

## Öffentliches Recht

### Standort: Feststellender VA

### Problem: Ermächtigungsgrundlage

VG SIGMARINGEN, BESCHLUSS VOM 29.04.2008  
1 K 411/08 (NVwZ-RR 2008, 613)

#### Problemdarstellung:

A. Nach heute nahezu einhelliger Auffassung (grundlegend BVerwGE 8, 261, 264; ferner Maurer, VerwR AT, § 9 Rz 46 m.w.N.; zweifelnd z.B. DÖV 1972, 196, 198) sind auch behördliche Feststellungen des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses, eines Zustandes, einer Verhaltenspflicht oder einer Eigenschaft Verwaltungsakte. Früher wurde dies z.T. unter dem Hinweis bestritten, dass die festgestellte Rechtsfolge sich schon aus dem Gesetz ergebe, es der behördlichen Feststellung mithin an Regelungswirkung i.S.d. § 35 S. 1 VwVfG fehle, diese somit lediglich ein Hinweis auf die bereits von Gesetzes wegen bestehende Rechtslage handeln könne. Gegen diese Ansicht spricht aber schon § 113 II VwGO. Und vor allem lässt sich die Regelungswirkung des feststellenden Verwaltungsakts auch sachlich begründen: Sie liegt nämlich in der Konkretisierung der zunächst vom Gesetz nur abstrakt-generell vorgesehenen Rechtsfolge auf den konkreten Einzelfall.

B. Dies vorausgeschickt, stellen sich sofort zwei Fragen: Bedarf es für nachteilige, belastende Feststellungen einer Ermächtigungsgrundlage, und falls ja, worin kann eine solche gesehen werden?

I. Die erste Frage dürfte offensichtlich zu bejahen sein. Nimmt man eine rechtsgestaltende Wirkung feststellender Verwaltungsakte an, liegt in einer für den Bürger nachteiligen Rechtsgestaltung (z.B.: Feststellung des Bestehens einer Zwangsmitgliedschaft, einer Kostentragungspflicht, des Verbots einer bestimmten Handlung usw.) ein Grundrechtseingriff und somit eine wesentliche Maßnahme i.S.d. Wesentlichkeitstheorie des BVerfG, wodurch der Vorbehalt des Gesetzes aus Art. 20 III GG ausgelöst wird. Beispiel: Wird durch Verwaltungsakt festgestellt, dass eine Person Mitglied der IHK i.S.d. § 2 IHKG ist, wird diese nachteilige Feststellung nach Ablauf der Rechtsbehelfsfristen bestandskräftig. Der Betroffene könnte sich danach gegen Beitragsbescheide udgl. nicht mehr mit dem Argument wehren, er sei nicht IHK-Mitglied. Dass darin ein Grundrechtseingriff liegt, ist evident (nach h.M. übrigens nur in Art. 2 I GG, nicht in Art. 9 I GG - Stichwort: Keine negative Vereinigungsfreiheit gegen öffentlich-rechtliche Zwangsmitgliedschaften, vgl. Ver-

tiefungshinweise).

II. Die Gesetze enthalten in aller Regel aber keine ausdrücklichen Ermächtigungen, Feststellungen zu treffen. Hier kommt die vorliegende Entscheidung des VG Sigmaringen ins Spiel: Das Gericht meint, eine solche Ermächtigung auch durch die Auslegung von Eingriffsbefugnissen gewinnen zu können: Wenn die Behörde schon ermächtigt sei, eine Rechtsfolge zu setzen, dann dürfe sie auch eine entsprechende Verpflichtung des Bürgers feststellen.

#### Prüfungsrelevanz:

Die Entscheidung wird wichtig, wann immer man es mit (belastenden) feststellenden Verwaltungsakten zu tun hat, denn dann würde die Suche nach einer Ermächtigungsgrundlage in aller Regel erfolglos bleiben, würde man nicht die bestehenden gesetzlichen Regelungen auslegen.

Dass eine solche Auslegung zulässig ist, mag auf den ersten Blick nicht restlos überzeugen. Gegen die Ansicht des VG könnte man z.B. den Bestimmtheitsgrundsatz aus Art. 20 III GG anführen, aus dem sich der Grundsatz der Normenklarheit entnehmen lässt: Wenn in einer Norm keine Feststellungsbefugnis steht, spricht dies zunächst einmal gegen das Bestehen einer solchen. Zudem könnte die Gesetzesbindung der Verwaltung aus Art. 20 III GG insgesamt unterlaufen werden, wenn man ihr das Recht zubilligt, Normen in ihrem Sinne auszulegen, denn der Weg von der *Auslegung* zur *Ausdehnung* einer Norm ist nicht weit.

Die besseren Argumente sprechen indes für das VG, namentlich das argumentum a maiore ad minus (Erst-Recht-Schluss): Wenn eine Rechtsfolge schon angeordnet werden darf, darf sie erst Recht verbindlich festgestellt werden, denn die Feststellung ist für den Betroffenen jedenfalls dann weniger belastend, wenn es um ein Verhalten seinerseits geht. Sie kann im Gegensatz zur Anordnung eines Tuns, Duldens oder Unterlassens nämlich nicht vollstreckt werden. Zudem liegt das VG ganz auf der Linie der st.Rspr. des BVerwG, das davon ausgeht, dass eine Norm es nach ihrem Sinn und Zweck in aller Regel erlaubt, die in ihr enthaltene Rechtsfolge auch verbindlich zu konkretisieren. Das BVerwG vertritt dies vor allem für die Feststellung des Bestehens von Erlaubnispflichten und der Rechtswidrigkeit eines Verhaltens, vgl. Vertiefungshinweise.

Der vorliegende Beschluss gewinnt weitere Prüfungs-

relevanz dadurch, dass es die Berechtigung zum Erlass eines feststellenden Verwaltungsakts in Bezug auf eine sehr aktuelle Diskussion erörtert, nämlich der um den Nichtraucherschutz. Dies ausgerechnet auch noch zum Nichtraucherschutz in Baden-Württemberg, und ausgerechnet auch noch in Bezug auf das absolute Rauchverbot in Diskotheken, das vom BVerfG kürzlich als verfassungswidrig gekippt wurde (die RA berichtete ausführlich, vgl. Vertiefungshinweise). Auf die verfassungsrechtlichen Hintergründe geht das VG in seiner (vor dem BVerfG-Urteil und zudem im vorläufigen Rechtsschutz ergangenen) Entscheidung allerdings nicht ein.

#### Vertiefungshinweise:

- Ermächtigungsgrundlage für feststellende VAe: *BVerwG*, NJW 1986, 1120 (Bewohnen von Räumlichkeiten); *NVwZ-RR* 1992, 192 (Erlaubnisbedürftigkeit des Betriebes eines Heims); *NVwZ* 1990, 267 (Erlaubnis einer Vermittlungstätigkeit)
- Widerruf einer feststellenden Gerichtsentscheidung durch VA: *BVerwG*, RA 2001, 61 = *BayVBl* 2001, 56
- Ermächtigungsgrundlage für Feststellung der Kostentragungspflicht: *OVG Berlin*, RA 2000, 612 = *NVwZ-RR* 2000, 649
- Kein Schutz vor Zwangsmitgliedschaften aus Art. 9 I GG: *BVerfG*, RA 2007, 209 = *DVBl* 2007, 248; *BVerfGE* 10, 89, 102; 15, 235, 239
- Nichtraucherschutz in Gaststätten: *BVerfG*, RA 2008, 552 = *NJW* 2008, 2409; *RhPfVerfGH*, *NVwZ* 2008, 552

#### Leitsätze:

**1. Das Landesnichtraucherschutzgesetz enthält keine Ermächtigungsgrundlage für den Erlass feststellender Verwaltungsakte gegenüber Personen, die nach § 8 BadWürttNRSchG für die Einhaltung des Rauchverbots verantwortlich sind.**

**2. Gegenüber Gastwirten, die im Besitz einer Gaststättenerlaubnis sind, kann durch Auslegung der §§ 4, 15 GaststG eine Rechtsgrundlage zum Erlass eines feststellenden Verwaltungsaktes auch für den Anwendungsbereich des Landesnichtraucherschutzgesetzes ermittelt werden, da bei einem Gastwirt, der beharrlich seine Verpflichtung nach dem Landesnichtraucherschutzgesetz verletzt, der Widerruf der Gaststättenerlaubnis in Betracht kommen kann.**

#### Sachverhalt:

Die beiden Gesellschafter der Ast. sind Inhaber einer Erlaubnis nach dem Gaststättengesetz zum Betrieb der Schank- und Speisewirtschaft "E." in U. Mit Schreiben vom 15.1.2008 bemängelte die Ag. u.a., dass die Ast. das Rauchen in ihrer Gaststätte geduldet und unterstützt habe. Die Einlassung, dass eine Trennwand für einen Rauchernebenraum zwar schon bestellt, aber noch nicht

geliefert sei, entlaste die Ast. nicht. Darüber hinaus dürfe sie ohnehin keinen Nebenraum für Raucher zur Verfügung stellen, da der Gaststättenbetrieb der Ast. als Diskothek i.S. des § 7 II 2 BadWürttNRSchG anzusehen sei. Die Eigenschaft als Diskothek ergebe sich daraus, dass durch einen DJ laute Musik aufgelegt worden sei, eine diskothekenübliche Lichtenanlage vorhanden gewesen, die Räumlichkeiten abgedunkelt gewesen seien, eine großangelegte Tanzfläche bestehe und keine Tische und Stühle zu einer üblichen Speiseaufnahme vorhanden seien. Es würden lediglich Getränke angeboten. Es finde ein schneller Wechsel der Besucher statt, die überwiegend aus jungen Erwachsenen bestünden. Diese hätten auch Eintrittsgeld bezahlen müssen. Es sei daher beabsichtigt, die Verpflichtungen aus § 8 I BadWürttNRSchG anzuordnen.

Mit Schreiben vom 28.1.2008 teilte die Ast. mit, sie erhebe Einspruch gegen die Einstufung ihres Betriebs als Diskothek. Sie betreibe eine Schank- und Speisewirtschaft. Es werde um eine Auskunft und eine klare und transparente Auslegung des Landesnichtraucherschutzgesetzes gebeten.

Mit Feststellungsbescheid vom 4.2.2008 stellte die Ag. fest, dass es sich bei dem Gaststättenbetrieb "E." der Ast. um eine Diskothek i.S. des § 7 II 2 BadWürttNRSchG handle. Die sofortige Vollziehung der Feststellung wurde angeordnet. Der Gaststättenbetrieb erfülle die Merkmale einer Diskothek. Die aufgezählten Merkmale deckten sich im Wesentlichen mit dem Anhörungsschreiben. Des Weiteren wurde ausgeführt, dass die Ast. im Internet für Musikveranstaltungen mit Tanz und lauter Musik werbe. Die Veranstaltungen seien mit einer gesteigerten Geräuschkentwicklung verbunden, die über den Geräuschpegel einer herkömmlichen Gaststätte mit Musikaufführungen weit hinausgehe. Die deutlich über 22 Uhr hinausgehende Betriebszeit sei typisch für einen Diskothekenbetrieb. Nach § 7 I BadWürttNRSchG sei in Gaststätten das Rauchen untersagt. Gemäß § 7 II BadWürttNRSchG sei zwar abweichend von Absatz 1 das Rauchen in vollständig abgetrennten Nebenräumen zulässig, wenn und soweit diese Räume in deutlich erkennbarer Weise als Raucherräume gekennzeichnet seien und die Belange des Nichtraucherschutzes dadurch nicht beeinträchtigt würden. Diese Vorschrift gelte jedoch nicht für Diskotheken. Nach der amtlichen Begründung zu § 7 II 2 BadWürttNRSchG dürften in Diskotheken keine Nebenräume für Raucher eingerichtet werden, weil es durch die körperliche Aktivität der Gäste beim Tanzen zu einer stärkeren Inhalation der schadstoffhaltigen Innenraumluft komme. Die Ast. erhob am 17. 4. 2008 nach erfolglosem Vorverfahren Klage. Zuvor hat sie einen Antrag auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes gestellt.

#### Aus den Gründen:

Im vorliegenden Fall ergeht die Entscheidung auf Grund einer Interessenabwägung, da sich die Erfolgsaussichten

des Widerspruchs nicht hinreichend sicher beurteilen lassen. Um dem Anliegen des Nichtraucher-schutzes angemessen Rechnung zu tragen, konnte die aufschiebende Wirkung nur mit einer Auflage wiederhergestellt werden.

### A. Ermächtigungsgrundlage

#### I. Erfordernis

Nach der Rechtsprechung des BVerwG (NVwZ-RR 1992, 192; BVerwGE 72, 265 = NJW 1986, 1120), der sich die Kammer anschließt, bedarf ein feststellender Verwaltungsakt einer gesetzlichen Grundlage, wenn sein Inhalt etwas als rechtens feststellt, was der Betroffene erklärtermaßen für nicht rechtens hält.

#### II. Vorhandensein

Es ist aber keine ausdrückliche gesetzliche Grundlage erforderlich, vielmehr genügt eine Grundlage, die im Wege der Auslegung ermittelt wird. Hier stellt die Ag. fest, dass die Ast. eine Diskothek betreibe, was von dieser bestritten wird. Eine Rechtsgrundlage für den Erlass des feststellenden Verwaltungsaktes der Ag. ist gegeben. Sie findet sich zwar weder ausdrücklich im Landesnichtraucherschutzgesetz noch in anderen Rechtsvorschriften. Sie lässt sich aber durch Auslegung von Vorschriften des Gaststättenrechts ermitteln.

#### 1. Nichtraucher-schutzgesetz

##### a. § 8 BadWürttNRSchG

Das Landesnichtraucherschutzgesetz regelt nur in § 8 Maßnahmen zur Umsetzung des Rauchverbots. Diese Vorschrift wendet sich aber nicht an die Ag. Sie gibt ihr kein Recht zum Erlass eines Verwaltungsakts. § 8 BadWürttNRSchG nimmt nur die Leitungen der Einrichtungen, in denen nach dem Landesnichtraucherschutzgesetz ein Rauchverbot gilt, sowie Gaststättenbetreiber für ihre Gaststätte in die Pflicht.

##### b. § 9 BadWürttNRSchG

§ 9 BadWürttNRSchG normiert Tatbestände für Ordnungswidrigkeiten. Ordnungswidrig verhält sich aber nur diejenige Person, die entgegen einem Rauchverbot raucht. Ordnungswidrig verhält sich nicht diejenige Person (z.B. ein Gastwirt), die Maßnahmen nach § 8 BadWürttNRSchG zur Umsetzung des Rauchverbots unterlässt. Aus der Vorschrift über die Ordnungswidrigkeiten, die die Ortspolizeibehörde für zuständig erklärt, lässt sich durch Auslegung keine Ermächtigungsgrundlage für den Erlass eines feststellenden Verwaltungsakts jedenfalls gegenüber Personen herleiten, die sich nicht selbst nach dieser Vorschrift ordnungswidrig verhalten.

#### 2. Gaststätten-gesetz

Im Bereich des Gaststättenrechts lässt sich eine Rechts-

grundlage zum Erlass eines feststellenden Verwaltungsakts - auch auf dem Gebiet des Landesnichtraucherschutzgesetzes - aus § 4 I i.V. mit § 15 II GaststG gewinnen. Danach ist die Erlaubnis zu widerrufen, wenn nachträglich Tatsachen eintreten, die die Versagung der Erlaubnis nach § 4 I Nr. 1 GaststG rechtfertigen würden. Nach § 4 I 1 Nr. 1 GaststG ist die Erlaubnis zu versagen, wenn der Ast. nicht die erforderliche Zuverlässigkeit besitzt oder die Vorschriften des Gesundheitsrechts nicht einhalten wird. Es widerspräche dem Interesse der Gesellschafter der Ast., die Inhaber von Gaststättenerlaubnissen sind, die Frage, ob sie sich als unzuverlässig erweisen (vgl. Pörtl, VBIBW 2008, 5), weil sie in einer Diskothek entgegen ihren Verpflichtungen nach dem Landesnichtraucherschutzgesetz das Rauchen dulden bzw. ermöglichen, auf das Widerrufsverfahren nach § 15 II GaststG zu verschieben und nicht gestützt auf § 15 II i.V. mit § 4 I 1 Nr. 1 GaststG im Vorfeld eines Widerrufsverfahrens die Frage durch feststellenden Verwaltungsakt verbindlich klären zu können, ob eine Diskothek betrieben wird, in der nach § 7 II BadWürttNRSchG das Rauchen in keinem Fall gestattet werden darf. Würde die Ag. eine Gaststättenerlaubnis wegen eines hartnäckigen Verstoßes gegen das Landesnichtraucherschutzgesetz wegen Unzuverlässigkeit ihres Inhaber entziehen wollen, müsste sie als Vorfrage der Unzuverlässigkeit feststellen, ob eine Diskothek betrieben wird, in der das Rauchen - auch in einem abgetrennten Raucherraum - nicht gestattet werden kann. Hat sie hierzu die Befugnis, besteht ein Bedürfnis, eine solche Feststellung auch im Vorfeld verbindlich treffen zu können, um dem Inhaber einer Gaststätte seine Pflichten zu verdeutlichen. Dies kann zur Vermeidung eines Widerrufsverfahrens bzw. zur Klärung der Voraussetzungen eines solchen Verfahrens beitragen.

#### B. Tatbestand

Die Ag. stellte durch den angefochtenen Feststellungsbescheid fest, dass die Ast. in ihrer Schank- und Speisewirtschaft „E.“ eine Diskothek betreibe, um dort die Einrichtung eines Raucherraumes i.S. des § 7 II 1 BadWürttNRSchG zu verhindern. § 7 II 2 BadWürttNRSchG verbietet die Einrichtung von Raucherräumen in Diskotheken. Das soll aller Voraussicht nach auch dann gelten, wenn in dem Raucherraum selbst kein Diskothekenbetrieb stattfindet. Nach der Begründung zu § 7 II 2 BadWürttNRSchG (LT-Dr 14/1359, S. 16) ist das Rauchen in Diskotheken ausnahmslos verboten, um vor allem Jugendliche vor den Gefahren des Passivrauchens zu schützen. Das Verbot trage dem Umstand Rechnung, dass die Schadstoffkonzentration in Diskotheken besonders hoch sei. Dies führe bei gleichzeitiger körperlicher Aktivität der Gäste zu einer stärkeren Inhalation der schadstoffhaltigen Innenraumluft. Das Landesnichtraucherschutzgesetz definiert den Begriff der Diskothek nicht, sondern setzt ihn voraus.

### I. Begriff der "Diskothek"

Die Kammer greift wie die Bet. zunächst auf die Definition der Diskothek aus dem Gaststättenrecht zurück. Im Bereich des Gaststättenrechts ist die Betriebsform "Gaststätte mit regelmäßigen Musikdarbietungen" von der Betriebsform Diskothek zu unterscheiden (vgl. Michel/Kienzle, Das GaststättenG, 13. Aufl. [1999], S. 136). Nach Michel/Kienzle (S. 130) ist das Erscheinungsbild der Diskothek durch verschiedene Merkmale geprägt, die aber nicht alle zusammentreffen müssen. Dazu gehören das Vorhandensein einer groß dimensionierten Musikanlage oder einer Plattentheke, einer Tanzfläche, einer mit der Musikanlage gekoppelten Lichtorgel, das Auftreten eines Disk-Jockeys, überdurchschnittlich laute Musikbeschallung, Ausstattung mit "Lampen, Tischen und Stühlen, die einer den normalen Essgewohnheiten entsprechenden Nahrungsaufnahme gegenüberstehen", ein geringes Angebot an Speisen, ein schneller Wechsel der Besucher, die ganz überwiegend aus Jugendlichen oder jugendlichen Erwachsenen bestehen. Nach Michel/Kienzle (S. 137) ist die Durchführung von Tanzveranstaltungen kein unverzichtbares Merkmal einer Diskothek.

Da das Landesnichtraucherschutzgesetz insbesondere die Gefahren des Passivrauchens bei körperlichen Aktivitäten bekämpfen will, liegt es nahe, bei der Prüfung der oben aufgezählten Merkmale mit zu berücksichtigen, ob die Besucher zum Tanzen animiert werden. So ist beispielsweise die überdurchschnittlich laute Musikbeschallung unter dem Gesichtspunkt des Nichtraucherschutzes irrelevant, wenn nicht getanzt wird. Sie kann aber, wenn sie zur Einstufung einer Gaststätte als Diskothek führt, jedenfalls gaststättenrechtlich oder baurechtlich relevant werden.

### II. Subsumtion

Der Gaststättenbetrieb der Ast. weist auf Grund der

unterschiedlichen Veranstaltungen, die in ihm durchgeführt werden, kein typisches Gepräge auf. Findet ein reiner Barbetrieb statt, dürfte an diesen Tagen die Betriebsform "Gaststätte mit regelmäßigen Musikdarbietungen" vorliegen. Findet eine "DJ-Tanzveranstaltung" statt, dürfte an diesen Tagen von der Betriebsform "Diskothek" auszugehen sein. Das Gleiche dürfte für Konzertveranstaltungen gelten, bei denen der Hauptraum der Gaststätte nicht wie bei Theateraufführungen bestuhlt ist. Bei der Entfernung der Möblierung für Konzertveranstaltungen, wie es die Ast. in den vorgelegten Bildern darstellt, ist Raum zum Tanzen gegeben. Die Entscheidung darüber, welche Betriebsform dem Gaststättenbetrieb das Gepräge gibt, bleibt der Entscheidung im Hauptsacheverfahren vorbehalten. Für die verbindliche Einordnung des Gaststättenbetriebs der Ast. dürfte es aller Voraussicht nach erforderlich sein, dass sich das Gericht selbst einen Eindruck von den Räumen verschafft und sich den "Barbetrieb" an Ort und Stelle erläutern lässt.

### C. Rechtsfolge

Zum Ausgleich der betroffenen Interessen ist die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung von der aus dem Tenor ersichtlichen Auflage abhängig zu machen. Die Rechtsgrundlage für den Erlass von Auflagen findet sich in § 80 V 4 VwGO. Unter dem Gesichtspunkt des Nichtraucherschutzes dürfte es voraussichtlich unerheblich sein, ob ein Diskothekenbetrieb in einer reinen Diskothek oder in einer Gaststätte mit zumindest gemischter, nach Tagen unterschiedlicher Nutzung stattfindet. Zur Erleichterung des Verwaltungsvollzugs wird die Einrichtung eines Raucherraums an den Tagen, an denen die im Tenor genannten Veranstaltungen stattfinden, vom Beginn der Öffnung des Lokals bis zum Eintritt der Sperrzeit in der folgenden Nacht untersagt.

## Standort: Klagefristen

## Problem: Richtiger Zugang trotz falscher Adressierung

OVG KOBLENZ, BESCHLUSS VOM 22.10.2007  
10 A 10735/07 (NVwZ-RR 2008, 655 L)

### Problemdarstellung:

Der Antrag auf Zulassung der Berufung ist nach dem eindeutigen Wortlaut des § 124a IV 2 VwGO beim *Verwaltungsgericht* (VG) zu stellen. Dies überrascht auf den ersten Blick, denn nach § 124a V VwGO entscheidet das *Oberverwaltungsgericht* (OVG) über den Antrag. Allerdings wird der Sinn der Regelung sofort klar, wenn man sich die praktischen Gegebenheiten verdeutlicht: Die Prozessakten liegen ja noch beim VG. Würde der Berufungszulassungsantrag direkt an das OVG gerichtet, könnte dieses mit dem Antrag nichts anfangen, weil ihm keine Akte zugeordnet werden könnte. Es bedürfte erst einer Rückfrage beim VG

(Aktenanforderung). Nach geltendem Recht hingegen kann das VG den Berufungszulassungsantrag unproblematisch der dort vorliegenden Akte zuordnen und diese im normalen Geschäftsgang zusammen mit dem Berufungszulassungsantrag an das OVG übersenden. Dadurch wird ein Gang gespart.

Trotz dieser eindeutigen, mittlerweile seit Jahren bestehenden Regelung (und der Tatsache, dass auf sie zusätzlich in der Rechtsmittelbelehrung gem. § 58 I VwGO hingewiesen wird) gibt es immer noch Rechtsanwälte, die den Antrag an das Oberverwaltungsgericht adressieren. Dort wahrt er die Antragsfrist des § 124a IV 1 VwGO nicht, was in aller Regel zur Unzulässigkeit des Antrags führt. So geschehen auch im vorliegenden Fall. Allerdings hatte die Anwaltskanzlei den an das OVG adressierten Antrag an das VG gefaxt

und damit (vermutlich versehentlich) doch dem richtigen Gericht zugeleitet.

Das OVG Koblenz meint jedoch im vorliegenden Beschluss, dass dies trotzdem nicht zur Fristwahrung führe. Es genüge nicht, dass der Antrag beim richtigen Gericht eingehe; vielmehr müsse er auch an das richtige Gericht adressiert sein.

#### **Prüfungsrelevanz:**

Der Beschluss des OVG Koblenz entspricht i.E. der ganz h.M. (vgl. Nachweise in den Gründen). Er kann für Prüfungszwecke selbstverständlich nicht nur auf die Berufungszulassungsantragsfrist des § 124a IV 1 VwGO angewendet werden (auch wenn dies hier wegen des Auseinanderfallens von Einlegestelle und entscheidendem Gericht besonders "verlockend" ist), sondern auf jede Frist. Man könnte etwa zu § 70 I VwGO einen Fall konstruieren, in dem ein Antragsteller seinen Widerspruch fälschlich an das Verwaltungsgericht adressiert, ihn aber aus Versehen doch an die Behörde schickt. Ein schönes Beispiel zu § 74 I VwGO lieferte die Entscheidung des VGH Kassel vom 24.2.2006 (RA 2006, 711 = NVwZ-RR 2006, 841): Dort hatte der Kläger die von ihm erhobene Klage an ein unzuständiges Gericht adressiert, die Post hatte den Briefumschlag aber trotzdem beim zuständigen Gericht abgeliefert, und zwar fristgemäß. Der Brief wurde jedoch - da ein anderes Gericht auf dem Umschlag stand - ungeöffnet an dieses weitergeleitet. Dort wurde der Brief geöffnet, und nachdem festgestellt worden war, dass für die Klage ein anderes Gericht zuständig war (nämlich eben jenes, von dem der Brief kam), wurde die Sache dorthin zurückgegeben, mit der Folge, dass sie beim zuständigen Gericht erneut einging, nur diesmal nach Fristablauf. Auch hier nahmen VG und VGH an, dass die Klage verfristet sei, weil der ursprünglich fristgemäß eingegangene Brief falsch adressiert war.

#### **Vertiefungshinweise:**

- Irrtümliche Ablieferung einer an ein unzuständiges Gericht adressierten Klage beim zuständigen Gericht durch die Post: *VGH Kassel*, RA 2006, 711 = NVwZ-RR 2006, 841
- Klageerhebung bei falsch adressiertem Umschlag: *BGH*, NJW 1994, 1354
- Fristwahrung durch Klageerhebung bei örtlich unzuständigem Gericht: *BVerwG*, Buchholz 310 § 74 VwGO Nr. 13; NJW 2002, 768; *VGH Kassel*, NVwZ-RR 2006, 841
- Berufungszulassungsantrag bei Gerichtsbescheid: *VGH München*, NVwZ-RR 2007, 719

#### **Kursprogramm:**

- Examenskurs* : "Die Waffenbesitzkarte"
- Examenskurs* : "Ausgespielt"

#### **Leitsatz:**

**Der beim Verwaltungsgericht zu stellende Antrag auf Zulassung der Berufung wahrt nicht die Rechtsmittelfrist, wenn die Antragschrift willentlich an das Oberverwaltungsgericht adressiert ist, gleichwohl aber bei dem Telefaxgerät des Verwaltungsgerichts eingeht.**

#### **Sachverhalt:**

Die Parteien streiten um die Rechtzeitigkeit des vom Kläger gestellten Antrags auf Zulassung der Berufung. Die Prozessbevollmächtigten des Klägers hatten den an das OVG adressierten Antrag am letzten Tag der Frist an das VG gefaxt.

#### **Aus den Gründen:**

Der Antrag des Klägers ist unzulässig und kann schon deshalb keinen Erfolg haben.

##### *A. Fristversäumnis*

Der Kläger hat die Frist zur Stellung des Antrages auf Zulassung der Berufung versäumt. Das angefochtene Urteil wurde den Prozessbevollmächtigten des Klägers am 15. Juni 2007 zugestellt. Die einmonatige Frist für den Zulassungsantrag (vgl. § 124 a Abs. 4 Satz 1 VwGO), die auch hier maßgeblich ist, weil das Urteil mit ordnungsgemäßer Rechtsmittelbelehrung (vgl. § 58 Abs. 1 VwGO) erlassen wurde, lief demnach am Montag, dem 16. Juli 2007 ab. Bis zum Ablauf dieses Tages hat der Kläger den Antrag nicht - wie es § 124 a Abs. 4 Satz 2 VwGO ausdrücklich verlangt - bei dem Verwaltungsgericht gestellt. Das ergibt sich aus Folgendem:

##### *I. Falsche Adressierung durch den Kläger*

Der den Antrag auf Zulassung der Berufung enthaltene Schriftsatz des Klägers datiert vom 16. Juli 2007 (vgl. Bl. 116 GA). Er ist adressiert an das "Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz, Deinhardplatz 4, 56068 Koblenz". Weiter heißt es im Briefkopf: "vorab per Telefax: 0261/1307-350". Das Schriftstück ging per Telefax am 16. Juli 2007 auf dem Telefaxgerät des Verwaltungsgerichts Koblenz mit der Telefax-Nr. 0261/1307-250 ein. Von dort aus gelangte es am folgenden Tag, dem 17. Juli 2007, im normalen Geschäftsgang entsprechend der Adressierung an das Oberverwaltungsgericht. An diesem 17. Juli 2007 wurde die Sache auf der Geschäftsstelle des Senats im "Allgemeinen Register" mit einem AR-Aktenzeichen eingetragen und das Verwaltungsgericht Koblenz über die Rechtsmitteleinlegung informiert sowie um die Übersendung der Verfahrensakten gebeten.

##### *II. Fristversäumnis trotz richtiger Übermittlung*

Bei diesem Ablauf kommt es für die Fristwahrung darauf an, ob in der Übermittlung des Schriftsatzes vom 16. Juli 2007 über das Telefaxgerät des Verwaltungs-

gerichts die Stellung des Zulassungsantrages i.S.d. § 124 a Abs. 4 Satz 2 VwGO zu sehen ist. Das ist zu verneinen.

Zwar können fristgebundene Schriftsätze auch mit Telefax fristwahrend übermittelt (vgl. etwa: BVerfGE 74, 228[234]), jedoch ist hier durch die Übersendung des Schriftsatzes vom 16. Juli 2007 auf das Telefaxgeräts des Verwaltungsgerichts Koblenz keine Antragstellung beim Verwaltungsgericht erfolgt. Entscheidend ist dabei, dass der Prozessbevollmächtigte des Klägers diesen Schriftsatz eindeutig und allein an das Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz adressiert hat. Daraus wird nach außen hin zweifelsfrei dokumentiert, dass er den Antrag bei diesem Gericht - und eben nicht beim Verwaltungsgericht - stellen wollte. Sofern es angesichts der eindeutigen Adressierung überhaupt noch weiterer Umstände zur Ermittlung des Gewollten bedürfte, so sprechen diese im Übrigen ebenfalls für eine Antragstellung beim Oberverwaltungsgericht. Denn in der dem angefochtenen Urteil beigegebenen Rechtsmittelbelehrung heißt es - entsprechend dem Wortlaut des Gesetzes - ausdrücklich, der Antrag sei beim Verwaltungsgericht Koblenz zu stellen. Wenn der Prozessbevollmächtigte des Klägers gleichwohl den Schriftsatz an das Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz adressiert hat, dann muss angenommen werden, dass er diese Adresse bewusst ausgewählt hat. Dafür spricht auch der Hinweis in dem Schriftsatz vom 16. Juli 2007 "vorab per Telefax: 0261/1307-350". Diese Telefaxnummer ist nämlich die des Oberverwaltungsgerichts Rheinland-Pfalz und nicht die des Verwaltungsgerichts Koblenz.

### 1. Parallele zur BGH-Rechtsprechung

Dass in solchen Fällen die in dem Schriftsatz angegebene Adresse für die Fristwahrung maßgeblich ist, ist ganz herrschende Meinung. So hat etwa der Bundesgerichtshof in einem vergleichbaren Fall der unrichtig adressierten Berufungsbegründung an eine Anwaltskanzlei (Urteil vom 5. April 1990, NJW 1990, S. 28822) ausgeführt:

"Fristwahrend wirkt hier nicht der Eingang bei Justizbehörden im Allgemeinen oder bei einem beliebigen Gericht, sondern nur derjenige beim Berufungsgericht. Dorthin ist die Begründung einzureichen (§ 519 ZPO). Die Kl. haben ihren Schriftsatz nicht beim OLG abgegeben, sondern in den Fristenkasten eingeworfen, der für das LG und das OLG gemeinsam besteht. Der Einwurf in eine solche gemeinsame kann nicht die Verfügungsgewalt aller angeschlossenen Gerichte begründen und soll es auch nicht. Statt dessen entspricht es dem Zweck der Einrichtung und gleichermaßen der Absicht jeder Prozesspartei, Schriftsätze lediglich dem Gericht zukommen zu lassen, für das sie gedacht sind. Davon ausgehend entscheidet der BGH in gefestigter Rechtsprechung, dass ein Schriftsatz, der bei einer gemeinsamen Eingangsstelle eintrifft, nur bei demjeni-

gen Gericht eingegangen ist, an das er gerichtet ist. Irrt sich eine Partei und adressiert an das falsche Gericht, so geht der Schriftsatz bei diesem unzuständigen Gericht ein und kann, wenn er nicht rechtzeitig in die Verfügungsgewalt des zuständigen Gerichts kommt, eine ablaufende Frist nicht wahren (vgl. BGH, NJW 1983, 123; VersR 1988, 251).

In gleicher Weise ist die fristwahrende Wirkung der von der Kl. vorgelegten Berufungsbegründung zu beurteilen. Wenn die unzutreffende Bezeichnung eines Gerichts den eigentlich angestrebten Eingang verhindert, kann auch die versehentliche Adressierung an eine andere Anwaltskanzlei keine andere Folge nach sich ziehen.

### 2. Dogmatische Herleitung

Die dogmatische Herleitung dieser gefestigten Rechtsprechung ergibt sich aus dem Umstand, dass die Stellung eines Antrages, eines Klageantrages oder wie hier eines Zulassungsantrages, eine Prozesshandlung ist, die von einem dementsprechenden Willen bei der Erklärung getragen sein muss (so bereits: OVG Rheinland-Pfalz, NJW 1981, 1005, bestätigt durch: BVerwG, Beschluss vom 3. Juni 1981 - 2 CB 56/80, zitiert nach juris). Daraus oder auch eigenständig aus dem Umstand der Adressierung wird dann abgeleitet, dass nur das Gericht die - für die Antragstellung erforderliche - Verfügungsmacht über den fristwahrenden Schriftsatz erhält, dessen Adresse der Schriftsatz auch trägt. Ungeachtet dieser teilweise unterschiedlichen Begründung, findet das Ergebnis, dass durch die Einreichung eines eindeutig irrtümlich an ein unzuständiges Gericht adressierten Schriftsatzes keine Klage-, Antrags- oder Beschwerdefrist gewahrt wird, allgemeine Zustimmung (vgl. außer den bereits zitierten Entscheidungen etwa: OVG Nds, Beschluss vom 9. August 2007 - 11 ME 290/07; BayVGH, Beschluss vom 8. Oktober 2003 - 26 ZB 03.2368; OVG NRW, Beschluss vom 19. September 2002 - 14 A 2568/02; OVG Hamburg, NJW 1998, S. 696; Bader u.a., VwGO, § 124a Rdnr. 70 m.w.N.; Baumbach/Lauterbach, ZPO, § 233 Rdnr. 22 m.w.N.). [...]

### 3. Motive für falsche Adressierung irrelevant

Unbehelflich ist demgegenüber die Darstellung des Prozessbevollmächtigten des Klägers in dessen Schriftsatz vom 18. Oktober 2007. Denn darin räumt er nicht nur die eindeutige Fehladressierung des Schriftsatzes vom 16. Juli 2007 ein, sondern erläutert auch noch, warum er so verfahren sein will. Das ändert aber nichts daran, dass ihm ein Fehler unterlaufen ist. Nicht unerwähnt bleiben soll in diesem Zusammenhang, dass der beschließende Senat - entgegen der Annahme des Prozessbevollmächtigten des Klägers - "über den normalen Geschäftsablauf bei der Behandlung von Zulassungsanträgen" durchaus "ausreichend informiert" ist. Denn bei ordnungsgemäßer Antrag-

stellung beim Verwaltungsgericht - und das ist gerade das Ziel der gesetzlichen Regelung in § 124a Abs. 4 VwGO - erfolgt die zeitgleiche Weitergabe des Zulassungsantrages und die der Verwaltungsgerichtsakten einschließlich etwaiger Beiakten an das Oberverwaltungsgericht. Diesen "normalen" Geschäftsablauf hat indessen der Prozessbevollmächtigte mit seiner fehlerhaften Antragstellung unmöglich gemacht. Vielmehr musste das fehlerhaft auf das Telefaxgerät des Verwaltungsgerichts übermittelte Schriftstück vom Verwaltungsgericht erst einmal an das Oberverwaltungsgericht weitergeleitet werden. Sodann wurde es der Geschäftsstelle des beschließenden Senats vorgelegt. Dort erhielt es - weil ein Vorgang fehlte - ein "AR"-Aktenzeichen. Unter diesem Aktenzeichen informierte die Geschäftsstelle des Senats die Kammer des Verwaltungsgerichts, das die angefochtene Entscheidung erlassen hatte. Diese wiederum verfügte die Vorlage des Zulassungsantrages, zweier Abdrucke der angefochtenen Entscheidung, eines Bandes Gerichtsakten sowie 11 Hefte Beiakten (Verwaltung) an das Oberverwaltungsgericht. Nach deren Eingang löschte die Geschäftsstelle des Senats das "AR"-Aktenzeichen und trug die Streitsache unter einem neuen Aktenzeichen, dem Verfahrensaktenzeichen, ein. Jetzt - aber auch erst jetzt - konnte der Zulassungsantrag vom Vor-

sitzenden des Senats bearbeitet werden.

### B. Keine Wiedereinsetzung

Schließlich kann dem Kläger wegen Versäumung der Frist auch keine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gemäß § 60 Abs. 1 VwGO gewährt werden. Aus dem Vorstehenden ergibt sich, dass der Prozessbevollmächtigte keine Gründe glaubhaft gemacht, wonach er ohne Verschulden verhindert war, die Frist einzuhalten. Vielmehr hat er sich bei der Adressierung des Schriftsatzes vom 16. Juli 2007 an das Oberverwaltungsgericht geirrt. Ein solcher Irrtum geht aber nach allgemeiner Meinung zu seinen Lasten.

Das Handeln seines Prozessbevollmächtigten muss sich der Kläger zudem gemäß § 173 VwGO i. V. m. § 85 Abs. 2 ZPO als eigenes zurechnen lassen. Auch kommt keine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand aus anderen Gründen in Betracht. Denn der Schriftsatz vom 16. Juli 2007 ging erst am folgenden Tag, dem 17. Juli 2007, und damit nach Fristablauf bei dem Oberverwaltungsgericht ein. Damit bestand für den Senat keine Möglichkeit, den Schriftsatz an das Verwaltungsgericht weiter zu leiten und damit doch noch eine fristgerechte Antragstellung beim Verwaltungsgericht herbeizuführen.

## Standort: Prüfungsrecht

## Problem: "Sozialpunkte" wegen guter Stationsnoten?

OVG MÜNSTER, URTEIL VOM 09.01.2008  
14 A 3658/06 (NVWZ-2008, 1037)

### Problemdarstellung:

Im vorliegenden Fall begehrte eine knapp am "Befriedigend" gescheiterte Absolventin der zweiten juristischen Staatsprüfung die Vergabe von sog. "Sozialpunkten" u.a. unter Hinweis auf ihre überdurchschnittlichen Stationsnoten.

A. Bisher entsprach es st.Rspr. des OVG Münster, dass die Stationszeugnisse bei der Frage, "ob" Sozialpunkte vergeben werden, als prüfungsfremde Umstände völlig außer Betracht blieben. Erst wenn sich aufgrund der Leistungen des Kandidaten in der Prüfung selbst zeigte, dass die rechnerisch ermittelte Punktzahl seinem tatsächlichen Leistungsstand nicht entsprach, konnten die Leistungen während des Referendariats auf einer zweiten Stufe zur Klärung der Frage herangezogen werden, "wie" viele Sozialpunkte zu vergeben waren.

B. Diese Rspr. hat das OVG Münster nunmehr ausdrücklich aufgegeben. Die Stationszeugnisse der Referendare seien schon für die Entscheidung über die Vergabe von Sozialpunkten dem Grunde nach heranzuziehen, und zwar nicht nur mit ihrer jeweiligen Endnote, sondern auch mit ihrem Inhalt. Der Prüfer müsse sich einen Gesamteindruck vom Leistungsstand des Kandi-

daten verschaffen, zu dem auch die Leistungen während des Referendariats gehörten. Die bisher vertretene zweistufige Prüfung der Vergabe von Sozialpunkten sei weder im Landesrecht NRW noch in der Vorgabe des § 5d IV 1 DRiG angelegt.

C. Das OVG Münster zieht allerdings auch eine klare Grenze: Die Klägerin war nämlich auch noch auf die Idee gekommen, die Vergabe von Sozialpunkten unter Hinweis auf ihr "befriedigendes" 1. Staatsexamen, ihren LL.M.-Titel und sogar ihre Abiturnoten erstreiten zu wollen. Diese Umstände sind nach Ansicht des Gerichts für die Notenbildung im 2. Staatsexamen allesamt irrelevant.

### Prüfungsrelevanz:

A. Die vorliegende Entscheidung hat gravierende Auswirkungen für alle Referendarinnen und Referendare, denn die Bedeutung der Zeugnisse in den Stationen des Vorbereitungsdienstes wird durch sie erheblich gestärkt. Prüfer müssen nunmehr die Stationszeugnisse vor Prüfungsbeginn lesen, was bisher vielfach nicht geschehen sein dürfte. Der darin vermittelte Eindruck vom Kandidaten mag somit nicht nur die Vergabe von Sozialpunkten, sondern den gesamten Prüfungsverlauf prägen.

B. Ob die Entscheidung auch für das Prüfungsrecht anderer Bundesländer als NRW verallgemeinert wer-

den kann, lässt sich nicht mit Sicherheit sagen, da das OVG Münster hierüber nicht zu befinden hatte. Es ist nicht ausgeschlossen, dass OVG bzw. VGH eines anderen Bundeslandes unter Auslegung des dortigen Prüfungsrechts zu einem gegenteiligen Ergebnis gelangen. Allerdings stützt das OVG Münster seine neu gewonnene Ansicht ganz wesentlich auf die Vorgaben des § 5d IV 1 DRiG, der als Bundesgesetz in allen Bundesländern gilt. Außerdem hatte das BVerwG bereits angedeutet, dass es Zweifel an der bisher gegenteiligen Rspr. des OVG Münster hegte (BVerwG, Beschluss vom 4.8.1997 - 6 B 44/97, juris). Der VGH Kassel vertrat für Hessen schon immer die Auffassung, der sich das OVG Münster jetzt angeschlossen hat (VGH Kassel, DVBl 1991, 771).

C. Eine beschränkte Abweichung von der rechnerisch ermittelten Punktzahl ist übrigens nicht nur nach oben, sondern auch nach unten zulässig, sofern davon nicht das Bestehen der Prüfung abhängt. In Konsequenz der vorliegenden Entscheidung könnte es also auch sein, dass ein Referendar mit vergleichsweise schlechten Stationszeugnissen punktemäßig herabgesetzt wird. Dass die Bedeutung der Stationszeugnisse angesichts dieser unschönen Kehrseite der Entscheidung noch weiter steigt, liegt auf der Hand.

#### **Vertiefungshinweise:**

- Gegenteilige frühere Rspr. des OVG: *OVG Münster*, NWVBl 1997, 380
- Besprechung des Urteils: *Maubach/Plate*, NVwZ 2008, 968
- Beurteilungsspielraum im Prüfungsrecht: *BVerfG*, NJW 1991, 2005, 2007; *BVerwGE* 91, 262; *BVerwG*, NVwZ 1998, 738
- Anspruch auf Vergabe von "Sozialpunkten": *BVerwG*, NVwZ 2002, 1375; NJW 2003, 1063

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

**1. Bei der Entscheidung, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang beim zweiten juristischen Staatsexamen von dem rechnerisch ermittelten Wert für die Gesamtnote abgewichen werden soll, sind im Rahmen einer Gesamtbetrachtung des Leistungsstands des Prüflings auch die Stationszeugnisse im Vorbereitungsdiens mit einzubeziehen.**

**2. Abiturnoten, ein LL.M.-Titel und die Note im ersten juristischen Staatsexamen gehören hingegen nicht zu den Faktoren, die den Leistungsstand des Prüflings im zweiten juristischen Staatsexamen kennzeichnen. Sie bleiben daher für die Punktevergabe außer Betracht.**

#### **Sachverhalt:**

Die Kl. wandte sich gegen das Ergebnis ihrer Zweiten Juristischen Staatsprüfung. Von den im schriftlichen

Teil der Prüfung geschriebenen Klausuren wurden zwei mit befriedigend (8 Punkte), drei mit ausreichend (6 Punkte) und drei mit ausreichend (5 Punkte) bewertet. In der mündlichen Prüfung am 17.9.2004 erhielt sie im Vortrag die Note mangelhaft (3 Punkte) und im Prüfungsgespräch die Note befriedigend (8 Punkte). Ausweislich des Protokolls über die mündliche Prüfung hat der Prüfungsausschuss "keine Veranlassung gesehen, von der Möglichkeit einer Änderung der Gesamtnote nach § 31 IV NWJAG Gebrauch zu machen". Als rechnerisches und als endgültiges Gesamtergebnis stellte der Prüfungsausschuss einen Punktwert von 6,37 fest und erklärte die Prüfung mit ausreichend (6,37 Punkte) für bestanden. Dies teilte der Becl. der Kl. durch Bescheid vom 21.9.2004 mit. Gegen die Prüfungsentscheidung erhob die Kl. erfolglos Widerspruch. Die daraufhin erhobene Klage wies das VG ab. Das OVG gab der Berufung der Kl. statt.

#### **Aus den Gründen:**

Die zulässige Berufung ist begründet. Der auf § 31 Juristenausbildungsgesetz (NWJAG 1993) i.d.F. der Bekanntmachung vom 8. 11. 1993 (NWGVBl S. 924), gestützte Prüfungsbescheid des Becl. vom 21. 4. 2004 ist rechtswidrig und verletzt die Kl. in ihren Rechten. Die Entscheidung des Prüfungsausschusses über eine Abweichung von der rechnerisch ermittelten Gesamtnote ist fehlerhaft. Die Kl. hat Anspruch darauf, dass der Prüfungsausschuss darüber nach Maßgabe der Rechtsauffassung des Gerichts erneut entscheidet und der Becl. sie bezüglich der festgesetzten Gesamtnote erneut bescheidet.

#### **A. Auf Beurteilungsfehler beschränkte Prüfungskompetenz**

Berufsbezogene Prüfungsentscheidungen der vorliegenden Art sind nach der Rechtsprechung des BVerfG (BVerfGE 84, 34), der die Verwaltungsgerichte folgen (vgl. u.a.: BVerwGE 91, 262; OVG Münster, Urteil vom 10.4.2003 - 14 A 1964/01) mit Blick auf das Verfahrensgrundrecht des Art. 19 IV GG von den Gerichten grundsätzlich vollständig nachzuprüfen. Lediglich bei "prüfungsspezifischen" Wertungen (vgl. hierzu BVerwG, NVwZ 1998, 738) verbleibt der Prüfungsbehörde ein Entscheidungsspielraum, dessen gerichtliche Überprüfung darauf beschränkt ist, ob Verfahrensfehler oder Verstöße gegen anzuwendendes Recht vorliegen, ob die Prüfungsbehörde von einem unrichtigen Sachverhalt ausgegangen ist, gegen allgemeine Bewertungsgrundsätze verstoßen hat, sich von sachfremden Erwägungen hat leiten lassen oder sonst willkürlich gehandelt hat.

#### **B. Rechtliche Grundlagen der Vergabe von "Sozialpunkten"**

Die Gesamtnote für die Zweite Juristische Staatsprüfung ist nach Maßgabe von § 31 IV 1 und 2 NWJAG



zwar zunächst rechnerisch zu ermitteln. Durch den auf der bundesrechtlichen Vorgabe des § 5d IV 1 und 2 DRiG beruhenden § 31 IV 3 NWJAG ist dem Prüfungsausschuss jedoch eine begrenzte Befugnis eingeräumt, von dem rechnerisch ermittelten Wert abzuweichen, wenn dies den Leistungsstand des Prüflings besser kennzeichnet. Auch diese Entscheidung ist das Ergebnis von prüfungsspezifischen Wertungen (vgl. BVerwGE 99, 74).

### C. Subsumtion

Auf der Grundlage dieser Prüfungsmaßstäbe erweist sich die Entscheidung des Prüfungsausschusses über eine Abweichung von dem rechnerisch ermittelten Wert für die Gesamtnote der Kl. als fehlerhaft.

### I. Vergabe von "Sozialpunkten" als Ausnahme

1. Die dem Prüfungsausschuss durch § 5d IV 1 und 2 DRiG, § 31 IV 3 NWJAG eingeräumte Ermächtigung lässt eine Abweichung von dem rechnerisch ermittelten Wert für die Gesamtnote nur ausnahmsweise zu und setzt voraus, dass dieser Wert nach dem von dem Prüfling gewonnenen Gesamteindruck seinen Leistungsstand nicht richtig kennzeichnet und daher der Korrektur bedarf. Bei dieser Regelung handelt es sich um eine typische Härteklausele, die Unbilligkeiten und ungewollte Härten einer schematischen Rechtsanwendung wegen der rein rechnerischen Ermittlung der Gesamtnote im Einzelfall begegnen will und dem Gesamteindruck des Prüfungsorgans ausnahmsweise Bedeutung beimisst (vgl. BVerwG, Beschluss vom 4.8.1997 - 6 B 44/97, juris, m.w.N.).

### II. Gesamtschau erforderlich

Dies verlangt eine Berücksichtigung aller hierfür maßgeblichen Umstände (BVerwG, a.a.O.).

#### 1. Bisherige Ansicht: Allein Eindruck in der mündlichen Prüfung entscheidet

Ausweislich seiner Stellungnahme im verwaltungsinternen Kontrollverfahren ist der Prüfungsausschuss dem gegenüber in erster Linie davon ausgegangen, dass ein Abweichen von der rechnerisch ermittelten Gesamtnote voraussetzt, dass sich die Zweifel an deren Aussagekraft allein aus dem in der Prüfung selbst gezeigten Prüfungsbild ergeben müssen und so genannte prüfungsfremde Erkenntnisquellen insoweit ohne Bedeutung sind. Diese auch dem angefochtenen Urteil zu Grunde liegende Erwägung hält rechtlicher Überprüfung nicht stand.

Diese Überlegung geht zurück auf ein Urteil des früher für das Justizprüfungsrecht zuständig gewesenen 22. Senats des erkennenden Gerichts (NWVBl 1997, 38). An dessen einschränkender Auslegung des § 5d IV DRiG hatte bereits das BVerwG in seiner nachfolgenden Entscheidung über die Zulassung der Revision, dem genannten Beschluss vom 4.8.1997 (nicht ent-

scheidungserhebliche) Zweifel geäußert. Der erkennende Senat hatte bisher keine Gelegenheit, über diese Rechtsfrage erneut zu entscheiden. Entgegen der Auffassung des Bkl. gilt dies auch unter Berücksichtigung des Senatsbeschlusses vom 29. 3. 2004 (14 A 902/03). In diesem kam es auf die Rechtsfrage nicht an, weil entsprechende Fragestellungen im Rahmen eines Antrags auf Zulassung der Berufung entweder nicht oder aber verspätet dargelegt worden waren.

### 2. Nunmehr: Auch Leistungen im Vorbereitungsdienst (mit) maßgeblich

Er hält an der Auffassung des 22. Senats nicht fest.

#### a. Wortlaut des § 31 IV 3 JAG NRW

Dem Wortlaut des § 31 IV 3 NWJAG 1993 lässt sich nicht entnehmen, dass die Leistungen des Vorbereitungsdienstes als "prüfungsfremde Erkenntnisquellen" bei der Frage, ob von der rechnerisch ermittelten Gesamtnote abgewichen werden darf, nicht zu berücksichtigen sind, sondern erst bei der Frage, in welchem Umfang dies geschehen kann.

In der Vorschrift sind diese Leistungen als Erkenntnisquelle ausdrücklich - im mit einem Semikolon abgetrennten zweiten Halbsatz - erwähnt. Der grammatikalische Bezug dieser Regelung "hierbei sind ... zu berücksichtigen" ist zwar (zunächst) unklar. Bezieht er sich auf die Formulierung im ersten Halbsatz "Der Prüfungsausschuss kann ... um bis zu einem Punkt abweichen, ...", liegt eine auf das Ausmaß der Abweichung beschränkte Anwendung nahe. Bezieht er sich auf den Satzteil "..., wenn dies den Leistungsstand des Prüflings besser kennzeichnet ...", spricht vieles dafür, dass die Leistungen des Vorbereitungsdienstes bereits bei der Frage nach dem "Ob" der Abweichung von Bedeutung sind.

#### b. Systematik: Auslegung im Lichte des § 5d IV 1 DRiG

Jedoch gewinnt die Betrachtung an Deutlichkeit, wenn der von § 5d IV 1 DRiG vorgegebene Regelungsbestandteil "auf Grund des Gesamteindrucks" - der sich in § 31 IV 3 NWJAG 1993 nicht ausdrücklich wiederfindet - hinzu genommen wird. Denn die Leistungen im Vorbereitungsdienst zählen zum Gesamteindruck des Prüflings, den sich der Prüfungsausschuss verschaffen muss, vgl. die gem. § 38 der Juristenausbildungsverordnung (NWJAO) in der hier anzuwendenden Fassung der Bekanntmachung vom 8. 11. 1993 (NWGVBl S. 932), entsprechend anzuwendende Vorschrift des § 11 NWJAO über die Vorberatung der Prüfer. Zu den dabei zu berücksichtigenden Prüfungsunterlagen gehören die Personalakte des Prüflings sowie die Akten über die erste Staatsprüfung, vgl. § 34 II 2 NWJAO, und damit die gem. § 30 NWJAO von allen Ausbildern zu erteilenden Zeugnisse, und zwar naturgemäß alle. Diese können deshalb nicht als "prü-

fungsfremd“ qualifiziert werden. Hinzu kommt, dass in § 31 IV 3 NWJAG 1993 neutral von “Leistungsstand”, nicht von “Prüfungsleistung” oder “dem in der Prüfung gezeigten Leistungsstand” die Rede ist.

### c. Gesetzeshistorie

Auch die Entstehungsgeschichte legt eine Berücksichtigung der Leistungen aus dem Vorbereitungsdienst bereits bei der Frage nahe, ob von der rechnerisch ermittelten Gesamtnote abzuweichen ist.

Zwar sind die Materialien zur Neufassung von § 31 (insb. Absatz 4 S. 3) durch das 8. Gesetz zur Änderung des Juristenausbildungsgesetzes (NWJAG 1982) unergiebig. Aus der Begründung des Gesetzentwurfes (vgl. LT-Dr 9/1573 [A. Allgemein]), ergibt sich nur ohne nähere Erläuterungen, dass dem durch das Zweite Gesetz zur Änderung des Deutschen Richtergesetzes vom 16. 8. 1980 (BGBl I, 1451) als unmittelbar geltendem Bundesrecht geschaffenen Rechtszustand für die Leistungsbewertung in den juristischen Staatsprüfungen entgegen stehendes Landesrecht formal angepasst werden sollte. Diese Neuregelung enthielt u.a. die ausdrückliche Abschaffung der zuvor u.a. in Nordrhein-Westfalen vorgeschriebenen Anrechnung einer rechnerisch ermittelten Note aus den Leistungen im Vorbereitungsdienst mit einem festen Anteil auf die Note der zweiten juristischen Staatsprüfung.

Allerdings beruhte der vom Bundesrat eingebrachte Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Deutschen Richtergesetzes (BT-Dr 8/3312 vom 2. 11. 1979), u.a. auf der Erwägung: “Zur Vereinheitlichung der Ergebnisse der zweiten Prüfung im Bundesgebiet wird die Möglichkeit einer Anrechnung der Ausbildungsnote auf das Prüfungsergebnis beseitigt und durch ein begrenztes Prüferermessen, innerhalb dessen die Ausbildungsnoten berücksichtigt werden können, ersetzt”. In seiner Begründung wird unter “Allgemeines” (S. 5) weiter ausgeführt, dass statt der bislang vorgesehenen Anrechnung der Leistungen im Vorbereitungsdienst “eine Berücksichtigung dieser Leistungen im Rahmen eines Beurteilungsermessens des Prüfungsausschusses” zugelassen werde. Zur Neuregelung von § 5d heißt es dann weiter (S. 6): “... An Stelle der Anrechnung der Ausbildungsnote eröffnet der Entwurf in § 5d II 2 die Möglichkeit, den Prüfungsausschüssen bei der Entscheidung über das Ergebnis der Prüfung einen begrenzten Beurteilungsspielraum einzuräumen, innerhalb dessen auch die Ausbildungszeugnisse des Kandidaten Berücksichtigung finden können. Diese Regelung vermeidet die Nachteile einer schematischen, undifferenzierten Anrechnung der Ausbildungsnote. Sie reduziert einerseits das Gewicht der Ausbildungszeugnisse in der Prüfung, lässt es jedoch andererseits zu, dass diese weiterhin - ihrer Aussagekraft, ihrem Gewicht und ihrem Stellenwert entsprechend - im Rahmen des Gesamteindrucks des Prüfungsausschusses in die Festsetzung der Prüfungsnote einflie-

ßen...”

Zwar ist § 5d nicht in der vom Bundesrat vorgeschlagenen, für die Länder lediglich die Befugnis für eine entsprechende Regelung vorsehenden Fassung Gesetz geworden. Vielmehr ist die vom Rechtsausschuss des Bundestages (vgl. BT-Dr 8/3972 v. 5. 5. 1980), entwickelte entsprechende Fassung, die der heutigen materiellen Rechtslage entspricht, auf Grund der Empfehlung des Vermittlungsausschusses (vgl. BT-Dr 8/4361), Gesetz geworden. Diese regelt im Interesse der Einheitlichkeit im gesamten Bundesgebiet unmittelbar die Befugnis des Prüfungsorgans. Jedoch lässt sich den Gesetzgebungsmaterialien insgesamt entnehmen, dass nach Auffassung des Bundesgesetzgebers die Leistungen im Vorbereitungsdienst bei der Bildung des „Gesamteindrucks“ entscheidend zu berücksichtigen sind (vgl. II 2b des Berichts des BT-Rechtsausschusses zu seiner Beschlussempfehlung, BT-Dr 8/3972, S. 6).

Es hat keine Bedeutung, dass der Terminus “Gesamteindruck” zunächst keinen Eingang in die entsprechende landesrechtliche Regelung gefunden hatte. Denn bei § 5d I DRiG i.d.F. des 2. Änderungsgesetzes vom 16. 8. 1980 (BGBl I, 1451; heute § 5d IV DRiG) handelte es sich um eine die Prüfungsorgane bundesrechtlich unmittelbar bindende Regelung. Im Übrigen hat dies der Landesgesetzgeber im Zuge der Neuregelung des NWJAG 2003 nachgeholt (vgl. § 56 IV i.V. mit § 18 IV NWJAG 2003), ohne dass erkennbar wäre, dass damit mehr als eine redaktionelle Vervollständigung des Landesrechts erfolgt ist.

Danach sieht der erkennende Senat keine Grundlage für die Annahme, dass ein Abweichen von der rechnerisch ermittelten Gesamtnote nur dann dem aus Art. 3 I GG herzuleitenden Gebot der Chancengleichheit sowie dem Zweck der Ermächtigung in § 5d IV 1 DRiG/§ 31 IV 3 NWJAG 1993 entspräche, wenn sich Zweifel am Aussagewert der Gesamtnote aus dem in der Prüfung selbst gezeigten Leistungsbild ergäben (so aber OVG Münster, Beschl. v. 27. 2. 1997 - 22 A 1326/94).

### 3. Aufgabe der bisherigen Rechtsprechung des OVG

Bei einer gesetzlich vorgegebenen Berücksichtigung der Leistungen im Vorbereitungsdienst erfolgt die Abweichungsprüfung nicht “ohne konkreten Anlass und damit gleichsam voraussetzungslos”. Der Hinweis auf das Urteil des BVerwG vom 12.7.1995 (BVerwGE 99, 74), führt in diesem Zusammenhang nicht weiter. Weder dieser Entscheidung noch später ergangenen Entscheidungen des BVerwG, in denen der Abweichungsentscheidung des Prüfungsausschusses Bedeutung zukam (NVwZ 2002, 1375; NJW 2003, 1063), ist etwas dafür zu entnehmen, dass durch § 5d IV DRiG eine zweistufige Entscheidungsstruktur mit einem eingeschränkten Blickwinkel in der ersten Stufe vorgegeben wäre (ebenso VGH Kassel, DVBl 1991, 771).

Im Übrigen erschließt sich dem Senat aus Gründen der

Logik nicht, wie die Betrachtung allein der Prüfungsleistungen die Erkenntnis vermitteln kann, ob diesen Leistungsstand des Prüflings „ersichtlich“ zutreffend wiedergeben oder nicht. Einzelne Prüfungsleistungen können als „untypische“ Ausreißer identifiziert werden, wenn sie für die Ermittlung des in der Prüfung gewonnenen Leistungsbildes unberücksichtigt bleiben. Das widerspräche aber dem Grundsatz der rechnerisch zu ermittelnden Gesamtnote nach Maßgabe der vom Gesetzgeber vorgegebenen Gewichtung der einzelnen Prüfungsbestandteile. Im Übrigen ist ohne zusätzliche Erkenntnisquellen nicht objektivierbar, ob und welche Prüfungsleistungen für einen Prüfling als „typisch“ erkannt werden können.

### III. Beurteilungsfehler im konkreten Fall

Der Prüfungsausschuss hat ausweislich seiner Stellungnahme im verwaltungsinternen Kontrollverfahren in zweiter Linie entschieden, dass auch bei Einbeziehung der Leistungen im Vorbereitungsdienst nicht von der rechnerisch ermittelten Gesamtnote abgewichen werden soll. Er hat dabei darauf abgestellt, dass die Prüfungsleistungen nicht ganz oder teilweise als „völlig untypischer Ausreißer“ angesehen werden können. Auch das hält einer rechtlichen Überprüfung nicht stand.

Der Senat geht mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung davon aus, dass ein Abweichen nur ausnahmsweise zulässig ist (vgl. BVerwGE 99, 74). Die Entscheidung darüber, ob von der rechnerisch ermittelten Gesamtnote abgewichen werden soll, ist, wie dargelegt, als eine den Prüfern vorbehaltene Beurteilung des Leistungsbildes des Prüflings grundsätzlich nur eingeschränkt gerichtlich überprüfbar. Der Prüfungsausschuss hat mit dem von ihm zu Grunde gelegten Maßstab „völlig untypischer Ausreißer“ die durch § 31 IV 3 NWJAG eingeräumte Befugnis jedenfalls für das hier allenfalls in Betracht kommende Abweichen nach oben nicht ausgeschöpft und deshalb von der Ermächtigung nicht dem Gesetz entsprechend Gebrauch gemacht.

Eine Tatbestandsvoraussetzung für die Abweichungsentscheidung ist, ob durch ein Abweichen vom rechnerisch ermittelten Wert für die Gesamtnote der Leistungsstand des Prüflings „besser“ gekennzeichnet wird. Der Prüfungsausschuss hat in seiner Stellungnahme im verwaltungsinternen Kontrollverfahren den von ihm gewählten Maßstab nicht ausdrücklich quantifiziert. Das ist auch nicht ohne weiteres möglich, weil die Leistungen im Vorbereitungsdienst nicht in einem Gesamtergebnis rechnerisch erfasst werden, das dem rechnerischen Prüfungsergebnis gegenüber gestellt werden könnte. Nach dem allgemeinen Sprachgebrauch setzt die Wahrnehmung eines „völlig untypischen“ Unterschiedes die Erkenntnis eines als typisch

feststellbaren Niveaus voraus, von dem mehr als „bloß“ untypisch abgewichen worden ist. Demgegenüber kann im Einzelfall auch eine „bloß“ untypische Leistungskonstellation für ein Abweichen von der rechnerisch ermittelten Gesamtnote ausreichen (vgl. BVerwGE 99, 74 - atypische Leistungskonstellation).

### D. Segelhinweise

Bei der danach erneut zu treffenden Abweichungsentscheidung ist zu Grunde zu legen, dass die Feststellung des Leistungsstandes des Prüflings sich auf das bezieht, was gem. § 25 I NWJAG Zweck der Zweiten Juristischen Staatsprüfung ist, nämlich festzustellen, ob das Ziel der Referendarausbildung erreicht worden ist. Der Prüfungsausschuss wird des Weiteren zu berücksichtigen haben, dass es nicht um die Frage geht, ob einzelne Prüfungsleistungen mit einem anderweitig feststellbaren Leistungsstand der Kl. nicht übereinstimmen, sondern ob dies für den rechnerisch ermittelten Wert für die Gesamtnote erkennbar ist. Die Prüfer haben zudem für die unerlässliche Verschaffung eines Gesamteindrucks die im Vorbereitungsdienst erteilten Einzelzeugnisse nicht nur mit ihrer jeweiligen Endnote, sondern auch mit ihrem Inhalt zur Kenntnis zu nehmen. Sie haben die Einzelzeugnisse nach Aussage, Gewicht und Stellenwert zu würdigen; denn es gibt keinen allgemeinen Bewertungsgrundsatz, auf Grund dessen im Vergleich zu den Prüfungsleistungen bessere Noten im Vorbereitungsdienst, gleichgültig wann und in welcher Ausbildungssituation sie erzielt worden sind, den Leistungsstand eines Prüflings besser kennzeichnen als der rechnerisch ermittelte Wert. Darauf, ob auch das Ergebnis der Ersten Juristischen Staatsprüfung den maßgeblichen Gesamteindruck mitprägt, kommt es hier nicht an. Denn das von der Kl. in der ersten Staatsprüfung erzielte „befriedigende“ Ergebnis ist nicht geeignet, zur Bildung eines Gesamteindrucks beizutragen, auf Grund dessen die rechnerische Gesamtnote der zweiten Staatsprüfung als für den Leistungsstand untypisch beurteilt werden könnte. Die Akten über die erste Staatsprüfung gehören allerdings zu den Prüfungsunterlagen, vgl. § 34 II 2 NWJAO. Andere außerhalb des Vorbereitungsdienstes gezeigte Leistungen können nur dann in die Gesamtbeurteilung des Leistungsstandes einbezogen werden, wenn sie eine Aussage hinsichtlich der Inhalte und Ziele des Vorbereitungsdienstes enthalten. Das ist hinsichtlich des „Masters of Laws“, den die Kl. in Neuseeland erworben hat, nicht ersichtlich. Auch die allgemeinbildende Schulbildung ist „lediglich“ die unerlässliche Grundlage für Studium und Vorbereitungsdienst und deshalb für die Bildung des Gesamteindrucks und die Beurteilung des Leistungsstandes i.S. von § 31 IV NWJAG 1993 ohne Bedeutung.

**Standort: Prüfungsrecht****Problem: Verspätete Klausurabgabe**

VG KÖLN, URTEIL VOM 14.02.2008  
6 K 486/07 (NWVBL 2008, 401)

**Problemdarstellung:**

Im vorliegenden Fall hatte das Landesjustizprüfungsamt (LJPA) des Landes NRW eine Klausur im zweiten juristischen Staatsexamen für ungenügend (null Punkte) erklärt, weil die Verfasserin ca. zwei Minuten nach dem Aufruf zur Abgabe auf ihrem Konzeptpapier (!) noch drei Seitenzahlen notiert hatte.

Das VG Köln bestätigt diese Bewertung. Eine Klausur müsse "rechtzeitig" abgegeben werden. Das bedeute grundsätzlich wohl, dass sie *innerhalb* der Bearbeitungszeit abgegeben werden müsse (a.A. VGH Mannheim, NVwZ-RR 1992, 630: Die Abgabe sei zwangsläufig auch noch kurz nach Ablauf der Bearbeitungsfrist rechtzeitig, weil die Klausur innerhalb der Bearbeitungsfrist ja noch bearbeitet werden dürfe, für das "Abgeben", also das Zusammenlegen der Blätter, das Überbringen an die Aufsichtsperson usw., mithin anschließend noch genügend Zeit bleiben müsse). Zwar sei organisatorisch-faktisch häufig zu beobachten, dass manche Klausuren wegen der Vielzahl der Kandidaten bei nur einer Aufsicht erst nach Ende der Bearbeitungszeit *abgegeben* würden; dies ändere aber jedenfalls nichts an dem Verbot, sie nach Ende der Bearbeitungszeit noch zu *bearbeiten*. Etwas anderes gelte nur, wenn es ausdrücklich zugelassen werde (was hier nicht der Fall war).

Dass es sich hier bei der "Bearbeitung" nur um die Notiz von drei Seitenzahlen handelte - noch dazu auf Konzeptpapier, nicht in der eigentlichen Lösung -, ändere daran nichts. Verstoß sei Verstoß, auf die Erheblichkeit komme es nicht an, zumal ein Ermessen nicht eröffnet sei.

**Prüfungsrelevanz:**

Der Fall hat materiell-inhaltlich kaum Examensrelevanz. Lediglich aufbautechnisch sei darauf hingewiesen, dass in einem Gutachten die Prüfung der Verhältnismäßigkeit einer gebundenen Entscheidung nicht - wie hier durch das VG geschehen - in der Rechtsfolge, sondern schon unter "Ermächtigungsgrundlage" vollzogen werden sollte: Wenn eine gebundene Entscheidung unverhältnismäßig ist, ist schon die sie zwingend vorschreibende Norm ihrerseits unverhältnismäßig, somit wegen eines Verstoßes gegen Art. 20 III GG verfassungswidrig und nichtig. Mithin käme sie schon als Ermächtigungsgrundlage nicht in Betracht.

Der Fall soll aber verdeutlichen, wie sensibel die Abgabepflichten mitunter vom LJPA gehandhabt werden. Es empfiehlt sich folglich nicht, die Abgabezeit über die Neige auszureizen.

**Vertiefungshinweise:**

- Prüfung im falschen Schwerpunktbereich: *OVG Münster*, RA 2008, 141 = NWVBL 2008, 112
- Sonnenbrille tragender Prüfer: *VG Köln*, RA 2006, 655 = NWVBL 2006, 435
- Fehler im Sachverhalt einer Examensklausur: *Berl-VerfGH*, RA 2004, 765 = NVwZ 2004, 1351
- Täuschungsversuch in der Prüfung: *VG Mainz*, RA 2003, 288 = NJW 2003, 1545
- Klausurbewertung nach Mittelwert der beiden Prüfergutachten: *BVerwG*, NVwZ 2004, 1375
- Anspruch auf Wiederholung der Prüfung: *VGH Mannheim*, DÖV 1984, 814
- Berufsfreiheit im Prüfungsrecht: *BVerfGE* 52, 380 [388]; 79, 212 [218]; 84, 34 [45]
- Zur Rechtmäßigkeit von Referendarzeugnissen: *VGH Mannheim*, NVwZ-RR 2007, 393
- Zulassung zur Ersten Juristischen Staatsprüfung: *OVG Hamburg*, NVwZ-RR 2007, 532

**Kursprogramm:**

- Assessorkurs* : "Das Prüfungsgespräch"

**Leitsatz:**

**Der Tatbestand der Sanktionsnorm des § 21 I 1 JAG NRW (Bewertung einer Aufsichtsarbeit mit null Punkten wegen nicht rechtzeitiger Ablieferung) ist bereits dann erfüllt, wenn ein Prüfling nach Ablauf der Bearbeitungszeit und Ergehen der Abgabebeforderung die Reinschrift oder das - mit abzuliefernde - Konzeptpapier seiner Klausur noch mit Seitenzahlen versieht.**

**Sachverhalt:**

Die Klägerin unterzog sich im Jahr 2006 beim beklagten Prüfungsamt der Zweiten Juristischen Staatsprüfung. In der Niederschrift über die Fertigung der V 1-Klausur am 4.5.2006, für die der Klägerin die Platzziffer 21 zugeteilt war, vermerkte der Aufsichtsführende u. a.: "Den Prüflingen ist bekannt gegeben worden, dass die Bearbeitungen spätestens um 14.05 Uhr abzugeben sind. [...] Vermerke über Unregelmäßigkeiten: Nr. 21 Abgabe 14.10 Uhr."

Daraufhin holte das beklagte Prüfungsamt Stellungnahmen der an diesem Tag mit dem Einsammeln der Aufsichtsarbeiten betrauten Zeuginnen ein. Das beklagte Prüfungsamt erklärte die V 1-Klausur der Klägerin mit Bescheid vom 14.7.2006 gem. § 56 Abs. 1 und 2 Satz 3 i.V.m. § 21 Abs. 1 JAG NRW für "ungenügend" (null Punkte). Die nach Zurückweisung ihres Widerspruchs erhobene Klage der Klägerin hatte keinen Erfolg.

**Aus den Gründen:**

Die zulässige Klage ist nicht begründet. Der angefochtene Sanktionsbescheid des beklagten Amtes vom 14.7. 2006, mit dem die V 1-Klausur der Klägerin für "ungenügend" erklärt worden ist, in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 5.1.2007 ist rechtmäßig und verletzt die Klägerin nicht in ihren Rechten (§ 113 Abs. 1 VwGO). Damit ist auch der Bescheid des beklagten Amtes über das Gesamtergebnis der Prüfung v. 23.10.2007, soweit er angefochten ist, in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 17.1.2007 rechtmäßig und verletzt die Klägerin nicht in ihren Rechten. Ihr steht der geltend gemachte Anspruch auf erneute Entscheidung über das Ergebnis ihrer zweiten juristischen Staatsprüfung nach Bewertung der V 1-Klausur nicht zu (§ 113 Abs. 5 VwGO).

**A. Ermächtigungsgrundlage**

Rechtsgrundlage des angefochtenen Sanktionsbescheides ist § 56 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 3 i.V.m. § 21 Abs. 1 Satz 1 JAG NRW vom 11.3.2003 (GVBl. NRW S. 135). Danach sind bis zu drei Aufsichtsarbeiten, die ein Prüfling in der zweiten juristischen Staatsprüfung ohne genügende Entschuldigung nicht oder nicht rechtzeitig abliefern, durch den Vorsitzenden des Justizprüfungsamtes für "ungenügend" zu erklären.

**B. Materielle Rechtmäßigkeit**

Die Voraussetzungen dieser Vorschrift sind vorliegend erfüllt, denn die Klägerin hat die von ihr im Rahmen der zweiten juristischen Staatsprüfung am 4.5.2006 gefertigte V 1-Klausur ohne genügende Entschuldigung nicht rechtzeitig abgeliefert.

**I. Tatbestand****1. Abliefern**

Abgeliefert im Sinne dieser Vorschrift ist eine Aufsichtsarbeit zu dem Zeitpunkt, zu dem sie der zur Entgegennahme befugten Aufsichtsperson übergeben wird. Dies ergibt sich aus der unzweifelhaften sprachlichen Bedeutung des Tätigkeitswortes "abliefern", das den tatsächlichen Vorgang des "Bringens und Abgebens" der Arbeit an die Aufsichtsperson meint (vgl. OVG NRW, Beschluss vom 28.10.2005 - 14 A 642/05 - zur Vorgängerregelung des § 10 Abs. 1 JAO NRW; ebenso VGH BW, NVwZ-RR 1992, 630 und VBIBW 2007, 388).

**2. Rechtzeitig**

Bis zu welchem Zeitpunkt eine Aufsichtsarbeit als "rechtzeitig" abgeliefert anzusehen ist, regelt die Vorschrift des § 21 Abs. 1 JAG NRW selbst nicht.

**a. Erste Ansicht: Rechtzeitigkeit auch noch nach Ablauf der Bearbeitungsfrist**

Insbesondere kann allein aus der Verwendung des

Verbes "abliefern" nach Ansicht der Kammer nicht gefolgert werden, dass es für die Rechtzeitigkeit der Abgabe stets auf einen erst nach dem Ende der Bearbeitungszeit liegenden Zeitpunkt ankommen solle (so aber VGH BW, NVwZ-RR 1992, 630; VG Karlsruhe, Urt. v. 3. 5. 2006 - 7 K 1243/05 - juris).

**b. Zweite Ansicht: Keine Rechtzeitigkeit nach Ablauf der Bearbeitungsfrist**

Die Frage, wann eine Aufsichtsarbeit rechtzeitig abgeliefert ist, kann deshalb nur durch eine systematische und teleologische Auslegung des § 21 Abs. 1 Satz 1 JAG NRW beantwortet werden.

Danach liegt bei systematischer Auslegung mit Blick auf die in § 53 Abs. 2 i. V. m. § 13 Abs. 1 Satz 1 JAG NRW gesetzlich bestimmte Bearbeitungszeit von 5 Stunden die Überlegung nahe, dass eine Aufsichtsarbeit nur dann rechtzeitig abgeliefert ist, wenn sie bis zum Ende der Bearbeitungszeit dem Aufsichtsführenden übergeben wird. Für ein solches Verständnis ließe sich auch die frühere Regelung des § 38 i. V. m. § 8 Abs. 2 Satz 1 JAO NRW anführen, die bestimmte, dass der Prüfling die Arbeiten spätestens bei Ablauf der Bearbeitungszeit an die aufsichtsführende Person abzugeben hatte, und deren Übernahme in das JAG NRW v. 11. 3. 2003 lediglich aus Gründen der Verwaltungsvereinfachung und Praktikabilität unterblieben ist, weil man detaillierte Regelungen zur Durchführung der Aufsicht den jeweiligen Prüfungsämtern im Verwaltungswege überlassen wollte (vgl. Gesetzesbegründung zu § 13 JAG NRW, LT-Drs. 13/3197, S. 78).

Einem solchen Verständnis des § 21 Abs. 1 Satz 1 JAG NRW stünde schließlich auch der Umstand nicht zwingend entgegen, dass die weit überwiegende Anzahl der Aufsichtsarbeiten der Aufsichtsperson aus organisatorischen Gründen tatsächlich erst nach dem Ende der Bearbeitungszeit übergeben werden kann. Schon mangels entsprechender personeller Kapazitäten der Prüfungsämter kann nämlich nicht neben jedem einzelnen Prüfling eine Aufsichtsperson postiert werden, um pünktlich mit Ablauf der Bearbeitungszeit seine Aufsichtsarbeit entgegenzunehmen. Derartige prüfungsimmanente Verzögerungsgründe, die nicht in der Sphäre des Prüflings liegen, wären jedoch als „genügende Entschuldigung“ i. S. d. § 21 Abs. 1 Satz 1 JAG NRW anzusehen. Entsprechendes würde für solche Tätigkeiten gelten, die - wie das Anbringen des Schlussvermerks "Ende der Bearbeitung" oder das Einlegen der Blätter in den Mantelbogen - vom beklagten Prüfungsamt nach Ablauf der gesetzlich bestimmten Bearbeitungszeit noch gestattet werden.

Auf der anderen Seite sprechen die genannten organisatorischen Gegebenheiten dafür, eine Aufsichtsarbeit bei teleologischer Auslegung des § 21 Abs. 1 Satz 1 JAG NRW auch dann noch als "rechtzeitig" und nicht als verspätet, aber genügend entschuldigt abgeliefert

anzusehen, wenn sie zwar erst nach dem Ablauf der Bearbeitungszeit der Aufsichtsperson übergeben wird, die Bearbeitung jedoch eingestellt wurde bzw. lediglich noch vom Prüfungsamt gestattete Tätigkeiten vorgenommen wurden, sobald die Aufsichtsperson das Ende der Bearbeitungszeit verkündet und die Prüflinge zur Abgabe aufgefordert hatte (vgl. VG Düsseldorf, Beschl. v. 12. 9. 2003 - 15 L 3133/03 - juris). Denn eine Verletzung des prüfungsrechtlichen Grundsatzes der Chancengleichheit (Art. 3 Abs. 1, 12 Abs. 1 GG), dessen Wahrung die Vorschrift des § 21 Abs. 1 Satz 1 JAG NRW dienen soll, liegt in diesen Fällen nicht vor.

### c. *Subsumtion*

Welcher dieser beiden Auffassungen der Vorzug zu geben ist, braucht die Kammer vorliegend nicht zu entscheiden. Denn das Verhalten der Klägerin erfüllt nach beiden Betrachtungsweisen den Tatbestand des § 21 Abs. 1 Satz 1 JAG NRW, da sie die Bearbeitung der V 1-Klausur über die zulässige Bearbeitungszeit hinaus fortgesetzt und damit nach beiden Betrachtungsweisen nicht rechtzeitig abgegeben hat, ohne sich auf eine genügende Entschuldigung berufen zu können.

Zur Überzeugung des Gerichts steht insoweit in tatsächlicher Hinsicht fest, dass die Klägerin, nachdem mit Ablauf der fünfständigen Bearbeitungszeit um 14.05 Uhr die allgemeine Aufforderung zur Abgabe ergangen war und nachfolgend bis zur Abgabe durch eine Klägerin zwei weitere Aufforderungen, davon eine ihr unmittelbar gegenüber, erfolgt waren, jedenfalls die Blätter ihrer Klausurbearbeitung noch sortiert, mit Füller noch einige Seitenzahlen auf die Reinschrift sowie mit einem Textmarker die Seitenzahlen 1 - 3 auf das Konzeptpapier geschrieben hat, bevor sie ihre Klausur um 14.10 Uhr der Aufsichtsperson übergeben hat. Dieser Geschehensablauf ist von der Klägerin selbst in ihrer Klageschrift sowie erneut in der mündlichen Verhandlung eingeräumt worden und wird letztlich auch durch die Stellungnahmen der Zeuginnen J und R bestätigt. Dass sich beide Zeuginnen an den Gesamtvorgang in der mündlichen Verhandlung nicht mehr erinnern konnten, ist insoweit ohne Bedeutung. Ob die Klägerin darüber hinaus noch den Vermerk "Ende der Bearbeitung" auf eine inzwischen möglicherweise verloren gegangene Seite ihrer Klausurbearbeitung geschrieben oder an anderer Stelle per "Kreuzchen" noch einen Einschub eingefügt oder sonstige Ergänzungen ihrer Klausur vorgenommen hat, brauchte die Kammer nicht weiter aufzuklären, da es hierauf für die Entscheidung nicht ankommt.

Ebenfalls dahinstehen kann, ob - wie die Klägerin erstmals in der mündlichen Verhandlung behauptet hat - die allgemeine Aufforderung zur Abgabe um 14.05 Uhr von der Zeugin J oder der Zeugin R mit dem Hinweis verbunden worden ist, dass der letzte Satz noch zu Ende geschrieben werden dürfe. Wäre dies der Fall,

so spräche nach Auffassung der Kammer zwar einiges dafür, auch das Anbringen der restlichen Seitenzahlen auf den Blättern der Reinschrift durch die Klägerin aufgrund dieses Hinweises als vom beklagten Prüfungsamt gestattet anzusehen, sofern es - wie die Klägerin in der mündlichen Verhandlung weiter behauptet hat - lediglich in einem Zeitraum von ca. 10 - 20 Sekunden nach Ergehen der Abgabeaufforderung erfolgt ist. Der Tatbestand der Sanktionsnorm des § 21 Abs. 1 Satz 1 JAG NRW ist jedoch bereits dadurch erfüllt, dass die Klägerin ihrem eigenen Vorbringen zufolge etwa gegen 14.07 Uhr, d. h. ca. 2 Minuten nach Ergehen der ersten von mehreren Abgabeaufforderungen, nochmals ihren Textmarker zur Hand genommen und die Seitenzahlen 1 bis 3 auf das Konzeptpapier ihrer Klausurbearbeitung geschrieben hat.

Das Anbringen von Seitenzahlen gehört - worauf die Prüflinge zu Beginn der vorliegend in Rede stehenden V 1-Klausur vom 4. 5. 2006 ausweislich der hierüber gefertigten Niederschrift (BA 1, Bl. 10) auch ausdrücklich hingewiesen wurden - zur Bearbeitung der Klausur. Es ist deshalb innerhalb der gesetzlich vorgegebenen fünfständigen Bearbeitungszeit vorzunehmen, die anderenfalls von vornherein nicht eingehalten werden könnte. Ein Prüfling, der nach Ablauf der Bearbeitungszeit und Ergehen der Abgabeaufforderung nochmals einen Stift oder Textmarker in die Hand nimmt, um Seitenzahlen auf der Reinschrift oder dem mit abzuliefernden Konzeptpapier anzubringen, erfüllt daher grundsätzlich den Tatbestand des § 21 Abs. 1 Satz 1 JAG NRW, denn die auf dem geschilderten Verhalten beruhende verzögerte Ablieferung seiner Klausurbearbeitung an den Aufsichtsführenden kann weder als rechtzeitig noch als entschuldigt im Sinne dieser Vorschrift angesehen werden.

Etwas anderes könnte nur dann gelten, wenn das Prüfungsamt das Anbringen von Seitenzahlen gestattet hätte. Dies vermag das Gericht indessen nicht festzustellen. Das beklagte Prüfungsamt hat im Gegenteil ausgeführt, dass eine Nummerierung der Arbeit mit Seitenzahlen nach dem Ende der Bearbeitungszeit generell untersagt sei. Soweit die Klägerin demgegenüber im Widerspruchsverfahren geltend gemacht hat, ihr sei an den übrigen Klausurtagen der Eindruck vermittelt worden, dass es den Anforderungen an die Rechtzeitigkeit der Abgabe noch genüge, wenn man nach dem Ende der offiziellen Bearbeitungszeit die Foliierarbeiten erledige, ist dieses Vorbringen zu unsubstanziert, um die vom beklagten Prüfungsamt dargelegte entgegenstehende Verwaltungspraxis in Zweifel zu ziehen. Denn es fehlt bereits an jeglicher Konkretisierung, wodurch dieser Eindruck vermittelt worden sein soll. Entsprechendes gilt für ihre im Klageverfahren vorgebrachte pauschale Behauptung, es entspreche dauernder Praxis des beklagten Amtes, dass die Kandidaten zwischen dem Ende der Bearbeitungszeit und der Ablieferung die Blätter noch mit Seiten-

zahlen versehen dürften. Auch hier fehlt es an einer näheren Darlegung, wodurch die Prüflinge von der behaupteten - vom beklagten Prüfungsamt indessen bestrittenen - Verwaltungspraxis in Kenntnis gesetzt worden seien.

## II. Rechtsfolge

### 1. Gebundene Entscheidung

War der Tatbestand des § 21 Abs. 1 Satz 1 JAG NRW mithin durch das beschriebene Verhalten der Klägerin erfüllt, so war ihre V 1-Klausur durch das beklagte Prüfungsamt für „ungenügend“ zu erklären; Ermessen stand dem beklagten Prüfungsamt insoweit nach dem ausdrücklichen Wortlaut des § 21 Abs. 1 Satz 1 JAG NRW nicht zu.

### 2. Verhältnismäßigkeit

Die Sanktionsentscheidung des beklagten Prüfungsamtes stellt sich entgegen der Auffassung der Klägerin auch nicht als unverhältnismäßig dar. Sie steht nicht außer Verhältnis zu dem mit der Sanktionsnorm des § 21 Abs. 1 Satz 1 JAG NRW verfolgten Zweck, die Chancengleichheit aller Prüflinge zu wahren. Durch die Sanktionsnorm soll sichergestellt werden, dass allen Prüflingen für die Bearbeitung einer Aufsichtsarbeit nur die in § 53 Abs. 2 i. V. m. § 13 Abs. 1 Satz 1 JAG NRW vorgesehene Zeit von 5 Stunden zur Verfügung steht (vgl. VG Düsseldorf, Beschl. v. 12. 9. 2003 -15 L 3133/03 - juris).

Aus diesem Grunde bilden der Ablauf der gesetzlich bestimmten fünfstündigen Bearbeitungszeit und die allgemeine Aufforderung zur Abgabe eine strikte und nicht zur Disposition stehende zeitliche Zäsur, deren Überschreitung durch Fortsetzung der Klausurbearbeitung ohne genügende Entschuldigung die Rechtsfolge des § 21 Abs. 1 Satz 1 JAG NRW auslöst. Etwas anderes kann nur bezüglich solcher Tätigkeiten gelten, die das beklagte Prüfungsamt ausnahmsweise noch nach diesem Zeitpunkt gestattet, wie etwa das Anbringen des Schlussvermerks „Ende der Bearbeitung“ oder das Einlegen der Blätter in den Mantelbogen. Demgegen-

über spielt es in rechtlicher Hinsicht keine Rolle und kann auch nicht zur Unverhältnismäßigkeit der Sanktionsentscheidung führen, ob die genannte zeitliche Grenze nur um wenige Sekunden oder um mehrere Minuten überschritten wurde und ob in dieser Zeit inhaltliche Veränderungen oder lediglich formale Ergänzungen (z. B. durch das Anbringen von Seitenzahlen) vorgenommen wurden. Dabei verkennt die Kammer nicht, dass etwa ein Prüfling, der lediglich noch formale Ergänzungen vorgenommen hat, eine Sanktionsentscheidung nach § 21 Abs. 1 Satz 1 JAG NRW als ungleich härter empfinden wird als ein Prüfling, der noch inhaltliche Ergänzungen angebracht hat. Entsprechendes gilt für einen Prüfling, der die zulässige Bearbeitungszeit nur um wenige Sekunden überschritten hat, im Verhältnis zu einem Prüfling, der seine Bearbeitung nach dem Ende der Bearbeitungszeit um mehrere Minuten fortgesetzt hat. Eine Betrachtungsweise, die nach dem zeitlichen Umfang der Überschreitung der Bearbeitungszeit oder nach der Art der vorgenommenen Ergänzungen differenzieren wollte, würde jedoch nicht nur zu einer für das beklagte Prüfungsamt praktisch nicht zu handhabenden, sondern auch mit dem Grundsatz der Chancengleichheit (Art. 12 Abs. 1, 3 Abs. 1 GG) nicht in Einklang stehenden Aufweichung der gesetzlich bestimmten Bearbeitungszeit führen. Denn für das Aufsichtspersonal, das nicht nur einen, sondern eine Vielzahl von Prüflingen im Blick haben muss, wird es in der Kürze der Zeit in der Regel nicht feststellbar sein, ob ein Prüfling, der trotz Ergehens der allgemeinen Abgabeaufforderungen an seiner Bearbeitung weiterschreibt, nur formale oder auch inhaltliche Ergänzungen anbringt. Ebenso würde eine Differenzierung je nach dem Umfang der zeitlichen Überdehnung der Bearbeitungszeit zu erheblichen Unsicherheiten führen und kann schon deshalb mit Blick auf den Grundsatz der Chancengleichheit nicht zulässig sein. Vielmehr ist eine strikte Handhabung der gesetzlichen Zeitvorgabe zur Wahrung der Chancengleichheit aller Prüflinge letztlich zwingend geboten.

*Zivilrecht***Standort: Selbst. Garantievertrag****Problem: Verhältnis v. Garantie/Verjährung**

BGH, URTEIL VOM 26.06.2008

I ZR 221/05 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

**Problemdarstellung:**

Die Kl. begehrt Unterlassung der Werbung, sowie Schadensersatz und Auskunft von der Bekl.. Die Bekl. stellt Aluminiumdächer her und vertreibt diese. Sie hat dafür mit einem Prospekt geworben, in dem es unter anderem heißt: "Extreme Garantie weil es 40 Jahre Garantie nur auf das Material der Zukunft gibt". Die Kl. hat diese und weitere Aussagen des Prospekts als wettbewerbswidrig beanstandet und nach erfolgloser Abmahnung Klage erhoben.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat die Bekl. verurteilt, es zu unterlassen, wörtlich oder sinngemäß zu behaupten und/oder zu verbreiten, P. gewährt für ihr Aluminium-Dach 40 Jahre Garantie. Es hat insoweit auch die Schadensersatzpflicht der Bekl. festgestellt und der Kl. einen Auskunftsanspruch hinsichtlich der Verbreitung des Prospekts gewährt, der die Garantieaussage enthält. Gegen diese Verurteilung wendet sich die Bekl. erfolgreich mit der vom Senat nur insoweit zugelassenen Revision.

**Prüfungsrelevanz:**

Der erkennende Senat hatte sich mit der Frage auseinander zu setzen, inwieweit eine Garantiezusage den Zeitraum von 30 Jahren überschreiten kann. Die Bekl. hatte hier eine Haltbarkeitsgarantie gem. §§ 311 I, 241 I BGB ausgesprochen, wobei sie für das Aluminiumdach 40 Jahre Garantie gewährte. Das Berufungsgericht hatte insoweit ein Spannungsverhältnis zu § 202 II BGB erkannt und die irreführende Wirkung der Werbung bejaht. Gem. § 202 II BGB kann die Verjährung durch Rechtsgeschäft nicht über eine Verjährungsfrist von 30 Jahren ab dem gesetzlichen Verjährungsbeginn hinaus erschwert werden.

Der erkennende Senat trat dieser Rechtsauffassung entgegen. Die Haltbarkeitsgarantie ist weder im Hinblick auf § 202 II BGB noch aus sonstigen Gründen irreführend.

Begründet wird dies damit, dass der Verjährung nur Ansprüche i.S.v. § 194 I BGB unterliegen. Hier handelte es sich bei der Werbung um den Antrag der Bekl. gem. § 145 BGB, der sich auf den Abschluss eines selbständigen Garantievertrags gem. §§ 311 I, 241 I

BGB (als Haltbarkeitsgarantie) richtet. Dadurch, dass die Bekl. als Herstellerin der Aluminiumdächer diese Erklärung abgibt, ohne die Dächer auch beim Kunden einzubauen, ergibt sich, dass sie eine von gesetzlichen Gewährleistungsansprüchen unabhängige Verpflichtung eingehen will; des weiteren ist sie im Verhältnis zum Besteller als Dritte zu beurteilen, so dass nur ein selbständiges Schuldverhältnis in Frage kommt.

Dieses Garantieverhältnis, das für die Dauer von 40 Jahren abgeschlossen werden soll, unterliegt anders als ein aus einem Kauf- oder Werkvertrag fließender Gewährleistungsanspruch nicht der Verjährung. Ähnlich einem Instandhaltungsvertrag (vgl. BGH, NJW-RR 2002, 946, 947) handelt es sich bei dem selbständigen Garantievertrag um ein Dauerschuldverhältnis, das - anders als die aus ihm erwachsenden Ansprüche - unverjährbar ist (Jauernig/Jauernig, BGB, 12. Aufl., § 194 Rn 2; Palandt/Heinrichs, BGB, 67. Aufl., § 194 Rn 7; Staudinger/Frank Peters, BGB [2004], § 194 Rn 15; Lakkis, jurisPK-BGB, § 194 Rn. 4). Ebenso wie die von der Gewährleistung des Verkäufers unabhängige kaufvertragliche Haltbarkeitsgarantie eines Dritten nach § 443 I BGB (vgl. Haas in Haas/Medicus, Das neue Schuldrecht, Kap. 5 Rdn. 394) hat eine entsprechende Garantie des Herstellers für seine von Werkunternehmern bei Bestellern eingebauten Produkte nichts mit der Verjährung zu tun. Der erkennende Senat ließ dabei mangels Entscheidungserheblichkeit offen, wonach sich die Verjährung der Ansprüche aus der Garantie richtet. Streitig ist, ob diese der gesetzlichen Gewährleistungsfrist des § 438 BGB oder der regelmäßigen Verjährungsfrist des § 195 BGB unterliegen (vgl. MünchKomm-Westermann, BGB, 5. Aufl., § 443 Rn 22; Jauernig/Berger aaO § 443 Rn 14; Bamberger/Roth-Faust, BGB, 2. Aufl., § 443 Rn 31 und 36).

Die Garantiezusage ist auch nicht aus sonstigen Gründen wettbewerbswidrig. Nach der Rechtsprechung des BGH ist eine langjährige Garantieübernahme wettbewerbsrechtlich im Allgemeinen nicht zu beanstanden, wenn sich die Gewährleistung auf die Haltbarkeit eines Materials oder Werks bezieht, das bei normaler Abnutzung eine entsprechend lange Lebensdauer besitzt und die Garantiezusage für den Besteller nicht bedeutungslos ist (BGH, GRUR 1976, 146, 147 = WRP 1975, 735 - Kaminisolierung; BGH, GRUR 1958, 455, 457 = WRP 1958, 151 - Federkernmatten). Eine Haltbarkeit von 40 Jahren kommt bei Me-



talldächern wegen deren Langlebigkeit ohne weiteres in Betracht. Für einen Hauseigentümer ist eine langfristige Garantie für ein Dach auch offensichtlich von Interesse.

**Vertiefungshinweise:**

Zur Bedeutung der Beschaffenheitsvereinbarung/Eigenschaftszusicherung "fabrikneu": *BGH*, RA 2007, 279 = *NJW* 2007, 1346; *BGH*, 2005, 337 = *NJW* 2005, 1422; *BGH*, RA 2003, 687 = *NJW* 2003, 2824; *BGH*, RA 2000, 437 = *NJW* 2000, 2018

Zur Beschaffenheitsgarantie bei der Angabe einer Laufleistung des PKW: *OLG Rostock*, RA 2007, 656 = *NJW* 2007, 3290 (Verkäufer ist Unternehmer); *BGH*, RA 2007, 279 = *NJW* 2007, 1346 (Verkäufer ist Privater)

**Kursprogramm:**

Examenskurs: "Der defekte Synthesizer"

Assessorkurs: "Der versicherte PKW"

**Leitsätze:**

**Der Abschluss eines Garantievertrages für die Haltbarkeit einer Sache mit einer Laufzeit von 40 Jahren ist mit den Verjährungsvorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs vereinbar. Die Werbung mit einer solchen Garantie ist nicht wettbewerbswidrig, wenn sie sich auf eine Sache bezieht, die bei normaler Benutzung eine entsprechend lange Lebensdauer hat (Abgrenzung zu *BGH*, *Urt. v. 09.06.1994 - I ZR 91/92*, *GRUR* 1994, 830, 831 = *WRP* 1994, 732 - Zielfernrohr).**

**Sachverhalt:**

[1] Die Kl. ist eine zum L. -Konzern gehörende Gesellschaft, die unter der Marke "B. " Dachsteine und Dachziegel in Deutschland vertreibt.

[2] Die Bekl. stellt Aluminiumdächer her und vertreibt diese. Sie hat dafür mit einem Prospekt geworben, in dem es unter anderem heißt:

"Extreme Garantie weil es 40 Jahre Garantie nur auf das Material der Zukunft gibt".

[3] Die Kl. hat diese und weitere Aussagen des Prospekts als wettbewerbswidrig beanstandet und nach erfolgloser Abmahnung Klage erhoben. Zeitgleich hat eine "K. AB", die - wie dort vorgetragen - ebenfalls zum L. -Konzern gehört, durch dieselben Rechtsanwälte wie die Kl. des vorliegenden Verfahrens vor demselben Landgericht eine Klage eingereicht, mit der sie gleichlautende Klageanträge verfolgt.

[4] Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat, soweit für das Revisionsverfahren von Interesse, die Bekl. verurteilt, es zu unterlassen, wörtlich oder sinngemäß zu behaupten und/oder zu verbreiten, P. gewährt für ihr Aluminium-Dach 40

Jahre Garantie.

[5] Es hat insoweit auch die Schadensersatzpflicht der Bekl. festgestellt und der Kl. einen Auskunftsanspruch hinsichtlich der Verbreitung des Prospekts gewährt, der die Garantieaussage enthält.

[6] Gegen diese Verurteilung wendet sich die Bekl. mit der vom Senat nur insoweit zugelassenen Revision. Die Kl. beantragt, die Revision zurückzuweisen.

**Aus den Gründen:**

*I. Entscheidung und Begründung des Berufungsgerichts*

[7] Das Berufungsgericht hat die Klage nicht unter dem Aspekt missbräuchlicher Mehrfachverfolgung (§ 8 IV UWG) für unzulässig gehalten. Für die Einreichung gleichlautender Klagen durch zwei Gesellschaften desselben Konzerns hätten sachliche Gründe gesprochen. Die Kl. vertreibe in Deutschland zwar in erheblichem Umfang Dachziegel und Dachsteine, nicht aber Aluminiumdächer. Sie sei damit zwar ein großer, sachlich aber eher entfernter Wettbewerber der Bekl.. Demgegenüber sei die Kl. im Parallelverfahren als Herstellerin von Metalldächern eine unmittelbare Konkurrentin der Bekl., die jedoch nach eigener Darstellung bisher nur in geringem Umfang auf dem deutschen Markt vertreten sei. Deshalb sei zu erwarten gewesen, dass sich die Bekl. jeweils mit unterschiedlichen Argumenten gegen die Aktivlegitimation der jeweiligen Kl. verteidigen würde. Hätten diese in einem Verfahren als Streitgenossen geklagt, hätte unter Umständen eine Kl. trotz bestehender Entscheidungsreife des sie betreffenden Teils des Rechtsstreits länger auf das Urteil warten müssen, wenn hinsichtlich der Aktivlegitimation der anderen Kl. eine Beweisaufnahme erforderlich geworden wäre.

[8] Die Werbung mit der 40-jährigen Garantie sei irreführend, da eine entsprechende Verpflichtung gegen § 202 II BGB verstoße und deshalb nicht wirksam eingegangen werden könne. Eine Haltbarkeitsgarantie ergänze lediglich die Gewährleistungshaftung des Verkäufers, weshalb die Garantiefrist wie eine Verjährungsfrist für Gewährleistungsansprüche zu behandeln sei. Dies gelte unabhängig davon, ob eine solche Garantie vom Verkäufer oder von einem Dritten, etwa dem Hersteller, übernommen werde. Die durch die Werbung mit einer unwirksamen Garantiezusage hervorgerufene Täuschung der Abnehmer sei auch eine wettbewerbsrechtlich relevante Irreführung. Ein Dach sei ein besonders langlebiges Erzeugnis, bei dem von der Ankündigung einer mehr als 30-jährigen Garantie eine nicht unerhebliche Anlockwirkung ausgehe.

*II. Entscheidung des BGH in der Revision*

[9] Die Revision ist in dem Umfang, in dem der Senat sie zugelassen hat, begründet.

### 1. Zulässigkeit der Unterlassungsklage

[10] Zutreffend hat das Berufungsgericht allerdings die Unterlassungsklage nicht als rechtsmissbräuchlich i.S. von § 13 V UWG a.F., § 8 IV UWG angesehen.

[11] Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann die zeitgleiche Verfolgung desselben wettbewerbsrechtlichen Anspruchs durch zwei Konzernunternehmen in zwei gesonderten Verfahren zwar missbräuchlich sein. Dies gilt jedoch nur, wenn kein vernünftiger Grund dafür ersichtlich ist, den Anspruch in zwei getrennten Verfahren geltend zu machen (BGHZ 144, 165, 170 - Missbräuchliche Mehrfachverfolgung; BGH, Urt. v. 06.04.2000 - I ZR 67/98, GRUR 2001, 82, 83 = WRP 2000, 1263 - Neu in Bielefeld I).

[12] Die Ansicht des Berufungsgerichts, ein Missbrauch scheide im vorliegenden Fall aus, weil die jeweils als Kl. auftretenden Unternehmen durch die beanstandeten Verletzungshandlungen unterschiedlich betroffen seien, hält der revisionsgerichtlichen Nachprüfung stand. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts vertreibt die Kl. des vorliegenden Verfahrens in Deutschland in großem Umfang herkömmliche Dachziegel und Dachsteine, sie stellt jedoch keine Metalldächer her. Demgegenüber ist die Kl. des Parallelverfahrens nach dem vom Berufungsgericht festgestellten Sachverhalt als Herstellerin von Metalldächern eine unmittelbare Konkurrentin der Bekl., die jedoch nach eigener Darstellung nur in geringem Umfang auf dem deutschen Markt tätig ist. Danach bestand die Möglichkeit, dass sich die Klagen auch bei Streitgenossenschaft unterschiedlich entwickelten und möglicherweise in dem einen Fall eine Beweisaufnahme hinsichtlich des Wettbewerbsverhältnisses zu der Bekl. erforderlich werden konnte, in dem anderen jedoch nicht. Unter diesen Umständen ist es nicht zu beanstanden, dass das Berufungsgericht einen vernünftigen Grund für die getrennte Verfolgung des behaupteten Wettbewerbsverstößes in zwei Parallelverfahren angenommen hat.

### 2. Unbegründetheit der Unterlassungsklage

[13] Nicht gefolgt werden kann jedoch der Rechtsansicht des Berufungsgerichts, die Werbung mit der 40-jährigen Garantie sei irreführend, weil eine entsprechende Verpflichtung gegen § 202 II BGB verstoße und deshalb nicht wirksam eingegangen werden könne.

#### a. Regelungsgehalt des § 202 II BGB

[14] Nach § 202 II BGB kann die Verjährung durch Rechtsgeschäft nicht über eine Verjährungsfrist von 30 Jahren ab dem gesetzlichen Verjährungsbeginn hinaus erschwert werden. Diese Vorschrift hat nur für Ansprüche Bedeutung, die gemäß § 194 I BGB der Verjährung unterliegen. Mit der beanstandeten Werbung bietet die Bekl. für ihre Aluminiumdächer jedoch den

Abschluss eines Garantievertrags an, der als solcher nicht der Verjährung unterliegt.

#### aa. Vorliegen eines selbständigen Garantievertrags gem. §§ 311 I, 241 I BGB

[15] Die Bekl. wirbt mit einer Haltbarkeitsgarantie, die sie als Herstellerin der Aluminiumdächer abgibt. Eingebaut werden die Dächer von Fachbetrieben, gegen die dem Bauherrn die werkvertraglichen Gewährleistungsansprüche zustehen. Die Bekl. will also eine von gesetzlichen Gewährleistungsansprüchen unabhängige, selbständige Garantie übernehmen, die auf einer eigenständigen vertraglichen Grundlage beruht.

[16] Dieses Garantieverhältnis, das für die Dauer von 40 Jahren abgeschlossen werden soll, unterliegt anders als ein aus einem Kauf- oder Werkvertrag fließender Gewährleistungsanspruch nicht der Verjährung. Ähnlich einem Instandhaltungsvertrag (vgl. BGH, Urt. v. 23.01.2002 - XII ZR 5/00, NJW-RR 2002, 946, 947) handelt es sich bei dem selbständigen Garantievertrag um ein Dauerschuldverhältnis, das - anders als die aus ihm erwachsenden Ansprüche - unverjährbar ist (Jauernig/Jauernig, BGB, 12. Aufl., § 194 Rdn. 2; Palandt/Heinrichs, BGB, 67. Aufl., § 194 Rdn. 7; Staudinger/Frank Peters, BGB [2004], § 194 Rdn. 15; Lakkis, jurisPK-BGB, § 194 Rdn. 4). Ebenso wie die von der Gewährleistung des Verkäufers unabhängige kaufvertragliche Haltbarkeitsgarantie eines Dritten nach § 443 I BGB (vgl. Haas in Haas/Medicus, Das neue Schuldrecht, Kap. 5 Rdn. 394) hat eine entsprechende Garantie des Herstellers für seine von Werkunternehmern bei Bestellern eingebauten Produkte nichts mit der Verjährung zu tun. Nur die Ansprüche verjähren, die sich innerhalb der vereinbarten Garantiezeit aus dem Garantieverhältnis ergeben. Dabei kann hier dahingestellt bleiben, ob diese Ansprüche aus der Garantie der gesetzlichen Gewährleistungsfrist des § 438 BGB oder der regelmäßigen Verjährungsfrist des § 195 BGB unterliegen (vgl. MünchKomm.BGB/Westermann, 5. Aufl., § 443 Rdn. 22; Jauernig/Berger aaO § 443 Rdn. 14; Faust in Bamberger/Roth, BGB, 2. Aufl., § 443 Rdn. 31 und 36).

#### bb. Vereinbarkeit des Abschlusses des Garantievertrags mit der Verjährung

[17] Der Abschluss eines Garantievertrags für die Haltbarkeit einer Sache mit einer Laufzeit von 40 Jahren ist daher mit den Verjährungsvorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs vereinbar. Dem steht die Entscheidung des Senats vom 09.06.1994 (I ZR 91/92, GRUR 1994, 830, 831 = WRP 1994, 732 - Zielfernrohr) nicht entgegen. In jenem Fall wurde die unbefristet erteilte Garantiezusage als Verlängerung der kaufvertraglichen Gewährleistung und der werbende Hinweis hierauf als irreführend angesehen, weil eine entsprechende Verpflichtung wirksam nicht eingegangen werden konnte. Im Streitfall geht es dagegen nicht um

die Verlängerung der Verjährungsfrist für gesetzliche Gewährleistungsansprüche, sondern um die Gewährung einer selbständigen Garantie.

*b. Keine Wettbewerbswidrigkeit aus anderen Gründen*  
[18] Die Garantiezusage ist auch nicht aus anderen Gründen als wettbewerbswidrig anzusehen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist eine langjährige Garantieübernahme wettbewerbsrechtlich im Allgemeinen nicht zu beanstanden, wenn sich die Gewährleistung auf die Haltbarkeit eines Materials oder Werks bezieht, das bei normaler Abnutzung eine entsprechend lange Lebensdauer besitzt, und die Garantiezusage für den Besteller nicht praktisch bedeutungslos ist (BGH, Urt. v. 26.09.1975 - I ZR 72/74, GRUR 1976, 146, 147 = WRP 1975, 735 - Kaminisolierung; Urt. v. 31.01.1958 - I ZR 182/56, GRUR 1958, 455,

457 = WRP 1958, 151 - Federkernmatratzen). So liegt es hier. Eine Haltbarkeit von 40 Jahren kommt bei Metalldächern ohne weiteres in Betracht. Für einen Hauseigentümer ist eine langfristige Garantie für ein Dach auch offensichtlich von Interesse.

*3. Weder Schadensersatzansprüche noch Auskunftsansprüche*

[19] Da die Kl. hinsichtlich der Werbung mit einer 40-jährigen Garantie keinen Unterlassungsanspruch hat, stehen ihr insoweit auch keine Schadensersatz- oder Auskunftsansprüche zu.

*4. Nebenentscheidung*

[20] Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 91, 92 I ZPO.

## Standort: Arbeitsrecht

## Problem: Kündigung wegen qualitativer Minderleistung

BAG, URTEIL VOM 17.01.2008  
2 AZR 536/06 (NJW 2008, 3019)

### Problemdarstellung:

Die Parteien streiten über eine ordentliche Kündigung, die durch den Arbeitgeber ausgebracht wurde. Die Kl. ist im sog. "Sorter-Versand" tätig, so dass sie auf der Grundlage von Kundenbestellungen Warensendungen fertig stellt. Die Bekl. stützt die Kündigung auf die Fehlerhäufigkeit, d.h. auf eine qualitative Minderleistung. Die Bekl. mahnte die Kl. ab, woraufhin sich ihre Quote jedoch nicht verbesserte. Die Bekl. kündigte der Kl. mit Schreiben vom 30.11.2004 verhaltensbedingt zum 31.03.2005. Der zuvor angehörte Betriebsrat hatte gegen die Kündigung Bedenken geäußert.

Das ArbG hat der Klage in dem noch streitigen Umfang stattgegeben. Das LAG hat die Berufung der Bekl. zurückgewiesen. Die Revision der Bekl. hatte teilweise Erfolg. Sie führte zur Zurückverweisung des Rechtstreits an das LAG.

### Prüfungsrelevanz:

Der erkennende Senat hatte sich mit den Anforderungen an eine verhaltensbedingte Kündigung wegen einer qualitativen Minderleistung auseinander zu setzen. Maßgeblich ist die Frage, wonach sich eine Schlechtleistung des Arbeitnehmers bemisst. Ist die Arbeitsleistung im Vertrag der Menge und der Qualität nach nicht oder nicht näher beschrieben, richtet sich der Inhalt des Leistungsversprechens zum einen nach dem vom Arbeitgeber durch Ausübung des Direktionsrechts festzulegenden Arbeitsinhalt und zum anderen nach dem persönlichen, subjektiven Leistungsvermögen des Arbeitnehmers. Der Arbeitnehmer muss daher

tun, was er soll und zwar so gut, wie er kann. Die Leistungspflicht ist nicht starr, sondern dynamisch und orientiert sich an der Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers. Es ist ein subjektiver Maßstab anzusetzen (Senat, NJW 1993, 154 = NZA 1992, 1028 = AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 28 = EzA KSchG § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 42 [zu II 3a]). Auch in dieser Entscheidung bestätigt der erkennende Senat insoweit die bereits zuvor vertretene Rechtsauffassung (vgl. BAG NJW 2004, 2545). Dieser subjektive Maßstab führt jedoch nicht dazu, dass der Arbeitnehmer die Arbeitspflicht selbst frei bestimmen kann; er muss unter angemessener Ausschöpfung seiner persönlichen Leistungsfähigkeit arbeiten.

In der Entscheidung wird präzisiert, welche Vergleichsgruppen für die Bemessung der Minderleistung heranzuziehen sind. Der Umstand, dass der Arbeitnehmer unterdurchschnittliche Leistungen erbringt, bedeutet nicht in jedem Fall, dass er seine persönliche Leistungsfähigkeit nicht ausschöpft (Senat, NJW 1983, 700 = AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 5 = EzA KSchG § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 10 [zu III 3c]). In einer Vergleichsgruppe ist immer ein Angehöriger der Gruppe das „Schlusslicht“. Das kann auch daran liegen, dass die übrigen Gruppenangehörigen besonders leistungsstark sind, sich überfordern oder dass umgekehrt der gruppenschwächste Arbeitnehmer besonders leistungsschwach ist. Damit ist nun klargestellt, dass im Rahmen der Vergleichsgruppe alle mit vergleichbaren Tätigkeiten betrauten Arbeitnehmer Berücksichtigung finden, so dass Einschränkungen, wie z.B. das gleiche Alter der Personen (so aber LAG Hamm, BB 2005, 2245), im Rahmen der Vergleichsgruppe nicht vorzunehmen sind.

Weiterhin nimmt das BAG zur Darlegungslast Stellung. Bei qualitativen Mängeln muss der Arbeitgeber die aufgetretenen Leistungsmängel darlegen. Er muss dabei angeben, was er über die Fehlerzahl, die Art und Schwere sowie Folgen der fehlerhaften Arbeitsleistung des Arbeitnehmers wissen kann. Anhand der tatsächlichen Fehlerzahl, der Art, Schwere und Folgen der fehlerhaften Arbeitsleistung des betreffenden Arbeitnehmers ist dann näher darzulegen, dass die längerfristige deutliche Überschreitung der durchschnittlichen Fehlerquoten nach den Gesamtumständen darauf hinweist, dass der Arbeitnehmer vorwerfbar seine vertraglichen Pflichten verletzt. Kommt der Arbeitgeber dem im Prozess nach, so muss der Arbeitnehmer erläutern, warum er trotz erheblich unterdurchschnittlicher Leistungen seine Leistungsfähigkeit ausschöpft.

#### **Vertiefungshinweise:**

- Zur Kündigungsschutzklage: BAG RA 2008, 430 = NJW 2008, 1900 (Orientierungssätze für die Richterinnen und Richter am BAG)
- Zur Beweislast bei Klagen auf Entfernung einer Abmahnung aus der Personalakte: *Kopke*, NZA 2007, 1211
- Zum Kündigungsverzicht bei Abmahnung in der Wartezeit: BAG, NZA 2008, 403; BAG NZA 2007, 972
- Zur fristlosen Kündigung: BAG, RA 2008, 580 = NJW 2008, 2732 (Kündigung nach Diebstahl eines Lippenstifts); *LAG Schleswig-Holstein*, NZA-RR 2007, 634 (wegen Verstoßes gegen Sicherheitsvorschriften)
- Zur Verhaltensbedingten Kündigung: BAG, NZA 2007, 617
- Zur Überwachung von Arbeitnehmern: Grobys, Die Überwachung von Arbeitnehmern in Call Centern, 2007, S. 129ff.

#### **Kursprogramm:**

- Examenskurs: "Die Folgen der Rezession"
- Examenskurs: "Champions"

#### **Leitsätze:**

**1. Die verhaltensbedingte Kündigung gegenüber einem leistungsschwachen Arbeitnehmer kann nach § 1 II KSchG gerechtfertigt sein, wenn der Arbeitnehmer seine arbeitsvertraglichen Pflichten dadurch vorwerfbar verletzt, dass er fehlerhaft arbeitet.**

**2. Ein Arbeitnehmer genügt - mangels anderer Vereinbarungen - seiner Vertragspflicht, wenn er unter angemessener Ausschöpfung seiner persönlichen Leistungsfähigkeit arbeitet. Er verstößt gegen seine Arbeitspflicht nicht allein dadurch, dass er die durchschnittliche Fehlerhäufigkeit aller Arbeit-**

**nehmer überschreitet.**

**3. Allerdings kann die längerfristige deutliche Überschreitung der durchschnittlichen Fehlerquote je nach tatsächlicher Fehlerzahl, Art, Schwere und Folgen der fehlerhaften Arbeitsleistung ein Anhaltspunkt dafür sein, dass der Arbeitnehmer vorwerfbar seine vertraglichen Pflichten verletzt. Legt der Arbeitgeber dies im Prozess dar, so muss der Arbeitnehmer erläutern, warum er trotz erheblich unterdurchschnittlicher Leistungen seine Leistungsfähigkeit ausschöpft.**

#### **Sachverhalt:**

Die Parteien streiten noch über eine ordentliche Arbeitgeberkündigung wegen Minderleistung und einen Weiterbeschäftigungsantrag der Kl. Die 1956 geborene Kl. ist seit 16.01.1995 in dem Versandkaufhaus der Bekl. als Lager- und Versandarbeiterin zu einem Bruttoverdienst von zuletzt 1265,-Euro (Grundvergütung und leistungsabhängige Prämie) bei einer 31-Stunden-Woche beschäftigt. Sie ist im „Sorter-Versand“ eingesetzt. Dort werden die Warensendungen auf der Grundlage der Kundenbestellungen fertiggestellt. Die Bekl. wirft der Kl. vor, ihre Fehlerhäufigkeit liege um ein Mehrfaches über der ihrer mit vergleichbaren Arbeiten beschäftigten Kolleginnen. Ausweislich der elektronischen Fehlerdokumentation habe die Kl. in den Jahren 2003-2004 eine Fehlerquote zwischen 4,01‰ und 5,44‰ verursacht. Die durchschnittliche Fehlerquote der 209 eingesetzten Mitarbeiter habe demgegenüber im dritten Quartal 2004 nur 1,34‰ betragen. Als sich aus Sicht der Bekl. die Leistungen der Kl. trotz schriftlicher Abmahnungen vom 25.08.2003 und vom 28.06.2004 nicht besserten, kündigte die Bekl. der Kl. mit Schreiben vom 30.11.2004 verhaltensbedingt zum 31.03.2005. Der zuvor angehörte Betriebsrat hatte gegen die Kündigung Bedenken geäußert.

Die Kl. hat vorgetragen, die Abmahnungen entsprächen nicht den Tatsachen und seien nicht hinreichend konkret. Sie bestreite die Zahl der ihr vorgeworfenen Fehler. Das EDV-System ermögliche keine zutreffende Fehlerfeststellung. Eine kündigungsrelevante Minderleistung könne schon deshalb nicht vorliegen, weil nach der einschlägigen Betriebsvereinbarung ihr auch bei Unterstellung des Vorbringens der Bekl. zur Fehlerhäufigkeit noch 50% der sich aus der Betriebsvereinbarung ergebenden Prämie zustehe.

Die Bekl. hat behauptet, es stehe fest, dass die Kl. trotz mehrfacher Gespräche, Ermahnungen und Abmahnungen fahrlässig über einen längeren Zeitraum hinweg ihre Sorgfaltspflichten bei der Verrichtung ihrer Tätigkeit verletzt habe. Die von der Kl. und den anderen Mitarbeiterinnen der Versandabteilung verursachten Fehler ließen sich durch die elektronische Fehlerdokumentation lückenlos feststellen. Die fehlerhafte Arbeitsleistung der Kl. führe in nicht mehr hinnehmba-

rem Maße dazu, dass bei einzelnen Sendungen Warenstücke fehlten, Kunden verwechselt würden und Sendungen den falschen Versandaufkleber erhielten. Dies führe zu einem Imageverlust beim Kunden. Die Behebung der Fehler verursache darüber hinaus nicht unerhebliche Kosten. Auf die Prämienregelung der Betriebsvereinbarung könne sich die Kl. nicht berufen. Mit der Prämie werde lediglich der von dem jeweiligen Arbeitnehmer erreichte Zeitgrad, also die Arbeitsmenge, honoriert. Der Prämienabzug solle demgegenüber nur sicherstellen, dass eine Mindestqualität der Arbeitsleistung eingehalten werde.

Das ArbG hat der Klage in dem noch streitigen Umfang stattgegeben. Das LAG hat die Berufung der Bekl. zurückgewiesen. Die Revision der Bekl. hatte teilweise Erfolg. Sie führte zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das LAG.

#### **Aus den Gründen:**

[7] Ob die Kündigung der Bekl. sozialwidrig oder aus anderen Gründen rechtsunwirksam ist, kann der Senat auf Grundlage der bisherigen tatsächlichen Feststellungen nicht abschließend beurteilen. Dies führt zur Zurückverweisung des Rechtsstreits.

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

[8] Das LAG hat angenommen, eine erhebliche Unterschreitung der Durchschnittsleistung könne dem Tatsachenvorbringen der Bekl. nicht entnommen werden. Es sei insbesondere nicht bekannt, aus welcher Art von Fehlern sich die Durchschnittsfehlerquote der anderen Arbeitnehmer zusammensetze. Nach der Betriebsvereinbarung, die bei einer der Kl. angelasteten Fehlerquote immerhin noch 50% der Prämie bestehen lasse, spreche vieles dafür, dass erst bei einer Fehlerquote von 5% eine erhebliche Abweichung der Durchschnittsleistung anzunehmen sei. Jedenfalls verletze die Kündigung den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Als milderer Mittel sei eine Reduzierung der Vergütung der Kl. in Betracht gekommen.

#### **B. Entscheidung des BAG in der Revision:**

[9] Dem folgt der Senat weder im Ergebnis noch in der Begründung.

#### **I. Voraussetzungen des § 1 II KSchG liegen nicht vor**

[10] Die vom LAG gegebene Begründung hält der Überprüfung an § 1 II KSchG nicht stand.

#### **1. Prüfungsumfang in der Revision**

[11] Die Entscheidung des BerGer. über die Sozialwidrigkeit einer Kündigung ist in der Revisionsinstanz nur beschränkt nachprüfbar. Bei der Frage der Sozialwidrigkeit (§ 1 II KSchG) handelt es sich um die Anwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffs, die vom RevGer. nur darauf überprüft werden kann, ob das BerGer. den Rechtsbegriff selbst verkannt hat, bei der

Unterordnung des Sachverhalts unter die Rechtsnorm des § 1 KSchG Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt hat, ob es bei der gebotenen Interessenabwägung, bei der dem Tatsachenrichter ein Beurteilungsspielraum zusteht, alle wesentlichen Umstände berücksichtigt hat und ob das Urteil in sich widerspruchsfrei ist (st. Rspr., statt vieler Senat, NJW 2007, 2653 = NZA 2007, 922 Rdnr. 12 = AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 57 = EzA KSchG § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 71).

#### **2. Keine Sozialwidrigkeit gegeben**

[12] Auch diesem eingeschränkten Überprüfungsmaßstab wird das Berufungsurteil nicht gerecht.

#### **a. Anforderungen an eine verhaltensbedingte Kündigung**

[13] Für eine verhaltensbedingte Kündigung genügen solche im Verhalten des Arbeitnehmers liegenden Umstände, die bei verständiger Würdigung in Abwägung der Interessen der Vertragsparteien zumindest die Kündigung als billigenswert und angemessen erscheinen lassen. Als verhaltensbedingter Grund ist insbesondere eine rechts- oder (vertrags-)widrige Pflichtverletzung aus dem Arbeitsverhältnis geeignet, wobei regelmäßig Verschulden erforderlich ist; die Leistungsstörung muss dem Arbeitnehmer vorwerfbar sein (Senat, NJW 1997, 2195 = NZA 1997, 487 = AP BGB § 626 Nr. 130 = EzA KSchG § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 50 [zu II 3b]; BAGE 70, 262 = NZA 1993, 115 [zu II 2b]; BAGE 67, 75 = NJW 1991, 1906 = NZA 1991, 557 [zu II 2a]). Insofern genügt ein Umstand, der einen ruhig und verständig urteilenden Arbeitgeber zur Kündigung bestimmen kann (vgl. Senat, NJOZ 2004, 3771 = NZA 2004, 1240 Os. = EzA KSchG § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 59 [zu B II]; BAGE 70, 262 = NZA 1993, 115).

#### **b. Schlechtleistung aufgrund Pflichtverletzung**

[14] Auf Pflichtverletzungen beruhende Schlechtleistungen sind geeignet, eine ordentliche Kündigung zu rechtfertigen (st. Rspr., Senat, Urt. v. 26.06.1997 - 2 AZR 502/96, RzK I 5i Nr. 126 [zu B I 3]; v. Hoyningen-Huene/Linck, KSchG, 14. Aufl., § 1 Rdnrn. 652ff.; HWK/Quecke, 2. Aufl., § 1 KSchG Rdnrn. 239f.; KR-Griebeling, 8. Aufl., § 1 KSchG Rdnr. 448).

#### **c. Vorliegen einer Schlechtleistung beurteilt sich nach den vertraglichen Abreden der Parteien**

[15] Ob eine Leistung als Schlechtleistung anzusehen ist, beurteilt sich nach den vertraglichen Vereinbarungen der Parteien. Ist die Arbeitsleistung im Vertrag, wie meistens, der Menge und der Qualität nach nicht oder nicht näher beschrieben, so richtet sich der Inhalt des Leistungsversprechens zum einen nach dem vom Arbeitgeber durch Ausübung des Direktionsrechts festzulegenden Arbeitsinhalt und zum anderen nach

dem persönlichen, subjektiven Leistungsvermögen des Arbeitnehmers. Der Arbeitnehmer muss tun, was er soll, und zwar so gut, wie er kann. Die Leistungspflicht ist nicht starr, sondern dynamisch und orientiert sich an der Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers. Ein objektiver Maßstab ist nicht anzusetzen (Senat, NJW 1993, 154 = NZA 1992, 1028 = AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 28 = EzA KSchG § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 42 [zu II 3a]; BAGE 50, 330 = NJW 1986, 1952 = NZA 1986, 435 [zu B 3]; BAGE 22, 402 = NJW 1971, 111 [zu III 1]; Bitter, AR-Blattei SD 190 [Arbeitspflicht des Arbeitnehmers] Rdnrn. 76f.; Brune, AR-Blattei SD 1420 [Schlechtleistung] Rdnrn. 13ff. m.w. Nachw.). Der gegenteiligen Auffassung (Hunold, BB 2003, 2345 [2346]), wonach der Arbeitnehmer in Anlehnung an § 243 BGB a.F. eine „objektive Normalleistung“ schuldet, ist der Senat nicht gefolgt. Diese Auffassung berücksichtigt nicht ausreichend, dass der Arbeitsvertrag als Dienstvertrag keine „Erfolgshaftung“ des Arbeitnehmers kennt. Der Dienstverpflichtete schuldet das „Wirken“, nicht das „Werk“.

#### *d. Anforderungen an die Arbeitspflicht des Arbeitnehmers; Einordnung in die Vergleichsgruppe*

[16] Daraus ist allerdings nicht zu folgern, dass der Arbeitnehmer seine Arbeitspflicht selbst willkürlich bestimmen kann. Dem Arbeitnehmer ist es nicht gestattet, das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung einseitig nach seinem Belieben zu bestimmen (zum umgekehrten Fall: BAGE 55, 275 = NZA 1988, 95 [zu II 2]). Er muss vielmehr unter angemessener Ausschöpfung seiner persönlichen Leistungsfähigkeit arbeiten. Ob der Arbeitnehmer dieser Verpflichtung nachkommt, ist für den Arbeitgeber anhand objektiver Kriterien nicht immer erkennbar. Der Umstand, dass der Arbeitnehmer unterdurchschnittliche Leistungen erbringt, muss nicht zwangsläufig bedeuten, dass der Arbeitnehmer seine persönliche Leistungsfähigkeit nicht ausschöpft (Senat, NJW 1983, 700 = AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 5 = EzA KSchG § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 10 [zu III 3c]). In einer Vergleichsgruppe ist stets ein Angehöriger der Gruppe das „Schlusslicht“. Das kann seine Ursache auch darin haben, dass die übrigen Gruppenangehörigen besonders leistungsstark sind, sich überfordern oder dass umgekehrt der gruppenschwächste Arbeitnehmer besonders leistungsschwach ist. Andererseits ist das deutliche und längerfristige Unterschreiten des von vergleichbaren Arbeitnehmern erreichbaren Mittelwerts oft der einzige für den Arbeitgeber erkennbare Hinweis darauf, dass der schwache Ergebnisse erzielende Arbeitnehmer Reserven nicht ausschöpft, die mit zumutbaren Anstrengungen nutzbar wären. Dem muss auch im Rahmen des Kündigungsschutzrechts Rechnung getragen werden, da ansonsten einer Vertragspartei die

Möglichkeit genommen würde, einen vertragswidrigen Zustand mit rechtlich zulässigen Mitteln zu beseitigen.

#### *e. Darlegungslast bezüglich der Leistungsmängel*

[17] Dieser Konflikt zwischen den genannten widerstreitenden Gesichtspunkten kann nach den Regeln der abgestuften Darlegungslast angemessen gelöst werden (Senat, BAGE 109, 87 = NJW 2004, 2545 = NZA 2004, 784 [zu B I 2d]).

#### *aa. Verteilung der Darlegungslast*

[18] Dabei ist es zunächst Sache des Arbeitgebers, zu den Leistungsmängeln das vorzutragen, was er wissen kann. Kennt er lediglich die objektiv messbaren Arbeitsergebnisse, so genügt er seiner Darlegungslast, wenn er Tatsachen vorträgt, aus denen ersichtlich ist, dass die Leistungen des betreffenden Arbeitnehmers deutlich hinter denen vergleichbarer Arbeitnehmer zurückbleiben, also die Durchschnittsleistung erheblich unterschreiten. Davon kann dann gesprochen werden, wenn, gemessen an der durchschnittlichen Leistung der vergleichbaren Arbeitnehmer, das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung stark beeinträchtigt ist.

[19] Hat der Arbeitgeber vorgetragen, dass die Leistungen des Arbeitnehmers über einen längeren Zeitraum den Durchschnitt im vorgenannten Sinne unterschritten haben, ist es Sache des Arbeitnehmers, hierauf zu entgegnen, gegebenenfalls das Zahlenwerk und seine Aussagefähigkeit im Einzelnen zu bestreiten und/oder darzulegen, warum er mit seiner deutlich unterdurchschnittlichen Leistung dennoch seine persönliche Leistungsfähigkeit ausschöpft. Hier können altersbedingte Leistungsdefizite, Beeinträchtigungen durch Krankheit, aber auch betriebliche Umstände eine Rolle spielen. Legt der Arbeitnehmer derartige Umstände plausibel dar, so ist es alsdann Sache des Arbeitgebers, sie zu widerlegen. Trägt der Arbeitnehmer hingegen derartige Umstände nicht vor, so gilt das schlüssige Vorbringen des Arbeitgebers als zugestanden (§ 138 III ZPO). Es ist dann davon auszugehen, dass der Arbeitnehmer seine Leistungsfähigkeit nicht ausschöpft.

#### *bb. Quantitative Minderleistungen*

[20] Bei quantitativen Minderleistungen hat sich der Senat (BAGE 109, 87 = NJW 2004, 2545 = NZA 2004, 784 [zu B I 2d]) an den Werten orientiert, die für die Annahme einer grundlegenden Störung des Leistungsgleichgewichts herangezogen worden sind.

#### *cc. Qualitative Minderleistungen*

[21] Für den Fall qualitativer Minderleistung sind solche auf die bloße Fehlerhäufigkeit abstellende Grenzen, auch wenn sie für eine rechtssichere Handhabung durch die Tatsacheninstanzen wünschenswert wären, für sich nicht geeignet, die Kündigungsrelevanz der dem Arbeitnehmer konkret vorgeworfenen Pflichtver-

letzungen hinreichend sicher einzugrenzen. Absolute Bezugsgrößen, etwa dergestalt, dass bei einer doppelten oder, wovon das ArbG wohl ausgegangen ist, dreifachen Fehlerquote ein verhaltensbedingter Kündigungsgrund angenommen wird, berücksichtigen nicht hinreichend, dass je nach Art der Tätigkeit und der dabei möglicherweise auftretenden Fehler diesen ein sehr unterschiedliches kündigungsrelevantes Gewicht beizumessen ist. Es sind Tätigkeiten denkbar, bei denen bereits ein einmaliger Fehler derart weitreichende Konsequenzen hat, dass eine Vertragspflichtverletzung erheblich eher anzunehmen ist als bei anderen Fehlern (z. B. Sorgfaltspflichten eines Piloten). Andererseits gibt es Tätigkeiten, bei denen Fehler nach der Art der Tätigkeit vom Arbeitnehmer kaum zu vermeiden und vom Arbeitgeber eher hinzunehmen sind, weil ihre Folgen das Arbeitsverhältnis nicht all zu stark belasten. Deshalb ist in derartigen Fällen über die bloße Betrachtung der Fehlerhäufigkeit hinaus eine einzel-fallbezogene Betrachtungsweise unter Berücksichtigung der konkreten Arbeitsanforderungen und der konkreten Gegebenheiten des Arbeitsplatzes geboten. Die Prüfung hat sich auch hier an dem Maßstab zu orientieren, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung beeinträchtigt ist.

*dd. Darlegungslast im vorliegenden Fall*

[22] Bei einer Kündigung wegen qualitativer Minderleistung des Arbeitnehmers ist es danach zunächst Sache des Arbeitgebers, zu den aufgetretenen Leistungsmängeln das vorzutragen, was er über die Fehlerzahl, die Art und Schwere sowie Folgen der fehlerhaften Arbeitsleistung des Arbeitnehmers wissen kann. Kann der Arbeitgeber darlegen, dass der Arbeitnehmer längerfristig die durchschnittliche Fehlerhäufigkeit aller mit vergleichbaren Arbeiten beschäftigter Arbeitnehmer erheblich überschreitet, so kann dies ein Anhaltspunkt dafür sein, dass der Arbeitnehmer vorwerfbar seine vertraglichen Pflichten verletzt. Da jedoch der Vergleich durchschnittlicher Fehlerquoten für sich noch keinen hinreichenden Aufschluss darüber gibt, ob durch die fehlerhafte Arbeit des gekündigten Arbeitnehmers das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung stark beeinträchtigt ist, muss der Arbeitgeber hier weitere Umstände darlegen. Anhand der tatsächlichen Fehlerzahl, der Art, Schwere und Folgen der fehlerhaften Arbeitsleistung des betreffenden Arbeitnehmers ist näher darzulegen, dass die längerfristige deutliche Überschreitung der durchschnittlichen Fehlerquoten nach den Gesamtumständen darauf hinweist, dass der Arbeitnehmer vorwerfbar seine vertraglichen Pflichten verletzt. Legt der Arbeitgeber dies im Prozess dar, so muss der Arbeitnehmer erläutern, warum er trotz erheblich unterdurchschnittlicher Leistungen seine Leistungsfähigkeit ausschöpft. Hierbei ist insbesondere darzulegen, welche betrieblichen Beein-

trächtigungen durch die konkret darzulegenden Fehler verursacht werden und dass es sich insoweit nicht lediglich um Fehler handelt, die trotz einer gewissen Häufigkeit angesichts der konkreten Umstände der Arbeitsleistung vom Arbeitgeber hinzunehmen sind.

*f. Entscheidung des LAG hält den Maßstäben nicht stand*

[23] Diesen Maßstäben wird die Würdigung des LAG nicht gerecht. Sie stellt ohne weitere Prüfung der Gesamtumstände entscheidend auf die abstrakte Fehlerhäufigkeit der Kl. im Verhältnis zu den anderen Mitarbeitern ab. Dies greift zu kurz.

*aa. Prämienentlohnung bietet Indiz für die Fehlerhäufigkeit*

[24] Im Ausgangspunkt zutreffend geht das LAG davon aus, dass der Betriebsvereinbarung „Prämienentlohnung BVL 9602“ und der ihr beigefügten Anlage 3, über deren Geltungsdauer die Parteien streiten, ein gewisses Indiz dafür entnommen werden kann, welche Fehlerhäufigkeit nach der Wertung der Betriebspartner vom Arbeitgeber hinzunehmen ist. Bei einer repetitiven Tätigkeit wie der im „Sorter-Versand“ entspricht es der menschlichen Natur, dass über einen längeren Zeitraum hinweg eine nahezu fehlerlose Arbeitsweise kaum möglich und deshalb vom Arbeitnehmer nicht zu verlangen und auch nicht zu erwarten ist. Wenn danach die Betriebsparteien von einer Toleranzgröße der Fehlerquote von 2% ausgehen, und auch die von der Bkl. dargelegte durchschnittliche Fehlerquote aller Arbeitnehmer sich in dieser Größenordnung hält und sogar etwas darunter liegt, so spricht dies dafür, dass nach der Wertung der Betriebsparteien eine Fehlerhäufigkeit in der Schwankungsbreite bis etwa 2% nicht schon als Vertragspflichtverletzung der betreffenden Arbeitnehmer angesehen werden kann. Dies rechtfertigt es jedoch nicht, bei einer Fehlerhäufigkeit, die 2% erheblich überschreitet, ohne Weiteres ebenfalls entscheidend auf die Betriebsvereinbarung abzustellen und abstrakte Grenzwerte festzulegen, ab deren Erreichen eine Vertragspflichtverletzung schon oder noch nicht anzunehmen ist. Die Betriebsvereinbarung legt keine Prämie für eine qualitativ gute Leistung fest. Prämiiert wird vielmehr allein der erreichte Leistungsgrad, also die in einer bestimmten Zeit geleistete Arbeitsmenge. Der Prämienabzug soll nach dem Gehalt der Betriebsvereinbarung lediglich die Arbeitnehmer dazu anhalten, nicht pflichtwidrig zu versuchen, die Arbeitsmenge dadurch zu steigern, dass sie qualitativ schlechte Arbeit leisten. Es stellt damit keinen tauglichen Maßstab für den Grad der Vertragswidrigkeit einer fehlerhaften Arbeitsleistung dar, wie die Betriebspartner in dem völlig anderen Zusammenhang einer auf die Arbeitsmenge abstellenden Prämie den Prämienabzug für fehlerhafte Arbeit regeln.

*bb. Qualitative Anforderungen an den "Sorter-Versand" nach Beurteilung der Gesamtumstände*

[25] Soweit das LAG ausgehend von der Betriebsvereinbarung meint, eine erhebliche Unterschreitung der Durchschnittsleistung durch die Kl. könne nicht festgestellt werden, folgt der Senat dem nicht. Zutreffend weist das LAG zwar zunächst darauf hin, dass formelhafte Berechnungen aus dem Bereich der quantitativen Minderleistung auf Fälle der qualitativen Minderleistung nicht ohne Weiteres übertragen werden können. Allerdings nimmt das LAG dann doch mit einer im Wesentlichen rechnerisch begründeten Wertung an, der Aussagewert einer das Dreifache der durchschnittlichen Fehlerquote sei ohne jede Aussagekraft. Die Heranziehung der Prämienabzüge nach der Anlage 3 der BVL 9602 ist - wie bereits dargelegt - nicht geeignet, die Frage der erheblichen Abweichung verbindlich zu beurteilen und etwa erst beim Überschreiten einer Fehlerquote von mehr als 5% Kündigungsrelevanz anzunehmen. Die Prämie wird in erster Linie gezahlt, um die Anzahl der gefertigten Sendungen zu erhöhen. Die Verringerung der Fehlerquote hat sie allenfalls auf dem Umweg des Prämienabzugs im Auge. Welche qualitativen Anforderungen an die Arbeit aller im „Sorter-Versand“ tätigen Arbeitnehmer zu stellen sind und ab welcher Fehlerquote eine pflichtwidrige Schlechtleistung anzunehmen ist, muss deshalb anhand der Gesamtumstände beurteilt werden.

*cc. Zurückverweisung an das LAG*

[26] Deshalb war die Sache an das LAG zurückzuverweisen, § 563 ZPO. Ob die Kl. pflichtwidrig erheblich unterdurchschnittliche Leistungen erbracht hat, ist als unbestimmter Rechtsbegriff mit einem Wertungs- und Beurteilungsspielraum der Tatsacheninstanzen versehen, in den der Senat nicht eingreifen möchte. Zwar ist eine gegenüber dem Abteilungsdurchschnitt dreifach höhere Fehlerquote als ein deutlicher Anhaltspunkt für ein mögliches pflichtwidriges Verhalten der Kl. einzustufen, als absoluter Wert ist sie aber ungeeignet.

*3. Kein Fall des § 561 ZPO ersichtlich*

[27] Die Zurückverweisung ist auch nicht deshalb entbehrlich, weil sich das Urteil aus anderen Gründen als richtig erweist, § 561 ZPO. Auch die Würdigung des LAG, die Kündigung verstoße im Ergebnis gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, ist rechtsfehlerhaft. Zumindest mit der vom LAG gegebenen Begründung lässt sich ein Verstoß gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht bejahen.

*a. Kein Aufzeigen einer alternativen Beschäftigungsmöglichkeit*

[28] Das LAG hat angenommen, eine Unwirksamkeit der Kündigung folge insoweit nicht bereits aus dem Umstand, dass die andere Beschäftigung der Kl. zu

geänderten Bedingungen möglich gewesen wäre, denn die Kl. habe entsprechende Möglichkeiten nicht aufgezeigt. Gegen diese Würdigung des LAG wendet sich die Kl. in der Revisionsinstanz nicht.

*b. Verhältnismäßigkeit hinsichtlich der Änderungskündigung zur Entgeltreduzierung*

[29] Zu Unrecht geht das LAG davon aus, die Kündigung sei gleichwohl unwirksam, weil die Bekl. das mildere Mittel einer Änderungskündigung zur Entgeltreduzierung nicht genutzt habe.

[30] Dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden. Das LAG verkennt hier, dass in Fällen einer qualitativen Schlechtleistung eine Entgeltreduzierung kaum geeignet ist, eine rechtssichere Handhabung zu gewährleisten. Das LAG legt auch nicht dar, in welchem Umfang durch eine Änderungskündigung das Gehalt der Kl. reduziert werden soll. Die Prämienreduzierung durch die Betriebsvereinbarung ist angesichts des von der Kl. erreichten Leistungsgrades ohnehin marginal. Auch eine Erhöhung der Prämienminderung etwa auf das Dreifache oder das Fünffache würde deshalb für die Kl. keinen hinreichenden Anreiz zu einer Reduzierung ihrer Fehlerquote bieten. Eine solche Änderungskündigung wäre zudem wohl unverhältnismäßig, weil der geringe Umfang der Gehaltsreduzierung eine Bestandsgefährdung des Arbeitsverhältnisses nicht rechtfertigen würde.

*c. Verhältnismäßigkeit hinsichtlich unbestimmter Abmahnungen*

[31] Soweit das LAG meint, die Kündigung sei auch deshalb unverhältnismäßig, weil die Abmahnungen der Bekl. vom 25.08./02.09.2003 und 28.06.2004 nicht deutlich genug seien, überschreitet das LAG den ihm zustehenden Beurteilungsspielraum. Aus den Abmahnungen konnte die Kl. die Aufforderung entnehmen, sie möge ihre Arbeitsleistung sorgfältiger erbringen und ihre Fehlerquote verringern. Auch die Kl. hat offensichtlich die Abmahnungen so verstanden, denn sie hat zunächst ihre Fehlerquote deutlich verringert. Von einer Unbestimmtheit der Abmahnungen durfte das LAG bei dieser Sachlage nicht ausgehen.

[32] Abgesehen davon war die Kl. schon dadurch gewarnt, dass seit geraumer Zeit bei ihr auf Grundlage der BVL 9602 Prämienabzüge wegen Überschreitens der Fehlerquoten vorgenommen wurden. Die Kl. musste deshalb davon ausgehen, dass ihr Verhalten nicht folgenlos bleiben würde. Außerdem war vor dem Prämienabzug das gestufte Interventionsverfahren durchgeführt worden. Es spielt in diesem Zusammenhang keine Rolle, ob die Anlage 3 zur BVL 9602 im Kalenderjahr 2004 noch Gültigkeit hatte. Das Interventionsverfahren hatte vor dem Prämienabzug stattgefunden, den die Kl. unstreitig schon geraume Zeit vor Ausspruch der Kündigung hinzunehmen hatte.



#### 4. Interessenabwägung ist nachzuholen

[33] Von seinem rechtlichen Standpunkt aus konsequent, hat das LAG keine abschließende Interessenabwägung durchgeführt. Diese wird es gegebenenfalls nachzuholen haben. Von Hinweisen hierzu wird abgesehen, da das LAG hierzu keinerlei Feststellungen getroffen und auch keine Würdigungen vorgenommen

hat.

#### II. Zurückverweisung auch hinsichtlich des Antrags zu 2

[34] Auch der auf vorläufige Weiterbeschäftigung während der Dauer des Rechtsstreits gerichtete Antrag zu 2 unterliegt damit der Zurückverweisung.

### Standort: Aufwendungsersatz

### Problem: Verstoß gegen § 134 BGB

OLG STUTTGART, BESCHLUSS VOM 26.08.2008  
6 W 55/08 (NJW 2008, 3071)

#### Problemdarstellung:

Die Ast. begehrte Prozesskostenhilfe, um von der Ag. im Klagewege Zahlung in Höhe von insgesamt 16.000 Euro zu erlangen.

Die Ast. betreibt ein Call-Center. Die Parteien vereinbarten, dass mit Hilfe des Call-Centers Interessenten akquiriert werden sollen, wobei im Zuge dessen Gesprächstermine für die Mitarbeiter der Ag. vereinbart werden sollten. Für ihre Tätigkeit bis Dezember 2006 erstellte die Ast. Rechnungen. Mit der beabsichtigten Klage will die Ast. alle unter Berücksichtigung der geleisteten Zahlung von 16.000 Euro noch offenen Forderungen aus der Zeit von Juni bis Dezember 2006 in Höhe von 31.268,12 Euro geltend machen.

Der Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe wurde vom LG Stuttgart zurückgewiesen. Die hiergegen gerichtete Beschwerde der Ast. hatte keinen Erfolg.

#### Prüfungsrelevanz:

Der erkennende Senat hatte sich mit dem Problemfeld des sog. "Cold-Calling" auseinander zu setzen. Mitarbeiter der Ast. versuchten Gesprächstermine für die Ag. zu vereinbaren, wobei die insoweit kontaktierten Verbraucher vorher keine Einwilligung dazu erteilt hatten.

Der erkennende Senat bestätigte in dieser Entscheidung die bisherige Rechtsauffassung des Senats. Vertragliche Ansprüche gegen die Antragsgegnerin bestanden nicht, weil der Vertrag gem. § 134 BGB i.V.m. §§ 7 II Nr. 2, 3 UWG nichtig ist. Die Rechtsfolge der Nichtigkeit ist bei Verträgen, die auf die Begehung von unlauterem Wettbewerb abzielen, zwingend, um das gesetzgeberische Ziel zu erreichen. Insoweit stimmen Literatur (z.B. MünchKomm-Armbrüster, BGB, § 134 Rn 67 m.w. Nachw.) und Rechtsprechung überein. Da die Nichtigkeitsfolge bereits aus § 134 BGB folgt, prüfte der Senat nicht zusätzlich die Sittenwidrigkeit des vorliegenden Vertrages (vgl. hierzu OLG Stuttgart, NJW-RR 1997, 236 [237]). Die Prüfung der Mängel inhaltlicher Art als rechtshindernde Einwendungen ist so vorzunehmen, dass vom Speziellsten zum Allge-

meinen zu prüfen ist, so dass die Prüfungsreihenfolge zunächst § 134 BGB, dann § 138 II BGB und schließlich § 138 I BGB lautet.

Der Senat prüft sodann, ob ein Anspruch auf Aufwendungsersatz gem. §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB gegeben ist. Dies wird in Übereinstimmung mit der Vorgehensweise des BGH im Ergebnis abgelehnt, da es an der Erforderlichkeit der Aufwendungen i.S.v. § 670 BGB in Ansehung des nichtigen Vertrages fehlte. Vorzugswürdig erscheint, bereits das Vorliegen der echten berechtigten GOA i.S.v. §§ 677, 683 S. 1 BGB abzulehnen (so auch Brox/Walker, BS § 35 Rn 16, 21). Da der Vertrag nichtig ist, handelt es sich um ein rein objektiv fremdes Geschäft. Demgemäß wird der Fremdgeschäftsführungswille zwar vermutet, allerdings ist dieser in den Fällen der nichtigen Verträge widerlegt. Die Kl. handelte in Erfüllung ihrer vermeintlich bestehenden Vertragspflicht, so dass ein reiner Eigengeschäftsführungswille vorliegt.

Der erkennende Senat befasst sich schließlich mit der Prüfung von bereicherungsrechtlichen Ansprüchen, wobei allein die Leistungskonditionen in Betracht kommen. Dabei übergeht der erkennende Senat jedoch das Problem, dass das Vorliegen der echten berechtigten GOA bereits einen Rechtsgrund darstellt und daher jedenfalls die allgemeinen Tatbestände der Leistungskondition gem. §§ 812 I 1 1. Fall, 812 I 1 2. Fall BGB bereits scheitern. Im Ergebnis konsequent verneint der erkennende Senat jegliche bereicherungsrechtlichen Ansprüche, weil der Ausschlusstatbestand des § 817 S. 2 BGB greift. Zwar verlangt die Rechtsprechung über den Gesetzesverstoß hinaus zusätzlich, dass der Leistende vorsätzlich gegen das Gesetzesverbot verstoßen hat (vgl. Palandt-Sprau, BGB, § 817 Rn 8). Ein solcher Vorsatz ist aber bereits dann anzunehmen, wenn er sich der Einsicht in Bezug auf die Gesetzeswidrigkeit leichtfertig verschließt (Palandt-Sprau, BGB, § 817 Rn 17). Dies ist wegen der ständig in den Medien präsenten, bereits jahrzehntelangen Versuche der Rechtsprechung, der unlauteren Telefonwerbung Herr zu werden, ohne Weiteres anzunehmen. Kurz erwogen wurde eine Einschränkung des Ausschlusstatbestandes gem. § 242 BGB; im Ergebnis blieb dazu jedoch kein Raum. Bei der Nichtigkeit des zwischen den Parteien geschlossenen Vertrags stehen keine sozialpolitischen Zwecke im Vordergrund. Viel-

mehr ist gerade die Arbeit der Mitarbeiter der Ast., nämlich die wettbewerbswidrigen Telefonanrufe, Grund für die Nichtigkeit des Vertrags zwischen den Parteien. Zudem ist der Zweck des Verbots von „Cold Callings“ am ehesten dadurch zu erreichen, dass dem Leistenden jeder Anspruch versagt wird.

#### **Vertiefungshinweise:**

☐ Zum Verbotsgesetz: *BGH, RA 2008, 427 = NJW 2008, 1942* (Ansprüche unter Mitspielern eines Schenkkreises); *BGH, RA 2008, 324* (Ansprüche Spielbank gegen Spieler aus Spielvertrag); *BGH, RA 2007, 215* (Abtretung); *Beater, AcP 197, 505*; *BGH, RA 2005, 735 = NJW 2006, 45* (Ansprüche eines Spielers gegen den Initiator eines Schenkkreises); *BGH, RA 2005, 339 = NJW 2005, 1490* (Kauf eines Radarwarngerätes); *Taupitz, JZ 1994, 221*; *Otte, JA 1985, 192*

☐ Zur Entwicklung des Datenschutzrechts: *Gola/Klug, NJW 2008, 2481*.

☐ Zur unerlaubten Telefonwerbung gegenüber privaten Kunden zwecks Vertragserweiterungen (Umstellung auf ISDN-Tarif): *OLG Köln, NJW 2005, 2786*.

#### **Kursprogramm:**

☐ *Examenskurs:* „Schwarzarbeit“

☐ *Examenskurs:* „Großeinkauf mit Hindernissen“

#### **Leitsätze:**

**1. Der Basisvertrag, mit dem sich der Betreiber eines Call-Centers gegenüber einem Auftraggeber verpflichtet, bei Dritten ohne deren Einwilligung Telefonwerbung zu betreiben, ist nach § 134 BGB nichtig.**

**2. Dem Betreiber des Call-Centers stehen auch keine Ansprüche nach § 683 BGB oder § 812 BGB auf Aufwendungsersatz zu, namentlich im Hinblick darauf, dass er seine Telefonisten bezahlt hat.**

#### **Sachverhalt:**

Die Ast. und der Geschäftsführer der Ag. kannten sich von einer früheren gemeinsamen Vertriebstätigkeit. Im Frühjahr 2006 vereinbarten sie eine Zusammenarbeit in der Form, dass die Ast. ein Call-Center in L. betrieb und mit diesem Interessenten akquirieren sollte, bei denen die Ag. Versicherungsdienstleistungen und Immobilien vertreiben wollte, wobei die Ast. Gesprächstermine für Mitarbeiter der Ag. vereinbaren sollte. Die Ag. sollte die der Ast. entstehenden Kosten erstatten. Die beiden ersten Rechnungen der Ast. über 5945 Euro vom 19. 04.2006 und vom 23.05.2006 über 7279 Euro wurden von der Ag. bezahlt. Vier weitere Rechnungen stellte die Ast. zwischen 20.06.2006 und 26.09.2006 über jeweils 8067,06 Euro. Am 27.09.2006 kam es wegen dieser Rechnungen zu ei-

nem Gespräch zwischen der Ast. und dem damaligen Geschäftsführer der Ag. und dem derzeitigen Geschäftsführer. Dabei unterzeichnete die Ast. die folgende Erklärung: „Unwiderruflicher Forderungsverzicht. Hiermit bestätige ich, A (Ast.), dass mit dem Erhalt von 16000 Euro in bar sämtliche Forderungen der Firma B an die Firma P abgegolten sind, bis einschließlich September 2006. Betrag bar am 27. 09.2006 dankend erhalten.“ Der damalige Geschäftsführer der Ag., Herr K, unterzeichnete die „Übereinkunft“ der überschriebenen Erklärung mit folgendem Inhalt: „Offene Forderung der P durch die Firma B wird in den nächsten Tagen schriftlich fixiert werden. Firma B erklärt sich mit dem Angebot der Firma P einverstanden diese per Ratenzahlung abzuleisten, soweit es der Provisionseingang der Firma P erlaubt. Die Forderungen resultieren durch die Leistungen der Firma B aus den Monaten August und September.“ Erst nachdem diese beiden Schriftstücke unterzeichnet waren, wurde auf der ersten Erklärung der nicht unterschriebene Vermerk angebracht: „P.S.: Zusatzvereinbarung: Die Parteien sind sich darüber einig, dass eine weitere Zusammenarbeit fortgeführt wird.“ Für ihre Tätigkeit zwischen Oktober und Dezember 2006 stellte die Ast. drei Rechnungen über insgesamt 15000 Euro. Mit der beabsichtigten Klage will die Ast. alle unter Berücksichtigung der geleisteten Zahlung von 16000 Euro noch offenen Forderungen aus der Zeit von Juni bis Dezember 2006 in Höhe von 31268,12 Euro geltend machen.

Der Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe wurde vom LG Stuttgart zurückgewiesen. Die hiergegen gerichtete Beschwerde der Ast. hatte keinen Erfolg.

#### **Aus den Gründen:**

Die sofortige Beschwerde ist zwar zulässig, insbesondere per Fax rechtzeitig eingelegt worden. Sie hat in der Sache aber keinen Erfolg, weil die beabsichtigte Klage keine Aussicht auf Erfolg hat (§ 114 ZPO). Der Ast. steht der geltend gemachte Anspruch mit solcher Sicherheit nicht zu, dass eine Bewilligung von Prozesskostenhilfe auch nicht unter dem Gesichtspunkt in Betracht kommt, dass schwierige Rechtsfragen nicht im Prozesskostenhilfe-, sondern im Hauptsacheverfahren zu klären sind.

#### **1. Zulässigkeit des Rechtswegs**

Die Klage würde allerdings noch nicht daran scheitern, dass die Ast. als Scheinselbstständige Arbeitnehmerin oder wenigstens arbeitnehmerähnlich einzustufen wäre und daher der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten statt zur Zivilgerichtsbarkeit eröffnet wäre.

#### **a. Keine Entscheidung i.S.v. § 17a GVG**

Über diese Frage war weder vom LG noch ist darüber vom Senat nach § 17a GVG vorab durch Beschluss zu

entscheiden, denn das Prozesskostenhilfverfahren fällt nicht unter diese Vorschrift (Kissel/Mayer, GVG, 5. Aufl. § 17 Rdnr. 6).

*b. Kein Fall des § 2 I Nr. 3 ArbGG*

In der Sache selbst ist § 2 I Nr. 3 ArbGG nicht einschlägig, was bei einem aut-aut- oder et-et- Fall komplett zu prüfen ist.

*aa. Die Ast. ist nicht Arbeitnehmerin*

Die Ast. ist nicht Arbeitnehmerin. Zwar wurde im erstinstanzlichen Verfahren sowohl eine ausdrücklich vereinbarte Arbeitnehmereigenschaft als auch eine Scheinselbstständigkeit angesprochen. Beides liegt aber nicht vor.

Wie schon die eigene Abrechnung der Ast. zeigt, rechnet sie für andere Beschäftigte unter anderem deren Lohn ab. Mag dies auch nicht allein ausschlaggebend gegen die Einordnung der Ast. als Arbeitnehmerin sein, ist es doch ein wesentliches Indiz und - jedenfalls für die endgültige Vertragsgestaltung zwischen den Parteien - ist kein schlüssiger Vortrag erfolgt, der es entkräftigen würde. Zudem fehlt es an der erforderlichen Weisungsgebundenheit in einer von der Ag. bestimmten Arbeitsorganisation. Gerade der Streit zwischen den Parteien über die Höhe der geforderten Vergütung zeigt, dass die Ast. die Arbeitsorganisation selbst bestimmte.

*bb. Die Ast. ist auch keine arbeitnehmerähnliche Person*

Die Ast. ist auch keine arbeitnehmerähnliche Person (§ 5 I 2 ArbGG). Abgesehen davon, dass sie nach ihrem eigenen Vorbringen lediglich ihre Selbstkosten an die Ag. weitergeben sollte und daher ihren Lebensunterhalt nicht aus den Einnahmen des Call-Centers bestreiten können sollte, fehlt es bei mehreren von ihr entlohnten weiteren Beschäftigten auch daran, dass ihre soziale Stellung nicht dem Typ einer arbeitnehmerähnlichen Person entsprach (BAGE 14, 17 [20f.]).

*2. Nichtigkeit des Vertrages wegen Verstoßes gegen ein Verbotsgesetz, § 134 BGB*

Vertragliche Ansprüche stehen der Ast. aber deswegen nicht zu, da der mit der Ag. abgeschlossene Vertrag wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot nichtig ist (§ 134 BGB). Da der Vertreter der Ag. den entscheidenden Gesichtspunkt des Verstoßes der von der Ast. zu erbringenden Dienstleistungen gegen die „guten wettbewerblichen Sitten“ nahezu von Anfang an problematisiert hatte, konnte der Senat ohne eigenen Hinweis nach § 139 ZPO durchentscheiden.

Nach übereinstimmendem Vortrag der Parteien sollte die Ast. durch ihr Call-Center für die Ag. Verbraucher telefonisch akquirieren, die hierzu vorher keine Einwilligung gegeben hatten. Damit war der Vertrag darauf gerichtet, dass die Ast. durch ihre Mitarbeiter sys-

tematisch gegen § 7 II Nr. 2, I, 3 UWG in der im Vertragszeitraum geltenden Fassung der Bekanntmachung vom 03.07.2004 verstieß, wofür es genügt, wenn Inhalt der Anrufe die Vereinbarung eines Vertretertermins sein soll (BGH, GRUR 1989, 753 [754]). Wie ein anderer Senat des erkennenden Gerichts bereits 1996 entschieden hat (NJW-RR 1997, 236) und was in der Literatur durchgehend genauso beurteilt wird (z.B. Armbrüster, in: MünchKomm, 5. Aufl., § 134 Rn 67 m.w. Nachw. oder Sack, in Staudinger, BGB, Neubearb. 2003, § 134 Rn 298), ist ein Vertrag nach § 134 BGB nichtig, der zur Begehung unlauteren Wettbewerbs verpflichtet („Basisvertrag“), ohne dass zwischen den verschiedenen möglichen Verstößen differenziert werden müsste.

Ob daneben auch eine von der Ag. geltend gemachte Nichtigkeit wegen Verstoßes gegen die guten Sitten vorliegt (vgl. hierzu OLG Stuttgart, NJW-RR 1997, 236 [237]), kann dahingestellt bleiben.

*3. Keine Ansprüche auf Aufwendungsersatz gem. §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB*

Ansprüche aus § 683 BGB, also auf Aufwendungsersatz aus Geschäftsführung ohne Auftrag, bestehen ebenfalls nicht, da die Ast. die Erbringung der Dienstleistung wegen des Verstoßes gegen § 7 II Nr. 2 UWG den Umständen nach nicht für erforderlich halten durfte (vgl. hierzu BGHZ 37, 258 [263] = NJW 1962, 2010).

*4. Keine Ansprüche aus Bereicherungsrecht*

Der Ast. stehen auch keine Ansprüche aus Bereicherungsrecht zu. Ihnen steht der Ausschlussatbestand des § 817 S. 2 BGB entgegen, weil nicht nur der Ag. ein Gesetzesverstoß zur Last fällt, sondern auch der Ast.

*a. Gesetzesverstoß i.S.v. § 817 S. 2 BGB*

Zwar verlangt die Rechtsprechung über den Gesetzesverstoß hinaus zusätzlich, dass der Leistende vorsätzlich gegen das Gesetzesverbot verstoßen hat. Ein solcher Vorsatz ist aber bereits dann anzunehmen, wenn er sich der Einsicht in die Gesetzeswidrigkeit leichtfertig verschließt (Palandt/Sprau, BGB, 67. Aufl. § 817 Rn 17). Dies ist angesichts der ständig in den Medien präsenten, bereits jahrzehntelangen Versuche der Rechtsprechung, der unlauteren Telefonwerbung Herr zu werden, ohne Weiteres anzunehmen.

*b. Einschränkung der Anwendbarkeit des § 817 S. 2 BGB wegen § 242 BGB*

Die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zur Einschränkung des § 817 S. 2 BGB (Palandt/Sprau, Rn 18) greifen vorliegend nicht. Insbesondere ist die vorliegende Konstellation nicht damit vergleichbar, dass dem unrechtmäßigen Verleiher von Arbeitskräften wenigstens ein Aufwendungsersatzan-

spruch gegenüber dem Entleiher zugesprochen wurde, soweit er die verliehenen Arbeitskräfte bereits entlohnt hatte (vgl. hierzu BGHZ 75, 299 [302ff.] = NJW 1980, 452). So stehen bei der Nichtigkeit des zwischen den Parteien geschlossenen Vertrags keine sozialpolitische Zwecke im Vordergrund, die dazu zwingen würden, wie im Bereich des Arbeitnehmerüberlassungsrechts Rücksicht darauf zu nehmen, dass der Streit zwischen Ver- und Entleiher nicht über das bereicherungsrechtliche Dreieck unter Einbeziehung der Arbeitnehmer erfolgt, deren Arbeitserbringung an sich nicht zu beanstanden ist. Vielmehr ist gerade die Arbeit der Mitarbeiter der Ast., nämlich die wettbewerbswidrigen Telefonanrufe, Grund für die Nichtigkeit des Vertrags zwischen den Parteien. Zudem ist der Zweck des Verbots von „Cold Callings“ am ehesten dadurch zu errei-

chen, dass dem Leistenden jeder Anspruch versagt wird.

Bei dieser Sachlage muss der Frage nicht nachgegangen werden, ob den Mitarbeitern der Ast. überhaupt Entlohnungsansprüche gegen diese zustanden oder ob auch diese Verträge trotz - sofern Arbeitsverhältnisse vorliegen sollten - der Grundsätze faktischer Arbeitsverhältnisse (jedenfalls insoweit) nach § 134 BGB nichtig sind, als sie in eigener Person Verstöße gegen § 7 II Nr. 2 UWG begehen sollten (vgl. dazu dass auch die Telefonisten selbst Täter sein können, Bornkamm, in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, 8. Aufl., § 8 Rdnr. 2.5, und zur Überwindung der Lehre der faktischen Gesellschaft bei verbotenen Leistungen des Arbeitnehmers BAG, NZA 2005, 1409 = BB 2005, 782 [783]).

### Standort: Deliktsrecht

### Problem: Mithaftung des Erstschädigers / Zurechnung

OLG KOBLENZ, URTEIL VOM 24.04.2008  
5 U 1236 / 07 (NJW 2008, 3006)

#### **Problemdarstellung:**

Die Kl. begehrt vom bekl. Krankenhaus und von zweien der dort beschäftigten Ärzten Schmerzensgeld i.H.v. 20.000 Euro sowie die Feststellung, dass Zukunftsschäden gleichfalls erstattungsfähig seien.

Die Kl. erlitt bei einem Verkehrsunfall schwerste Verletzungen. Diesen Unfall hatte der Unfallgegner allein verschuldet. Die Kl. wurde notfallmäßig in das bekl. Krankenhaus eingeliefert, in dem Röntgenbilder angefertigt wurden. Da die Bilder unklar waren, wurde eine Lendenwirbelsäulenverletzung übersehen, wodurch sich die Behandlung und der Heilungsprozess der Verletzung erheblich verzögerte.

Das LG hat der Kl. ein Schmerzensgeld von 5000 Euro zuerkannt. Die Feststellungsklage wurde abgewiesen. Beide Parteien greifen diese Entscheidung mit der Berufung an. Während die Kl. ein Schmerzensgeld von weiteren 15000 Euro und die Feststellung der Ersatzpflicht für Zukunftsschäden erstrebt, begehren die Bekl. die umfassende Abweisung der Klage. Die Berufung der Bekl. hatte zum Teil Erfolg.

#### **Prüfungsrelevanz:**

Der erkennende Senat befasste sich mit der Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Kunstfehler dem Unfallverursacher zuzurechnen ist. Die Folgen des Behandlungsfehlers könnten als Zweitschaden zuzurechnen sein. In dieser Entscheidung lag eine Fehlbeurteilung von Röntgenbildern durch einen Arzt vor, der eine schwere Wirbelsäulenverletzung übersehen hatte. Zu problematisieren sind in diesen Fällen die Adäquanz und der Schutzzweck der Norm. Nach der Adäquanztheorie ist ein Verhalten dann adäquat kausal,

wenn die durch das Verhalten gesetzte Bedingung regelmäßig und nicht nur unter völlig atypischen Kausalverläufen zu dem eingetretenen Erfolg führt. Das fehlerhafte Verhalten eines Dritten unterbricht den Adäquanzzusammenhang grundsätzlich nicht, wobei dieser Grundsatz auch auf Behandlungsfehler anzuwenden ist. Dies deshalb, weil nach der Lebenserfahrung nicht unbedingt mit einer sachgemäßen Ausführung der Behandlung gerechnet werden müsse (BGHZ 3, 261, 268 = NJW 1952, 141).

Da dies jedoch zu einer sehr weiten Haftung führte, ist die Adäquanz einzuschränken über die Lehre vom Schutzzweck der Norm. Eine Schadensersatzpflicht besteht nur dann, wenn der geltend gemachte Schaden nach Art und Entstehungsweise unter den Schutzzweck der verletzten Norm fällt. Es muss sich also um Nachteile handeln, die aus dem Bereich der Gefahren stammen, zu deren Abwendung die verletzte Norm erlassen worden ist (Palandt-Heinrichs, Vorb. v. § 249 Rn 62). Der Zurechnungszusammenhang könnte durch das Fehlverhalten eines Dritten, d.h. des Arztes, unterbrochen sein, so dass der Unfallverursacher nicht für die Fehldiagnose haftet.

Grundsätzlich bleibt der Zurechnungszusammenhang auch bei Verfehlungen Dritter erhalten (Hamm, NJW 1996, 790; Palandt-Heinrichs, Vorb. v. § 249 Rn 73). Der Schädiger haftet daher für Folgeschäden.

Anders ist nur in den Fällen zu urteilen, in denen ein Dritter in völlig ungewöhnlicher und unsachgemäßer Weise den Erfolg herbeiführt (BGH, NJW 2003, 2314; bereits dazu Caemmerer, NJW 1956, 569, 571). Der erkennende Senat bestätigte hier die bisherige Rechtsprechung des BGH zu dieser Thematik. Ein die Adäquanz durchbrechendes Fehlverhalten der behandelnden Ärzte war hier zu verneinen, weil die Fehldeutung eines Röntgenbildes auch einem erfahrenen Radiologen vereinzelt unterlaufen könne. Die mithin sehr

hohen Anforderungen an die Durchbrechung der Zurechnung sind daher sachgerecht, weil der Unfallverursacher den Verletzten dieser Gefahrenlage überhaupt erst ausgesetzt hat. Die Rechtsprechung bejaht die Durchbrechung erst im obersten Bereich der groben Fahrlässigkeit, welche hier nicht angenommen werden konnte.

#### Vertiefungshinweise:

- Zur Haftung des Krankenhausträgers bei Fehlverhalten des Pflegepersonals: *LG Kassel*, NJW-RR 2008, 898
- Zur Berechnung des Schmerzensgeldes bei Verkehrsunfällen: *OLG Saarbrücken*, NJW 2008, 1166; *OLG Naumburg*, NJW-RR 2008, 407
- Zur Haftung eines Arztes bei Behandlungsfehlern: *BGH*, RA 2007, 161 (erfolglose Schwangerschaftsverhütung); *BGH*, RA 2001, 588 = NJW 2001, 2789 (Aufklärungsmangel)
- Zum Schadensrecht: *Keilmann*, JA 2005, 700
- Zur Kausalität: *OLG Köln*, RA 2007, 341 (zum psychisch vermittelten Gesundheitsschaden)

#### Kursprogramm:

- Examenskurs: "Die Verfolgung"
- Examenskurs: "Der betrunkene Kranführer"

#### Leitsätze:

**1. Wird der Verletzte eines Verkehrsunfalls ärztlich fehlerhaft behandelt, ist das haftungsrechtlich auch dem Unfallverursacher zuzuordnen, es sei denn, der Arzt hätte seine Sorgfaltspflichten in außergewöhnlich hohem Maße verletzt. Bei der Fehldeutung eines Röntgenbildes kann es sich um ein Versäumnis handeln, für das der Unfallverursacher neben dem Arzt als Gesamtschuldner haftet.**

**2. Hat der für den Gesamtschaden eintrittspflichtige Erstschädiger ohne Zahlungsbestimmung eine dem Haftungsbetrag des Zweitschädigers entsprechende Teilzahlung unterhalb der Schwelle zur gesamtschuldnerischen Haftung geleistet, wirkt diese Zahlung nicht zu Gunsten des Zweitschädigers. Vielmehr ist in entsprechender Anwendung von § 366 II BGB davon auszugehen, dass der Erstschädiger nicht auf die Gesamtschuld gezahlt hat.**

#### Sachverhalt:

Die Kl. nimmt das bekl. Krankenhaus und zwei dort tätige Ärzte auf Zahlung eines Schmerzensgeldes von 20.000 Euro und Feststellung der Ersatzpflicht für Zukunftsschäden in Anspruch. Am 06.06.2001 erlitt die Kl. bei einem Verkehrsunfall als Beifahrerin eines Pkw schwerste Verletzungen. Den Zusammenstoß hatte der Unfallgegner allein verschuldet. Die Kl. wurde notfallmäßig in das bekl. Krankenhaus gebracht. Dort

fertigte man Röntgenbilder, die von dem Bekl. zu 2 (Radiologe) unzureichend bzw. fehlerhaft befunden worden sein sollen. Eine Verletzung der Lendenwirbelsäule soll übersehen worden sein. Daher beschränkte sich der Drittbekl. (Unfallchirurg) auf die Versorgung der übrigen Verletzungen der Kl. Später wurde die Verletzung der Lendenwirbelsäule andernorts festgestellt und ärztlich versorgt. Das LG hat ein radiologisches und ein unfallchirurgisches Gutachten eingeholt und den Unfallchirurg mündlich befragt. In dieser mündlichen Verhandlung erklärte die Kl., vom Unfallverursacher bisher ein Schmerzensgeld von „etwa 4000 Euro“ erhalten zu haben. In zweiter Instanz hat sie die Schmerzensgeldzahlung auf 4506,21 Euro konkretisiert.

Das LG hat der Kl. unter Abweisung des Feststellungsbegehrens ein Schmerzensgeld von 5000 Euro zuerkannt. Diese Entscheidung wird von beiden Seiten mit der Berufung bekämpft. Während die Kl. ein Schmerzensgeld von weiteren 15000 Euro und die Feststellung der Ersatzpflicht für Zukunftsschäden erstrebt, begehren die Bekl. die umfassende Abweisung der Klage. Die Berufung der Bekl. hatte zum Teil Erfolg.

#### Aus den Gründen:

Die Berufung der Bekl. hat einen Teilerfolg (1); das Rechtsmittel der Kl. ist dagegen insgesamt unbegründet (2).

##### 1. Teilerfolg der Berufung der Bekl.

Der Kl. steht gegen die Bekl. ein Schmerzensgeldanspruch zu. Ihre Haftung dem Grunde nach ziehen die Bekl. ohne Erfolg in Zweifel.

##### a. Haftung der Bekl. wegen eines Behandlungsfehlers gegeben

Das LG hat im Ausgangspunkt zu Recht eine vertragliche Haftung der Bekl. zu 1 und daneben eine deliktische Haftung aller drei Bekl. wegen ärztlicher Versäumnisse bejaht. Entgegen der Berufungsrüge der Bekl. geht es dabei nicht um einen vermeintlich vom LG angenommenen groben Behandlungsfehler. Nach den von der Berufung nicht entkräfteten Feststellungen und Schlussfolgerungen der Sachverständigen war der am Unfalltag erhobene Röntgenbefund derart unklar, dass vor dem Hintergrund des Unfallgeschehens zwingend weitere Befunde erhoben werden mussten.

Bei einem derartigen ärztlichen Versäumnis ist für eine Beweislastumkehr auf die Grundsätze zur unterlassenen Befunderhebung abzustellen. Eine Beweislastumkehr hinsichtlich der Kausalität kommt in derartigen Fällen bereits unterhalb der Schwelle zum groben Behandlungsfehler in Betracht (vgl. BGHZ 132, 47 [52ff.] = NJW 1996, 1589, und BGH, NJW 2004, 1871 = VersR 2004, 790 [792]). Davon ist das LG nach umfassender sachverständiger Beratung zu Recht

ausgegangen. Auch für den Senat steht außer Zweifel, dass die gebotene ergänzende Befunderhebung die Verletzung an der Lendenwirbelsäule offenbart und die sofortige medizinische Versorgung bewirkt hätte.

*b. Kausalität unter Berücksichtigung des rechtmäßigen Alternativverhaltens*

Die Berufungsangriffe gegen die Erwägungen des LG zum weiteren Kausalverlauf bei pflichtgemäßem Handeln der Bekl. sind nur zum Teil begründet.

Richtig ist allerdings, dass die Wirbelsäulenverletzung der Kl. bei einer weiteren Befunderhebung ebenfalls einen operativen Eingriff unmittelbar nach dem Unfall mit allen typischerweise gegebenen Risiken, Erschwernissen und postoperativen Belastungen erfordert hätte. Vor diesem Hintergrund greift die Erwägung des LG, die Kl. sei für die Erschwernisse zweier Krankenhausaufenthalte zu entschädigen zu weit. Eine Beeinträchtigung, die auch bei pflichtgemäßem Handeln der Bekl. entstanden wäre, ist nicht zu entschädigen. Demzufolge ist das Schmerzensgeld darauf zu beschränken, dass der Leidensweg der Kl. erheblich, nämlich um mehr als zwei Monate, verlängert wurde. Der Senat erachtet deswegen ein Schmerzensgeld von 3000 Euro für angemessen, aber auch ausreichend. Insoweit ist zu sehen, dass das Verschulden der Bekl. nicht besonders schwer wiegt. Es handelt sich um ein Versäumnis, dass selbst unter den extremen Belastungen einer unfallchirurgischen Notfallversorgung nicht vorkommen darf, indes bei einem Patienten mit multiplen Verletzungen vorkommen kann. Letztlich war auch zu bedenken, dass durch das Befunderhebungsversäumnis kein den Bekl. zurechenbarer Dauerschaden entstanden ist.

*c. Kein Forderungsübergang gem. § 426 II 2 BGB*

Der Auffassung der Bekl., der Schmerzensgeldanspruch der Kl. von 3000 Euro sei durch die Schmerzensgeldzahlung des umfassend haftenden Erstschädigers auf diesen übergegangen mit der Folge, dass die Bekl. dessen Rückgriffsanspruch ausgesetzt sind, ist unzutreffend. Zu einem derartigen Forderungsübergang nach § 426 II 2 BGB ist es hier nicht gekommen.

*aa. Unfallverursacher hat für das Befunderhebungsversäumnis einzustehen*

Den Bekl. ist allerdings darin zu folgen, dass der Unfallverursacher haftungsrechtlich für das Befunderhebungsversäumnis gleichermaßen einzustehen hat wie die unmittelbar verantwortlichen Ärzte. Ein in den Kausalverlauf eingreifendes Fehlverhalten Dritter bei der Schadensbeseitigung unterbricht den Zurechnungszusammenhang regelmäßig nicht. Etwas anderes gilt nur dann, wenn der weitere Schaden durch ein so völlig ungewöhnliches und unsachgemäßes Verhalten des Dritten ausgelöst worden ist, dass bei wertender Betrachtung zwischen den beiden Schadensbeiträgen nur

noch ein äußerlicher, gleichsam zufälliger Zusammenhang besteht und dem Erstschädiger ein Einstehe müssen auch für diese Folgen deshalb billigerweise nicht mehr zugemutet werden kann. Der die Zweitschädigung herbeiführende Arzt muss in so außergewöhnlich hohem Maße die an ein gewissenhaftes ärztliches Verhalten zu stellenden Anforderungen außer Acht gelassen und derart gegen alle ärztlichen Regeln und Erfahrungen verstoßen haben, dass der eingetretene Schaden seinem Handeln haftungsrechtlich wertend allein zugeordnet werden muss (vgl. BGH, NJW 1989, 768; NJW 2000, 948).

Eine Unterbrechung des Zurechnungszusammenhangs nach den vorgenannten Grundsätzen kommt hier nicht in Betracht. Der seit vielen Jahren mit Arzthaftungssachen befasste Senat weiß aus zahlreichen Verfahren, dass die Auswertung und Deutung von Röntgenbildern schwierig sein kann. Im vorliegenden Fall handelt es sich um eine Fehldeutung, die auch einem erfahrenen Radiologen vereinzelt unterläuft. Von einem groben, schlechterdings nicht zu erwartenden und daher dem Erstschädiger nicht zurechenbaren Fehlverhalten kann keine Rede sein. Demzufolge sind der Unfallverursacher und die Bekl. für das ärztliche Versäumnis nebeneinander verantwortlich und haften daher insoweit als Gesamtschuldner (§ 840 I BGB).

*bb. Kein Forderungsübergang i.S.v. § 426 II 2 BGB*

Der Berufung der Bekl. kann aber nicht darin gefolgt werden, dass durch die Schmerzensgeldzahlung des Erstschädigers die Forderung der Kl. im Umfang der Zahlung auf den Unfallverursacher bzw. dessen Haftpflichtversicherung übergegangen ist. Zwar sieht § 426 II 2 BGB einen derartigen Anspruchsübergang vor, wenn einer von mehreren Gesamtschuldnern zahlt. Erbringt jedoch derjenige von mehreren Gesamtschuldnern, der seinerseits dem Gläubiger über die Gesamtschuld hinaus noch weiterreichend allein haftet, eine Leistung, die - bezogen auf den gesamten Anspruch des Gläubigers - nur als Teilleistung anzusehen ist, kommt § 426 II 2 BGB nur zur Anwendung, wenn bei der Zahlung die Bestimmung getroffen wurde, dass diese konkrete Teilleistung auf die Gesamtschuld erfolgt oder wenn sich eine derartige Tilgungswirkung kraft Gesetzes ergibt.

Entgegen der Auffassung der Bekl. kommt es nicht darauf an, welchem Teil des Anspruchs sie die Schmerzensgeldzahlung des Erstschädigers von 4.506,21 Euro zuordnen. Das Leistungsbestimmungsrecht hat allein derjenige, der die konkrete Zahlung erbringt. Dass der Erstschädiger bzw. dessen Haftpflichtversicherung bei der Schmerzensgeldzahlung die Bestimmung getroffen hat, dass auf den Forderungsteil gezahlt werde, für den die gesamtschuldnerische Haftung besteht, ist nicht aufgezeigt. Demzufolge ist in entsprechender Anwendung von § 366 II BGB darauf abzustellen, welcher Teil der fälligen Schuld

der Kl. als Gläubigerin die geringere Sicherheit bietet. Dafür ist eine wirtschaftliche Einschätzung vorzunehmen, die hier nur dahin gehen kann, dass der Kl. jener Forderungsteil die höchste Sicherheit bietet, für den die gesamtschuldnerische Haftung besteht. Denn die Wahrscheinlichkeit, dass sie diesen Betrag von einem der beiden Gesamtschuldner erhält, ist stärker als die Aussicht auf Befriedigung des Forderungsteils, für den nur der Erstschädiger haftet. Ein Gesamtschuldverhältnis ist als ein Schuldverhältnis höherer Ordnung zu verstehen, das eine Mehrheit von (in der Regel inhaltsgleichen) Forderungen, verbunden durch die Einheit des Leistungszwecks, in sich schließt (vgl. BGHZ 43, 227 = NJW 1965, 1175).

Nach alledem ist die Zahlung des Erstschädigers hier nicht auf die Gesamtschuld erfolgt und hat daher auch nicht zur Entlastung der Bekl. geführt. In der Schmerzensgeldzahlung des Erstschädigers liegt also keine Erfüllung i.S. von § 422 I 1 BGB.

Angesichts der multiplen und schwerwiegenden Verletzungen der Kl. kann auch nicht erwogen werden, die vom Erstschädiger gezahlten 4506,21 Euro seien zu einem Teil geeignet, die Gesamtschuld zu tilgen.

Die Behauptung der Bekl., die Kl. habe vom Erstschädiger als Schmerzensgeld mehr als den zugestandenen Betrag erhalten, ist nicht unter Beweis gestellt worden. Der Kl. musste demnach - ungeachtet der Zahlung des

Erstschädigers - ein Schmerzensgeldanspruch gegen die Bekl. als Zweitschädiger zuerkannt werden. Somit war die Berufung der Bekl. zurückzuweisen, soweit sie zur Zahlung von 3000 Euro Schmerzensgeld verurteilt sind.

## 2. Berufung der Kl. ist unbegründet

Das Rechtsmittel der Kl. ist insgesamt unbegründet. Das LG ist den entscheidungserheblichen medizinischen Fachfragen nachgegangen und hat nach sachverständiger Beratung die Überzeugung gewonnen, dass die Verzögerung der Operation nicht zu einer Verschlimmerung der unfallbedingt eingetretenen Schäden geführt hat. Die erheblichen Ausfälle und Beschwerden, unter denen die Kl. bedauerlicherweise heute noch leidet, sind nicht der Verzögerung der Operation, sondern den schweren Verletzungen zuzuordnen, die die Kl. bei dem Verkehrsunfall erlitten hat. Dafür haben die Bekl. des vorliegenden Rechtsstreits nicht einzustehen.

Gegen die Abweisung des Feststellungsantrags führt die Berufung der Kl. keinen gezielten Angriff, so dass bereits zweifelhaft erscheint, ob das Rechtsmittel insoweit zulässig ist. Jedenfalls hat das LG die Klage in diesem Punkt mit einer Begründung abgewiesen, die in den Ausführungen der Sachverständigen eine hinreichende Grundlage hat.

## 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> ra@jura-intensiv.de
<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.

*Strafrecht***Standort: § 113 II 2 Nr. 1 StGB****Problem: Pkw als Waffe**

BVERFG, URTEIL VOM 01.09.2008  
2 BvR 2238/07 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

**Problemdarstellung:**

Der Beschwerdeführer war in alkoholisiertem Zustand mit seinem Pkw in eine Polizeikontrolle geraten. Da er versuchte, wegzufahren, beugte sich einer der Polizisten durch das Seitenfenster des Fahrzeugs und versuchte, den Zündschlüssel abzuziehen. Der Beschwerdeführer gab daraufhin Vollgas und schleifte den Polizisten noch einige Meter mit.

Das Amtsgericht Dresden verurteilte den Beschwerdeführer insbesondere wegen Widerstands gegen Vollstreckungsbeamte in einem besonders schweren Fall, § 113 I, II 2 Nr. 1 StGB, wobei es den Pkw des Beschwerdeführers als "Waffe" i.S.v. § 113 II 2 Nr. 1 StGB ansah. Auf die Berufung des Angeklagten bestätigte das Landgericht Dresden das Urteil insofern. Eine Revision des Angeklagten gegen diese Verurteilung wies das Oberlandesgericht Dresden als unbegründet zurück. Auf die Verfassungsbeschwerde des Angeklagten hin hob das BVerfG die Verurteilung allerdings (teilweise) auf, da ein Kraftfahrzeug keine Waffe darstelle.

**Prüfungsrelevanz:**

§ 113 StGB ist ein Tatbestand, der immer wieder wegen einiger spezifischer Eigenheiten in strafrechtlichen Examensaufgaben auftaucht: Zum einen ist er einer der wenigen Straftatbestände, in denen eine objektive Bedingung der Strafbarkeit zu prüfen ist (bei § 113 StGB die Rechtmäßigkeit der Diensthandlung, vgl. § 113 III StGB). Zum anderen ist aber auch gerade die Frage, wie der Begriff der "Waffe" i.S.v. § 113 II 2 Nr. 1 StGB zu verstehen ist, häufig Gegenstand von Prüfungsaufgaben - wenn auch eher im 2. Examen gewesen. Da das BVerfG mit der vorliegenden Entscheidung eine langjährige Rechtsprechung der Strafgerichte für verfassungswidrig erklärt, ist zu erwarten, dass dieses Urteil Grundlage mehrerer Examensaufgaben sein wird. Gerade im ersten Examen würden sich insbesondere in mündlichen Prüfungen sogar Synergieeffekte ergeben insoweit nämlich als auch die Bindung des Strafrechts und der strafrechtlichen Rechtsprechung an die Verfassung erörtert werden können. Gem. Art. 103 II GG und (dem gleichlautenden) § 1 StGB kann eine Tat nur bestraft werden, wenn die

Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde. Dies verbietet nicht nur die Schaffung zeitlich rückwirkender Strafgesetze, sondern beschreibt auch ein Bestimmtheitsgebot: Eine Strafbarkeit kann nur durch ein formelles Gesetz begründet werden und der entsprechende Straftatbestand muss so konkret umschrieben sein, dass sich Tragweite und Anwendungsbereich des Tatbestandes hieraus erkennen lassen (BVerfGE 75, 329, 340 f.; 78, 374, 381 f.; BVerfG, NJW 2001, 1848, 1849; 2005, 2140, 2141). Deshalb bietet der mögliche Wortsinn des Gesetzes auch die äußerste Grenze der Auslegung von Strafvorschriften durch den Richter; eine darüber hinaus gehende analoge Anwendung von Strafvorschriften zu Ungunsten des Täters ist verfassungswidrig (BVerfG, NJW 2005, 2140, 2141; 2007, 1193). In der vorliegenden Entscheidung stellt das BVerfG noch einmal klar, dass das Bestimmtheitsgebot nicht nur für Straftatbestände im engeren Sinne gilt, sondern auch für andere die Strafdrohung betreffende Vorschriften wie zum Beispiel besonders schwere Fälle (Schönke/Schröder-Eser, § 1 Rn 27 f.).

Gem. § 113 II 2 Nr. 1 StGB liegt ein besonders schwerer Fall des Widerstands gegen Vollstreckungsbeamte regelmäßig dann vor, wenn "der Täter oder ein anderer Beteiligter eine Waffe bei sich führt, um sie bei der Tat zu verwenden". Der Begriff der "Waffe" wird in den Tatbeständen des Strafrechts (z.B. §§ 224 I Nr. 2, 244 I Nr. 1a, 250 I Nr. 1a StGB) grundsätzlich definiert als bewegliche Sache, die für Angriffs- oder Verteidigungszwecke gegen Menschen bestimmt und zur Verursachung erheblicher Verletzungen von Personen generell geeignet ist (sog. "Waffe im technischen Sinne", BGHSt 45, 92, 93; BGH, NSTZ 1999, 301; Fischer, § 224 Rn 9d, § 244 Rn 3a, § 250 Rn 4 f.). Im Rahmen von § 113 II 2 Nr. 1 StGB allerdings hatten Rechtsprechung und herrschende Literatur den Begriff der "Waffe" - größtenteils mit Hinweis darauf, dass es sich bei § 113 II 2 Nr. 1 StGB nur um ein Regelbeispiel und nicht um einen (Qualifikations-) Tatbestand handle - wesentlich weiter gesehen und auch solche Gegenstände darunter gefasst, die nicht zur Verletzung bestimmt, sondern nur aufgrund ihrer Beschaffenheit und ihrer konkreten Verwendung im Einzelfall dazu geeignet sind, erhebliche Verletzungen zuzufügen (BGHSt 26, 176; BGH, DRiZ 1979, 149; OLG Celle, NSTZ-RR 1997, 265; Fischer, § 113 Rn 38; Lackner/Kühl, § 113 Rn 24; Schönke/Schröder-Eser, § 113



Rn 63). Diese Definition entspricht derjenigen des "anderen gefährlichen Werkzeugs" in den genannten Tatbeständen (§§ 224 I Nr. 2, 244 I Nr. 1a, 250 I Nr. 1a StGB, vgl. Fischer, § 113 Rn 38; Schönke/Schröder-Eser, § 113 Rn 63). Gerade auch Kraftfahrzeuge waren insofern bei § 113 II 2 Nr. 1 StGB - anders als bei §§ 224 I Nr. 2, 244 I Nr. 1a StGB - als Waffen anerkannt (BGHSt 26, 176; OLG Düsseldorf, NJW 1982, 1111). Dieser weite Waffenbegriff überschreitet jedoch die Grenze der zulässigen Auslegung des § 113 II 2 Nr. 1 StGB - was das BVerfG in der vorliegenden Entscheidung anhand der klassischen Auslegungsmethoden (Wortlaut, Systematik, Entstehungsgeschichte) sehr schön demonstriert - und ist deshalb verfassungswidrig.

#### **Vertiefungshinweise:**

Zum Waffenbegriff, insb. i.S.v. § 113 II 2 Nr. 1 StGB: BGHSt 26, 176; BGH, MDR/H 1978, 988; DRiZ 1979, 149; OLG Celle, NStZ-RR 1997, 265; OLG Düsseldorf, NJW 1982, 1111; OLG Karlsruhe, Die Justiz 1981, 239; Erb, JuS 2004, 653; Fischer, NStZ 2003, 569

#### **Kursprogramm:**

- Examenskurs: "Der rabiate Schuldner"  
 Assessorkurs: "Aßmann"

#### **Leitsätze (der Redaktion):**

- Auch Strafzumessungsregeln, die einen erhöhten Strafraumen beispielsweise an das Vorliegen eines "besonders schweren Falles" knüpfen, sind am Bestimmtheitsgebot des Art. 103 II GG zu messen.**
- Ein Personenkraftwagen ist vom möglichen Wortsinn des Begriffs der "Waffe" in § 113 II 2 Nr. 1 StGB nicht mehr umfasst.**

#### **Sachverhalt:**

Der - leicht alkoholisierte - Beschwerdeführer wurde am späten Abend des 22. Dezember 2005 in Dresden wegen schnellen, die Vorfahrt nicht beachtenden Fahrens in einem Pkw angehalten und kontrolliert. Da der Beschwerdeführer das Verlangen der Beamten nach dem Führerschein als Zumutung empfand, startete er sein Fahrzeug und fuhr los. Einer der Polizeibeamten versuchte, mit einem Arm durch das halb offene Fahrerfenster zu gelangen, und wurde von dem Schwung des anfahrenen Fahrzeugs kurz nach vorne mitgezogen. Verletzt wurde der Beamte nicht. Die Beamten verfolgten den Beschwerdeführer sodann und stellten ihn. Trotz Anweisung der Beamten, aus dem Pkw auszusteigen, blieb der Beschwerdeführer sitzen. Einer der Beamten versuchte, durch das geöffnete Fahrerfenster hindurch den Zündschlüssel am Fahrzeug des Beschwerdeführers abzuziehen. Während der Beamte sich mit seinem Oberkörper noch im Fahrzeuginnen-

raum befand, wehrte der Beschwerdeführer den Griff des Polizeibeamten nach dem Zündschlüssel ab, legte den Rückwärtsgang ein und fuhr mit Vollgas rückwärts. Der Beamte wurde hierdurch, zunächst mit seinem gesamten Oberkörper im Fahrzeug verbleibend, dann herausrutschend, aber mit dem Kopf noch im Fahrzeug befindlich, einige Meter mitgerissen, wobei er neben dem Pkw mitlaufen konnte. Weitere 10 bis 15 Meter rutschte der Beamte auf seinen Schuhen mit, bis er sich vom Fahrzeug des Beschwerdeführers abdrückte und so von dem Fahrzeug freikam. Verletzt wurde der Beamte nicht. Mit seinen Handlungen bezweckte der Beschwerdeführer, die Polizeibeamten an der Ausführung ihrer - von ihm als rechtmäßig erkannten - Amtshandlungen zu hindern. Im weiteren Verlauf kam es zu weiteren Widerstandshandlungen des Beschwerdeführers.

#### **Aus den Gründen:**

##### *A. Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde*

[1, 2] Die Verfassungsbeschwerde betrifft die Frage, ob das strafrechtliche Analogieverbot verletzt ist, wenn § 113 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 StGB dahingehend ausgelegt wird, dass ein Personenkraftwagen eine "Waffe" im Sinne der Vorschrift darstellt.

##### *I. Verfahrensgang in den Fachinstanzen*

##### *1. Erstinstanzliches Urteil und Berufung*

[3, 4] Aufgrund dieser Geschehnisse wurde der Beschwerdeführer zunächst vom Amtsgericht Dresden mit Urteil vom 23. Oktober 2006 wegen Verstoßes gegen die 0,5-Promille-Grenze in Tateinheit mit Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte (§ 113 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 StGB), gefährlichem Eingriff in den Straßenverkehr und versuchter gefährlicher Körperverletzung zu einer Freiheitsstrafe von acht Monaten verurteilt, deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt wurde. Auf die Berufung des Beschwerdeführers änderte das Landgericht Dresden mit Urteil vom 19. April 2007 den Schuldspruch dahingehend, dass der Beschwerdeführer eines Verstoßes gegen die 0,5-Promille-Grenze in Tateinheit mit Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte im besonders schweren Fall schuldig sei. Wie bereits das Amtsgericht, ging auch das Landgericht davon aus, dass der Angeklagte den Tatbestand des § 113 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 StGB verwirklicht habe. Der Pkw stelle eine Waffe im untechnischen Sinne dar, die der Beschwerdeführer zur Gewaltanwendung eingesetzt habe. Einen Verletzungsvorsatz konnte das Landgericht, anders als das Amtsgericht, nicht feststellen.

##### *2. Revision*

[5] Mit der Revision erhob der Beschwerdeführer die allgemeine Sachrüge und führte unter anderem aus,

das Landgericht habe gegen Art. 103 Abs. 2 GG verstoßen, indem es das vom Beschwerdeführer benutzte Fahrzeug unter den Begriff der "Waffe" im Sinne des § 113 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 StGB subsumiert habe. Die Generalstaatsanwaltschaft Dresden beantragte mit Schriftsatz vom 2. August 2007, die Revision des Beschwerdeführers als unbegründet zu verwerfen. Sie führte unter anderem aus, die Auslegung des Begriffs der "Waffe" in § 113 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 StGB durch das Landgericht folge ständiger Rechtsprechung. Unter Bezugnahme auf die Antragschrift der Generalstaatsanwaltschaft verwarf das Oberlandesgericht Dresden die Revision des Beschwerdeführers mit Beschluss vom 14. September 2007 gemäß § 349 Abs. 2 StPO unter Berichtigung des landgerichtlichen Urteils tenors als unbegründet.

## II. Verfahrensgang der Verfassungsbeschwerde

### 1. Inhalt der Verfassungsbeschwerde

[6] Mit der fristgerecht eingegangenen Verfassungsbeschwerde rügt der Beschwerdeführer die Verletzung von Art. 2 Abs. 1 und Art. 103 Abs. 2 GG. Die Auslegung des Regelbeispiels des § 113 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 StGB durch die Instanzgerichte überschreite den möglichen Wortsinn der Vorschrift weit. Die Subsumtion des Benutzens eines Kraftfahrzeugs unter den Begriff des "Beisichführens einer Waffe" sei vom Wortlaut der Vorschrift nicht gedeckt. Zwar subsumiere die herrschende Meinung unter den Begriff der "Waffe" in der betreffenden Vorschrift auch ein Kraftfahrzeug. Richtigerweise seien unter Waffen jedoch nur Waffen im technischen Sinne, also Waffen im Sinne des § 1 WaffG zu verstehen, nicht hingegen Gegenstände wie Autos, die nur bei zweckentfremdender Benutzung wie Waffen eingesetzt werden könnten. Für gefährliche, nicht den technischen Waffenbegriff erfüllende Gegenstände verweide der Gesetzgeber durchgängig den Begriff des "gefährlichen Werkzeugs". Im Gesetzgebungsverfahren bezüglich der hier in Rede stehenden Vorschrift sei hingegen die Ergänzung des Gesetzestexts um den Ausdruck des gefährlichen Werkzeugs zwar ausdrücklich erwogen, letztlich jedoch abgelehnt worden. Gegen das Analogieverbot verstoße es ferner, wenn das Fahren eines Kraftfahrzeugs als "Beisichführen" im Sinne des 113 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 StGB angesehen werde.

### 2. Stellungnahme des Sächsischen Justizministeriums

[7] Dem Sächsischen Staatsministerium der Justiz ist Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden. Es hält die Verfassungsbeschwerde für unzulässig, jedenfalls aber für unbegründet. Aus dem Vorbringen des Beschwerdeführers ergebe sich eine Verletzung von Art. 103 Abs. 2 GG nicht. Es stelle keine verbotene Analogie, sondern eine zulässige Norminterpretation dar, wenn das Fahren eines Kraftfahrzeugs als Beisich-

führen einer Waffe im Sinne des Gesetzes gewertet werde. Diese Auslegung liege nach dem Zweck der Vorschrift, eine besonders gefährliche Tatausführung schärfer zu sanktionieren, nahe. Im allgemeinen Sprachgebrauch würden unter Waffen alle Mittel verstanden, die geeignet seien, Lebewesen in ihrer Handlungsfähigkeit zu beeinträchtigen oder handlungsunfähig zu machen, physisch oder psychisch zu verletzen oder zu töten. Zu den Waffen zählten auch alle Mittel, die Gegenstände und immaterielle Güter beschädigen, zerstören oder gebrauchsunfähig machen könnten. Im Weiteren könnten auch jegliche Mittel, die dazu geeignet seien, Personen in ihrer Entscheidungs- und Handlungsfreiheit einzuschränken, als Waffen angesehen werden. In der Umgangssprache würden je nach konkreter Verwendung gegebenenfalls auch Baseballschläger, Küchenmesser oder andere zweckentfremdet verwendete Gegenstände ohne weiteres als "Waffe" bezeichnet, obwohl es sich nicht um Waffen im Sinne des § 1 WaffG handle. Die Bezeichnung "gefährliches Werkzeug" sei nur in der juristischen Fachterminologie üblich. Eine Parallelwertung in der Laiensphäre ergebe danach ohne weiteres, dass auch Kraftfahrzeuge Waffen im Sinne des § 113 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 StGB darstellen könnten. Es sei nicht ersichtlich, dass der Normadressat aus der Tatsache, das in den §§ 127, 250, 244 StGB neben Waffen jeweils auch gefährliche Werkzeuge genannt seien, den Umkehrschluss ziehen würde, § 113 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 StGB umfasse nur Waffen im technischen Sinne. Es sei schließlich auch kein sachlicher Grund dafür ersichtlich, dass der Gesetzgeber nur die Verwendung von Waffen im technischen Sinne unter das strafscharfende Regelbeispiel habe fassen wollen. Wer ein Kraftfahrzeug fahre, führe es schließlich auch im Sinne der Vorschrift bei sich.

### B. Begründetheit der Verfassungsbeschwerde

#### 1. Zur Verletzung grundrechtsgleicher Rechte des Beschwerdeführers durch die angefochtenen Entscheidungen

[8, 9] Soweit sich der Beschwerdeführer gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Dresden und das Urteil des Landgerichts Dresden wendet, ist die Annahme der Verfassungsbeschwerde zur Durchsetzung der in § 90 Abs. 1 BVerfGG genannten Rechte angezeigt (§ 93b i.V.m. § 93a Abs. 2 Buchst. b BVerfGG). Die Voraussetzungen des § 93c Abs. 1 Satz 1 BVerfGG für eine der Verfassungsbeschwerde stattgebende Entscheidung der Kammer sind gegeben. Die Reichweite des strafrechtlichen Analogieverbots, auch für Strafzumessungsvorschriften, ist bereits Gegenstand bundesverfassungsgerichtlicher Senatsentscheidungen gewesen (vgl. nur BVerfGE 45, 363 <371 ff.>; 92, 1 <11 ff.> m.w.N.). Danach ist die zulässige Verfassungsbeschwerde in einem die Entscheidungskompetenz der Kammer eröffnenden Sinne offensichtlich

begründet.

[10] Der Beschluss des Oberlandesgerichts Dresden vom 14. September 2007 und das Urteil des Landgerichts Dresden vom 19. April 2007 verletzen das grundrechtsgleiche Recht des Beschwerdeführers aus Art. 103 Abs. 2 GG. Die Entscheidungen verkennen die der Auslegung strafrechtlicher Normen von der Verfassung gezogenen Grenzen, indem sie den vom Beschwerdeführer gesteuerten Pkw unter den Begriff der „Waffe“ nach § 113 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 StGB subsumieren.

### *1. Inhalt und Umfang von Art. 103 II GG*

#### *a. Art. 103 II GG als Bestimmtheitsgebot*

[11] Nach dem Beschluss des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 10. Januar 1995 (vgl. BVerfGE 92, 1 <11 ff.>) enthält Art. 103 Abs. 2 GG nicht nur ein Rückwirkungsverbot für Strafvorschriften. Die Vorschrift verpflichtet den Gesetzgeber vielmehr auch, die Voraussetzungen der Strafbarkeit so konkret zu umschreiben, dass Anwendungsbereich und Tragweite der Straftatbestände sich aus dem Wortlaut ergeben oder jedenfalls durch Auslegung ermitteln lassen. Diese Verpflichtung dient einem doppelten Zweck. Sie soll einerseits sicherstellen, dass die Normadressaten vorhersehen können, welches Verhalten verboten und mit Strafe bedroht ist. Sie soll andererseits gewährleisten, dass die Entscheidung über strafwürdiges Verhalten im Voraus vom Gesetzgeber und nicht erst nachträglich von der vollziehenden oder der rechtsprechenden Gewalt gefällt wird. Insoweit enthält Art. 103 Abs. 2 GG einen strengen Gesetzesvorbehalt, der die Strafgerichte auf die Rechtsanwendung beschränkt.

[12] Das schließt allerdings nicht eine Verwendung von Begriffen aus, die in besonderem Maß der Deutung durch den Richter bedürfen. Auch im Strafrecht steht der Gesetzgeber vor der Notwendigkeit, der Vielgestaltigkeit des Lebens Rechnung zu tragen. Ferner ist es wegen der Allgemeinheit und Abstraktheit von Strafnormen unvermeidlich, dass in Einzelfällen zweifelhaft sein kann, ob ein Verhalten noch unter den gesetzlichen Tatbestand fällt oder nicht. Jedenfalls im Regelfall muss der Normadressat aber anhand der gesetzlichen Vorschrift voraussehen können, ob ein Verhalten strafbar ist. In Grenzfällen ist auf diese Weise wenigstens das Risiko einer Bestrafung erkennbar. Für die Rechtsprechung folgt aus dem Erfordernis gesetzlicher Bestimmtheit ein Verbot analoger oder gewohnheitsrechtlicher Strafbegründung. Dabei ist „Analogie“ nicht im engeren technischen Sinn zu verstehen; ausgeschlossen ist vielmehr jede Rechtsanwendung, die über den Inhalt einer gesetzlichen Sanktionsnorm hinausgeht. Da Gegenstand der Auslegung gesetzlicher Bestimmungen immer nur der Gesetzestext sein kann, erweist dieser sich als maßgebendes Kriterium:

Der mögliche Wortsinn des Gesetzes markiert die äußerste Grenze zulässiger richterlicher Interpretation. Da Art. 103 Abs. 2 GG die Vorhersehbarkeit der Strafandrohung für den Normadressaten garantieren will, ist die Grenze aus dessen Sicht zu bestimmen.

[13] Der Gesetzgeber hat also zu entscheiden, ob und in welchem Umfang er ein bestimmtes Rechtsgut, dessen Schutz ihm wesentlich (und notwendig) erscheint, gerade mit den Mitteln des Strafrechts verteidigen will. Den Gerichten ist es verwehrt, seine Entscheidung zu korrigieren. Würde erst eine über den erkennbaren Wortsinn der Vorschrift hinausgehende Deutung zur Strafbarkeit eines Verhaltens führen, so müssen sie zum Freispruch gelangen. Dies gilt auch dann, wenn infolge des Bestimmtheitsgebots besonders gelagerte Einzelfälle aus dem Anwendungsbereich eines Strafgesetzes herausfallen, obwohl sie ähnlich strafwürdig erscheinen mögen wie das pönalisierte Verhalten. Es ist dann Sache des Gesetzgebers zu entscheiden, ob er die Strafbarkeitslücke bestehen lassen oder durch eine neue Regelung schließen will.

#### *b. Anwendbarkeit des Bestimmtheitsgebots auf Strafzumessungsregeln*

[14] Diese Ausführungen gelten sinngemäß für die Auslegung von Vorschriften, die nicht die Strafbarkeit eines Verhaltens an sich regeln, sondern unter bestimmten Voraussetzungen zu einer Verschärfung der Strafdrohung gegenüber dem Grundtatbestand führen. Art. 103 Abs. 2 GG umfasst nicht nur den Straftatbestand an sich, sondern auch die Strafandrohung (vgl. BVerfGE 45, 363 <371>; 86, 288 <311>) und somit auch strafscharfende Vorschriften (vgl. Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 103 Abs. 2 Rn. 231). Strafzumessungsregeln, die einen erhöhten Strafrahmen - beispielsweise - an das Vorliegen eines „besonders schweren Falles“ knüpfen, sind daher am Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG zu messen. Die Anknüpfung an den „besonders schweren Fall“ als solche begegnet dabei keinen grundsätzlichen Bedenken. Was unter einem „besonders schweren Fall“ zu verstehen ist, lässt sich anhand der von der Rechtsprechung hierzu entwickelten Kriterien und der Bestimmung des § 46 StGB, die bei der Ausfüllung dieses Begriffes herangezogen werden kann, unschwer ermitteln. Danach liegt ein besonders schwerer Fall nur vor, wenn das gesamte Tatbild einschließlich der Täterpersönlichkeit vom Durchschnitt der erfahrungsgemäß gewöhnlich vorkommenden Fälle so sehr abweicht, dass die Anwendung des Ausnahmestrafrahmens geboten erscheint (vgl. BGH, Beschluss vom 22. Januar 1992 - 3 StR 440/91 -, NStZ 1992, S. 229 m.w.N.). Zur Bestimmtheit der Norm trägt es ferner bei, wenn der Gesetzgeber Beispiele nennt, die zusätzliche Hinweise dafür geben, unter welchen Voraussetzungen ein besonders schwerer Fall in der Regel vorliegt. Bei dieser Rechtslage ist das materiale Kriterium

der "besonderen Schwere" des Falles hinreichend deutlich gemacht, um eine sichere Rechtsanwendung zu garantieren (vgl. BVerfGE 45, 363 <370 ff.>).

## 2. Zur Auslegung des Begriffs "Waffe" i.S.v. § 113 II 2 Nr. 1 StGB

[15] Ein Personenkraftwagen ist vom möglichen Wort-sinn des Begriffs der "Waffe" in § 113 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 StGB nicht mehr umfasst.

### a. Wortlaut

[16] Die etymologische Herkunft des Begriffs "Waffe" ist unklar (vgl. Kluge, Etymologisches Wörterbuch der deutschen Sprache, 23. Aufl. 1995, S. 870). Lexikali-sche Definitionen verstehen unter "Waffe" oder "Waffen" etwa "Mittel (Geräte, Vorrichtungen, auch Werkzeuge) zur Bekämpfung von Zielen", die "außer im militärischen Bereich (Kriegs-Waffen), im Polizeidiens-t u. Ä. auch zur Jagd (Jagd-waffen) und im Sport (Fechten, Schießsport) verwendet werden" (Brockhaus Enzyklopädie, 21. Aufl. 2006, S. 307); "Gerät, Instru-ment, Vorrichtung als Mittel zum Angriff auf einen Gegner oder zur Verteidigung (z. B. Hieb- oder Stich-waffe, Feuerwaffe)" (Duden "Das große Wörterbuch der deutschen Sprache", Bd. 10, 3. Aufl. 1999, S. 4401); "Gerät, Instrument, Vorrichtung als Mittel zum Angriff auf einen Gegner, zum Erlegen von Tieren, zur Zerstörung von Bauwerken, technischen Anlagen usw. oder zur Verteidigung" (Duden Deutsches Uni-versalwörterbuch, 5. Aufl. 2003, S. 1766); "zum An-griff oder zur Verteidigung verwendetes Kampfmittel" (Wörterbuch der deutschen Gegenwartssprache der Akademie der Wissenschaften der DDR, 3. Aufl. 1982, S. 4232); "Mittel, die zum Angriff auf einen Gegner bzw. zur Selbstverteidigung oder auch zu weidmännischen oder sportlichen Zwecken dienen" (Meyers Enzyklopädisches Lexikon, Band 24, 1979, S. 751); oder schließlich "Mittel und Vorrichtungen, derer man sich im Kampf bedient, um die Truppen des Gegners zu vernichten bzw. zu schädigen und sein mi-litärisches und ökonomisches Potential zu zerstören" (Meyers Neues Lexikon, 1976, S. 638). Nach dem von Jacob und Wilhelm Grimm begonnenen Deutschen Wörterbuch bezeichnet der Ausdruck "Waffe" - abge-sehen von Resten einer älteren Gebrauchsweise, nach der "Waffe" schlicht "Gerät" bedeutete - die "Aus-rüstung des streitbaren Mannes, zum Zwecke des An-griffs oder der Verteidigung". Gelegentlich könne der Ausdruck "Waffe" auch für Werkzeuge gebraucht werden, "die nicht zur Ausrüstung des Kriegers gehör-ten, aber doch im Kampfe Dienste leisteten, wie einer Keule, Stange, einem Stock und dergleichen" (Band 27, 1922 <Nachdruck 1984>, Sp. 254, 256).

[17] Der allgemeine Sprachgebrauch bezeichnet da-nach Gegenstände als Waffen, wenn ihre primäre Zweckbestimmung darin liegt, im Wege des Angriffs oder der Verteidigung zur Bekämpfung anderer einge-

setzt zu werden, oder wenn eine solche Verwendung zumindest typisch ist - etwa bei Hieb-waffen wie Keu-len oder bei Messern. Die bloße Möglichkeit, einen Gegenstand auch in zweckentfremdender Benutzung zur Bekämpfung von Zielen zu verwenden, genügt zur Begründung der Waffeneigenschaft danach jedenfalls nicht. Eine derart weite Definition - wie sie das Säch-sische Staatsministerium der Justiz vertritt - würde den Begriff der Waffe auch ufer- und konturenlos machen; praktisch jeder Gegenstand lässt sich nämlich in ent-sprechenden Umständen auch gegen Menschen, Tiere oder Gegenstände einsetzen.

### b. Systematik und Geschichte

[18] Es gibt keine greifbaren Anhaltspunkte, dass der Gesetzgeber den Ausdruck der "Waffe" in § 113 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 StGB in einem weiteren, über den um-gangssprachlichen Gebrauch hinausgehenden Sinn verwenden wollte.

#### aa. Keine Begriffsbestimmung im StGB; Auslegung des Begriffs "Waffe" durch den BGH

[19] Was als "Waffe" im Sinne strafrechtlicher Be-stimmungen zu gelten hat, ist im Strafgesetzbuch nicht geregelt. Nach der Rechtsprechung des Bundes-gerichtshofs ist der Inhalt dieses Rechtsbegriffs zu be-stimmen im Einklang mit dem allgemeinen Sprach-gebrauch - auch unter Berücksichtigung seiner Wan-delbarkeit - je nach dem Fortschritt der Waffentechnik in Anlehnung an die in den Waffengesetzen enthal-tenen Grundvorstellungen über eine Schusswaffe, wenn auch nicht in unmittelbarer Abhängigkeit davon. Die Begriffsbestimmungen des Waffengesetzes, das den Umgang mit Waffen oder Munition unter Berücksich-tigung der Belange der öffentlichen Sicherheit und Ordnung regelt, bieten dabei aber eine "gewisse Orien-tierung" (vgl. BGH, Beschluss des Großen Senats für Strafsachen vom 4. Februar 2003 - GSSt 2/02 -, BGHSt 48, 197 <203> m.w.N.).

#### bb. Waffenbegriff des Waffengesetzes

[20] Das Waffengesetz versteht - dem natürlichen Sprachgebrauch entsprechend - gemäß § 1 Abs. 2 un-ter Waffen zunächst neben Schusswaffen

[21] "...tragbare Gegenstände, die ihrem Wesen nach dazu bestimmt sind, die Angriffs- oder Abwehrfähig-keit von Menschen zu beseitigen oder herab-zusetzen..."

[22] Hier ist also die Zweckbestimmung maßgeblich. Gegenstände, die,

[23] "...ohne dazu bestimmt zu sein, insbesondere we-gen ihrer Beschaffenheit, Handhabung oder Wirkungs-weise geeignet sind, die Angriffs- oder Abwehrfähig-keit von Menschen zu beseitigen oder herab-zusetzen..."

[24] sieht das Waffengesetz nur als Waffen an, soweit sie im Waffengesetz genannt werden.

*cc. Waffenbegriff in anderen Tatbeständen des StGB*

[25] Der vom Bundesgerichtshof im Kontext des § 224 Abs. 1 Nr. 2, des § 244 Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe a oder des § 250 Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe a, Abs. 2 Nr. 1 StGB verwendete "strafrechtliche Waffenbegriff" umfasst körperliche Gegenstände, die nach ihrer objektiven Beschaffenheit und ihrem Zustand zur Zeit der Tat bei bestimmungsgemäßer Verwendung geeignet sind, erhebliche Verletzungen zuzufügen (BGHSt 48, 197 <200>; vgl. auch Fischer, StGB, 55. Aufl. 2008, § 224 Rn. 9d ["Gegenstände, die ihrer Art nach dazu bestimmt sind, erhebliche Verletzungen von Menschen zu verursachen"]; § 244 Rn. 3a; § 250 Rn. 4 StGB, jeweils m.w.N.; Hervorhebungen hinzugefügt). Gegenstände, die nicht bei bestimmungsgemäßem Gebrauch, wohl aber nach ihrer objektiven Beschaffenheit und der Art ihrer Benutzung im Einzelfall geeignet sind, erhebliche Verletzungen zuzufügen, werden in Rechtsprechung und Schrifttum dagegen dem in den genannten Vorschriften ebenfalls enthaltenen Begriff des "gefährlichen Werkzeugs" zugeordnet (vgl. Fischer, a.a.O., § 224 Rn. 9; § 250 Rn. 6; § 244 Rn. 7 ff. mit näheren Ausführungen zur Problematik der Anknüpfung an ein "gefährliches Werkzeug", wenn das Werkzeug lediglich mitgeführt und nicht verwendet worden ist). Besonders deutlich wird diese Terminologie im Falle der Einordnung von Messern: Diese gelten nur als Waffen, wenn und soweit sie nach ihrer Bauart zum Einsatz als Verletzungsmittel bestimmt sind; Küchenmesser, Taschenmesser und dergleichen sind dagegen gefährliche Werkzeuge (Fischer, a.a.O., § 224 Rn. 9d).

*dd. Entstehungsgeschichte des § 113 II StGB*

[26] Dementsprechend hat der mit der Vorschrift des § 113 Abs. 2 StGB befasste Sonderausschuss für die Strafrechtsreform seinerzeit ausführlich und kontrovers darüber diskutiert, ob in Nr. 1 des § 113 Abs. 2 StGB das Mitführen nicht nur von Waffen, sondern auch von gefährlichen Werkzeugen beziehungsweise "anderen gefährlichen Gegenständen" als Regelbeispiel für einen besonders schweren Fall des Widerstands gegen Vollstreckungsbeamte aufgenommen werden sollte (vgl. Sonderausschuss für die Strafrechtsreform, 6. Wahlperiode, 9. Sitzung, S. 321 ff.). Der Ausschuss hat sich dagegen entschieden (a.a.O., S. 326). Im Rahmen der Diskussion wurde zwar von Ausschussmitgliedern die Auffassung vertreten, der Waffenbegriff in der betreffenden Vorschrift sei "nicht im technischen, sondern im allgemeinen Sinne zu verstehen" (Ministerialdirigent Dr. Sturm, a.a.O., S. 325), und vom "heutigen Standpunkt aus müsse mit dem Begriff der Waffe zum Beispiel auch eine zum Zwecke der Gewaltanwendung geschleuderte Säureflasche erfasst werden" (Abg. Dr. Bardens, a.a.O.). Es gibt jedoch keine Anhaltspunkte, dass die Ausschussmehr-

heit sich diesen - in ihren Konsequenzen auch nicht klaren - Auffassungen angeschlossen hätte (so auch von Bubnoff, in: Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 4. Band, 11. Aufl., § 113 Rn. 53 <Stand 1. Oktober 1993>; Paeffgen, in: Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, § 113 Rn. 84 <Stand: 30. November 1999>). Der schriftliche Bericht des Sonderausschusses erwähnt die Diskussion um die "gefährlichen Gegenstände" und präsentiert den später Gesetz gewordenen Vorschlag, der (nur) "Waffen" erwähnt, ohne klarzustellen, inwieweit Bedeutungsunterschiede gesehen werden (BTDrucks VI/502, S. 5).

*c. Kraftfahrzeug keine Waffe i.S.v. § 113 II 2 Nr. 1 StGB*

[27] Ein Kraftfahrzeug kann unter Anlegung dieser Maßstäbe nicht als Waffe angesehen werden, da es weder von der Zweckbestimmung noch von einem typischen Gebrauch her zur Bekämpfung anderer oder zur Zerstörung von Sachen eingesetzt wird. Die Ansicht in Rechtsprechung und Lehre, nach welcher der Begriff der Waffe in § 113 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 StGB in einem "nichttechnischen", gefährliche Werkzeuge und insbesondere bei entsprechender Verwendung auch Kraftfahrzeuge umfassenden Sinne zu verstehen sein soll (vgl. BGH, VRS 44, 422; BGHSt 26, 176 <179>; OLG Düsseldorf, NJW 1982, S. 1111; von Bubnoff, a.a.O.; Fischer, a.a.O., § 113 Rn. 38; Kühl, StGB, 26. Aufl. 2007, § 113 Rn. 24; dagegen jedoch Paeffgen, a.a.O., § 113 Rn. 84), lässt sich mit dem im Wortlaut der Vorschrift zum Ausdruck gekommenen gesetzgeberischen Willen nicht in Einklang bringen. Insbesondere das Argument, dass die Gefährlichkeit der Tatausführung beim Einsatz von Waffen im "nichttechnischen Sinn" und speziell von Kraftfahrzeugen derjenigen beim Einsatz von Waffen im engeren Sinne gleichstehe (vgl. etwa von Bubnoff, a.a.O.), geht fehl. Es ist gerade der Sinn des Analogieverbots, über die Verfassungsgrundsätze der Demokratie, der Gewaltenteilung und der richterlichen Gesetzesbindung hinaus (vgl. dazu Rüthers, Rechtstheorie, 3. Aufl. 2007, Rn. 812) einer teleologischen Argumentation zur Füllung empfundener Strafbarkeitslücken entgegenzuwirken. Im Falle des § 113 Abs. 2 StGB kann teleologischen Überlegungen überdies dadurch Rechnung getragen werden, dass das Beisichführen gefährlicher Werkzeuge in Verwendungsabsicht als unbenannter "besonders schwerer Fall" im Sinne des Gesetzes gewertet wird, soweit - was vorliegend möglich erscheint - die weiteren Voraussetzungen hierfür vorliegen.

*3. Zur Verletzung des Beschwerdeführers**a. Aufhebung des Beschlusses des OLG Dresden*

[28] Der Beschluss des Oberlandesgerichts Dresden vom 14. September 2007 beruht folglich auf einer mit

Art. 103 Abs. 2 GG nicht zu vereinbarenden Auslegung von § 113 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 StGB und ist aufzuheben (§ 93c Abs. 2 i.V.m. § 95 Abs. 2 BVerfGG). Auf die weitere Frage, ob das Oberlandesgericht das Fahren eines Kraftfahrzeugs als "Beisichführen" im Sinne des Gesetzes ansehen durfte, kommt es danach nicht mehr an.

*b. Keine Aufhebung des Urteils des LG Dresden*

[29] Eine Aufhebung des Urteils des Landgerichts Dresden vom 19. April 2007, das § 113 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 StGB ebenfalls über den Wortlaut hinaus ausgelegt hat, ist nicht angezeigt. Insofern ist lediglich nach § 95 Abs. 1 BVerfGG die Verletzung des Art. 103 Abs. 2 GG festzustellen (vgl. Stark, in: Umbach/Clemens/Dollinger, BVerfGG - Mitarbeiterkommentar, 2. Aufl. 2005, § 95 Rn. 46). Die Sache ist an das Oberlandesgericht Dresden als Revisionsgericht zurückzuverweisen. Es steht nämlich nicht fest, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang das Oberlandesge-

richt Dresden das landgerichtliche Urteil in der nun anstehenden erneuten Revisionsentscheidung aufheben wird (zu den Auswirkungen der Entscheidungsmöglichkeiten des Revisionsgerichts nach der Strafprozessordnung auf den Entscheidungsausspruch des Bundesverfassungsgerichts vgl. BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 9. Juli 1995 - 2 BvR 1180/94 -, NJW 1995, S. 2706 f.). Von der fehlerhaften Auslegung des § 113 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 StGB dürfte das landgerichtliche Urteil im Schuldspruch nicht berührt sein (zur Tenorierung vgl. BGH, Urteil vom 8. Februar 1984 - 3 StR 414/83 -, NStZ 1984, S. 262 <263>). Bezüglich des Rechtsfolgenausspruchs ist es in erster Linie Sache des Revisionsgerichts als Fachgericht, zu prüfen, ob das landgerichtliche Urteil auf dem Fehler beruht (§ 337 StPO) und ob, falls dies der Fall ist, eine Entscheidung nach § 354 Abs. 1a StPO (vgl. dazu BVerfGE 118, 212 <226 ff.>) in Betracht kommt. [...]

**Standort: § 211 StGB**

**Problem: Niedrige Beweggründe**

BGH, URTEIL VOM 19.06.2008  
4 STR 105/08 (NSTZ-RR 2008, 308)

**Problemdarstellung:**

Die Angeklagte war von einem der beiden (verheirateten) Männer, mit denen sie Verhältnisse hatte, schwanger geworden, wusste aber nicht von welchem. Sie verheimlichte ihre Schwangerschaft und brachte das Kind in ihrem eigenen Badezimmer zur Welt. Nach der Geburt überlegte sie mehrere Stunden, ob sie das Kind behalten oder umbringen sollte. Aus Angst, Ratlosigkeit und Verzweiflung tötete sie das Kind schließlich dann doch.

Das Landgericht Dessau verurteilte die Angeklagte wegen Totschlags, § 212 I StGB. Die Revision der Staatsanwaltschaft, die eine Verurteilung wegen Mordes, § 211 StGB, anstrebte, wies der BGH zurück. Auf die Revision der Angeklagten hin hob er die Verurteilung jedoch auf, da die Strafzumessung rechtsfehlerhaft sei.

**Prüfungsrelevanz:**

Tötungsdelikte sind häufig Gegenstand von Examensaufgaben in beiden Examen. Die vorliegende Entscheidung beinhaltet zwar wenig Neues, es ist aber dennoch zu erwarten, dass sie vor allem in mündlichen Prüfungen angesprochen werden wird, weil der BGH in diesem Urteil insbesondere Vergleiche zur früheren Gesetzeslage (nämlich dem mittlerweile aufgehobenen § 217 StGB) zieht und solche Überlegungen in mündlichen Prüfungen immer wieder verlangt werden.

Das klassische Problem des Verhältnisses von Mord

und Totschlag und die entsprechende Auswirkung auf die Anwendbarkeit von § 28 StGB auf Teilnehmer spielt im vorliegenden Fall zwar eigentlich keine Rolle. Interessant ist allerdings, dass der 4. Senat im vorliegenden Urteil von einer "Mordqualifikation" spricht, obwohl nach ständiger Rechtsprechung - entgegen der ganz herrschenden Literatur - § 211 StGB gerade keine Qualifikation des § 212 StGB darstellt, sondern ein selbstständiges Delikt (vgl. hierzu die Darstellung bei Fischer, § 211 Rn 87 ff.). Der 5. Strafsenat des BGH hatte vor zwei Jahren schon einmal angeregt, dass die Rechtsprechung sich doch insofern der Literatur anschließen sollte (NJW 2006, 1008, 1012 f. = RA 2006, 233). Ob der 4. Strafsenat des BGH durch seine Formulierung in der vorliegenden Entscheidung diesen Gedanken fortführen will oder in seiner Wortwahl einfach etwas unglücklich war, ist nur schwer zu sagen.

Inhaltlich geht es im vorliegenden Urteil insbesondere um die Voraussetzungen für das Mordmerkmal der niedrigen Beweggründe. Bei der Prüfung des Vorliegens von Mordmerkmalen ist stets zu berücksichtigen, dass § 211 StGB als einziges Delikt des deutschen Strafrechts keinen Strafrahmen besitzt, sondern eine zwingende Rechtsfolge, nämlich lebenslange Freiheitsstrafe. Sind also die Voraussetzungen für einen Mord zu bejahen, so muss nach dem Gesetzeswortlaut auf diese Rechtsfolge erkannt werden. Umstände, die für den Täter sprechen, können also nicht bei der Strafzumessung, sondern nur auf Tatbestandsebene berücksichtigt werden. Deshalb sind alle Mordmerkmale stets restriktiv auszulegen (BVerfGE 45, 187; Fischer, § 211 Rn 2). Dies bereitet allerdings gerade beim Mordmerkmal der "sonstigen niedrigen Beweg-

gründe" Schwierigkeiten, da dieses sprachlich sehr weit gefasst und von Gesetzgeber auch bewusst als Auffangtatbestand konzipiert ist. Nach ganz herrschender Meinung ist ein Beweggrund des Täters allerdings dann "niedrig" i.S.v. § 211 II StGB, wenn er sittlich auf tiefster Stufe steht und besonders verachtenswert ist (BGH, NStZ 2002, 369; 2006, 97; Schönke/Schröder-Eser, § 211 Rn 18; Wessels/Hettinger, BT I, Rn 95). Ob dies der Fall ist, ist aufgrund einer Gesamtwürdigung aller für die Handlungsantriebe des Täters maßgeblichen Faktoren einschließlich der Tatumstände, der Lebensverhältnisse des Täters und seiner Persönlichkeit zu beurteilen (BGH, NStZ-RR 2003, 78; 2006, 140; Schönke/Schröder-Eser, § 211 Rn 18). Diese Rechtsprechung setzt der BGH in der vorliegenden Entscheidung fort und kommt zu dem Ergebnis, dass die Ablehnung niedriger Beweggründe durch das Landgericht - insbesondere angesichts der psychischen Zwangslage und körperlichen Erschöpfung der Angeklagten - nicht zu beanstanden sei.

Der BGH hob das Urteil des Landgerichts allerdings auf, weil dieses das Vorliegen eines minder schweren Falls des Totschlags, § 213 StGB, abgelehnt und gem. § 212 I StGB eine Freiheitsstrafe von elf Jahren und sechs Monaten verhängt hatte, die nach Auffassung des BGH unvertretbar zu hoch war. Hintergrund dieser Wertung des BGH ist sicherlich auch der von ihm - wenn auch in einem andere Zusammenhang - erwähnte Tatbestand der Kindstötung, § 217 StGB a.F. Nach diesem 1998 im Rahmen der Gleichstellung von ehelichen und nichtehelichen Kindern aufgehobenen Privilegierungstatbestand wurde gegen eine Mutter, die ihr nichteheliches Kind in oder gleich nach der Geburt tötete, eine Freiheitsstrafe von nicht unter drei Jahren verhängt (§ 212 I StGB: nicht unter fünf Jahren). Zwar gibt es diesen Privilegierungstatbestand nicht mehr - und er wäre im vorliegenden Fall auch gar nicht einschlägig, da die Angeklagte ihr nichteheliches Kind nicht in oder gleich nach Geburt getötet hatte. Allerdings ist die psychische und soziale Zwangslage der Mutter eines nichtehelichen Kindes auch heute noch gegeben. Deshalb ist in den Fällen, die früher von § 217 StGB a.F. erfasst wurden (oder diesen zumindest nahe lagen), heute regelmäßig - wenn auch nicht zwingend - ein minder schwerer Fall des Totschlags gem. § 213 StGB anzunehmen (BGH, NStZ-RR 2004, 80; LG Erfurt, NStZ 2002, 260; Schönke/Schröder-Eser, § 213 Rn 15). Deshalb erschien dem BGH wohl die vom Landgericht verhängt Strafe, die im obersten Drittel des Strafrahmens des § 212 I StGB liegt, als unangemessen hoch. Allerdings führt diese psychische Zwangslage - auch dies stellt der BGH in der vorliegenden Entscheidung klar - nicht etwa zu einer verminderten oder fehlenden Schuldfähigkeit gem. §§ 20, 21 StGB.

Interessant in diesem Zusammenhang ist, dass der

BGH durch sein Revisionsurteil das landgerichtliche Urteil allein wegen einer fehlerhaften Strafzumessung aufhebt. Die Strafzumessung des Tatrichters ist nämlich vom Revisionsgericht zu respektieren und unterliegt deshalb grundsätzlich keiner revisionsrechtlichen Überprüfung (BGHSt 17, 35, 36; BGH, wistra 1982, 225; StV 1983, 502). das Revisionsgericht überprüft grundsätzlich nur, ob die Strafzumessungserwägungen in sich rechtsfehlerhaft sind oder der Tatrichter seine gem. § 46 StGB bestehende Abwägungspflicht verletzt hat (BGHSt 17, 35, 36; 27, 2; Meyer-Goßner, § 337 Rn 34). Dies hatte der BGH dem Landgericht Dessau aber nicht vorgeworfen. Allerdings kann das Revisionsgericht nach mittlerweile gefestigter Rechtsprechung auch prüfen, ob dem Tatrichter ein grober Fehlgrieff im Rahmen der Strafzumessung unterlaufen ist, die Strafe also unvertretbar hoch oder niedrig ist (BGHSt 17, 35, 37; BGH, NJW 1990, 846). Wegen der nach Auffassung des BGH im vorliegenden Fall unvertretbar hohen Strafe hatte er das Urteil dann auch aufgehoben.

#### *Vertiefungshinweise:*

☐ Zum Verhältnis der Tötungsdelikte: *BGH*, NJW 2005, 996; 2006, 1008 = RA 2006, 233; NStZ 2006, 34; 2006, 288; NStZ-RR 2002, 139; *Jäger*, JR 2005, 477; *Küper*, JZ 2006, 608; *Puppe*, JZ 2005, 903

☐ Zu den Voraussetzungen für niedrige Beweggründe: *BGH*, NStZ-RR 200, 168; 2002, 369; NStZ-RR 2003, 78; 2006, 140; *Kargl*, StraFo 2001, 386; *Neumann*, JR 2002, 471

☐ Zur Überprüfung der Strafzumessung im Revisionsverfahren: *BGHSt* 17, 35; *BGH*, NJW 1990, 846; NStZ 1982, 114; 1984, 360; 1985, 415; StV 1983, 502; wistra 1982, 225; JR 1981, 334; *OLG Karlsruhe*, NJW 1980, 133; *Foth*, NStZ 1992, 444

#### *Kursprogramm:*

☐ *Examenskurs*: "Niedrige Beweggründe"

#### *Leitsätze (der Redaktion):*

**1. Die Beurteilung der Frage, ob Beweggründe zur Tat "niedrig" sind und - in deutlich weiter reichendem Maße als ein Totschlag - verachtenswert erscheinen, hat aufgrund einer Gesamtwürdigung aller äußeren und inneren für die Handlungsantriebe des Täters maßgeblichen Faktoren, insbesondere der Umstände der Tat, der Lebensverhältnisse des Täters, und seiner Persönlichkeit zu erfolgen.**

**2. Bei Kindstötungen wird selbst unter den engeren Voraussetzungen des früheren § 217 StGB eine erhebliche Verminderung oder gar Aufhebung der Schuldfähigkeit kaum in Betracht kommen, wenn bei der Täterin außer der Belastung durch die Geburt keine unabhängig hiervon bestehenden recht-**

**lich relevanten körperlichen und geistig-seelischen Beeinträchtigungen vorliegen. Dies gilt erst recht, wenn die Tat - anders als im früheren § 217 StGB vorausgesetzt - nicht "in oder gleich nach der Geburt" erfolgt.**

**Sachverhalt:**

Die zur Tatzeit 27-jährige Angeklagte war von 2001 bis 2005 mit W fest liiert. Aus dieser Beziehung stammt eine Tochter. Zwei weitere Schwangerschaften während ihrer Beziehung zu W brach sie ab. Seit dem Sommer 2005 unterhielt sie eine Beziehung zu dem verheirateten H. Als sie erstmals vom ihm schwanger wurde, ließ sie auch diese Schwangerschaft abbrechen. Die Beziehung zu H endete im Juli 2006. Im Dezember 2006 stellte die Angeklagte fest, dass sie von H erneut schwanger geworden war. Inzwischen hatte sie aber bereits die Verbindung zu W wieder aufgenommen, der zwar zwischenzeitlich geheiratet hatte, aber von seiner Ehefrau getrennt lebte und bei dem es sich um den Mann handelte, den sie "immer wollte".

Die Angeklagte verbarg ihre erneute Schwangerschaft erfolgreich vor anderen und traf auch keinerlei Vorbereitungen für die bevorstehende Geburt. Auch ihrer Mutter, die ihre wichtigste Bezugsperson ist, erzählte sie nichts, weil sie Vorwürfe bezüglich ihrer Lebensführung fürchtete. Ebenso setzte sie auch H von ihrer Schwangerschaft nicht in Kenntnis, da ihr aufgrund seines früheren Verhaltens klar war, dass er das Kind nicht würde haben wollen.

Am Tattag, dem 28. Februar 2007, spürte die Angeklagte morgens Bauchschmerzen, dachte aber noch nicht an eine bevorstehende Geburt, mit der sie erst im April rechnete. Im Laufe des Vormittags fühlte sie jedoch, dass es sich bei den Bauchschmerzen um Geburtswehen handelte. Wenig später brachte sie im Bad problemfrei ein gesundes Mädchen zur Welt. Sie durchtrennte die Nabelschnur und säuberte das Kind. Dann reinigte sie das Bad. Während sie damit beschäftigt war und anschließend überlegte sie über einen Zeitraum von drei bis vier Stunden nach der Geburt unentschieden hin und her, ob sie das Kind umbringen oder behalten solle. Das Aufsuchen eines Krankenhauses oder die Abgabe des Kindes in eine so genannte Babyklappe zog sie nicht in Betracht, weil sie glaubte, dass hierbei sie als Mutter des Kindes und H als dessen Erzeuger bekannt würden. Das wollte sie aber wegen der befürchteten Vorwürfe ihrer Mutter, der Ablehnung von H sowie ihres eigenen Interesses an der wieder aufgenommenen Beziehung zu W vermeiden. Sie verspürte Angst, Ratlosigkeit und Verzweiflung und war von der Geburt auch körperlich erschöpft. Als nunmehr das Kind zu schreien begann, nahm sie es auf den Arm und entschied sich dann, es zu töten. Sie drückte es mit Mund und Nase so gegen ihren Oberkörper, dass das Kind nicht mehr atmen konnte, legte es sodann auf dem Boden ab und über-

zeugte sich davon, dass es kein Lebenszeichen mehr von sich gab. Anschließend steckte sie die Kindesleiche in einen Plastiksack, den sie zunächst in einem Schrank im Bad versteckte. In der folgenden Nacht brachte sie den Sack mit der Kinderleiche zu einem nahe gelegenen See.

**Aus den Gründen:**

*I. Entscheidung des Landgerichts; Rechtsmittel*

[1 - 5] Das Landgericht hat die Angeklagte wegen Totschlags zu einer Freiheitsstrafe von elf Jahren und sechs Monaten verurteilt. Hiergegen wenden sich die Angeklagte und - zu ihren Ungunsten - die Staatsanwaltschaft mit ihren jeweils auf die Rüge der Verletzung sachlichen Rechts gestützten Revisionen; die Angeklagte erhebt darüber hinaus die nicht ausgeführte Verfahrensrüge. Während die Angeklagte mit ihrem Rechtsmittel insbesondere die Nichtannahme erheblich verminderter Steuerungsfähigkeit beanstandet und eine niedrigere Strafe erstrebt, möchte die Staatsanwaltschaft mit ihrer Revision eine Verurteilung der Angeklagten wegen Mordes erreichen. Das Rechtsmittel der Angeklagten hat zum Strafausspruch Erfolg; dagegen bleibt der - vom Generalbundesanwalt vertretenen - Revision der Staatsanwaltschaft der Erfolg versagt. [...]

*II. Rechtliche Würdigung des Landgerichts*

[6] Das Landgericht hat die geständige Angeklagte des Totschlags (§ 212 Abs. 1 StGB) für schuldig befunden. Mit dem gehörten psychiatrischen Sachverständigen Prof. Dr. M hat es eine Aufhebung (§ 20 StGB) oder auch nur erhebliche Verminderung der Steuerungsfähigkeit im Sinne des § 21 StGB verneint. Zwar weise die Angeklagte eine selbstunsichere Persönlichkeit mit schizoiden und emotional instabilen Elementen auf. Gerade der mehrstündige Prozess des Hin- und Herüberlegens zeige aber, dass sie den Tatanreizen in ganz beträchtlichem Maße Widerstand entgegenzusetzen vermocht habe. Eine Verurteilung der Angeklagten wegen Mordes hat das Schwurgericht abgelehnt, weil das allein in Betracht zu ziehende mordqualifizierende Merkmal der Tötung aus niedrigen Beweggründen nicht vorliege. Gegen eine solche Wertung sprächen die Angst der Angeklagten vor Vorwürfen ihrer Mutter, die sie dabei bewegenden Gefühle der Angst, Ratlosigkeit und Verzweiflung und auch ihre mögliche Sorge um den Bestand der Ehe des Erzeugers. Zudem spreche das mehrstündige Hin- und Herüberlegen vor der endgültigen Entscheidung zur Tötung gegen eine besondere Geringschätzung des fremden Lebens.

*III. Revision der Staatsanwaltschaft*

[7, 8] Die Staatsanwaltschaft dringt mit ihrer Beanstandung, die Schwurgerichtskammer habe zu Unrecht das mordqualifizierende Merkmal der Tötung aus



niedrigen Beweggründen verneint, nicht durch.

[9] Die Beurteilung der Frage, ob Beweggründe zur Tat "niedrig" sind und - in deutlich weiter reichendem Maße als ein Totschlag - verachtenswert erscheinen, hat aufgrund einer Gesamtwürdigung aller äußeren und inneren für die Handlungsantriebe des Täters maßgeblichen Faktoren, insbesondere der Umstände der Tat, der Lebensverhältnisse des Täters, und seiner Persönlichkeit zu erfolgen (st. Rspr.; vgl. BGHSt 47, 128, 130; BGHR StGB § 211 Abs. 2 niedrige Beweggründe 47; jew. m.w.N.). Die Ablehnung niedriger Beweggründe im angefochtenen Urteil ist aus revisionsrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden. Das Landgericht hat alle wesentlichen für die Beurteilung maßgebenden Umstände in seine Abwägung mit einbezogen. Mit ihren Einwänden unternimmt die Beschwerdeführerin lediglich den Versuch, die in erster Linie dem Tatrichter vorbehaltene Wertung durch eine eigene Würdigung zu ersetzen. Damit kann sie angesichts des eingeschränkten revisionsgerichtlichen Prüfungsmaßstabes nicht gehört werden. Dass die Angeklagte bei ihren stundenlangen Überlegungen, ob sie das Kind leben lassen oder es töten solle, auch ihre Beziehung zu ihrer Mutter und zu W und die Haltung des Kindesvaters H im Blick hatte, hat das Landgericht nicht verkannt. Die Verfolgung eigener Interessen und ein Missverhältnis zwischen Anlass und Tat sind der Regelfall der vorsätzlichen rechtswidrigen Tötung eines anderen. Dass die Tat der Angeklagten demgegenüber von besonders krasser Selbstsucht geprägt war, die allein die Qualifizierung der Tat als mit lebenslanger Freiheitsstrafe statt als mit zeitiger Freiheitsstrafe bedrohter Totschlag rechtfertigen könnte, ist nicht ersichtlich. Jedenfalls liegt ein die Revision begründender Rechtsfehler nicht darin, dass das Landgericht der von Angst, Ratlosigkeit, Verzweiflung geprägten psychischen Verfassung der Angeklagten, zu der die körperliche Erschöpfung nach der Geburt hinzukam, ein solches Gewicht beigemessen hat, dass deswegen die Mordqualifikation zu verneinen war.

#### IV. Revision der Angeklagten

[10, 11] Dagegen führt die Revision der Angeklagten auf die Sachrüge zur Aufhebung des Strafausspruchs.

##### 1. Zum Fehlen einer verminderten Schuldfähigkeit gem. § 21 StGB

[12] Ohne Erfolg beanstandet die Beschwerdeführerin, dass das Landgericht eine erhebliche Verminderung ihrer Steuerungsfähigkeit im Tatzeitpunkt im Sinne von § 21 StGB verneint hat. Bei Kindstötungen wird selbst unter den engeren Voraussetzungen des früheren § 217 StGB (zu den Gründen der Aufhebung dieser Vorschrift durch das 6. StrRG vgl. BT-Drucks. 13/8587 S. 34 zu Nr. 26 und S. 81/82 zu Nr. 15) eine erhebliche Verminderung oder gar Aufhebung der Schuldfähigkeit kaum in Betracht kommen, wenn bei

der Täterin außer der Belastung durch die Geburt keine unabhängig hiervon bestehenden rechtlich relevanten körperlichen und geistig-seelischen Beeinträchtigungen vorliegen (vgl. BGH, Urt. vom 5. Juni 2003 - 3 StR 55/03). Dies gilt erst recht, wenn die Tat wie hier - anders als im früheren § 217 StGB vorausgesetzt - nicht "in oder gleich nach der Geburt" erfolgt. Danach hat das Landgericht ungeachtet der Persönlichkeitsauffälligkeiten der Angeklagten zu Recht - darin den gehörten psychiatrischen Sachverständigen folgend - das Vorliegen der Voraussetzungen des § 21 StGB verneint.

##### 2. Zur Strafzumessung

[13] Gleichwohl hat der Strafausspruch keinen Bestand.

[14] Ohne Rechtsfehler hat das Schwurgericht allerdings das Vorliegen eines minder schweren Falls des Totschlags gemäß § 213 StGB verneint und die Strafe dem Strafraumen des § 212 Abs. 1 StGB entnommen. Der Strafausspruch ist aber aufzuheben, weil nach den Feststellungen, die das Landgericht zur Schwere der Tat und zum Grad der persönlichen Schuld der Angeklagten getroffen hat, bei Abwägung der strafmildernenden und der strafschärfenden Gesichtspunkte die verhängte Freiheitsstrafe unvertretbar hoch ist, das für vergleichbare Fälle übliche Maß erheblich überschreitet, damit den Anforderungen an einen gerechten Schuldausgleich nicht mehr entspricht und deshalb rechtsfehlerhaft ist (vgl. BGHR StGB § 46 Abs. 1 Beurteilungsrahmen 9, 11, 12 m.w.N.). Nach den Erkenntnissen des Senats halten sich die in einschlägigen Fällen gegen die Kindesmütter verhängten Strafen deutlich unterhalb der hier erkannten Freiheitsstrafe. Dabei steht außer Frage, dass solche Taten objektiv schwerstes Unrecht darstellen. Angesichts einer sich in letzter Zeit ersichtlich häufenden Zahl einschlägiger Fälle dürfen bei der Findung des (noch) schuldangemessenen Strafmaßes auch generalpräventive Gesichtspunkte Berücksichtigung finden. In erster Linie hat sich die Strafe indes nach dem Maß der Tatschuld im Einzelfall auszurichten. Bei deren Gewichtung darf insbesondere die häufig verzweifelte Situation der Kindesmütter nicht außer Betracht bleiben. Zwar hätte die Mutter der Angeklagten ihre Unterstützung nicht versagt und standen schon deshalb für die Angeklagte - wie das auch sonst bei solcher Sachlage regelmäßig der Fall ist - objektiv Lösungsmöglichkeiten für die Versorgung des Kindes zur Verfügung. Dass die Angeklagte davon keinen Gebrauch gemacht und sich schließlich für die Tötung des Kindes entschieden hat, ist aber nicht zuletzt den Besonderheiten in ihrer Persönlichkeit zuzuschreiben.

Zu Recht hat das Landgericht der Angeklagten im Rahmen der Strafzumessung im engeren Sinne deshalb auch ihre "selbstunsichere Persönlichkeitsstörung" mit schizoiden und emotional instabilen Anteilen sowie

ihre körperliche Erschöpfung durch die zuvor überstandene Entbindung zugute gehalten. Hinzu kommt, dass die psychische Verfassung der Angeklagten in der Tatsituation von Gefühlen der Angst, Ratlosigkeit und Verzweiflung geprägt war. Angesichts dieser schuld-mildernden Umstände von Gewicht wird das hier im zweistelligen Bereich gefundene Strafmaß der Tat-schuld der Angeklagten nicht mehr gerecht.

### 3. Aufhebung des Urteils und Zurückverweisung

[15] Der Senat hebt deshalb auf die Revision der Angeklagten das Urteil im Strafausspruch auf. Die zugehörigen Feststellungen sind von dem Aufhebungsgrund nicht betroffen und können deshalb bestehen bleiben. Zugleich macht der Senat von der Möglichkeit des § 354 Abs. 2 Satz 1 2. Alt. StPO Gebrauch und verweist die Sache an ein anderes Landgericht zurück.

## Standort: § 266 StGB

## Problem: Untreue durch riskante Spekulationen

BGH, BESCHLUSS VOM 20.03.2008

1 STR 488/07 (NJW 2008, 2451)

### Problemdarstellung:

Der Angeklagte hatte ein kompliziertes Geflecht verschiedener Fondsgesellschaften geschaffen, die er alle faktisch durch Strohleute kontrollierte, ohne jedoch selbst eine förmliche Position innerhalb der Gesellschaften zu bekleiden. Die Anleger zahlten aufgrund eines Treuhandvertrages an die verschiedenen Fondsgesellschaften Einlagen zur Finanzierung von Immobilienfonds. Im Treuhandvertrag war insbesondere auch geregelt, dass mit den treuhänderisch eingezahlten Geldern Verbindlichkeiten der anderen Gesellschaften der Firmengruppe nicht beglichen werden durften. Dennoch veranlasste der Angeklagte die Überweisung der auf die Treuhandkonten eingezahlten Gelder auf die Konten anderer - insolventer - Gesellschaften, um diese vor dem drohenden Ruin zu retten, was aber auch nur eine Zeitlang funktionierte.

Das Landgericht Mannheim hatte den Angeklagten aufgrund seines Verhaltens insbesondere wegen Untreue, § 266 I StGB, in 176 Fällen verurteilt. Die hiergegen gerichtete Revision des Angeklagten wies der BGH zurück.

### Prüfungsrelevanz:

Vermögensdelikte sind besonders häufig Gegenstand von Prüfungsaufgaben in beiden Examen. Gerade der Tatbestand der Untreue, § 266 I StGB, wird hier wegen seiner außergewöhnlichen Struktur und der zahlreichen insofern möglichen Probleme gerne gebracht. Aufgrund der weltweiten Finanzkrise, deren Ursache u.a. im riskanten Grundstücksspekulationen zu suchen ist, hat der ähnlich gelagerte vorliegende Fall wohl eine besondere aktuelle Relevanz, die dazu führen wird, dass er vor allem in mündlichen Prüfungen auftauchen wird. Auch entsprechende Klausuren - mit einem etwas vereinfachten Sachverhalte - sind aber denkbar.

Der Tatbestand der Untreue setzt zu seiner Vollendung insbesondere voraus, dass der Täter dem Opfer einen (Vermögens-) Nachteil zufügt. Das Tatbestandsmerk-

mal des Vermögensnachteils bei § 266 I StGB entspricht nach ganz herrschender Meinung demjenigen des Vermögensschadens bei § 263 I StGB (BGHSt 43, 293, 297; Fischer, § 266 Rn 59; Rengier, BT I, § 18 Rn 21), ist also dann gegeben, wenn der Gesamtwert des Vermögens des Opfers durch die Tathandlung verringert wurde, was aufgrund einer Gesamtsaldierung aller Vermögenswerte des Opfers zu bestimmen ist (Lackner/Kühl, § 266 Rn 17, § 263 Rn 36; Schönlke/Schröder-Cramer/Perron, § 266 Rn 40; Wessels/Hillenkamp, BT II, Rn 775, 538). Da die Begriffe Vermögensnachteil und -schaden sich entsprechen, genügt somit ebenso wie beim Vermögensschaden i.S.v. § 263 I StGB auch für den Vermögensnachteil i.S.v. § 266 I StGB eine konkrete Gefährdung des geschützten Vermögens (sog. "schadensgleiche Vermögensgefährdung" oder "Gefährdungsschaden", vgl. BGH, NStZ 2003, 540; OLG Stuttgart, NJW 1999, 1564; Fischer, § 266 Rn 61).

In einer Entscheidung, in der es um die Bildung sog. "schwarzer Kassen" ging (Fall "Kanter", BGH, NJW 2007, 1760 = RA 2007, 633), hatte der BGH entschieden, dass in den Fällen, in denen sich der Vermögensnachteil beim Opfer nur aus einem Gefährdungsschaden ergebe, ein Eventualvorsatz des Täters bzgl. dieses Schadens nicht nur voraussetze, dass der Täter Kenntnis von der konkreten Möglichkeit eines Schadenseintritts habe und diese konkrete Gefahr in Kauf nehme - was den allgemeinen Anforderungen an den Eventualvorsatz entsprechen würde. Der Täter müsse darüber hinaus auch die Realisierung der Gefahr (d.h. den Eintritt eines "unmittelbaren" Schadens) billigen, sei es auch nur in der Form, dass er sich mit dem Eintritt des ihm unerwünschten Erfolges abfinde. Diese Entscheidung hatte der Angeklagte im vorliegenden Fall angeführt, um zu belegen, dass er zumindest nicht vorsätzlich gehandelt habe. Der BGH wies die auf diese Argumentation gestützte Revision des Angeklagten jedoch zurück, da erstens im vorliegenden Fall kein Gefährdungsschaden, sondern ein unmittelbarer Vermögensnachteil vorliege, zweitens der Angeklagte mit direktem Vorsatz gehandelt habe und drittens die zur Bildung "schwarzer Kassen" entwickelten Grundsätze nicht ohne weiteres auf andere Fallgestaltungen über-

tragbar seien.

Des weiteren enthält die vorliegende Entscheidung auch noch Ausführungen dazu, wann in Wirtschaftssachen von einer (zugunsten des Angeklagten zu berücksichtigten) menschenrechtskonventionswidrigen Verfahrensverzögerung auszugehen ist.

**Vertiefungshinweise:**

Zum "Gefährdungsschaden": *BGHSt* 44, 376; 46, 30; 47, 8; 48, 354; *BGH*, *NStZ* 2003, 540; *NStZ-RR* 2005, 343; *Bosch*, *wistra* 2001, 257; *Mosenheuer*, *NStZ* 2004, 181

Zum Schädigungsvorsatz beim "Gefährdungsschaden": *BGHSt* 48, 331; *BGH*, *wistra* 1996, 261; *NJW* 2002, 1211; 2007, 1760 (= *RA* 2007, 633); *NStZ* 2003, 264; *NStZ-RR* 2001, 328; *Bernsmann*, *GA* 2007, 219; *Ransiek*, *NJW* 2007, 1727; *Saliger*, *NStZ* 2007, 545

**Kursprogramm:**

*Examenskurs*: "Die Perlenkette"

**Leitsätze:**

1. Zum Vorsatz und zum Vermögensnachteil bei Untreuehandlungen durch pflichtwidriges Eingehen von Risiken für fremdes Vermögen.
2. Zur Terminierung in Wirtschaftsstrafsachen.

**Sachverhalt:**

Der Angeklagte - Steuerberater und Wirtschaftsprüfer - hatte sich seit Ende der achtziger Jahre gedanklich und schließlich auch tatsächlich mit dem Angebot von Kapitalanlagen in geschlossenen Immobilienfonds befasst, zunächst nur als Steuersparmodell für seine Mandanten. Erste Erfolge bewogen den Angeklagten, sich an ein breiteres Publikum zu wenden. Dazu bediente er sich verschiedener von ihm gegründeter oder übernommener Unternehmen, zunächst auch der Gesellschaft, in der er steuerberatend tätig war. Steuerberatung und gewerbliche Tätigkeit wurden im Jahre 1996 getrennt. Die steuerberatende Tätigkeit betrieb der Angeklagte nunmehr im Rahmen der "K, J und A GdB". [...]

Herausgeberin und Gesellschafterin der geschlossenen Immobilienfonds, die jeweils als Gesellschaften bürgerlichen Rechts ausgestaltet waren, war die SFV-GmbH. Den Vertrieb der Fondsanteile als Kapitalanlage übernahm die SFA-GmbH. Als Treuhänderin für einbezahlte Anlagegelder (dem Kaufpreis für Fondsanteile) fungierte die WTS-GmbH.

Alle diese Gesellschaften wurden vom Angeklagten faktisch beherrscht und geführt. Allerdings vermied es der Angeklagte, selbst eine formelle Funktion, insbesondere als Geschäftsführer, auszuüben. Er bediente sich seiner Strohleute, insbesondere der Mitangeklag-

ten, des Steuerberaters A und des Steuerfachgehilfen Kl.

Kapitalanleger bezahlten den Kaufpreis für ihren Anteil an der jeweiligen Grundstücksgesellschaft (geschlossener Immobilienfonds in Form einer GdB) auf ein Treuhandkonto der WTS-GmbH. Entsprechend dem zwischen den Anlegern und der WTS-GmbH geschlossenen Treuhandvertrag durfte die WTS-GmbH die einbezahlten Beträge nur für den jeweiligen Fonds verwenden. Die Verantwortlichen der WTS-GmbH waren nach dem Inhalt des Treuhandvertrags verpflichtet, die auf das Treuhandkonto einbezahlten Anlagegelder dort zu sammeln und erst dann auf das Konto der jeweiligen Fondsgesellschaft zu überweisen, sobald das gesamte Gesellschaftskapital gezeichnet war. Vom Konto der Fondsgesellschaft aus sollten dann unter Mittelverwendungskontrolle durch einen neutralen Treuhänder ausschließlich die diese Gesellschaft betreffenden Forderungen bedient werden, weitgehend Forderungen der SF-Gruppe, deren Gesellschaften den Zwischenerwerb und die Entwicklung der jeweiligen Objekte der geschlossenen Immobilienfonds getätigt hatten. So geschah das auch bis Mitte des Jahres 1996 (Fonds Nr. 8).

Im Jahre 1996 war der Angeklagte mit seiner Unternehmensgruppe in wirtschaftliche Schwierigkeiten geraten. Das Interesse an den Fonds hatte abgenommen. Die Vorfinanzierungsfristen wurden deshalb länger. Zudem waren die Kosten der Sanierung alter Objekte unterschätzt worden. Die Einplanung unrealistisch hoher Mieten, die den Anlegern garantiert wurden, aber nicht immer erzielbar waren, führte ebenfalls zu Finanzierungslücken. Dies hatte Verzögerungen bei der Fertigstellung der Bauvorhaben zur Folge, was die Finanzsituation zusätzlich belastete. Im Frühjahr 1996 waren - voran in der SF-Gruppe, die das operative Geschäft durchführte - erste ernsthafte Liquiditätsschwierigkeiten aufgetreten, die sich zunehmend verschärften. Spätestens im Juli 1998 waren die Unternehmen des Angeklagten nicht mehr in der Lage, die sofort zu erfüllenden Verbindlichkeiten im Wesentlichen zu befriedigen; sie waren zahlungsunfähig. Am 12. Oktober 1998 stellten die formellen Geschäftsführer A und Kl für die WTS-GmbH, die SF AG und die SFV-GmbH Konkursanträge.

Um trotz der zunehmenden Finanzprobleme handlungsfähig zu bleiben, hatte sich der Angeklagte Mitte des Jahres 1996 entschlossen, die Treuhandvereinbarung mit den Anlegern, den Zeichnern der Fondsanteile, nicht mehr einzuhalten. Statt die auf dem Treuhandkonto bei der WTS-GmbH eingegangenen Gelder dort zu sammeln und nach Zeichnung aller Anteile auf das Konto der jeweiligen Fondsgesellschaft zu überweisen - um dann von dort aus über diese Beträge ausschließlich im Interesse des jeweiligen Fonds zu verfügen -, wies der Angeklagte das Personal der WTS-GmbH an, die auf dem Treuhandkonto eingegangenen

Beträge sofort bzw. entsprechend dem aktuellen Finanzbedarf unmittelbar auf Konten der SF-Gruppe zu überweisen, um sie dort zur Abdeckung der jeweils dringendsten Forderungen der gesamten Unternehmensgruppe zu verwenden. Dazu listete der Angeklagte die akuten Verbindlichkeiten nach Dringlichkeit in einer Excel-Tabelle auf, die er täglich aktualisierte. Mit diesem Management, das sich letztlich als Schneeballsystem darstellte, gelang es dem Angeklagten, den Zusammenbruch seiner Unternehmensgruppe hinauszuzögern.

### *Aus den Gründen:*

[1] Der Verurteilung liegt zugrunde:

[2] - zum einen in den Jahren 1996 bis 1998 die zweckwidrige Verwendung von Geldern, die der WTS-GmbH, deren faktischer Geschäftsführer der Angeklagte war, von Anlegern als Kaufpreis für ihren Anteil an einem geschlossenen Immobilienfonds überwiesen und anvertraut worden waren zur ausschließlichen Verwendung für den jeweiligen Fonds,

[3] - zum anderen die noch nicht fällige - inkongruente - Zahlung von 700.000,- DM im September 1998 nach dem Eintritt der Zahlungsunfähigkeit der SFV-GmbH, die der Angeklagte ebenfalls faktisch führte, zur teilweisen Rückführung eines der SFV-GmbH von der H-Bank in L. in Höhe von 1 Million DM gewährten Darlehens. Er erreichte so die Freigabe einer von seinen Eltern der Bank gegenüber abgegebenen selbstschuldnerischen Bürgschaft bis zu 700.000,- DM.

[4] Das Landgericht Mannheim hat den Angeklagten deshalb mit Urteil vom 16. März 2007 wegen Untreue (§ 266 Abs. 1 StGB) in 176 Fällen und wegen Gläubigerbegünstigung (§ 283c StGB) zu der Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren und sechs Monaten verurteilt. Ohne die von der Strafkammer für die Dauer des gerichtlichen Verfahrens angenommene konventionwidrige Verfahrensverzögerung (Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK) wäre die Strafe - so das Landgericht - doppelt so hoch ausgefallen.

[5] Die Revision des Angeklagten gegen das oben genannte landgerichtliche Urteil ist unbegründet. Dessen Nachprüfung hat auf Grund der Revisionsrechtfertigung keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten ergeben (§ 349 Abs. 2 StPO). Zur Begründung wird auf die Antragsschrift des Generalbundesanwalts vom 17. Dezember 2007 verwiesen. Ergänzend hierzu bemerkt der Senat:

#### *1. Zur Strafbarkeit des Angeklagten*

[6 - 12] Aufgrund der rechtsfehlerfrei festgestellten Tatumstände verwirklichte der Angeklagte den Tatbestand der Untreue mit direktem Vorsatz hinsichtlich eines zum Zeitpunkt der Tatbegehung unmittelbar und insoweit endgültig eingetretenen Schadens. Dass die Strafkammer bei der Bewertung der Tat gleichwohl

lediglich vom Vorliegen eines Gefährdungsschadens sowie vom Handeln mit bedingtem Vorsatz ausging, belastet den Angeklagten nicht. [...]

[13] Bei diesem Sachverhalt erlitten die Zeichner der Immobilienfonds schon mit der treuepflichtwidrigen Entnahme der Gelder vom Treuhandkonto zur allgemeinen Tilgung von Schulden der Unternehmensgruppe einen endgültigen Vermögensnachteil im Sinne von § 266 StGB in voller Höhe des zweckwidrigen verwendeten Betrags. Ein im Ausnahmefall den Nachteil kompensierender deliktischer oder vertraglicher Schadensersatzanspruch gegen einen zahlungswilligen und mit ausreichenden liquiden Mitteln versehenen Täter - oder gegen eine seiner Gesellschaften - lag ersichtlich nicht vor. Da der Schaden mit der zweckwidrigen Verfügung endgültig eingetreten ist, gefährdete der Angeklagte die der WTS-GmbH anvertrauten Vermögenswerte der Anleger nicht nur.

[14] Der Angeklagte handelte mit direktem Vorsatz. Er kannte und wollte die treuwidrige Verwendung der Anlagebeträge. Er setzte sie gegen die Bedenken des formellen Geschäftsführers durch. Er wusste um seine Verpflichtung als faktischer Geschäftsführer der WTS-GmbH, die vertraglich übernommenen Treuepflichten gegenüber den Anlegern zu wahren.

[15] Auf die vom Beschwerdeführer zitierte Entscheidung des Bundesgerichtshofs in BGHSt 51, 100, (= NJW 2007, 1760) kommt es hier in mehrfacher Hinsicht nicht an. Nach dieser Entscheidung "ist der Tatbestand der Untreue in Fällen der vorliegenden Art im subjektiven Bereich dahingehend zu begrenzen, dass der bedingte Vorsatz eines Gefährdungsschadens nicht nur Kenntnis des Täters von der konkreten Möglichkeit eines Schadenseintritts und das Inkaufnehmen dieser konkreten Gefahr voraussetzt, sondern darüber hinaus eine Billigung der Realisierung dieser Gefahr, sei es auch nur in der Form, dass der Täter sich mit dem Eintritt des ihm unerwünschten Erfolges abfindet" (BGHSt 51, 100, 121 Rdn. 63).

[15] Zum einen liegt der vorliegenden Verurteilung nach den getroffenen Feststellungen - anders als die Strafkammer meinte - weder Handeln mit nur bedingtem Vorsatz noch ein bloßer Gefährdungsschaden zugrunde. Vor allem aber liegt hier kein Fall der Bildung "schwarzer Kassen" vor. Darum ging es in der oben genannten Entscheidung (BGHSt 51, 100), die sich in der zitierten Aussage ausdrücklich auf Fälle der - damals - vorliegenden Art beschränkte.

[17] Sofern aus jener Entscheidung (BGHSt aaO) jedoch weitergehend gefolgert werden sollte, dass sich als Voraussetzung für den Tatbestand der Untreue beim vorsätzlichen pflichtwidrigen Eingehen von Vermögensrisiken der Vorsatz immer auch auf die Billigung des endgültigen Vermögensnachteils erstrecken muss, könnte der Senat dem nicht folgen.

[18] Sicherlich könnten bei einer Verurteilung wegen Untreue mit doppelter "Vorverlagung" der Strafbar-

keit, also bei Handeln mit nur bedingtem Vorsatz im Hinblick auf eine bloße Vermögensgefährdung Bedenken hinsichtlich einer Überdehnung des Tatbestandes des § 266 StGB aufkommen. Ehe dem jedoch mit der bisherigen Dogmatik widersprechenden Erstreckung des - bedingten - Vorsatzes auf einen in der Zukunft zu erwartenden endgültigen Vermögensnachteil begegnet wird (bei unklarer Auswirkung auch auf § 263 StGB), ist zunächst zu prüfen, ob sich das Problem bei einer präzisen Begriffsverwendung unter exakter Betrachtung des tatsächlichen wirtschaftlichen Nachteils zum Zeitpunkt einer pflichtwidrigen Handlung bei genauer Feststellung dessen, worauf sich das Wissen und Wollen des Täters insoweit tatsächlich erstreckt, nicht weitgehend erledigt, beziehungsweise sich als Scheinproblematik herausstellt.

[19] Und diese genaue Betrachtung ergibt, dass sich die bei pflichtwidrigen Risikogeschäften so genannte konkrete Vermögensgefährdung in Wirklichkeit als ein bereits unmittelbar mit der Tathandlung eingetretener Vermögensnachteil darstellt. So ist beispielsweise der mit der Vergabe (Auszahlung) eines ungesicherten Kredits an ein zahlungsunfähiges Unternehmen - etwa um den drohenden Ausfall des Gesamtengagements intern oder gegenüber der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht weiterhin zu verschleiern - erlangte Rückzahlungsanspruch sofort weit über das bei jeder Kreditvergabe mögliche und zulässige Maß (zur Pflichtwidrigkeit vgl. BGHSt 46, 30; 47, 148, 149 ff.) hinaus minderwertig. Aus der Saldierung der ausbezahlten Darlehenssumme mit dem verbleibenden Wert der Rückzahlungsforderung folgt der unmittelbar und realiter eingetretene Vermögensnachteil (so ist auch BGHSt 47, 148, 156 f. zu verstehen). Der Wert des Rückzahlungsanspruchs muss dabei bewertet, letztlich geschätzt werden. Insoweit stellt sich die Situation nicht anders dar als beim Verkauf dieser Forderung an ein Inkassounternehmen oder bei der an sich sofort gebotenen Wertberichtigung, wenn auch im strafrechtlichen Bereich verbleibende Unwägbarkeiten zugunsten des Angeklagten berücksichtigt werden müssen.

[20] Der Tatbestand der Untreue entfällt auch nicht wieder, wenn die Darlehensrückzahlungsforderung später tatsächlich doch bedient wird, sei es freiwillig oder mit dem Nachdruck eines Inkassounternehmens. Die fehlende Werthaltigkeit zum Zeitpunkt der Valutierung des Darlehens wird dadurch nicht beeinflusst (dies wäre bei der Feststellung einer "Billigung" des endgültigen Schadens im Sinne eines bedingten Vorsatzes zum Zeitpunkt der Tathandlung im Übrigen nicht anders). Bei der Eingehung von pflichtwidrigen Serienrisikogeschäften, etwa der fortlaufenden Belieferung eines erkannt zahlungsunfähigen Unternehmens auf Kredit, ist die Begleichung einzelner der so erlangten minderwertigen Forderungen geradezu typisch. Dass die dann doch noch - meist mit schon betrügerisch erlangten Mitteln (Schneeballsystem) - bezahlten

Lieferungen regelmäßig sinnvoller Weise von der strafrechtlichen Verfolgung ausgenommen werden (§§ 153, 154, 154a StPO), ändert nichts an der Tatbestandsmäßigkeit zum Zeitpunkt der Verfügung.

[21] Bezogen auf diesen tatbestandlichen Vermögensnachteil handelt ein Täter, der die die Pflichtwidrigkeit und den Minderwert des Rückzahlungsanspruchs begründenden Umstände kennt, bei der Tathandlung dann auch mit direktem Vorsatz.

[22] Bei abweichenden Formulierungen in tatrichterlichen Urteilen handelt es sich in Fällen dieser Art in aller Regel um eine zu Gunsten des Angeklagten wohlwollende, aber unzutreffende Umschreibung des tatsächlich Festgestellten, wie auch der vorliegende Fall zeigt. Dies sollte vermieden werden. Das tatsächlich nicht gegebene Problem der Überdehnung des Untreuetatbestands stellt sich dann auch nicht scheinbar.

## 2. Zur konventionswidrigen Verfahrensverzögerung

[23, 24] Die Strafkammer ging "zugunsten der Angeklagten" von einer konventionswidrigen Verfahrensverzögerung von zwei Jahren während des gerichtlichen Verfahrens aus, und zwar vom Eingang der Anklage beim Landgericht im Januar 2005 bis zum Beginn der Hauptverhandlung im Januar 2007. Eine konventionswidrige Verzögerung während des Ermittlungsverfahrens sah die Strafkammer dagegen nicht. Das Maß der Kompensation für die Verzögerung bei Gericht hat die Strafkammer auf 50 % festgesetzt.

### a. Zu den Anforderungen an die Verfahrensrüge bei der Rüge konventionswidriger Verfahrensverzögerung

[25] Der Beschwerdeführer beanstandet mit einer Verfahrensrüge die fehlende Feststellung einer "mehr als dreijährigen" konventionswidrigen Verfahrensverzögerung während des Ermittlungsverfahrens. Die Revisionsbegründung genügt, wie der Generalbundesanwalt in seiner Antragschrift vom 17. Dezember 2007 im Einzelnen dargelegt hat, nicht den Anforderungen des § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO. Die Rüge ist damit unzulässig.

[26] Die Anforderungen an den Umfang der Darstellung der den Mangel enthaltenden Tatsachen dürfen bei der Beanstandung einer konventionswidrigen Verzögerung während eines jahrelang währenden Verfahrens sicher nicht überzogen werden. Die Mitteilung jedes Ermittlungsschrittes ist weder möglich noch erforderlich. Die Darstellung darf den tatsächlichen Ablauf aber nicht - etwa durch wesentliche Auslassungen - verzerrt darstellen. Einen realistischen Überblick entsprechend der Darstellung in der Gegenerklärung der Staatsanwaltschaft vom 17. August 2007 hätte - ohne auf Einzelheiten abzustellen - im vorliegenden Fall auch vom Beschwerdeführer erwartet werden dürfen.

[27] Beispielhaft sei auf seine Behauptung verwiesen, im Jahre 1999 habe als einzige verfahrensfördernde

Maßnahme am 11. November 1999 die Vernehmung von zwei Zeuginnen stattgefunden. Elf Monate seit Einleitung des Verfahrens gegen den Angeklagten J habe es keine Ermittlungen gegeben. Dies ist unzutreffend, wie den chronologisch geordneten Ermittlungsakten, einem Aktenvermerk des Ermittlungsbeamten Hu und dem polizeilichen Ermittlungsbericht zu den strafprozessualen Maßnahmen zu entnehmen ist. Die umfangreichen Ermittlungshandlungen der Polizei-beamten unter Heranziehung des Buchprüfers Li im Jahre 1999 hat die Staatsanwaltschaft in ihrer Gegen-erklärung - noch nicht einmal erschöpfend - auf etwa eineinhalb Seiten dargestellt. In seiner Gegenerklärung vom 16. Januar 2008 räumte der Beschwerdeführer inzident auch ein, dass das ursprüngliche Beschwerdevorbringen - nunmehr selbst aus seiner Sicht - jedenfalls unvollständig war, wenn er zu dem Schluss kommt, dass "sich dann insgesamt immer noch eine Verfahrensverzögerung im Ermittlungsverfahren von zweieinhalb Jahren" ergäbe.

*b. Zum Vorliegen einer konventionswidrigen Verfahrensverzögerung, insb. bei Wirtschaftsstrafsachen*

[28] Die Strafkammer hat im Hinblick auf Verzögerungen während des gerichtlichen Verfahrens die gesamte Zeit vom Eingang der Anklageschrift bis zum Beginn der Hauptverhandlung als konventionswidrige Verfahrensverzögerung bewertet. Dies belastet den Angeklagten zwar nicht. Dennoch sei der - dem Beschwerdeführer bekannte - Verfahrensgang, soweit er den Angeklagten J betrifft, skizziert:

[29] Die gegen drei Angeschuldigte gerichtete und 164 Seiten umfassende Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Mannheim vom 25. Januar 2005 ging am 27. Januar 2005 beim Landgericht Mannheim ein. Am 28. Januar 2005 verfügte der Vorsitzende der Strafkammer die Zustellung der Anklage unter Bestimmung einer Erklärungsfrist von einem Monat. Mit Schriftsatz vom 10. Februar 2005 erbat die Verteidigerin des Angeschuldigten J "wegen der Komplexität der Angelegenheit" eine Verlängerung der Schriftsatzfrist um drei Wochen. Mit 78-seitigem Schriftsatz vom 31. März 2005 - Eingang 4. April 2005 - beantragte sie, die Eröffnung des Hauptverfahrens abzulehnen, insbesondere da die Taten verjährt seien und die Anklage teilweise nicht ausreichend substantiiert sei, sowie mangels hinreichenden Tatverdachts, da - hinsichtlich des Vorwurfs der Untreue - kein den Angeschuldigten J betreffendes Treueverhältnis bestanden habe und er - hinsichtlich des Vorwurfs der Gläubigerbegünstigung - keine Kenntnis von der Zahlungsunfähigkeit gehabt habe. Mit Beschluss vom 9. November 2006 entschied die Strafkammer in einem mehrseitigen Beschluss über die Eröffnung des Hauptverfahrens, die sie teilweise ablehnte. Mit Verfügung vom 6. Dezember 2006 bestimmte der Vorsitzende Termin zur Hauptverhandlung auf acht Verhandlungstage vom 12. Januar 2007

bis zum 23. März 2007 unter Ladung der drei Angeklagten, von fünf Verteidigern und zahlreichen Zeugen. Die Hauptverhandlung endete dann nach nur sieben Verhandlungstagen bereits am 16. März 2007.

[30] Der Zeitraum zwischen Eingang der Einlassungsschrift Anfang April 2005 und dem Eröffnungsbeschluss vom 9. November 2006 - etwa 19 Monate - war objektiv sicher zu lange und stellt sich teilweise als konventionswidrige Verzögerung dar, zumal im Hinblick auf das lange Ermittlungsverfahren eine beschleunigte Bearbeitung geboten gewesen wäre. Wenn die Strafkammer nach angemessener Zeit zur Vorbereitung des Verfahrens (vgl. dazu unten) wegen genereller Überlastung nicht alsbald verhandeln konnte, ist dies der Justiz zuzurechen (vgl. BVerfG - Kammer-Beschlüsse vom 8. August 2007 - 2 BvR 1609/07 - und vom 19. September 2007 - 2 BvR 1847/07 -).

[31] Zum Ablauf des gerichtlichen Verfahrens sei im Hinblick auf Wirtschaftsstrafsachen in diesem Zusammenhang Folgendes bemerkt:

[32] Der Eingang einer Anklageschrift ist auch bei Wirtschaftstrafkammern nicht vorhersehbar. Denn die Zuteilung an die einzelnen Strafkammern muss so erfolgen, dass auch nur der Eindruck der Möglichkeit einer Manipulation des gesetzlichen Richters ausgeschlossen ist. Jede Strafkammer ist dann - und sollte dies auch sein - zunächst mit anderen Sachen ausgelastet. Bei komplexen und umfangreichen Strafsachen ist es unter diesen Umständen nicht möglich, dass sich der Vorsitzende und der Berichterstatter sofort mit der neu eingegangenen Anklageschrift intensiv befassen. Dies kann erst - ohne schuldhaftige Verzögerung (unverzüglich) - zu gegebener Zeit erfolgen. In aller Regel ist das dann nur parallel zu bereits laufenden - oder anstehenden - Verhandlungen möglich, die im Hinblick auf das Beschleunigungsgebot bei vorausschauender, auch größere Zeiträume umfassender Hauptverhandlungsplanung (vgl. BVerfG - Kammer-Beschlüsse vom 19. September 2007 - 2 BvR 1847/07 - und vom 23. Januar 2008 - 2 BvR 2652/07) langfristig im Voraus zu terminieren waren. In diesem frühen Stadium des gerichtlichen Verfahrens ist ein Ausblenden anderweitiger Belastungen der Strafkammer bei der Prüfung, ob der Pflicht zur Erledigung des Verfahrens in angemessener Frist (Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK) genügt wurde, nicht möglich und deshalb auch nicht geboten.

[33] Dem Zwischenverfahren kommt im Hinblick auf den Schutz des Angeklagten große Bedeutung zu (vgl. G. Schäfer, Die Praxis des Strafverfahrens 6. Aufl. Rdn. 768). Zur Vorbereitung der Eröffnungsberatung bedarf es schon deshalb einer intensiven Einarbeitung des Vorsitzenden und des Berichterstatters in die Sache - parallel zur Förderung und Verhandlung laufender anderer Verfahren.

[34] Diese Vorarbeit schlägt sich hinsichtlich des Umfangs naturgemäß nicht als verfahrensfördernd in den

Akten nieder, wie auch andere Vorgänge der meist gedanklichen Auseinandersetzung mit dem Verfahrensstoff in der Regel nicht, wie z.B. Überlegungen und Beratungen über den weiteren Gang der Ermittlungen, Vor- und Nacharbeit hinsichtlich einzelner Ermittlungshandlungen, Vorbereitung von Anträgen an den Ermittlungsrichter, von Zwischenberichten, des Schlussberichts und der Anklageschrift. Am Ende einer intensiven Vorbereitung und der Eröffnungsberatung steht häufig nur ein Eröffnungsbeschluss, der aus einem Satz besteht.

[35] Eine intensive und dann auch zeitaufwändige Vorbereitung der Sache seitens des Gerichts ist gerade in großen Wirtschaftsstrafsachen zudem Voraussetzung für eine konzentrierte Hauptverhandlung, aber auch für Gespräche über Möglichkeiten zur Verfahrensabkürzung. Das wird allerdings erschwert durch die Personalausstattung von Wirtschaftsstrafkammern mit nur zwei Beisitzern neben dem Vorsitzenden allein mit Blick auf die Möglichkeit, eine Hauptverhandlung mit nur zwei Berufsrichtern durchführen zu können (§ 76 Abs. 2 GVG). Dies kann eine ausreichende Vorbereitung von Hauptverhandlungen in angemessener Zeit in Frage stellen und damit dazu beitragen, dass dem Beschleunigungsgebot (Art. 6 Abs. 1 Satz 1 ERMK) in Wirtschaftsstrafsachen, zumal in Nichthaftsachen, nicht immer genügt wird. Dies führt dann auch - nicht zuletzt in Steuerstrafsachen - nicht selten zu unangemessen niedrigen Strafen.

[36] In komplexen Verfahren kann eine sinnvolle Terminierung, bei der etwa die Zeugen nicht anhand der Beweismittelliste der Anklageschrift ins Blaue hinein geladen werden, erst nach der Eröffnungsberatung angegangen werden. Dies bedingt insbesondere bei mehreren Angeklagten einen weiteren Vorlauf bis zum Beginn der Hauptverhandlung. Denn verschiedene Aspekte sind in Einklang zu bringen. Zwar steht die Verfahrenserledigung in angemessener Zeit im Vordergrund. Was angemessen ist, bestimmt sich aber auch nach den jeweiligen Rahmenbedingungen. Dem Recht des Angeklagten, sich durch den Verteidiger seiner - ersten - Wahl vertreten zu lassen, ist trotz des ebenso hochrangigen (vgl. BGH NStZ-RR 2007, 81; NStZ-RR 2007, 149; BVerfG - Kammer - NStZ-RR 2007, 311) Beschleunigungsgebots bei der Terminierung möglichst Rechnung zu tragen. Dies dient meist auch der Effektivität der Hauptverhandlung. Denn in Wirtschaftsstrafsachen war dieser Verteidiger in der Regel mit der Sache schon während des Ermittlungsverfahrens befasst und ist mit ihr vertraut. Entsprechendes gilt für den Vertreter der Staatsanwaltschaft. Auch hier liegt es im Interesse einer effektiven und dadurch beschleunigten Durchführung der Hauptverhandlung, dass in komplexen Wirtschaftsstrafsachen derjenige Staatsanwalt daran teilnimmt, der auch die Ermittlungen führte. Zwar wird er dann häufig auch in anderen Hauptverhandlungen gebunden sein,

ohne dass dies vorausschauend hätte vermieden werden können. Dann darauf zu verweisen, dass auch jeder andere Staatsanwalt die Sitzungsververtretung übernehmen könne, mindert die Effizienz der Strafverfolgung in Wirtschaftsstrafsachen nicht nur in der jeweiligen Sache, sondern darüber hinaus. Der neue Staatsanwalt muss sich zeitaufwändig einarbeiten, ohne dennoch je den Wissensstand desjenigen zu erreichen, der die Ermittlungen führte. Wenn der Staatsanwalt, der die Ermittlungen geleitet hat, grundsätzlich für die Hauptverhandlung noch zur Verfügung steht, sollte er in die Terminplanung mit einbezogen werden.

[37] Insbesondere bei mehreren Angeklagten kann dies dazu führen, dass die an sich insbesondere in Haftsachen wünschenswerte Verhandlungsdichte (vgl. BVerfG - Kammer - StV 2006, 645) nicht zu erreichen ist. Wie lange mit dem Beginn der Hauptverhandlung zugewartet werden darf und an wie vielen Tagen in der Woche oder im Monat zu verhandeln ist, hängt immer vom Einzelfall ab (vgl. BVerfG - Kammer - NJW 2003, 2225). Verhinderungen müssen substantiiert dargetan und belegt werden, damit der Vorsitzende der Strafkammer darüber befinden kann, ob diesen trotz des Beschleunigungsgebots bei der Terminierung Rechnung getragen werden kann. Den Termin der Hauptverhandlung bestimmt am Ende allein der Vorsitzende (§ 213 StPO).

#### *c. Zur Berücksichtigung der konventionswidrigen Verfahrensverzögerung im angefochtenen Urteil*

[38] Die Strafkammer hat den Strafabschlag im Hinblick auf die von ihr angenommene konventionswidrige Verfahrensverzögerung mit 50 % konkret bemessen. Dem Beschwerdeführer ist zuzugeben, dass dabei auch allgemeine Strafzumessungserwägungen eingeflossen sind. Allein dies erklärt den selbst bei der von der Strafkammer auf das gesamte gerichtliche Verfahren bezogenen konventionswidrigen Verfahrensverzögerung unangemessen hohen Strafabschlag. Dies beschwert den Angeklagten jedoch nicht.

#### *d. Keine Aufhebung und Zurückverweisung erforderlich*

[39] Einer Aufhebung des Strafausspruchs und insoweit der Zurückverweisung der Sache an das Landgericht bedarf es im Hinblick auf die neue Rechtsprechung zur Kompensation von konventionswidrigen Verfahrensverzögerungen, dem Übergang von der Strafzumessungs- zur Vollstreckungslösung (BGH - GSSt - NJW 2008, 860), nicht. Dies folgt für dieses Verfahren auch nicht aus der einen Einzelfall betreffenden Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 13. Februar 2008 (3 StR 563/07). Dem Ausspruch einer höheren Strafe nach Zurückverweisung allein aufgrund der Revision des Angeklagten steht das Verschlechterungsverbot nach Meinung des Senats auch dann entgegen, wenn der den bisherigen Strafausspruch über-

schießende Teil der neu erkannten Strafe für verbüßt erklärt wird. Allein der höhere Strafausspruch stellt einen gesteigerten Makel dar. Hinzu kommen mögliche Folgewirkungen, etwa bei der Strafzumessung bei weiteren Verurteilungen wegen nach-folgender Straftaten oder bei späteren anstehenden Entscheidungen, wie z.B. zur Sicherungsverwahrung. Bei Übergangsfällen stellt es sich daher grundsätzlich als die mildere Lösung dar, es bei der von der Strafkammer vor-

genommenen Milderung schon bei der Strafzumessung zu belassen. Sollten sich beim Ablauf der Vollstreckung, die sich ohnehin nicht mit der erforderlichen Sicherheit zum Zeitpunkt des Urteilsspruchs prognostizieren lässt, nicht hinnehmbare Härten beim Vergleich mit einer hypothetischen Kompensation nach der Strafvollstreckungslösung herausstellen, muss dem im Strafvollstreckungsverfahren, notfalls im Gnadenweg begegnet werden.



## Urteile in Fallstruktur

**Standort: Öffentliches Recht**

**Problem: Unterlassen von Tatsachenbehauptungen**

BVERwG, URTEIL VOM 21.05.2008  
6 C 13.07 (DVBL 2008, 1242)

**Problemdarstellung:**

Im vorliegenden Fall verlangte die Vereinigung "Millî Görüş" das Unterlassen der weiteren Verbreitung bestimmter, aus ihrer Sicht unwahrer Tatsachenbehauptungen über sie, die im Verfassungsschutzbericht 2001 des Landes Baden-Württemberg enthalten waren. Das BVerwG gab diesem Unterlassungsbegehren i.E. statt, wobei sich eine Vielzahl interessanter Probleme stellen:

A. Anspruchsgrundlage war der gewohnheitsrechtlich anerkannte öffentlich-rechtliche Unterlassungsanspruch, der hier einmal nicht "klassisch" zur Abwehr staatlicher Emissionen, Anwendung fand.

B. Tatbestandliche Voraussetzung desselben ist u.a. ein rechtswidriger Eingriff in Grundrechte des Anspruchstellers. Dem BVerwG stellte sich die interessante Frage, ob Vereinigungen wie Millî Görüş sich auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 I i.V.m. 1 I GG berufen können, dieses m.a.W. "dem Wesen nach" i.S.d. Art. 19 III GG auf juristische Personen anwendbar ist. Diese Frage ist in Rspr. und Lit. umstritten (vgl. die Ausführungen in der Falllösung). Das BVerwG bejaht eine Anwendbarkeit jedenfalls für das hier einschlägige Recht der persönlichen Ehre.

Noch interessanter zu erfahren gewesen wäre, ob das BVerwG Millî Görüş auch die Glaubensfreiheit aus Art. 4 I GG zubilligt; diese Frage ließ das Gericht aber ausdrücklich offen.

C. Besonders problematisch hinsichtlich der Rechtmäßigkeit bzw. Rechtswidrigkeit der streitigen Tatsachenbehauptungen war, dass sich nicht mehr klären ließ, ob sie wahr oder unwahr waren. Das BVerwG meint hierzu, das "non liquet" gehe zu Lasten des Verwenders. Staatliche Tatsachenbehauptungen müssen m.a.W. wahr sein, um rechtmäßig verbreitet werden zu dürfen.

**Prüfungsrelevanz:**

Das Urteil ist sehr prüfungsrelevant, weil es den öffentlich-rechtlichen Unterlassungsanspruch einmal in neuem Gewand präsentiert. Zudem ermöglicht es Exkursionen in die Grundrechtsdogmatik. Unbedingt merken sollte man sich auch das Ergebnis, also dass ein Unterlassen von Tatsachenbehauptungen durch

den Staat schon dann verlangt werden kann, wenn sie nicht erwiesenermaßen wahr sind.

Das streitige Problem der Erstreckung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts auf juristische Personen nach Art. 19 III GG sollte differenzierend gelöst werden, denn man kann hierüber keine pauschale Aussage für alle Erscheinungsformen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts treffen. So werden das Recht auf Resozialisierung von Strafgefangenen oder das Recht der Minderjährigen auf schuldenfreien Eintritt in die Volljährigkeit - beides anerkannte Fallgruppen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (BVerfGE 72, 155, 170 zu Minderjährigen, BVerfGE 35, 202, 235 zur Resozialisierung) - *offensichtlich* nicht auf juristische Personen anwendbar sein. Für andere Erscheinungsformen, wie etwa das Recht am eigenen Wort (BVerfG, DVBL 2003, 131, 133), wird man es hingegen kaum verneinen können. Wieder andere Fallgruppen, wie der hier einschlägige Ehrschutz oder das Recht am eigenen Bild, mag man kontrovers diskutieren können. Abschließend geklärt ist das Problem jedenfalls nicht, zumal das BVerfG sich häufig um eine Entscheidung "drückt" (z.B. in BVerfGE 67, 100, 142, wo es das Datenschutzrecht von Unternehmen aus Art. 14 I GG entwickelt hat, anstatt Stellung dazu zu beziehen, ob Unternehmen sich auf das Recht auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 I i.V.m. 1 I GG berufen können.)

**Vertiefungshinweise:**

Entscheidung der Vorinstanz: *VGH Mannheim*, VBIBW 2007, 340

Verfassungsschutzbericht als Eingriff in die Pressefreiheit: *BVerfG*, RA 2005, 696 = NJW 2005, 2912

Zu mittelbar-faktischen Grundrechtseingriffen bei staatlichen Warnungen: *BVerfG*, RA 2002, 449 = NJW 2002, 2626; RA 2002, 292 = NJW 2002, 2621; *BVerwG*, NJW 1991, 1770; *BVerwGE* 90, 112; *BVerwG*, NVwZ 1994, 162; *OVG NRW*, NVwZ 1997, 302; *OVG Hamburg*, NVwZ 1995, 498; *BayVGH*, NVwZ 1995, 793; *Murswieck*, NVwZ 2003, 1; *Lege*, DVBl 1999, 569; *Muckel*, JA 1995, 343

Zum Vorbehalt des Gesetzes: *OVG Münster*, RA 2002, 427 = NWVB1 2002, 239

**Kursprogramm:**

*Examenskurs* : "Die Prinzessin und die Paparazzi"

**Leitsätze:**

**1. Enthält ein Verfassungsschutzbericht zur Begründung eines Werturteils Tatsachenbehauptungen, müssen diese der Wahrheit entsprechen. Die materielle Beweislast für die Richtigkeit der streitigen Tatsachenbehauptungen liegt bei der Verfassungsschutzbehörde.**

**2. Wurde in einem Zwischenverfahren nach § 99 II VwGO endgültig festgestellt, dass die Verweigerung einer Aktenvorlage rechtmäßig ist, hat das Gericht der Hauptsache die ihm verbleibenden Möglichkeiten der Sachaufklärung vollständig auszuschöpfen. Dabei hat es einen durch die Sperrklärung verursachten Beweisnotstand unter Berücksichtigung der gesetzlichen Verteilung der materiellen Beweislast angemessen zu würdigen (hier nur Leitsatz, Anm.d.Red.).**

**Sachverhalt:**

Die islamische Gemeinschaft Millî Görüş (im Folgenden: IGMG) ist ein in Deutschland eingetragener Verein, dessen Mitglieder Muslime hauptsächlich aus der Türkei sind. Sie wird bereits seit den 90er Jahren mit nachrichtendienstlichen Mitteln vom Landesamt für Verfassungsschutz des Landes Baden-Württemberg beobachtet. Die IGMG wendet sich gegen verschiedene Aussagen in dessen Verfassungsschutzbericht 2001, der im Juli 2002 in Buchform sowie im Internet veröffentlicht worden ist. Darin wird die IGMG als "türkische islamistische Vereinigung" bezeichnet. Um ihre extremistische Neigung zu untermauern, führt der Verfassungsschutzbericht diverse Tatsachenbehauptungen auf, darunter die, bei einer Veranstaltung der IGMG habe die Menge Sprechchöre gerufen wie "Hocca, wenn du sagst, wir sollen kämpfen, dann kämpfen wir. Wenn du sagst, wir sollen töten, dann töten wir!".

Unterstellt, dass sich nicht mehr klären lässt, ob diese Behauptung zutrifft: Hat die IGMG einen Anspruch auf Unterlassen des (weiteren) Verbreitens dieser Behauptung durch das Landesamt für Verfassungsschutz?

[Anm.: Auszug aus dem Verfassungsschutzgesetz des Landes Baden-Württemberg (VSG BW):

**§ 3 Aufgaben des Landesamtes für Verfassungsschutz, Voraussetzungen für die Mitwirkung an Überprüfungsverfahren**

(1) Das Landesamt für Verfassungsschutz hat die Aufgabe, Gefahren für die freiheitliche demokratische Grundordnung, den Bestand und die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland und ihrer Länder frühzeitig zu erkennen und den zuständigen Stellen zu ermöglichen, diese Gefahren abzuwehren.

(2) Zur Erfüllung dieser Aufgaben sammelt das Landesamt für Verfassungsschutz Informationen, insbesondere sach- und personenbezogene Auskünfte,

*Nachrichten und Unterlagen von Organisationen und Personen über*

*1. Bestrebungen, die gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung, den Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes gerichtet sind oder eine ungesetzliche Beeinträchtigung der Amtsführung der Verfassungsorgane des Bundes oder eines Landes oder ihrer Mitglieder zum Ziele haben, [...] und wertet sie aus.*

**§ 12 Unterrichtung der Öffentlichkeit**

*Das Innenministerium und das Landesamt für Verfassungsschutz unterrichten die Öffentlichkeit periodisch oder aus gegebenem Anlass im Einzelfall über Bestrebungen und Tätigkeiten nach § 3 Abs. 2. Dabei dürfen auch personenbezogene Daten bekanntgegeben werden, wenn die Bekanntgabe für das Verständnis des Zusammenhangs oder der Darstellung von Organisationen oder unorganisierten Gruppierungen erforderlich ist und die Informationsinteressen der Allgemeinheit das schutzwürdige Interesse des Betroffenen überwiegen.]*

**Lösung:**

Die IGMG könnte das Unterlassen des (weiteren) Verbreitens der Behauptung verlangen, wenn sie einen entsprechenden Anspruch hätte.

**A. Anspruchsgrundlage**

Ein solcher Anspruch könnte sich aus dem gewohnheitsrechtlich anerkannten öffentlich-rechtlichen Unterlassungsanspruch ergeben. Das BVerwG erwähnt kurz dessen Herleitung aus der Abwehrfunktion der Freiheitsgrundrechte:

"In Ermangelung einer spezialgesetzlichen Grundlage leitet sich der Unterlassungsanspruch aus einer grundrechtlich geschützten Position des Klägers ab, die sich, wenn nicht aus der Religionsfreiheit (Art. 4 I GG), so doch jedenfalls aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG) ergibt. Die Grundrechte schützen den Grundrechtsträger vor rechtswidrigen Beeinträchtigungen jeder Art, auch solchen durch schlichtes Verwaltungshandeln. Infolgedessen kann der Bürger, wenn ihm wie dies hier vom Kläger geltend gemacht wird eine derartige Rechtsverletzung droht, gestützt auf das jeweils berührte Grundrecht Unterlassung verlangen (BVerwGE 82, 76 [77])."

**B. Tatbestand**

In tatbestandlicher Hinsicht setzt der öffentlich-rechtliche Unterlassungsanspruch voraus, dass durch hoheitliches Handeln in ein Grundrecht des Anspruchstellers eingegriffen wird, wobei der Eingriff nicht gerechtfertigt sein darf und fortauern muss.

**I. Hoheitliches Handeln**

Das hoheitliche Handeln könnte hier in der Abfassung

und Veröffentlichung des Verfassungsschutzberichtes für 2001 bzw. den darin enthaltenen Aussagen über die IGMG liegen.

Bei staatlichen Äußerungen kommt es für die Frage, ob sie hoheitlichen oder privatrechtlichen Charakter haben, auf den Sachzusammenhang an. Äußert sich der Funktionsträger im Sachzusammenhang mit seiner öffentlich-rechtlichen Aufgabe, liegt ein hoheitliches Handeln vor. Anders liegt es etwa, wenn ein Amtswalter nur eine persönliche Meinung wiedergibt. Das Landesamt für Verfassungsschutz des Landes Baden-Württemberg hat nach § 3 I des Verfassungsschutzgesetzes des Landes Baden-Württemberg (VSG BW) die Aufgabe, Gefahren für die freiheitliche demokratische Grundordnung, den Bestand und die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland und ihrer Länder frühzeitig zu erkennen und den zuständigen Stellen zu ermöglichen, diese Gefahren abzuwehren. Die Sammlung von Erkenntnissen und deren Verbreitung im Verfassungsschutzbericht dienen diesem Ziel, stehen also im Sachzusammenhang mit dieser öffentlich-rechtlichen Aufgabe. Ein (schlicht) hoheitliches Handeln ist somit zu bejahen.

## II. Grundrechtseingriff

Fraglich ist, ob dadurch in ein Grundrecht der IGMG eingegriffen wird. Als solches kommt hier das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 I i.V.m. 1 I GG in Betracht.

### 1. Schutzbereich betroffen

Dann müsste zunächst der Schutzbereich dieses Grundrechts in personaler und sachlicher Hinsicht betroffen sein.

#### a. Personal Schutzbereich

Fraglich ist zunächst, ob sich die IGMG überhaupt auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht berufen kann. Dies wäre nach Art. 19 III GG der Fall, wenn es sich bei ihr um eine inländische juristische Person handelte, auf die das Grundrecht "dem Wesen nach" anwendbar wäre. Dass die IGMG als eingetragener Verein eine "juristische Person" und als in Deutschland tätige Vereinigung "inländisch" in diesem Sinne ist, unterliegt keinem Zweifel. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht müsste jedoch auch "seinem Wesen nach" auf sie anwendbar sein. Dies ist der Fall, wenn eine Grundrechtsbeeinträchtigung auf Vereinigungsebene auf die im Verein organisierten Mitglieder "durchschlägt", diese also durch eine Ehrverletzung der IGMG auch in ihrer Ehre betroffen sind (sog. "personales Substrat"). In dieser Hinsicht ist die Anwendbarkeit des allgemeinen Persönlichkeitsrechts auf juristische Personen ist umstritten.

#### aa. Verneinende Auffassung

Eine Literaturansicht verneint generell eine Einbezie-

hung juristischer Personen in den Schutzbereich (Jarass, NJW 1989, 857, 859). Bei juristischen Personen sei nur ein "blasser Anklang" dessen zu finden, was Persönlichkeit und Person-Sein bei natürlichen Personen bedeute. Zudem sei jedenfalls Art. 1 I GG anerkanntermaßen nur auf natürliche Personen beschränkt. Danach könnte sich auch die IGMG nicht auf Art. 2 I i.V.m. 1 I GG berufen.

#### bb. Bejahende Auffassung

Der BGH vertritt das Gegenteil (BGHZ 81, 75 [78] m.w.N.). Auch juristische Personen hätten ein legitimes Interesse am Schutz ihres Ansehens in der Öffentlichkeit. Gerade für Kapital- und Personenhandelsgesellschaften sei der "gute Ruf" geradezu überlebenswichtig. Aber auch bei nicht wirtschaftlich aktiven Vereinigungen falle ein schlechtes Ansehen derselben auf ihre Mitglieder zurück. Danach könnte sich auch die IGMG auf Art. 2 I i.V.m. 1 I GG berufen.

#### cc. Differenzierende Auffassung

Das BVerfG schließlich hat diese Frage bisher stets offen gelassen. Eine allgemeine Aussage hierüber sei auch nicht möglich. Vielmehr komme es auf die konkrete Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und die konkrete juristische Person an. Für eine AG mag etwas anderes gelten als für einen Verein, und für das Recht am eigenen Bild etwas anderes als für das Recht auf informationelle Selbstbestimmung. Jedenfalls aber liege das Schutzniveau für juristische Personen unter dem der natürlichen Personen (BVerfG, RA 2005, 188 = NJW 2005, 833 zum Recht am eigenen Bild). Nach dieser Ansicht könnte sich die IGMG zumindest grundsätzlich auch auf Art. 2 I i.V.m. 1 I GG berufen, wobei im sachlichen Schutzbereich zu klären wäre, in welchem Umfang sie geschützt ist.

#### dd. Entscheidung des BVerwG

Jedenfalls für den Ehrschutz nimmt das BVerwG eine vollumfängliche Erstreckung auf juristische Personen an. Es gebe auch kein geringeres Schutzniveau:

"Zu Recht nimmt das Berufungsgericht an, dass dem Kläger als juristischer Person nach Art. 19 III GG die im allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG) wurzelnden Schutzansprüche zustehen, derer auch ein Personenverband im Rahmen seines Aufgabenbereichs bedarf (Dreier in: Dreier, GG, Bd. 1, Art. 2 Abs. 1 Rn. 82 m.w.N.; vgl. auch BVerfGE 106, 28 [42 f.]). [...]"

Dem kann der Beklagte nicht entgegenhalten, das allgemeine Persönlichkeitsrecht und als Teil davon das Recht auf persönliche Ehre einer juristischen Person werde im Vergleich zu betroffenen natürlichen Personen nur mit einem abgesenkten Schutzniveau gewährleistet, weil der soziale Geltungsanspruch einer Organisation nicht in deren ausschließlicher Konkretisie-

rungs- und Verfügungsmacht stehe. Der Umstand, dass das tatsächliche Erscheinungsbild des Klägers in der Öffentlichkeit dadurch bestimmt sein mag, dass seine Bestrebungen schon in der Vergangenheit als verfassungsfeindlich bewertet worden sind, kann nicht dazu führen, dass er neuerlich erhobene Tatsachenbehauptungen, die diese Bewertung untermauern können, ohne Rücksicht auf den Wahrheitsgehalt hinzunehmen hätte.”

#### *b. Sachlicher Schutzbereich*

Das allgemeine Persönlichkeitsrecht schützt verschiedene Formen der Persönlichkeitsentfaltung, darunter neben dem Recht am eigenen Wort, Bild und Namen oder dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung auch das Recht der persönlichen Ehre. Letzteres sieht das BVerwG hier als betroffen an:

“[Zu den Schutzgütern des allgemeinen Persönlichkeitsrechts] zählen das Verfügungsrecht und das Selbstbestimmungsrecht über die eigene Außendarstellung des Verbands sowie, damit verbunden, der Schutz des sozialen Geltungsanspruchs, der sogenannten “äußeren Ehre” als des Ansehens in den Augen anderer. Der Kläger sieht in den streitgegenständlichen Tatsachenbehauptungen, deren Wahrheit er bestreitet, zutreffend einen Eingriff in sein Recht auf Ehre. Er wird in dem Verfassungsschutzbericht im Zusammenhang mit sicherheitsgefährdenden Bestrebungen von Ausländern als islamistische Vereinigung bezeichnet. [Es] ist davon auszugehen, dass grundsätzlich alle Tatsachenbehauptungen im Verfassungsschutzbericht, die sich auf die Tätigkeit und die programmatische Ausrichtung einer beobachteten Organisation beziehen, dazu dienen, das abschließende Werturteil über die Organisation im Wege einer Gesamtschau zu tragen. [...] Auch den hier in Rede stehenden Tatsachenbehauptungen [kommt] eine derartige Bedeutung zu.”

#### *2. Eingriff*

Fraglich ist, ob durch die Veröffentlichung des Verfassungsschutzberichtes 2001 - genauer gesagt: die darin enthaltene, hier streitgegenständliche Tatsachenbehauptung, bei einer Veranstaltung der IGMG habe die Menge Sprechchöre gerufen wie “Hoca, wenn du sagst, wir sollen kämpfen, dann kämpfen wir. Wenn du sagst, wir sollen töten, dann töten wir!” - einen Eingriff in das Recht der persönlichen Ehre darstellt. Ein Eingriff ist anzunehmen, wenn es sich um eine spürbare Verkürzung des Schutzbereichs, also nicht nur um eine Bagatelle handelt. Das BVerwG bejaht dies in Übereinstimmung mit dem BVerfG:

“Nicht jedes staatliche Informationshandeln und nicht jede Teilhabe des Staates am Prozess öffentlicher Meinungsbildung ist als ein Grundrechtseingriff zu bewerten. Maßgeblich ist, ob der Schutzbereich eines Grundrechts berührt wird und ob die Beeinträchtigung einen Eingriff oder eine eingriffsgleiche Maßnahme

darstellt (vgl. BVerfG, Beschluss vom 24. Mai 2005 1 BvR 1072/01 BVerfGE 113, 63 [76]). Das ist hier im Hinblick auf die Besonderheiten des Verfassungsschutzberichts und dessen Auswirkungen auf [die IGMG] zu bejahen. Der Verfassungsschutzbericht ist kein beliebiges Erzeugnis staatlicher Öffentlichkeitsarbeit. Er zielt auf die Abwehr besonderer Gefahren und stammt von einer darauf spezialisierten und mit besonderen Befugnissen, darunter der Rechtsmacht zum Einsatz nachrichtendienstlicher Mittel, arbeitenden Stelle. Insofern geht eine Veröffentlichung im Verfassungsschutzbericht über die bloße Teilhabe staatlicher Funktionsträger an öffentlichen Auseinandersetzungen oder an der Schaffung einer hinreichenden Informationsgrundlage für eine eigenständige Entscheidungsbildung der Bürger, etwa als Marktteilnehmer, hinaus. Aus diesen Gründen hat das Bundesverfassungsgericht die Erwähnung einer Organisation als Beobachtungsobjekt im Verfassungsschutzbericht als eine “negative Sanktion” des Staates gegen diese gekennzeichnet und ihr infolgedessen die Qualität eines Grundrechtseingriffs beigemessen (Beschluss vom 24. Mai 2005 a.a.O. S. 77 f.)”

*[Anm.: Ob neben Art. 2 I i.V.m. 1 I GG auch noch in die Glaubensfreiheit aus Art. 4 I GG eingegriffen wird, ließ das BVerwG explizit offen:*

*“Dahinstehen kann, ob der Kläger Träger des Grundrechts aus Art. 4 I GG ist und ob die Anwendung dieses Grundrechts diejenige des allgemeinen Persönlichkeitsrechts verdrängen würde. Darauf kommt es für die Entscheidung nicht an, denn das Grundrecht auf Religionsfreiheit würde in dem hier vorliegenden Zusammenhang jedenfalls keinen geringeren Schutz gewähren als das allgemeine Persönlichkeitsrecht.”*

*Dies geschah offensichtlich aus Gründen der Vorsicht. Das BVerwG wollte sich nicht ohne Not aus dem Fenster lehnen und darüber entscheiden, ob eine so umstrittene Vereinigung wie Millî Görüş sich auf die Glaubensfreiheit berufen kann oder nicht. Ohne weitere Angaben zur fraglichen Organisation, d.h. ihrer Tätigkeit, Mitgliederzusammensetzung usw. könnte dies auch in einem Gutachten nicht geprüft werden. Allein die Angabe im Sachverhalt, dass es sich um eine tatsächlich existierende Organisation wie Millî Görüş, Scientology o.ä. handelt, genügt jedenfalls nicht, weil niemand vom Bearbeiter verlangen kann, dass er die Tätigkeiten dieser Organisationen selbst genau kennt und beurteilen kann.]*

#### *III. Kausalität*

Wie oben gezeigt, hat gerade die Veröffentlichung des Verfassungsschutzberichtes zu einem Eingriff in die persönliche Ehre der IGMG geführt. Das hoheitliche Handeln kann also nicht hinweggedacht werden, ohne dass der Grundrechtseingriff entfällt (Äquivalenz). Es lag auch nicht völlig außerhalb jeder Lebenserfahrung,

dass die IGMG in ihrer Ehe gekränkt sein würde (Adäquanz). Somit war das hoheitliche Handeln auch kausal für den Grundrechtseingriff.

#### IV. Fortdauer der Folge

Das BVerwG bejaht hier in drei kurzen Ergebnissätzen eine Wiederholungsgefahr:

“Die Rechtsbeeinträchtigung des Klägers ist bereits eingetreten und dauert mit der Gefahr ständiger Wiederholung an. Denn der Beklagte hat den Verfassungsschutzbericht nicht nur in gedruckter Form veröffentlicht, sondern verbreitet ihn in voller Länge im Internet weiter. Der Kläger ist daher auch zukünftig den Sachverhaltsdarstellungen ausgesetzt, die er zum Gegenstand seines Unterlassungsanspruchs gemacht hat.”

#### V. Rechtswidrigkeit

Die IGMG könnte ein Unterlassen aber nur verlangen, wenn der Eingriff in die grundrechtlich geschützte Position rechtswidrig wäre. Rechtmäßig wäre der Eingriff, wenn er von den Schranken des Grundrechts gedeckt wäre.

#### I. Schranken

Das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 I i.V.m. 1 I GG unterliegt den Schranken des Art. 2 I GG, insbesondere also der verfassungsmäßigen Ordnung. Zu dieser wiederum zählen vor allem die Gesetze, soweit sie ihrerseits verfassungsgemäß sind. Die Notwendigkeit einer gesetzlichen Grundlage erkennt auch das BVerwG, und sieht sie hier in § 12 S.1, § 3 II 1 Nr. 1 VSG BW:

“Der Staat ist zwar grundsätzlich nicht gehindert, das tatsächliche Verhalten von Gruppen oder deren Mitgliedern wertend zu beurteilen. Die Verteidigung von Grundsätzen und Wertvorgaben der Verfassung durch Organe und Funktionsträger des Staates kann auch mit Hilfe von Informationen an die Öffentlichkeit und der Teilhabe an öffentlichen Auseinandersetzungen erfolgen. Führt das staatliche Informationshandeln aber zu Beeinträchtigungen, die einen Grundrechtseingriff darstellen oder ihm gleichkommen, bedürfen sie der Rechtfertigung durch eine gesetzliche Ermächtigung (BVerfG, Beschluss vom 24. Mai 2005 a.a.O. S. 78). [...] Der Verfassungsschutzbericht [beruht] auf § 12 Satz 1, § 3 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 VSG BW in der hier noch anwendbaren Fassung vom 22. Oktober 1991 (GBl. BW 1991, 639). Er zielt auf die Abwehr besonderer Gefahren und soll die Öffentlichkeit u.a. über Bestrebungen unterrichten, die gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung gerichtet sind.

Das Landesamt für Verfassungsschutz sammelt gemäß § 3 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 VSG BW Informationen, insbesondere sach- und personenbezogene Auskünfte, Nachrichten und Unterlagen von Organisationen und Personen über Bestrebungen, die gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung, den Bestand oder

die Sicherheit des Bundes oder eines Landes gerichtet sind oder eine ungesetzliche Beeinträchtigung der Amtsführung der Verfassungsorgane des Bundes oder eines Landes oder ihrer Mitglieder zum Ziele haben, und wertet sie aus. Nach § 12 Satz 1 VSG BW unterrichten das Landesinnenministerium und das Landesamt für Verfassungsschutz die Öffentlichkeit periodisch oder aus gegebenem Anlass im Einzelfall über Bestrebungen und Tätigkeiten nach § 3 Abs. 2 VSG BW.“

#### II. Schranken-Schranke

An der verfassungsmäßigkeit der Ermächtigunggrundlage selbst besteht kein Zweifel. Fraglich ist jedoch, ob sie auch im konkreten Fall ordnungsgemäß angewendet worden ist, d.h. die tatbestandlichen Voraussetzungen vorliegen und die richtige Rechtsfolge gesetzt worden ist.

*[Anm.: Vor dem BVerfG wird - etwa im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde - nur die Verletzung spezifischen Verfassungsrechts geprüft. Das BVerfG ist keine “Superrevisionsinstanz”, prüft also bei der Anwendung der Schranke auf den konkreten Fall gerade nicht Tatbestand und Rechtsfolge durch, sondern nur die Einhaltung von Verfassungsprinzipien, vor allem des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit aus Art. 20 III GG. Der vorliegende Fall spielt jedoch nicht vor dem BVerfG, sondern vor einem Fachgericht. Deshalb ist eine volle Tatbestands- und Rechtsfolgenprüfung nicht nur zulässig, sondern zwingend geboten.]*

#### 1. Tatbestand

##### a. Wahrheit der Tatsachenbehauptung

In tatbestandlicher Hinsicht dürfen nach §§ 12 S.1 i.V.m. 3 II 1 Nr. 1 VSG BW aber nicht beliebige Tatsachenbehauptungen verbreitet werden, sondern nur wahre:

“Nach § 3 Abs. 2 Satz 2 VSG BW setzen Sammlung und Auswertung von Informationen im Einzelfall voraus, dass für Bestrebungen oder Tätigkeiten nach § 3 Abs. 2 Satz 1 VSG BW tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen. Das Berufungsgericht leitet daraus her, dass die Tatsachenbehauptungen im Verfassungsschutzbericht, die zur Begründung des abschließenden Werturteils über die bzw. den Verdacht der Verfassungsfeindlichkeit herangezogen werden, der Wahrheit entsprechen müssen. Hierbei handelt es sich um gesetzliche Vorgaben des baden-württembergischen Landesrechts, deren Auslegung durch den Verwaltungsgerichtshof das Revisionsgericht bindet (§ 137 Abs. 1 VwGO). Die landesgesetzlichen Vorgaben stimmen aber auch mit den Wertungen des Bundesverfassungsrechts überein. Denn für die Verbreitung unwahrer grundrechtsrelevanter Tatsachenbehauptungen gibt es in der Regel keinen einen Grundrechtseingriff recht-

fertigenden Grund (BVerfGE 99, 185 [196]).

#### *b. Nichterweislichkeit*

Laut Sachverhalt ist nicht mehr aufklärbar, ob die im Verfassungsschutzbericht aufgestellte Behauptung, bei einer Veranstaltung der IGMG habe die Menge Sprechchöre gerufen wie "Hoca, wenn du sagst, wir sollen kämpfen, dann kämpfen wir. Wenn du sagst, wir sollen töten, dann töten wir!", wahr oder unwahr ist. Fraglich ist, zu wessen Lasten dieses "non liquet" geht.

*[Anm.: Grundsätzlich gilt im Verwaltungsprozess der Amtsermittlungsgrundsatz des § 86 I VwGO. Die Gerichte müssen zur Ermittlung der Wahrheit oder Unwahrheit einer Behauptung also alle denk- und zumutbaren Erkenntnisquellen ausschöpfen. Tatsächlich beschäftigt sich auch ein breiter Teil der Originalentscheidung mit der Frage, ob die Vorinstanzen in dieser Hinsicht alles Nötige getan haben. Dies wird aber in aller Regel kein Klausurgegenstand sein. Jedenfalls in Klausuren zum ersten juristischen Staatsexamen ist der Sachverhalt unstreitig, d.h. der Kandidat kann damit rechnen, dass ihm vorgegeben wird, ob eine Behauptung wahr, unwahr oder nicht aufzuklären ist.]*

Das BVerwG ist insoweit konsequent: Wenn die Wahrheit der Behauptung Tatbestandsvoraussetzung ist, und sich nicht nachweisen lässt, ob diese erfüllt ist, genügt dies nicht:

"Das Berufungsurteil hat in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise die Unerweislichkeit der Wahrheit der drei streitgegenständlichen Tatsachenbehauptungen im Verfassungsschutzbericht 2001 des Landes Baden-Württemberg zum Nachteil des Beklagten gewertet und deshalb die Unterlassungsklage im noch rechtshängigen Umfang für begründet erkannt. Die Beantwortung der Frage, wer das Risiko eines "non liquet" trägt, gehört zum materiellen Recht und

ist daher nicht etwa von der zulässigen Klageart abhängig. Im Grundsatz trägt danach jeder Beteiligte den Rechtsnachteil für die Nichterweislichkeit der ihm günstigen Tatbestandsmerkmale (sog. Günstigkeitsprinzip oder Normbegünstigungsprinzip; vgl. Urteil vom 13. Oktober 1988 BVerwG 5 C 35.85 BVerwGE 80, 290 [296 f.] = Buchholz 436.36 § 15 BAföG Nr. 28 S. 9 f.; ferner Höfling/Rixen, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 2. Aufl. 2006, § 108 Rn. 115 f.). Durch Auslegung der materiell-rechtlichen Norm ist zu ermitteln, welche Verteilungsanordnung die in ihr enthaltene ungeschriebene Beweislastnorm trifft. Ein absolut geltendes materielles Prinzip der Beweislastverteilung gibt es im Verwaltungsrecht ebenso wenig wie im Zivilrecht (Dawin, in: Schoch/Schmidt-Assmann/Pietzner, VwGO, Stand 2007, § 108 Rn. 100). Beansprucht der Staat das Recht, in einen durch ein negatorisches Grundrecht geschützten Freiheitsbereich einzugreifen, trägt er die Beweislast für die gesetzlichen Voraussetzungen dieses Eingriffs nach Maßgabe der Grundsätze über die Beweislast im Anfechtungsrechtsstreit (Dawin, a.a.O. Rn. 105). Denn in der freiheitlichen Demokratie des Grundgesetzes bedarf der hoheitliche Eingriff in ein Grundrecht der Rechtfertigung; nicht ist umgekehrt die Ausübung von Grundrechten rechtfertigungsbedürftig (vgl. BVerfG, NJW 2007, 2167 [2169])."

#### *2. Zwischenergebnis*

Der Tatbestand der Ermächtigungsgrundlage ist nicht erfüllt. Der Eingriff in das Recht der persönlichen Ehre der IGMG lässt sich somit nicht rechtfertigen. Er ist rechtswidrig.

#### *C. Rechtsfolge*

Die IGMG kann das Unterlassen der weiteren Verbreitung der Tatsachenbehauptung durch das Landesamt für Verfassungsschutz verlangen.

### **Standort: Deliktsrecht**

### **Problem: Verkehrssicherungspflichten (VSP)**

OLG STUTTGART, BESCHLUSS VOM 29.04.2008  
5 W 9/08 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

#### **Problemdarstellung:**

Die Kl. begehrt vom Bekl., dem Geschäftsführer der Komplementärin der P. GmbH & Co. KG, Schadensersatz. Die P.GmbH & Co. KG betreibt eine Diskothek in dazu angemieteten Räumlichkeiten. Die Kl. verunglückte auf dem zur Diskothek gehörigen Parkplatz. Als die Kl. sich auf einen in den Boden eingelassenen Betondeckel stellte, gab dieser unter ihrem Gewicht nach. Sie fiel in den Schacht, konnte sich dabei jedoch an der Kanalöffnung festhalten, so dass sie schnell befreit werden konnte.

Die Kl. begehrt Ersatz der erlittenen und künftig noch zu erwartenden Schäden materieller und immaterieller Art.

Die Kl. beehrte zunächst die Gewährung von Prozesskostenhilfe. Diesen Antrag hat das Landgericht zurückgewiesen. Das Landgericht hat der dagegen erhobenen Beschwerde nicht abgeholfen und die Sache dem Oberlandesgericht zur Entscheidung vorgelegt. Das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde hatte überwiegend Erfolg.

#### **Prüfungsrelevanz:**

Der erkennende Senat befasste sich mit der Frage, unter welchen Voraussetzungen der Geschäftsführer als

Organ einer juristischen Person persönlich wegen der Verletzung einer VSP haftet.

Eine Verkehrssicherungspflicht obliegt demjenigen, der eine Gefahrenquelle schafft oder eine solche unterhält. Die allgemeine Verkehrssicherungspflicht beruht auf dem Gedanken, dass derjenige, der in seinem Verantwortungsbereich eine Gefahrenquelle oder einen gefahrdrohenden Zustand schafft oder andauern lässt, die Pflicht hat, alle ihm zumutbaren Maßnahmen und Vorkehrungen zu treffen, um eine Schädigung anderer zu verhindern (st. Rspr., vgl. BGH VersR 2006, 803 m. w. Nachw.; BGH, NJW 2004, 1449; BGH, NJW-RR 2003, 1459). Im vorliegenden Fall konnte offen bleiben, ob der Eigentümer Verkehrssicherungspflichten auf die P. GmbH & Co. KG als Mieterin und Betreiberin der Diskothek übertragen hat. Denn bereits die Eröffnung einer Gefahrenquelle verpflichtet zur Verkehrssicherung mit der Folge, dass derjenige, der Dritten Zugang zu einem Grundstück bzw. einem Gebäude gewährt, den gebotenen Sicherheitsstandard zu gewährleisten hat (Wagner in Münchener Kommentar, 4. Aufl., Rn 232 zu § 823 BGB; Palandt-Sprau, 67. Aufl., Rn 46 zu § 823 BGB). Die Intensität der Sicherungspflichten ist dabei umso größer, je beschränkter die Gefahrsteuermöglichkeiten der Passanten sind. In diesem Zusammenhang sind mehrere Entscheidungen bzgl. der VSP's von Gastwirten ergangen. Demnach trifft den Gastwirt die Verkehrssicherungspflicht, für ein hohes Maß an Verkehrssicherheit auf dem Bürgersteig vor seinem Geschäftslokal, auf den zu seinem Lokal hinführenden Zugängen und auf dem zu seiner Gaststätte gehörenden Privatparkplatz zu sorgen (OLG Brandenburg VRR 2008, 26; OLG Hamm NJW 2000, 3144; OLG Celle VersR 1995, 598). Hier bezog sich die VSP auch auf den Parkplatz vor den Diskothek, weil dieser den Besuchern frei zugänglich gemacht wurde und zu diesem Zweck von der Betreiberin angemietet worden war.

Da die Gefahrenquelle durch die P. GmbH & Co. KG als Betreiberin der Diskothek eröffnet worden ist, trifft grundsätzlich diese die deliktische Verkehrssicherungspflicht. Nach Rechtsauffassung des erkennenden Senats, der sich insoweit der Rechtsprechung des BGH (z.B. in BGHZ 109, 297; BGH NJW 1996, 1535) und Teilen der Literatur (Hager in Staudinger, 1999, Rn E 68 zu § 823 BGB; Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, 13. Aufl., Bd. II/2, § 76 III 5 d) anpasst, ist jedoch bei mittelbaren Verletzungen durch Leiter von Betrieben und Organe wegen Nichterfüllung einer Verkehrspflicht der Tatbestand einer unerlaubten Handlung dann erfüllt, wenn die Betriebsleiter bzw. Organe nicht die notwendigen organisatorischen Maßnahmen getroffen haben, um Schaden abzuwenden (vgl. dazu näher Spindler in Bamberger/Roth, Beck'scher Online-Kommentar, Rn 271 f.

zu § 823 BGB; B. Grunewald ZHR 157, (1993), 451 ff.). Dadurch wird eine Eigenhaftung der Organe begründet. Aus der Garantienstellung zum Schutz fremder Güter, die der Einflussphäre der Gesellschaft anvertraut wurden, erwächst das allgemeine Gebot für Geschäftsführer und andere Organe, die innerbetrieblichen Abläufe so zu organisieren, dass Schädigungen Dritter vermieden werden. Zu diesem Zweck sind nicht nur die nachgeordneten Mitarbeiter sorgfältig auszuwählen, sondern diese auch in dem gebotenen Umfang zu instruieren und die sorgfältige Ausführung der übertragenen Tätigkeiten zu überwachen (vgl. Wagner in Münchener Kommentar, Rn 370 zu § 823 BGB m. N.).

Die Frage, ob der Bekl. die ihn treffende organisatorische Pflicht, den angemieteten Parkplatz einschließlich der dort vorhandenen Kanaldeckel in einem solchen Zustand zu halten, dass Besucher der Diskothek bei Befahren oder Betreten des Parkplatzes keinen Schaden erleiden, schuldhaft verletzt hat, ist bislang noch offen und bedarf weiterer Aufklärung.

#### **Vertiefungshinweise:**

Zur Verletzung einer Verkehrssicherungspflicht: *OLG Stuttgart*, RA 2007, 250 = *NJW* 2007, 1368 (VSP beim Wandern); *BGH*, RA 2006, 722 (Verkäufer); *BGH*, RA 2006, 647 = *NJW* 2006, 3268 (Reiseveranstalter); *BGH*, RA 2006, 454 = *NJW* 2006, 2326 (Gastwirt); *BGH*, RA 2004, 320 = *NJW* 2004, 1031 (Gebrauchtwagenhändler); *Raab*, *JuS* 2002, 1041; *Edenfeld*, *VersR* 2002, 272

#### **Kursprogramm:**

- Examenskurs*: "Der betrunkene Kranführer"  
 *Assessorkurs*: "Der erschlichene LKW"

#### **Leitsatz:**

**Das Organ einer juristischen Person haftet bei Verletzung der Verkehrssicherungspflicht persönlich aus Delikt.**

#### **Sachverhalt:**

Die Kl. nimmt den Bekl. wegen Verletzung von Verkehrssicherungspflichten auf Schmerzensgeld in Anspruch und begehrt die Feststellung, dass der Bekl. ihr alle künftigen aus dem Unfallereignis resultierenden Schäden zu ersetzen hat.

Die zur Zeit des Unfallgeschehens 18 jährige Kl. besuchte in der Nacht vom 29.09. auf den 30.09.2006 die Diskothek „R.“ in .... Als ihre Bekannte gegen 0.30 Uhr einen Anruf erhielt, begab sich die Kl. mit dieser nach draußen auf den Parkplatz der Diskothek. Dort trat die Kl. auf einen im Boden eingelassenen Kanaldeckel (vermutlich aus Beton), der unter der Belastung zu Bruch ging und stürzte in den Kanalschacht. Da sie

in der Lage war, sich am oberen Rand der Kanalöffnung festzuhalten, konnte sie rasch aus dieser Situation befreit werden.

Die Kl. trägt vor, der Bekl. sei Mieter und Betreiber der Diskothek. Sie ist der Auffassung, dass sich dieser aufgrund der Verletzung von bestehenden Verkehrssicherungspflichten ihr gegenüber schadensersatzpflichtig gemacht hat. Von dem anwesenden Wachpersonal sei ihr gegenüber geäußert worden, dass die Brüchigkeit des Kanaldeckels jedem Mitarbeiter des Betriebs bekannt gewesen sei und man damit gerechnet habe, dass dieser Kanaldeckel irgendwann in sich zusammen fallen werde. Dies könne von den Zeugen O. und C. bestätigt werden. Der Schachtdeckel sei vor dem Unfall nicht ordnungsgemäß auf seine Stabilität hin überprüft worden. Es sei davon auszugehen, dass dieser vor dem Unfallereignis bereits äußerlich sichtbare Risse aufgewiesen habe. Sie habe von dem Sturz Schürfungen und Prellungen an beiden Beinen, insbesondere den Schienbeinen, erlitten und eine Beschwerdesymptomatik der tiefen Lendenwirbelsäule und der Brustwirbelsäule davon getragen. Durch die Narbenbildung im Beinbereich sei ihr Selbstwertgefühl erheblich gestört. Die körperlichen Beeinträchtigungen dauerten noch an. Aufgrund der erlittenen immateriellen Nachteile hält sie ein Schmerzensgeld in Höhe von 6.000,- EUR für angemessen. Eine abschließende Bezifferung der Schadensersatz- und Schmerzensgeldansprüche sei noch nicht möglich.

Der Bekl. hat geltend gemacht, er sei nicht passivlegitimiert. Mieterin und Betreiberin der fraglichen Diskothek sei die Firma P GmbH & Co. KG und nicht er in Person; er sei der Geschäftsführer der Komplementärin der P. GmbH & Co. KG. Eine Verkehrssicherungspflicht treffe weder ihn noch die Mieterin, da der Eigentümer die Verkehrssicherungspflicht nicht mietvertraglich auf die Mieterin übertragen habe. Die Verkehrssicherungspflicht erstrecke sich nicht darauf, den Zustand der Kanaldeckel in regelmäßigen Abständen auf ihre Bruchsicherheit hin zu überprüfen, so dass eine Kontrolle derselben tatsächlich auch nicht vorgenommen werde.

Tatsächlich weist der Mietvertrag die P. GmbH & Co. KG als Mieterin aus.

Überprüfen Sie gutachterlich, ob die Kl. Ansprüche gegen den Bekl. auf Ersatz der immateriellen Schäden hat. Prüfen Sie weiterhin, ob für die begehrte Feststellungsklage das gem. § 256 I ZPO notwendige Feststellungsinteresse vorliegt.

### **Lösung:**

#### *1. Teil: Ansprüche auf Schadensersatz:*

Fraglich ist, ob die Kl. einen Anspruch auf Schadensersatz hat. Die Kl. begehrt den Ersatz immaterieller Schäden i.S.v. § 253 II BGB.

#### *A. Anspruch auf Schadensersatz gem. § 280 ff. BGB*

Es könnte ein Anspruch auf Schadensersatz gem. §§ 280 ff. BGB gegeben sein.

Es müsste ein wirksames Schuldverhältnis vorliegen. Die Kl. hat die Diskothek, welche durch die Firma P GmbH & Co. KG betrieben wird, besucht. Fraglich ist, ob eine Einigung i.S.v. §§ 145 ff. BGB zwischen der Kl. und dem Bekl. vorliegt. In Betracht kommt hier ein Dienstvertrag gem. § 611 BGB.

Der erkennende Senat führte dazu aus:

“[10] Nach dem Vorbringen des Bekl. wird die Diskothek nicht von ihm persönlich betrieben. Dieser Vortrag wird durch den vom Bekl. vorgelegten Mietvertrag (Anlage B 1) gestützt, wonach das streitgegenständliche Objekt nebst den dazugehörigen Parkplätzen und Außenanlagen zur Nutzung einer Diskothek und eines Gastronomiebetriebes an die P. GmbH & Co. KG, vermietet wurde. Ob die P. GmbH & Co. KG, die nicht mit dem Eigentümer S. sondern mit den Eheleuten S. und ... A. einen Mietvertrag geschlossen hat, hierbei als Mieterin oder Untermieterin fungiert hat, kann dahinstehen.

[11] Bei unternehmensbezogenen Geschäften, bei denen der Vertragsinhalt einen zum Unternehmensbereich gehörenden Gegenstand betrifft, wird grundsätzlich der Unternehmensinhaber Vertragspartner, ohne dass es darauf ankommt, ob der den Vertrag Abschließende als Vertreter handelt und dies auch kenntlich macht (Schramm in Münchener Kommentar, 5. Aufl., Rn 23 zu § 164 BGB m. w. N.). Da auch ein Diskothekenbesuch ein unternehmensbezogenes Geschäft darstellt, ist von einem Vertragsschluss mit der P. GmbH & Co. KG auszugehen. Besondere Umstände, aus denen sich ergeben könnte, dass hier nicht die P. GmbH & Co. KG berechtigt und verpflichtet worden ist, hat die Kl. nicht vorgetragen. Erst recht ist eine Sonderverbindung mit dem Bekl. nicht belegt.

[12] In Ermangelung einer vertraglichen Beziehung zwischen den Parteien bleibt für eine Zurechnung von Sorgfaltspflichtverletzungen Dritter nach § 278 BGB kein Raum.”

Also sind vertragliche Ansprüche auf Schadensersatz nicht ersichtlich.

#### *B. Anspruch auf Schadensersatz gem. § 831 I BGB*

Die Kl. könnte einen Anspruch auf Schadensersatz gem. § 831 I BGB haben. Dazu müsste eine unerlaubte Handlung eines Verrichtungsgehilfen des Bekl. vorliegen, für die der Bekl. als Geschäftsherr haftet. Allerdings ist nicht der Bekl. Rechtsinhaber bzw. Vertragspartner der Arbeitsverträge der weiteren Mitarbeiter der P. GmbH & Co. KG. Geschäftsherr ist damit die P. GmbH & Co. KG selbst. Also ist der Bekl. nicht Geschäftsherr i.d.S..

#### *C. Anspruch auf Schadensersatz gem. § 831 II BGB*

Es könnte sich weiterhin ein Anspruch auf Schadens-



ersatz gem. § 831 II BGB ergeben. Dies setzt jedoch voraus, dass die P. GmbH & Co. KG ihre gesetzliche Verpflichtung auf den Geschäftsführer übertragen hat. Der Bekl. nimmt als Organ der P. GmbH & Co. KG die Ausübung der Aufsichtspflichten wahr. Zwar kann ein Organ im Innenverhältnis gegenüber der Gesellschaft seine internen Verpflichtungen verletzen, aber eine Einstandspflicht nach § 831 II BGB gegenüber einem betroffenen Dritten trifft ohne besonderen Übertragungsakt durch das Organ nur die Gesellschaft selbst (BGHZ 109, 297, 303; BGH, NJW 1994, 1801; MünchKomm-Stein, BGB, § 831 Rn 68). Im vorliegenden Fall kümmerte der Bekl. sich um den reibungslosen Ablauf des Betriebs in der fraglichen Diskothek. Ein besonderer Übernahmevertrag i.S.v. § 831 II BGB ist hier nicht ersichtlich. Die reine Organstellung ist nicht ausreichend (Palandt-Sprau, BGB, § 831 Rn 17). Also ist ein Schadensersatzanspruch nicht gegeben.

#### *D. Anspruch auf Schadensersatz gem. § 823 I BGB*

Es könnte ein Anspruch auf Schadensersatz gem. § 823 I BGB bestehen.

##### *I. Rechtsgutsverletzung*

Es müsste ein Rechtsgutsverletzung gem. § 823 I BGB vorliegen. Dies ist in Form einer Körper- und Gesundheitsschädigung der Fall.

##### *II. Verhalten*

Die Rechtsgutverletzung müsste auf einem Verhalten des Bekl. beruhen. Tatbestandsmäßig kann jedes menschliche Verhalten, d.h. aktives Tun oder ein Unterlassen, sein, sofern es vom Willen beherrschbar ist (BGHZ 29, 103). In Betracht kommt hier ein Unterlassen der Überprüfung des Kanaldeckels.

##### *1. Unterlassen*

Das Verhalten könnte hier in einem Unterlassen zu sehen sein. Der Bekl. hat nicht bestritten, dass eine Kontrolle der Kanaldeckel auf dem Parkplatz nicht erfolgt. Also ist ein Unterlassen gegeben. In den Fällen des Unterlassens ist jedoch nicht in jedem Falle ein anknüpfungsfähiges Verhalten gegeben; vielmehr muss eine Pflicht zum Handeln zur Verhütung der Rechtsgutsverletzung bestehen, deren Beachtung die Rechtsgutsverletzung verhindert hätte (Palandt-Sprau, BGB, § 823 Rn 2). Nur in dem Falle kann die Gleichwertigkeit zu einem aktiven Tun festgestellt werden.

##### *2. Verletzung einer Verkehrssicherungspflicht*

Die Gleichwertigkeit des aktiven Tuns mit dem Unterlassen könnte aus der Verletzung einer Verkehrssicherungspflicht herrühren (Nürnberg NJW 2004, 1254; Palandt-Sprau, BGB, § 823 Rn 45).

##### *a. Bestehen einer Verkehrssicherungspflicht*

Es müsste eine Verkehrssicherungspflicht bestehen,

welche auch dem Bekl. obliegt.

##### *aa. Inhalt der VSP*

Inhalt der VSP sind diejenigen Vorkehrungen, die nach den konkreten Umständen zur Beseitigung der Gefahr erforderlich und zumutbar sind. Erforderlich sind diejenigen Maßnahmen, die ein umsichtiger und verständiger, in vernünftigen Grenzen vorsichtiger Angehöriger eines bestimmten Verkehrskreises für notwendig und ausreichend halten darf, um andere Personen vor Schäden zu bewahren (BGH, NJW 2006, 2326; VersR 2006, 665). Dazu führte der erkennende Senat aus:

“[14](...) Die allgemeine Verkehrssicherungspflicht beruht auf dem Gedanken, dass derjenige, der in seinem Verantwortungsbereich eine Gefahrenquelle oder einen gefahrdrohenden Zustand schafft oder andauern lässt, die Pflicht hat, alle ihm zumutbaren Maßnahmen und Vorkehrungen zu treffen, um eine Schädigung anderer zu verhindern (st. Rspr., vgl. nur BGH VersR 2006, 803 m. w. Nachw.). Dieser Grundsatz greift im Streitfall Platz. Bereits die Eröffnung eines Verkehrs verpflichtet zur Verkehrssicherung mit der Folge, dass derjenige, der Dritten Zugang zu einem Grundstück bzw. einem Gebäude gewährt, den gebotenen Sicherheitsstandard zu gewährleisten hat (Wagner in Münchener Kommentar, 4. Aufl., Rn 232 zu § 823 BGB; Palandt-Sprau, 67. Aufl., Rn 46 zu § 823 BGB). Die Intensität der Sicherungspflichten ist dabei umso größer, je beschränkter die Gefahrsteuermöglichkeiten der Passanten sind. Anerkannt ist daher, dass den Gastwirt die Verkehrspflicht trifft, für ein hohes Maß an Verkehrssicherheit auf dem Bürgersteig vor seinem Geschäftslokal, auf den zu seinem Lokal hinführenden Zugängen und auf dem zu seiner Gaststätte gehörenden Privatparkplatz zu sorgen (BGH VersR 1992, 1416; OLG Hamm NJW 2000, 3144; OLG Düsseldorf VersR 1983, 925; OLG Brandenburg VRR 2008, 26; OLG Celle VersR 1995, 598).”

Fraglich ist, wie es sich auswirkt, dass sich der Kanaldeckel auf dem Parkplatz der Diskothek befunden hat und nicht innerhalb der Räumlichkeiten der Diskothek. “[15] Das fragliche Parkplatzgelände, auf dem die Kl. zu Schaden kam, wurde von der Betreiberin der Diskothek zu diesem Zweck angemietet und Besuchern frei zugänglich gemacht. Dadurch erstreckte sich die Verkehrssicherungspflicht auch auf den im Parkplatz eingelassenen Schachtdeckel mit der Folge, dass der Verkehrssicherungspflichtige grundsätzlich auch für die Tragfähigkeit des eingelassenen Schachtdeckels einzustehen hat (vgl. BGH VersR 1967, 1155).”

Folglich ist eine VSP zu bejahen.

##### *bb. Träger der VSP*

Träger der VSP müsste der Bekl. sein. Zu berücksichtigen ist insoweit, dass nicht der Bekl. Der Betreiber der Diskothek ist, sondern die P. GmbH & Co KG.

“[16] Da die Gefahrenquelle durch die P. GmbH & Co. KG als Betreiberin der Diskothek eröffnet worden ist, trifft grundsätzlich diese die deliktische Verkehrssicherungspflicht. Nach dem BGH (BGHZ 109, 297; BGH NJW 1996, 1535) und Teilen der Literatur (Hager in Staudinger, 1999, Rn E 68 zu § 823 BGB; Lorenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, 13. Aufl., Bd. II/2, § 76 III 5 d) ist jedoch bei mittelbaren Verletzungen durch Leiter von Betrieben und Organe wegen Nichterfüllung einer Verkehrspflicht der Tatbestand einer unerlaubten Handlung dann erfüllt, wenn die Betriebsleiter bzw. Organe nicht die notwendigen organisatorischen Maßnahmen getroffen haben, um Schaden abzuwenden (vgl. dazu näher Spindler in Bamberger/Roth, Beck'scher Online-Kommentar, Rn 271 f. zu § 823 BGB; B. Grunewald ZHR 157, (1993), 451 ff.). (...) Aus dieser Garantenstellung zum Schutz fremder Güter, die der Einflussphäre der Gesellschaft anvertraut wurden, erwächst das allgemeine Gebot für Geschäftsführer und andere Organe, die innerbetrieblichen Abläufe so zu organisieren, dass Schädigungen Dritter vermieden werden. Zu diesem Zweck sind nicht nur die nachgeordneten Mitarbeiter sorgfältig auszuwählen, sondern diese auch in dem gebotenen Umfang zu instruieren und die sorgfältige Ausführung der übertragenen Tätigkeiten zu überwachen (vgl. Wagner in Münchener Kommentar, Rn 370 zu § 823 BGB m. N.). Bei dem Bekl. handelt es sich um den Geschäftsführer der Komplementärin der P. GmbH & Co. KG. Zudem führt der Bekl. die Diskothek. Genau aus diesem Grund oblag es dem Bekl. für die Sicherheit des Diskobetriebes zu sorgen, wozu insbesondere auch gehört, dass niemand zu Schaden kommt. Also ist der Bekl. Träger der VSP.

#### *b. Verletzung der VSP*

Der Bekl. müsste die VSP verletzt haben. Der Bekl. hat weder selbst keine Kontrollen des Außengeländes vorgenommen, noch hat er Mitarbeiter dazu angehalten und deren Tätigkeiten insoweit überwacht. Bedingt dadurch ist der brüchige Kanaldeckel auf dem Gelände des Parkplatzes nicht entdeckt worden, wodurch die Kl. letztlich die Verletzungen erlitten hat. Daher ist hier die Verletzung der VSP zu bejahen.

*[Anm.: In der Originalentscheidung konnten Feststellungen dazu nicht abschließend getroffen werden. Die Frage, ob der Bekl. die ihn treffende organisatorische Pflicht, den angemieteten Parkplatz einschließlich der dort vorhandenen Kanaldeckel in einem solchen Zustand zu halten, dass Besucher der Diskothek bei Befahren oder Betreten des Parkplatzes keinen Schaden erleiden, schuldhaft verletzt hat, war noch offen und bedurfte weiterer Aufklärung.]*

#### *III. Kausalität und Zurechnung*

Die Rechtsgutverletzung müsste adäquat kausal und

zurechenbar auf dem Verhalten des Bekl. beruhen.

#### *1. Äquivalenztheorie*

Gemäß der Äquivalenztheorie ist die Kausalität des Verhaltens beim Unerlassen dann gegeben, wenn die geschuldete Handlung nicht hinzugedacht werden könnte, ohne dass der tatbestandliche Erfolg in seiner konkreten Ausgestaltung entfiel. Hätte der Bekl. eine Kontrolle der Kanaldeckel auf dem Parkplatz vorgenommen, dann wäre die Brüchigkeit des Deckes entdeckt worden und der Verletzungserfolg bei der Kl. jedenfalls nicht so eingetreten. Also ist die Kausalität insoweit gegeben.

#### *2. Adäquanztheorie*

Gemäß der Adäquanztheorie ist die Kausalität dann gegeben, wenn die durch das Verhalten gesetzte Bedingung regelmäßig und nicht nur unter ganz außergewöhnlichen Umständen den tatbestandlichen Erfolg herbeiführt. Wird auf einem der Öffentlichkeit zur Verfügung gestellten Gelände, auf dem sich regelmäßig Menschen aufhalten, die Sicherheit der Kanaldeckel nicht überprüft, liegt es nicht außerhalb jeglicher Wahrscheinlichkeit, dass sich Personen bei Betreten der Fläche verletzen.

#### *3. Schutzzweck der Norm*

Der Schutzzweck der Norm müsste gewahrt sein. Eine Schadensersatzpflicht besteht nur dann, wenn der geltend gemachte Schaden nach Art und Entstehungsweise unter den Schutzzweck der verletzten Norm fällt. Es muss sich also um Nachteile handeln, die aus dem Bereich der Gefahren stammen, zu deren Abwendung die verletzte Norm erlassen worden ist (Palandt-Heinrichs, Vorb. v. § 249 Rn 62). Die deliktische Haftung soll vor unmittelbar zum Verletzungserfolg führenden Verhaltensweisen schützen. Vorliegend war jedoch ein Unterlassen gegeben, wobei die Gleichwertigkeit zum aktiven Tun durch die Verletzung der VSP festgestellt wurde. Etwaige den Schutzzweck der Norm durchbrechende Verhaltensweisen der Kl. sind nicht ersichtlich, insbesondere ist keine eigenverantwortliche Selbstgefährdung ersichtlich. Damit liegt der Schutzzweck der Norm vor. Somit ist die Kausalität und die Zurechnung zu bejahen.

*[Anm.: Selbst wenn eine eigenverantwortliche Selbstgefährdung vorläge, führte dies wohl nicht zu einem Ausschluss des haftungsbegründenden Tatbestands, da der eigene Verursachungsbeitrag des Geschädigten vielmehr eine Frage der Anspruchskürzung durch Mitverschulden gem. § 254 BGB ist und dort auch angemessen berücksichtigt werden kann.]*

#### *IV. Rechtswidrigkeit*

Die Rechtswidrigkeit wird nach der Lehre vom Erfolgsunrecht durch die Tatbestandlichkeit der Rechts-

gutverletzung indiziert.

#### V. Verschulden

Der Bekl. müsste schuldhaft gem. § 823 I BGB gehandelt haben. Hier dürfte jedenfalls Fahrlässigkeit gem. § 276 II BGB vorliegen.

#### VI. Rechtsfolge

Die Kl. hat daher einen Anspruch auf immateriellen Schadensersatz gem. § 253 II BGB. Zur Bemessung der Höhe führte der erkennende Senat aus:

“[20] Die bei der Kl. eingetretenen immateriellen Nachteile rechtfertigen - eine Haftung des Bekl. dem Grunde nach unterstellt - ein Schmerzensgeld in Höhe von 4.500,- EUR (§ 253 BGB). Die Prellungen und Schürfwunden sind durch die bei den polizeilichen Ermittlungsakten befindlichen Lichtbilder belegt. Vernarbungen in gewissem Umfang aufgrund der Hautverletzungen sind auf den weiteren Lichtbildern (Anlage K 5) deutlich zu erkennen. Die von der Kl. geklagten Beschwerden im Bereich der Lendenwirbelsäule wurden durch den Behandler Dr. H. objektiviert (vgl. Arztbericht vom 24.01.2007, Anlage K 7). Belastungsabhängige Schmerzen im Herbst 2007 sowie Beschwerden und Einschränkungen im Bereich der unteren Lendenwirbelsäule bestanden noch im Herbst 2007 (Anlage K 8). Bei vorläufiger Betrachtung erscheint ein Schmerzensgeldbetrag von 4.500,- EUR adäquat, aber auch ausreichend. Ein Vergleich mit anderen Fällen zeigt, dass ein Schmerzensgeld in dieser Größenordnung regelmäßig nur dann zugesprochen wird, wenn Frakturen zu beklagen sind (vgl. z.B. Hacks/Ring/Böhm, Schmerzensgeldbeträge, 28. Aufl., Nr. 1144: Gesichtsschädelfraktur, Gehirnerschütterungen, Rippenreihenfrakturen; Nr. 1159: Schwere Gehirnerschütterung, Bruch des Schlüsselbeines, starke Prellungen an beiden Beinen, Abbruch eines Backenzahnes; Nr. 1175:

Deckenplattenkompression C 6 Fraktur, beidseitiger Tinnitus; Nr. 1178: Schädelhirntrauma, HWS-Distorsion, Humerusschaftfraktur, Fraktur Unterarmhöcker, Fraktur 11. BWK mit 19 tätigem Krankenhausaufenthalt und Operation). Zu einem Knochenbruch ist es bei der Kl. glücklicherweise nicht gekommen.

[21] Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass eine Bindung an diesen Schmerzensgeldbetrag im Hauptsacheverfahren nicht besteht, sodass das Landgericht nicht gehindert ist, der Kl. ggf. ein höheres Schmerzensgeld zuzuerkennen (BGH NJW 1996, 2425).”

*[Anm.: Der Anspruch auf Schmerzensgeld soll dem Verletzten immaterielle Schäden angemessen ausgleichen. Dabei hat es nach der Rechtsprechung des BGH eine doppelte Funktion. Zum einen soll der Verletzte einen angemessenen Ausgleich für die erlittenen Schmerzen und Leiden erhalten. Darüber hinaus soll das Schmerzensgeld dem Verletzten Genugtuung für*

*das verschaffen, was der Schädiger ihm angetan hat. Die Entschädigung ist nach Billigkeit festzusetzen. Dabei kommt dem Gedanken, dass für vergleichbare Verletzungen, unabhängig vom Haftungsgrund, annähernd gleiche Schmerzensgelder zu gewähren sind, besondere Bedeutung zu (KG NJW-RR 2003, 24; Ffm NJW-RR 1990, 990, 991). Wichtige Hilfen für die Bemessung sind die Schmerzensgeldtabellen (Vgl. Palandt-Heinrichs, § 253 Rn 22).]*

*E. Anspruch auf Schadensersatz gem. § 823 II BGB i.V.m. §§ 229, 13 I StGB*

Die Kl. könnte zudem einen Anspruch auf Schadensersatz gem. § 823 II BGB i.V.m. §§ 229, 13 I StGB haben.

#### I. Verletzung eines Schutzgesetzes

Es müsste ein Schutzgesetz verletzt sein.

##### 1. Vorliegen eines Schutzgesetzes

Fraglich ist, ob § 229 StGB ein Schutzgesetz i.S.v. § 823 I BGB ist. Ein Schutzgesetz ist jede Norm i.S.v. § 2 EGBGB, die jedenfalls auch dem Individualschutz zu dienen bestimmt ist (Palandt-Sprau, BGB, § 823 Rn 57). § 229 StGB schützt die körperliche Integrität des Verletzten. Somit ist ein Schutzgesetz gegeben.

##### 2. Verletzung

Das Schutzgesetz müsste gem. §§ 229, 13 I StGB verletzt sein. Dazu müsste sich der Bekl. einer fahrlässigen Körperverletzung durch Unterlassen schuldig gemacht haben. Dies ist hier unproblematisch der Fall, da der Bekl. in objektiver und in subjektiver Hinsicht die verkehrsgemäße Sorgfalt außer Acht gelassen hat, indem er keine Kontrolle der Kanaldeckel veranlasst hat. Auch hat der Bekl. aufgrund der ihm obliegenden VSP eine Garantenstellung inne, die eine handlungspflicht ausgelöst hat. Folglich liegt die Verletzung eines Schutzgesetzes vor.

#### II. Rechtswidrigkeit

Die Rechtswidrigkeit wird durch die Schutzgesetzverletzung indiziert.

#### III. Verschulden

Der Bekl. müsste schuldhaft gehandelt haben. Bezugspunkt des Verschuldens ist allein die Schutzgesetzverletzung (Palandt-Sprau, BGB, § 823 Rn 60). Das führt dazu, dass i.d.R. der subjektive Tatbestand des Schutzgesetzes auch für die Schadensersatzpflicht gem. § 823 II BGB maßgeblich ist (BGH, 46, 21).

Vorliegend ist Fahrlässigkeit gegeben. Demnach liegt das Verschulden vor.

#### IV. Rechtsfolge

Die Kl. hat gegen den Bekl. einen Anspruch auf Schadensersatz. Ersatzfähig sind alle Schäden, die auf der

Verletzung des Schutzgesetzes beruhen (BGH, NJW 2005, 3721, 3722). Zudem muss der entstandene Schaden sachlich in den Schutzbereich des Schutzgesetzes fallen, d.h. zu den Schäden gehören, die durch die Norm verhindert werden sollen (BGH, NJW 2005, 3137, 3140; NJW 2004, 356). Vorliegend resultiert das begehrte Schmerzensgeld aus der Verletzung der körperlichen Integrität und unterfällt daher dem Schutzbereich des Schutzgesetzes.

Daher ist der Schadensersatzanspruch gegeben.

### 2. Teil: Zulässigkeit der Feststellungsklage

Die Kl. begehrt die Feststellung, dass der Bekl. ihr alle künftigen aus dem Unfallereignis resultierenden Schäden zu ersetzen hat. Zu prüfen ist allein die besondere Sachurteilsvoraussetzung des Feststellungsinteresses gem. § 256 I ZPO.

Als besondere Sachurteilsvoraussetzung müsste das Feststellungsinteresse gegeben sein. Dies ist gem. § 256 I BGB dann der Fall, wenn dem Recht oder der Rechtslage des Kl. eine gegenwärtige Gefahr der Unsicherheit dadurch droht, dass der Bekl. ein Recht des Kl. ernstlich bestreitet oder er sich eines Rechts gegen

den Kl. berüht, und wenn das erstrebte Urteil wegen seiner Rechtskraft gem. § 322 I ZPO geeignet ist, diese Unsicherheit zu beseitigen (Zöller-Greger, ZPO, § 256 Rn 7).

“[22] Nach dem Vorbringen der Kl. dauern die unfallbedingten Beeinträchtigungen und Folgen noch an. Es bestehe nach wie vor das Gefühl der Überlastung und des Abbrechens. Künftige materielle oder immaterielle Schäden sind danach nicht auszuschließen. Aus diesem Grunde ist ein Feststellungsinteresse für den geltend gemachten Feststellungsantrag gegeben. Denn bei der Verletzung eines absolut geschützten Rechts genügt hierfür, dass künftige Schadensfolgen möglich, ihre Art, ihr Umfang und der Eintritt aber noch ungewiss sind (BGH NJW 2001, 1432; Zöller/Greger, 26. Aufl., Rn 8a zu § 256 ZPO).

[23] Soweit materielle Schadensersatzansprüche der Kl. hiervon umfasst sind, war einschränkend dem Umstand Rechnung zu tragen, dass ein Forderungsübergang auf Sozialversicherungsträger oder dritte Personen bereits eingetreten sein oder noch erfolgen kann.” Das erforderliche Feststellungsinteresse gem. § 256 I ZPO ist gegeben.

## Standort: § 250 I Nr. 1b StGB

## Problem: Sonstiges Werkzeug oder Mittel

BGH, BESCHLUSS VOM 10.07.2008  
4 STR 298/98 (NSTZ-RR 2008, 311)

### Problemdarstellung:

Der Angeklagte und ein Mittäter hatten das Opfer nachts in einem Park überfallen. Während der Mittäter dem betrunkenen Opfer einen Gegenstand an den Hals hielt, den dieses für ein Messer hielt, nahm der Angeklagte ihm diverse Alkoholika sowie sein Handy ab. Da sich nicht mehr klären ließ, um was für einen Gegenstand es sich bei dem Objekt, das der Mittäter des Angeklagten dem Opfer an den Hals hielt, handelte, war davon auszugehen, dass es ein Gegenstand war, der aus Sicht eines objektiven Betrachters nach seinem äußeren Erscheinungsbild offensichtlich ungefährlich war (etwa ein kleines Stück Plastik oder Metall).

Das Landgericht Essen hatte den Gegenstand dennoch als “sonstiges Werkzeug oder Mittel” angesehen und den Angeklagten wegen schweren Raubes gem. §§ 249 I, 250 I Nr. 1b StGB verurteilt. Der BGH hob die Verurteilung wegen der Qualifikation gem. § 250 I Nr. 1b StGB auf, da ein offensichtlich ungefährliches Objekt nicht unter den Qualifikationstatbestand falle, und verurteilte den Angeklagten nur wegen des Grunddelikts, § 249 I StGB.

### Prüfungsrelevanz:

Die Tatbestände des 20. Abschnitts, §§ 249 ff. StGB, gehören zu den Delikten, die in beiden Examen be-

sonders häufig geprüft werden. Neben dem klassischen Problem der Abgrenzung und des Verhältnisses von Raub, § 249 I StGB, und räuberischer Erpressung, §§ 253 I, 355 StGB, sind hier häufig Probleme aus den Qualifikationstatbeständen der §§ 250, 251 StGB anzusprechen. Insofern ist auch zu berücksichtigen, dass diese Qualifikationen nicht nur für den Raub gelten, sondern auch für die räuberische Erpressung und den räuberischen Diebstahl, § 252 StGB, da die Täter dieser Delikte “gleich einem Räuber” zu bestrafen sind. Auch das vom BGH im vorliegenden Fall angesprochene Problem ist ein solches aus den Qualifikationstatbeständen, genauer gesagt aus § 250 I Nr. 1b StGB.

Durch das 6. StrRG 1998 hat der Tatbestand des schweren Raubes, § 250 StGB, wesentliche Änderungen erfahren. § 250 I Nr. 2 StGB a.F. setzte noch voraus, dass der Täter eine Waffe oder sonst ein Werkzeug oder Mittel bei sich führte, um den Widerstand eines anderen durch Gewalt oder Drohung mit Gewalt zu verhindern oder zu überwinden. Hierbei war heftig umstritten, ob auch Scheinwaffen von dieser Vorschrift erfasst würden, was der BGH gegen die herrschende Literaturauffassung annahm (BGH, NSTZ 1985, 408; Otto, JURA 1989, 203). Allerdings machte der BGH die Einschränkung, dass sich die - scheinbare - Gefährlichkeit der Scheinwaffe nicht allein aus einer Täuschung des Täters ergeben dürfe, sondern der Gegenstand auch für einen objektiven Betrachter nach seinem äußeren Erscheinungsbild “gefährlich” aussehen müsse (BGHSt 38, 166; BGH, NSTZ 1997, 184).

Durch die Änderungen des 6. StrRG hat der Gesetzgeber klargestellt, dass sowohl echte als auch Scheinwaffen von dem Qualifikationstatbestand des § 250 I Nr. 2 StGB erfasst werden. Waffen und andere gefährliche Werkzeuge unterfallen § 250 I Nr. 1a StGB - wobei hier allerdings streitig ist, wie der Begriff des "anderen gefährlichen Werkzeugs" zu verstehen ist (vgl. zu dem insofern identischen Tatbestand des § 244 I Nr. 1a StGB die Darstellung bei BGH, NStZ 2008, 512 = RA 2008, 508). "Sonstige" Werkzeuge und Mittel, also solche, die gerade nicht gefährlich sind und deshalb - wie Scheinwaffen - nicht in den Anwendungsbereich des § 250 I Nr. 1a StGB fallen, werden hingegen von § 250 I Nr. 1b StGB erfasst.

Bereits in einer früheren Entscheidung (NStZ 2007, 332 = RA 2007, 221) hatte der BGH jedoch die Einschränkung des Tatbestandes des § 250 I Nr. 2 StGB a.F., dass der Gegenstand für einen objektiven Beobachter "gefährlich" aussehen müsse, auf § 250 I Nr. 1b StGB übertragen. Diese Rechtsprechung setzt der BGH in der vorliegenden Entscheidung fort. Interessanterweise lag auch der früheren BGH-Entscheidung - wie dem vorliegenden Fall - eine Revision gegen ein Urteil des LG Essen zugrunde und der BGH hatte auch in der früheren Entscheidung - wie im vorliegenden Fall - das Urteil des LG Essen aufgehoben.

#### Vertiefunghinweise:

Zum "sonstigen Werkzeug" i.S.v. § 250 I Nr. 1b StGB: BGHSt 44, 103; BGH, NStZ 1998, 38; 2007, 332 = RA 2007, 221; Geppert, JURA 1999, 604; Klescewski, GA 2000, 357; Lesch, StV 1999, 93; Mitsch, JuS 1999, 644;

#### Kursprogramm:

Examenskurs: "Der Bankräuber"

#### Leitsatz (der Redaktion):

**Gegenstände, die aus der Sicht eines objektiven Betrachters nach ihrem äußeren Erscheinungsbild offensichtlich ungefährlich sind, stellen kein Werkzeug oder Mittel im Sinne des § 250 Abs. 1 Nr. 1b StGB dar.**

#### Sachverhalt:

A und U waren überein gekommen, den K auf dessen nächtlichen Heimweg zu überfallen, um sich für eine vorausgegangene Auseinandersetzung zu rächen. In einer Parkanlage versperrte A dem K den Weg. Zugleich trat U von hinten an K heran und hielt ihm einen Gegenstand an den Hals. Weil der stark alkoholisierte K glaubte, es handle sich um ein Messer, leistete er keinen Widerstand und hob die Hände. Jetzt fasste A den Entschluss, K unter Ausnutzung der Bedrohungssituation zu berauben, und nahm unter ande-

rem dessen Handy sowie mehrere Flaschen Alkoholika in Zueignungsabsicht an sich.

Haben A und U sich strafbar gemacht?

[Anm.: Es sind nur Delikte aus dem 20. Abschnitt zu prüfen. Gehen Sie davon aus, dass es sich bei dem von U benutzten Gegenstand um einen solchen handelte, der aus der Sicht eines objektiven Betrachters nach seinem äußeren Erscheinungsbild offensichtlich ungefährlich war.]

#### Lösung:

A. Strafbarkeit gem. §§ 249 I, 250 I Nr. 1b, 25 II StGB  
Dadurch, dass A mehrere Flaschen Alkoholika sowie das Handy des K an sich nahm, während U dem K von hinten einen Gegenstand an den Hals hielt, könnten A und U sich wegen schweren Raubes in Mittäterschaft gem. §§ 249 I, 250 I Nr. 1b, 25 II StGB strafbar gemacht haben.

#### I. Tatbestand

##### 1. Grunddelikt: §§ 249 I, 25 II StGB

A und U müssten zunächst den Tatbestand des Grunddelikts, §§ 249 I, 25 II StGB, verwirklicht haben.

##### a. Raubmittel

A und U müssten ein Raubmittel, also Gewalt gegen eine Person oder Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben, angewendet haben.

##### aa. Gewalt

U hatte dem K einen Gegenstand von hinten an den Hals gehalten, den dieser für ein Messer hielt. Dies könnte die Anwendung von Gewalt gegen eine Person darstellen. Gewalt gegen eine Person ist der auf den Körper des Opfers bezogene, unmittelbar wirkende Zwang zur Überwindung geleisteten oder erwarteten Widerstandes (BGH, NStZ 1982, 114; Fischer, § 249 Rn 4; Rengier, BT I, § 7 Rn 3). Fraglich ist jedoch, ob das Vorhalten einer Waffe "Gewalt gegen eine Person" darstellt.

##### (a) Rechtsprechung

Nach einer Auffassung, die von der Rechtsprechung vor allem früher vertreten wurde, stellt bereits das Vorhalten einer Waffe oder eines vergleichbaren Gegenstandes Gewalt gegen eine Person dar, sofern das Opfer hierdurch in einen Erregungszustand gerät und deshalb sein körperliches Wohlbefinden beeinträchtigt wird (BGHSt 23, 126, 127 f.).

Im vorliegenden Fall ist davon auszugehen, dass K dadurch, dass bei ihm der Eindruck erzeugt wurde, der U halte ihm ein Messer an den Hals und sei somit kurz davor, ihm die Kehle durchzuschneiden, eingeschüch-

tert und somit auch sein körperliches Wohlbefinden beeinträchtigt wurde. Nach dieser Auffassung stellt das Verhalten des U Gewalt gegen eine Person dar.

*(b) Herrschende Literatur*

Nach der herrschenden Auffassung in der Literatur stellt das bloße Vorhalten einer Waffe oder eines vergleichbaren Gegenstandes jedoch keine Gewalt gegen eine Person dar (Joecks, § 249 Rn 19 ff.; Krey/Hellmann, Rn 186a; Küper, JURA 1983, 206).

Nach dieser Auffassung ist das Berühren des K durch U mit dem messerähnlichen Gegenstand keine Anwendung von Personengewalt.

*(c) Stellungnahme*

Der Rechtsprechung ist zugute zu halten, dass das Vorhalten einer Waffe beim Opfer tatsächlich körperliche Wirkungen, nämlich körperliche Auswirkungen wie Steigerung des Blutdrucks oder der Pulsfrequenz, bewirken kann, sodass eine Subsumtion eines solchen Verhaltens unter die allgemeine Definition des Begriffs der Personengewalt möglich erscheint.

Allerdings hat das Bundesverfassungsgericht in seiner Rechtsprechung zum Gewaltbegriff betont, dass hierfür nicht nur ein körperlich wirkender, sondern insbesondere auch ein körperlich vermittelter Zwang erforderlich sei (BVerfGE 92, 1). Eine solche körperliche Zwangsvermittlung fehlt jedoch beim bloßen Bedrohen mit einer Waffe, auch wenn eine körperliche (Aus-) Wirkung noch gegeben sein mag. Auch wenn es - wie im vorliegenden Fall - zu einem körperlichen Kontakt kommt, ist es doch nicht die physische Einwirkung auf das Opfer, durch die dessen (erwarteter) Widerstand gebrochen werden soll, sondern die psychische Einwirkung, nämlich die - konkludente - Drohung mit dem Einsatz der (vermeintlichen) Waffe. Die Rechtsprechung lässt die Grenzen zwischen den Tatbestandsalternativen der Gewalt und der Drohung völlig verschwimmen, da die typischen Begleiterscheinungen einer Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben, die hierdurch verursachten Stress- und Angstzustände, gleichzeitig für die Annahme von Personengewalt herangezogen würden. Schließlich besteht auch kein kriminologisches Bedürfnis dafür, die entsprechenden Fälle als Gewalt gegen eine Person anzusehen, da sie über die Tathandlung der Bedrohung auch erfasst werden können.

Der herrschenden Literatur ist somit zu folgen. Eine Anwendung von Gewalt gegen eine Person ist nicht gegeben.

*bb. Drohung*

Dadurch, dass U dem K einen Gegenstand an den Hals hielt, den dieser für ein Messer hielt, könnte U jedoch mit gegenwärtiger Gefahr für Leib und Leben des K gedroht haben.

U hat K dadurch, dass er diesen von hinten mit einem

Gegenstand am Hals berührte, den dieser nicht erkennen konnte, den er aber für ein Messer halten sollte, schlüssig zu verstehen gegeben, dass er bereit und in der Lage sei, K die Kehle durchzuschneiden und ihn so zu töten. U hat K also mit gegenwärtiger Gefahr für Leib und Leben gedroht.

*b. Fremde bewegliche Sache*

Bei den von A und U erbeuteten Alkoholika und dem Handy müsste es sich um fremde bewegliche Sachen handeln.

Die alkoholischen Getränke und das Handy sind bewegliche Sachen. Fremd i.S.v. § 249 I StGB ist eine Sache dann, wenn sie im Eigentum einer anderen Person als des Täters steht (Fischer, § 249 Rn 2, § 242 Rn 5; Joecks, § 249 Rn 7, Vor § 242 Rn 9 f.). Eigentümer sowohl des Handys als auch der Alkoholika war K, sodass diese Sachen für A und U fremd waren.

*c. Wegnahme*

Die Sachen müssten dem K weggenommen worden sein.

Eine Wegnahme i.S.v. § 249 I StGB setzt - ebenso wie bei § 242 I StGB - den Bruch fremden und die Begründung neuen Gewahrsams voraus (Fischer, § 249 Rn 2, § 242 Rn 10; Joecks, § 249 Rn 8).

Dann müsste zunächst fremder Gewahrsam bestanden haben. Gewahrsam ist die von einem natürlichen Herrschaftswillen getragene tatsächlich Sachherrschaft, wobei sich das Vorliegen dieser Elemente nach der Verkehrsanschauung bestimmt (BGHSt 22, 182; Fischer, § 242 Rn 11). Solange K das Handy und die Alkoholika bei sich trug, hatte er die tatsächliche Sachherrschaft über diese Sachen und auch einen entsprechenden Herrschaftswillen. Es bestand also Gewahrsam des K an den Sachen, also für A und U fremder Gewahrsam.

Es müsste neuer Gewahrsam begründet worden sein. Der Täter hat neuen Gewahrsam dann begründet, wenn er die Sachherrschaft derart erlangt hat, dass er sie unbehindert durch den alten Gewahrsamsinhaber ausüben und dieser seinerseits nicht mehr über die Sache verfügen kann, ohne die Verfügungsgewalt des Täters zu beseitigen (OLG Köln, StV 1989, 156; Lackner/Kühl, § 242 Rn 15). Dadurch, dass A die Sachen an sich nahm und damit wegging, hat er eine eigene Sachherrschaft erlangt. Es war auch für K nicht ohne Weiteres möglich, auf das Geld zuzugreifen, sodass A neuen Gewahrsam begründet hat.

Diese Gewahrsamsverschiebung müsste auch einen Gewahrsamsbruch darstellen. Ein Gewahrsamsbruch ist dann gegeben, wenn der Täter den fremden Gewahrsam gegen oder ohne den Willen des Gewahrsamsinhabers aufhebt (Schönke/Schröder-Eser, § 242 Rn 35). Ein Einverständnis des Opfers in die Gewahrsamsverschiebung schließt also die Wegnahme aus (BGHSt 4, 199; Lackner/Kühl, § 242 Rn 14). Während

diese Wertung i.R.v. § 242 I StGB uneingeschränkt gilt, würde der Tatbestand des § 249 I StGB weitgehend leer laufen, wenn man hier jedes - auch ein abgenötigtes - Einverständnis als Tatbestandsausschluss heranziehen würde. Deshalb muss das Vorliegen des Gewahrsamsbruchs bei § 249 I StGB etwas anders geprüft werden als bei § 242 I StGB (vgl. hierzu die Darstellung bei Joecks, § 249 Rn 8 ff.).

Nach welchen Kriterien das Vorliegen einer Wegnahme i.R.v. § 249 I StGB zu prüfen ist, ist streitig. Dies hängt letztlich mit dem Verhältnis von Raub und räuberischer Erpressung und dem für eine Erpressung erforderlichen Opferverhalten zusammen. Nach der Rechtsprechung kommt als Opferverhalten im Rahmen einer (räuberischen) Erpressung - entsprechend dem Gesetzeswortlaut - jedes Handeln, Dulden oder Unterlassen in Betracht. Deshalb stelle § 249 I StGB eine *lex specialis* zu §§ 253 I, 255 StGB dar, da jeder Raub immer auch eine räuberische Erpressung beinhalte (bei der das Opferverhalten dann in der Duldung der Wegnahme bestehe, vgl. BGHSt 41, 123). Eine Abgrenzung zwischen Raub und räuberischer Erpressung sei deshalb nach dem äußeren Erscheinungsbild vorzunehmen. Nach herrschender Auffassung in der Literatur muss das Verhalten des Opfers bei einer (räuberischen) Erpressung stets - wie beim Betrug - eine Vermögensverfügung darstellen. Da der Raub hingegen - wie der Diebstahl - eine Wegnahme voraussetze, stünden §§ 253 I, 255 StGB und § 249 I StGB - ebenso wie § 263 I StGB und § 242 I StGB - in einem Exklusivitätsverhältnis. Die Abgrenzung habe bei beiden Deliktspaaaren nach der inneren Willensrichtung des Opfers zu erfolgen (Fischer, § 253 Rn 11 mwN), wobei eine Wegnahme meist dann angenommen wird, wenn das Opfer glaubt, dass der Täter die Beute auch ohne seine Mitwirkung erlangen könnte, sich also nicht in einer "Schlüsselstellung" sieht (Küper, BT, S. 376; Wessels/Hillenkamp, BT II, Rn 713, 371).

Da A im vorliegenden Fall die Alkoholika und das Handy des K an sich genommen hatte, stellt sein Verhalten nach dem äußeren Erscheinungsbild eine Wegnahme dar. Da K klar war, dass A und U die Alkoholika und das Handy auch ohne seine Mitwirkung erhalten könnten, hat er sich auch nicht in einer Schlüsselstellung gesehen. Nach beiden Auffassungen ist also eine Wegnahme gegeben.

#### *d. Mittäterschaft, § 25 II StGB*

U hat dem K gedroht, hat aber selbst nichts weggenommen. A hat dem K zwar die Sachen weggenommen, aber selber kein Raubmittel angewandt. Damit sich die Tat als Raub darstellt, müsste U die Wegnahme des A und A die Drohung des U zugerechnet werden können. Dies wäre der Fall, wenn A und U als Mittäter i.S.v. § 25 II StGB gehandelt hätten.

Mittäterschaft setzt die gemeinschaftliche Begehung einer Straftat aufgrund eines gemeinsamen Tatplans,

also durch bewusstes und gewolltes Zusammenwirken, voraus (Joecks, § 25 Rn 61; Wessels/Beulke, Rn 524). Zwar hatten A und U nicht von vornherein den Entschluss gehabt, dem K die Alkoholika und das Handy abzunehmen. Jedoch setzt eine Mittäterschaft auch nicht voraus, dass die Mittäter sich bereits im Vorfeld zur Begehung der Tat verabreden. Eine mittäterschaftliche Begehung kann auch während der Tatausführung beschlossen werden, soweit ein gegenseitiges Einverständnis über den Tatplan bzw. seine Auswirkung erzielt wird (BGH, NSStZ 1985, 70; Fischer, § 25 Rn 21a). Ursprünglich wollten A und U sich an K rächen. Wahrscheinlich wollten sie ihn verprügeln, aber nicht unbedingt berauben. Während der Ausführung weitete jedoch der A diesen Plan aus bzw. änderte ihn dahingehend ab, dass er K nunmehr berauben wollte. Dies war für U erkennbar. Da U auch weiterhin mitwirkte, indem er die Bedrohung des K fortsetzte, haben A und U auch bzgl. der Ausführung des Raubes ein - konkludentes - Einverständnis erzielt. Ein gemeinsamer Tatplan ist somit gegeben.

A und U müssten die Tat auch als (Mit-) Täter (und nicht nur als Teilnehmer) begangen haben. Zwar ist streitig, wie die (Mit-) Täterschaft von der Teilnahme abzugrenzen ist. Die herrschende Literatur verlangt insofern für die Täterschaft eine Tatherrschaft nebst einem entsprechenden Bewusstsein (vgl. LK-Roxin, § 25 Rn 181 ff.; SK-Samson, § 25 Rn 122). Nach der Rechtsprechung reicht für eine Täterschaft grundsätzlich jeder Beitrag aus, sofern er mit Täterwillen geleistet wird, wobei dessen Vorliegen anhand bestimmter Kriterien zu prüfen ist, insb. Grad des eigenen Interesses am Taterfolg, Umfang der Tatbeteiligung, Tatherrschaft und Tatherrschaftswille (BGH, NSStZ-RR 2005, 71; NSStZ 2006, 94). Im vorliegenden Fall hatten A und U beide Tatherrschaft, da sie beide jeweils eine der für die Verwirklichung des Raubes erforderlichen Tathandlungen (Anwendung des Raubmittels und Wegnahme) vorgenommen haben. Auch hatten sie daneben beide ein erhebliches Interesse an der Beute - die wohl geteilt werden sollte -, sodass nach beiden Auffassungen A und U Täter und nicht nur Teilnehmer sind. A und U haben also als Mittäter gehandelt.

#### *e. Vorsatz*

A und U handelten auch vorsätzlich.

#### *f. Finalzusammenhang*

Nach h.M. setzt § 249 I StGB einen Finalzusammenhang zwischen Raubmittel und Wegnahme voraus, d.h. der Täter muss das Raubmittel einsetzen, um die Wegnahme zu ermöglichen (BGH, NSStZ 2003, 431; StV 2004, 206; a.A. Joecks, § 249 Rn 22).

Zwar ist zumindest nach dem Grundsatz "in dubio pro reo" davon auszugehen, dass A und U in dem Zeitpunkt, in dem U den K erstmalig dadurch bedrohte, dass er ihm den Gegenstand an den Hals hielt, den K

für ein Messer hielt, noch nicht den Willen hatten, dem K etwas wegzunehmen. Der Beginn der Drohung des U erfolgte also noch nicht mit dem Ziel, hierdurch eine Wegnahme zu ermöglichen. Allerdings erkannte U während der Ausführung, dass A dem K die Alkoholika und das Handy wegnehmen würde und hat trotzdem weiterhin den K bedroht. Jedenfalls ab diesem Zeitpunkt diene die von U weiterhin ausgeübte Drohungshandlung zumindest auch dem Zweck, die Wegnahme des A zu ermöglichen, sodass der für § 249 I StGB erforderliche Finalzusammenhang gegeben ist.

*g. Absicht rechtswidriger Zueignung*

A und U müssten weiter die Absicht gehabt haben, sich die Alkoholika und das Handy rechtswidrig zuzueignen.

*aa. Zueignungsabsicht*

A und U müssten zunächst mit Zueignungsabsicht gehandelt haben. Laut Sachverhalt haben A (und somit auch U) mit Zueignungsabsicht gehandelt.

*bb. Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Zueignung*

Die von A und U beabsichtigte Zueignung müsste auch rechtswidrig sein.

Eine Zueignung ist dann rechtswidrig i.S.v. § 249 I, wenn der Täter keinen fälligen und durchsetzbaren Anspruch auf Übereignung der weggenommenen Sache hat. A und U hatten keinen Anspruch auf die Übereignung der Alkoholika und des Handys. Die von ihnen beabsichtigte Zueignung war also auch rechtswidrig.

*cc. Vorsatz bzgl. der Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Zueignung*

A und U wussten auch, dass sie keinen Anspruch auf Übereignung der Geldscheine hatten, sodass sie auch den erforderlichen Vorsatz bzgl. der Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Zueignung hatten.

A und U haben den Tatbestand des Grunddelikts, §§ 249 I, 25 II StGB, verwirklicht.

*2. Qualifikation: § 250 I Nr. 1b StGB*

A und U könnten auch den Qualifikationstatbestand des § 250 I Nr. 1b StGB verwirklicht haben. Dann müsste sie ein sonstiges Werkzeug oder Mittel bei sich geführt haben, um den Widerstand einer anderen Person durch Gewalt oder Drohung mit Gewalt zu verhindern oder zu überwinden.

Ein solches Werkzeug könnte allenfalls der Gegenstand sein, den U dem K an den Hals hielt und bei dem dieser davon ausging, es handele sich um ein Messer. Hierzu führt der BGH aus: “[5] Das Landgericht hat zu der näheren Beschaffenheit des Gegenstandes, der dem Zeugen an den Hals gesetzt wurde, keine Feststellun-

gen treffen können. Zu Gunsten des Angeklagten ist deswegen davon auszugehen, dass es sich um einen Gegenstand handelte, der aus der Sicht eines objektiven Betrachters nach seinem äußeren Erscheinungsbild offensichtlich ungefährlich war. Derartige Gegenstände stellen, wie der Senat in seinem Urteil vom 5. 18. Januar 2007 - 4 StR 394/06 (= NStZ 2007, 332 f.) entschieden hat, kein taugliches Werkzeug oder Mittel im Sinne des § 250 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. b StGB dar, denn bei Verwendung eines objektiv ersichtlich ungefährlichen Gegenstandes, den das Opfer nicht oder nur unzureichend sinnlich wahrnehmen kann (und soll), wird die Zwangswirkung beim Opfer zwar mittels dieses Gegenstandes, maßgeblich jedoch durch Täuschung hervorgerufen (vgl. auch Fischer StGB 55. Aufl. § 250 Rdn. 11 ff.)”

Der von U benutzte Gegenstand ist also kein sonstiges Werkzeug oder Mittel i.S.v. § 250 I Nr. 1b StGB. Den Qualifikationstatbestand haben A und U somit nicht verwirklicht.

*II. Rechtswidrigkeit und Schuld*

A und U handelten rechtswidrig und schuldhaft. Sie sind strafbar gem. §§ 249 I, 25 II StGB.

*B. Strafbarkeit gem. §§ 253 I, 255, 25 II StGB*

Dadurch, dass A mehrere Flaschen Alkoholika sowie das Handy des K an sich nahm, während U dem K von hinten einen Gegenstand an den Hals hielt, könnten A und U sich auch wegen räuberischer Erpressung in Mittäterschaft gem. §§ 253 I, 255, 25 II StGB strafbar gemacht haben.

Nach der Rechtsprechung stellt der Raub nur eine lex specialis zur räuberischen Erpressung dar (s.o.), sodass jeder Raub immer eine räuberische Erpressung beinhaltet, diese jedoch auf Konkurrenzebene hinter den spezielleren Raub zurücktritt (BGHSt 14, 386; SK-Günther, § 249 Rn 10 ff.). Da A und U sich wegen mittäterschaftlichen Raubes gem. §§ 249 I, 25 II StGB strafbar gemacht haben (s.o.), ist nach der Rechtsprechung also der Tatbestand des §§ 253 I, 255, 25 II StGB - selbstverständlich - mitverwirklicht, tritt aber auf Konkurrenzebene zurück.

Nach herrschender Literatur hingegen stehen Raub und räuberische Erpressung in einem Exklusivitätsverhältnis (s.o.). Da A und U den Tatbestand des §§ 249 I, 25 II StGB verwirklicht haben (s.o.), können sie somit nicht gleichzeitig auch den Tatbestand der §§ 253 I, 255, 25 II StGB erfüllen. Nach dieser Meinung ist also bereits der Tatbestand der schweren räuberischen Erpressung durch A und U nicht erfüllt.

Nach beiden Auffassungen ist somit eine eigenständige Strafbarkeit von A und U wegen mittäterschaftlicher schwerer räuberischer Erpressung nicht gegeben.