 2007, 3798)

**Problemdarstellung:**

Für das Vorliegen eines Feststellungsinteresses für eine Feststellungsklage gem. § 43 I VwGO oder eine Fortsetzungsfeststellungsklage gem. § 113 I 4 VwGO nach Erledigung der angegriffenen Maßnahme sind bestimmte Fallgruppen anerkannt. Dazu gehört neben der Wiederholungsgefahr und der Vorbereitung eines späteren Schadensersatzprozesses auch das Rehabilitationsinteresse. Auf dieses ging das OVG Münster im vorliegenden Beschluss näher ein, in dem es zu klären hatte, ob die unterschiedliche Behandlung von Rechtsanwälten einerseits und Rechtsreferendaren andererseits bei Einlasskontrollen zu Justizgebäuden gerechtfertigt ist.

“Klassisch” wird das Rehabilitationsinteresse durch eine diskriminierende Behandlung des Betroffenen hervorgerufen. Diese begründet über die Erledigung der eigentlichen Maßnahme hinaus ein Interesse daran klären zu lassen, dass man so nicht hätte behandelt werden dürfen. Eine Diskriminierung des Kl. stand hier aber schon deshalb nicht in Rede, weil die Kontrollmaßnahmen jedermann treffen und sie - wie das OVG ausführt - grds. auf breite Akzeptanz stoßen.

Neben der Diskriminierung genügt nach heutigem Verständnis aber auch ein besonders intensiver Grundrechtseingriff für ein Rehabilitationsinteresse. Was unter einer “besonderen Intensität” in diesem Sinne zu verstehen ist, bedarf der Konkretisierung. Diese bildet den Schwerpunkt der Urteilsgründe. Das OVG nennt zunächst zwei Indizien: Den Eingriff in den Schutzbereich eines speziellen Freiheitsgrundrechts und das Bestehen eines grundgesetzlichen Richtervorbehalts (vgl. z.B. Art. 13 II-IV GG, 104 GG). Beides war hier nicht der Fall.

Das OVG prüft sodann eine Verletzung des allgemeinen Gleichheitssatzes aus Art. 3 I GG. Danach liegt ein Grundrechtsverstoß vor, wenn wesentlich Gleiches ohne sachlichen Grund ungleich behandelt wird. Das OVG meint, dass Rechtsanwälte und Referendare zunächst nicht ungleich, sondern gleich behandelt werden, weil beide der Gruppe der grds. zu kontrollierenden Besucher zugerechnet werden. Eine Ungleichbehandlung erblickt das Gericht aber darin, dass Rechtsanwälte (und andere Personengruppen wie z.B. Handelsrichter) faktisch nicht kontrolliert werden, weil sie sich durch einen amtlichen Lichtbildausweis jederzeit legitimieren können, bzw. - genauer gesagt - darin, dass Referendaren nicht auch ein solcher Lichtbildausweis ausgestellt wird. Die sachliche Rechtfertigung für diese Ungleichbehandlung erblickt das Gericht sodann in der Praktikabilität. Der Aufwand dafür, allen Refe-

rendaren, die nur auf die Dauer von zwei Jahren diesen Status innehaben und zudem nicht selten wechseln, einen Ausweis auszustellen, stünde außer Verhältnis zum Ertrag.

**Prüfungsrelevanz:**

Die Entscheidung ist zum einen für Referendare interessant zu lesen, weil sie ihren Status unmittelbar betrifft. Sie hat darüber hinaus aber auch Examensrelevanz für das erste und zweite Staatsexamen, weil sie sowohl in verwaltungsrechtliche als auch in verfassungsrechtliche Klausuren eingebunden werden kann. Verfassungsrechtlich ließe sich fragen, ob die Einlasskontrollen, die ja ohne jeden konkreten Tatverdacht gegen die kontrollierte Person vorgenommen werden, gegen Grundrechte verstoßen. Neben dem vom OVG angeprüften Art. 3 I GG hätte eine Beeinträchtigung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 I i.V.m. 1 I GG nahe gelegen, die vom Gericht nur angedeutet, aber nicht geprüft worden ist. Das BVerfG hat eine Verfassungsbeschwerde gegen den vorliegenden Beschluss des OVG Münster übrigens nicht zur Entscheidung angenommen (BVerfG, Beschluss v. 23.3.07, 1 BvR 732/07).

Verwaltungsrechtlich könnte eine Feststellungs- oder Fortsetzungsfeststellungsklage gegen die Kontrollmaßnahmen zur Prüfung gestellt werden, mit deren Zulässigkeit sich der vorliegende Beschluss beschäftigt. Bemerkenswerterweise ist das OVG mit keinem Wort auf die gelegentlich vertretene Meinung eingegangen, bei sich kurzfristig erledigenden Maßnahmen sei immer ein Feststellungsinteresse gegeben, weil ansonsten entgegen Art. 19 IV GG effektiver Rechtsschutz nicht gewährleistet sei (siehe Vertiefungshinweise). Wollte man diese Fallgruppe anerkennen, hätte ihre Prüfung hier sehr nahe gelegen, denn der vorliegende Fall zeigt gerade, wie schwierig es ist, gegen eine beendete Kontrolle noch Rechtsschutz zu erlangen, weil es regelmäßig an einem anerkannten Feststellungsinteresse fehlen wird.

Nur aus dem Leitsatz wird übrigens ersichtlich, dass das OVG in materieller Hinsicht das gewohnheitsrechtlich anerkannte, öffentlich-rechtliche Hausrecht als Ermächtigung zur Durchführung der Kontrollen ansieht. Polizei- und ordnungsrechtliche Normen sind hingegen schon deshalb nicht einschlägig, weil es an einer von der kontrollierten Person ausgehenden, konkreten Gefahr fehlt.

**Vertiefungshinweise:**

- Einlasskontrollen gegenüber Rechtsanwälten und Referendaren: *OVG Münster*, NVwZ 2002, 103
- Feststellungsinteresse bei kurzfristig sich erledigenden Maßnahmen: *BVerfG*, RA 2002, 203 = NJW 2002,

2700; *Erichsen*, Jura 1989, 51; dagegen z.B. *VGH München*, RA 1999, 367 = NVwZ-RR 1999, 378

Zum Rehabilitationsinteresse: *BayVGH*, RA 2007, 307 = BayVBl 2007, 373; *OVG NRW*, RA 2004, 307 = NWVBl 2004, 157; *BVerwG*, RA 2002, 327 = NVwZ-RR 2002, 323; NVwZ 1999, 991

#### **Kursprogramm:**

*Examenskurs* : "Le coq est mort"

*Examenskurs* : "Geförderanschreiben"

#### **Leitsätze:**

**1. Der Dienststellenleiter eines Justizgebäudes ist auf Grund seines öffentlich-rechtlichen Hausrechts befugt, Rechtsreferendare bei den Einlasskontrollen insoweit anders zu behandeln als Richter, Staatsanwälte, Rechtsanwälte oder die übrigen Justizmitarbeiter, wenn er ihnen die Mitführung von Fotohandys untersagt.**

**2. Es begegnet keinen Bedenken, männliche Rechtsreferendare durch weibliche Justizwachtmeister kontrollieren zu lassen, soweit dabei keine Durchsuchung mit körperlichem Kontakt stattfindet.**

**3. Bei der auf einvernehmlicher Übergabe beruhenden Ingewahrsamnahme von Gegenständen durch eine Justizbehörde im Rahmen von Einlasskontrollen handelt es sich um eine Variante von Maßnahmen, die in allen sicherheitsrelevanten Bereichen seit langem verbreitet sind und nach den Terroranschlägen des 11. September 2001 aus Gründen äußerster Vorsorge ganz allgemein intensiviert wurden. In der Bevölkerung stoßen derartige Kontrollen schon im Eigeninteresse der Kontrollierten nicht nur auf Duldung, sondern auf breiteste Akzeptanz.**

**4. Die Eingriffsintensität bei bloßen Metalldetektorkontrollen ohne körperliche Durchsuchung liegt im untersten Bereich.**

#### **Sachverhalt:**

Der Kl. begehrt die Feststellung, dass er durch die verschiedentliche "Beschlagnahme" von Gegenständen (eines als Schlüsselanhänger benutzten Taschenmessers und eines Fotohandys) im Rahmen von Einlasskontrollen beim Justizzentrum Bielefeld während der Zeit seines Referendardienstes (2001 bis 2003) in seinen Rechten verletzt worden sei.

Das VG hat die Klage mangels Feststellungsinteresse als unzulässig abgewiesen. Mit einer Wiederholung der Maßnahmen sei nach Beendigung der Referendardzeit (Ende 2003) nicht mehr zu rechnen. Ein Rehabilitationsinteresse sei nicht anzuerkennen, weil von den in der Bevölkerung weitgehend akzeptierten Maßnahmen keine diskriminierenden oder ehrenrührigen Wirkungen ausgingen. Gesichtspunkte, von die-

ser Beurteilung im Falle des Kl. abzuweichen, seien nicht geltend gemacht. Das OVG lehnte den Antrag, die Berufung zuzulassen, ab.

#### **Aus den Gründen:**

Der Kl. wendet hiergegen mit dem Zulassungsantrag ein, es bestehe nach den in der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen sowohl eine Wiederholungsgefahr als auch ein Rehabilitationsinteresse; das VG habe insoweit falsche Maßstäbe angelegt. Dem ist indes nicht zuzustimmen. Die Auffassung des Kl. beruht vor allem auf einer verkürzten Darstellung der von ihm umfangreich angeführten Rechtsprechung einerseits und auf einer Übertreibung der vermeintlichen Eingriffsintensität der beanstandeten Maßnahmen. Im Einzelnen gilt Folgendes:

#### *A. Wiederholungsgefahr*

##### *I. Voraussetzungen*

Ein Feststellungsinteresse wegen bestehender Wiederholungsgefahr setzt die hinreichend bestimmte Gefahr voraus, dass in absehbarer Zeit unter im Wesentlichen unveränderten tatsächlichen und rechtlichen Umständen ein gleichartiger Verwaltungsakt (i.S. des § 113 I 4 VwGO) bzw. eine sonstige Maßnahme (i.S. des § 43 I VwGO) ergehen wird (vgl. nur BVerwG, Buchholz 310 § 113 I VwGO Nr. 1; Gerhardt, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, Stand: April 2006, § 113 Rdnr. 93; Wolff, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 2. Aufl. [2006], § 113 Rdnr. 271, jew. m.w. N.).

##### *II. Subsumtion*

Auch soweit man von der spezifischen Rechtsstellung der Referendare absieht, ist eine Ingewahrsamnahme von Gegenständen, die der Kl. nunmehr in seiner Eigenschaft als Rechtsanwalt künftig mitführen wird, eine bloß theoretische Annahme, für die derzeit und auf absehbare Zeit nichts spricht. Von einer besonderen Einlasskontrolle bei den Rechtsanwälten wird nämlich seit langem im Hinblick auf deren Möglichkeiten abgesehen, sich durch Lichtbildausweis der Rechtsanwaltskammer zu legitimieren. Darin liegt ein - unten noch näher zu beleuchtender - grundlegender Unterschied gegenüber Referendaren, der nicht nur eine Änderung der beim Justizzentrum Bielefeld bislang geübten Praxis höchst unwahrscheinlich erscheinen lässt, sondern vor allem die Annahme aufdrängt, dass eine Kontrolle nur unter wesentlich veränderten Vorzeichen stattfinden würde.

Es ist nicht dargelegt oder ersichtlich, inwiefern eine Klärung der Rechtmäßigkeit der erledigten Maßnahmen im vorliegenden Verfahren in dieser Hinsicht behilflich sein könnte. Sollte der vom Kl. für denkbar gehaltene Fall eintreten, ist es ihm daher zuzumuten, erneut um Rechtsschutz nachzusuchen. Das gilt auch

dann, wenn man zu Gunsten des Kl. den Umstand vernachlässigt, dass er seine Kanzlei nunmehr im Kölner Raum hat und die hinreichende Wahrscheinlichkeit einer anwaltlichen Tätigkeit in Bielefeld nicht vorgebracht ist.

### *B. Rehabilitationsinteresse*

Auch ein Rehabilitationsinteresse besteht offensichtlich nicht. Die einschlägigen Maßstäbe hat das VG in sachlicher Übereinstimmung mit der Rechtsprechung insbesondere des BVerfG, des BVerwG und des beschließenden Senats - aber auch mit der vom Kl. ansonsten zitierten Rechtsprechung - aufgezeigt und zutreffend angewandt.

#### *I. Voraussetzungen*

Nach dieser Rechtsprechung besteht ein berechtigtes Interesse in Gestalt eines Rehabilitationsinteresses, sofern dieses bei vernünftiger Würdigung der Verhältnisse des Einzelfalls als schutzwürdig anzuerkennen ist. Dies kann - insbesondere, aber nicht nur - der Fall sein, wenn der Betroffene durch eine streitige Maßnahme in seinem Persönlichkeitsrecht objektiv beeinträchtigt ist (vgl. BVerwG, BayVB1 2007, 505 m.w.N.; Buchholz 310 § 113 I VwGO Nr. 11, S. 23; BVerwGE 61, 164 [166]; 53, 134 [138]).

#### *1. Diskriminierende Wirkung*

Eine objektiv diskriminierende Wirkung der im Klageantrag genannten "Beschlagnahme" von Gegenständen mit fortbestehenden abträglichen Nachwirkungen, denen durch eine gerichtliche Feststellung der Rechtswidrigkeit des Verwaltungshandelns wirksam begegnet werden könnte, ist nicht im Ansatz ersichtlich. Bei der auf einvernehmlicher Übergabe beruhenden Ingehorsamnahme von Gegenständen durch eine Justizbehörde im Rahmen der Erlasskontrolle handelte es sich um eine Variante von Maßnahmen, die in allen sicherheitsrelevanten Bereichen seit langem verbreitet sind und nach den Terroranschlägen des 11. September 2001 aus Gründen äußerster Vorsorge ganz allgemein intensiviert wurden.

#### *a. Allgemeine Akzeptanz*

In der Bevölkerung stoßen derartige Kontrollen schon im Eigeninteresse der Kontrollierten nicht nur auf Duldung, sondern auf breiteste Akzeptanz (vgl. schon den vom Kl. zit. Beschl. des OLG Nürnberg, NJW 2002, 694 [zur Lage vor September 2001]), was sich ohne Weiteres daraus erklärt, dass die Kontrollmaßnahmen generell nicht mit persönlichen Vorwürfen oder gar einem individuellen Gefahrenverdacht verbunden sind. Auch liegt die Eingriffsintensität, gerade etwa bei bloßen Metalldetektorkontrollen ohne körperliche Durchsuchung, im untersten Bereich. Dies alles mag die Rechtmäßigkeit der Maßnahmen im Einzelfall nicht erweisen, zeigt aber in aller Deutlichkeit, dass im Re-

gelfall irgendwie geartete nachteilige Wirkungen auf die Kontrollierten nicht zu besorgen sind. Diese sind bei der Kontrolle - wie gesagt und auch vom Kl. hervorgehoben - keinerlei Verdacht ausgesetzt und im Regelfall anonym, so dass schon jeder persönliche Anhaltspunkt fehlt, um eine individualisierbare Wirkung der Kontrolle im Rechtsverkehr annehmen zu können. Das gilt wegen der allgemeinen Bekanntheit der Maßnahmen, ihrer Zielrichtung und Hintergründe auch dann, wenn die Kontrollen vor den Augen Dritter vorgenommen werden.

#### *b. Keine Vergleichbarkeit mit Maßnahmen nach § 94 StPO*

Durch diesen Charakter unterscheidet sich die Einlasskontrolle von Maßnahmen nach § 94 StPO. Diese betreffen Gegenstände, die als Beweismittel im Rahmen eines Ermittlungsverfahrens zur Verfolgung eines Tatverdachts in Betracht kommen. Um solch eine Maßnahme handelt es sich bei der verwaltungsmäßigen Verwahrung, die hier in Rede steht, jedoch eben nicht.

#### *2. Intensiver Grundrechtseingriff*

Freilich kann sich aus den Begleitumständen einer erledigten Verwaltungsmaßnahme im Einzelfall ein ideelles Interesse an der Feststellung der Rechtswidrigkeit ergeben, wie es das VG auch geprüft hat.

#### *a. Voraussetzungen*

Dies kann vor allem aus der Art des Eingriffs resultieren. Ein Feststellungsinteresse hat die Rechtsprechung unter diesem Aspekt etwa bejaht in Fällen öffentlichkeitswirksamer Identitätsfeststellungen, polizeilicher Misshandlungen oder sonstiger tiefgreifender Grundrechtseingriffe. Letztere sind vor allem bei Anordnungen in Betracht zu ziehen, die das Grundgesetz - wie im Fall des Art. 13 II GG - vorbeugend dem Richter vorbehalten hat. Diese Leitlinien, die sich nicht an dem gegebenenfalls polizeilichen Charakter der Maßnahme als solchem, sondern an der konkreten Art und Tiefe des Eingriffs orientieren, verfolgen das BVerfG wie das BVerwG, unter anderem in den vom Kl. zitierten Entscheidungen, gleichermaßen (vgl. nur BVerfG, NJW 1999, 273; BVerfGE 96, 27 [40]; BVerwG, Buchholz 310 § 113 I VwGO Nr. 1 [vorübergehende Sicherstellung eines privaten Videofilms]; BVerwG, NJW 1997, 2534 m.w.Nachw. [Eindringen verdeckter Ermittler in die Privatsphäre]).

#### *b. Subsumtion*

Die Voraussetzungen eines Eingriffs mit solcher Intensität hat der Kl. nicht dargelegt. Soweit er sich auf Grundrechte beruft (ohne diese im Einzelnen zu bezeichnen), liegt jedenfalls keine erhebliche oder gar tiefgreifende Verletzung vor.

*aa. Keine speziellen Freiheitsgrundrechte betroffen*

Die vorübergehende, letztlich ohne jeden Zwang erfolgende Ingewahrsamnahme von Gegenständen, die ein Referendar während der Tätigkeit im Justizgebäude nicht unmittelbar benötigt, weist keinen "spezifischen" Grundrechtsbezug auf. Sie erfolgte außerhalb eines konkreten, zum Beispiel durch die Art. 2 II, 5, 8 oder 13 GG geprägten grundrechtlichen Zusammenhangs. Es fehlt deshalb ein Anhalt dafür, dass bei der Anwendung des einschlägigen Rechts durch den Bekl. ein Belang des Kl. auf Grund seiner Bedeutung für die Verwirklichung eines Grundrechts besonders zu berücksichtigen gewesen wäre (vgl. auch BVerfGE 110, 77 = NJW 2004, 2510; BVerwG, Buchholz 310 § 113 I VwGO Nr. 1).

Der Kl. ist offenkundig keiner vom Normalfall abweichenden Art der Kontrolle ausgesetzt gewesen und auch nicht aus der Anonymität herausgetreten und als Person einem individuellen ehrenrührigen Vorwurf oder einer solchen Behandlung ausgesetzt worden. Eine solche Behandlung ergibt sich auch nicht aus der behaupteten Kontrolle durch weibliche Justizbedienstete, weil diese ohne jeden körperlichen Kontakt oder gar geschlechtlichen Bezug stattfand.

*bb. Ungleichbehandlung von Rechtsreferendaren und Rechtsanwälten*

Alles Vorstehende trifft indes nicht das eigentliche Anliegen des Kl. Dieses kommt vielmehr auf S. 6 der Antragsbegründungsschrift hinreichend zum Ausdruck: Der Kl. fühlt sich gegenüber Anwälten zurückgesetzt, "wenn behördeninterne Rechtsreferendare strengeren Sicherheitsvorkehrungen unterworfen werden, als behördenexterne Rechtsanwälte". Dieser Standpunkt mag nachvollziehbar sein, verfehlt bei Zurkenntnisnahme des vollen Sachverhalts aber gleichwohl den Kern der im Justizzentrum Bielefeld seinerzeit praktizierten Kontrollen.

*(1). Gleiches ungleich behandelt*

Diese waren gerade nicht darin begründet - was auf eine Diskriminierung hinführen könnte -, dass Rechtsreferendaren (obwohl in einem öffentlich-rechtlichen Ausbildungsverhältnis zum Land Nordrhein-Westfalen stehend, § 30 I 1 NWJAG) ein geringeres Vertrauen als Anwälten oder sogar ein pauschales Misstrauen entgegengebracht worden wäre. Vielmehr wurden (und werden) ausweislich der im erstinstanzlichen Verfahren vorgelegten Erlasse beide Personenkreise im Grundsatz der Gruppe der zu kontrollierenden "Besucher" zugerechnet.

Ausnahmen wurden lediglich dann gemacht, wenn

Personen besonders unkompliziert zu identifizieren waren, mithin bei Justizbediensteten mit Codekarte, Vertretern der örtlichen Presse mit Presseausweis, Bediensteten der Bewährungshilfe mit Dienstausweis, Handelsrichtern mit Lichtbildausweis des LG sowie eben bei Rechtsanwälten mit Lichtbildausweis der Rechtsanwaltskammer.

*(2). Sachliche Rechtfertigung*

Unter diesem Gesichtspunkt der unproblematischen Identifizierbarkeit unterschieden sich Rechtsreferendare erheblich von den zuvor genannten Fällen, weil sie nicht im Besitz eines amtlichen Lichtbildausweises waren. Dass dies rechtlich nicht zu beanstanden ist, hat der Senat bereits im Beschluss gleichen Rubrums vom 2.10.2001 erläutert und insoweit ausgeführt:

"Dieser - mit Blick auf Art. 3 I GG zu beachtende - Unterschied ist insbesondere darin zu sehen, dass die Zahl der dem LG zugewiesenen Rechtsreferendare regelmäßig eine Größe von etwa 400 erreicht und diese Gruppe zudem durch die über das ganze Jahr hinweg verteilten Einstellungstermine und des nur zwei Jahre dauernden Vorbereitungsdienstes einer erheblichen Fluktuation unterliegt. Vergleichbares ist bei keiner der in den vom Ag. erlassenen Richtlinien aufgeführten Personengruppen, insbesondere auch nicht hinsichtlich der vom Ast. schwerpunktmäßig angeführten Gruppe der Handelsrichter, festzustellen.

Mit Blick darauf stellt es einen sachgerechten Grund dar, wenn der Ag. unter Hinweis auf den erheblichen Verwaltungsaufwand, der für die Ausstellung und die ebenfalls erforderliche Einziehung von Lichtbildausweisen für jeden einzelnen Rechtsreferendar entstehen würde, vor allem aber in Würdigung des auch vom Polizeipräsidium angesprochenen Erfordernisses, bei der Bestimmung der von den Kontrollen auszunehmenden Personenkreise im Interesse der Verwirklichung eines hohen Sicherheitsstandards einen strengen Maßstab anzulegen, davon abgesehen hat und auch weiterhin davon absieht, der Gruppe der dem LG zugewiesenen Rechtsreferendare gesonderte Lichtbildausweise auszustellen und auf die ansonsten vorgesehenen Personen- und Gepäckkontrollen zu verzichten."

Ist eine Maßnahme aber auf solche Erwägungen der Verwaltungspraktikabilität gestützt, so ist es - ungeachtet der rechtlichen Billigung des behördlichen Handhabungsspielraums, welcher sich der Kl. offenbar nach wie vor verschließen will - jedenfalls schlechterdings ausgeschlossen, in der daran anknüpfenden differenzierten Behandlung von Referendaren und Anwälten einen diskriminierenden Umstand zu erblicken.

*Zivilrecht***Standort: Spielvertrag****Problem: Sorgfaltspflichten der Spielbank**

BGH, URTEIL VOM 22.11.2007

III ZR 9/07 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

**Problemdarstellung:**

Der Kl. begehrt die Rückzahlung geleisteter Spieleinsätze von der Bekl., die eine staatlich konzessionierte Spielbank betreibt.

Der Kl. ist spielsüchtig und hatte in diesem Zusammenhang eine Spielsperre erwirkt, die ihm seitens der Bekl. auch schriftlich bestätigt wurde. Dessen ungeachtet suchte der Kl. die Spielbank erneut auf und verlor dort Einsätze in Höhe von insgesamt 120.000 DM. Dies war deshalb möglich, da der Kl. ohne eine Personenkontrolle zu durchlaufen, die Automatenspielsäle der Bekl. betreten konnte, so dass auf die bestehende Spielsperre niemand aufmerksam wurde. An den Eingängen zu den Sälen waren Schilder angebracht, worauf unter anderem stand, dass gesperrten oder nicht zum Spiel zugelassenen Personen der Zutritt zum Spielsaal/Automatenspielsaal nicht gestattet ist und im Falle eines Spielverlustes für diese Personen kein Anspruch auf Rückerstattung der Spieleinsätze bestehe.

Die Vorinstanzen haben der Klage im Wesentlichen stattgegeben. Hiergegen richtet sich die vom BerGer. zugelassene Revision der Bekl., die ihren Klageabweisungsantrag weiterverfolgt. Die Sache war an das BerGer. zurückzuverweisen.

**Prüfungsrelevanz:**

In dieser Entscheidung hatte sich der erkennende Senat mit der Frage auseinanderzusetzen, ob in dem Falle, in dem der Spielsüchtige mit der Spielbank eine umfassende Spielsperre vereinbart, diese auch eine Schutzpflicht dahingehend begründet, dass der Süchtige aufgrund genereller Personenkontrollen der Zutritt zu den Automatenspielsälen nicht gewährt wird. Bis zu diesem Zeitpunkt war die Frage offen gelassen worden. Hier musste erstmalig Farbe bekannt werden.

Entschieden war bereits zuvor, dass grundsätzlich auch dann eine Kontrollpflicht innerhalb der Automatensäle besteht, wenn der gesperrte Spieler innerhalb dieser Räumlichkeiten Geld per Telecash abhebt. In diesem Fall muss der Mitarbeiter der Spielbank eine Personenkontrolle durchführen, die auch die Überprüfung einer etwaigen Sperre beinhaltet (vgl. bereits dazu BGHZ 165, 276 = RA 2006, 47).

Der hier zu überprüfende Sachverhalt war insoweit anders gelagert, als dass die wesentlichen Spieleinsätze mit Geldern bewirkt wurden, die durch Barabhebungen außerhalb der Räumlichkeiten der Spielbank erlangt wurden. Der erkennende Senat stellte klar, dass eine umfassende Schutzpflicht der Spielbankbetreiber gegenüber den gesperrten Personen bestehe. Allein durch das Aushängen von Schildern an den Türen der Räumlichkeiten ist dieser Pflicht nicht genüge getan. Dies entspricht auch dem Rechtsempfinden insoweit, als diese Suchtkranken durch die Beantragung der Sperre tatsächlich einen Schutz vor sich selbst begehren. Die Spielbank geht mit der Annahme des Sperrantrags eine vertragliche Bindung gegenüber dem Antragsteller ein, deren Zweck der Schutz der Vermögensinteressen des Spielsüchtigen ist. Das bedeutet, dass der Antragsteller vor den aufgrund seiner Spielsucht zu befürchtenden, wirtschaftlichen Schäden bewahrt werden soll. An dieser Stelle verwies der Senat auf seine bisherige Rechtsprechung, wonach diese Schilder als Allgemeine Geschäftsbedingungen im Sinne der §§ 305 ff. BGB einzuordnen seien und gestattete sich den Hinweis, dass diese Bedingungen regelmäßig jedenfalls dem § 307 I, II BGB nicht standhielten ( vgl. dazu BGH, RA 2006, 47 ). Dies deshalb, weil die Kardinalspflicht der Einhaltung der Spielsperre allein dadurch nicht erreicht werden kann - wie auch dieses Beispiel deutlich zeigt. Die Einführung genereller Ausweis- und Personenkontrollen unter gleichzeitigem Abgleich mit der Sperrdatei sind den Spielbankbetreibern auch möglich und zumutbar. Zwar mag dies einen zusätzlichen, finanziellen Aufwand erfordern. Dieser Gesichtspunkt steht jedoch weder der Möglichkeit, noch der Zumutbarkeit entgegen. Es ist nicht erkennbar, dass die Durchführung solcher Kontrollen den wirtschaftlichen Betrieb der Spielbank in nennenswerter Weise beeinträchtigen könnte. Für die Zumutbarkeit einer umfassenden Ausweiskontrolle beim Zugang spricht auch, dass eine solche in den Spielbanken Österreichs und der Schweiz schon heute üblich ist und eine solche auch in der Spielbank in Baden-Baden bereits praktiziert wird.

Interessant war die Überlegung, ob sich der gesperrte Spieler anspruchskürzend entgegenhalten lassen muss, dass er selbst gegen die Sperrvereinbarung verstoßen hat, § 254 BGB. Dem ist nicht so, denn der Sinn der Kontrollpflicht besteht gerade darin, ein solches "einfaches" Fehlverhalten des Antragstellers zu verhin-

dern.

Gleichwohl konnte ein Rückzahlungsanspruch in der Revision nicht bejaht werden. Dies deshalb, weil sich die Bekl. in Ansehung der ursprünglichen höchstrichterlichen Rechtsprechung in einem unvermeidbaren Rechtsirrtum über den Umfang ihrer Kontrollpflichten bei einer antragsgemäßen Sperre befand. Hier erfolgten die Handlungen des Kl. vor dem Erlass des insoweit klarstellenden Urteils des erkennenden Senats (BGHZ 165, 276 = RA 2006, 47).

#### **Vertiefungshinweise:**

- Rückforderung in einem Schenkkreis gezahlter Beträge: *BGH*, RA 2005, 735 = *NJW* 2006, 45
- Rückforderung eines Kaufpreises für ein Radarwarngerät: *BGH*, RA 2005, 339 = *NJW* 2005, 1490
- Pflichten einer Spielbank nach Sperre: *BGH*, RA 2006, 47

#### **Kursprogramm:**

- Examenskurs*: "Kurzfälle zur Saldotheorie"
- Examenskurs*: "Schwarzarbeit"

#### **Leitsätze:**

- a) Eine Spielbank hat auch bei Automatenpielsälen eine generelle Kontrollpflicht, die den Zutritt von antragsgemäß gesperrten Spielern verhindern soll (Fortführung von BGHZ 165, 276).**
- b) Bis zum Bekanntwerden des Senatsurteils BGHZ 165, 276 durfte die Spielbank nach dem früheren Stand der Rechtsprechung (BGHZ 131, 136) jedoch annehmen, dass eine derartige generelle Kontrollpflicht nicht bestehe. Sie befand sich insoweit in einem entschuldbaren Rechtsirrtum.**

#### **Sachverhalt:**

Die Bekl. betreibt öffentlich-rechtlich konzessionierte Spielcasinos, unter anderem in Bad Oeynhausen. Der Kl., der nach eigenen Angaben spielsüchtig ist, beantragte bei der Bekl. mit Schreiben vom 24.04.1998, sich "unwiderruflich und auf Dauer für alle Spielcasinos sperren" zu lassen. Die Bekl. bestätigte ihm mit Schreiben vom gleichen Tage, "dass ab sofort eine unwiderruflich bundesweite Sperre für alle Spielcasinos" erfolge.

Dennoch suchte der Kl. in der Zeit von Januar 2000 bis August 2001 die Automatenpielsäle im Casino Bad Oeynhausen auf und verlor dort nach eigenen Angaben Beträge in einer Größenordnung von mehr als 120.000 DM. Die Automatenpielsäle konnten - anders als bei dem abgesperrten und Personenkontrollen unterliegenden Bereich des "Großen Spiels" - auch ohne Personenkontrolle betreten werden. An den Eingängen zu den Sälen waren Schilder angebracht, wonach Minderjährigen, gesperrten oder nicht zum Spiel

zugelassenen Personen der Zutritt zum Spielsaal/Automatenpielsaal nicht gestattet ist und im Falle eines Spielverlustes für diese Personen kein Anspruch auf Rückerstattung der Spieleinsätze bestehe; im Falle eines Gewinns bestehe weder ein Anspruch auf Rückerstattung der Spieleinsätze, noch ein Anspruch auf Auszahlung der Gewinne. Die für die Spieleinsätze benötigten Geldbeträge beschaffte sich der Kl. überwiegend mittels EC-Karte oder EURO-Card an Geldautomaten, die außerhalb der Spielbank oder in deren Gebäude, jedoch außerhalb des Spielbereichs, aufgestellt waren.

Der Kl. erhebt gegen die Bekl. einen Anspruch auf Rückzahlung der verlorenen Einsätze. Er lastet ihr an, sie habe es versäumt, ihn durch wirksame Kontrollen vom Automatenpiel fernzuhalten.

Beide Vorinstanzen haben der Klage mit geringfügigen Kürzungen zur Anspruchshöhe stattgegeben. Die zweitinstanzliche Verurteilungssumme beläuft sich auf 58.721,87 € nebst Zinsen. Hiergegen richtet sich die vom BerGer. zugelassene Revision der Bekl., die ihren Klageabweisungsantrag weiterverfolgt.

#### **Aus den Gründen:**

Die Revision führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das BerGer..

Ein Schadensersatzanspruch des Kl. gegen die Bekl. aus positiver Vertragsverletzung lässt sich nicht feststellen. Zwar hat die Bekl. ihre Pflichten gegenüber dem Kl. objektiv verletzt; jedoch kann sie sich darauf berufen, sich während des fraglichen Zeitraums in einem entschuldbaren Rechtsirrtum befunden zu haben.

#### *1. Grds. wird eine Verpflichtung zur Durchsetzung der Spielsperre durch ausreichende Kontrollen begründet*

Der Senat hat durch Urteil vom 15.12.2005 (III ZR 65/05 = BGHZ 165, 276) - in teilweiser Abkehr vom Urteil des XI. Zivilsenats vom 31.10.1995 (XI ZR 6/95 = BGHZ 131, 136) - entschieden, dass eine wunschgemäß erteilte Spielsperre Ansprüche auf Ersatz von Spielverlusten begründen kann, wenn die Spielbank die Sperre nicht durch ausreichende Kontrollen durchsetzt. Eine Spielbank hat bei einer antragsgemäß - im Gegensatz zu einer einseitig - verhängten Spielsperre Schutzpflichten, die auf Wahrnehmung der Vermögensinteressen ihrer Gäste gerichtet sind. Dies wird auch von der Revision der Bekl. nicht mehr grundsätzlich in Abrede gestellt.

#### *2. Kontrollpflicht besteht bei Telecash-Abhebungen innerhalb des Automatenpielsaals*

In jener Entscheidung war es - wie hier - um die Teilnahme am Automatenpiel gegangen, bei dem die Spielsäle - anders als bei der Teilnahme am "Großen Spiel", bei der eine Personenkontrolle vorgeschrieben war und ist - ohne besondere Kontrollen betreten wer-

den konnten. Der damalige Sachverhalt hatte sein besonderes Gepräge dadurch erhalten, dass der betroffene Spieler, der trotz der Sperre am Automaten spiel teilgenommen hatte, die für die Spieleinsätze erforderlichen Geldbeträge jeweils aus den im Automaten spielsaal vorhandenen und von Mitarbeitern der Spielbank bedienten Telecash-Geräten entnommen hatte. Jedenfalls bei derartigen Telecash-Abhebungen hätte für die zuständigen Mitarbeiter der Spielbank hinreichender Anlass bestanden zu kontrollieren, ob der Spieler zu den gesperrten Spielern zählte.

### *3. Bestehen einer generellen Kontrollpflicht auch bzgl. des Automatenspiels*

Der vorliegende Rechtsstreit betrifft ebenfalls Einsätze im Automaten spiel. Anders als bei der früheren Entscheidung waren die verspielten Beträge hier jedoch überwiegend nicht von einem im Spielsaal befindlichen und der Kontrolle der Mitarbeiter der Spielbank unterliegenden Telecash-Gerät, sondern per EC-Karte oder EURO-Card von außerhalb des Spielbereichs aufgestellten Bank-Geldautomaten abgehoben worden. Dementsprechend ist nunmehr die in dem früheren Urteil offen gelassene Rechtsfrage zu beantworten, ob auch beim Automaten spiel eine generelle Kontrollpflicht besteht, die den Zutritt von gesperrten Spielern verhindern soll. Diese Frage ist in Übereinstimmung mit beiden Vorinstanzen zu bejahen.

#### *a. Sinn und Zweck der Spielsperre ist der Schutz des Spielers vor sich selbst*

Wie der Senat im Urteil vom 15.12.2005 (BGHZ 165, 276, 280) ausgeführt hat, besteht der Sinn einer auf eigenen Antrag des Spielers verhängten Spielsperre im Schutz des Spielers vor sich selbst. Der Spieler will sich selbst mit Hilfe der Spielbank den für ihn als gefährträchtig erkannten Zugang verstellen. Dem liegt die kritische Selbsterkenntnis eines durch Spielsucht gefährdeten Spielers in einer Phase zugrunde, in der er zu einer solchen Einschränkung und Selbstbeurteilung fähig ist. Auf Seiten der Spielbank wird diese Einsicht des Spielers akzeptiert, indem sie erklärt, ihn vom Spiel auszuschließen und keine Spielverträge mehr abzuschließen. Die Spielbank geht mit der Annahme des Antrags eine vertragliche Bindung gegenüber dem Antragsteller ein, die auch und gerade dessen Vermögensinteresse schützt, ihn vor den aufgrund seiner Spielsucht zu befürchtenden wirtschaftlichen Schäden zu bewahren.

#### *b. Grundsatz gilt auch für das Automaten spiel*

Diese Grundsätze gelten nicht nur für das "Große Spiel", sondern in gleicher Weise auch für das hier zu beurteilende Automaten spiel. Dabei berücksichtigt der Senat auch, dass nach Angaben der Deutschen Hauptstelle gegen Suchtgefahren über 80 % der Spielsüchtigen am Automaten spielen und der Anteil des

"Kleinen Spiels" am Gesamtertrag der Spielbanken im Jahre 2002 immerhin 73,5 % betrug (Schimmel, NJW 2006, 958, 959). Dementsprechend ist es auch für den Bereich des Automaten spiels dringend geboten, die verhängte Spielsperre effektiv durchzusetzen, damit diese ihre Schutzfunktion entfalten kann.

#### *c. Schutzfunktion allein durch Schilder an den Saaleingängen verfehlt*

Dieser Verpflichtung ist die Bekl. hier objektiv nicht nachgekommen. Der bloße am Eingang der Automaten spielsäle angebrachte Hinweis, gesperrten Spielern sei der Zutritt verboten und diese hätten keinen Anspruch auf Auszahlung der Gewinne oder Ersatz der Verluste, war nicht geeignet, eine wirksame Schutzfunktion zu entfalten. Im Übrigen hat der Senat in BGHZ 165, 276 darauf hingewiesen, dass eine solche Aussage allenfalls als allgemeine Geschäftsbedingung rechtliche Verbindlichkeit erzeugen könnte. Als solche wäre sie aber wegen Verstoßes gegen § 9 AGBG (jetzt: § 307 I und II BGB) unwirksam, da sich die Bekl., wenn und soweit sie ihre Kardinalpflicht, die Einhaltung der Spielsperre zu überwachen, verletzt hat, nicht von ihrer Haftung freizeichnen kann.

#### *d. Keine Einschränkung der Kontrollpflicht durch das Betreten der Säle in Kenntnis der fehlenden Kontrollen*

Eine Einschränkung der Kontrollpflichten der Bekl. lässt sich auch nicht daraus herleiten, dass der Kl. - so die Behauptung der Bekl. - von Anfang an wusste, dass beim Betreten der Automaten säle keine Personenkontrollen stattfinden. Die Spielsperre wurde, wie die Revisionserwiderung zu Recht geltend macht, umfassend und einschränkungslos verhängt. Dass der Kl. die Bekl. bei Abschluss der Spielsperre konkludent von der Wahrnehmung ihrer Kardinalpflichten (teilweise) befreit haben könnte, ist nicht ersichtlich und von der Bekl. in den Tatsacheninstanzen so auch nicht behauptet worden.

#### *e. Kein anderes Ergebnis aufgrund der Spielordnung*

Zu Unrecht beruft sich die Bekl. darauf, dass nach der vom Innenminister des Landes Nordrhein Westfalen erlassenen Spielordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 19.06.1985 (Ministerialblatt NRW S. 970), zuletzt geändert durch Bekanntmachung vom 25.10.2001 (Ministerialblatt NRW S. 1391), eine Personenkontrolle lediglich für das Große Spiel angeordnet ist (§ 3 I 2 und 3), während die Spielbankleitung für den ausschließlichen Zutritt zu dem in gesonderten Räumen veranstalteten Automaten spiel von diesen Vorschriften absehen kann (Abs. 1 S. 4). Diese Regelung betrifft lediglich die der Bekl. vom Konzessionsgeber auferlegten öffentlich-rechtlichen Pflichten. Sie enthebt die Bekl. hingegen nicht derjenigen Schutzpflichten, die sich aus der Eingehung einer privatrechtlichen vertraglichen Bindung gegenüber dem einzel-



nen gesperrten Spieler ergeben.

*f. Überwachung der Automatenhalle war der Spielbank auch möglich und zumutbar*

Der Senat hat (aaO S. 280 f) hervorgehoben, die Überwachung müsse der Spielbank "möglich und zumutbar" sein. Anhaltspunkte dafür, dass dies hier nicht der Fall gewesen sein soll, sind nicht ersichtlich. Die Einführung genereller Ausweis- und Personenkontrollen unter gleichzeitigem Abgleich mit der Sperrdatei mag zwar mit zusätzlichem finanziellem Aufwand verbunden sein. Dieser Gesichtspunkt stand aber weder der Möglichkeit noch der Zumutbarkeit entgegen. Insbesondere ist nicht erkennbar, dass die Durchführung solcher Kontrollen den wirtschaftlichen Betrieb der Spielbank in nennenswerter Weise hätte beeinträchtigen können. Für die Zumutbarkeit einer umfassenden Ausweiskontrolle beim Zugang spricht auch, dass eine solche in den Spielbanken Österreichs und der Schweiz schon heute üblich ist (Schimmel aaO S. 960) und nach den unwidersprochen gebliebenen Angaben des Kl. mittlerweile in Bayern durch das dortige Innenministerium angeordnet worden ist und in Baden-Baden ebenfalls tatsächlich praktiziert wird.

*4. Kein § 254 BGB*

Die Bekl. kann dem Kl. auch nicht entgegenhalten, dieser habe durch den Zutritt zum Automatenpiel seinerseits gegen den Sperrvertrag verstoßen. Aus der Natur des Selbstsperrvertrages ergibt sich nämlich, dass die wegen Verletzung ihrer Kontrollpflichten haftbare Spielbank dem gesperrten Spieler dessen "einfaches" Fehlverhalten nicht haftungsmindernd (§ 254 BGB) entgegenhalten kann (Senatsurteil aaO S. 282 f). Denn der Sinn der Kontrollpflicht besteht gerade darin, ein derartiges "einfaches" Fehlverhalten zu verhindern. Die Frage, wie es beim Hinzutreten qualifizierender Umstände gewesen wäre - etwa wenn der gesperrte Spieler sich den Zugang unter Verwendung falscher Ausweispapiere erschlichen hätte (vgl. dazu Senatsurteil aaO S. 281) -, stellt sich hier nicht.

*5. Unvermeidbarer Rechtsirrtum der Bekl. bzgl. genereller Kontrollpflichten auch beim Automatenpiel*

Bei der Unterlassung allgemeiner Zugangskontrollen für das Automatenpiel hat sich die Bekl. jedoch zumindest während des hier in Rede stehenden Zeitraums (Januar 2000 bis August 2001) in einem entschuldigen Rechtsirrtum befunden. Sie durfte nach dem damaligen Stand der Rechtsprechung, insbesondere dem ebenfalls den Automatenpielbetrieb betreffenden Urteil des XI. Zivilsenats vom 31.10.1995 (BGHZ 131, 136), davon ausgehen, dass sie auch bei einer antragsgemäß verhängten Spielsperre keine Schutzpflichten habe, die auf Wahrnehmung der Vermögensinteressen ihrer Gäste gerichtet waren. Der XI. Zivilsenat hat dort ausgeführt, dem Betroffenen er-

wachsen aus einer auf Antrag oder auf ausdrücklichen Wunsch verhängten Spielsperre keinerlei Rechte. In einem solchen Fall nehme die Spielbank die Anrechnung, der grundsätzlich keine rechtsgeschäftliche Bedeutung zukomme, zum Anlass, eine Spielsperre zu erteilen, die sie ohne diesen Wunsch nicht ausgesprochen hätte. Die Spielbank mache lediglich wunschgemäß von ihrem Hausrecht Gebrauch und baue zur Motivation des Betroffenen strafbewehrte Hürden gegen dessen Verweilen in den Spielsälen auf. Sie übernehme keinerlei Pflicht zur Betreuung des Vermögens des Betroffenen und keinerlei Schadensersatzverpflichtung für den Fall, dass der Betroffene sich trotz Spielsperre Zugang zu den Spielsälen verschaffe und beim Spiel Verluste erleide, zumal es der Spielbank freistehe, jederzeit und ohne Grund die Spielsperre wieder aufzuheben. Aus dieser - inzwischen durch das Senatsurteil vom 15.12.2005 (aaO) überholten - Betrachtungsweise durfte die Bekl. folgern, dass ihr jedenfalls beim Kleinen Spiel gegenüber den gesperrten Spielern - insoweit auch in Einklang mit der Spielordnung - keine allgemeinen Kontrollpflichten oblagen, die über die deutlichen Hinweise darauf hinausgingen, dass gesperrten Spielern der Zutritt zum Spielsaal/Automatenspielsaal nicht gestattet sei und weder Ansprüche auf Auszahlung etwaiger Gewinne noch auf Rückerstattung von Spielverlusten beständen. Weitergehende Kontrollen waren nur bei besonderen hinzutretenden Umständen erforderlich, etwa wenn der betreffende Spieler sich die für die Einsätze notwendigen Geldbeträge aus den unmittelbar dem Einflussbereich der Spielbank unterliegenden Telecash-Geräten besorgte. Dies war hier jedoch zumindest weit überwiegend nicht der Fall. Zwar hat das BerGer. festgestellt, dass der Kl. auch zwei Telecash-Geräte der Bekl. benutzt hat. Der Senat vermag jedoch nicht festzustellen, welche Abhebungen diesen Automaten zuzuordnen sind. Die Zurückverweisung gibt dem Kl. Gelegenheit, insoweit ergänzend vorzutragen.

*6. Partielle Geschäftsunfähigkeit des Kl. gem. § 105 II BGB*

Eine abschließende klageabweisende Entscheidung ist dem Senat auch aus einem weiteren Grunde nicht möglich. Denn der Kl. hatte bereits in der Klageschrift vorgetragen und unter Beweis gestellt, dass bei ihm aufgrund einer Spielsüchterekrankung eine partielle Geschäftsunfähigkeit vorgelegen habe. Aufgrund seiner massiven Spielsüchterekrankung habe er sich in Betreuung einer Beratungsstelle für Glücksspielabhängige befunden; eine stationäre Rehabilitationsmaßnahme sei bewilligt worden. War der Kl. tatsächlich partiell geschäftsunfähig, so waren die abgeschlossenen Spielverträge nach § 105 II BGB nichtig. Dementsprechend kommt insoweit ein Anspruch des Kl. auf Rückzahlung der Spieleinsätze unter dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung in Betracht.

**Standort: Werkvertrag      Problem: Rückforderung von Vorauszahlungen; Beweislast**

BGH, URTEIL VOM 22.11.2007

VII ZR 130/06 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

**Problemdarstellung:**

Die Parteien schlossen im März 1999 einen schriftlichen Architektenvertrag, in dem sich der Kl. verpflichtete, Architektenleistungen für ein gewerblich genutztes Gebäude nebst Tiefgarage und Außenanlagen zu erbringen gegen Zahlung eines Pauschalhonorars in Höhe von 8 Mio. DM netto.

Nachdem der Kl. einen Teil der Leistungen erbracht hatte und die Bekl. gemäß der schriftlichen Vereinbarung Vorauszahlungen auf das Honorar in Höhe von ca. 7.800.000 DM geleistet hatte, einigten sich die Parteien im Sommer 2002 dahingehend, dass weitere Planungsleistungen von der R. GmbH übernommen werden sollten, deren Gesellschafter und Geschäftsführer der Kl. ist. Die Parteien schlossen eine schriftliche Vereinbarung, um die Verteilung des Honorars zwischen der R. GmbH und dem Kl. zu regeln. In der Vorbemerkung zu dieser Vereinbarung wurde geregelt, dass die von der R. GmbH zu erbringenden Leistungen bereits im Architektenvertrag mit dem Kl. enthalten und von der Bekl. bereits vorab vergütet worden seien.

Der Kl., der Gesellschafter der Bekl. war, veräußerte im Jahr 2003 seinen Geschäftsanteil. Nach dem Vertrag war eine Korrektur des Kaufpreises vorgesehen, die von der Höhe der Rückzahlungsansprüche der Bekl. gegen den Kl. abhängig war.

Das Landgericht hat die negative Feststellungsklage des Kl. abgewiesen und der Widerklage weitestgehend stattgegeben. Auf die Berufung des Kl. hat das Berufungsgericht unter Abänderung des landgerichtlichen Urteils festgestellt, dass die Bekl. über den Streitgegenstand der Widerklage hinaus keinen Anspruch gegen den Kl. auf Rückzahlung von Architektenhonorar hat. Die Widerklage, die die Bekl. nach Abtretung der Widerklageforderung mit der Maßgabe weiterverfolgt hat, dass Zahlung an die Zessionarin verlangt wird, hat es abgewiesen. Mit der vom Senat zugelassenen Revision erstrebt die Bekl. die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

**Prüfungsrelevanz:**

Der erkennende Senat beschäftigte sich in der vorliegenden Entscheidung mit der Frage, woraus der Besteller einem Architekten gegenüber einen Anspruch auf Rückzahlung zu viel geleisteter Vorschüsse verlangen kann. Diese Entscheidung ist sicherlich rein thematisch besonders gelagert. In Übereinstimmung mit den ersten Instanzen wäre an das Bereicherungsrecht insoweit zu denken, als dass dessen Wesen die

Abschöpfungsfunktion ausweislich des § 818 III BGB ist. Nach der Rechtsauffassung des erkennenden Senats kommt aber gerade das Bereicherungsrecht nicht als Anspruchgrundlage in Betracht. Diese Entscheidung wurde deshalb ausgewählt, um die Bedeutung der Darlegungs- und Beweislast anhand eines aktuellen Problemfalles einmal darzulegen.

Das Berufungsgericht vertrat die Rechtsauffassung, der Bekl. und Widerkl. obliege die Darlegungs- und Beweislast für den Rückzahlungsanspruch. Dies folge daraus, dass die Parteien im Rahmen der Vereinbarung vom 05.08.2002 einen dem Bereicherungsrecht vergleichbaren Anspruch begründet hätten. Daher liege die Darlegungs- und Beweislast bei demjenigen, der die Herausgabe verlange. Vorliegend sei des weiteren die Besonderheit zu beachten, dass die Parteien einen Architektenvertrag geschlossen hatten, in welchem auch eine Regelung getroffen wurde, inwieweit die Bekl. nach Beendigung des Vertrages Rückzahlung des Überschusses verlangen kann (vgl. Ziff. 2 der Vereinbarung vom 05.08.2002).

Verpflichtet sich in einem Bauvertrag der Auftraggeber dazu, dem Auftragnehmer Voraus- oder Abschlagszahlungen zu leisten, folgt daraus, dass der Auftragnehmer seine Leistungen nach Abnahme oder Beendigung des Vertrages abzurechnen und einen etwaigen Überschuss auszuzahlen hat (st. Rechtsprechung, vgl. z.B. BGH, BauR 2004, 1949). Der Auftraggeber kann in dem Fall, in dem der Auftragnehmer eine Abrechnung nicht vornimmt, eine Klage auf Auszahlung des Überschusses mit einer eigenen Abrechnung begründen. Ist der Vortrag des Auftraggebers substantiiert, obliegt es dem Auftragnehmer darzulegen, dass er zum Einbehalt der geleisteten Zahlungen berechtigt ist.

Der erkennende Senat betonte, dass diese Grundsätze entsprechend auch im Zusammenhang mit Architektenverträgen Geltung erhielten. Daran ändere auch der Umstand nichts, dass eine spezielle vertragliche Abrede genau die Rückzahlung betreffe. Daraus folgt nun, dass die Bekl. und Widerkl. sich darauf beschränken konnte, die durch die R.GmbH erbrachten Planungsleistungen zu bezeichnen, diese den durch den Kl. nicht erbrachten und doch vertraglich geschuldeten Leistungen zuzuordnen und den auf diese Leistungen entfallenden Honorarbetrag zu beziffern.

Durch die Verkennung der Beweislast war das Urteil in der Revision aufzuheben und an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

**Vertiefungshinweise:**

Werklohn nach Kündigung: BGH, RA 2006, 527 = NJW 2006, 2475

Abtretung der durch eine Bürgschaft gesicherten

Werklohnforderung: *BGH*, RA 2005, 651

Widerrufsrecht bei Werkvertrag: *BGH*, RA 2007, 317; *BGH*, RA 2006, 114 = *IBR* 2006, 126

**Kursprogramm:**

*Examenskurs*: "Die Sturm- und wetterfeste Aluminiumfassade"

*Examenskurs*: "Die neue Kanzlei"

*Assessorkurs*: "Der unfertige Golfplatz"

**Leitsatz:**

**Macht der Auftraggeber eines Architekten nach Beendigung des Vertrags unter Ausschöpfung der ihm zur Verfügung stehenden Quellen Überzahlung geleisteter Vorauszahlungen geltend, hat der Architekt darzulegen und zu beweisen, dass ihm eine Vergütung in Höhe der geleisteten Zahlungen endgültig zusteht. Der Auftraggeber hat einen vertraglichen Anspruch auf Auszahlung eines Überschusses (im Anschluss an *BGH*, Urteil vom 11.02.1999 - VII ZR 399/97, *BGHZ* 140, 365).**

**Sachverhalt:**

Die Bekl. fordert die Rückzahlung überzahlten Architektenhonorars. Der Kl. begehrt die Feststellung, dass der Bekl. über den von ihr geltend gemachten Anspruch hinaus kein Rückzahlungsanspruch mehr zusteht.

Die Parteien schlossen am 17.03.1999 einen schriftlichen Architektenvertrag, in dem sich der Kl. gegen Zahlung eines Pauschalhonorars von 8 Mio. DM netto verpflichtete, Architektenleistungen für ein Büro- und Verwaltungsgebäude mit Tiefgarage und Außenanlagen zu erbringen. Nachdem der Kl. einen Teil der Leistungen erbracht und die Bekl. entsprechend der vertraglichen Vereinbarung Vorauszahlungen auf das Honorar in Höhe von 7.773.424 DM geleistet hatte, vereinbarten die Parteien im Sommer 2002, dass weitere Planungsleistungen, insbesondere die Planung des Innenausbaus für die Mieterbereiche mit Ausnahme der vom Kl. bereits erbrachten Standardausbauplanung, von der R. GmbH übernommen werden sollten, deren Gesellschafter und Geschäftsführer der Kl. ist. Die Bekl. erteilte der R. GmbH einen selbständigen Auftrag über die noch auszuführenden Planungsarbeiten. Zur Vermeidung von Doppelzahlungen trafen die Parteien am 05.08.2002 eine schriftliche Vereinbarung, mit der die Verteilung des Honorars zwischen dem Kl. und der R. GmbH wie folgt geregelt wurde:

"( ... ) 2.

Soweit die der R. GmbH übertragenen Leistungen Architekten- und Ingenieurleistungen darstellen, die das Architekturbüro R. (Anm.: der Kl.) aufgrund des Vertrages vom 17.03.1999 zu erbringen hat, besteht Einigkeit, daß nur die R. GmbH die Vergütung erhält

und eventuelle Honorarzahungen für das Architekturbüro R. für identische Leistungen, die Herr R. aufgrund des Architektenvertrages v. 17.03.1999 schuldet, von Herrn R. an die EF II (Anm.: die Bekl.) zurückzuvorgüten sind."

In einer Vorbemerkung zu dieser Vereinbarung heißt es, es bestehe Einigkeit darüber, dass die von der R. GmbH zu erbringenden Leistungen bereits im Architektenvertrag mit dem Kl. enthalten und von der Bekl. vorab vergütet worden seien; die Planung für den Standardausbau habe der Kl. bereits erbracht.

[4] Der Kl., der Gesellschafter der Bekl. war, veräußerte im Jahr 2003 seinen Geschäftsanteil. Nach dem Vertrag war eine Korrektur des Kaufpreises vorgesehen, die von der Höhe der Rückzahlungsansprüche der Bekl. gegen den Kl. abhängig war.

Der Kl. hat im Hinblick darauf beantragt festzustellen, dass der Bekl. kein Rückforderungsanspruch wegen des an ihn gezahlten Honorars zustehe. Die Bekl. fordert mit der Widerklage die Rückerstattung eines Teils des bezahlten Honorars in Höhe von 505.624,11 €. In dieser Höhe leistete die Bekl. Honorarzahungen an die R. GmbH für die Planung des Innenausbaus der Mieterbereiche, die Ausbauplanung des Allgemeinbereichs sowie für Leistungen der R. GmbH im Rahmen der Mängelbeseitigung.

Das Landgericht hat die negative Feststellungsklage des Kl., die dieser nach Erhebung der Widerklage auf über die Widerklageforderung hinausgehende Rückzahlungsansprüche der Bekl. beschränkt hat, abgewiesen und der Widerklage bis auf einen geringfügigen Teilbetrag stattgegeben. Auf die Berufung des Kl. hat das Berufungsgericht unter Abänderung des landgerichtlichen Urteils festgestellt, dass die Bekl. über den Streitgegenstand der Widerklage hinaus keinen Anspruch gegen den Kl. auf Rückzahlung von Architektenhonorar hat. Die Widerklage, die die Bekl. nach Abtretung der Widerklageforderung mit der Maßgabe weiterverfolgt hat, dass Zahlung an die Zessionarin verlangt wird, hat es abgewiesen.

Mit der vom Senat zugelassenen Revision erstrebt die Bekl. die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

**Aus den Gründen:**

Die Revision des Bekl. führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

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

Das Berufungsgericht führt aus, die Widerklage sei unbegründet, der Feststellungsantrag dagegen begründet. Die Darlegungs- und Beweislast für den Rückzahlungsanspruch liege bei der Bekl.. Die Parteien hätten mit der Vereinbarung vom 05.08.2002 einen dem Bereicherungsrecht vergleichbaren Rückzahlungsanspruch der Bekl. geregelt. Die Darlegungs- und Be-

weislast liege bei demjenigen, der einen Anspruch auf Herausgabe der rechtsgrundlos erbrachten Leistung geltend mache. Die Voraussetzungen, die ein Abweichen von der grundsätzlichen Beweislastverteilung rechtfertigen könnten, seien nicht gegeben.

Die Vereinbarung der Parteien sei dahin auszulegen, dass der Bekl. ein Rückzahlungsanspruch hinsichtlich der geleisteten Vorauszahlungen zustehen solle, soweit der Kl. das Honorar nicht schon durch eine entsprechende Tätigkeit verdient habe. Zur Vermeidung von Doppelzahlungen habe der Kl. der Bekl. dasjenige Honorar zurückzuerstatten, das er für vertraglich geschuldete, aber noch nicht erbrachte Leistungen erhalten habe.

Trotz eines entsprechenden gerichtlichen Hinweises fehle es an schlüssigem Vortrag der Beklagten dazu, für welche nach dem ursprünglichen Vertrag geschuldeten und im Zeitpunkt der Vertragsübernahme durch die R. GmbH noch nicht erbrachten Leistungen der Kl. bereits eine Honorarzahlung erhalten habe. Im Hinblick auf die unterschiedlichen Vergütungsregelungen in den Verträgen mit dem Kl. und der R. GmbH könne die Bekl. vom Kl. nicht undifferenziert die Erstattung des an die R. GmbH gezahlten Honorars verlangen. Den Beweisangeboten der Bekl. sei nicht nachzugehen, weil es an konkretem Vorbringen fehle, das es erlauben würde, einem Sachverständigen die Berechnung der Honorarrückzahlung zu ermöglichen.

## II. Entscheidung des BGH in der Revision

Das hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

Das Berufungsgericht qualifiziert den Rückforderungsanspruch der Bekl. rechtsfehlerhaft als Bereicherungsanspruch und verkennt daher die Darlegungs- und Beweislastverteilung. Auf diesem Rechtsfehler beruhen sowohl der Klage- als auch der Widerklageanspruch.

### 1. Verknennung der Darlegungs- und Beweislast

Rechtsfehlerhaft nimmt das Berufungsgericht an, die Bekl. habe die Voraussetzungen eines auf die Rückerstattung überzahlter Vorauszahlungen gerichteten Anspruchs darzulegen und zu beweisen.

#### a. Keine Anwendbarkeit des Bereicherungsrechts auf den Rückzahlungsanspruch

Der mit der Widerklage geltend gemachte Anspruch ist auf Rückzahlung überzahlter Honorarvorauszahlungen nach vorzeitiger Beendigung des zwischen den Parteien geschlossenen Architektenvertrages gerichtet. Das Berufungsgericht legt die Vereinbarung der Parteien vom 05.08.2002 über die Verteilung des dem Kl. und der R. GmbH zustehenden Architektenhonorars, von der Revision unbeanstandet, dahin aus, dass der Kl. die erhaltenen Honorarzahlungen an die Bekl. zurückzuerstatten habe, die auf Leistungen entfallen, die Gegenstand des mit ihm geschlossenen Architekten-

vertrags gewesen, in der Folge jedoch von der R. GmbH erbracht worden sind. Nach den von der Revision nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts haben die Parteien den im Jahr 1999 geschlossenen Architektenvertrag einvernehmlich aufgehoben. Zwischen ihnen bestand Einigkeit darüber, dass die noch ausstehenden Planungsleistungen nicht vom Kl., sondern von der R. GmbH ausgeführt werden sollten.

Auf einen solchen Anspruch finden die Vorschriften des Bereicherungsrechts und die dort geltenden Darlegungs- und Beweislastgrundsätze keine Anwendung. Verpflichtet sich der Auftraggeber in einem Bauvertrag gegenüber dem Auftragnehmer zu Voraus- oder Abschlagszahlungen, ist dieser verpflichtet, seine Leistungen nach Abnahme oder Beendigung des Vertrages abzurechnen und einen etwaigen Überschuss an den Auftraggeber auszuzahlen (st. Rspr. vgl. BGH, Urteil vom 11.02.1999 - VII ZR 399/97, BGHZ 140, 365, 373; Urteil vom 24.01.2002 - VII ZR 196/00, BauR 2002, 938, 939 = ZfBR 2002, 473 = NZBau 2002, 329; Urteil vom 02.05.2002 - VII ZR 249/00, BauR 2002, 1407, 1408 = ZfBR 2002, 673 = NZBau 2002, 562; Urteil vom 30.09.2004 - VII ZR 187/03, BauR 2004, 1940, 1941 = ZfBR 2005, 63 = NZBau 2005, 41). Der Auftraggeber kann, wenn der Auftragnehmer eine Abrechnung nicht vornimmt, die Klage auf Zahlung des Überschusses mit einer eigenen Abrechnung begründen, aus der sich ergibt, in welcher Höhe der Auftraggeber Voraus- und Abschlagszahlungen geleistet hat und dass diesen Zahlungen eine entsprechende endgültige Vergütung des Auftragnehmers nicht gegenübersteht. Hat der Auftraggeber ausreichend vorgetragen, muss der Auftragnehmer darlegen und beweisen, dass er berechtigt ist, die Voraus- und Abschlagszahlungen endgültig zu behalten (vgl. BGH, Urteil vom 11.02.1999 - VII ZR 399/97, aaO, S. 375 f; Urteil vom 24.01.2002 - VII ZR 196/00, aaO, S. 940; Urteil vom 30.09.2004 - VII ZR 187/03, aaO). Diese Grundsätze gelten für einen auf Rückzahlung überzahlten Architektenhonorars gerichteten Anspruch entsprechend (vgl. Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 2. Aufl., 12. Teil, Rdn. 323; Budde in: Thode/Wirth/Kuffer, Praxishandbuch Architektenrecht, § 25 Rdn. 38). Der Umstand, dass die Parteien den Anspruch der Bekl. auf Rückzahlung überzahlten Honorars nach vorzeitiger Vertragsbeendigung vertraglich besonders geregelt haben, ändert nichts an der Rechtsnatur des Anspruchs.

#### b. Hinreichende Darlegung der anspruchsbegründenden Voraussetzungen gegeben

Die Bekl. hat die Voraussetzungen für den geltend gemachten Rückzahlungsanspruch hinreichend dargelegt.

Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts kann von der Bekl. nicht verlangt werden, auf der Grundlage der vertraglichen Pauschalpreisabrede den Honoraranteil

zu ermitteln, der auf die vom Kl. nicht erbrachten Leistungen entfällt. Der Auftraggeber kann sich zur Darlegung eines Rückzahlungsanspruchs wegen einer überzahlten Vergütung auf den Vortrag beschränken, der bei zumutbarer Ausschöpfung der ihm zur Verfügung stehenden Quellen seinem Kenntnisstand entspricht (vgl. BGH, Urteil vom 11.02.1999 - VII ZR 399/97, BGHZ 140, 365, 375; Urteil vom 24.01.2002 - VII ZR 196/00, BauR 2002, 938, 940 = ZfBR 2002, 473 = NZBau 2002, 329). Er ist nicht verpflichtet, selbst eine prüffähige Abrechnung zu erstellen (BGH, Urteil vom 11.02.1999 - VII ZR 399/97, aaO).

[20] Die Bekl. hat ihrer Darlegungslast dadurch genügt, dass sie die von der R. GmbH erbrachten Planungsleistungen bezeichnet, sie den vom Kl. nach dem Vertrag vom 17.03.1999 geschuldeten, jedoch nicht ausgeführten Leistungen zugeordnet und den auf diese Leistungen entfallenden Honorarbetrag beziffert hat. Ausweislich der Vorbemerkung zur Vereinbarung vom 05.08.2002 bestand zwischen den Parteien Einigkeit darüber, dass der Kl. Honorarzahungen für die von der R. GmbH zu übernehmenden Planungsleistungen, insbesondere bezüglich der Mieterausbauten und des Ausbaus des Konferenzentrums, bei Beendigung seiner Tätigkeit bereits erhalten hatte. Nach der Vereinbarung in § 5 des Architektenvertrages vom 17.03.1999 hatte der Kl. die Planung des Innenausbaus der Mieteinheiten ohne zusätzliche Vergütung vorzunehmen, soweit die hierdurch bedingten Mehrkosten 11 Mio. DM nicht überstiegen. Die Beklagte hat die von der R. GmbH geplanten Ausbaumaßnahmen im Ein-

zelnen bezeichnet und dargelegt, dass die ausbaubedingten Mehrkosten innerhalb des vertraglich vereinbarten Rahmens von 11 Mio. DM liegen. Sie hat das auf die nicht erbrachten, aber vergüteten Leistungen entfallende Honorar, mit dem der Kl. überzahlt sein soll, anschließend mit dem Betrag bewertet, den sie an die R. GmbH für diese Planungsleistungen gezahlt hat. Ob die Überzahlung nach dem Vertrag zutreffend berechnet ist, ist keine Frage der Darlegung, sondern der Begründetheit des Anspruchs. Es ist Aufgabe des Kl., unter Vorlage einer prüffähigen Abrechnung der von ihm erbrachten Leistungen darzulegen, dass ihm ein Honorar in Höhe der erhaltenen Vorauszahlungen endgültig zusteht.

## *2. Feststellungsklage ist aus den gleichen Gründen nicht begründet*

Die Erwägungen des Berufungsgerichts, mit denen es die Feststellungsklage für begründet hält, sind aus den vorstehenden Gründen ebenfalls nicht tragfähig. Die Bekl. hat hinreichend dargelegt, dass ihr ein weiterer Rückzahlungsanspruch zustehen kann. Sie hat mit der Widerklage lediglich einen Teil des an den Kl. überzahlten Honorars zurückgefordert und vorgetragen, dass ihr über den geforderten Betrag hinaus ein weiterer Rückzahlungsanspruch zustehen könne, weil die Mieterausbauten noch nicht vollständig abgeschlossen seien. Es ist auch insoweit Sache des Kl. darzulegen und zu beweisen, dass ihm eine Vergütung in Höhe der von der Bekl. geleisteten Honorarzahungen endgültig zusteht.

## **Standort: Gesellschaftsrecht**

## **Problem: Innenhaftung des Geschäftsführers**

BGH, BESCHLUSS VOM 26.11.2007  
II ZR 161/06 (ZIP 2008, 117)

### **Problemdarstellung:**

Eine GmbH begehrt von dem Geschäftsführer den Ersatz für zuviel gezahlte Bezüge nebst der zuviel gezahlten Lohnsteuer.

Der Geschäftsführer der GmbH hatte die Gesellschaft mit Hilfe seines Mitgeschäftsführers, der die Zahlungen abgezeichnet hatte, dazu veranlasst, über den in seinem Anstellungsvertrag festgelegten Höchstbetrag hinausgehende Zahlungen anzuweisen. Streitig ist diesbezüglich geblieben, ob der Mitgeschäftsführer dies - wie von Gesetzes wegen geboten - mit der Gesellschafterin und dem Aufsichtsrat abgestimmt hatte.

### **Prüfungsrelevanz:**

In der vorliegenden Entscheidung geht es um die Haftung des Geschäftsführers einer GmbH im Innenverhältnis zur Gesellschaft sowie um die Frage, ob der Anspruch auf Rückvergütung gleichfalls die Erstattung der abgeführten Lohnsteuer umfasst.

Die Geschäftsführer einer GmbH sind das notwendige Geschäftsführungs- und Vertretungsorgan der Gesellschaft. Die Aufgaben der Geschäftsführer sind insbesondere die gerichtliche und die außergerichtliche Vertretung der GmbH, § 35 I GmbHG, die geschäftsleitende Tätigkeit, sowie die Einberufung der Gesellschafterversammlung gem. § 49 GmbHG.

Im Verhältnis zur Gesellschaft haftet der Geschäftsführer für Pflichtverletzungen nach § 43 GmbHG. Steht der objektive Tatbestand einer im Verantwortungsbereich des Geschäftsführers liegenden Schädigung fest, so wird das Verschulden vermutet, so dass sich der Geschäftsführer exkulpieren muss (vgl. BGH, NJW 1986, 54; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 36 II, Ziff. 4). Die Haftung setzt zum einen die Tauglichkeit des Subjekts als bestellter oder faktischer Geschäftsführer und zum anderen eine schuldhaftige Pflichtverletzung voraus.

Das Berufungsgericht hatte die Schadensersatzpflicht des Geschäftsführers auf eine Verletzung einer Pflicht aus dem Anstellungsvertrag (§ 611 BGB) gem. § 280 I BGB begründet. Der erkennende Senat stellte heraus,

dass allein eine Haftung nach § 43 II GmbHG in Betracht komme. Die Haftung aus dem organschaftlichen Sonderrechtsverhältnis ist insoweit spezieller und sperrt die allgemeinen Haftungstatbestände (vgl. BGH, ZIP 1997, 199). Wenn ein Geschäftsführer seine Stellung zu seinen Gunsten und gegen die Interessen der Gesellschaft ausnutzt, folgt die Haftung aus dem GmbH-Recht direkt. Vorliegend tätigte der Geschäftsführer zwar nicht einen Griff in die Kasse, allerdings ist das Hinwirken auf eine ihm nach dem Anstellungsvertrag nicht zustehende Vergütung ein damit vergleichbarer Vorgang. Hinsichtlich der Darlegungs- und Beweislast ist zu bemerken, dass die GmbH diese nur insoweit trägt, als dass der Gesellschaft aufgrund des Verhaltens des Geschäftsführers durch eine Pflichtverletzung innerhalb von dessen Pflichtenkreis ein Schaden entstanden ist. Der Geschäftsführer hat darzulegen, dass er seinen Sorgfaltspflichten nachgekommen ist oder dass ihn kein Verschulden trifft (vgl. BGHZ 152, 280).

Neben dem Schadensersatz wegen der zu Unrecht erhaltenen Vergütung aus § 43 II GmbHG kann die Gesellschaft vom Geschäftsführer die auf die überzahlte Vergütung geleistete Lohnsteuer kondizieren gem. § 812 I 1, 1. Fall BGB. Der grds. lohnsteuerpflichtige Geschäftsführer wird ohne Rechtsgrund von einer Schuld befreit. Dazu gilt es zu beachten, dass der alleinige Steuerschuldner gem. § 38 II 1 EstG der Arbeitnehmer ist. Der Arbeitgeber ist gem. § 38 III 1 EstG verpflichtet, die Lohnsteuer auf Rechnung des Arbeitnehmers einzubehalten und abzuführen. Allerdings steht der Arbeitgeberin kein Erstattungsanspruch wegen rechtsgrundlos gezahlter Steuer zu; diesen Anspruch hat gem. § 37 II AO nur der Steuerpflichtige. Der Steuerpflichtige wird dadurch auch nicht unbillig belastet, immerhin verbleibt ihm im Grundsatz der Einwand der Entreicherung gem. § 818 III BGB, der allerdings des öfteren gem. §§ 819 I, 818 IV BGB ausgeschlossen sein wird. Diese steuerrechtlichen Aspekte können von Studenten, die den Schwerpunkt Steuerrecht nicht belegt haben, nicht erwartet werden. Allerdings ist durchaus denkbar, dass die Normen einer entsprechenden Klausur mit gesellschaftsrechtlichem Einschlag zur rechtlichen Beurteilung beigelegt werden. Jedoch ist die Entscheidung aufgrund von grundlegenden Ausführungen zur GmbH und zum Bereicherungsrecht lesenswert.

#### **Vertiefungshinweise:**

Zur Haftung des Geschäftsführers im Allgemeinen: *Pelz*, RNotz 2003, 415; *Lutter*, GmbHR 2000, 301; *Lohr*, NZG 2000, 1204; zur Darlegungslast: *BGH*, ZIP 2006, 805 = NZG 2006, 429

Zur Lohnsteuerhaftung des Geschäftsführers: *Rohlfing*, GmbHR 2006, 40; *Groß*, ZIP 2001, 945

Zu Drittbeziehungen bei der Leistungskondition:

*Lorenz*, JuS 2003, 729, 839

#### **Kursprogramm:**

*Examenskurs*: "Der betrunkene Kranführer"

*Examenskurs*: "Die G-GmbH"

#### **Leitsätze:**

**a. Der Anspruch der GmbH gegen ihren Geschäftsführer auf Rückzahlung einer nicht geschuldeten Vergütung umfasst auch die abgeführte Lohnsteuer.**

**b. Der Geschäftsführer haftet nach § 43 II GmbHG, wenn er darauf hinwirkt, sich eine ihm nach dem Anstellungsvertrag nicht zustehende Vergütung von der Gesellschaft anweisen zu lassen.**

#### **Aus den Gründen:**

Die Nichtzulassungsbeschwerde der Bekl. ist begründet und führt gemäß § 544 VII ZPO unter Aufhebung des angefochtenen Urteils, soweit die Anschlussberufung der Bekl. zurückgewiesen worden ist, zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

#### **1. Entscheidung und Begründung des BGH**

##### **a. Verletzung des Rechts auf rechtliches Gehör**

Das Berufungsgericht hat den Anspruch der Bekl. auf rechtliches Gehör in entscheidungserheblicher Weise verletzt, weil es den wesentlichen Kern ihres Vortrags zu einer für den Rechtsstreit zentralen Frage übergangen hat. Es hat angenommen, der Bekl. stehe gegen den Kl., ihren ehemaligen Geschäftsführer, kein Anspruch auf Ersatz der an das Finanzamt auf die überzahlte Dienstvergütung abgeführten Lohnsteuer zu, weil zugunsten des Kl. unklar geblieben sei, warum die Bekl. im Jahre 2002 dem Kl. über den vereinbarten Höchstbetrag hinaus Zahlungen angewiesen hat. Der Grund für die Zahlung ist allenfalls deswegen unklar geblieben, weil das Berufungsgericht den Vortrag der Parteien dazu übergangen und den angebotenen Beweis nicht erhoben hat. Die unberechtigte Auszahlung wurde vom Kl. angewiesen und von seinem Mitgeschäftsführer abgezeichnet, wie das Berufungsgericht selbst feststellt. Der Kl. hat unter Beweisantritt weiter vorgetragen, der Mitgeschäftsführer habe dies - wie gesetzlich geboten - mit der Gesellschafterin und dem Aufsichtsrat abgestimmt, die Bekl. hat diesen Vortrag ausdrücklich bestritten.

Der übergangene Vortrag ist entscheidungserheblich. Der Kl. schuldet der Bekl. Schadensersatz, wenn die Gesellschafterin bzw. der Aufsichtsrat der Auszahlung nicht zugestimmt haben. Geschäftsführer, die ihre Pflichten verletzen, haften der Gesellschaft für den entstandenen Schaden nach § 43 II GmbHG, nicht, wie das Berufungsgericht fehlerhaft meint, wegen einer Verletzung der Pflichten ihres Anstellungsvertrags

nach § 280 I BGB (Sen.Urt. v. 09.12.1996 - II ZR 240/95, ZIP 1997, 199). Der Geschäftsführer darf seine Stellung nicht zu seinen eigenen Gunsten und gegen die Interessen der Gesellschaft ausnutzen. Diese Pflicht verletzt er nicht nur bei einem unmittelbaren "Griff in die Kasse", sondern auch dann, wenn er darauf hinwirkt, sich eine ihm nach dem Anstellungsvertrag nicht zustehende Vergütung von der Gesellschaft anweisen zu lassen. Das Berufungsgericht hat festgestellt, dass dem Kl. die angewiesene Vergütung aufgrund des schriftlich abgeschlossenen Geschäftsführerdienstvertrags nicht zustand. Einen Anspruch auf eine Vergütung über die Festlegungen im schriftlichen Geschäftsführerdienstvertrag hinaus hatte der Kl. nur, wenn dieser Vertrag abgeändert wurde. Das zur Abänderung des Geschäftsführeranstellungsvertrags befugte Organ der Bekl. ist nach der ständigen Rechtsprechung des Senats die Gesellschafterversammlung (Sen.Urt. v. 25.03.1991 - II ZR 169/90, ZIP 1991, 580) - sog. "Annexkompetenz" zu § 46 Nr. 5 GmbHG, sofern die Satzung der Bekl. diese Aufgabe nicht einem Aufsichtsrat übertragen hat. Dass der Mitgeschäftsführer des Kl. die Anweisung zur Auszahlung der Vergütung abgezeichnet hat, entlastet den Kl. nicht. Ein Geschäftsführer kann sich nicht auf das Mitverschulden eines weiteren Geschäftsführers berufen. Im Verhältnis zur Gesellschaft bilden die Mitgeschäftsführer eine Haftungsgemeinschaft und haften gesamtschuldnerisch (Sen.Urt. v. 14.03.1983 - II ZR 103/82, ZIP 1983, 824). Der Bekl. ist schließlich ein Schaden entstanden. Sie musste auf eine überhöhte Vergütung des Kl. Lohnsteuer abführen, die ihr vom Staat nicht erstattet wird.

#### *b. Verkennung der Darlegung- und Beweislast*

[4] Das Berufungsgericht hat darüber hinaus die Darlegungs- und Beweislast verkannt, weil es die Abweisung der Widerklage darauf gestützt hat, dass die vermeintliche Unaufklärbarkeit, warum die Bekl. dem Kl. über den vereinbarten Höchstbetrag hinaus Zahlungen angewiesen habe, zugunsten des Kl. wirke. Die GmbH trifft die Darlegungs- und Beweislast nur dafür, dass und inwieweit ihr durch ein Verhalten des Geschäftsführers in dessen Pflichtenkreis ein Schaden erwachsen ist, während der Geschäftsführer darzulegen und erforderlichenfalls zu beweisen hat, dass er seinen Sorgfaltspflichten nachgekommen ist, dass ihn kein Verschulden trifft oder dass der Schaden auch bei pflichtgemäßem Alternativverhalten eingetreten wäre (BGHZ 152, 280, 284).

#### *c. Zurückverweisung an das BerGer.*

[5] Die Sache ist an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Der Senat kann nicht in der Sache selbst entscheiden, weil noch weitere Feststellungen zu treffen sind. Der Kl. hat unter Beweisantritt behauptet, sein Mitgeschäftsführer habe sowohl die Gesellschaf-

tersammlung als auch den Aufsichtsrat informiert und die Auszahlung "absegnen" lassen, und hat die Berechnung der Bekl. über die Höhe der auf die Überzahlung angefallenen, zu Unrecht abgeführten Lohnsteuer bestritten.

#### *2. Hinweis für das weitere Verfahren*

Für das weitere Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin:

##### *a. Einholung des Gesellschafterbeschlusses ist erforderlich, aber nachholbar*

Als sachliche Klagevoraussetzung für die Widerklage gegen den ehemaligen Geschäftsführer ist nach § 46 Nr. 8 GmbHG ein Gesellschafterbeschluss erforderlich (vgl. BGHZ 28, 355, 359; 97, 382, 389). Die Bekl. hat bisher nicht vorgetragen, dass er gefasst ist. Vorsorglich ist darauf hinzuweisen, dass er nachgeholt werden kann (vgl. Sen.Urt. v. 03.05.1999 - II ZR 119/98, ZIP 1999, 1001).

##### *b. Vertretung der Bekl. durch den Aufsichtsrat gem. § 52 I GmbHG; § 112 AktG*

Sofern die Bekl. einen Aufsichtsrat hat, wird sie im Prozess mit ihrem ehemaligen Geschäftsführer gemäß §§ 52 I GmbHG, 112 AktG durch den Aufsichtsrat und nicht durch die Geschäftsführer vertreten. Das ist - sofern der Aufsichtsrat nicht nach dem Mitbestimmungsgesetz gebildet werden musste (BGHZ 89, 48, 50) - nur dann anders, wenn etwas anderes in der Satzung geregelt oder von der Gesellschafterversammlung beschlossen worden ist (Sen.Beschl. v. 23.04.2007 - II ZR 149/06, DStR 2007, 1358). Es bestehen Anhaltspunkte dafür, dass die Bekl. einen Aufsichtsrat besitzt, weil die letzten mit dem Kl. abgeschlossenen Geschäftsführerdienstverträge von einem Aufsichtsrat unterschrieben sind.

##### *c. Anspruch auf Rückzahlung der Lohnsteuer gem. § 812 I BGB besteht grundsätzlich*

Das Berufungsgericht hat außerdem verkannt, dass die Bekl. vom Kl. nach § 812 I BGB Zahlung der auf die überzahlte Vergütung geleisteten Lohnsteuer verlangen kann. Der Anspruch auf die Rückzahlung einer nicht geschuldeten Dienstvergütung umfasst auch die abgeführte Lohnsteuer (ebenso BVerwGE 25, 97, 99 für Beamtenbezüge; BAG AP Nr. 24 zu §§ 22, 23 BAT für tarifvertragliche Rückzahlungsansprüche; LAG Köln NZA-RR 1996, 161; MünchKommBGB/Müller-Glöße 4. Aufl. § 611 Rdn. 866; Preis in Erfurter Kommentar 8. Aufl. § 611 BGB Rdn. 416; Hanau in MünchHdbArbR 2. Aufl. § 76 Rdn. 5; Palandt/Weidenkaff, BGB 66. Aufl. § 611 Rdn. 68; offen gelassen bei Edenfeld in Erman, BGB 11. Aufl. § 611 Rdn. 418; a.A. Volker Groß, ZIP 1987, 5, 10, 18; Künzl in KasselerHdbArbR 2. Aufl. Kap. 2.1 Rdn. 611). Im Falle einer Überzahlung der Vergütung hat

die Bekl. einen Bereicherungsanspruch gegen den Kl., weil dieser von seiner Lohnsteuerschuld befreit wurde. Bei der Bezahlung einer fremden Schuld vollzieht sich der Bereicherungsausgleich im Verhältnis zwischen Leistendem und Schuldner, wenn die Schuld tatsächlich besteht und im Verhältnis zwischen Leistendem und Schuldner ein Rechtsgrund für die Leistung fehlt. Der Schuldner hat dann rechtsgrundlos die Befreiung von seiner Schuld erlangt.

Die Bekl. zahlte die Lohnsteuer für eine bestehende Steuerschuld des Kl.. Der Kl. war als Arbeitnehmer im steuerrechtlichen Sinn nach § 38 II 1 EStG alleiniger Steuerschuldner. Der Arbeitgeber ist öffentlich-rechtlich nach § 38 III 1 EStG lediglich verpflichtet, die Lohnsteuer auf Rechnung des Arbeitnehmers einzubehalten und abzuführen. Dadurch wird er nicht Steuerschuldner. Mit der Abführung der Lohnsteuer erbringt der Arbeitgeber eine Leistung an den Arbeitnehmer. Er erfüllt damit seine gegenüber dem Arbeitnehmer bestehende Pflicht zur Bruttogehaltszahlung. Soweit der Arbeitnehmer keine Vergütungsforderung hat, fehlt im Verhältnis von Arbeitgeber und Arbeitnehmer der Rechtsgrund für die Zahlung des Bruttogehalts und damit auch des auf die Lohnsteuer entfallenden Anteils. Die Lohnsteuerschuld des Arbeitnehmers besteht dagegen auch, wenn die Vergütungszahlung nach dem Dienstvertrag nicht begründet ist. Die Annahme, es fehle in diesem Fall eine Schuld des Arbeitnehmers gegenüber dem Finanzamt und eine wirksame Anwei-

sung zur Zahlung durch den Steuerschuldner (Volker Groß, ZIP 1987, 5, 10), widerspricht dem auch im Lohnsteuerrecht herrschenden Zuflussprinzip. Die Lohnsteuer entsteht in dem Zeitpunkt, in dem der Arbeitslohn dem Arbeitnehmer zufließt, § 38 II 2 EStG. Der Arbeitgeber kann außerdem, selbst wenn die Steuer rechtsgrundlos bezahlt worden wäre, keine Erstattung vom Finanzamt erlangen. Nach § 37 II AO steht bei einer rechtsgrundlos gezahlten Steuer der Erstattungsanspruch nur demjenigen zu, auf dessen Rechnung gezahlt wurde. Das ist der Arbeitnehmer, weil die Lohnsteuer auf seine Rechnung einbehalten und abgeführt wird, § 38 III 1 EStG.

Der Arbeitnehmer wird dadurch nicht unbillig belastet. Wenn er die überzahlte Vergütung einschließlich der abgeführten Lohnsteuer zurückzahlen muss, mindert dies sein Einkommen und dadurch die Lohn- oder Einkommensteuer. Wenn kein ausreichender Ausgleich mit einer Steuerschuld möglich ist, etwa nach Aufgabe der Tätigkeit oder bei einer Verminderung des Einkommens, kann der Arbeitnehmer verbleibende Steuernachteile unter den Voraussetzungen des § 818 III BGB vom Rückzahlungsanspruch des Arbeitgebers abziehen (vgl. BVerwGE 25, 97, 103; BAG, Urt. v. 12.01.1994 - 5 AZR 597/92, ZIP 1994, 726), sofern ihm der Entreicherungsseinwand nicht nach §§ 819 I, 818 IV BGB abgeschnitten ist, weil er die Überzahlung kannte.

## Standort: ZPO I

## Problem: Schiedsvereinbarung/AGB

BGH, URTEIL VOM 25.01.2007  
VII ZR 105/06 (NJW-RR 2007, 1719)

### **Problemdarstellung:**

Die Parteien streiten über eine Werklohnforderung. Im Kern geht es um die Zulässigkeit der Klage.

Die Bekl. ist der Auffassung, die Klage sei unzulässig, weil die Parteien die Zuständigkeit eines Schiedsgerichts vereinbart hätten.

Die Parteien hatten am 28.03.2000 ein Verhandlungsprotokoll unterzeichnet, in dem unter anderem eine Klausel enthalten war, nach der die dort abgedruckten Vertragsbestandteile insoweit eine Rangfolge aufweisen, als der jeweils vorhergehende Regelungsbestand Vorrang gegenüber dem nachfolgenden haben solle. Unter b. wurde das Verhandlungsprotokoll nebst Anlagen, unter c. die Geschäftsbedingungen FLB und unter h. die Allgemeinen Vertragsbedingungen (AVB) benannt. Die AVB waren dem Protokoll auch beigelegt. In den AVB wurde geregelt, dass unter Ausschluss des ordentlichen Rechtsweges Streitigkeiten durch ein Schiedsgericht beurteilt werden sollten. Die Kl. bestätigte unter dem 31.03.2000 den Auftrag und wies darauf hin, dass bei allen Verträgen die FLB zu-

grunde zu legen seien. Auch die FLB enthalten eine Gerichtsstandsvereinbarung. Dort ist geregelt, dass Gerichtsstand für alle Streitigkeiten aus dem Vertrag und über seine Wirksamkeit das für den Sitz des Lieferers zuständige Gericht sein solle. Die Bekl. hat dieses Schreiben gegengezeichnet.

Die Kl. erhob Zahlungsklage vor dem nach dem Sitz des Lieferers zuständigen Gericht.

Das LG hat die Klage im Hinblick auf die Schiedsvereinbarung in den Vertragsbedingungen für Nachunternehmer als unzulässig abgewiesen. Die Berufung (vgl. NJOZ 2006, 2044) und die Revision sind erfolglos geblieben.

### **Prüfungsrelevanz:**

Die vorliegende Entscheidung beschäftigt sich mit einem klassischen Problem aus dem BGB AT bzw. Schuldrecht AT - Bereich, allerdings vor einem prozessualen Hintergrund. Es geht um die Frage der wirksamen Einbeziehung von AGB und den Zeitpunkt des Vertragsschlusses. Inhalt der streitigen Klausel war die Bestimmung, dass im Falle von Rechtsstreitigkeiten die ordentliche Gerichtsbarkeit nicht zuständig sein solle, sondern die Schiedsgerichtsbarkeit angerufen



werden solle.

Gleichwohl machte die Kl. das Verfahren vor der ordentlichen Gerichtsbarkeit anhängig und verlor in allen Instanzen. Gem. § 1029 I ZPO ist eine Schiedsvereinbarung dann gegeben, wenn einzelne oder alle Streitigkeiten, die zwischen den Parteien in Bezug auf ein bestimmtes Rechtsverhältnis vertraglicher oder nichtvertraglicher Art entstanden sind oder künftig entstehen, der Entscheidung durch ein Schiedsgericht unterstehen. Grundsätzlich kommt auch eine verklausulierte Vereinbarung wie im vorliegenden Fall gem. § 1029 II ZPO in Betracht. Sinn und Zweck einer Schiedsabrede gem. der §§ 1025 ff ZPO ist derjenige, dass Entscheidungen privater Dritter ermöglicht werden, die von staatlichen Gerichten nicht, oder jedenfalls nur eingeschränkt nachprüfbar sind (Zöller-Geimer, Vor § 1025 ZPO). Schiedsfähig ist jeder vermögensrechtliche Anspruch gem. § 1030 I 1 ZPO, so dass auch im Hinblick auf die Werklohnforderung hier keine Zweifel bestanden. Eine Schiedsvereinbarung ist zudem formgebunden. Gem. § 1031 I ZPO muss die Vereinbarung in einem von den Parteien unterschriebenen Schriftstück oder in zwischen ihnen gewechselten Schriftstücken enthalten sein. Auch daran bestand hier keine Zweifel. Die Schriftform war unproblematisch gewahrt.

Problematisch war hier, dass es - jedenfalls vordergründig - einander widersprechende Vereinbarungen zwischen den Parteien gab. Die Probleme klärten sich dadurch, dass bereits die Auslegung der Klauseln gem. §§ 133 157 BGB ergab, dass keine Widersprüchlichkeit bestand. Zwar ist eine Gerichtsstandsvereinbarung gegeben, diese ist jedoch nicht als abschließend zu verstehen, so dass daneben durchaus eine Schiedsvereinbarung gegeben sein kann.

Da diese auch wirksam war, hatte die Klage in allen Instanzen mangels funktioneller Zuständigkeit der ordentlichen Gerichtsbarkeit auch keine Aussicht auf Erfolg.

#### **Vertiefungshinweise:**

- Zur Entwicklung des Rechts der Schiedsgerichtsbarkeit 2005/2006: *Kröll*, NJW 2007, 743.
- Zu Allgemeinen Geschäftsbedingungen: *BGH*, RA 2007, 396

#### **Kursprogramm:**

- Examenskurs*: "Keine Lust zu Schönheitsreparaturen"

#### **Leitsatz:**

**Eine Klausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Vertragspartners, nach der Gerichtsstand für alle Streitigkeiten aus dem Vertrag und über seine Wirksamkeit das für den Sitz des Vertragspartners**

**zuständige Gericht ist, ist nicht dahin auszulegen, dass ausschließlich das staatliche Gericht zuständig ist und die Vereinbarung eines Schiedsgerichts in nachrangig geltenden Allgemeinen Geschäftsbedingungen des anderen Vertragspartners ausgeschlossen ist.**

#### **Sachverhalt:**

Die Kl. verlangt Vergütung von Leistungen, die die Bekl. anlässlich der Verbreiterung und Instandsetzung einer Strombrücke in Auftrag gab. Die Bekl. ist der Auffassung, die Klage sei unzulässig, weil die Parteien die Zuständigkeit eines Schiedsgerichts vereinbart hätten. Die Parteien, die Kl. vertreten durch ihren Fachbauleiter K, unterzeichneten am 28.03.2000 ein Verhandlungsprotokoll.

Dieses enthält unter anderem folgende Regelungen: 20. Vertragsbestandteile. Bei Auftragserteilung sind Vertragsbestandteile in nachfolgender Reihenfolge, wobei jeweils das Vorhergehende Vorrang gegenüber dem Nachfolgenden hat:

- a. das Auftragschreiben
- b. dieses Verhandlungsprotokoll mit Anlagen
- c. die Geschäftsbedingungen FLB
- h. die Allgemeinen Vertragsbedingungen (AVB) für Nachunternehmer der Bauunternehmung K S
21. Gerichtsstand. „S.S. ...

Die dem Verhandlungsprotokoll beigefügten AVB für Nachunternehmer regeln unter Nr. 9. Alle Streitigkeiten aus diesem Vertrag werden unter Ausschluss des ordentlichen Rechtswegs durch ein Schiedsgericht nach der Schiedsgerichtsordnung der Wirtschaftsvereinigung Bauindustrie e.V., N. -W in D. n der jeweils gültigen Fassung entschieden. Gerichtsstand ist der Sitz der Firma des HU.

Die Kl. bestätigte mit Schreiben vom 31.03.2000 den Auftrag und wies darauf hin, dass sie verpflichtet sei, bei allen Verträgen die Geschäftsbedingungen der Mitgliedsfirmen des Konditionenkartells „Fahrübergänge und Lager für Brückenbau (FLB)“ zu Grunde zu legen. Sie bat um Rückgabe einer unterschriebenen Zweitschrift, mit der die Bekl. der Gültigkeit dieser Bedingungen zustimme. Solange die unterschriebene Zweitschrift nicht vorliege, könne mit der Auftragsbearbeitung nicht begonnen werden. Die Bekl. hat dieses Schreiben gegengezeichnet. Die Geschäftsbedingungen der Mitgliedsfirmen des Konditionenkartells „Fahrübergänge und Lager für Brückenbau (FLB)“ (künftig: FLB-Bedingungen) enthalten folgende Regelung:

I. Anwendbarkeit.

(...) Entgegenstehende Einkaufsbedingungen des Bestellers sind hiermit ausdrücklich ausgeschlossen.

X. Gerichtsstand

Gerichtsstand für alle Streitigkeiten aus diesem Vertrag und über seine Wirksamkeit ist das für den Sitz des Lieferers zuständige Gericht.

Das LG hat die Klage im Hinblick auf die Schiedsvereinbarung in den Vertragsbedingungen für Nachunternehmer als unzulässig abgewiesen. Berufung (NJOZ 2006, 2044) und Revision sind erfolglos geblieben.

### **Aus den Gründen:**

#### *I. Anwendbares Recht*

[8] Das für das Schuldverhältnis maßgebliche Recht richtet sich nach den bis zum 31.12.2001 geltenden Gesetzen (Art. 229 § 5 S. 1 EGBGB).

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

[9] Das BerGer. lässt offen, ob ein Vertrag zwischen den Parteien am 28.03.2000 oder mit der Unterzeichnung des Schreibens vom 31.03.2000 durch die Bekl. zu Stande gekommen sei. In beiden Fällen beanspruche die Schiedsvereinbarung in den AVB für Nachunternehmer Geltung. (Von einer Wiedergabe der weiteren Begründung des BerGer. wurde abgesehen.)

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

[15] Die Parteien haben eine wirksame Schiedsvereinbarung geschlossen, wonach sie sich für die der Klage zu Grunde liegende Streitigkeit der Entscheidung durch ein Schiedsgericht unterworfen und den Rechtsweg zu den staatlichen Gerichten ausgeschlossen haben, § 1029 ZPO. Die Klage ist deshalb auf die vor Beginn der mündlichen Verhandlung erfolgte Rüge der Bekl. als unzulässig abzuweisen, § 1032 ZPO.

#### *I. Schiedsvereinbarung ist Vertragsbedingung*

[16] Die Revision ist der Auffassung, der Vertrag sei zu Stande gekommen, nachdem die Bekl. das Schreiben der Kl. vom 31.03.2000 unterschrieben habe. Sie meint, in diesem Fall sei die Schiedsvereinbarung in den Vertragsbedingungen für Nachunternehmer nicht Vertragsinhalt. Das trifft nicht zu.

#### *a. Vereinbarung „21. Gerichtsstand S.S.“ ist Individualvereinbarung*

[17] Unbegründet ist die Rüge, das BerGer. habe verkannt, dass die FLB-Bedingungen nach dem Inhalt des Schreibens vom 31.03.2000 vorrangig vor den AVB für Nachunternehmer und anderen Bedingungen des Vertrags gelten sollten. Das BerGer. geht ausdrücklich davon aus, dass die FLB-Bedingungen vorrangig vor den AVB für Nachunternehmer vereinbart sind. Die Vereinbarung „21. Gerichtsstand S.S.“ wertet das BerGer. als Individualvereinbarung. Diese gilt vorrangig vor den AVB der Parteien, § 4 AGBG. Davon geht im Übrigen auch die Kl. aus.

#### *b. Kein Ausschluss einer formularmäßigen Schiedsvereinbarung durch I. und X. der FLB*

[18] Nr. I und X der FLB-Bedingungen schließen eine formularmäßige Schiedsvereinbarung in AGB des

Vertragspartners nicht aus. Das hat das BerGer. im Ergebnis zutreffend entschieden.

#### *aa. X. der FLB enthält die Zuständigkeitsregelung für das staatliche Gericht*

[19] Allerdings kann dem BerGer. nicht darin gefolgt werden, Nr.X. regle auch den Fall, dass ein Schiedsgericht vereinbart ist. Die mit „Gerichtsstand“ überschriebene Nr.X. der FLB-Bedingungen regelt die örtliche Zuständigkeit eines staatlichen Gerichts (vgl. BGH, Beschl. v. 26.06.1986 - III ZR 200/85 [unveröff.], zit. nach juris). Das ergibt sich daraus, dass sich der Gerichtsstand nach dem „für den Sitz“ des Lieferers zuständigen Gericht bestimmt. Damit wird ersichtlich ohne Rücksicht auf die Besonderheiten des jeweils abzuschließenden Vertrags auf die nur für staatliche Gerichte geltenden Zuständigkeitsregelungen der ZPO Bezug genommen. Danach ist das Gericht zuständig, bei dem eine Person ihren allgemeinen Gerichtsstand hat, § 12 ZPO. Allgemeine Gerichtsstände werden unter anderem nach dem Wohnsitz einer Person, § 13 ZPO, dem Verwaltungssitz, § 17 II ZPO, oder dem Sitz der Niederlassung, § 21 I ZPO, bestimmt. Die Gerichtsstandsbestimmung nach dem Sitz des Lieferers kann sich hingegen nicht auf den Fall beziehen, dass ein Schiedsgericht vereinbart ist. Dies würde voraussetzen, dass es allgemein für den Sitz des Lieferers zuständige Schiedsgerichte gibt. Das ist nicht der Fall. Nicht ausgeschlossen ist es allerdings, eine Gerichtsstandsvereinbarung bei der Bestimmung des Orts des schiedsrichterlichen Verfahrens zu berücksichtigen, vgl. § 1043 I 2 ZPO.

#### *bb. X. der FLB enthält nach Sinn und Zweck keine ausschließliche funktionelle Zuständigkeit der staatlichen Gerichte*

[20] Dem BerGer. ist jedoch darin zu folgen, dass sich aus Nr.X der FLB-Bedingungen keine ausschließliche funktionelle Zuständigkeit der staatlichen Gerichte ergibt. Der Regelung kann nicht entnommen werden, dass mit ihr die Vereinbarung eines Schiedsgerichts ausgeschlossen ist. Mit der Zulässigkeit einer Schiedsvereinbarung beschäftigt sich die Klausel weder ausdrücklich noch konkludent. Die Vereinbarung eines Gerichtsstands bedeutet entgegen der Auffassung der Kl. nicht denotwendig, dass die staatlichen Gerichte für alle Streitigkeiten zuständig sein müssen und damit Schiedsvereinbarungen ausgeschlossen sind. Die Vereinbarung ergibt vielmehr auch dann einen Sinn, wenn sie lediglich für den Fall gelten soll, dass die staatlichen Gerichte zuständig sind. So ist die Klausel zu verstehen (vgl. BGH, Beschl. vom 26.06.1986 - III ZR 200/85 [unveröff.]). Ein möglicher Wille, Schiedsvereinbarungen auszuschließen, hätte in der Klausel zum Ausdruck kommen müssen. Ein solcher Wille lässt sich entgegen der Auffassung der Revision nicht daraus ableiten, dass Schiedsgerichte nur ausnahmsweise

vereinbart werden und die Zuständigkeit der staatlichen Gerichte den Regelfall bildet. Die Klausel schließt es nicht aus, auch in AGB des Vertragspartners den Ausnahmefall zu vereinbaren und damit der Klausel weitgehend den Anwendungsbereich zu entziehen. Ein geringer Anwendungsbereich verbleibt im Übrigen gem. § 1033 ZPO auch bei Vereinbarung eines Schiedsgerichts (vgl. OLG Brandenburg, NJOZ 2002, 1509 = BauR 2002, 1890 [1891]). Anwendbar ist die Gerichtsstandsklausel auch, wenn die Einrede der Schiedsabrede nicht erhoben wird. Etwaige Unklarheiten der FLB-Bedingungen gingen ohnehin zu Lasten der Kl., § 5 AGBG. Denn sie ist Verwenderin dieser Geschäftsbedingungen.

*c. Individualabrede enthält lediglich eine Regelung zur örtlichen Zuständigkeit*

[21] Ohne Erfolg bleibt auch der Einwand der Revision, mit der im Verhandlungsprotokoll enthaltenen individuellen Abrede „Gerichtsstand: S.S.“ hätten die Parteien zum Ausdruck gebracht, dass ein Schiedsgericht ausgeschlossen ist. Die Auslegung dieser Individualabrede unterliegt lediglich einer beschränkten Kontrolle durch das RevGer., ob gegen Auslegungsgrundsätze, Denkgesetze oder Erfahrungssätze verstoßen worden ist oder gesetzliche Vorschriften nicht beachtet worden sind. Es ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, dass das BerGer. in der Abrede nur die Regelung einer örtlichen Zuständigkeit gesehen hat, mit der die formularmäßige Vereinbarung eines Schiedsgerichts nicht ausgeschlossen wird. Selbst wenn die Vereinbarung in der Erwartung geschlossen sein mag, dass staatliche Gerichte zuständig sind, regelt sie nicht die ausschließliche Zuständigkeit dieser Gerichte. Sie schließt damit auch nicht aus, dass die Parteien in ihren Geschäftsbedingungen die Zuständigkeit eines Schiedsgerichts vereinbaren.

*d. Schiedsgerichtsvereinbarung ist auch formwirksam gem. § 1031 III ZPO*

[22] Die Schiedsvereinbarung ist formwirksam, § 1031 ZPO. Ob im Hinblick auf die Unterschrift des Vertreters der Kl. unter die Vertragsbedingungen für Nachunternehmer die Voraussetzungen des § 1031 II ZPO erfüllt sind, kann dahinstehen. Es liegen jedenfalls die Voraussetzungen des § 1031 III ZPO vor.

*aa. Vertragsschluss bereits am 28.03.2000 erfolgt*

[23] Das gilt zunächst für den vom BerGer. offenen Fall, dass der Vertrag am 28.03.2000 zu Stande gekommen ist und durch das Verhandlungsprotokoll dokumentiert wird. In dem von beiden Seiten unterschriebenen Verhandlungsprotokoll wird auf die Schiedsvereinbarung Bezug genommen. Die Bezug-

nahme ist dergestalt, dass sie die in den AVB für Nachunternehmer enthaltene Schiedsvereinbarung zum Bestandteil des Vertrags macht. Ein ausdrücklicher Hinweis auf die Schiedsvereinbarungsklausel in diesen Bedingungen ist nicht erforderlich (vgl. BGH, Beschl. v. 26.06. 1986 - III ZR 200/85 [unveröff.]; Zöllner/Geimer, ZPO, 26. Aufl., § 1031 Rdnr. 9).

*bb. Selbst wenn der Vertragsschluss am 31.03.2000 angenommen wurde, kein abweichendes Ergebnis*

[24] Ist der Vertrag erst zu Stande gekommen, nachdem die Bekl. die „Auftragsbestätigung“ der Kl. vom 31.03.2000 unterschrieben hat, so gilt nichts anderes. Denn die von beiden Vertragsparteien unterschriebene „Auftragsbestätigung“ nimmt Bezug auf den „Auftrag“ vom 28.03.2000. Bestandteil dieses „Auftrags“ sind die in Bezug genommenen AVB für Nachunternehmer.

*cc. Rüge der fehlenden Vollmacht ist nicht tragfähig*

[25] Vergeblich macht die Revision geltend, der Fachbauleiter K habe keine Vollmacht gehabt, eine Schiedsvereinbarung zu treffen.

[26] Auf die insoweit vom BerGer. geäußerten Zweifel am Wahrheitsgehalt dieser Behauptung und auf eine Anscheinsvollmacht kommt es nicht an. Die Kl. hat jedenfalls mit der Auftragsbestätigung vom 31.03.2000 die Einbeziehung der AVB für Nachunternehmer in den Vertrag genehmigt. Die Auftragsbestätigung ist nach ihrem eigenen Vortrag von ihrem damaligen Prokuristen gegengezeichnet worden.

*dd. Rüge wegen geänderter Vertragsgegenstände nach der Vereinbarung vom 31.03.2000 nicht tragfähig*

[27] Sofern sich die Revision möglicherweise auch dagegen wenden will, dass nach Auffassung des BerGer. die Vertragsbedingungen für Nachunternehmer nach dem Inhalt der Auftragsbestätigung überhaupt noch Vertragsgegenstand sind, könnte sie schon deshalb keinen Erfolg haben, weil die diesbezügliche Auslegung des BerGer. revisionsrechtlich überprüfbare Rechtsfehler nicht erkennen lässt.

*2. Vertragsbedingungen für Nachunternehmer sind nachrangig*

[28] Die Revision wendet sich nicht gegen die Auffassung des BerGer., die Schiedsvereinbarung sei auch dann in den Vertrag einbezogen worden, wenn der Vertrag bereits am 28.03.2000 geschlossen worden sein sollte. Diese Auffassung ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Die vorstehenden Ausführungen gelten entsprechend. Auch in diesem Fall sind die Vertragsbedingungen für Nachunternehmer nachrangig vereinbart und ist die Schiedsvereinbarung wirksam.

*Strafrecht***Standort: § 25 I 2. Fall, 25 II StGB****Problem: Organisationsdelikte**

BGH, URTEIL VOM 02.11.2007

2 STR 384/07 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

**Problemdarstellung:**

Der Angeklagte war Geschäftsführer mehrerer Firmen, die er mit seinem Mitangeklagten gegründet hatte. Für diese Firmen wurden Darlehen aufgenommen, obwohl der Angeklagte wusste, dass eine Rückzahlung mangels Liquidität nicht würde erfolgen können. Trotzdem unterzeichnete er drei Darlehensverträge als Geschäftsführer selbst und bereitete einen vierten mit vor. Zwei weitere Darlehensverträge schloss der Mitangeklagte ohne Mitwirkung des Angeklagten ab.

Das LG Darmstadt verurteilte den Angeklagten wegen mittäterschaftlichen Betruges, §§ 263 I, 25 II StGB, in sechs Fällen in Tateinheit, § 52 StGB. Sofern der Angeklagte nicht selbst getäuscht habe, stelle sich die Tat als ein "Organisationsdelikt" dar, was dazu führe, dass ihm sämtliche Täuschungen seines Mitangeklagten zuzurechnen seien. Der BGH hob diese Verurteilung auf, da weder ein "Organisationsdelikt" noch eine Tateinheit gegeben seien.

**Prüfungsrelevanz:**

Die Prüfung der Voraussetzungen und Problemfälle der verschiedenen Beteiligungsformen stellt ein klassisches Problem des Allgemeinen Teils dar, das in beiden Examen häufig Gegenstand von Examensaufgaben ist. Gerade die Konstellationen des "Täters hinter dem Täter" im Rahmen der mittelbaren Täterschaft, für die die sog. "Organisationsdelikte" ein Beispiel sind, werden hier häufig gebracht.

Voraussetzung für eine mittelbare Täterschaft gem. § 25 I 2. Fall StGB ist grundsätzlich eine unterlegene Stellung ("Werkzeugeigenschaft") des Vordermannes und eine beherrschende Stellung des Hintermannes, der das Geschehen kraft seines planvoll lenkenden Willens in der Hand hält und so die Tat "durch" den Vordermann begeht (Fischer, § 25 Rn 4; Schönke/Schröder-Cramer/Heine, § 25 Rm 6 f.; Wessels/Beulke, Rn 535). Unproblematisch ist die Werkzeugeigenschaft des Vordermannes, wenn dieser einen Strafbarkeitsmangel aufweist, also bereits des objektiven oder subjektiven Tatbestand nicht verwirklicht oder gerechtfertigt ist (BGHSt 3, 4; 30, 363; 32, 38; Joecks, § 25 Rn 20 ff.; Wessels/Beulke, Rn 537).

Streitig ist jedoch, ob eine mittelbare Täterschaft auch

dann in Betracht kommt, wenn der Vordermann voll-deliktisch handelt (sog. "Täter hinter dem Täter"). Eine M.M. in der Literatur lehnt diese Konstruktion gänzlich ab (Jescheck/Weigend, § 62 II 8; Rotsch, ZStW 2000, 518). Bei einem Vordermann, der selber keinen Strafbarkeitsmangel aufweise, könne der Hintermann nie die für § 25 I 2. Fall StGB erforderliche Überlegenheit aufweisen. Auch gebe es hier kein Bedürfnis für die Annahme einer mittelbaren Täterschaft, da der Hintermann ebenso gut als Anstifter, § 26 StGB, bestraft werden könne. Die h.M. erkennt jedoch die Rechtsfigur des "Täter hinter dem Täter" zumindest grundsätzlich an (BGHSt 40, 218, 236; 42, 65, 68; Schönke/Schröder-Cramer/Heine, § 25 Rn 21; Wessels/Beulke, Rn 541). Eine der Fallgruppen, in denen der Hintermann nach der h.M. trotz eines seinerseits strafbaren Vordermannes dennoch die für eine mittelbare Täterschaft erforderliche Überlegenheit hat, ist dann gegeben, wenn der Hintermann innerhalb staatlicher, unternehmerischer oder geschäftlicher Organisation die aufgrund von Weisungsverhältnissen und Befehlshierarchien bestehende Bereitschaft des unmittelbar Handelnden ausnutzt und dessen Erfolg letztlich als Ergebnis eigenen Handelns will (sog. "Organisationsherrschaft", vgl. BGHSt 40, 218, 236 f.; BGH, NJW 2000, 443; Fischer, § 25 Rn 7 f.; LK-Roxin, § 25 Rn 128 ff.; Schmidhäuser, AT, § 14 Rn 50; Wessels/Beulke, Rn 541).

Das LG Darmstadt hatte in der dem vorliegenden Fall zugrunde liegenden Entscheidung ein solches "Organisationsdelikt" des Angeklagten - wohl wegen dessen zentraler Position in der Firmenorganisation aufgrund seiner Stellung als Geschäftsführer - angenommen und daraus allerdings nicht eine mittelbare, sondern eine Mittäterschaft des Angeklagten abgeleitet. Der BGH führt aus, dass sich aus einer solchen Organisationsherrschaft allenfalls eine mittelbare Täterschaft ableiten ließe und auch die Voraussetzungen für eine entsprechende Position des Angeklagten nicht festzustellen seien. Die Handlungen des Mitangeklagten könnten dem Angeklagten zwar immer noch zugerechnet werden, allerdings nur über die Mittäterschaft, § 25 II StGB, deren Voraussetzungen hier aber nicht bzgl. derjenigen Betrugstaten vorlägen, die der Mitangeklagte ohne Mitwirkung des Angeklagten (und wohl auch ohne dessen Willen) begangen hatte.

Interessant sind auch die Ausführungen des BGH zur Tateinheit und -mehrheit. Für die Frage, ob mehrere

Delikte durch dieselbe Handlung verwirklicht wurden und deshalb - vorbehalt einer Gesetzeskonkurrenz - in Tateinheit, § 52 StGB, zueinander stehen oder durch verschiedene Handlungen, was zu einer Tatmehrheit, § 53 StGB, führt, ist auf die Anzahl der Handlungen jedes einzelnen Beteiligten abzustellen. Das heißt, dass es bei einem mittelbaren oder Mittäter, dem fremde Handlungen zugerechnet werden, nicht darauf ankommt, wie oft der Tatnächste gehandelt hat, sondern wie viele eigene Handlungen des tatferneren Beteiligten vorliegen (BGH, RA 2003, 578). Da der BGH keine einheitliche Handlung des Angeklagten feststellen konnte, die sich auf sämtliche Betrugstaten auswirkte, ging er also bzgl. der verschiedenen Betrugstaten von einer Tatmehrheit aus.

#### **Vertiefungshinweise:**

Zur mittelbaren Täterschaft bei "Organisationsdelikten": BGHSt 40, 218; 45, 270; 48, 331; Ambos, GA 1998, 226; Heghmanns, NStZ 2004, 663; Murmann, GA 1996, 269; Nack, GA 2006, 342; Rotsch, ZStW 2000, 518; Roxin, JZ 1995, 49; Schroeder, JR 1995, 177

Zur Tateinheit und -mehrheit bei mehreren Beteiligten: BGH, NStZ-RR 1999, 297; NStZ 2000, 83; wistra 2001, 336; RA 2003, 578

#### **Kursprogramm:**

Examenskurs: "Bohnerwachs"

Examenskurs: "Koma"

#### **Leitsatz (der Redaktion):**

**Die Fälle des sog. "Organisationsdeliktes" sind dadurch gekennzeichnet, dass ein Hintermann staatliche, unternehmerische oder geschäftsähnliche Organisationsstrukturen ausnutzt, innerhalb derer sein Tatbeitrag regelhafte Abläufe auslöst. Handelt der Hintermann in Kenntnis dieser Umstände, nutzt er auch die unbedingte Bereitschaft des unmittelbar Handelnden, den Tatbestand zu erfüllen, aus und will er den Erfolg als Ergebnis seines Handelns, hat er die Tatherrschaft und ist mittelbarer Täter. Eine so verstandene mittelbare Täterschaft kommt in Fällen in Betracht, in denen der räumliche, zeitliche und hierarchische Abstand zwischen der die Befehle verantwortenden Organisationspitze und den unmittelbar Handelnden gegen arbeitsteilige Mittäterschaft spricht.**

#### **Sachverhalt:**

Der Angeklagte war Geschäftsführer mehrerer von dem nicht revidierenden Mitangeklagten B gegründeter Firmen. Der Geschäftsbetrieb wurde nur durch Kredite aufrecht erhalten. Nachdem die Firmengruppe ab Mitte 1999 keine weiteren Kredite mehr bekam,

warben der Angeklagte und B Immobilien-Eigentümer an, die gegen ein Entgelt ein Darlehen aufnahmen, welches durch Grundpfandrechte an ihrem Grundstück gesichert wurde, und den Betrag einer der Firmen zur Verfügung stellten. Die Kreditzinsen wurden von der Firmengruppe nur teilweise und unregelmäßig gezahlt; Tilgungen erfolgten keine. Anfang 2004 brach die Firmengruppe zusammen. Da die geschädigten Grundeigentümer die Zins- und Tilgungsleistungen nicht aus eigenem Vermögen erbringen konnten, mussten sie ihre Grundstücke verkaufen oder es laufen Zwangsvollstreckungsverfahren.

Die Anklage der Staatsanwaltschaft Darmstadt hatte dem Angeklagten vier tatmehrheitliche Fälle des Betrugs vorgeworfen, und zwar die Fälle 3 (Geschädigter M), 4 (Geschädigter Mo), 6 (Geschädigte Mi) und 7 (Geschädigter H) der Anklageschrift. In dreien dieser Fälle (3, 4 und 7) hatte der Angeklagte als Geschäftsführer die Verträge mit den Geschädigten unterschrieben, im Fall 6 hatte er den Vertrag gemeinsam mit B vorbereitet und war mit diesem nach Hamburg zur Geschädigten gefahren, wo die Vertragsunterzeichnung stattfand.

#### **Aus den Gründen:**

##### *1. Entscheidung und rechtliche Würdigung des Landgerichts*

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Betrugs in sechs tateinheitlich begangenen Fällen unter Einbeziehung der durch Urteil des Landgerichts Hanau vom 27. August 2004 verhängten Freiheitsstrafe zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren und zehn Monaten verurteilt. Die auf Verfahrensrügen und auf die Sachrüge gestützte Revision des Angeklagten hat in dem aus dem Beschlusstenor ersichtlichen Umfang Erfolg, im Übrigen ist sie aus den Gründen der Antragschrift des Generalbundesanwalts unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO.

[...] Das Landgericht hat die durch B verübten Täuschungshandlungen dem Angeklagten aufgrund gemeinsamen Tatplans und arbeitsteiligen Vorgehens zugerechnet. Da der Angeklagte aber nicht persönlich täuschend auf die Geschädigten eingewirkt habe, "sondern im Vorfeld der mit diesen abgeschlossenen Verträge ausschließlich im Hintergrund gewirkt" habe, stelle sich die Tat als ein "Organisationsdelikt des Betrugs" dar, das die Voraussetzungen einer natürlichen Handlungseinheit erfülle. Es erfasse deshalb nicht nur die angeklagten vier Fälle, sondern auch die in der Anklageschrift ausschließlich dem Mitangeklagten B angelasteten Fälle 1 und 5.

##### *2. Zum Fehlen der Voraussetzungen für ein "Organisationsdelikt" und zum Vorliegen einer Tatmehrheit*

Die Würdigung des festgestellten Sachverhalts als "Organisationsdelikt" hält der rechtlichen Nachprüfung

nicht stand. Die Rechtsprechung hat bestimmte Formen der mittelbaren Täterschaft unter dem Begriff des Organisationsdelikts erfasst (BGHSt 40, 218, 236 ff; BGHSt 45, 270, 296 ff; vgl. Cramer/Heine in Schönke/Schröder, StGB 27. Aufl. § 25 Rdn. 25 f). In diesen Fällen nutzt ein Hintermann staatliche, unternehmerische oder geschäftsähnliche Organisationsstrukturen aus, innerhalb derer sein Tatbeitrag regelhafte Abläufe auslöst. Handelt der Hintermann in Kenntnis dieser Umstände, nutzt er auch die unbedingte Bereitschaft des unmittelbar Handelnden, den Tatbestand zu erfüllen, aus und will er den Erfolg als Ergebnis seines Handelns, hat er die Tatherrschaft und ist mittelbarer Täter. Eine so verstandene mittelbare Täterschaft kommt in Fällen in Betracht, in denen der räumliche, zeitliche und hierarchische Abstand zwischen der die Befehle verantwortenden Organisationsspitze und den unmittelbar Handelnden gegen arbeitsteilige Mittäterschaft spricht.

Diese Voraussetzungen liegen hier nicht vor. Nach den Feststellungen sind B und der Angeklagte gemeinschaftlich arbeitsteilig vorgegangen; zu Recht hat deshalb das Landgericht bei der rechtlichen Würdigung dem Angeklagten die durch B verübten Täuschungen als Mittäter zugerechnet. Der Angeklagte hat nicht kraft Organisationsherrschaft Anstoß zu den Betrügereien gegeben, sondern die Taten gemeinsam mit B verübt; dieser war der Chef und der Angeklagte dessen rechte Hand. Der Angeklagte hat in jedem Einzelfall eigene Tatbeiträge geleistet. Er war weder mittelbarer Täter, noch treffen die Einzeltaten in seiner Person tateinheitlich zusammen. Für die (tatmehrheitliche) Mitwirkung an den einzelnen Betrügereien kommt es entgegen der Annahme des Landgerichts nicht allein

auf die Täuschungshandlung an (missverständlich insoweit möglicherweise BGHSt 48, 331, 342; der Entscheidung liegt aber eine andere Fallgestaltung zugrunde). Es reicht jede Handlung, durch die der Angeklagte im Rahmen des gemeinsamen Tatplans zur Tatbestandsverwirklichung beigetragen hat. Der Angeklagte hat hier drei Darlehensverträge mit Geschädigten unterschrieben, durch die diese sich zur Darlehensgewährung an die zahlungsunfähigen Firmen des Mitangeklagten B verpflichtet und damit über ihr Vermögen verfügt und es gefährdet haben. Im Fall 6 der Anklage hat er diesen Vertrag vorbereitet und B zu der Unterzeichnung begleitet. Damit hat der Angeklagte in allen vier Fällen durch eigene Handlungen am Betrug mitgewirkt. Demgegenüber ist keine einzelne konkrete Handlung des Angeklagten festgestellt, die zur Tatbestandsverwirklichung aller vier Betrugsfälle beigetragen hat und geeignet wäre, diese zur Tateinheit zu verbinden.

### 3. Zur Teileinstellung und Aufhebung des Schuld- und Strafausspruchs

Der Angeklagte ist durch die Annahme eines Organisationsdelikts und von Tateinheit im vorliegenden Fall beschwert, denn das Landgericht hat aus diesem Grund die Fälle 1 und 5 der Anklageschrift in die Verurteilung einbezogen, obwohl insoweit nur der Mitangeklagte B angeklagt war. Da es in diesen Fällen an der Verfahrensvoraussetzung einer Anklage fehlt, ist das Verfahren insoweit einzustellen (§ 206a StPO). Der Senat hat den Schuldspruch entsprechend geändert. Die Änderung des Schuldspruchs führt auch zur Aufhebung des Strafausspruchs.

## Standort: §§ 242, 25 II, 27 StGB

## Problem: Sukzessive Beteiligung

BGH, URTEIL VOM 01.10.2007

3 STR 384/07 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

### Problemdarstellung:

Der Angeklagte hatte früher zusammen mit den Mitangeklagten häufiger Geldautomaten aus Bankfilialen herausgebrochen, abtransportiert und aufgeschweißt, sich dann aber "zur Ruhe gesetzt". Seine früheren Kumpane führen jedoch mit entsprechenden Taten fort. Nachdem sie wieder einen Geldautomaten abtransportiert, in einem Waldstück geöffnet und dessen Inhalt bereits unter sich aufgeteilt hatten, riefen sie den Angeklagten an, um sie dort abzuholen. Der Angeklagte erkannte aufgrund der eindeutigen Umstände, was vorgefallen war, transportierte die Mitangeklagten und die Beute jedoch wunschgemäß ab.

Das LG Bückeburg hatte den Angeklagten aufgrund dieses Verhaltens wegen Beihilfe zum Diebstahl in einem besonders schweren Fall, §§ 242 I, 27, 243 I 2

Nr. 1, 2, 3 StGB, verurteilt. Der BGH hob diese Verurteilung auf. Eine Beihilfe des Angeklagten komme nicht in Betracht, da der Diebstahl im Zeitpunkt seines Hinzutretens bereits beendet gewesen sei.

### Prüfungsrelevanz:

Das im vorliegenden Fall vom BGH - wenn auch nur kurz - angesprochene Problem der sukzessiven Beteiligung stellt einen klassischen Examensstoff in beiden Examen dar. Die vorliegende Entscheidung bringt insofern zwar nichts Neues, stellt jedoch einen typischen Klausurfall dar.

Bei der Prüfung einer Strafbarkeit wegen Mittäterschaft, § 25 II StGB, oder Beihilfe, § 27 StGB, an einem Diebstahl, § 242 I StGB, ist zwar allgemein anerkannt, dass eine solche nicht unbedingt voraussetzt, dass der Beteiligte von Anfang an bei der Tat mitgewirkt hat oder auch nur von dieser wusste. Fraglich ist jedoch, ob eine entsprechende Beteiligung auch dann

noch möglich ist, wenn der Beteiligte erst nach Vollendung des entsprechenden Deliktes hinzutritt.

Die h.M. hält eine sukzessive Mittäterschaft beim Hinzutreten zwischen Vollendung und Beendigung noch für möglich, sofern der Hinzutretende Kenntnis vom bisherigen Geschehen hat und noch einen Förderungsbeitrag leisten kann (BGH, NStZ-RR 1999, 208; Schönke/Schröder/Cramer-Heine, § 25 Rn 91; Wessels/Beulke, Rn 527). Gerade beim Tatbestand des Diebstahls sei es typisch, dass die Vollendung und die Beendigung des Delikts auseinander fielen. Da der Gesetzgeber jedoch das gesamte deliktische Geschehen, also bis zur Beendigung, als Einheit begreife, müsse eine Zurechnung fremden Handelns (und somit eine Mittäterschaft) auch dann noch möglich sein, wenn die Tat zwar vollendet aber noch nicht beendet sei. Eine M.M. hingegen lehnt diese Form der sukzessiven Mittäterschaft ab (LK-Roxin, § 25 Rn 192; SK-Hoyer, § 25 Rn 115). Eine Mittäterschaft setze stets die Leistung eines kausalen Beitrags voraus. Wenn aber jemand erst nach Eintritt des Erfolges (also nach Vollendung der Tat) hinzutrete, könne er keinen Kausalbeitrag mehr leisten.

Nach h.M. ist auch eine sukzessive Beihilfe beim Hinzutreten des Gehilfen zwischen Vollendung und Beendigung der Haupttat noch möglich (BGH, NStZ 2000, 31, 2007, 35, 36; Schönke/Schröder-Cramer/Heine, § 27 Rn 17; Wessels/Beulke, Rn 583). Auch hier lehnt eine M.M. diese Beteiligungsform ab (Joecks, § 27 Rn 9; Bottke, JA 1980, 379), da nach Vollendung der Tat ein "Hilfeleisten" i.S.v. § 27 I StGB nicht mehr denkbar sei.

Unstreitig ist eine sukzessive Beteiligung aber ausgeschlossen beim Hinzutreten nach Beendigung des Diebstahls (BGH, NJW 1985, 814; Fischer, § 25 Rn 21, § 27 Rn 6). Insofern erlangt natürlich die Prüfung der Beendigung des Diebstahls besondere Bedeutung. Beendet ist der Diebstahl dann, wenn die Beute bzw. der Gewahrsam daran gesichert wurde, der Täter das Diebesgut insb. in ein Versteck oder in seine Räumlichkeiten verbracht hat (BGHSt 4, 133; 8, 391; 20, 196; Fischer, § 242 Rn 54). In der vorliegenden Entscheidung stellt der BGH fest, dass das Verbringen der Beute in ein Versteck oder die Räume des Täters nicht zwingend erforderlich ist, sondern die Beendigung des Diebstahls auch vorher vorliegen kann, wenn der Täter sich mit der Beute vom Tatort entfernt hat, sodass keine direkte Eingriffsmöglichkeit des Bestohlenen mehr besteht.

#### Vertiefungshinweise:

- Zur sukzessiven Mittäterschaft: BGH, NStZ-RR 1997, 319; 1999, 208; NStZ 1998, 565; 2003, 33; Krack, JR 2000, 424; Küper, JZ 1981, 568; Meyer-Gößner, NStZ 1986, 51
- Zur sukzessiven Beihilfe: BGH, NJW 1985, 814;

NStZ 2000, 31, 2007, 35; Bottke, JA 1980, 379; König, NJW 2002, 1623; Küper, JuS 1986, 868; Laubenthal, JURA 1985, 630

#### Kursprogramm:

- Examenskurs: "Nacht der offenen Tür"
- Examenskurs: "Kein Blut für Draci"

#### Leitsätze (der Redaktion):

- 1. Beihilfe zum Diebstahl kann nur bis zu dessen Beendigung geleistet werden; auch sukzessive Mittäterschaft kommt dann nicht mehr in Betracht.**
- 2. Ein Diebstahl ist beendet, wenn der Dieb den Gewahrsam an den entwendeten Gegenständen nach den Umständen des Einzelfalls gefestigt und gesichert hat. Dies ist insb. dann der Fall, wenn sich das Diebesgut nicht mehr im unmittelbaren Herrschaftsbereich des Berechtigten befindet, es diesem vielmehr bereits entzogen wurde, direkte Eingriffsmöglichkeiten eines bereiten Eigentümers nicht mehr bestehen und der Täter sich mit der Beute vom Tatort entfernt hat.**

#### Sachverhalt:

Die Mitangeklagten Cr, Ca und A sowie die gesondert Verfolgten P, Cat und B rissen in einer Filiale der Deutschen Post AG in R. einen Geldautomaten aus seiner Verankerung, transportierten ihn mit einem LKW in ein entfernt gelegenes Waldstück und schweißten ihn dort auf. Sodann teilten sie das in dem Geldautomaten enthaltene Geld unter sich auf und fuhrten mit einem zuvor gestohlenen PKW aus dem Waldstück in eine nahe gelegene Ortschaft. Dort stellten sie den PKW ab. Sodann rief einer der Täter den Angeklagten an und bat ihn, sie abzuholen. Der Angeklagte, der zuvor an vergleichbaren Diebstählen der Bande teilgenommen hatte, wegen einer Verurteilung zu einer Bewährungsstrafe aber nicht mehr an solchen mitwirken wollte, begab sich mit seinem PKW zu dem angegebenen Treffpunkt. Obwohl die Kleidung der Täter wegen des Aufschweißens des Geldautomaten auffällig roch und der Angeklagte hieraus den Schluss zog, dass diese wieder nach dem früheren Muster einen Geldautomaten entwendet hatten, brachte er die Täter mit seinem PKW nach H.

#### Aus den Gründen:

##### I. Entscheidung des Landgerichts

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen schweren Bandendiebstahls in zwei Fällen unter Einbeziehung der Einzelstrafen aus einem amtsgerichtlichen Urteil zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von fünf Jahren verurteilt. Außerdem hat es gegen ihn wegen Beihilfe zum Diebstahl in zwei Fällen eine Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr und acht Monaten verhängt. Mit seiner

Revision rügt der Angeklagte die Verletzung materiellen Rechts. Das Rechtsmittel hat in dem aus der Beschlussformel ersichtlichen Umfang Erfolg; im Übrigen ist es unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO.

### 1. Entscheidung des BGH

Der Schuldspruch im Fall II. Tatkomplex 6 der Urteilsgründe hält rechtlicher Überprüfung nicht stand.

#### a. Zum Fehlen der Voraussetzungen für eine sukzessive Beteiligung des Angeklagten

Entgegen der Ansicht des Landgerichts hat sich der Angeklagte danach nicht wegen Beihilfe zum Diebstahl gemäß §§ 242, 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1, 2, 3, § 27 Abs. 1 StGB strafbar gemacht. Der Diebstahl war zu dem Zeitpunkt, in dem der Angeklagte tätig wurde, bereits beendet. Beihilfe zum Diebstahl kann jedoch nur bis zu dessen Beendigung geleistet werden, auch sukzessive Mittäterschaft kommt dann nicht mehr in Betracht (BGH NStZ-RR 1999, 208; NStZ 2003, 32, 33).

Ein Diebstahl ist beendet, wenn der Dieb den Gewahrsam an den entwendeten Gegenständen nach den Umständen des Einzelfalls gefestigt und gesichert hat (BGH NStZ 2001, 88, 89). Dies war hier bereits der Fall, als der Angeklagte angerufen wurde und sich zu den Tätern begab. Zu diesem Zeitpunkt befand sich das Diebesgut nicht mehr im unmittelbaren Herrschaftsbereich des Berechtigten, es war diesem vielmehr bereits entzogen. Direkte Eingriffsmöglichkeiten eines bereiten Eigentümers bestanden nicht mehr. Die neue Sachherrschaft der Täter war gefestigt, zumal diese sich nicht nur vom eigentlichen Tatort, sondern sogar schon aus dem Waldstück entfernt hatten, in welchem sie zuvor den gestohlenen Geldautomaten aufgeschweißt und die Beute unter sich aufgeteilt hatten.

#### b. Zum Vorliegen der Voraussetzungen für eine Begünstigung, § 257 I StGB

Der Angeklagte ist auf der Grundlage der vom Landgericht getroffenen Feststellungen lediglich der Begünstigung gemäß § 257 Abs. 1 StGB schuldig.

Der Angeklagte trug objektiv dazu bei, die durch die Vortat erlangten Vorteile zu sichern, indem er die Täter nach Beendigung des Diebstahls mit seinem PKW abholte und nach H. brachte. Subjektiv handelte er in der erforderlichen Vorteilssicherungsabsicht, da es ihm darauf ankam, seine Landsleute, deren Kleidung nach dem Schweißvorgang auffällig roch, mit dem Diebesgut in Sicherheit zu bringen.

#### c. Zur Änderung des Schuldspruchs

Der Senat schließt aus, dass in einer neuen Hauptverhandlung noch Feststellungen zum Schuldspruch getroffen werden können, die zu einer anderen rechtlichen Bewertung der Tat führen. Er ändert deshalb den Schuldspruch entsprechend ab (§ 354 Abs. 1 StPO). Dem steht § 265 Abs. 1 StPO nicht entgegen, da sich der geständige Angeklagte auch bei einem entsprechenden rechtlichen Hinweis nicht anders als geschehen hätte verteidigen können.

#### 2. Zur Aufhebung des Strafausspruchs

Die Änderung des Schuldspruchs führt zur Aufhebung der Einzelstrafe, auf die das Landgericht im Fall II. Tatkomplex 6 der Urteilsgründe erkannt hat, sowie der Gesamtstrafe, die aus den in den Fällen II. Tatkomplexe 6 und 7 der Urteilsgründe verhängten Einzelstrafen gebildet worden ist. Die zum Strafausspruch rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen können bestehen bleiben, da sie von der Änderung des Schuldspruchs nicht berührt werden (§ 353 Abs. 2 StPO). Ergänzende weitere Feststellungen hierzu darf der neue Tatrichter treffen, soweit sie den bisherigen nicht widersprechen.

## Standort: § 211 StGB

## Problem: Heimtückische Tötung Bewusstloser

BGH, URTEIL VOM 18.10.2007

3 STR 226/07 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

### Problemdarstellung:

Der Angeklagte war als Pfleger auf der Intensivstation eines Krankenhauses tätig, auf der sich auch ein komatöser Patient befand. Er verabreichte diesem eine Überdosis eines Herzmittels, stellte die automatische Zufuhr eines lebenswichtigen Medikaments ab und deaktivierte den Blutdruckmonitor, der ansonsten einen Alarm ausgelöst hätte. Aufgrund dieser Handlungen geriet der Patient in Lebensgefahr, was von einer Krankenschwester zufällig bemerkt wurde, sodass diese lebensrettende Maßnahmen veranlassen konnte.

Das LG Oldenburg verurteilte den Angeklagten wegen

versuchten Totschlags, §§ 212 I, 22, 23 I StGB, und gefährlicher Körperverletzung, §§ 223 I, 224 I Nr. 1, 5 StGB. Der BGH hob dieses Urteil auf, da einerseits die Feststellungen des LG noch nicht ausreichten, um einen Tötungsvorsatz zu belegen, andererseits der Versuch einer heimtückischen Tötung (und somit ein versuchter Mord, §§ 211, 22, 23 I StGB) ernsthaft in Betracht zu ziehen sei.

### Prüfungsrelevanz:

Die Voraussetzungen für das Vorliegen eines (bedingten) Tötungsvorsatzes stellen in beiden Examen ein immer wieder auftauchendes Problem dar. Fragestellungen zum Vorliegen der verschiedenen Mordmerkmale, insb. der Heimtücke, sind ebenfalls regelmäßig



Gegenstand von Examensaufgaben.

Der BGH befasst sich in der vorliegenden Entscheidung zunächst mit den Voraussetzungen für das Vorliegen eines bedingten Tötungsvorsatzes. Zur Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit existieren, insb. im Rahmen der Tötungsdelikte, zahlreiche Ansätze (vgl. hierzu die Übersicht bei Schönke/Schröder-Cramer/Sternberg-Lieben, § 15 Rn 72 ff.). Der BGH vertritt insofern die sog. Billigungs- oder Einwilligungstheorie, derzufolge ein dolus eventualis dann gegeben ist, wenn der Täter den Erfolgseintritt für möglich hält und diesen billigend in Kauf nimmt (BGHSt 36, 1). Bewusste Fahrlässigkeit ist demgegenüber gegeben, wenn der Täter zwar die Möglichkeit der Erfolgseintritts erkennt, aber darauf vertraut, dass dieser nicht eintreten wird (Fischer, § 15 Rn 9a). Da diese beiden Vorwerfbarkeitsformen eng beisammen liegen, kann die Abgrenzung nur über eine Gesamtwürdigung aller objektiven und subjektiven Tatumstände erfolgen (BGH, NStZ-RR 2000, 165, 166; 2003, 8). In der vorliegenden Entscheidung betont der BGH allerdings, dass der Eventualvorsatz nicht mit der Begründung abgelehnt werden kann, der Täter habe nicht auf das Ausbleiben des Erfolges vertrauen können. Die Tatsache, dass der Täter nicht ernsthaft auf das Ausbleiben des Erfolgs vertrauen konnte, sei zwar in die Gesamtwürdigung einzustellen, schließe aber nicht zwingend aus, dass der Täter nicht vielleicht doch auf das Ausbleiben des Erfolgs vertraut habe, was letztlich für des Fehlen des Eventualvorsatzes maßgeblich sei.

Weiter macht der BGH Ausführungen zur Heimtücke i.S.v. § 211 II StGB bei der Tötung Bewusstloser. Heimtücke ist nach ständiger Rechtsprechung und einem Teil der Literatur dann gegeben, wenn der Täter die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers bewusst in feindlicher Willensrichtung zur Tötung ausnutzt (BGH, NJW 2003, 1955; 2005, 1287; LK-Jähne, § 211 Rn 41), wobei das Opfer arglos ist, wenn es sich im Tatzeitpunkt keines Angriffs auf Leib und Leben von Seiten des Täters versieht (BGHSt 33, 363; BGH, NStZ-RR 1999, 234; Schönke/Schröder-Eser, § 211 Rn 24) und wehrlos, wenn es aufgrund seiner Arglosigkeit keine oder nur eingeschränkte Verteidigungsmöglichkeiten besitzt (BGHSt 20, 302; 32, 282; Fischer, § 211 Rn 39 f.). In der Literatur wird teilweise zusätzlich noch eine besondere Verwerflichkeit des Täterverhaltens verlangt, für die die Ausnutzung eines zwischen Täter und Opfer bestehenden Vertrauensverhältnisses erforderlich aber auch ausreichend sein soll (Joecks, § 211 Rn 23; Schönke/Schröder-Eser, § 211 Rn 26).

Bei der Tötung Schlafender besteht die Besonderheit, dass diese sich natürlich eines Angriffs nicht versehen können, sodass sie nicht wirklich "argwöhnisch" sein könnten. Hier ist nach h.M. eine heimtückische Tötung

dann möglich, wenn der Schlafende die Arglosigkeit "mit in den Schlaf nimmt" (BGH, NStZ-RR 2004, 139; NStZ 2006, 338, 339; Fischer, § 211 Rn 42; Wessels/Hettinger, Rn 120). Dies ist jedoch dann nicht der Fall, wenn das Opfer sich nicht dem Schlaf hingegen hat, sondern von diesem - z.B. infolge Übermüdung oder Alkoholisierung - "übermannt" wurde (BGHSt 23, 119; BGH, NStZ 2007, 523, 524 = RA 2007, 483; Fischer, § 211 Rn 42). Da ein Besinnungsloser ebensowenig wie ein Schlafender arglos sein kann und auch nicht seine Arglosigkeit mit in die Besinnungslosigkeit nimmt, ist bei Besinnungslosen eine heimtückische Tötung somit grds. ausgeschlossen (BGHSt 23, 119; LacknerKühl, § 211 Rn 7; Wessels/Hettinger, Rn 120; a.A.: Kutzer, NStZ 1994, 110, 111). In der vorliegenden Entscheidung diskutiert der BGH aber doch eine (versuchte) heimtückische Tötung des komatösen (also besinnungslosen) Opfers, indem er hier diejenigen Kriterien anwendet, die er bei der Prüfung der heimtückischen Tötung von Kleinstkindern heranzieht. Da diese "konstitutionell arg- und wehrlos" sind, wird bei der Tötung von Kleinstkindern darauf abgestellt, dass der Täter die Arg- und Wehrlosigkeit eines schutzbereiten Dritten zur Tötung des Kindes ausnutzt (BGHSt 3, 220, 332; BGH, NStZ 2006, 338, 339 = RA 2006, 294; Fischer, § 21 Rn 43; Wessels/Hettinger, Rn 121). Entsprechendes prüft der BGH im vorliegenden Fall.

In der Vergangenheit hatte der BGH das Mordmerkmal der Heimtücke gelegentlich wegen Fehlens der insofern erforderlichen "feindlichen Willensrichtung" verneint, wenn der Täter aus einer Mitleidsmotivation heraus handelte, z.B. der einen Suizid planende Täter zunächst seine Kinder tötet, um diese nicht allein zurückzulassen (BGHSt 9, 385, 390; 11, 139, 143). In der vorliegenden Entscheidung betont der BGH jedoch, dass nicht jede Mitleidsmotivation des Täters die Heimtücke ausschließe.

#### **Vertiefungshinweise:**

Zu den Anforderungen an die Feststellung des Tötungsvorsatzes: *BGHSt 36, 1; BGH, NStZ-RR 2000, 165; 2003, 8; 2004, 329; 2006, 236 = RA 2006, 33; NStZ 2003, 431, 2004, 329; 2005, 90; Eser, NStZ 1981, 430; Köhler, JZ 1981, 35*

Zur "Heimtücke" bei der Tötung Bewusstloser: *BGHSt 23, 120; BGH, NStZ 1997, 491; Fahl, JURA 1998, 456; Kutzer, NStZ 1994, 110; Otto, JURA 2003, 618; Schmoller, NStZ 1999, 398; Spendel, JZ 1997, 1186*

#### **Kursprogramm:**

*Examenskurs: "Enttäuschte Liebe"*

*Examenskurs: "Eiskalter Engel"*

*Leitsätze (der Redaktion):*

**1. Das Willenselement des bedingten Tötungsvorsatzes ist gegeben, wenn der Täter den von ihm als möglich erkannten Eintritt des Todes billigt oder sich um des erstrebten Zieles willen damit abfindet, mag ihm auch der Erfolgseintritt an sich unerwünscht sein. Bewusste Fahrlässigkeit liegt hingegen dann vor, wenn er mit der als möglich erkannten Tatbestandsverwirklichung nicht einverstanden ist und ernsthaft - nicht nur vage - darauf vertraut, der Tod werde nicht eintreten. Für eine entsprechende Abgrenzung ist eine Gesamtschau aller objektiven und subjektiven Tatumstände geboten. Dabei liegt die Annahme einer Billigung nahe, wenn der Täter sein Vorhaben trotz erkannter Lebensgefährlichkeit durchführt.**

**2. Beim Angriff auf das Leben eines bewusstlosen Erwachsenen kann Heimtücke vorliegen, wenn der Täter die Arg- und Wehrlosigkeit eines schutzbereiten Dritten zur Tatbegehung ausnutzt.**

**3. Schutzbereiter Dritter ist jede Person, die den Schutz eines Besinnungslosen vor Leib- und Lebensgefahr dauernd oder vorübergehend übernommen hat und diesen im Augenblick der Tat entweder tatsächlich ausübt oder dies deshalb nicht tut, weil sie dem Täter vertraut. Sie muss aufgrund der Umstände des Einzelfalls allerdings den Schutz wirksam erbringen können, wofür eine gewisse räumliche Nähe und eine überschaubare Anzahl der ihrem Schutz anvertrauten Menschen erforderlich sind.**

**4. Die heimtückische Tötung eines Besinnungslosen setzt nicht voraus, dass der Täter die schutzbereiten Dritten ausschaltet, um die Tötung des nicht mehr behüteten Tatopfers ungehindert durchführen zu können. Für das Ausnutzen von Arg- und Wehrlosigkeit ist es insofern - wie bei der Heimtücke gegenüber dem Tatopfer selbst, bei der es nicht darauf ankommt, ob der Täter die Arglosigkeit herbeiführte oder bestärkte - ausreichend, dass der Täter die von ihm erkannte Arglosigkeit eines schutzbereiten Dritten bewusst zur Tatbegehung ausnutzt, und zwar unabhängig davon, worauf diese beruht.**

**5. Das Mordmerkmal der Heimtücke kann entfallen, wenn der Täter nicht aus einer feindseligen Haltung gegenüber dem Opfer heraus, sondern aus Mitleid gehandelt hat, um einem Todkranken schwerstes Leid zu ersparen. Es reicht jedoch nicht jede Mitleidsmotivation aus, um eine die Heimtücke prägende Gesinnung auszuschließen.**

*Sachverhalt:*

Zum Tatzeitpunkt betreuten ein Arzt, der Angeklagte - ein ausgebildeter Krankenpfleger - und vier weitere Pflegekräfte die Patienten auf der chirurgischen Inten-

sivstation eines Krankenhauses. Für den schwerkranken M, der sich nach mehreren Operationen wegen einer Krebserkrankung seit über zwei Wochen in einem künstlichen Koma befand, war vorrangig die Krankenschwester T verantwortlich.

Der Angeklagte ging in das Krankenzimmer des Patienten M und verabreichte ihm über einen Venenkatheter ohne medizinische Indikation und ohne die erforderliche ärztliche Verordnung eine Überdosis eines Herzantiarhythmikums. Etwa eine halbe Stunde später begab er sich nochmals zu dem Schwerkranken und stellte einen Perfusor ab, über den diesem ein für seinen Kreislauf lebenswichtiges Medikament zugeführt wurde. Dabei war ihm bewusst, dass der Patient durch jede der beiden Handlungen in Lebensgefahr geraten würde. Anschließend unterdrückte er noch einen akustischen Alarm, der bei einem starken Blutdruckabfall auf dem Überwachungsmonitor ausgelöst wurde.

In der Folgezeit konnte die Krankenschwester T, die zufällig im Krankenzimmer erschienen war, durch sofort eingeleitete Gegenmaßnahmen die für das Tatopfer lebensgefährliche Situation beseitigen. Während eines Zeitraums von einigen Minuten war bei M ein lebensbedrohliches Herzkammerflattern aufgetreten. Der Patient verstarb am nächsten Tag an den Folgen seines Grundleidens.

*Aus den Gründen:**A. Entscheidung des Landgerichts; Rechtsmittel*

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen versuchten Totschlags in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung zu einer Freiheitsstrafe von fünf Jahren verurteilt und gegen ihn ein fünfjähriges Berufsverbot verhängt. Hiergegen wenden sich der Angeklagte und die Nebenklägerin mit ihren Revisionen. Der Angeklagte beanstandet das Verfahren und rügt die Verletzung sachlichen Rechts. Die Nebenklägerin erstrebt mit der Rüge der Verletzung sachlichen Rechts insbesondere eine Verurteilung des Angeklagten wegen versuchten Mordes. Beide Rechtsmittel haben mit der Sachrüge den aus der Urteilsformel ersichtlichen Erfolg. Die vom Angeklagten erhobenen Verfahrensrügen sind aus den Gründen der Antragsschrift des Generalbundesanwalts unbegründet. [...]

*B. Entscheidung des BGH**I. Revision des Angeklagten*

Der Angeklagte beanstandet zu Recht, dass der Tötungsvorsatz nicht rechtsfehlerfrei festgestellt ist.

*1. Feststellungen des Landgerichts zum Tötungsvorsatz des Angeklagten*

Zur Motivation des Angeklagten und zum subjektiven Tatbestand des Totschlags hat das Landgericht im Wesentlichen ausgeführt:

Der Angeklagte habe entweder aus Mitleid das Sterben des Patienten beschleunigen oder diesen - um seine Notfallkompetenz zu beweisen und sich dadurch Anerkennung zu verschaffen - reanimationsbedürftig machen wollen. Keinesfalls habe er bezweckt, den Zustand des Tatopfers zu stabilisieren oder zu verbessern. Jedes der festgestellten möglichen Motive lasse für sich genommen und auch kumuliert nur den Schluss auf einen Tötungswillen zu. Bei dem für ihn günstigeren zweiten Motiv habe der Angeklagte mit bedingtem Tötungsvorsatz gehandelt. Da ihm aufgrund seines medizinischen Fachwissens der kritische Gesundheitszustand des Patienten und die lebensbedrohlichen Auswirkungen seines Tuns bekannt gewesen seien, habe er auf das Ausbleiben des Todes nicht vertrauen, sondern nur vage hoffen können. Es sei für ihn erkennbar gewesen, dass es allein vom Zufall abhängt, ob der Patient reanimiert werden könne oder versterbe.

## *2. Zum Fehlen der erforderlichen Feststellungen für die Annahme eines Tötungsvorsatzes*

Die Darlegung des Landgerichts, der Angeklagte habe auf jeden Fall mit Tötungswillen, also mit direktem Tötungsvorsatz gehandelt, steht im Widerspruch zu den weiteren Urteilsausführungen, wonach es bei dem möglichen Motiv, sich durch eine bewiesene Notfallkompetenz Anerkennung zu verschaffen, nur einen bedingten Vorsatz angenommen hat. Unabhängig davon bestehen gegen die Begründung, mit der das Landgericht einen bedingten Tötungsvorsatz bejaht hat, durchgreifende rechtliche Bedenken.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Abgrenzung von bedingtem Tötungsvorsatz und bewusster Fahrlässigkeit ist das Willens-element des bedingten Vorsatzes gegeben, wenn der Täter den von ihm als möglich erkannten Eintritt des Todes billigt oder sich um des erstrebten Zieles willen damit abfindet, mag ihm auch der Erfolgseintritt an sich unerwünscht sein. Bewusste Fahrlässigkeit liegt hingegen dann vor, wenn er mit der als möglich erkannten Tatbestandsverwirklichung nicht einverstanden ist und ernsthaft - nicht nur vage - darauf vertraut, der Tod werde nicht eintreten. Da beide Schuldformen im Grenzbereich eng beieinander liegen, ist eine Gesamtschau aller objektiven und subjektiven Tatumstände geboten (st. Rspr.; vgl. BGHSt 36, 1, 9 f.; BGH NSTZ-RR 2000, 165, 166). Dabei liegt die Annahme einer Billigung nahe, wenn der Täter sein Vorhaben trotz erkannter Lebensgefährlichkeit durchführt (st. Rspr.; vgl. BGHR StGB § 212 Abs. 1 Vorsatz, bedingter 27, 35, 51).

Die im Urteil verwendete Formulierung, der Angeklagte habe auf das Ausbleiben des Todes nicht vertrauen, sondern nur vage darauf hoffen können, und die Wertung, es sei für ihn erkennbar gewesen, dass es allein vom Zufall abhängt, ob der Patient reanimiert werden könne oder versterbe, vermag - für sich ge-

nommen - nur den Vorwurf der (bewussten) Fahrlässigkeit zu begründen (vgl. BGH NSTZ 2003, 259, 260; Tröndle/Fischer, StGB 54. Aufl. § 212 Rdn. 6). Sie schließt nicht aus, dass der Angeklagte - trotz der von ihm erkannten Lebensgefahr - auf die Beherrschung der für den Patienten lebensgefährlichen Situation tatsächlich vertraut hat. Wenn er mit der vom Landgericht als möglich unterstellten, angesichts der objektiven Umstände indes fern liegenden Motivation gehandelt haben sollte, seine Notfallkompetenz zu beweisen, konnte er dies nur durch eine Rettung des Lebens von M tun. Hinzu kommt, dass auf der Intensivstation eines Krankenhauses schnell lebenserhaltende Gegenmaßnahmen eingeleitet werden können. Diese Gesichtspunkte, die für ein Vertrauen auf die Rettung des Tatopfers sprechen könnten, hat das Landgericht bei der erforderlichen Gesamtabwägung aller relevanten Umstände des Einzelfalls nicht erkennbar berücksichtigt.

## *II. Revision der Nebenklägerin*

Die Nebenklägerin hat mit ihrer Rüge Erfolg, das Mordmerkmal der Heimtücke sei nicht rechtsfehlerfrei ausgeschlossen.

### *1. Ausführungen des Landgerichts zum Fehlen der Heimtücke*

Das Landgericht hat hierzu ausgeführt:

Der Angeklagte habe die Arg- und Wehrlosigkeit des M nicht ausgenutzt, denn diesem habe wegen des Langzeitkomas die Fähigkeit zum Argwohn gefehlt. Der Heimtückevorsatz lasse sich auch nicht mit der Arglosigkeit der Krankenschwester T begründen, weil der Angeklagte die Krankenschwester nicht zielgerichtet von ihren pflegerischen Aufgaben gegenüber dem Tatopfer abgelenkt oder sonst in Sicherheit gewogen habe. Als Pfleger auf der Intensivstation sei auch er selbst schutzbereiter Dritter gewesen. In einer solchen Konstellation sei das bloße Ausnutzen einer Gelegenheit zur Tötung für das Mordmerkmal Heimtücke nicht ausreichend.

### *2. Auffassung des BGH*

Diese Ausführungen halten rechtlicher Überprüfung nicht stand.

#### *a. Zur heimtückischen Tötung von Bewusstlosen*

Rechtsfehlerfrei hat das Landgericht allerdings für die Frage der Heimtücke nicht auf die Arg- und Wehrlosigkeit des bewusstlosen Patienten M selbst abgestellt. Denn dieser war - anders als eine schlafende Person (vgl. BGHSt 23, 119, 120 f.) - wegen des Komas, in dem er sich befand, zu keinerlei Argwohn und Gegenwehr fähig. Es hat im Ausgangspunkt zutreffend erkannt, dass beim Angriff auf das Leben eines bewusstlosen Erwachsenen Heimtücke vorliegen kann, wenn der Täter die Arg- und Wehrlosigkeit eines

schutzbereiten Dritten zur Tatbegehung ausnutzt (vgl. BGHSt 8, 216, 218; 18, 37, 38; 32, 382, 387 f.). Zutreffend ist es auch von der Arg- und Wehrlosigkeit der Pflegekräfte, insbesondere der Krankenschwester T, ausgegangen, weil diese mit einem Angriff auf das Leben des M nicht rechneten und deshalb einem solchen nicht wirksam entgegenzutreten konnten.

#### *b. Zum Vorliegen der Voraussetzungen einer heimtückischen Tötung*

Der Begründung, mit der das Landgericht im Ergebnis das Mordmerkmal der Heimtücke verneint hat, kann jedoch nicht gefolgt werden.

Schutzbereiter Dritter ist jede Person, die den Schutz eines Besinnungslosen vor Leib- und Lebensgefahr dauernd oder vorübergehend übernommen hat und diesen im Augenblick der Tat entweder tatsächlich ausübt oder dies deshalb nicht tut, weil sie dem Täter vertraut (vgl. BGHSt 8, 216, 219; BGH NStZ 2006, 338, 339 f.). Sie muss aufgrund der Umstände des Einzelfalls allerdings den Schutz wirksam erbringen können, wofür eine gewisse räumliche Nähe und eine überschaubare Anzahl der ihrem Schutz anvertrauten Menschen erforderlich sind.

Vor allem die Krankenschwester T, aber auch die weiteren auf der Intensivstation zum Tatzeitpunkt vorhandenen Pflegekräfte, sind als schutzbereite Dritte in diesem Sinne anzusehen. Nach den Feststellungen waren sie auf der Intensivstation nur für wenige Patienten verantwortlich sowie speziell auch zu deren Schutz vor Leib- und Lebensgefahr eingesetzt, hielten sich in der Nähe des bewusstlosen M auf und hatten tatsächlich die Betreuung sowie regelmäßige Kontrolle des schwerkranken Tatopfers entsprechend den ärztlichen Anordnungen übernommen. Dabei wurden sie unterstützt durch technische Geräte wie den Überwachungsmonitor, über den bei einer Verschlechterung des Gesundheitszustandes ein akustischer Alarm ausgelöst wurde. Sie waren daher in der Lage, bei einer Verschlechterung des Gesundheitszustandes des M sofort einzugreifen und ärztliche Hilfe herbeizuholen.

Entgegen der Auffassung des Landgerichts scheidet ein Ausnutzen nicht daran, dass der Angeklagte die Arg- und Wehrlosigkeit der schutzbereiten Pflegekräfte nicht gezielt herbeiführte, sie also weder von ihren pflegerischen Aufgaben gegenüber dem Tatopfer ablenkte noch sonst in Sicherheit wog (vgl. Eser in Schönke/Schröder, StGB 26. Aufl. § 211 Rdn. 25 m. w. N.). Er musste die schutzbereiten Dritten nicht ausschalten, um die Tötung des nicht mehr behüteten Tatopfers ungehindert durchführen zu können (so aber

missverständlich BGH NStZ 2006, 338, 339; Schneider in MünchKomm § 211 Rdn. 135). Für das Ausnutzen von Arg- und Wehrlosigkeit ist es - wie bei der Heimtücke gegenüber dem Tatopfer selbst, bei der es nicht darauf ankommt, ob der Täter die Arglosigkeit herbeiführte oder bestärkte - ausreichend, dass der Täter die von ihm erkannte Arglosigkeit eines schutzbereiten Dritten bewusst zur Tatbegehung ausnutzt, und zwar unabhängig davon, worauf diese beruht (vgl. BGHSt 8, 216, 219). Auch steht der Annahme von Heimtücke nicht entgegen, dass dem Angeklagten selbst eine besondere Schutzpflicht gegenüber dem Tatopfer oblag (vgl. BGHSt 8, 216, 219). Im Gegenteil: Als Pflegekraft auf der Intensivstation eines Krankenhauses missbrauchte er seine Kenntnisse und seine Stellung zu einem Angriff auf das Leben einer auch seinem Schutz unterliegenden Person und handelte daher in besonderer Weise hinterhältig.

#### *c. Kein Ausschluss der Heimtücke wegen Mitleid des Angeklagten*

Das Mordmerkmal der Heimtücke ist auch nicht deshalb zwangsläufig zu verneinen, weil der Angeklagte nach den Urteilsfeststellungen den Tod des M möglicherweise aus Mitleid herbeiführen wollte. Zwar kann es entfallen, wenn der Täter nicht aus einer feindseligen Haltung gegenüber dem Opfer heraus, sondern aus Mitleid gehandelt hat, um einem Todkranken schwerstes Leid zu ersparen. Es reicht jedoch nicht jede Mitleidsmotivation aus, um eine die Heimtücke prägende Gesinnung auszuschließen. Gerade in einer oberflächlich vorhandenen Mitleidsmotivation kann sich Feindseligkeit gegenüber dem Lebensrecht eines Schwerkranken äußern (vgl. BGHR StGB § 211 Abs. 2 Heimtücke 14), zumal wenn dieser - wie hier - im Koma liegt, deshalb seinen Zustand nicht realisiert sowie keine Schmerzen erleidet und seine Angehörigen um sein Leben kämpfen.

#### *III. Umfang der Aufhebung*

Wegen der aufgezeigten Rechtsfehler ist über den Tötungsvorsatz und die subjektive Tatseite der Heimtücke neu zu verhandeln und zu entscheiden. Die Feststellungen zum objektiven Tatgeschehen sind rechtsfehlerfrei getroffen worden und können deshalb bestehen bleiben (§ 353 Abs. 2 StPO). Die ihnen zugrunde liegende Beweiswürdigung lässt keinen Rechtsfehler zum Vor- oder Nachteil des Angeklagten erkennen. Ergänzende Feststellungen, die zu den bestehen bleibenden nicht in Widerspruch stehen, sind zulässig.

## Urteile in Fallstruktur

### Standort: Öffentliches Recht

### Problem: Wahlwerbung als Sondernutzung

VG MÜNCHEN, BESCHLUSS VOM 26.05.2006  
M 22 E 06.1484 (BAYVBL 2007, 732)

#### Problemdarstellung:

Im vorliegenden Fall ging es um die Frage, ob und in welchem Umfang der Ortsverband einer politischen Partei durch Aufstellen von Plakatständern für ihren Bürgermeisterkandidaten werben darf. Die Gemeinde hatte durch Verordnung eine Höchstzahl geregelt, die sich nach dem Erfolg der Partei bei vorausgegangenen Wahlen bestimmte. Folgende Probleme stellten sich:

I. Das Aufstellen von Plakatständern ist straßenrechtlich eine sog. Sondernutzung, für die nach den Straßen- und Wegegesetzen der Länder (hier: Art. 18 BayStrWG) ausnahmslos eine Erlaubnispflicht vorgesehen ist. Das VG entnahm Art. 18 BayStrWG i.V.m. Art. 21 GG aber zugleich - obwohl nicht explizit geregelt - einen Anspruch der Partei auf Erteilung einer solchen Erlaubnis für Wahlwerbung in der "heißen Phase" des Wahlkampfes. Damit liegt es auf einer Linie mit der st.Rspr. des BVerfG und des BVerwG.

II. Einen solchen Anspruch könne, so das VG weiter, grds. auch ein Ortsverband einklagen. Dieser sei insbesondere beteiligtenfähig. Dies zwar nicht über § 3 PartG, wohl aber über § 61 Nr. 2 VwGO, der durch § 3 PartG ergänzt, nicht verdrängt werde. § 3 PartG habe also nur erweiternde Bedeutung dort, wo sich die Beteiligtenfähigkeit nicht schon aus anderen Normen ergibt. Dies ist vor allem im Zivilprozess der Fall, weil es in der ZPO an einer § 61 Nr. 2 VwGO vergleichbaren Regelung fehlt (vgl. § 50 ZPO).

III. Der Anspruch ist jedoch nicht schrankenlos gewährleistet. Insbesondere erlaubt das bayerische Landesrecht einer Gemeinde, das Plakatieren durch Verordnung zu reglementieren. Ein Großteil der Entscheidung befasst sich mit der Wirksamkeit der von der Gemeinde erlassenen Verordnung, wobei das VG es i.E. für zulässig hält, die Anzahl der zur Verfügung stehenden Plakatständer nach dem Erfolg bei vorangegangenen Wahlen abzustufen. Dabei macht das Gericht auch recht konkrete Angaben dazu, was jeder Partei ungeachtet dessen in jedem Fall zur Verfügung stehen müsse, nämlich ein Plakat pro 100 Einwohner und mind. 5% von allen Plakatflächen. Damit lehnt sich das Gericht weit aus dem Fenster, denn das BVerwG betont stets, es komme für die Wirksamkeit von Beschrän-

kungen immer darauf an, ob der Partei im konkreten Einzelfall noch eine effektive Wahlwerbemöglichkeit verbleibe oder nicht. Dies hänge von einer Vielzahl von Umständen ab (neben reinen der Anzahl der Plakate z.B. auch die Öffentlichkeitswirksamkeit der Örtlichkeiten, ferner die Art der Wahl, alternative Werbemöglichkeiten usw.), sodass sich allgemeingültige Größenangaben nicht aufstellen ließen. Gleichwohl darf man die vom VG genannten Zahlen als Richtwerte ansehen.

#### Prüfungsrelevanz:

Die Entscheidung könnte mehr oder minder unverändert in eine Examenklausur übernommen werden.

Vorsicht bzgl. der Lösung des VG ist angebracht im Hinblick auf die Abstufung des zulässigen Plakatierens nach dem Erfolg der Parteien bei den vorangegangenen Wahlen. Das VG hält dies für zulässig und verweist zur Begründung u.a. auf § 5 I 2 PartG, welcher eine ähnliche Regelung enthält. Das BVerfG hat in einer früheren Entscheidung (BVerfGE 24, 300) die Wirksamkeit dieses § 5 I 2 PartG aber nur bejaht, weil es dort "insbesondere" nach dem Wahlerfolg geht, nicht ausschließlich. Sonst - so das BVerfG - hätten neu gegründete oder aus sonstigen Gründen bei früheren Wahlen nicht angetretene Parteien keine Chancengleichheit, wie sie Art. 3 I GG i.V.m. Art. 21 GG aber zwingend fordere (vgl. BVerfGE 24, 300, 355). Im vorliegenden Fall wurde *ausschließlich* auf den Wahlerfolg abgestellt, was nach den Entscheidungsgründen des BVerfG also gerade nicht zulässig war. Das VG geht hierauf allerdings mit keinem Wort ein.

#### Vertiefungshinweise:

❑ Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis für Wahlwerbung: *OVG Saarlouis*, NVwZ-RR 1999, 218; *VG Saarland*, ZfSch 2001, 339 (Ortsverband); *VG Gießen*, NVwZ-RR 2001, 417; *VG Düsseldorf*, NVwZ-RR 1997, 729 (Wählergruppe); *BVerwGE* 47, 280; 47, 293; *VGH Mannheim*, VGHE 23, 26 (Kreisverband); ablehnend für Ortsverein bei Bundestagswahlen *VGH Mannheim*, VBIBW 1987, 310

❑ Vorausgegangener Wahlerfolg als Kriterium für Differenzierungen unter Parteien: *BVerfGE* 24, 300, 354 ff; *OVG Hamburg*, NJW 1994, 71, 72

❑ Wahlwerbung durch Einwurf von Flugblättern in

Hausbriefkasten: BVerfG, RA 2002, 522 = AfP 2003, 35

**Kursprogramm:**

Examenskurs : "Der Krampf mit dem Wahlkampf"

**Leitsätze:**

**1. Ein CSU-Ortsverband ist im verwaltungsgerichtlichen Verfahren auf Genehmigung der Aufstellung von Wahlplakaten auf öffentlichen Straßen für einen von ihm nominierten Kandidaten zur Wahl des ersten Bürgermeisters nach § 61 Nr. 2 VwGO beteiligungsfähig.**

**2. Es ist nicht ermessensfehlerhaft, wenn eine Gemeinde die Vergabe von Plakatflächen für politische Parteien vor Wahlen kontingentiert und die Aufstellung von Wahlplakaten auf öffentlichen Straßen auf bestimmte Standorte beschränkt. Dabei kommt grundsätzlich auch eine Beschränkung der Wahlwerbung auf die von der Gemeinde zu diesem Zweck zur Verfügung gestellten Anschlagtafeln in Betracht.**

**3. Es ist nicht ermessensfehlerhaft, wenn eine Gemeinde bei der Vergabe von Plakatflächen für die Wahl zum ersten Bürgermeister hinsichtlich der Parteien, die Wahlvorschläge eingereicht haben, entsprechend deren Ergebnis bei der vorangegangenen Bürgermeisterwahl differenziert.**

**Sachverhalt:**

In einer bayerischen Gemeinde sollte am 16.7.2006 die Wahl des ersten Bürgermeisters stattfinden, bei der ein vom CSU-Ortsverband nominiertes Gemeinderatsmitglied gegen die amtierende SPD-Bürgermeisterin antrat. Der CSU-Ortsverband beantragte deshalb bei der Gemeinde, ab 4.6.2006 100 bewegliche Wahlplakatständer auf Gehsteigen und außerhalb von Verkehrsflächen liegenden Grundflächen im Gemeindegebiet aufstellen zu dürfen.

Dies wurde von der Gemeinde unter Hinweis auf die nach Art. 28 LStVG erlassene Plakatierungsverordnung der Gemeinde (PlakatV) abgelehnt. Darin wird die Aufstellung beweglicher Plakatständer auf öffentlichen Straßen zu Wahlwerbungszwecken durch politische Parteien oder Wählergruppen zum Schutz des Ortsbildes auf sechs Wochen vor und eine Woche nach Wahlen und Abstimmungen begrenzt und deren Anzahl auf maximal 20 Plakatständer pro Partei bzw. Wählergruppe beschränkt (§ 4 Abs. 1 PlakatV). Die genaue Anzahl der einer Partei zur Verfügung stehenden Plakatständer bestimmt sich dabei abgestuft nach ihrem Erfolg bei der letzten Kommunalwahl, wobei die CSU nach dem damaligen Ergebnis ihres Kandidaten von 44,2 % nur 20 Plakatständer beanspruchen könne (und damit weniger als die SPD, deren gewählte

Bürgermeisterin auf 55,8 % der Stimmen kam).

Der CSU-Ortsverband sieht in der Beschränkung auf 20 Plakatständer eine unzulässige Beschneidung seiner verfassungsmäßig garantierten Rechte, an der Willensbildung des Volkes mitzuwirken und beantragt Anfang Juni 2006 beim zuständigen Verwaltungsgericht (VG), die Gemeinde zur Erteilung einer Erlaubnis zum Aufstellen von 100 Plakatständern zu verpflichten. Wegen des nahenden Wahltermins sei besondere Eile geboten. G hingegen meint, die Beschränkungen der PlakatV seien zulässig und gelten für alle Parteien, sodass der CSU kein Nachteil entstünde. Außerdem stünden - was zutrifft - der CSU wie allen anderen Parteien weitere Werbeflächen auf gemeindeeigenen, großflächigen Plakatwänden zur Verfügung, sodass sie insgesamt auf jeden Fall auf ausreichende Werbeflächen komme. Und ein Ortsverband könne im Übrigen auch kein Gerichtsverfahren anstrengen.

Wie wird das VG über den Antrag des CSU-Ortsverbandes entscheiden?

*Auszug aus dem bayerischen Landesrecht:*

*Art. 28 I 1 BayLStrG:*

*"Zum Schutz des Orts- und Landschaftsbilds oder eines Natur-, Kunst- oder Kulturdenkmals können die Gemeinden durch Verordnung Anschläge, insbesondere Plakate, und Darstellungen durch Bildwerfer in der Öffentlichkeit auf bestimmte Flächen beschränken."*

*Art. 14 I BayStrWG:*

*"Die Benutzung der Straßen im Rahmen ihrer Widmung für den Verkehr (Gemeingebrauch) ist jedermann gestattet. Es ist kein Gemeingebrauch, wenn jemand die Straße nicht vorwiegend zum Verkehr, sondern zu anderen Zwecken benutzt."*

*Art. 18 I BayStrWG:*

*"Die Benutzung der Straßen über den Gemeingebrauch hinaus (Sondernutzung) bedarf der Erlaubnis der Straßenbaubehörde, in Ortsdurchfahrten der Erlaubnis der Gemeinde, wenn durch die Benutzung der Gemeingebrauch beeinträchtigt werden kann."*

*[Anm.: Die Gemeinde ist zugleich Straßenbaubehörde. Die CSU ist ein eingetragener Verein, ihre einzelnen Ortsverbände sind jedoch nicht eingetragen. Diese nehmen aber nach der Parteisatzung bestimmte Aufgaben wahr, zu denen auch die Aufstellung von Bürgermeisterkandidaten gehört.]*

**Lösung:**

Das VG wird dem Antrag stattgeben, soweit er zulässig und begründet ist.

## A. Zulässigkeit

### I. Verwaltungsrechtsweg

Der Verwaltungsrechtsweg könnte nach § 40 I 1 VwGO eröffnet sein. Dann müsste es sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art handeln. Öffentlich-rechtlich ist eine Streitigkeit, wenn die streitentscheidenden Normen solche des öffentlichen Rechts sind, was mit der modifizierten Subjektstheorie wiederum dann der Fall ist, wenn sie zwingend einen Hoheitsträger berechtigen oder verpflichten. Streitentscheidend sind hier die Art. 28 BayLStrG und 14, 18 BayStrWG, die eine Gemeinde - und damit einen Hoheitsträger berechtigen bzw. verpflichten. Also handelt es sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit. Diese ist auch nichtverfassungsrechtlicher Art, und abdrängende Sonderzuweisungen i.S.d. § 40 I 1 VwGO a.E. sind auch nicht ersichtlich, sodass der Verwaltungsrechtsweg eröffnet ist.

### II. Statthafte Antragsart

Fraglich ist, welche Antragsart hier statthaft ist. Wegen der besonderen zeitlichen Nähe zu den im Juli 2006 bevorstehenden Wahlen, auf die auch der CSU-Ortsverband (im Folgenden: Antragsteller -ASt.-) hinweist, handelt es sich bei dem im Juni 2006 gestellten Antrag um einen Antrag im vorläufigen Rechtsschutz. Dessen Statthafte bestimmt sich gem. §§ 88, 122 VwGO nach dem Antragsbegehren. Vorrangig ist gem. § 123 V VwGO an einen Antrag nach §§ 80 V 1, 80a VwGO zu denken, subsidiär käme ein Antrag nach § 123 I VwGo in Betracht.

#### 1. §§ 80 V 1, 80a VwGO

Ein Antrag nach §§ 80 V 1, 80a VwGO ist statthaft, soweit der Vollzug eines belastenden Verwaltungsakts droht und der ASt. Suspensiveffekt seines Widerspruchs oder seiner Anfechtungsklage begehrt, um den Vollzug zu verhindern. Hier droht jedoch nicht der Vollzug eines belastenden Verwaltungsakts, sondern der ASt. möchte, dass eine Erlaubnis erteilt, d.h. ein begünstigender Verwaltungsakt erlassen wird. Zudem hat er weder Widerspruch eingelegt noch Anfechtungsklage erhoben. Somit scheiden §§ 80 V 1, 80a VwGO als statthafte Antragsart aus.

#### 2. § 123 I VwGO

Es bleibt ein Antrag nach § 123 I VwGO, wobei das Gesetz zwischen der sog. Sicherungsanordnung nach § 123 I 1 VwGO und der sog. Regelungsanordnung nach § 123 I 2 VwGO unterscheidet. Während erstere dem Erhalt des status quo dient, soll der status quo bei letzterer erweitert werden. Dem ASt. geht es hier darum, seinen status quo zu erweitern, nämlich eine Erlaubnis zu erhalten, die er bisher noch nicht hat, und Plakatständer aufstellen zu dürfen, die er bisher noch nicht

aufgestellt hat. Also ist eine Regelungsanordnung nach § 123 I 2 VwGo statthaft.

### III. Antragsbefugnis

Zur Vermeidung von Popularanträgen ist analog § 42 II VwGO auch für Anträge im vorläufigen Rechtsschutz nach § 123 I VwGO eine Antragsbefugnis zu fordern. Diese sieht das VG als gegeben an:

“Dem Antragsteller kann [...] ein Recht gegenüber der Antragsgegnerin zustehen; er ist daher auch antragsbefugt (§ 42 Abs. 2 VwGO). Bei der Wahl des ersten Bürgermeisters handelt es sich zwar nicht um eine Parteienwahl, sondern um eine personenbezogene Direktwahl. Gleichwohl ist die Wahl des ersten Bürgermeisters auch keine reine Persönlichkeitswahl. Entsprechend den Vorgaben der Art. 21 Abs. 1, Art. 28 Abs. 1 GG wirken die Parteien vielmehr auch bei der Direktwahl der bayerischen Bürgermeister und Landräte als politischer Willensbildung des Volkes entscheidend mit.

Ebenso wie bei der Wahl der Gemeinderats- und Kreistagsmitglieder können Wahlvorschläge für die Bürgermeister- und Landratswahl gemäß Art. 45 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. Art. 24 Abs. 1 Satz 1 GLKrWG nur von politischen Parteien i.S. des Art. 21 GG, § 2 PartG und Wählergruppen nach vorheriger Aufstellung eines Kandidaten (vgl. Art. 29 GLKrWG) eingereicht werden. Eine einzelne Person kann für sich allein auch insoweit keinen Wahlvorschlag aufstellen und einreichen (Büchner, Kommunalwahlrecht in Bayern, Anm. 1 zu Art. 24 GLKrWG). Das Aufstellungs- und Vorschlagsrecht für die Wahl des ersten Bürgermeisters kommt nach § 12 Abs. 2 Nr. 8 Satzung der CSU dem Ortsverband als örtliche Angelegenheit zu. Da der Antragsteller dementsprechend eine eigene Kandidatin für die Wahl des ersten Bürgermeisters nominiert hat, kann ihm insoweit auch selbst ein Recht auf Durchführung von Wahlwerbung auf öffentlichen Straßen zustehen.”

### IV. Antragsgegner

Richtiger Antragsgegner ist im vorläufigen Rechtsschutz derjenige, welcher in der Hauptsache zu verklagen wäre. In der Hauptsache müsste der ASt. eine Verpflichtungsklage auf Erteilung einer Erlaubnis zum Aufstellen der 100 Plakatständer erheben. Diese wäre gem. § 78 I Nr. 1 VwGO gegen den Rechtsträger, hier also die Gemeinde zu richten. Da in Bayern auch Landesrecht i.S.d. § 78 I Nr. 2 VwGO nichts anderes bestimmt, ist die Gemeinde auch im vorläufigen Rechtsschutz die richtige Antragsgegnerin.

[Anm.: Im Originalfall hat das VG München zu § 78 VwGO kein Wort verloren. Im süddeutschen Raum wird die Norm als Regelung der Passivlegitimation angesehen und daher in der Begründetheit geprüft.

*Dies wäre hier aufbautechnisch also ebenfalls vertretbar gewesen.]*

#### V. Beteiligtenfähigkeit

Fraglich ist, ob Antragsteller und Antragsgegnerin beteiligtenfähig i.S.d. §§ 63, 61 VwGO sind.

##### 1. Antragsgegnerin

Für die Gemeinde als Ag. ergibt sich die Beteiligtenfähigkeit aus § 61 Nr. 1, 2. Fall VwGO. Gemeinden sind als Gebietskörperschaften juristische Personen des öffentlichen Rechts.

##### 2. Antragsteller

Problematisch ist hingegen die Beteiligtenfähigkeit des ASt. Die Ag. meint, ein Ortsverband einer politischen Partei könne keine Anträge vor dem VG stellen. Das sieht das VG München jedoch anders:

##### a. Aus § 3 PartG

“Der Antragsteller ist vorliegend beteiligungsfähig. Seine Beteiligungsfähigkeit ergibt sich allerdings nicht aus § 3 PartG. Danach kann eine politische Partei i.S. der Art. 21 GG, § 2 PartG unter ihrem Namen klagen und verklagt werden. Das Gleiche gilt für ihre Gebietsverbände der jeweils höchsten Stufe, sofern die Satzung der Partei nichts anderes bestimmt. Der antragstellende Ortsverband der CSU stellt jedoch die unterste Stufe dar (vgl. §§ 10 und 11 Satzung der CSU), die nicht durch § 3 PartG privilegiert wird.”

##### b. Aus § 61 Nr. 1 VwGO

“Der Antragsteller ist ferner - im Gegensatz zur Gesamtpartei (vgl. § 2 Satzung der CSU) - nicht im Vereinsregister eingetragen, sodass seine Beteiligungsfähigkeit auch nicht aus § 61 Nr. 1 Alt. 2 VwGO i.V.m. § 21 BGB folgt.”

##### c. Aus § 61 Nr. 2 VwGO

“Der Antragsteller ist jedoch als Vereinigung i. S. des § 61 Nr. 2 VwGO beteiligungsfähig. § 3 PartG enthält diesbezüglich keine abschließende Regelung, mit der die Beteiligungsfähigkeit niederer Gebietsverbände nach anderen Verfahrensvorschriften ausgeschlossen werden soll, sondern stellt eine privilegierende Sondervorschrift für die Gesamtpartei und ihre obersten Gebietsverbände vor allem für das zivilprozessuale Verfahren dar (BVerwGE 32, 333, 334). Danach kann der Ortsverband einer politischen Partei, soweit ihm ein Recht zustehen kann, in einem verwaltungsgerichtlichen Verfahren beteiligungsfähig sein, wenn er einen nichtrechtsfähigen Verein i.S. des § 54 Satz 1 BGB bildet. Hierfür ist erforderlich, dass der Ortsverband eine körperschaftliche Verfassung besitzt, einen Gesamtnamen führt, vom Wechsel der Mitglieder unabhängig ist und eigene Aufgaben selbstständig wahr-

nimmt. Dagegen ist unschädlich, wenn der Ortsverband nicht über eine eigene Satzung verfügt, sondern seine körperschaftliche Verfassung aus der Satzung der Gesamtpartei ableitet (OLG Bamberg, NJW 1982, 895).

Der antragstellende Ortsverband der CSU erfüllt alle notwendigen Merkmale eines nichtrechtsfähigen Vereins. Nach §§ 11 ff. Satzung der CSU ist er eine körperschaftlich organisierte Personenvereinigung und nimmt seine Aufgaben selbst wahr. Sein Vorstand wird nicht von einer übergeordneten Stelle eingesetzt, sondern von den Mitgliedern des Ortsverbands gewählt (§ 12 Abs. 2 Nr. 5 Satzung der CSU). §§ 12 und 14 Satzung der CSU weisen ihm bzw. seinem Vorstand eigene Aufgaben zu, die der räumlichen Beschränkung und der Stellung des Ortsverbands Rechnung tragen.”

#### VI. Allg. Rechtsschutzinteresse

An einem allgemeinen Rechtsschutzinteresse für einen gerichtlichen Antrag nach § 123 I VwGO fehlt es, wenn der ASt. sein Ziel auf einfachere, schnellere Weise erreichen kann.

##### 1. Antrag an die Behörde

Als vorrangiges Mittel kommt vor allem ein Antrag auf Erlaubniserteilung an die zuständige Behörde in Betracht. Hier hat der ASt. erfolglos versucht, eine Erlaubnis zum Aufstellen der Plakatständer von der Gemeinde zu erlangen.

*[Anm.: Im Originalfall fehlte es an einem solchen Antrag an die Behörde. Das VG hat deshalb schon Zweifel an der Zulässigkeit des gerichtlichen Antrags geäußert, dies nach den folgenden Erwägungen zur Begründetheit aber i.E. offen gelassen. In einer Examensklausur muss die Zulässigkeit hingegen entschieden werden. Im Falle der Unzulässigkeit darf die Begründetheit nur noch (hilfsweise) geprüft werden, wenn die Fallfrage oder der Bearbeitervermerk es fordern.]*

##### 2. Sonstige Alternativen

Als anderes, dem Antrag nach § 123 I VwGO vorzugswürdiges Mittel könnte ein Vorgehen gegen die PlakatV oder die Einschaltung der Kommunalaufsicht in Betracht kommen. Das VG verneint dies aber schon im Ansatz wegen der unterschiedlichen Streitgegenstände:

“Dem Eilantrag fehlt jedenfalls mit Blick darauf, dass der Antragsteller parallel bei der zuständigen Rechtsaufsichtsbehörde nach Art. 49 LWG beantragt hat, § 4 PlakatV aufzuheben bzw. bis zur Wahl außer Vollzug zu setzen, sowie hinsichtlich der daneben bestehenden Möglichkeit, im Rahmen eines Normenkontrollantrags vor dem BayVGH den Erlass einer einstweiligen An-



ordnung nach § 47 Abs. 6 VwGO zu beantragen, nicht das erforderliche Rechtsschutzbedürfnis, da der Antragsteller damit lediglich Maßnahmen mit Bezug auf die PlakatV erwirken, nicht aber die Durchsetzung des mit dem vorliegenden Eilantrag verfolgten Anspruchs auf Gestattung der Aufstellung von 100 Wahlplakaten erreichen könnte.”

Der Antrag ist nach alledem zulässig.

### B. Begründetheit

Ein Antrag nach § 123 I 2 VwGO ist gem. §§ 123 III VwGO, 920 II, 294 ZPO begründet, soweit der Antragsteller einen Anordnungsgrund und einen Anordnungsanspruch glaubhaft gemacht hat.

#### I. Anordnungsgrund

Den Anordnungsgrund sieht das VG hier im angesichts der bevorstehenden Wahl bestehenden Eilinteresse:

“Der Antragsteller hat einen Anordnungsgrund glaubhaft gemacht, da er vorgetragen hat, ab 4.6.2006 Wahlplakatständer aufstellen zu wollen, und sein Begehren daher eilbedürftig ist. Dem Erlass einer einstweiligen Anordnung stünde insoweit auch nicht entgegen, dass damit die Hauptsacheentscheidung vorweggenommen würde. Das Verbot der Vorwegnahme der Entscheidung in der Hauptsache gilt dann nicht, wenn die Versagung der Anordnung zu einem irreparablen Zustand führte und effektiver Rechtsschutz deshalb nur im Anordnungsverfahren gewährt werden kann. Dies ist bei einem Verfahren, in dem eine politische Partei unmittelbar vor einer Wahl die Verbesserung ihrer Werbemöglichkeiten erstrebt, wegen des drohenden Zeitablaufs regelmäßig der Fall (VG Neustadt, NJW 1969, 2251). Diese Voraussetzungen sind hier zu bejahen, da der Antragsteller vor dem Wahltag am 16.7.2006 eine Entscheidung in der Hauptsache nicht erhalten kann und im Hinblick auf den Beginn der Wahlvorbereitungen und die heiße Wahlkampfphase über den geltend gemachten Anspruch zu entscheiden ist.”

#### II. Anordnungsanspruch

Fraglich ist jedoch, ob dem ASt. ein Anspruch auf Erteilung einer Erlaubnis zum Aufstellen der 100 Plakatständer gegen die Ag. zusteht.

##### 1. Aus Art. 14 BayStrWG

Ein solcher folgt schon deshalb nicht aus Art. 14 BayStrWG, weil der dort geregelte Gemeingebrauch gerade nicht erlaubnispflichtig ist. Im Übrigen handelt es sich beim Aufstellen von Plakatständern auf Gehwegen und öffentlichen Grünflächen nach Ansicht des VG auch nicht um Gemeingebrauch:

”Nach Art. 14 Abs. 1 BayStrWG ist die Benutzung der Straßen im Rahmen ihrer Widmung für den Verkehr

(Gemeingebrauch) jedermann gestattet. Es ist kein Gemeingebrauch, wenn jemand die Straßen nicht vorwiegend zum Verkehr, sondern zu anderen Zwecken benutzt. Dies ist beim Aufstellen von Wahlplakatständern offensichtlich der Fall, da insoweit ein anderer Zweck, eben die Wahlwerbung, im Vordergrund steht. Gehsteige, begleitende Grünanlagen und andere öffentliche Grundstücke außerhalb von Verkehrsflächen sind widmungsgemäß grundsätzlich dem Fußgängerverkehr vorbehalten.”

##### 2. Aus Art. 18 BayStrG i.V.m. Art. 21 GG

Ein Anspruch könnte sich aber aus Art. 18 BayStrWG ergeben. Fraglich ist zunächst die Anspruchsqualität der Norm, die zwar eine Erlaubnis fordert, jedoch zumindest ihrem Wortlaut nach nichts über einen Anspruch auf deren Erteilung aussagt. Das VG entnimmt Art. 18 BayStrWG jedoch - in Übereinstimmung mit der st.Rspr. von BVerfG und BVerwG - jedenfalls einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über die Erlaubniserteilung, der sich für politische Parteien im Wahlkampf über Art. 21 I, 28 I 2 und 38 I GG regelmäßig auf null verdichtet:

“Dabei gewährt Bundesverfassungsrecht grundsätzlich einen Anspruch auf Erteilung der erforderlichen Sondernutzungserlaubnis, der darauf gerichtet ist, den Parteien Wahlsichtwerbung auf öffentlichen Straßen zu ermöglichen. Die Bedeutung von Wahlen für einen demokratischen Staat (vgl. Art. 28 Abs. 1 Satz 2 und Art. 38 Abs. 1 GG) und die Bedeutung der Parteien für solche Wahlen, wie sie sich aus Art. 21 GG und §§ 1 ff. PartG ergibt, schränken das behördliche Ermessen bei der Entscheidung über die Erlaubnis zum Aufstellen von Wahlplakaten durch Parteien in so erheblichem Umfang ein, dass jedenfalls für den Regelfall ein grundsätzlicher Anspruch einer Partei auf Erlaubnis besteht. Die Sichtwerbung für Wahlen gehört heute zu den üblichen Mitteln im Wahlkampf der politischen Parteien und ist zu einem wichtigen Bestandteil der Wahlvorbereitung in der heutigen Demokratie geworden. Sie darf als gewissermaßen selbstverständliches Wahlkampfmittel daher durch gänzliche oder auch nur weitgehende Verweigerung vorgesehener Erlaubnisse grundsätzlich nicht beschnitten werden (BVerwGE 56, 56; 56, 63).”

##### a. Erlaubnispflichtige Sondernutzung

Dann müsste es sich beim Aufstellen der 100 Plakatständer auf Gehwegen und Grünflächen zunächst um eine erlaubnispflichtige Sondernutzung handeln. Dies ergibt sich im Grunde schon daraus, dass es sich nicht um Gemeingebrauch handelt. Ergänzend führt das VG aus:

“Das Aufstellen der Wahlplakatständer zu Wahlwerbungszwecken auf öffentlichen Straßen ist damit Sondernutzung nach Art. 18 Abs. 1 Satz 1 BayStrWG, da die

Straße über den Gemeingebrauch hinaus benutzt werden soll. Hierzu bedarf es der Erlaubnis der Straßenbaubehörde bzw. in Ortsdurchfahrten der Erlaubnis der Gemeinde, hier also jeweils der Antragsgegnerin, soweit durch die Benutzung der Gemeingebrauch beeinträchtigt werden kann. Eine Beeinträchtigung des Gemeingebrauchs durch das Aufstellen von Plakatständern auf Gehwegen oder in Grünanlagen liegt dabei auf der Hand. Der grundsätzliche Erlaubnisvorbehalt bei der Sondernutzung für politische Straßenwerbung, die über den rein kommunikativen Verkehr hinaus geht, ist auch verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, da auch die Benutzung von Straßen zu anderen als Verkehrszwecken durch politische Parteien zu Wahlkampfzwecken grundsätzlich nicht vom Gemeingebrauch i.S. des Art. 14 BayStrWG umfasst ist (BVerwGE 56, 56; 56, 63; BayVGH, BayVBl. 1998, 118).“

#### *b. Antrag*

Die Sondernutzungserlaubnis ist bei der zuständigen Behörde zu beantragen. Einen solchen Antrag hat die ASt. hier, wie schon zum allg. Rechtsschutzinteresse ausgeführt, Anfang Juni 2006 gestellt.

#### *c. Begrenzung nach § 4 PlakatV*

Weitere Voraussetzungen regelt Art. 18 BayStrWG nicht. Allerdings beschränkt die von der Gemeinde erlassene PlakatV in § 4 das Aufstellen von Plakatständern je nach Erfolg der Partei bei vorausgegangenen Wahlen auf eine gewisse Anzahl, im Fall der ASt. auf 20 Plakatständer. Eine wirksame Einschränkung des Anspruchs der ASt. ist damit jedoch nur verbunden, wenn die PlakatV ihrerseits wirksam ist. Dann dürfte sie nicht gegen höherrangiges Recht verstoßen.

#### *aa. Rechtsgrundlage*

Rechtsgrundlage für den Erlass der PlakatV ist Art. 28 I 1 BayLStrG. Danach dürfen Gemeinden u.a. zum Schutz des Orts- und Landschaftsbilds durch Verordnung Anschläge, insbesondere Plakate, in der Öffentlichkeit auf bestimmte Flächen beschränken.

#### *bb. Formelle Rechtmäßigkeit*

Von einem formell ordnungsgemäßen Zustandekommen der Verordnung ist mangels gegenteiliger Anhaltspunkte im Sachverhalt auszugehen.

#### *cc. Materielle Rechtmäßigkeit*

Fraglich ist, ob die materiellen Voraussetzungen, die Art. 28 I BayLStrG und andere Normen an den Erlass der Verordnung stellen, beachtet worden sind.

#### *(1). Anschläge*

Zunächst müsste es sich bei den in § 4 PlakatV kontingierten Plakatständern um “Anschläge” i.S.d. Art.

28 I BayLStrG handeln. Dies bejaht das VG in einem kurzen Ergebnissatz:

“Art. 28 Abs. 1 LStVG bezieht sich auf Anschläge, die nicht gewerblichen Zwecken dienen und die nicht ortsfest angebracht sind, und erstreckt sich daher insbesondere auf die politische Werbung (BayObLG, BayVBl. 1980, 411).“

#### *(2). Weitere Voraussetzungen in Art. 28 BayLStrG*

Weitere Voraussetzungen regelt Art. 28 I BayLStrG nicht. Das VG geht daher von einer weitgehenden Gestaltungsfreiheit der Gemeinden bei der Umsetzung der Verordnungsermächtigung aus:

“Die Gemeinden sollen dadurch die Möglichkeit erhalten, ihr Ortsbild als die durch die örtliche Bebauung geprägte Ansicht eines Ortes bzw. Ortsteiles nicht durch unkontrollierte Anschläge (“wildes Plakatieren”) schmälern zu lassen. Der Schutz des Orts- und Landschaftsbildes ist gegenüber ungehinderten Anschlägen ein Belang von höherem Rang. Eine besondere Schutzwürdigkeit des Orts- oder Landschaftsbildes etwa i. S. des Naturschutzrechts ist hierfür nicht erforderlich. Die Verordnung kann auf das gesamte Ortsgebiet erstreckt werden, es kann aber auch lediglich ein Ortsteil geschützt werden. Die zulässigen Anschläge können auf bestimmte Flächen beschränkt und im Übrigen verboten werden.”

#### *(3). Schranken aus anderen Rechtsnormen*

Allerdings können sich weitere Beschränkungen aus sonstigen Rechtsnormen ergeben. Das VG sieht diese in Bezug auf die Einschränkung von Wahlwerbung durch die Parteien insbesondere im Verfassungsrecht, namentlich in der Meinungsfreiheit des Art. 5 I 1 GG und der Aufgabe der Parteien, nach Art. 21 I GG an der Willensbildung des Volkes mitzuwirken:

“Im Hinblick auf Art. 5 Abs. 1 GG und die Funktion der politischen Parteien (Art. 21 Abs. 1 GG, § 1 PartG) muss in Verordnungen nach Art. 28 Abs. 1 LStrG der Werbung für politische Parteien und Wählergruppen allerdings genügend Raum gegeben werden, insbesondere während angemessener Zeit vor Wahlen und Abstimmungen (BVerfG, BayVBl. 2002, 271; NVwZ 2002, 467). Bei der Festsetzung der Beschränkung hat der Ordnungsgeber abzuwägen zwischen dem Schutzzweck des Art. 28 LStVG einerseits und dem öffentlichen Interesse, das an ausreichenden Flächen für öffentliche Anschläge besteht. Mit Rücksicht auf die besondere Bedeutung der Wahlen für den demokratischen Staat, die Bedeutung der Parteien und Wählergruppen für solche Wahlen und den zeitlich eingegrenzten Zweck der Wahlwerbung (Art. 21 GG, §§ 1 ff. PartG, Art. 38 Abs. 1 Satz 1 und Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG) muss die Verordnung der Werbung für politische Parteien und Wählergruppen genügend Raum geben, insbesondere in angemessener Zeit vor

Wahlen und Abstimmungen.”

*(a). Zahl der Plakate*

Fraglich ist, welches Mindestmaß an Wahlwerbung den Parteien danach einzuräumen ist. Im Gegensatz zum BVerwG, das die Angabe von Zahlen stets vermieden hat, wird das VG dabei recht konkret:

“Es hängt[...] von den Umständen des Einzelfalls ab, unter welchen Voraussetzungen den Parteien jeweils eine nach Umfang (Zahl der Stellplätze) und Aufstellungsort (Werbewirksamkeit des Anbringungsortes) angemessene Werbemöglichkeit eingeräumt wird, um ihnen wirksame Wahlpropaganda zu ermöglichen. Insofern ist auch nach der Art der Wahl sowie der Größe der Gemeinde zu differenzieren. Die Rechtmäßigkeit der Beschränkung der Plakatierungsmöglichkeiten beurteilt sich demgemäß danach, ob im Hinblick auf die Anzahl der an der Wahl teilnehmenden Parteien und Wählergruppen eine ausreichende Anzahl von Plakatierungsmöglichkeiten insgesamt zugelassen wird, sowie danach, ob die Gesamtzahl der Plakatierungen in einem angemessenen Verhältnis auf die einzelnen Parteien und Wählergruppen verteilt worden ist. Die Plakatierungsmöglichkeiten müssen hinreichend dicht sein, um den Parteien und Wählergruppen gewissermaßen flächendeckend Wahlwerbung im gesamten Gemeindegebiet zu ermöglichen und den nötigen Raum zur Selbstdarstellung zu geben.

In Anlehnung an das einschlägige Wahlrecht stellt sich der hiernach maßgebliche allgemeine Wahlbezirk als ein abgegrenzter Bereich dar, der auch als sachgerechter Maßstab für die Abgrenzung einer angemessenen Wahlsichtwerbung dienen kann. Die angemessene Selbstdarstellung der Parteien erscheint jedenfalls dann noch gewährleistet, wenn jede Partei rechnerisch in jedem Wahlbezirk mindestens eine Möglichkeit zur Wahlsichtwerbung besitzt. Obwohl das BVerwG (BVerwGE 56, 56; 56, 63) ausdrücklich von der Festlegung einer Mindestanzahl an Plakatierungsmöglichkeiten abgesehen hat, wird es als erforderlich, aber auch als ausreichend angesehen, dass - jedenfalls in Großstädten - ein Aufstellungsort für je 100 Einwohner zur Verfügung steht (VG Gelsenkirchen, NWVB1 1999, 106 -Bundestagswahl; VG Gießen, NVwZ-RR 2001, 417 -Kommunalwahl). [...] Um die bestehenden Verhältnisse nicht durch die Beschränkung der Wahlwerbungsmöglichkeiten zu verfestigen, sind den einzelnen Parteien und Wählergruppen dabei mindestens 5% der Gesamtzahl der Plakatierungsmöglichkeiten zur Verfügung zu stellen.”

Da weder die Einwohnerzahl der Gemeinde noch die Gesamtzahl der Plakatierungsmöglichkeiten bekannt sind, lässt sich ein Verstoß gegen die Vorgabe von einer Plakatierungsmöglichkeit je 100 Einwohner bei mindestens 5% Anteil jeder Partei an den Gesamtflä-

chen nicht feststellen. § 4 PlakatV beschränkt auch nur das Aufstellen von beweglichen Plakatständern, nicht das Plakatieren insgesamt. Zudem stehen in der Gemeinde weitere Flächen zu Werbezwecken mit Plakaten zur Verfügung.

*(b). Abstufung nach den vorausgegangenen Wahlerfolgen*

Das VG hält es darüber hinaus in Anlehnung an § 5 I 2 PartG für zulässig, die Anzahl der zulässigerweise aufstellbaren Plakatständer nach dem Erfolg der Partei bei vorausgegangenen Wahlen zu bemessen, und dies, obschon es sich bei der hier vorliegenden Bürgermeisterwahl um eine Personenwahl handelt, an der die Parteien nur mittelbar beteiligt sind:

“Darüber hinaus kann sich die Verteilung nach dem Grundsatz der abgestuften Chancengleichheit des § 5 Abs. 1 Satz 2 PartG (dieser ist verfassungsgemäß, BVerfGE 24, 300, 354) an der Bedeutung der Partei, insbesondere an deren letzten Wahlergebnissen bemessen. Jedoch ist kleineren Parteien und Wählergruppen im Verhältnis zu den großen Parteien grundsätzlich eine überproportionale, großzügig bemessene Mindestzahl an Plakatstellplätzen zuzuerkennen, während diese Zahl bei den großen Parteien entsprechend zu kürzen ist, damit diese nicht schon durch die bloße Menge der Plakate der großen Parteien ohne Wirkung bleiben. Die zulässige Grenze ist dabei überschritten, wenn der größten Partei mehr als etwa das Vier- bis Fünffache an Stellplätzen eingeräumt wird als der kleinsten Partei (vgl. VG Frankfurt/Main, HGZ 1999, 236). [...]

Dabei handelt die Antragsgegnerin nicht ermessensfehlerhaft, wenn sie dem Antragsteller als Träger eines eigenen Wahlvorschlags nicht genauso viel Plakatflächen zur Verfügung stellt wie der amtierenden Bürgermeisterin, sondern bei der Vergabe der Plakatflächen die Ergebnisse der letzten Bürgermeisterwahl im Jahr 2000 berücksichtigt, bei der lediglich zwei von der SPD bzw. der CSU unterstützte Kandidaten angetreten sind und bei der die Kandidatin der SPD 55,8 %, der Kandidat der CSU 44,2 % der abgegebenen Stimmen auf sich vereinigen konnte. Bei der Bürgermeisterwahl handelt es sich, wie [oben] ausgeführt, nicht um eine Parteienwahl, sondern um eine personenbezogene Direktwahl, sodass der Grundsatz der abgestuften Chancengleichheit nach § 5 Abs. 1 Satz 2 PartG jedenfalls nicht direkt anwendbar ist. Gleichwohl ist die Direktwahl des ersten Bürgermeisters auch keine reine Persönlichkeitswahl, sodass aus Art. 3 Abs. 1 GG nicht automatisch folgt, dass im Vorfeld von Bürgermeisterwahlen allen Kandidaten in gleichem Umfang die Möglichkeit der Wahlwerbung durch Plakatierung der gleichen Anzahl an Wahlplakaten auf bereitgestellten Anschlagflächen gegeben werden muss. Wie bei einer Parteienwahl ist auch bei einer Personenwahl insoweit zu bedenken, dass bei einer formalen Gleich-

behandlung aller Kandidaten eine Verfälschung eintreten könnte, weil der Anschein des gleichen Gewichts aller Kandidaten erweckt und der Wähler über die wahre Bedeutung des einzelnen Kandidaten getäuscht würde. Es ist daher nicht zu beanstanden, wenn die Antragsgegnerin bei der Vergabe von Plakatflächen für die Wahl zum ersten Bürgermeister hinsichtlich der Parteien, die (gemeinsame) Wahlvorschläge eingereicht haben, entsprechend deren Ergebnis bei der vorangegangenen Bürgermeisterwahl differenziert. Damit kann dem Aspekt der Persönlichkeitswahl am besten Rechnung getragen werden (VG Darmstadt v. 24. 9. 1997, HGZ 1999, 67).“

#### d. Zwischenergebnis

Die PlakatV der Gemeinde, insbesondere die in deren § 4 enthaltene Beschränkung des Aufstellens von Plakatständern, ist wirksam. Damit war auch der Anspruch der ASt. auf das Aufstellen von 20 Plakatständern beschränkt, die ihr nach dem Ergebnis der vorangegangenen Wahl zustehen. Einen darüber hinausgehenden Anspruch kann sie auch aus § 18 BayStrWG i. V. m. den verfassungsrechtlichen Vorgaben der Art. 5, 21, 28 I 2 und 38 I GG nicht ableiten.

[Anm.: Wäre der Anspruch nicht schon an § 4 PlakatV gescheitert, wäre weiter zu prüfen gewesen, ob er nicht noch anderen Schranken unterliegt. Das VG denkt insoweit folgende Möglichkeiten an, ohne ihnen im Einzelnen nachzugehen:

“Eine beabsichtigte Wahlplakatwerbung darf abgelehnt werden, wenn sie zu einer Verkehrsgefährdung führen würde. Gleichfalls ist die Gemeinde berechtigt, dafür zu sorgen, dass eine wochenlange Verschandelung und Verschmutzung des Ortsbildes durch sogenanntes “wildes Plakatieren” verhindert wird. Ähnliche und möglicherweise noch weitergehende Schranken können sich im Einzelfall etwa aus der Notwendigkeit ergeben, einen besonders schätzenswerten historischen Stadtkern von einer Sichtwerbung für Wahlzwecke gänzlich freizuhalten oder dort der Wahlpropaganda nach den Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit engere Grenzen zu setzen als anderswo.”]

#### III. Ergebnis

Weitere Anspruchsgrundlagen sind nicht ersichtlich, sodass die ASt. einen Anordnungsanspruch nicht glaubhaft gemacht hat. Ihr Antrag ist somit unbegründet, das VG wird ihn ablehnen.

## Standort: Maklerrecht

## Problem: Anspruch auf Maklerlohn / Kongruenz

BGH, URTEIL VOM 13.12.2007

III ZR 163/07 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

### Problemdarstellung:

Die Bekl. suchte eine Vier-Zimmer-Wohnung und wollte diese als Alleineigentümerin erwerben. Die Kl., eine Maklerin, überreichte der Bekl. im August 2005 ein Exposé über ein Zweifamilienhaus nebst Verkaufsangebot und Objektbeschreibung. In dem Angebot wurde weiterhin auch auf die Provisionspflichtigkeit der Tätigkeit der Kl. hingewiesen. Etwa 3 1/2 Monate danach kam es im Dezember zum Abschluss eines Kaufvertrages zwischen der Eigentümerin und der Bekl. sowie deren Bruder nebst dessen Ehefrau. Die Eigentümer teilten den Grundbesitz in zwei Eigentumswohnungen und verkauften am selben Tag in einer einzigen notariellen Urkunde, je einen hälftigen Miteigentumsanteil verbunden mit dem Sondereigentum an die Bekl. und ihren Bruder nebst Ehefrau.

Die auf Verurteilung der Bekl. zur Zahlung der geforderten Provision gerichtete Klage ist in den Vorinstanzen erfolgreich gewesen. Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Bekl. ihren Klageabweisungsantrag - erfolglos - weiter.

### Prüfungsrelevanz:

In dieser Entscheidung hatte sich der erkennende Senat

mit dem Maklerrecht auseinander zu setzen.

Das Maklerwesen ist sowohl im ersten, als auch im zweiten Staatsexamen von Bedeutung und wird bisweilen etwas stiefmütterlich behandelt.

Der Kern der Betrachtung war hier die Frage der Kongruenz. Das heisst, dass der aufgrund des Nachweises geschlossene Hauptvertrag von dem Vertag, dessen Abschluss der Makler nach dem Maklerauftrag nachweisen sollte (sog. beabsichtigter Vertrag) in inhaltlicher und persönlicher Hinsicht nicht wesentlich abweichen darf (Karlsruhe, NJW-RR 2003, 1695; Büchner, ZfIR 2005, 310). Vorliegend konnte auf den ersten Blick sowohl am Vorliegen der persönlichen, als auch an dem Vorliegen der inhaltlichen bzw. wirtschaftlichen Kongruenz gezweifelt werden.

Wirtschaftliche Kongruenz liegt dann vor, wenn der Auftraggeber mit dem abgeschlossenen Hauptvertrag den gleichen Erfolg erzielt (BGH, NJW 1988, 967). Originär kam es der Bekl. darauf an, Alleineigentum zu erwerben. Tatsächlich erwarb sie Teil- und Wohnungseigentum. Ob die Kongruenz zu bejahen ist, ist eine Frage des Einzelfalles. Hier lag die Kongruenz in wirtschaftlicher Hinsicht deshalb vor, weil die Bekl. und ihr Bruder sowie dessen Ehefrau nicht nur verwandtschaftlich eng miteinander verbunden sind, sondern sie räumten sich darüber hinausgehend im Kaufvertrag wechselseitig Vorkaufsrechte für die jeweils andere Wohnung ein. Die enge Verbindung zwischen

beiden wird hier noch durch die Tatsache verdeutlicht, dass beide Käufe in einer Urkunde und im unmittelbaren Nachgang zur Teilungserklärung beurkundet wurden. Weiterhin verpflichteten sich beide gesamtschuldnerisch für die jeweils andere Kaufpreisforderung zu haften. Auch finanzierte der Vater der Bekl. ihr und ihrem Bruder den Erwerb der Wohnungen. Aus all diesen Aspekten kam der erkennende Senat zu dem Ergebnis, dass bei einer Gesamtbetrachtung der Erwerb beider Wohnungen so eng miteinander verknüpft ist, dass er wirtschaftlich als ein einheitlicher Vorgang erscheint, den die Bekl. sich in Bezug auf den Maklervertrag mit der Kl. als Kauf des Gesamtobjekts zurechnen lassen muss.

Ein weiteres Problem stellte sich im Rahmen der Kausalität der durch die Kl. erbrachten Maklerleistungen für den Abschluss des Hauptvertrages. Hier lag ein Zeitraum von 3 1/2 Monaten zwischen der Übergabe des Expose und dem Abschluss des Hauptvertrages. Wenn der Makler die Gelegenheit zum Vertragsabschluss nachgewiesen hat und seiner Tätigkeit der Abschluss des Hauptvertrags in angemessenem Zeitabstand folgt, ergibt sich daraus grundsätzlich der Schluss auf den Ursachenzusammenhang zwischen beiden im Sinne einer Vermutungswirkung (z.B. BGHZ 141, 40 und BGH, NJW 2006, 3062). Als angemessener Zeitabstand, der diese Schlussfolgerung rechtfertigt, sind in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs vier Monate, drei bis fünf Monate (BGH, NJW 1980, 123) und mehr als ein halbes Jahr (BGH, NJW 2005, 3779, 3781) angesehen worden. Demnach konnte vorliegend das Zeitmoment die Kausalität nicht beseitigen. Im Übrigen reicht zur Bejahung der Kausalität aus, dass der Makler wenigstens mitursächlich geworden ist (vgl. BGH, DB 1988, 1798).

Unter Berücksichtigung der Auffassung der Revision vermochte der erkennende Senat zu keinem anderen Ergebnis als die unterinstanzlichen Gerichte zu gelangen. Der Zahlungsanspruch der Kl. gem. § 652 I 1 BGB ist gegeben.

#### **Vertiefungshinweise:**

Zum Abschluss eines Maklervertrages nach eindeutigen Provisionsverlangen: *BGH*, RA 2002, 215 = *NJW* 2002, 817; *BGH*, RA 2002, 468 = *NJW* 2002, 1945

Zur Kausalitätsvermutung bei Kauf 15/20 Monate nach Maklernachweis: *BGH*, *NJW* 2006, 667 = *NZM* 2006, 667

Verwirkung des Lohnanspruchs wegen Doppeltätigkeit: *BGH*, RA 2000, 710 = *NJW* 2000, 1945

Maklerprovision bei Abschluss eines Hauptvertrages durch einen Dritten: *OLG Frankfurt a.M.*, RA 2000, 107 = *MDR* 2000, 24

Hinweispflichten des Grundstücksmaklers: *BGH*, RA 2005, 645

Schlüssiges Angebot auf Abschluss des Maklervertrages durch Übergabe eines Exposes: RA 2007, 370 = *NJW* 2007, 1982

#### **Kursprogramm:**

*Examenskurs:* "Das Versehen"

*Assessorkurs:* "Jugendstil in Dortmund"

*Assessorkurs:* "Partnersuche"

#### **Leitsätze:**

**a. Die nur vorübergehende Aufgabe der Absicht des Kunden eines Nachweismaklers, das angebotene Objekt zu erwerben, führt, sofern der Vertragsabschluss dem Nachweis in angemessenem Abstand folgt, nur ausnahmsweise zur Unterbrechung des notwendigen Ursachenzusammenhangs zwischen der Maklerleistung und dem Erfolgseintritt (Fortführung des Senatsurteils BGHZ 141, 40).**

**b. Die erforderliche Kongruenz zwischen dem geschlossenen und dem nach dem Maklervertrag beabsichtigten Hauptvertrag kann auch dann bestehen, wenn der Maklerkunde an einem Grundstück - anders als in dem Maklerangebot vorgesehen - kein Alleineigentum, sondern lediglich ein hälftiges Miteigentum verbunden mit Teil- und Wohnungseigentum erwirbt, während sein Bruder und dessen Ehefrau die andere Hälfte kaufen.**

#### **Sachverhalt:**

Die Kl. verlangt von der Bekl. die Zahlung einer Maklerprovision. Die Bekl. war bei der Immobilienabteilung der Kl. als Kaufinteressentin für eine Vier-Zimmer-Wohnung vorgemerkt. Ihr wurde am 12.08.2005 ein Verkaufsangebot samt Objektbeschreibung über ein Zwei-Familien-Haus in R. zu einem Preis von 409.000 € überlassen. Das Angebot enthielt auch den Hinweis, dass im Erfolgsfall eine Käuferprovision von 3,48 % des Kaufpreises entstehe. Am 29.08.2005 besichtigte die Bekl. das Objekt in Begleitung ihres Vaters und in Anwesenheit eines Mitarbeiters der Kl.. Zu einem Erwerb der Immobilie kam es zunächst nicht. Nach 3 1/2 Monaten traten die Parteien wieder in Kontakt und im Dezember kam es dann zum Abschluss eines Vertrages. Die Eigentümer teilten aufgrund notariell beurkundeter Erklärung vom 06.12.2005 den Grundbesitz in zwei Eigentumswohnungen. Am selben Tag verkauften sie in einer einzigen notariellen Urkunde je einen hälftigen Miteigentumsanteil verbunden mit dem Sondereigentum an je einer der Wohnungen und Nebenräumen an die Bekl. einerseits, sowie deren Bruder und dessen Ehefrau andererseits für jeweils 175.000 €, d.h. es wurde ein

Preisnachlass in Höhe von etwa 15 % gewährt. Die Käufer räumten sich wechselseitige Vorkaufsrechte ein und verpflichteten sich gegenüber den Verkäufern gesamtschuldnerisch zur Zahlung des vollen Kaufpreises. Der Vater der Bekl. finanzierte die Käufe beider seiner Kinder. Allerdings wurde keine Courtage an die Kl. entrichtet.

Die Kl. stellte der Bekl. als Maklerprovision 12.180 € (= 3,48 v.H. von 350.000 €) unter dem 09.01.2006 in Rechnung, die diese nicht beglich.

Hat die Kl. einen Anspruch auf Zahlung der Maklercourtage ?

### **Lösung:**

Fraglich ist, ob die Kl. von der Bekl. die Zahlung des Maklerlohnes in Höhe von 12.800 € verlangen kann. Die Kl. müsste einen Anspruch auf Zahlung des Maklerlohnes gem. § 652 I 1 BGB haben.

#### *I. Abschluss eines wirksamen Maklervertrags*

Dazu müsste zunächst ein wirksamer Maklervertrag zwischen den Parteien geschlossen worden sein. Ein Maklervertrag kommt gem. §§ 145 ff BGB durch zwei übereinstimmende Willenserklärungen zustande, mithin durch Angebot und Annahme (Palandt-Heinrichs, § 145 Rn. 1).

Vorliegend hat es spätestens am 12.08.2005 eine Einigung dahingehend gegeben, dass zwischen den Parteien ein Maklervertrag über das mit dem Zwei-Familien-Haus bebaute Grundstück in R. zustande gekommen ist.

#### *II. Erbringung der Maklerleistung*

Die Kl. müsste zudem die Maklerleistung erbracht haben. Als Maklerleistung kommen in Betracht die Erbringung des Nachweises oder die Vermittlung. Der Nachweis der Gelegenheit zum Abschluss eines Vertrages besteht in der Mitteilung des Maklers an seinen Auftraggeber, durch die dieser in die Lage versetzt wird, in konkrete Verhandlungen über den von ihm angestrebten Hauptvertrag einzusteigen (BGH, NJW 2005, 754).

Demgegenüber liegt die Vermittlung dann vor, wenn der Makler bewusst und aktiv auf die Willensbildung des Vertragspartners des Auftraggebers einwirkt, um dessen Bereitschaft zum Abschluss des Hauptvertrages zu fördern (BGH, NJW 1976, 1884). Was der Makler im jeweiligen Einzelfall leisten soll, ist durch Auslegung zu ermitteln (Palandt-Sprau, § 652 Rn 11).

Eine aktive Einwirkung auf die Willensbildung des möglichen Vertragspartners des Kunden war nicht gewollt. Vielmehr sollte die Kl. vorliegend den Interessen des Kunden entsprechende Objekte aufzeigen, über die dann konkret verhandelt werden sollte. Demnach schuldete die Kl. lediglich den Nachweis des Ob-

jektes.

Diesen Nachweis müsste die Kl. auch erbracht haben. Die Kl. überreichte der Bekl. ein Exposé inklusive eines Verkaufsangebots und einer Objektbeschreibung, in dem sämtliche Angaben enthalten waren, die für die Kaufentscheidung der Bekl. von Relevanz waren. Zudem ist es am 29.08.2005 unter Mitwirkung einer Mitarbeiterin der Kl. zu einer Objektbesichtigung gekommen. Daher ist die vereinbarte Maklerleistung seitens der Kl. erbracht worden.

#### *III. Abschluss eines wirksamen Hauptvertrages*

Es müsste des weiteren zum Abschluss eines wirksamen Hauptvertrages gekommen sein. Gem. § 652 I 1 BGB steht dem Makler der Provisionsanspruch nur zu, wenn der Vertrag gültig mit einem Dritten zustande kommt. In Betracht kommt jede Art von Vertrag zwischen beliebigen Personen (Palandt-Sprau, § 652 Rn 28). Die Bekl. müsste mit dem Grundeigentümer einen wirksamen Kaufvertrag gem. §§ 433, 311 b I 1 BGB geschlossen haben. Unter dem 06.12.2005 teilten die Eigentümer den Grundbesitz in zwei Eigentumswohnungen und verkauften am gleichen Tag in einer einzigen notariellen Urkunde je einen hälftigen Miteigentumsanteil verbunden mit dem Sondereigentum an je einer der Wohnungen und Nebenräumen an die Bekl. einerseits sowie deren Bruder und dessen Ehefrau andererseits für jeweils 175.000 €. Zweifel an der Wirksamkeit des Vertrages bestehen nicht.

Demnach ist auch ein wirksamer Hauptvertrag zustande gekommen.

*[Anm.: Der Makler darf keine Partei des Hauptvertrages sein. Dabei ist nicht nur die formale rechtliche Identität provisionsschädlich. Es kommt vielmehr auf die zugrunde liegende Gesamtsituation, insbesondere die wirtschaftlichen Verhältnisse an. Entscheidend soll dabei sein, ob der Makler und der Dritte die Fähigkeit zur jeweils selbständigen Willensbildung haben (BGH, NJW 1985, 2473). Ist der Hauptvertragspartner in diesem Sinne nicht Dritter, ist ein Provisionsanspruch nicht gegeben und kann auch nicht in AGB vereinbart werden (Palandt-Sprau, § 652 Rn 29; BGH 112, 240; MDR 1992, 562). Gleiches gilt für eine Verpflechtung des Maklers mit der anderen Partei des Hauptvertrages. Eine Verpflechtung liegt insbesondere vor, wenn der Makler und die Vertragspartei derart wirtschaftlich identisch sind, dass eine selbständige Entscheidungsbefugnis des Maklers oder der Partei fehlt, also entweder der Makler aufgrund organisatorischer Gegebenheiten auf die Partei (BGH, NJW 1971, 1839) oder umgekehrt die Partei auf den Makler einen beherrschenden Einfluss ausübt (Dehner, NJW 1997 18). Beispielsweise scheidet eine Provisionspflicht dann aus, wenn der Makler an der Gesellschaft, die Vertragsgegner seines Auftraggebers ist, nicht nur unbe-*

*deutend beteiligt ist, wobei der BGH eine 25-% Beteiligung bei enger persönlicher und räumlicher Verpflegung für ausreichend erachtet hatte (BGH, DB 1976, 2203).]*

#### *IV. Kausalität zwischen der Erbringung der Maklerleistung und dem Abschluss des Hauptvertrages*

Die erbrachte Maklerleistung müsste kausal für den Abschluss des Hauptvertrages gewesen sein. Zu beachten ist hier, dass zwischen der Übergabe des Expose und dem Abschluss des Hauptvertrages etwa 3 1/2 Monate vergangen sind.

##### *1. Zeitpunkt als Faktor der Kausalität*

Fraglich ist, innerhalb welchen Zeitraums von der Kausalität ausgegangen werden kann.

“[10] (...) Wenn der Makler die Gelegenheit zum Vertragsschluss nachgewiesen hat und seiner Tätigkeit der Abschluss des Hauptvertrags in angemessenem Zeitabstand folgt, ergibt sich daraus der Schluss auf den Ursachenzusammenhang zwischen beiden von selbst (z.B. Senatsurteile BGHZ 141, 40, 44 und vom 06.07.2006 - III ZR 379/04 - NJW 2006, 3062, 3063 Rn. 18). Als angemessener Zeitabstand, der diese Schlussfolgerung rechtfertigt, sind in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs vier Monate (Senatsurteil BGHZ aaO S. 43), ca. drei bis fünf Monate (BGH, Urteil vom 26.09.1979 - IV ZR 92/78 - NJW 1980, 123) und mehr als ein halbes Jahr (Senatsurteil vom 22.09.2005 - III ZR 393/04 - NJW 2005, 3779, 3781) angesehen worden.”

Da hier zwischen der Übersendung des Immobilienangebots am 12.08.2005 und dem Abschluss des Kaufvertrages am 06.12.2005 lediglich etwa 3 1/2 Monate lagen, bewegt sich dieser Zeitraum im unteren Bereich des Rahmens, innerhalb dessen ein "angemessener Zeitabstand" zwischen dem Maklernachweis und dem Abschluss des Hauptvertrages liegt. Also streitet für die Ursächlichkeit der Tätigkeit der Kl. für den Abschluss des Kaufvertrages eine Vermutung.

##### *2. Mitursächlichkeit ausreichend*

Die vom Makler entfaltete Nachweistätigkeit muss für den Abschluss des Hauptvertrages nicht allein oder hauptsächlich, sondern wenigstens mitursächlich geworden sein (BGH, DB 1988, 1798).

“[12] Zur Wahrung des notwendigen Ursachenzusammenhangs genügt allerdings der Hinweis auf ein mögliches Vertragsobjekt für sich allein nicht. Erforderlich ist vielmehr, dass der Hauptvertrag sich zumindest auch als Ergebnis einer für den Erwerb wesentlichen Maklerleistung darstellt; es reicht nicht, dass die Maklertätigkeit für den Erfolg auf anderem Weg adäquat-kausal geworden ist. Der Makler wird nicht für den Erfolg schlechthin belohnt, sondern für einen Arbeitserfolg; Maklertätigkeit und darauf beruhender Erfolgs-

eintritt haben als Anspruchsvoraussetzungen gleiches Gewicht (z.B. Senatsurteile BGHZ 141, 40, 45; vom 23.11.2006 - III ZR 52/06 - NJW-RR 2007, 402, 403 Rn. 13 und vom 18.01.1996 - III ZR 71/95 - NJW-RR 1996, 691 m.w.N.). Neben der Feststellung der Ursachen für den Abschluss des Hauptvertrages ist es jeweils ein dem Tatrichter obliegender Akt wertender Beurteilung im Einzelfall, wie diese Ursachen zu gewichten sind und ob die Maklerleistung als wesentlich für den Vertragsabschluss anzusehen ist (BGHZ aaO).”

Hier überreichte die Kl. der Bekl. das Expose, wodurch die Bekl. überhaupt erst auf das Objekt aufmerksam wurde. Zudem hat die Kl. am 29.08.2005 an der Besichtigung des streitgegenständlichen Objektes durch die Bekl. mitgewirkt. Zweifel an der Mitursächlichkeit bestehen also nicht.

##### *3. Andere Betrachtung bei Zerschlagung der Verkaufsabsichten durch den Eigentümer*

Fraglich ist, ob die Mitursächlichkeit durch eine Zerschlagung der Verkaufsabsichten seitens des Eigentümers beseitigt worden ist.

“[13] Ein Provisionsanspruch entsteht allerdings nicht, wenn der Makler seinem Auftraggeber eine Möglichkeit zum Erwerb eines Objekts nachweist, diese Gelegenheit sich aber zerschlägt, weil der Eigentümer die Verkaufsabsicht endgültig aufgegeben oder sich für einen anderen Interessenten entschieden hat, es aber gleichwohl unter veränderten Umständen später zum Vertragsschluss kommt (Senatsurteile BGHZ aaO S. 46; und vom 23.11.2006 aaO Rn. 14; BGH, Urteile vom 20.03.1991 - IV ZR 93/90 - NJW-RR 1991, 950 und vom 16.05.1990 - IV ZR 337/88 - NJW-RR 1990, 1008 f; vgl. auch OLG Karlsruhe NJW-RR 1995, 753 für den Fall, dass der Verkäufer Auftraggeber des Maklers war und der Käufer seine Erwerbsabsicht aufgegeben hat). Voraussetzung für den Honoraranspruch des Maklers ist nämlich, dass der in Aussicht genommene Vertragspartner des Kunden auch tatsächlich bereit ist, über das Objekt den in Rede stehenden Vertrag zu schließen (BGHZ aaO).

[14] Eine solche Fallgestaltung liegt hier nicht vor. Die Verkäufer haben ihre Veräußerungsabsichten bis zum Abschluss des Vertrags mit der Bekl. und ihren Familienangehörigen nicht aufgegeben. Der Nachweis der Kl. bezog sich damit auf eine tatsächlich bestehende Vertragsgelegenheit, die auch nicht später durch eine anderweitige Entschließung der Verkäuferseite gegenstandslos wurde. Mit diesem Nachweis war die Tätigkeit der Kl. erschöpft. Dass der Vertrag schließlich nach dem von der Bekl. behaupteten Abbruch der Verhandlungen ohne die weitere Mitwirkung der Kl. zustande kam, steht ihrem Provisionsanspruch nicht entgegen. Folgt der Vertragsschluss der Nachweisleistung - wie hier - in angemessenem Zeit-

abstand nach, besteht kein Anlass, deren Wesentlichkeit für das Zustandekommen des Hauptvertrags, die vorrangig an dem zu messen ist, was der Makler vertraglich übernommen hat, in Frage zu stellen (BGHZ aaO S. 47). Soweit demgegenüber vertreten wird, die zwischenzeitliche ernsthafte Abstandnahme des Auftraggebers des Maklers von seiner Absicht, das nachgewiesene Objekt zu erwerben oder zu verkaufen, unterbreche ebenfalls den Ursachenzusammenhang zwischen der Nachweisleistung und dem späteren Abschluss des Hauptvertrags (OLG Bamberg NJW-RR 1998, 565, 566; Roth in MünchKommBGB, 4. Aufl. § 652 Rn. 184; ders. Anm. zum Senatsurteil BGHZ aaO in LM § 652 Nr. 145 Bl. 3, 4; kritisch hierzu: OLG Hamburg ZMR 2004, 45 f), bedarf es hier keiner Entscheidung, ob dies für alle in Betracht kommenden Fälle abzulehnen ist. Jedoch kann einem nur vorübergehenden Sinneswandel bei der notwendigen einzelfallbezogenen Gewichtung der Nachweisleistung für das Zustandekommen des Vertrags nur ausnahmsweise die ausschlaggebende Bedeutung zukommen. Es hält sich deshalb im Beurteilungsspielraum des Tatrichters, wenn er in Fallkonstellationen wie der vorliegenden, von einem wesentlichen Kausalitätsbeitrag des von dem Makler geleisteten Nachweises für den Abschluss des Kaufvertrags ausgeht und der vorübergehenden Aufgabe der Absicht des Maklerkunden, das angebotene Objekt zu erwerben, nicht das entscheidende Gewicht beimisst (vgl. BGHZ aaO und BGH, Urteil vom 20.03.1991 aaO S. 951)."

Folglich ist die Leistung der Kl. für den Abschluss des Hauptvertrages ursächlich geworden.

#### V. Kongruenz

Zwischen dem Hauptvertrag und dem in der Nachweisleistung anvisierten Vertrag muss eine Kongruenz bestehen. Eine Kongruenz ist nicht mehr gegeben, sofern der aufgrund des Nachweises geschlossene Hauptvertrag von dem Vertrag, dessen Abschluss der Makler nach dem Maklerauftrag nachweisen sollte (sog. beabsichtigter Vertrag), in inhaltlicher und / oder persönlicher Hinsicht wesentlich abweicht (Karlsruhe, NJW-RR 2003, 1695; Büchner, ZfIR 2005, 310).

"[16] Nach § 652 I 1 BGB steht dem Makler eine Vergütung nur zu, wenn der beabsichtigte Vertrag tatsächlich zustande kommt. Führt die Tätigkeit des Maklers zum Abschluss eines Vertrages mit anderem Inhalt, so entsteht kein Anspruch auf Maklerlohn. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz kommt aber dann in Betracht, wenn der Kunde mit dem tatsächlich abgeschlossenen Vertrag wirtschaftlich denselben Erfolg erzielt. Dabei sind stets die Besonderheiten des Einzelfalles maßgebend. Ob sie vorliegen, ist in erster Linie eine Frage der tatrichterlichen Beurteilung (z.B. Senatsurteile vom 08.04.2004 - III ZR 20/03 - NJW-RR 2004, 851, 852 und vom 20.11.1997 - III ZR 57/96

- BGHR BGB § 652 I 1, Identität, wirtschaftliche 8; BGH, Urteil vom 28.01.1987 - IVa ZR 45/85 - NJW 1987, 1628)."

Fraglich ist, wie es sich auswirkt, dass die Bekl. an dem betreffenden Grundstück, anders als im Maklervertrag vorgesehen, lediglich hälftiges Miteigentum verbunden mit Teil- und Wohnungseigentum erwarb, während der Bruder der Bekl. die andere Hälfte erwarb.

#### 1. Wirtschaftliche bzw. inhaltliche Kongruenz

Zu prüfen ist, ob Kongruenz in inhaltlicher oder wirtschaftlicher Hinsicht angenommen werden kann. Dies ist dann der Fall, wenn der abgeschlossene Hauptvertrag sich inhaltlich mit dem beabsichtigten Vertrag deckt oder der Auftraggeber wirtschaftlich den gleichen Erfolg erzielt (BGH, NJW 1988, 967).

Eine inhaltliche Kongruenz scheidet wegen der unterschiedlichen Zielrichtung der Verträge, d.h. der Erwerb von Alleineigentum im Vergleich zum tatsächlich erworbenen Teil- und Wohnungseigentum aus. Es bleibt nunmehr zu klären, ob Kongruenz in wirtschaftlicher Hinsicht angenommen werden kann.

#### a. Grundsätzliche Erwägungen zur wirtschaftlichen Kongruenz

"[19] Zwar hat der Bundesgerichtshof die wirtschaftliche Kongruenz teilweise in Fällen verneint, in denen der Erwerber statt des vorgesehenen Alleineigentums an einem Grundstück nur Miteigentum an einem ideellen Viertel oder einer ideellen Hälfte erwarb (BGH, Urteile vom 15.02.1984 - IVa ZR 150/82 - WM 1984, 560 f und vom 18.04.1973 - IV ZR 6/72 - WM 1973, 814, 815; siehe ferner OLG Karlsruhe NJW-RR 2003, 1695, 1696: Maklervertrag betreffend Alleineigentum an einer Doppelhaushälfte und Erwerb dieser Hälfte als Wohnungseigentum; ferner auch OLG Düsseldorf NJW-RR 2000, 1504). Überdies ist es grundsätzlich erforderlich, dass der Hauptvertrag zwischen dem Dritten und dem Auftraggeber des Maklers zustande kommt (BGH, Urteil vom 04.03.1992 - IV ZR 297/90 - NJW-RR 1992, 687).

[20] Gleichwohl ist die Kongruenz zwischen dem vom Makler nachgewiesenen und dem tatsächlich zustande gekommenen Hauptvertrag nicht stets zu verneinen, wenn der Kunde nicht das im Maklernachweis vorgesehene Alleineigentum, sondern nur Mit-, Teil- und Wohnungseigentum erwirbt oder wenn eine andere Person als der Auftraggeber des Maklers den Hauptvertrag schließt.

So hat der Bundesgerichtshof klargestellt, dass die wirtschaftliche Gleichwertigkeit des Hauptvertrags, mit dessen Nachweis ein Makler beauftragt war, nicht notwendig zu verneinen ist, wenn der Maklervertrag auf den Erwerb eines mit einem Wohn- und Geschäftshaus bebauten Grundstücks zur Gänze gerichtet war,



der Kunde jedoch im Ergebnis lediglich anteilmäßig überwiegendes Teil- und Wohnungseigentum erwerben konnte (BGH, Urteil vom 28.01.1987 - IVa ZR 45/85 - NJW 1987, 1628), und wenn der Auftraggeber des Maklers statt des vorgesehenen Alleineigentums das nachgewiesene Grundstück lediglich zur ideellen Hälfte erwirbt (BGH, Urteil vom 04.10.1995 - IV ZR 73/94 - NJW-RR 1996, 113).

[22] Darüber hinaus entspricht es der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, dass bei besonders engen persönlichen oder wirtschaftlichen Bindungen zwischen dem Auftraggeber des Maklers und der Partei des Hauptvertrages dessen Abschluss für die Verpflichtung zur Zahlung einer Maklerprovision einem eigenen Geschäft des Auftraggebers gleichzusetzen sein kann. In solchen Fällen kann der Kunde nicht die Vorteile, die sich aus der Tätigkeit des von ihm beauftragten Maklers ergeben, für sich in Anspruch nehmen, die damit verbundenen Nachteile, das heißt die Zahlung eines Maklerlohns, jedoch ablehnen (Senatsurteil vom 08.04.2004 - III ZR 20/03 - NJW-RR 2004, 851, 852 m.w.N.). Umstände solcher Art können etwa vorliegen, wenn der Auftraggeber des Maklers an dem abgeschlossenen Geschäft selbst weitgehend beteiligt ist, oder wenn zwischen dem Kunden und dem Erwerber eine feste, auf Dauer angelegte, in der Regel familien- oder gesellschaftsrechtliche Bindung besteht (Senat aaO m.w.N.). Insbesondere hat der Senat eine solche Bindung für möglich gehalten, wenn statt des Auftraggebers dessen Bruder und Vater den Hauptvertrag schließen (aaO)."

#### *b. Wirtschaftliche Kongruenz im vorliegenden Fall*

Die Bekl. und ihr Bruder sowie dessen Ehefrau sind nicht nur verwandtschaftlich eng miteinander verbunden, sondern sie räumten sich im Kaufvertrag wechselseitige Vorkaufsrechte für die jeweils andere Wohnung ein. Die enge Verbindung zwischen beiden wird noch durch die Tatsache verdeutlicht, dass beide Käufe in einer Urkunde und im unmittelbaren Nachgang zur Teilungserklärung beurkundet wurden. Zudem verpflichteten sich beide Erwerber gesamtschuldnerisch für die jeweils andere Kaufpreisforderung zu haften. Gleiches gilt für den Gesichtspunkt, dass der Vater der Beklagten ihr und ihrem Bruder den Erwerb der Wohnungen finanzierte.

Diese vorstehenden Aspekte führen dazu, dass bei einer Gesamtbetrachtung der Erwerb beider Wohnungen so eng miteinander verklammert ist, dass er wirtschaftlich als ein einheitlicher Vorgang erscheint, den die Bekl. sich in Bezug auf den Maklervertrag mit der Kl.

als Kauf des Gesamtobjekts zurechnen lassen muss. Ein abweichendes Ergebnis ist auch vor dem Hintergrund des Preisnachlasses in Höhe von etwa 15 % nicht zu bejahen. Der Nachlass ist nicht so erheblich, als dass durch ihn die notwendige Kongruenz des abgeschlossenen Vertrags mit der nachgewiesenen Gelegenheit in Frage gestellt wäre (a.A. Brdgb., NJW 2000, 1505).

Vorliegend ist daher in Übereinstimmung mit den obig angeführten, abstrakten Erwägungen die wirtschaftliche Kongruenz zu bejahen.

#### *2. Persönliche Kongruenz*

Fraglich ist, ob die Kongruenz auch in persönlicher Hinsicht zu bejahen ist. Die persönliche Kongruenz liegt dann vor, wenn der Hauptvertrag zwischen den in dem Maklervertrag vorgesehenen Personen zustande kommt (BGH, NJW 1992, 687). Problematisch erscheint vorliegend, dass die Eigentümer einen Vertrag mit dem Bruder der Bekl. und der Bekl. selbst geschlossen haben, der Bruder jedoch nicht Partei des Maklervertrages war. In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass die Bekl. in einem sehr engen, familiären Verhältnis zu dem Dritten, ihrem Bruder steht (vgl. dazu BGH, NJW-RR 2004, 851). Weiterhin ist die Person des Dritten grundsätzlich nur bedeutsam, wenn nach dem Maklervertrag das Geschäft mit einer bestimmten Person abgeschlossen werden soll (Hamm, NJW-RR 1995, 820). Davon ist hier nach dem Sachverhalt nicht auszugehen. Weiterhin ist die Bekl. schließlich jedenfalls auch Vertragspartei geworden. Unter ergänzender Berücksichtigung der Erwägungen zur wirtschaftlichen Kongruenz ist auch die persönliche Kongruenz gegeben.

Damit liegen sämtliche Voraussetzungen zur Begründung des Zahlungsanspruchs gem. § 652 I BGB vor. Der Zahlungsanspruch ist daher mit dem Vollwirksamwerden des Hauptvertrages entstanden. Fällig ist der Zahlungsanspruch mit der Entstehung (Palandt-Sprau, § 652 Rn 54).

#### *VI. Einwendungen und Einreden*

Weder rechtsvernichtende Einwendungen, noch rechtshemmende Einreden sind vorliegend ersichtlich. Der Anspruch ist mithin nicht erloschen und durchsetzbar.

Der Anspruch der Kl. gegen die Bekl. gem. § 652 I 1 BGB besteht.

**Standort: § 227 StGB****Problem: Unmittelbarkeitszusammenhang**

BGH, URTEIL VOM 23.10.2007

1 STR 238/07 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

**Problemdarstellung:**

Das spätere Opfer, das schwerst drogenabhängig war, hatte sich in die Behandlung des Angeklagten, eines Arztes, begeben, um bei diesem einen sog. "Turboentzug" durchzuführen. Diese Maßnahme, bei der der Entzug innerhalb kürzester Zeit insb. durch die Verabreichung eines den Körper schwer belastenden Medikamentencocktails herbeigeführt werden soll, stellt innerhalb der Medizin nur eine Außenseitermethode dar. Der Angeklagte vertritt insofern selbst unter den Anhängern dieser Methode eine Mindermeinung, weil er es nicht für erforderlich erachtet, den Patienten vor der Behandlung auf ein einziges Opiat einzustellen. Das Opfer hatte vor Beginn der Behandlung eine Einwilligungserklärung unterzeichnet, wobei der Angeklagte ihm ausdrücklich zugesichert hatte, dass noch nie ein Patient bei einem "Turboentzug" gestorben sei, obwohl zuvor eine Patientin im Rahmen einer solchen Maßnahme den Tod gefunden hatte. Bevor der Angeklagte mit der Behandlung begann, hatte das Opfer - ohne Wissen des Angeklagten - mehrere Opiate zu sich genommen. Im Rahmen des "Turboentzuges", bei dem das Opfer unter Narkose stand, unterließ es der Angeklagte, das Opfer durchgehend zu überwachen, sodass er ein Lungenödem und eine Lungenentzündung, zu denen es im Rahmen der Behandlung kam, nicht rechtzeitig entdeckte. Das Opfer verstarb, wobei nicht geklärt werden konnte, welche der beiden Beeinträchtigungen der Lunge den Tod letztendlich herbeigeführt hatte.

Das LG Traunstein verurteilte den Angeklagten wegen Körperverletzung, § 223 I StGB, durch das Verabreichen der Medikamente und wegen fahrlässiger Tötung (durch Unterlassen), §§ 222, 13 I StGB, wegen der unzureichenden Überwachung. Eine Strafbarkeit wegen Körperverletzung mit Todesfolge, § 227 I StGB, lehnte das LG ab, da es möglich sei, dass das Opfer auch ohne Durchführung des Turboentzugs aufgrund der eigenmächtigen Einnahme der Opiate zu Tode gekommen wäre. Der BGH hob das Urteil bzgl. der Verneinung von § 227 I StGB auf.

**Prüfungsrelevanz:**

Der vorliegende Fall bietet Anlass zu Ausführungen bzgl. der Begehung von Körperverletzungsdelikten durch ärztliche Heileingriffe, der Voraussetzungen eine rechtfertigenden und hypothetischen Einwilligung und zur Diskussion der Frage und des Unmittelbarkeits- bzw. Pflichtwidrigkeitszusammen-

hanges bei Fahrlässigkeitsdelikten. All diese Probleme gehören zu den Klassikern des Examenstoffes in beiden Examen, sodass damit gerechnet werden kann, dass die vorliegende Entscheidung in absehbarer Zeit in mündlichen Prüfungen und - mit erweitertem Sachverhalt - in Klausuren auftauchen wird.

Zunächst befasst sich der BGH im vorliegenden Fall mit der Frage, ob eine ärztliche Heilbehandlung eine tatbestandliche Körperverletzung darstellen kann (vgl. hierzu die Darstellung bei Schönke/Schröder-Eser, § 223 Rn 28 ff.). Während dies von der herrschenden Literatur - mit Unterschieden im Detail - jedenfalls dann abgelehnt wird, wenn die Maßnahme medizinisch indiziert, kunstgerecht und erfolgreich ist (Lackner/Kühl, § 223 Rn 8 f.; Schönke/Schröder-Eser, § 223 Rn 32 ff.; Hardwig, GA 1965, 163), nimmt die Rechtsprechung auch in diesen Fällen den Tatbestand des § 223 I StGB an, sodass der Arzt einer Rechtfertigung, insb. durch Einwilligung des Patienten, bedarf (BGHSt 11, 111; 43, 306, 308; BGH, NStZ 1996, 34; Jäger, JuS 2000, 31, 34). Diese Rechtsprechung führt der BGH in der vorliegenden Entscheidung fort.

Damit die - zumindest nach der Rechtsprechung erforderliche - rechtfertigende Einwilligung des Patienten in die Behandlung wirksam ist, muss der Patient vor Abgabe der Einwilligungserklärung über Art, Chancen und Risiken der geplanten Behandlung aufgeklärt werden (BGH, NStZ 2004, 442; Fischer, § 228 Rn 13; Schönke/Schröder-Eser, § 223 Rn 40 ff.; Herrmann, MedR 1988, 4). Fehlt es an dieser Aufklärung, ist die erklärte Einwilligung zwar unwirksam, nach h.M. kommt dann jedoch noch eine hypothetische Einwilligung als Rechtfertigungsgrund in Betracht, wenn sich feststellen lässt, dass der Patient auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung in die konkrete Behandlung eingewilligt hätte (BGH, NStZ-RR 2004, 16; Fischer, § 223 Rn 16a; a.A.: Joecks, Vor § 32 Rn 36b). In der vorliegenden Entscheidung betont der BGH jedoch, dass sich die hypothetische Einwilligung stets nur auf eine kunstgerecht (lege artis) durchgeführte Behandlung beziehen kann.

Schließlich befasst sich der BGH noch mit den Voraussetzungen für eine Strafbarkeit wegen eines erfolgsqualifizierten Delikts. Ein solches setzt nach h.M. stets einen Unmittelbarkeitszusammenhang zwischen Grunddelikt und schwerer Folge in dem Sinne voraus, dass sich die schwere Folge als Resultat einer deliktsspezifischen Gefahr des Grunddelikts darstellen muss (BGH, NStZ 2001, 478; NStZ-RR 2007, 76; Fischer, § 227 Rn 3; Wessels/Hillenkamp, Rn 299). In der vorliegenden Entscheidung betont der BGH, dass es an dem erforderlichen Unmittelbarkeitszusammenhang fehlt, wenn der Erfolg auch bei pflichtgemäßen Verhalten

eingetreten wäre, sodass er für den Täter unvermeidbar war. Dieser sog. Pflichtwidrigkeitszusammenhang ist nicht nur bei Erfolgsqualifikationen, sondern allgemein bei allen Delikten zu prüfen, bei denen der Erfolg fahrlässig herbeigeführt werden muss, was gem. § 18 StGB aber auch bei Erfolgsqualifikationen der Fall ist (BGHSt 49, 1, 4 ff.; Fischer, Vor § 13 Rn 29; Schönke/Schröder-Cramer/Sternberg-Lieben, § 15 Rn 129, 173 ff.; Wessels/Beulke, Rn 675 ff.).

#### Vertiefungshinweise:

□ Zu ärztlichen Heileingriffen als Körperverletzungen: BGHSt 11, 112; 35, 246; BGH, NStZ 1996, 34; NJW 2000, 885; Duttge, MedR 2005, 706; Jäger, JuS 2000, 31; Kargl, GA 2001, 538; Müller, DRiZ 1998, 115; Stächel, StV 1998, 100

□ Zur Aufklärungspflicht bei Einwilligung in eine ärztliche Heilbehandlung: BGH, NStZ 1981, 351; 1996, 34; 2003, 657; 2004, 442; NStZ-RR 2006, 59; Herrmann, MedR 1988, 4; Riemenschneider/Paetzold, NJW 1997, 2421; Ulsenheimer, StV 2007, 77

□ Zur hypothetischen Einwilligung: BGH, NStZ-RR 2004, 16; 2007, 340 = RA 2007, 535; Kuhlen, JR 2004, 227; Mitsch, JZ 2005, 279; Rönau, JZ 2004, 801

□ Zum pflichtgemäßen Alternativverhalten bei fahrlässigen Erfolgsdelikten: BGHSt 11, 1; 33, 61; 49, 1; Duttge, NStZ 2006, 266; Puppe, NStZ 2004, 555; Saliger, JZ 2004, 977; Schatz, NStZ 2003, 581

#### Kursprogramm:

□ Examenskurs: "Kunstfehler"

#### Leitsätze (der Redaktion):

**1. Ärztliche Heileingriffe erfüllen den Tatbestand der vorsätzlichen Körperverletzung und bedürfen daher grundsätzlich der Einwilligung des Patienten, um rechtmäßig zu sein. Die Einwilligung kann aber wirksam nur erteilt werden, wenn der Patient in gebotener Weise über den Eingriff, seinen Verlauf, seine Erfolgsaussichten, Risiken und mögliche Behandlungsalternativen aufgeklärt worden ist**

**2. Eine Einwilligung oder hypothetische Einwilligung in einen ärztlichen Heileingriff bezieht sich nur auf eine nach dem Stand der medizinischen Wissenschaft ("lege artis") durchgeführte Heilbehandlung.**

**3. Bei fahrlässigen Erfolgsdelikten, zu denen im Sinne von § 18 StGB auch die erfolgsqualifizierten Delikte gehören, entfällt der ursächliche Zusammenhang zwischen dem pflichtwidrigen Verhalten und dem Tötungs- und Verletzungserfolg, wenn der gleiche Erfolg auch bei pflichtgemäßem Verhalten des Täters eingetreten, der Erfolg also für ihn un-**

**vermeidbar gewesen wäre.**

#### Sachverhalt:

A, ein niedergelassener Arzt, betrieb ab Anfang 1996 neben seiner Praxis eine Therapiestation zur Behandlung von Drogenabhängigen. Bis zum Januar 1999 führte er dort an 75 Patienten einen narkosegestützten Opiat- und Arzneimittelentzug (sog. "Turboentzug") durch. Am 15.01.1999 ab 14.30 Uhr erfolgte ein solcher "Turboentzug" auch bei dem damals 33-jährigen Patienten K, der während der Behandlung verstarb.

K hatte seit seiner Jugend Betäubungs- und Arzneimittelmissbrauch, insbesondere phasenweise massiven Heroinkonsum betrieben. Zwei stationäre Klinikaufenthalte mit dem Ziel eines Entzugs hatte er abgebrochen; eine weitere stationäre Therapie hatte nur vorübergehenden Erfolg. Zuletzt wurde K mit Methadon substituiert; hinzu trat ein unkontrollierter Beikonsum von anderen Betäubungsmitteln.

Im Vorfeld der Behandlung übersandte A zweimal von ihm selbst gefertigte Merkblätter, in denen wahrheitswidrig angegeben war, "alle bisher ... durchgeführten narkosegestützten Entgiftungen ... (sind) komplikationsfrei verlaufen". Bei zwei Telefonaten fragte die Mutter des K ausdrücklich, ob "bei einem Turboentzug schon einmal etwas passiert sei, insbesondere ... jemand gestorben sei"; dies verneinte der Angeklagte jeweils. Zuvor war jedoch eine andere Patientin anlässlich eines "Turboentzugs" in den Praxisräumen des A verstorben, wobei dieser selbst die Todesbescheinigung dahingehend ausgefüllt hatte, dass nicht aufgeklärt sei, ob ein natürlicher oder ein nichtnatürlicher Tod vorliege.

K stellte sich am 28.12.1998 bei A vor. A äußerte, dass er Methadon nur schwer entziehen könne und deshalb bis zum vorgesehenen Termin am 11.01.1999 eine Umstellung auf Dihydrocodein erfolge. Weiterhin verordnete er K insbesondere auch das Medikament Temgesic mit dem Wirkstoff Buprenorphin. Er hielt vor dem "Turboentzug" die sichere Einstellung des Patienten auf ein einzelnes "Opiat" nicht für erforderlich. Zum vorgesehenen Termin erschien K bei A, der ihm mitteilte, dass der Termin auf den 15.01.1999 verschoben werden müsse, weil eine Nachtschwester erkrankt sei. Am 12.01.1999 unterzeichnete der Patient eine schriftliche "Erklärung zur Einwilligung in den Drogenentzug".

Am 15.01.1999 gegen 10.00 Uhr wurden K auf Verordnung des A zahlreiche Medikamente verabreicht, darunter Temgesic und Dihydrocodein. Um 14.30 Uhr wurde durch die Gabe zahlreicher weiterer Medikamente die Narkose eingeleitet. Nachdem zwei Mitarbeiter des A ihren Dienst beendet hatten, war ab ca. 22.10 Uhr A zur Überwachung des Patienten allein in den Praxisräumen, was diesem verschwiegen worden war. Der Tubus, der dem Patienten um 18.30 Uhr ge-

setzt worden war, wurde um 22.00 Uhr entfernt; um 2.00 Uhr des Folgetages entfernte A auch den Fingersensor, mit dem die Sauerstoffsättigung des Blutes gemessen werden konnte. Jedenfalls ab diesem Zeitpunkt war die Überwachung des Patienten unzureichend; eine Überwachung der Atemfrequenz sowie der Sauerstoffsättigung des Blutes erfolgte nicht mehr.

Bei K entwickelte sich in diesem Zeitraum ein hämorrhagisches Lungenödem. Er hatte vor Behandlungsbeginn zahlreiche "Giftstoffe" (Doxepin, Diazepam, Methadon, Dihydrocodein) aufgenommen, wobei insbesondere das Dihydrocodein im hochtoxischen Bereich selbst für körperlich Schwerstabhängige lag. Durch das Medikament Temgesic konnten diese "Giftstoffe" zunächst nicht zur Wirkung gelangen. Erst durch das allmähliche Nachlassen der Wirkung von dessen Wirkstoff Buprenorphin konnten die anderen "Giftstoffe" Wirkung zeigen. Daneben entwickelte sich bei K eine Lungenentzündung als Folge einer Aspiration von Erbrochenem während der Narkose.

Um 4.00 Uhr bemerkte A die Unterversorgung des Patienten. Rettungsbemühungen blieben allerdings erfolglos; um 5.27 Uhr wurde der Tod von K festgestellt. Ob das Lungenödem oder die Lungenentzündung todesursächlich war, hat das Landgericht nicht festzustellen vermocht; eine andere Todesursache hat es allerdings ausgeschlossen.

Bei adäquater Überwachung hätte die aspirationsbedingte Lungenentzündung ebenso wie das hämorrhagische Lungenödem infolge der "Opiatintoxikation" entdeckt werden können. Der Todeseintritt auf Grund der "Opiatintoxikation" wäre bei Überwachung auch sicher verhinderbar gewesen. An der Lungenentzündung wäre K bei - auf eine frühzeitige Entdeckung hin erfolgter - intensiv-medizinischer Versorgung zwar möglicherweise ebenfalls verstorben, jedoch erst nach einem mehrtägigen bis mehrwöchigen Intensivaufenthalt in einer Klinik.

K hätte sich nicht am 15.01.1999 einem "Turboentzug" unterzogen, wenn er darüber unterrichtet worden wäre, dass es bereits früher zu einem Todesfall gekommen war, dass ab 22.10 Uhr eine Überwachung allein durch A stattfand und dass A unter den Anhängern dieser Außenseitermethode eine Mindermeinung einnimmt, nämlich dahingehend, dass die vorherige sichere Einstellung auf ein einzelnes "Opiat" nicht erforderlich sei. A hielt es seinerseits für möglich und nahm es billigend in Kauf, dass K von der Behandlung Abstand genommen hätte, wenn er dementsprechend unterrichtet gewesen wäre.

Hat A sich durch sein Verhalten am 15. und 16.01.1999 strafbar gemacht?

[Anm.: Erforderliche Strafanträge sind gestellt.]

### **Lösung:**

#### *A. Strafbarkeit des A gem. § 223 I StGB durch das Verabreichen der Medikamente*

Dadurch, dass A dem K am 15.01.1999 Uhr zahlreiche Medikamente verabreicht hat, könnte sich A wegen Körperverletzung gem. § 223 I StGB strafbar gemacht haben.

#### *I. Tatbestand*

A müsste zunächst den Tatbestand des § 223 I StGB verwirklicht haben.

#### *1. Körperliche Misshandlung, Gesundheitsschädigung*

A müsste K körperlich misshandelt oder an der Gesundheit geschädigt haben.

Körperliche Misshandlung ist jede üble unangemessene Behandlung, die das körperliche Wohlbefinden oder die körperliche Integrität mehr als nur unerheblich beeinträchtigt (BGHSt 145, 269; Fischer, § 223 Rn 3a).

Dass K sich durch das Verabreichen des Medikamentencocktails unwohl gefühlt hat, also sein körperliches Wohlbefinden erheblich beeinträchtigt wurde, lässt sich dem Sachverhalt nicht entnehmen. Ebenfalls nicht zu erkennen ist, ob die körperliche Integrität des K durch das Verabreichen der Medikamente (z.B. durch Stiche mit einer Injektionsnadel) beeinträchtigt wurde - in dubio pro reo ist deshalb davon auszugehen, dass die Medikamente oral, also ohne Beeinträchtigung der körperlichen Integrität des K, verabreicht wurden. Eine körperliche Misshandlung ist somit nicht gegeben.

A könnte K durch das Verabreichen der Medikamente jedoch an der Gesundheit geschädigt haben.

Gesundheitsschädigung ist das Hervorrufen oder Steigern eines pathologischen - also krankhaften - Zustandes (OLG Düsseldorf, MedR 1984, 29; Schöнке/Schröder-Eser, § 223 Rn 5).

Durch das Verabreichen der Medikamente hat A bei K einen pathologischen Zustand herbeigeführt, nämlich die - den Körper erheblich belastende - Intoxikation sowie die Narkose. Eine Gesundheitsschädigung ist somit grds. gegeben.

Zu berücksichtigen ist allerdings im vorliegenden Fall, dass das Verabreichen der Medikamente als Teil einer ärztlichen Behandlung des K durch A, einen ausgebildeten Mediziner, erfolgte. Fraglich ist deshalb, ob auch eine ärztliche Heilbehandlung den Tatbestand eines Körperverletzungsdeliktes erfüllen kann.

#### *a. Herrschende Lehre*

Nach der herrschenden Auffassung in der Literatur stellt ein ärztlicher Heileingriff jedenfalls dann keine Körperverletzung i.S.d. §§ 223 ff. StGB dar, wenn der Eingriff medizinisch indiziert ist und kunstgerecht (lege artis) durchgeführt wurde (LK-Hirsch, Vor §§ 223

ff. Rn 3; Schönke/Schröder-Eser, § 223 Rn 33 ff.), wobei teilweise noch zwischen erfolgreichen und erfolglosen Eingriffen differenziert wird (Hardwig, GA 1965, 163). Bei einem medizinisch indizierten Heileingriff, der auch noch *lege artis* durchgeführt werde, könne von einer "Verletzung" des Opfers nicht gesprochen werden. Insbesondere dann, wenn der Eingriff auch noch erfolgreich sei, sei ja der Zustand des Patienten nach dem Eingriff besser als vorher, sodass auch der Schutzzweck der §§ 223 ff. StGB gar nicht verletzt sei. Diese Normen schützten nämlich das Interesse des Opfers an der körperlichen Integrität und nicht die Integrität als solche: Eine Handlung, die aber den körperlichen Zustand verbessere, erfolge ja letztlich im Interesse des Körpers, sodass der Schutzzweck nicht verletzt sei.

Sofern in der Durchführung eines "Turboentzugs" überhaupt eine dem derzeitigen Stand der medizinischen Wissenschaft entsprechende Maßnahme gesehen werden kann, ist zu berücksichtigen, dass eine solche Behandlung jedenfalls dann nicht als kunstgerecht angesehen werden kann, wenn nicht der Patient während der gesamten Maßnahme überwacht wird. Da vorliegend A keine Mitarbeiter zur Überwachung des K eingeteilt und auch den Fingersensor zur Messung des Blutsauerstoffgehalts entfernte, hat er den Turboentzug jedenfalls nicht *lege artis* durchgeführt, sodass nach dieser Meinung eine tatbestandliche Körperverletzung gegeben wäre.

#### *b. Rechtsprechung*

Nach der Rechtsprechung kann jede - auch eine kunstgerechte und erfolgreiche - ärztliche Heilbehandlung den Tatbestand der §§ 223 ff. StGB erfüllen (BGH, NSTz 1996, 34; NJW 2000, 885).

Für die Tatbestandsverwirklichung der Körperverletzungsdelikte könne es keine Rolle spielen, wer die Verletzungshandlungen vornehme und mit welcher Intention dies geschehe. Eine unbillige Strafbarkeit von Ärzten sei auch nach dieser Auffassung nicht zu befürchten, da diese ja gerechtfertigt sein könnten, insb. aufgrund einer Einwilligung des Patienten. Dass auch ärztliche Heilbehandlungen - zumindest grundsätzlich - unter die §§ 223 ff. StGB fallen, sei jedoch wichtig, um nicht den Patienten dem Risiko auszusetzen, dass der Arzt ihn in strafloser Weise eigenmächtig irgendwelchen Behandlungen zuführen könne, die der Patient gar nicht wünsche, was aber nach der Gegenauffassung der Fall sei (jedenfalls sofern diese Behandlungen noch kunstgerecht sind).

Nach dieser Meinung stellt die Verabreichung der Medikamente durch A eine tatbestandliche Körperverletzung dar.

#### *c. Zwischenergebnis*

Nach beiden Auffassungen ist somit eine Gesundheits-

schädigung i.S.v. § 223 I StGB gegeben.

#### *2. Vorsatz*

A müsste vorsätzlich gehandelt haben.

A wusste, dass er durch das Verabreichen der Medikamente eine Gesundheitsschädigung bei K hervorrufen würde und wollte dies auch, handelte also grds. vorsätzlich. Selbst wenn man die o.g. Literaturlauffassung zugrunde legt, ist ein Körperverletzungsvorsatz gegeben, da A wusste, dass sein Verhalten wegen der fehlenden ausreichenden Überwachung nicht kunstgerecht war, er sich also keine Umstände vorstellte, nach denen der Tatbestand der Körperverletzung bei einer Heilbehandlung entfallen würde.

A hat vorsätzlich gehandelt.

#### *II. Rechtswidrigkeit*

A müsste auch rechtswidrig gehandelt haben.

##### *1. Rechtfertigende Einwilligung des K*

A könnte durch eine Einwilligung des K gerechtfertigt sein, da K am 12.01.1999 eine Erklärung zur Einwilligung in den Drogenentzug unterzeichnet hatte.

##### *a. Disponibles Rechtsgut*

Eine rechtfertigende Einwilligung ist nur zulässig, wenn der Tatbestand, der durch die Einwilligung gerechtfertigt sein soll, ein disponibles Rechtsgut schützt, also ein solches, auf dessen Schutz verzichtet werden kann (Joecks, Vor § 32 Rn 19; Wessels/Beulke, Rn 372).

§ 223 StGB schützt die körperliche Unversehrtheit. Dass diese ein disponibles Rechtsgut darstellt, dass also eine rechtfertigende Einwilligung zumindest dem Grunde nach möglich sein muss, ergibt sich aus § 228 StGB, der ansonsten sinnlos wäre.

##### *b. Dispositionsbefugnis*

Damit K eine rechtfertigende Einwilligung erklären könnte, müsste er dispositionsbefugt sein.

Dispositionsbefugt ist vor allem der Träger des geschützten Rechtsguts (Schönke/Schröder-Lenckner, Vor §§ 32 ff. Rn 36; Wessels/Beulke, Rn 373).

Da es vorliegend um eine Verletzung der körperlichen Unversehrtheit des K geht, ist K als Träger dieses Rechtsguts dispositionsbefugt.

##### *c. Einwilligungsfähigkeit*

K müsste auch fähig sein, eine wirksame Einwilligung erklären zu können.

Das Opfer ist dann einwilligungsfähig, wenn es in der Lage ist, Bedeutung und Folgen seines Rechtsgutsverzichts zu erkennen und entsprechend dieser Erkenntnis zu handeln (BGHSt 4, 90; 23, 1; Fischer, Vor § 32 Rn 3c; Wessels/Beulke, Rn 374).

Diese Voraussetzungen können mangels entgegenste-

hender Angaben im Sachverhalt bei K als gegeben angesehen werden.

*d. Einwilligung vor der Tat erklärt und nicht widerrufen*

Eine wirksame rechtfertigende Einwilligung muss vor der Tat erklärt und darf bis zu dieser nicht widerrufen werden (BGHSt 17, 359; Schönke/Schröder-Lenckner, Vor §§ 32 ff. Rn 44; Wessels/Beulke, Rn 378).

K hatte seine Einwilligungserklärung am 12.01.1999, also vor der Tat, abgegeben und diese auch bis zum Tatzeitpunkt (15.01.1999) nicht widerrufen.

*e. Keine Willensmängel*

Für die Wirksamkeit einer rechtfertigenden Einwilligung ist außerdem erforderlich, dass beim Einwilligenden keine Willensmängel wie etwa Irrtümer gegeben sind (BGH, NStZ 1987, 174; Schönke/Schröder-Lenckner, Vor §§ 32 ff. Rn 45 ff.). Bei der rechtfertigende Einwilligung in eine Heilbehandlung setzt dies insb. voraus, dass der Patient über die Risiken des Eingriffs hinreichend informiert worden ist (Fischer, § 228 Rn 13; BGH, NStZ 2003, 657).

Hierzu führt der BGH im vorliegenden Fall aus: "Ärztliche Heileingriffe - hier das willentliche Versetzen des Patienten in Narkose und das Verabreichen den Körper erheblich belastender Medikamente durch den 'Turboentzug' - erfüllen den Tatbestand der vorsätzlichen Körperverletzung und bedürfen daher grundsätzlich der Einwilligung des Patienten, um rechtmäßig zu sein. Die Einwilligung kann aber wirksam nur erteilt werden, wenn der Patient in gebotener Weise über den Eingriff, seinen Verlauf, seine Erfolgsaussichten, Risiken und mögliche Behandlungsalternativen aufgeklärt worden ist (vgl. BGHR StGB § 223 Abs. 1 Heileingriff 4; BGH, Urt. vom 5. Juli 2007 - 4 StR 549/06 - Rdn. 16).

Die Kammer hat zu Recht die Aufklärung durch den Angeklagten unter den drei im Urteil genannten Gesichtspunkten - früherer Todesfall, fehlende Nachschwester, keine Einstellung auf nur ein 'Opiat' (vgl. oben I. 2. a)) - als mangelhaft und die daraufhin erteilte Einwilligung als unwirksam erachtet. Ebenso zutreffend hat sie das verwirklichte Risiko vom Schutzzweck der verletzten Aufklärungspflichten umfasst angesehen [...].

Zu Unrecht meint der Beschwerdeführer, das Verschweigen des früheren Todesfalls begründe deshalb keinen relevanten Aufklärungsmangel, weil die Patientin auch 'zufällig im Zusammenhang mit der Behandlung' verstorben sein könnte. Der Zweifelssatz ist hier kein tauglicher Maßstab für den Umfang der den Angeklagten treffenden Aufklärungspflicht. Diese Pflicht bestand unabhängig davon, ob die 'konkrete Todesursache' abschließend geklärt ist. Die Aufklärung soll nämlich den Patienten gerade in die Lage versetzen,

eine autonome Entscheidung darüber zu treffen, ob er sich dem körperlichen Eingriff unterzieht, und etwaige - auch unklare - Risiken zu beurteilen. Deswegen hat die Kammer zutreffend darauf abgestellt, dass bereits eine frühere Behandlung entgegen den Äußerungen des Angeklagten nicht komplikationsfrei verlief und die Patientin in seinen Praxisräumen verstarb, zumal er selbst die 'konkrete Todesursache' als nicht geklärt ansah [...]."

Da A den K nur unzureichend aufgeklärt hat, hat dieser seine Einwilligungserklärung aufgrund eines Willensmangels abgegeben, sodass diese unwirksam ist.

A ist nicht durch eine rechtfertigende Einwilligung des K gerechtfertigt.

*2. Hypothetische Einwilligung*

A könnte allerdings durch eine hypothetische Einwilligung gerechtfertigt sein.

Hat das Opfer eine Einwilligungserklärung abgegeben und war diese nur deshalb unwirksam, weil der Täter das Opfer nicht hinreichend aufgeklärt hatte, dann kann der Täter durch eine hypothetische Einwilligung des Opfers gerechtfertigt sein, wenn sich feststellen lässt, dass das Opfer auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung in die konkret durchgeführte Behandlung eingewilligt hätte (BGH, NStZ-RR 2004, 16; Fischer, § 223 Rn 16a; Wessels/Beulke, Rn 381b).

Hierzu der BGH: "Unter dem Gesichtspunkt einer von der Revision behaupteten hypothetischen Einwilligung (hierzu BGHR StGB § 223 Abs. 1 Heileingriff 2; 4; 7) ist zudem zu beachten, dass sich eine Einwilligung in einen ärztlichen Heileingriff - jedenfalls bei Fehlen einer weitergehenden Aufklärung - nur auf eine nach dem Stand der medizinischen Wissenschaft ('lege artis') durchgeführte Heilbehandlung bezieht. Die Prüfung einer hypothetischen Einwilligung in den 'Turboentzug' gerade am 15. Januar 1999 hat daher zu unterstellen, K hätte um die unzureichende Überwachung durch den Angeklagten am Folgetag ab 2.00 Uhr gewusst (vgl. BGH, Urt. vom 5. Juli 2007 - 4 StR 549/06 - Rdn. 18 f. m.w.N.). Dann hätte er aber zumindest auf 'eine weitere Verschiebung (des Termins) ... Wert gelegt' [...]."

Auch durch eine hypothetische Einwilligung des K ist A also somit nicht gerechtfertigt

A hat rechtswidrig gehandelt.

*III. Schuld*

A handelte auch schuldhaft.

*IV. Antrag, § 230 StGB*

Der gem. § 230 StGB grds. erforderliche Strafantrag ist gestellt.

*V. Ergebnis*

A hat sich wegen Körperverletzung, § 223 I StGB, schuldig gemacht.

*B. Strafbarkeit des A gem. § 227 I StGB durch das Verabreichen der Medikamente*

A könnte sich dadurch, dass er dem K am 15.01.1999 Uhr zahlreiche Medikamente verabreicht hat, wegen Körperverletzung mit Todesfolge gem. § 227 I StGB strafbar gemacht haben.

*I. Tatbestand**1. Grunddelikt, § 223 I StGB*

Den Tatbestand des Grunddelikts, § 223 I StGB, hat A durch das Verabreichen der Medikamente verwirklicht (s.o.).

*2. Qualifikation, § 227 I StGB*

A müsste auch den Qualifikationstatbestand des § 227 I StGB erfüllt haben.

*a. Eintritt der schweren Folge*

Zunächst müsste die in § 227 I StGB genannte schwere Folge - Tod der verletzten Person - eingetreten sein. Die verletzte Person, K, ist, gestorben, sodass die schwere Folge eingetreten ist.

*b. Kausalität und Unmittelbarkeitszusammenhang*

Die Körperverletzung mit Todesfolge setzt voraus, dass das Grunddelikt äquivalent kausal ist für den Eintritt des Todeserfolges (Joecks, § 227 Rn 6; Fischer, § 227 Rn 2). Weiter ist für § 227 I StGB ein Unmittelbarkeitszusammenhang in dem Sinne erforderlich, dass der Tod des Opfers Resultat einer tatbestandsspezifischen Gefahr der Verwirklichung des Grunddelikts darstellt (BGH, NStZ 2001, 478; NStZ-RR 2007, 76; Schönke/Schröder-Stree, § 227 Rn 3).

Hierzu führt der BGH aus: "Die Kammer ist im rechtlichen Ansatz zutreffend davon ausgegangen, dass bei fahrlässigen Erfolgsdelikten, zu denen im Sinne von § 18 StGB auch die erfolgsqualifizierten Delikte gehören, der ursächliche Zusammenhang zwischen dem pflichtwidrigen Verhalten und dem Tötungs- und Verletzungserfolg entfällt, wenn der gleiche Erfolg auch bei pflichtgemäßem Verhalten des Täters eingetreten wäre, der Erfolg also für ihn unvermeidbar gewesen wäre (vgl. BGHSt 49, 1, 4; Tröndle/Fischer, StGB 54. Aufl. vor § 13 Rdn. 18e). Wäre die Körperverletzung nicht in diesem Sinne ursächlich für den Tod von K geworden, so hätte sich auch die tatbestandsspezifische Gefahr nicht darin unmittelbar niederschlagen können (vgl. BGHSt 48, 34, 37; Tröndle/Fischer aaO § 227 Rdn. 2a ff. m.w.N.).

Vor diesem rechtlichen Hintergrund ist die Kammer hinsichtlich der beiden alternativ in Betracht kommen-

den Todesursachen zu Gunsten des Angeklagten davon ausgegangen, dass K nicht an der aspirationsbedingten Lungenentzündung, sondern an dem hämorrhagischen Lungenödem verstarb. Hätte die Lungenentzündung als Folge einer Aspiration während der Narkose zum Tod des Patienten geführt, wäre die Verursachung durch den Heileingriff evident. Wird hingegen angenommen, K sei an dem hämorrhagischen Lungenödem als Folge einer 'Opiatintoxikation' verstorben, weil er bereits vor Behandlungsbeginn ohne Kenntnis des Angeklagten zahlreiche 'Giftstoffe' zu sich genommen hatte, ist mit der Kammer grundsätzlich in Betracht zu ziehen, dass der Tod auch dann eingetreten wäre, wenn sich K im Fall mangelfreier Aufklärung nicht dem Heileingriff unterzogen hätte.

Im Hinblick auf die Todesursächlichkeit einer 'normalen Opiatintoxikation' hat die Kammer allerdings nicht erkennbar bedacht, dass der Heileingriff nicht nur daraus bestand, den Patienten in Narkose zu versetzen, sondern auch daraus, dass 'vor und während der Narkose ... den Körper erheblich belastende Medikamente verabreicht' wurden. Der Heileingriff ist jedoch als Ganzes zu betrachten. Insbesondere die mehrtägige Gabe des mit einer hohen Rezeptoraffinität ausgestatteten Wirkstoffs Buprenorphin könnte hier geeignet gewesen sein, K erst zu einem erhöhten Beikonsum von toxischen Substanzen zu veranlassen. Daneben könnte von Bedeutung sein, in welchem Umfang die zusätzliche Verabreichung von Dihydrocodein durch den Angeklagten zur letalen Dosis an 'Opiaten' beitrug. Schließlich war dem Angeklagten bekannt, dass sein Patient schwerstabhängig war. Gerade deswegen hätte es abhängig von Wirkung und Risiken der Medikation und den sonstigen konkreten Umständen geboten sein können, diesen über die Wirkung der verabreichten Medikamente - insbesondere von Temgesic - zu informieren und ihn über mögliche Risiken aufzuklären. Dies gilt umso mehr, als der Angeklagte darauf verzichtete, seinen Patienten sicher auf ein 'Opiat' einzustellen. Im Fall einer derartigen Aufklärung könnte K naheliegenderweise auf den erhöhten Beikonsum verzichtet haben. Allgemein bestehen Zweifel, ob ein ambulanter 'Turboentzug' unter diesen vom Landgericht festgestellten Bedingungen überhaupt - unabhängig von dem Überwachungsverschulden - als ein 'lege artis' durchgeführter Heileingriff zu bewerten ist. Zu all dem verhält sich das Urteil nicht, obwohl eine Erörterung hier geboten gewesen wäre.

Derartige Feststellungen selbst zu treffen, ist dem Revisionsgericht verwehrt. Der Senat bemerkt allerdings, dass die Annahme eines fehlenden Zusammenhangs zwischen Körperverletzung und Todesfolge in Anbetracht der bereits getroffenen Feststellungen eher fern liegt."

Der Kausal- und Unmittelbarkeitszusammenhang bzgl. der Herbeiführung der Todesfolge sind somit gegeben.

*c. Wenigstens Fahrlässigkeit, § 18 StGB*

A müsste außerdem bzgl. der schweren Folge - des Todes des K - wenigstens fahrlässig gehandelt haben, § 18 StGB, d.h. er müsste sich objektiv sorgfaltpflichtwidrig verhalten haben bei objektiver Vorhersehbarkeit des konkreten Erfolgs und des wesentlichen Kausalverlaufs.

Wie bereits ausgeführt, hat sich A durch die fehlende Aufklärung, das Unterlassen des Einstellens des K auf ein einzelnes Opiat und die mangelhafte Überwachung des K während des "Turboentzugs" sorgfaltpflichtwidrig, also fahrlässig verhalten. Da es auch vorhersehbar war, dass dies zum Tode des K führen würde, hat A den Tod des K fahrlässig verursacht.

*II. Rechtswidrigkeit*

A handelte rechtswidrig.

*III. Schuld*

A hätte auch nach seinen individuellen Fähigkeit die Pflichtwidrigkeit seines Verhaltens und die Möglichkeit des späteren Verlaufs des "Turboentzugs" erkennen können. Eine subjektive Sorgfaltpflichtverletzung bei subjektiver Vorhersehbarkeit des konkreten Erfolgs und des wesentlichen Kausalverlaufs ist somit gegeben. A handelte also auch schuldhaft.

*IV. Ergebnis*

A ist strafbar gem. § 227 I StGB.

*C. Strafbarkeit des A gem. §§ 223 I, 13 I StGB durch unzureichende Überwachung des K*

Dadurch, dass A den K während des Turboentzugs nicht durchgehend ausreichend überwachte, könnte er sich wegen Körperverletzung durch Unterlassen, §§ 223 I, 13 I StGB, strafbar gemacht haben.

Hierzu merkt der BGH an: "Ebenfalls rechtsfehlerfrei hat das Landgericht davon abgesehen, auch die unzureichende Überwachung als durch Unterlassen begangene vorsätzliche Körperverletzung zu bewerten. Zwar trat auch insoweit ein Körperverletzungserfolg ein, weil sich der Gesundheitszustand von K während der unzureichenden Überwachung erheblich verschlechterte.

Das Landgericht hat jedoch einen - zumindest bedingten - Verletzungsvorsatz nicht festgestellt. Ein solcher Vorsatz ist nach den Feststellungen auch fern liegend, insbesondere weil die Überwachung durch den Angeklagten bis 2.00 Uhr zureichend war, dieser den verschlechterten Zustand um 4.00 Uhr bemerkte und sofort geeignete, wenngleich erfolglose Rettungsbemühungen entfaltete. Vielmehr liegt es nahe, dass der Angeklagte - wenngleich pflichtwidrig - darauf vertraute, die weitere Behandlung verlaufe komplikationsfrei. Daher ist es revisionsrechtlich nicht zu beanstanden, dass das Urteil einen etwaigen Körperverletzungsvor-

satz im Hinblick auf die unzureichende Überwachung nicht erörtert."

Eine Strafbarkeit wegen Körperverletzung durch Unterlassen, §§ 223 I, 13 I StGB, durch die unzureichende Überwachung ist also wegen eines insofern fehlenden Körperverletzungsvorsatzes nicht gegeben.

*D. Strafbarkeit des A gem. §§ 222, 13 I StGB durch unzureichende Überwachung des K*

A könnte sich jedoch durch die unzureichende Überwachung des K während des Turboentzugs wegen fahrlässiger Tötung durch Unterlassen, §§ 222, 13 I StGB, strafbar gemacht haben.

*I. Tatbestand**1. Eintritt des tatbestandlichen Erfolges*

Der tatbestandliche Erfolg des § 222 StGB - Tod des K - ist eingetreten.

*2. Nichtvornahme der zur Erfolgsabwendung gebotenen Handlung*

A müsste ein Unterlassen vorzuwerfen sein, d.h. er dürfte die zur Abwendung des tatbestandlichen Erfolges gebotene Handlung nicht vorgenommen haben.

A hätte hier zur Vermeidung des Todes des K diesen während des gesamten "Turboentzugs" überwachen müssen. Sofern er dies nicht selbst vermocht hätte, hätte er andere Personen (z.B. eine Krankenschwester) mit der Überwachung beauftragen müssen. A hat dies jedoch nicht getan und somit die zur Erfolgsabwendung gebotene Handlung nicht vorgenommen.

*3. Möglichkeit der Handlungsvornahme*

A müsste die physisch-reale Möglichkeit gehabt haben, die gebotene Handlung vorzunehmen.

A hätte eine Überwachung des K während des "Turboentzugs" entweder selbst durchführen oder deren Durchführung durch eine Hilfsperson veranlassen können, sodass er die physisch-reale Möglichkeit zur Handlungsvornahme hatte.

*4. Kausalität*

Das Unterlassen des A müsste auch kausal für den Tod des K sein.

Ein Unterlassen ist dann kausal für einen Erfolg, wenn die gebotene Handlung nicht hinzugedacht werden kann, ohne dass der konkrete Erfolg mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit entfielen (BGH, NJW 2003, 526; NStZ-RR 2002, 303; 2004, 45; Fischer, Vor § 13 Rn 39).

Zwar lässt sich nicht mit Sicherheit feststellen, ob K an dem hämorrhagischen Lungenödem als Folge der "Opiatintoxikation" oder an der erlittenen Lungenentzündung gestorben ist. Bei einer Überwachung wäre ein Tod des K aufgrund der "Opiatintoxikation" mit



Sicherheit verhinderbar gewesen, sodass in diesem Falle das Unterlassen des A kausal für den Tod des K wäre. Sollte K an der Lungenentzündung gestorben sein, so hätte eine angemessene Überwachung des K durch A zwar nicht mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit dazu geführt, dass K überlebt hätte. K wäre jedoch bei angemessener Überwachung, bei der die Lungenentzündung mit Sicherheit frühzeitig entdeckt worden wäre, erst nach einem längeren Intensivaufenthalt in einer Klinik, also wesentlich später, gestorben, sodass auch in diesem Fall der konkrete Erfolg nicht eingetreten wäre, weil sich das Unterlassen des A zumindest lebensverkürzend ausgewirkt hat. Das Unterlassen des A war somit kausal für den Tod des K.

### 5. Garantenstellung

Die Strafbarkeit wegen eines unechten Unterlassungsdelikts setzt gem. § 13 I StGB stets voraus, dass der Täter "rechtlich dafür einzustehen hat, dass der Erfolg nicht eintritt", d.h. er muss eine Garantenstellung innehaben. A müsste also eine Garantenstellung zum Schutze des Lebens des K gehabt haben.

Insofern ist allgemein anerkannt, dass eine Garantenstellung eines Arztes aus tatsächlicher Gewährübernahme entsteht, wenn er sich auf der Grundlage eines Behandlungsvertrages tatsächlich um den Patienten kümmert (BGH, MedR 2001, 310; Fischer, § 13 Rn 22; Schönke/Schröder-Stree, § 13 Rn 28). A hatte einen Behandlungsvertrag mit K geschlossen und jedenfalls ab dem Zeitpunkt, ab dem er den K in seinen Praxisräumen sedierte, sich auch tatsächlich um diesen gekümmert, sodass A eine Garantenstellung zum Schutze des Lebens des K innehatte.

### 6. Objektive Sorgfaltspflichtverletzung bei objektiver Vorhersehbarkeit des konkreten Erfolgs und des wesentlichen Kausalverlaufs

Das Verhalten des A müsste auch fahrlässig gewesen sein, d.h. A müsste sich objektiv sorgfaltspflichtwidrig verhalten haben bei objektiver Vorhersehbarkeit des konkreten Erfolges, also des Todes des K, und des wesentlichen Kausalverlaufs.

Wie bereits ausgeführt wäre es für A geboten gewesen, den K während der gesamten Dauer des "Turboentzugs" zu überwachen, was A jedoch nicht getan hat. A hat sich also sorgfaltspflichtwidrig verhalten. Es war auch - insbesondere bei einem gesundheitlich so schwer vorgeschädigten Patienten wie K - objektiv vorhersehbar, dass es während des "Turboentzugs" zu Komplikationen kommen würde, die bei einer unzureichenden Überwachung nur verspätet entdeckt würden, sodass auch zu spät auf diese Komplikationen reagiert würde und dies zu erheblichen Schädigungen oder gar zum Tode des K führen würde.

### 7. Objektive Zurechnung

Der Tod des K müsste A auch objektiv zuzurechnen sein.

#### a. Pflichtwidrigkeitszusammenhang

Zunächst müsste der Pflichtwidrigkeitszusammenhang gegeben sein.

Der für eine Strafbarkeit wegen eines fahrlässigen Erfolgsdeliktes erforderliche Pflichtwidrigkeitszusammenhang ist gegeben, wenn der konkrete Erfolg bei pflichtgemäßem Verhalten nicht eingetreten wäre (BGHSt 21, 59; Lackner/Kühl, § 15 Rn 41; Schönke/Schröder-Cramer/Sternberg-Lieben, § 15 Rn 173 ff.; Wessels/Beulke, Rn 197).

Wie bereits ausgeführt, wäre bei pflichtgemäßer Überwachung des K durch A dessen Tod am 16.01.1999 nicht eingetreten. Der Pflichtwidrigkeitszusammenhang ist somit gegeben.

#### b. Schutzzweckzusammenhang

Auch der Schutzzweck der Norm müsste verletzt sein, sog. Schutzzweckzusammenhang.

Der Schutzzweckzusammenhang ist gegeben, wenn es gerade Sinn und Zweck der vom Täter verletzten Sorgfaltsnorm war, den konkreten Erfolg zu verhindern (Fischer, Vor § 13 Rn 30; Joecks, § 222 Rn 2; Wessels/Beulke, Rn 674).

Die von A verletzte Sorgfaltsnorm - den K während des gesamten "Turboentzugs" gründlich zu überwachen - hatte gerade den Zweck, sicherzustellen, dass Komplikationen rechtzeitig erkannt würden, sodass eine entsprechende Reaktion hierauf erfolgen kann, damit der Patient nicht verstirbt.

Der Schutzzweckzusammenhang ist somit gegeben.

Der Tod des K ist A also zuzurechnen.

A hat somit den Tatbestand der fahrlässigen Tötung durch Unterlassen verwirklicht. So sieht es auch der BGH: "Daneben hat die Kammer auch zutreffend angenommen, dass die vom Angeklagten pflichtwidrig verursachte unzulängliche Überwachung des Patienten zumindest dazu führte, dass dessen Tod - für den Angeklagten vorhersehbar - vorzeitig eintrat (hierzu Ulsenheimer, Arztstrafrecht in der Praxis 3. Aufl. Rdn. 221 ff. m.w.N.), so dass der Angeklagte auch den Tatbestand der fahrlässigen Tötung rechtswidrig und schuldhaft verwirklicht hat."

### II. Rechtswidrigkeit

Das Verhalten des A war rechtswidrig.

### III. Schuld

Das Verhalten des A müsste auch schuldhaft gewesen sein.

Sein Verhalten war subjektiv sorgfaltspflichtwidrig bei subjektiver Vorhersehbarkeit des konkreten Erfolgs

und des wesentlichen Kausalverlaufs, sodass der Fahrlässigkeitsschuldvorwurf gegeben ist. Da auch keine Entschuldigungsgründe ersichtlich sind, war das Verhalten des A schuldhaft.

#### IV. Ergebnis

A hat sich einer Tat gem. §§ 222, 13 I StGB schuldig gemacht.

#### E. Strafbarkeit des A gem. §§ 229, 13 I StGB durch unzureichende Überwachung des K

Da die Körperverletzung (durch Unterlassen) ein notwendiges Durchgangsstadium der Tötung (durch Unterlassen) darstellt, hat A auch den Tatbestand der §§

229, 13 I StGB rechtswidrig und schuldhaft verwirklicht. Die Tat tritt jedoch hinter §§ 222, 13 I StGB zurück.

#### F. Gesamtergebnis und Konkurrenzen

Die Körperverletzung, § 223 I StGB, tritt hinter die speziellere Körperverletzung mit Todesfolge, § 227 I StGB, zurück. Auch die fahrlässige Tötung (durch Unterlassen), §§ 222, 13 I StGB, tritt hinter § 227 I StGB zurück (BGHSt 8, 54; Schönke/Schröder-Stree, § 227 Rn 11).

A ist somit strafbar gem. § 227 I StGB.

### 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>	Rechtsanwältin Kathrin Lühl ( <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 65 Euro (Einzelpreis: 6 Euro/Heft) inkl. USt. und Versandkosten. Jahresregister gratis enthalten. Lieferung nur gegen Einzugsermächtigung. Der Lieferbeginn erfolgt zum nächstmöglichen Termin nach Gutschrift der Lastschrift.
<b>VERSAND:</b>	Ohne Zusicherung eines festen Veröffentlichungstermins monatlich per Post.
<b>NACHBESTELLUNG:</b>	Einzelne Hefte <i>früherer</i> Jahrgänge können zum Preis von 6 Euro/Heft nachbestellt werden, solange Vorrat reicht. Jahrgangsregister ab 1999: 5 Euro/Jahrgang. Einbanddecken (dunkelblau, jahresneutral): 9 Euro/Stück. Nachbestellung von Sonderbeilagen auf Anfrage. Alle Preise zzgl. 3,50 Euro Versandkosten. Bitte Verrechnungsscheck oder Einzugsermächtigung beifügen. Der Bezug von Einzelheften des <i>laufenden</i> Jahrgangs ist nur i. V. m. einem Abonnement möglich.

*Literaturauswertung**Öffentliches Recht*

<b>Autor/Titel:</b>	Rennert, Klaus: "Die Klausur im Kommunalrecht"
<b>Fundstelle:</b>	JuS 2008, 29 (Heft 1)
<b>Inhalt:</b>	Es handelt sich um den ersten Beitrag einer dreiteiligen Fortsetzungsreihe, der es sich zur Aufgabe gemacht hat, typische Klausurprobleme aus dem Kommunalrecht in gutachterlicher Gliederung darzustellen. Dieser erste Teil beschäftigt sich mit der Selbstverwaltungsautonomie der Gemeinden aus Art. 28 II GG und ihrer prozessualen Durchsetzung mittels Kommunalverfassungsbeschwerde.

*Zivilrecht*

<b>Autor/Titel:</b>	Peter, Frank: "Verjährungsfristen bei Minderung und mangelbedingtem Rücktritt"
<b>Fundstelle:</b>	NJW 2008, 119 (Heft 3)
<b>Inhalt:</b>	Das Vorliegen eines Sachmangels berechtigt den Käufer u.a. zum Rücktritt oder zur Minderung. Übt der Käufer nun eines der Gestaltungsrechte aus, stellt sich die Frage der Verjährung seines Rückforderungsanspruchs gem. § 346 I bzw § 441 IV BGB. In Betracht kommen die allgemeinen Verjährungsregeln gem. §§ 195, 199 BGB (so wohl die überwiegende Ansicht) oder die speziellen Verjährungsregelungen gem. § 438 BGB. Der Verfasser stellt die verschiedenen Auffassungen dar und spricht sich letztlich aus Gründen der ratio legis für die Anwendbarkeit des § 438 BGB aus.

<b>Autor/Titel:</b>	Mand, Elmar: "Widerrufsrecht gegenüber Versandapotheke"
<b>Fundstelle:</b>	NJW 2008, 190 (Heft 4)
<b>Inhalt:</b>	Anlässlich der Legalisierung des Versandhandels (Doc-Morris-Verfahren, Grundsatzentscheidung des EuGH, NJW 2004, 131) müssen die rechtlichen Rahmenbedingungen nunmehr abgesteckt werden. Der Verfasser bespricht ein dazu ergangenes Urteil des AG Köln, NJW 2008, 236). Das erkennende Gericht bejahte ohne besondere Begründung die Anwendbarkeit des Widerrufsrecht gem. § 312 d I BGB im Grundsatz. Wegen der Aktualität des Verbraucherschutzes sehr lesenswert.

<b>Autor/Titel:</b>	Diederichsen, Angela: "Der deliktsrechtliche Schutz des Persönlichkeitsrechts"
<b>Fundstelle:</b>	Jura 2008, 1 (Heft 1)
<b>Inhalt:</b>	Bei dem Schutz des Persönlichkeitsrechts handelt es sich um ein Produkt der Rechtsprechung. Dies insoweit, als von der Normierung des Persönlichkeitsrechts als Schutzgut im Rahmen des § 823 I BGB abgesehen wurde. Mithin ist allein anhand der Rechtsprechung und der Literatur eine Bestimmung des Begriffs des Persönlichkeitsrechts vorzunehmen. Die Verfasserin stellt die maßgeblichen Probleme anschaulich dar. Ein sehr aktuelles Problemfeld - nicht zuletzt wegen der aufsehenerregenden Entscheidungen bzgl. der Familie von Hannover.

*Strafrecht*

<b>Autor/Titel:</b>	Geppert, Klaus: "Die Akzessorietät der Teilnahme (§ 28 StGB) und die Mordmerkmale"
<b>Fundstelle:</b>	JURA 2008, 34 (Heft 1)
<b>Inhalt:</b>	Der Verfasser behandelt ein klassisches Examensproblem: Das Verhältnis der Tötungsdelikte und die sich hieraus ergebenden Konsequenzen für die Anwendung von § 28 StGB auf Teilnehmer. Hierbei stellt er zunächst den Strafgrund der Teilnahme dar, dann die verschiedenen Auffassungen der Rechtsprechung und Literatur zum Verhältnis der Tötungsdelikte und präsentiert abschließend verschiedene Problemkonstellationen, in denen die Auffassungen zu jeweils unterschiedlichen Ergebnissen kommen, wobei er auch auf Irrtumskonstellationen und die versuchte Anstiftung, § 30 I StGB angeht. Insbesondere wegen der anschaulichen und nachvollziehbaren Argumentation für beide Seiten eignet sich dieser Aufsatz sehr gut sowohl zur Erarbeitung als auch zur Wiederholung dieses Problems.

<b>Autor/Titel:</b>	Sickor, Jens Andreas: "Die Notwehrfähigkeit einer Zutrittsverweigerung durch Türsteher"
<b>Fundstelle:</b>	JURA 2008, 14 (Heft 1)
<b>Inhalt:</b>	Der Verfasser befasst sich mit einem alltäglichen Problem: Die Zutrittsverweigerung durch einen Türsteher, insb. bei einer Discothek. Diese Ausübung des Hausrechts erscheint bisweilen willkürlich. In diesem Zusammenhang stellen sich materiell-rechtlich Fragen bzgl. eines Hausfriedensbruchs und eines etwaig bestehenden Notwehrrechts gegen die Zutrittsverweigerung. Der Autor stellt ausgehend von den zivilrechtlichen Grundlagen hinsichtlich des Hausrechts den strafrechtlichen Schutz dar und kommt zu dem Ergebnis, dass ein Notwehrrecht regelm. abzulehnen ist. Dies vor dem Hintergrund, dass die Inanspruchnahme des Zutrittsrechts - welches sich praktisch oft nur gewaltsam durchsetzen lassen wird - nahezu fast unweigerlich zum Verlust des Zutrittsrecht des Abgewiesenen führt.

<b>Autor/Titel:</b>	Huber, Michael: "Grundwissen - Strafprozessrecht: Tatverdacht"
<b>Fundstelle:</b>	JuS 2008 21 (Heft 1)
<b>Inhalt:</b>	Dem Begriff des Tatverdachts kommt im Strafverfahren eine große Bedeutung zu. Dies beispielsweise bei der Frage, ob die Polizei oder die Staatsanwaltschaft überhaupt tätig wird bzw. ob und ggf. welche Zwangsmittel zulässig sind. Der Verfasser stellt ausführlich die verschiedenen Verdachtsstufen dar und erörtert die Relevanz in der Fallbearbeitung. Dieser Beitrag ist insbesondere für Referendare zur Wiederholung gut geeignet.