

Öffentliches Recht

Standort: Art. 19 III GG Problem: Grundrechtsfähigkeit gesetzlicher Krankenkassen

BVERFG, BESCHLUSS VOM 11.12.2008
1 BvR 1665/09 (NVWZ-RR 2009, 361)

Problemdarstellung:

Im vorliegenden Fall ging es um die Grundrechtsfähigkeit einer juristischen Person des öffentlichen Rechts. Das BVerfG bestätigt seine st.Rspr. zu diesem Thema:

A. Soweit es um die Grundrechte der Art. 1-19 GG geht, ist die Grundrechtsfähigkeit juristischer Personen in Art. 19 III GG geregelt. Zu juristischen Personen im Sinne dieser Norm gehören zunächst auch die des öffentlichen Rechts, also Körperschaften, Anstalten und Stiftungen. Dass selbige inländisch sein müssen, bereitet in aller Regel keine Probleme. Jedoch müssen die Grundrechte ferner "dem Wesen nach" auf sie anwendbar sein. Daran fehlt es bei juristischen Personen des öffentlichen Rechts in aller Regel, weil hinter ihnen keine natürlichen Personen stehen, auf die ein Eingriff "durchschlagen" könnte (das BVerfG spricht diesbezüglich von einem "personalen Substrat"). Außerdem sind Grundrechte ihrer Konzeption nach Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat. Einer Grundrechtsberechtigung des Staates selbst steht daher auch das Konfusionsargument entgegen.

B. Eine - vom BVerfG hier nur in einem Satz angesprochene - Ausnahme soll allerdings dann gelten, wenn ein Grundrecht auf eine juristische Person des öffentlichen Rechts spezifisch zugeschnitten ist, weil der grundrechtlich geschützte Lebensbereich typischerweise von einer solchen ausgefüllt wird. Diesbezüglich sind traditionell drei Fälle anerkannt: Die Freiheit von Wissenschaft, Forschung und Lehre in Art. 5 III GG für Universitäten (Körperschaften), die Rundfunkfreiheit in Art. 5 I 2 GG für die staatlichen Rundfunksender (Anstalten) und zumindest die Glaubensfreiheit des Art. 4 GG für die öffentlich-rechtlich korporierten Kirchen. In neuerer Zeit billigt das BVerfG den staatlichen Rundfunksendern auch Art. 10 I GG zu (BVerfG, RA 2003, 333 = NJW 2003, 1787)

C. Die sog. "Justizgrundrechte" der Art. 19 IV GG, 101, 103 und 104 GG stehen einer juristischen Person des öffentlichen Rechts hingegen nach Ansicht des BVerfG zu. Die einschränkenden Voraussetzungen des Art. 19 III GG gelten nur für die vorstehenden

Grundrechte, die nachstehenden sog. grundrechtsgleichen Rechte werden hiervon nicht erfasst.

Prüfungsrelevanz:

Die Entscheidung ist für allem für Verfassungsbeschwerden wichtig, die von juristischen Personen des öffentlichen Rechts geführt werden. Ist nach deren Zulässigkeit gefragt, stellt sich das Problem schon in der Beschwerdefähigkeit nach § 90 I BVerfGG. "Jedermann" in diesem Sinne ist nur, wer grundrechtsfähig ist. Ansonsten ist spätestens im personalen Schutzbereich eines Freiheitsgrundrechts anzusprechen, ob es auch juristische Personen des öffentlichen Rechts schützt. Das BVerfG ist diesbezüglich seit seiner grundlegenden "Sasbach"-Entscheidung (BVerfGE 61, 82), mit der es die Grundrechtsfähigkeit von Gemeinden verneinte, sehr zurückhaltend. In jüngerer Zeit hat die Stadt Dresden das Thema wieder aufleben lassen, indem sie ungeachtet der besagten Sasbach-Entscheidung versuchte, eine auf ihre allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 2 I GG gestützte Verfassungsbeschwerde zu führen - natürlich erfolglos (BVerfG, RA 2007, 293 = LKV 2007, 511).

Vertiefungshinweise:

☐ Zur Grundrechtsfähigkeit juristischer Personen des öffentlichen Rechts: *BVerfG*, NVwZ 2008, 671 (AOK, verneint); *BVerfG*, NJW 1990, 1783 (Stadtwerke AG, verneint bei 72% öffentlichem Anteil)

☐ Grundrechtsfähigkeit juristischer Personen des öffentlichen Rechts in spezifisch ihnen zugewiesenen Lebensbereichen: *BVerfGE* 15, 256 [262]; 31, 314 [322]; 42, 312 [321 f.]; 45, 63 [79]; 53, 366 [387]

Leitsätze:

- 1. Die Einführung wettbewerblicher Elemente in der gesetzlichen Krankenversicherung (vgl. § 173 SGB V) hat die Funktion der Krankenkassen als Träger öffentlicher Verwaltung nicht in der Weise verändert, dass ihnen nunmehr eine (partielle) Grundrechtsfähigkeit zuerkannt werden müsste.**
- 2. Juristische Personen sind einem grundrechtlich geschützten Lebensbereich nicht schon deshalb zugeordnet, weil ihnen Selbstverwaltungsrechte zustehen.**

Sachverhalt:

Die nicht zur Entscheidung angenommene Verfassungsbeschwerde richtet sich gegen Entscheidungen des Deutschen Patent- und Markenamtes (DPMA) und des BPatG, mit denen der Bf., einer regional schwerpunktmäßig im Rheinland tätigen Innungskrankenkasse, die Anmeldung der Wortmarke "IKK Nordrhein-Westfalen" versagt wurde.

Aus den Gründen:

[2] Die Verfassungsbeschwerde ist nicht zur Entscheidung anzunehmen, weil sie unzulässig ist (§ 93a II BVerfGG).

A. Beschwerdefähigkeit

[3] 1. Die Bf. als juristische Person des öffentlichen Rechts ist hinsichtlich der von ihr als verletzt gerügten Rechte aus Art. 3 I, 12 I, 19 IV GG zur Erhebung einer Verfassungsbeschwerde nicht befugt (Art. 19 III GG).

I. Grundsatz: Keine Grundrechtsfähigkeit juristischer Personen des öffentlichen Rechts

[4] Für öffentlich-rechtliche Körperschaften im Allgemeinen und Sozialversicherungsträger und gesetzliche Krankenkassen im Besonderen gelten die Grundrechte gem. Art. 19 III GG grundsätzlich nicht. Denn die Grundrechte sind ihrem Wesen nach nicht auf juristische Personen des öffentlichen Rechts anwendbar, soweit Letztere öffentliche Aufgaben wahrnehmen. Die Grundrechtsberechtigung hängt namentlich von der Funktion ab, in der die juristische Person des öffentlichen Rechts von dem beanstandeten Akt der öffentlichen Gewalt betroffen wird. Besteht diese Funktion in der Wahrnehmung gesetzlich zugewiesener und geregelter öffentlicher Aufgaben, so kann eine juristische Person sich insoweit nicht auf Grundrechte berufen (vgl. BVerfGE 39, 302 [312ff.]; 68, 193 [205ff.]; 70, 1 [15]; 75, 192 [196f.]). Dies gilt auch für die Rechtsschutzgarantie aus Art. 19 IV GG (vgl. BVerfGE 39, 302 [316]).

II. Ausnahme: Speziell zugeordneter Lebensbereich

Eine Ausnahme von diesen Grundsätzen ist für solche juristische Personen des öffentlichen Rechts zu machen, die von den ihnen durch die Rechtsordnung übertragenen Aufgaben her unmittelbar einem durch bestimmte Grundrechte geschützten Lebensbereich zugeordnet sind (vgl. BVerfGE 75, 192 [196f.]).

III. Subsumtion

[5] Die Bf. ist nicht grundrechtsfähig. Sie wird von den angegriffenen Beschlüssen des DPMA und des BPatG in ihrer Funktion als Trägerin öffentlicher, vom Staat durch Gesetz übertragener und geregelter Aufgaben betroffen.

[6] Der Schutz in Fällen von Krankheit ist in der so-

zialstaatlichen Ordnung des Grundgesetzes eine der Grundaufgaben des Staats. Ihr ist der Gesetzgeber nachgekommen, indem er durch Einführung der gesetzlichen Krankenversicherung als öffentlich-rechtlicher Pflichtversicherung für den Krankenschutz eines Großteils der Bevölkerung Sorge getragen und die Art und Weise der Durchführung dieses Schutzes geregelt hat (vgl. BVerfGE 68, 193 [209]). Die Hauptaufgabe der gesetzlichen Krankenkassen besteht im Vollzug einer zwecks Erfüllung dieser staatlichen Grundaufgabe geschaffenen detaillierten Sozialgesetzgebung (vgl. BVerfGE 39, 302 [313]). Es lässt sich nicht feststellen, dass die Einführung wettbewerblicher Elemente in der gesetzlichen Krankenversicherung (vgl. § 173 SGB V) an der Funktion der Krankenkassen als Träger öffentlicher Verwaltung etwas mit der Folge geändert haben sollte, dass nunmehr die Zuerkennung einer (partiellen) Grundrechtsfähigkeit der Krankenkassen zu erwägen wäre. Die Hauptaufgabe der gesetzlichen Krankenkassen besteht nach wie vor darin, als Teil der mittelbaren Staatsverwaltung öffentlich-rechtlich geregelten Krankenversicherungsschutz für die Versicherten zu gewähren (vgl. BVerfG, NVwZ 2005, 572 [573]). Der Umstand, dass die gesetzlichen Krankenkassen nach § 4 I SGB V rechtsfähige Körperschaften des öffentlichen Rechts mit Selbstverwaltung sind, rechtfertigt keine andere Beurteilung. Juristische Personen sind einem grundrechtlich geschützten Lebensbereich nicht schon deshalb zugeordnet, weil ihnen Selbstverwaltungsrechte zustehen (vgl. BVerfGE 61, 82 [103] = NJW 1982, 2173 = NVwZ 1982, 554 L).

B. Beschwerdebefugnis

[7] Soweit hinsichtlich der ebenfalls behaupteten Verletzung von Art. 101 I 2 GG die Bf. als Grundrechtsträgerin in Betracht kommt (vgl. BVerfGE 61, 82 [104] = NJW 1982, 2173 = NVwZ 1982, 554 L m.w. Nachw.), hat sie eine Rechtsverletzung nicht substantiiert behauptet (§§ 23, 92 BVerfGG).

[8] Die Entscheidung eines Gerichts, die Rechtsbeschwerde nicht zuzulassen, kann zwar gegen die Gewährleistung des grundrechtsgleichen Rechts auf den gesetzlichen Richter verstoßen. Voraussetzung hierfür wäre nach der Rechtsprechung des BVerfG jedoch das Vorliegen von Willkür; die bloß einfachrechtlich fehlerhafte Handhabung der Zulassungsvorschriften genügt nicht (vgl. BVerfGE 67, 90 [95]; BVerfGE 87, 282 [284f.]; BVerfGK 2, 202 [204]). Willkürlich ist ein Richterspruch nur, wenn er unter keinem denkbaren Aspekt rechtlich vertretbar ist und sich daher der Schluss aufdrängt, dass er auf sachfremden Erwägungen beruht (vgl. BVerfGE 4, 1 [7]; 80, 48 [51]; st. Rspr.). Dass dies bei den angegriffenen Entscheidungen der Fall wäre, ist nach dem Vortrag der Bf. nicht ersichtlich.

Standort: Kommunalrecht**Problem: Grundrechtseingriff durch Satzung**

OVG KOBLENZ, URTEIL VOM 06.11.2008
7 C 10771/08 (NVwZ-RR 2009, 394)

Problemdarstellung:

Im vorliegenden Fall hatte eine Gemeinde in ihre Friedhofssatzung die Verpflichtung von Steinmetzen aufgenommen, einen lückenlosen Herkunftsnachweis der von ihnen bearbeiteten Materialien zu führen. Hintergrund der Regelung war, dass ein Beitrag zur Bekämpfung der Kinderarbeit geleistet werden sollte. Die hierzulande für Grabmale verwendeten Steine stammen nämlich nicht selten aus Steinbrüchen in Indien und anderen Ländern, in denen Kinder schwere Arbeiten erledigen müssen. Gegen diese Regelung klagte ein Steinmetz im Wege der Normenkontrolle nach § 47 I Nr. 2 VwGO mit Erfolg.

Prüfungsrelevanz:

Die Entscheidung ist in zweierlei Hinsicht interessant:
A. Zum einen ging es um die Antragsbefugnis des Steinmetzes nach § 47 II 1 VwGO. Diese konnte sich allein aus einem möglichen Eingriff in seine Berufsfreiheit aus Art. 12 I GG ergeben. Das OVG prüft geradezu schulmäßig die hierzu entwickelte Dogmatik des BVerfG. Danach genügt bei Art. 12 I GG nicht - wie nach der allgemein gültigen sog. "Bagatellformel" jede Verkürzung des Schutzbereichs. Vielmehr ist eine sog. "berufsregelnde Tendenz" erforderlich, um den Eingriffsbegriff nicht ausufern zu lassen. Eine "berufsregelnde Tendenz" kann in zweierlei Hinsicht vorliegen: Erstens subjektiv, wenn ein Eingriff in die Berufsfreiheit staatlich intendiert war (Finalität), und zweitens objektiv, wenn der Eingriff vorhersehbar war und besonderes Gewicht hat. Jedenfalls letzteres nahm das OVG hier an, da es Steinmetzen so gut wie unmöglich ist, den geforderten lückenlosen Herkunftsnachweis zu führen.

B. Zum zweiten ging es um die Frage, ob der Eingriff in die Berufsfreiheit gerechtfertigt war. Art. 12 I 1 GG enthält einen Gesetzesvorbehalt. Diesem genügen allerdings nur Parlamentsgesetze, sodass die Friedhofssatzung nur zu halten war, wenn sie ihrerseits auf einem (wirksamen) Parlamentsgesetz beruhte. Alle Gemeindeordnungen der Länder - die Gemeindeordnungen sind Parlamentsgesetze - enthalten eine allgemeine Satzungsbefugnis der Gemeinden (im Fall: § 24 RhPfGO). Das OVG führt jedoch - im Einklang mit der übrigen Rechtsprechung - überzeugend aus, dass diese allgemeine Satzungsbefugnis keine taugliche Ermächtigungsgrundlage für Grundrechtseingriffe sein kann, weil sie nicht hinreichend bestimmt ist. Der allgemeine Bestimmtheitsgrundsatz wird aus dem

Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 III GG abgeleitet. Im Unterschied zum speziellen strafrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz aus Art. 103 II GG gilt er für alle Normen (das BVerfG spricht in diesem Zusammenhang von "Normenklarheit und Normenwahrheit"). Wollte man über die generalklauselartige Satzungsbefugnis der Gemeinde die Befugnis zusprechen, auf allen Gebieten ihrer Selbstverwaltungsautonomie Grundrechte einzuschränken, würde dies viel zu weit gehen; für den Bürger wären Schranken nicht mehr erkennbar. Somit ist die allgemeine Satzungsbefugnis nur ausreichend, wenn keine Grundrechtseingriffe vorliegen, etwa bei der Benutzung öffentlicher Einrichtungen oder in der Leistungsverwaltung.

Will eine Gemeinde eine Satzung erlassen, die Grundrechtseingriffe beinhaltet, bedarf sie hierzu nach dem zuvor Gesagten einer speziellen Ermächtigungsgrundlage (Beispiel: § 10 I BauGB). Das OVG Koblenz konnte für den vorliegenden Fall eine solche jedoch nicht finden mit der Folge, dass die angegriffene Friedhofssatzung unwirksam war.

Vertiefungshinweise:

□ Allgemeine Satzungsbefugnis keine taugliche Ermächtigungsgrundlage für Grundrechtseingriffe: *VGH München*, BayVBl 1992, 337; *OVG Münster*, NVwZ 1988, 272

□ Gestaltung von Grabmalen: *BVerwG*, RA 2004, 618 = NJW 2004, 2844; NVwZ 1987, 679; *OVG Münster*, NVwZ-RR 1991, 253; *VGH Mannheim*, NVwZ-RR 1990, 308

Kursprogramm:

□ *Examenskurs*: "Der Schlittschuhteich"

Leitsatz:

Die allgemeine Satzungsbefugnis nach § 24 I RhPfGO ermächtigt die Kommunen nicht, im Rahmen einer Friedhofssatzung Regelungen über den Nachweis der Herkunft und der Produktionsbedingungen für das für Grabmale verwendete Steinmaterial zu treffen.

Sachverhalt:

Der Ast. wendet sich im Wege der Normenkontrolle gegen Bestimmungen in der Friedhofssatzung der Ag. Er ist Inhaber eines Steinmetzbetriebs in N. und seit 1993 auf den Friedhöfen der Ag. für die Errichtung von Grabmalen gem. § 7 der Friedhofssatzung zugelassen. Er sieht sich durch die Neuregelungen in der Friedhofssatzung der Ag. in seinen beruflichen Bestrebungen gehindert. Durch Beschluss vom 5.7.2007

änderte der Stadtrat der Ag. die Friedhofssatzung. Nach der Ergänzung zu § 21 III der Friedhofssatzung dürfen nur Grabmale aufgestellt werden, die nachweislich in der gesamten Wertschöpfungskette ohne ausbeuterische Kinderarbeit im Sinne der ILO-Konvention 182 hergestellt sind. Nach dem neu eingefügten § 24 V der Friedhofssatzung sind jedem Antrag auf Genehmigung nach den Absätzen 1 bis 4 Nachweise über die Produktionsbedingungen beizufügen. Sie sind danach Voraussetzung für die Genehmigungsfähigkeit. Das OVG gab dem Normenkontrollantrag statt.

Aus den Gründen:

Der Normenkontrollantrag des Ast. hat Erfolg. Die beanstandeten Normen der §§ 21 III und 24 V der Friedhofssatzung der Ag. in der derzeit geltenden Fassung sind für unwirksam zu erklären. Sie verstoßen gegen höherrangiges Recht.

A. Zulässigkeit

I. Frist

Der Antrag ist zulässig, weil er fristgerecht innerhalb eines Jahres seit dem Inkrafttreten der Änderungssatzung gestellt worden ist (§ 47 II 1 VwGO i.d.F. des Gesetzes vom 21. 12. 2006, BGBl I, 3316).

II. Antragsbefugnis

Darüber hinaus fehlt es auch nicht an der nach dieser Bestimmung erforderlichen Antragsbefugnis. Der Ast. kann nämlich geltend machen, durch die beanstandeten Vorschriften oder deren Anwendung in seinen Rechten verletzt zu sein oder in absehbarer Zeit verletzt zu werden.

1. Subjektiv und/oder objektiv berufsregelnde Tendenz

Die städtischen Friedhöfe gehören zum geschäftlichen Einzugsbereich des Betriebs des Ast. Auf die Zahl der Aufträge dort in der Vergangenheit kann nicht entscheidend abgestellt werden, da es nach der Bestimmung über die Antragsbefugnis auch auf die möglichen künftigen Rechtsverletzungen ankommt. Betroffen ist insoweit seine Berufsfreiheit gem. Art. 12 I GG. Dabei kann offen bleiben, ob es sich um einen gezielten Eingriff in die berufliche Betätigungsfreiheit des Ast. als Steinmetz handelt, der sich zu wesentlichen Teilen (ca. 90%) mit der Herstellung und Errichtung von Grabmalen befasst. Eingriffe in diesem Sinne sind Regelungen, die sich gerade auf die berufliche Betätigung beziehen und sie unmittelbar zum Gegenstand haben (BVerfGE 13, 181 [185]). Dies betrifft etwa verbindliche Vorgaben für das Ob und Wie einer bestimmten beruflichen Tätigkeit. Vorliegend wird der Bezug von Steinen für die Weiterverarbeitung durch den Ast. geregelt. Selbst wenn der Begriff eines ziel-

gerichteten Eingriffs nicht erfüllt wäre, handelte es sich doch um eine ebenfalls an der Berufsfreiheit nach Art. 12 I GG zu messende Regelung, weil sie auf Grund ihrer mittelbaren oder tatsächlichen Auswirkungen deren Schutzbereich beeinträchtigt und ihre Auswirkungen auf die betr. Personen von einigem Gewicht sind (vgl. BVerfGE 61, 291 [308] = NJW 1983, 439). Eine solch objektiv berufsregelnde Tendenz lässt die Bestimmung des § 21 III der Friedhofssatzung deutlich erkennen, weil sie die Betätigung des Ast. als Steinmetz erheblich trifft, wenn er - wie dies vorliegend der Fall ist - einen Großteil seines Ausgangsmaterials aus Indien oder sonstigen "verdächtigen" Staaten bezieht und nicht nachweisen kann, dass in der gesamten Wertschöpfungskette keine ausbeuterische Kinderarbeit vorlag.

2. Mittelbar-faktische Beeinträchtigung genügt

An einer möglichen Rechtsbeeinträchtigung des Ast. fehlt es nicht schon deshalb - wie die Ag. meint - weil "Adressat" der beanstandeten Regelung nur der Nutzer des Friedhofs, der Inhaber der Grabstätte, nicht aber der als dessen Auftragnehmer in Erscheinung tretende Steinmetz sei. Zwar ist es im Ausgangspunkt zutreffend, dass mit dem Zustimmungsvorbehalt für die Errichtung oder Änderung eines Grabmals nach § 24 I der Friedhofssatzung eine Regelung innerhalb des Benutzungsverhältnisses zwischen Grabnutzungsberechtigtem und Träger der Einrichtung getroffen wird. Die Gewerbetreibenden und Ausführenden gewerblicher Arbeiten auf den Friedhöfen wie Bildhauer, Steinmetze, Bestatter, Gärtner usw. sind indessen nach § 7 I der Friedhofssatzung in die Abwicklung dieser Nutzungsverhältnisse einbezogen und bedürfen einer eigenen Zulassung auf dem Friedhof nach § 7 I der Friedhofssatzung.

Die Steinmetze werden jedenfalls durch die Regelung in § 24 V der Friedhofssatzung - wie auch die Ag. letztlich nicht verkennt - in erheblicher Weise wenigstens mittelbar-faktisch den genannten Beschränkungen unterworfen, weil sich ihre berufliche und gewerbliche Dienstleistung, die gegenüber dem Nutzungsberechtigten als Kunden erbracht wird, an der Bestimmung ausrichten muss. Dementsprechend sehen auch die der Begründung zum beschlossenen Novellierungsentwurf beigefügten Nachweisformulare für die Genehmigung der Errichtung von Grabmalen eine Erklärung der Steinmetzfirma vor, und zwar im Hinblick auf die Herkunft des Materials, die Zertifizierung gem. dem Verbot der Herstellung mit Hilfe ausbeuterischer Kinderarbeit im Sinne der ILO-Konvention und im Hinblick auf die Lieferung aus Altbeständen mit der Erklärung, dass das Unternehmen und die Lieferanten und Importeure aktive und zielführende Maßnahmen zum Ausstieg aus der ausbeuterischen Kinder- und Sklavenarbeit eingeleitet hätten. Die Begründung führt

insoweit im Einzelnen aus: "Mittlerweile gibt es auch für Grabsteine ein unabhängiges, qualifiziertes Zertifikat, das die Einhaltung sozialer Mindeststandards, insbesondere den Nichtgebrauch von Kinderarbeit für die gesamte Wertschöpfungskette testiert. Es kann also von den Steinmetzen im Rahmen des Genehmigungsverfahrens ein entsprechender Nachweis verlangt werden." Eine Verletzung der Rechte des Ast. ist daher möglich.

B. Begründetheit

Der Antrag ist auch begründet. Die beanstandeten Vorschriften sind für unwirksam zu erklären, weil es der Ag. an der erforderlichen gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage für die getroffene Regelung mangelt.

I. Allgemeine Satzungsbefugnis, § 24 RhPfGO

Anders als diese annehmen will, reicht die in § 24 I RhPfGO normierte allgemeine Satzungsbefugnis der Gemeinde für den hier in Rede stehenden Eingriff in die Grundrechtsposition nach Art. 12 I GG nicht aus.

Nach § 24 I RhPfGO können die Gemeinden im Rahmen ihrer Aufgaben und der Gesetze Satzungen erlassen. Satzungen über Auftragsangelegenheiten bedürfen danach einer besonderen gesetzlichen Ermächtigung. Aus letzterer Regelung kann für die Auslegung des Landesrechts indessen nicht darauf geschlossen werden, dass eine solche besondere Ermächtigung im Bereich der Selbstverwaltungsaufgaben nicht erforderlich wäre, wenn es um einen Eingriff in Freiheit und Eigentum geht.

Dabei ist zu unterscheiden: Im Bereich der gemeindlichen Einrichtungen sieht die Rechtsprechung die allgemeine Ermächtigung als ausreichende Grundlage an, soweit es um Regelungen zur Benutzung der Einrichtung geht, d.h. um Regelungen, die mit dem Einrichtungszweck notwendigerweise verbunden sind. Mit der Inanspruchnahme der Einrichtung unterwirft sich der Benutzer gleichsam Regelungen, die zur Erlangung des Nutzungsvorteils für ihn mit entsprechenden Belastungen verbunden sind. In diesem Funktionszusammenhang sieht die Rechtsprechung die allgemeine Regelung der Satzungsautonomie als hinreichend bestimmt an, die damit verbundenen Eingriffe zu tragen (vgl. VGH München, BayVBl 1992, 337; NVwZ-RR 1995, 347; Gern, Dt. KommunalR, 2. Aufl., Rdnrn. 250f. m.w. Nachw.; Waechter, KommunalR, 3. Aufl., S. 313). Über diesen Rahmen von Benutzungsregelungen bei der Inanspruchnahme der Einrichtung geht die hier den Gegenstand des Verfahrens bildende Regelung ersichtlich hinaus. Regelungen im Rahmen der Benutzungsordnung eines Friedhofs sind insoweit noch Bestimmungen über die Art und Größe der Grabmale, weil dies die äußere Gestalt des Friedhofs mitbestimmt, ebenso die sonstigen Gestaltungsbestimmungen, mit denen die Würde des Ortes ge-

wahrt werden soll. Zu diesem Funktionszusammenhang gehören dabei auch Bestimmungen wie in § 25 der Friedhofssatzung, mit denen die Standsicherheit der Grabmale gesichert werden soll. Die Ermächtigungsgrundlage der allgemeinen Satzungsbefugnis ist in diesem Zusammenhang begrenzt auf den beschriebenen Einrichtungszweck und die Notwendigkeit entsprechender Regelungen, bei denen es um die Einschränkung der Nutzung geht (vgl. auch: Gaedke, BestattungsR, 9. Aufl., S. 64f., 177).

Dieser Auslegung des Landesrechts entspricht die zum Gesetzesvorbehalt des Art. 12 I GG für Eingriffe in die Berufsfreiheit ergangene Rechtsprechung des BVerwG, wonach die ggf. mit der Selbstverwaltungsgarantie der Gemeinden nach Art. 28 I GG einhergehende Satzungsautonomie ohne spezifische weitergehende gesetzliche Ermächtigung eine Einschränkung der Berufsfreiheit nicht trägt (BVerwGE 90, 359 = NJW 1993, 411). Verfassungsrechtlich ist insoweit für Bestimmungen, die über die im engeren Sinne zur Nutzung einer kommunalen Einrichtung erforderlichen Regelungen hinausgehen, unverzichtbar, dass eine hinreichende, vom parlamentarischen Gesetzgeber geschaffene Ermächtigungsgrundlage vorhanden ist, die dem kommunalen Satzungsgeber die entsprechende Befugnis eröffnet. Dabei sind nach der Rechtsprechung des BVerwG (BVerwGE 90, 359 = NJW 1993, 411) die Anforderungen an die Bestimmtheit der Ermächtigung um so höher, je empfindlicher die freie berufliche Betätigung beeinträchtigt wird und je stärker die Interessen der Allgemeinheit von der Art und Weise der Tätigkeit berührt werden. Denn die grundlegende Entscheidung, ob und welche Gemeinschaftsinteressen so gewichtig sind, dass das Freiheitsrecht des Einzelnen zurücktreten muss, fällt danach allein in den Verantwortungsbereich des staatlichen Gesetzgebers (vgl. auch: BVerfGE 76, 171 [184] = NJW 1988, 191).

II. Spezialgesetz, § 6 I 1 RhPfBestG

Eine diesen Maßstäben gerecht werdende gesetzliche Ermächtigungsgrundlage für die Benutzungsordnung der Friedhöfe hat im Übrigen der Landesgesetzgeber den Gemeinden in § 6 I des RhPfBestG vom 4. 3. 1993 (GVBl, 69) bereitgestellt. Danach regeln die Gemeinden die Benutzung von Gemeindefriedhöfen, Leichenhallen und Einäscherungsanlagen sowie die Gestaltung der Grabstätten durch Satzung (§ 6 I 1 RhPfBestG).

Über diesen Gegenstand einer Regelung der Benutzung des Friedhofs und der Gestaltung von Grabstätten geht die hier zu prüfende Bestimmung weit hinaus. Sie ist keine Gestaltungsvorschrift; der Produktionsprozess und die Herkunft der Steine sind keine äußerlichen Gestaltungsmerkmale des Friedhofs und seiner Anlagen. Vielmehr betrifft die Vorschrift das Vorfeld

der Benutzungsverhältnisse und hat den Charakter einer Regelung von Produktionsabläufen und - weil andere Staaten betroffen sind - einer Außenhandelsregelung. Dies überschreitet nicht nur die spezifische Ermächtigung in § 6 I 1 RhPfBestG, sondern auch die nach gefestigter Auffassung begrenzte allgemeine Satzungsautonomie der Gemeinde (vgl. VGH München, BayVBl 1992, 337 m.w. Nachw.; zustimmend: Kne-meyer/Deubert, BayVBl 1992, 340; Weber, BayVBl 1998, 327).

Wie in der Rechtsprechung des VGH München (BayVBl 1992, 337) zutreffend hervorgehoben wird, führt die hier vertretene Auslegung der allgemeinen Satzungsbefugnis der Gemeinden in der Praxis kaum zu spürbaren Eingrenzungen, wenn zugleich wie aufgezeigt die Ermächtigungsgrundlage für Eingriffe im Rahmen der Nutzungsordnung für gemeindliche Einrichtungen großzügig ausgelegt wird. Insoweit ist nämlich dem Vorbehalt des Gesetzes für Eingriffe in Freiheit und Eigentum noch Rechnung getragen, der dem Bürger die Vorhersehbarkeit der von ihm zu erwartenden Belastungen anhand eines staatlichen Gesetzes gewährleisten soll. Würde hingegen auch über diesen begrenzten Regelungsgegenstand hinaus die allgemeine Satzungsbefugnis als ausreichend angesehen, hätte der Bürger in kleinräumigen Gebieten mit den unterschiedlichsten und inhaltlich nicht eingrenz-baren Vorschriften zu rechnen, ohne dass ein spezifisch örtliches Bedürfnis dafür bestünde. Dies würde insbesondere den überregional tätigen Wirtschaftsbereich treffen. Es ist nicht hinzunehmen, dass Regelungen wie die hier in Rede stehende Vorschrift über den Herkunftsnachweis von Steinmaterial und den

Nachweis für den Ausschluss verwerflicher Produktionsverhältnisse, die wegen des Außenhandelsbezugs den Gesamtstaat betreffen, der örtlichen Selbstverwaltungsautonomie zugerechnet werden. Es handelt sich nicht um Vorgänge mit einem spezifisch örtlichen Bezug, der gerade nur den Bereich dieser einen Körperschaft erfasst. Letztlich würde hier ohne spezifische Ermächtigung mit einer örtlichen Regelung in den Vorbehaltsbereich des staatlichen Gesetzgebers eingegriffen (vgl. zu dieser Sperrwirkung auch: Gallwas, BayVBl 1992, 644 [646]). Dieser Kompetenzordnung kommt besondere Bedeutung im Bereich der wirtschaftlichen Betätigung und der Wahrnehmung der Berufsfreiheit zu, wenn nicht der Eingriff durch die spezifischen örtlichen Benutzungsbedingungen einer gemeindlichen Einrichtung gerechtfertigt ist.

III. Bundestreue, Art. 20 I GG

Die aus ethischer Sicht und mit Blick auf das Verbraucherverhalten verständlichen und aner kennenswerten Bemühungen der Ag. zur Verhinderung ausbeuterischer Kinderarbeit finden in den fehlenden gemeindlichen Regelungskompetenzen insoweit ihre Schranken. Auch auf den Grundsatz der Bundestreue (Art. 20 I GG) mit Blick auf die Erfüllung des von der Bundesrepublik Deutschland ratifizierten ILO-Abkommens 182 zur Verhinderung ausbeuterischer Kinderarbeit vermag die Gemeinde sich zur Überwindung dieser Kompetenzschränken nicht zu berufen, so dass dahingestellt bleiben kann, ob aus dem genannten Abkommen überhaupt eine Berechtigung folgen könnte, durch mittelbare Einwirkung in Form von Handelshemmnissen den Zweck des Abkommens zu fördern.

Standort: Kommunalrecht

Problem: Ausschluss aus Ratsfraktion

VG OSNABRÜCK, BESCHLUSS VOM 17.10.2008
1 B 27/08 (NVWZ-RR 2009, 260)

Problemdarstellung:

In den nachstehend abgedruckten Entscheidungen geht es um den Ausschluss eines Fraktionsmitglieds aus seiner Fraktion. Dieser ist im Gegensatz zum Parteiausschluss (vgl. § 10 IV PartG) gesetzlich nicht geregelt, weshalb seine Voraussetzungen problematisch sind. Das VG Osnabrück nimmt hierzu in sehr lehrreicher Weise Stellung:

A. Vorrangig sei die Geschäftsordnung der Fraktion heranzuziehen. Parlamentsfraktionen in Bundes- oder Landtag haben darin häufig die Regeln für einen Fraktionsausschluss festgelegt. Hier ging es jedoch um eine Ratsfraktion, welche den Fraktionsausschluss nicht eigens geregelt hatte.

B. In diesem Fall seien - so das VG weiter - zunächst formelle Voraussetzungen zu beachten. Das Gericht

betont besonders, dass neben einer ordnungsgemäßen Ladung vor allem sichergestellt sein müsse, dass das betroffene Fraktionsmitglied sich auf die Fraktions-sitzung, in der über seinen Ausschluss befunden werden soll, hinreichend vorbereiten könne. Dazu gehöre, dass man ihm die Gründe, die für seinen Fraktionsaus-schluss sprechen, im Vorfeld umfassend mitteilen müsse.

C. In materieller Hinsicht ist zwischen Tatbestand und Rechtsfolge zu unterscheiden:

I. Tatbestandlich greift das VG auf die für Dauerschuldverhältnisse geltenden Regelungen zurück. Auch eine Fraktion sei ein auf Dauer angelegter Zusammenschluss von Ratsmitgliedern. Zur Beendigung eines solchen Zusammenschlusses bedürfe es daher eines "wichtigen Grundes", ähnlich dem Kündigungsgrund für ein Dauerschuldverhältnis (vgl. auch den vom VG nicht angesprochenen § 10 IV PartG, der für den Parteiausschluss einen solchen fordert).

1. Sodann führt das Gericht aus, dass ein "wichtiger Grund" keinesfalls in einem privaten Verhalten des Fraktionsmitglieds gesehen werden könne, wenn dieses private Verhalten grundrechtlich geschützt sei (hier: Ausübung der Baufreiheit).

2. Ein "wichtiger Grund" könne aber darin liegen, dass das innerfraktionelle Vertrauensverhältnis zerstört sei, etwa weil sich ein Mitglied kollektive Ziele der Fraktion nicht mittrage.

II. Der Fraktionsausschluss als Rechtsfolge müsse aber auch dann ultima ratio bleiben. Wegen des mit ihm verbundenen intensiven Eingriffs in die Rechte des Abgeordneten (hier: Ratsmitglieds) müssten vorrangig mildere Mittel ausgeschöpft werden. Das VG greift diesbezüglich auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zurück. Im vorliegenden Fall sah das VG mildere Mittel als nicht ausgeschöpft an, sodass es den Fraktionsausschluss für rechtswidrig erklärte.

Prüfungsrelevanz:

Prozessual wird der Fall - da eilig - in aller Regel im vorläufigen Rechtsschutz spielen. Statthaft ist eine Sicherungsanordnung nach § 123 I 1 VwGO. Ein Antrag nach § 80 V 1 VwGO kommt hingegen schon deshalb nicht in Betracht, weil der Fraktionsausschluss keine Außenwirkung entfaltet, somit keinen Verwaltungsakt i.S.d. § 35 S. 1 VwVfG darstellt und somit nicht mit der Anfechtungsklage angefochten werden kann, um deren Suspensiveffekt allein es bei § 80 V 1 VwGO geht (i.Ü. fehlt es für einen VA auch an der Behördeneigenschaft der Fraktion und an einer "hoheitlichen" Maßnahme, da zwischen Fraktion und Mitglied kein Subordinationsverhältnis besteht).

In der Hauptsache handelt es sich um eine Feststellungsklage nach § 43 I, 1. Fall VwGO; der Antragsteller begehrt die Feststellung des (Fort-)bestehens eines Rechtsverhältnisses, nämlich seiner Fraktionsmitgliedschaft. Eine allgemeine Leistungsklage ist hingegen nicht statthaft, weil es hierzu keiner Leistung bedarf.

Zu beachten ist in jedem Fall (vorläufiger Rechtsschutz wie Hauptsache), dass es sich beim Fraktionsausschluss um einen Fall des sog. "Kommunalverfassungsverstreits" handelt, in dem Organe und Organteile derselben Gemeinde (hier: Fraktion und Fraktionsmitglied) um ihre Rechte und Pflichten aus der Gemeindeordnung streiten. In dieser Konstellation gelten gewisse prozessuale Besonderheiten (vgl. dazu die Vertiefungshinweise), z.B. muss die Klagebefugnis analog § 42 II VwGO aus einer "wehrfähigen Innenrechtsposition" folgen. Ferner ist Antragsgegner (bzw. Beklagter) nicht - wie sonst bei § 43 VwGO - der Rechtsträger, sondern zur Vermeidung von Insichprozessen der sachliche Streitgegner, also das jeweils andere Organ (hier: die Fraktion). Auch die Beteiligtenfähigkeit

macht in diesen Fällen nicht selten Probleme. Für ein einzelnes Fraktionsmitglied enthält § 61 VwGO bspw. keine Regelung, da es als solches weder natürliche Person (§ 61 Nr. 1), noch Vereinigung (§ 61 Nr. 2) noch Behörde (§ 61 Nr. 3) ist. Im vorliegenden Fall musste daher (vom VG unausgesprochen) auf eine Analogie zu § 61 Nr. 2 VwGO zurückgegriffen werden, wonach nicht nur Vereinigungen, sondern auch Einzelne beteiligtenfähig sind, soweit ihnen ein Recht zustehen kann.

Vertiefungshinweise:

❑ Ausschluss aus Ratsfraktion: *VG Gießen*, RA 2004, 163 = *NVwZ-RR* 2004, 204; *VG Potsdam*, LKV 2004, 478

❑ Allgemein zum Fraktionsausschluss: *OVG Münster*, NJW 1989, 1105; *OVG Saarlouis*, NVwZ-RR 1996, 462; *VGH Kassel*, NVwZ 1999, 1369 *Schmidt-Jortzig/Hansen*, NVwZ 1994, 116; *Achterberg*, JA 1983, 303; *Aulehner*, JA 1989, 478; *Zuleeg*, JuS 1978, 240

❑ Ausschluss aus Parlamentsfraktion als Organstreit: *VerfGH Bbg*, RA 2004, 158 = *DÖV* 2004, 205; *VerfGH MV*, *DÖV* 2003, 765; *Weber*, JuS 1990, 659

❑ Zum Kommunalverfassungsverstreit: *VG Aachen*, RA 2008, 133 = *NWVB1* 2008, 113; *OVG Münster*, RA 2001, 509 = *DVB1* 2001, 1281; RA 2003, 319 = *NVwZ-RR* 2003, 376; *VG Düsseldorf*, RA 2006, 208 = *NWVB1* 2006, 152; *Ehlers*, JuS 1990, 105

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs*: "Die Friedenstaube im Rathausfenster"

❑ *Examenskurs*: "Unter den Wolken"

Leitsätze:

1. Einem Fraktionsmitglied, welches aus seiner Ratsfraktion ausgeschlossen werden soll, müssen die maßgebenden Gründe für den beabsichtigten Ausschluss vollständig, hinreichend konkret und so rechtzeitig vor der Fraktionssitzung mitgeteilt werden, dass es sich hiermit auseinandersetzen und die Fraktionssitzung angemessen vorbereiten kann.

2. Die den Fraktionsausschluss tragenden Gründe müssen dem Betroffenen in einer Weise mitgeteilt werden, dass er allein durch die Lektüre der Mitteilung über seinen Fraktionsausschluss in die Lage versetzt wird zu entscheiden, ob er den Beschluss hinnehmen oder aber hiergegen gerichtlichen Rechtsschutz in Anspruch nehmen will. Eine Verletzung dieses Begründungserfordernis ist nicht heilbar.

3. Grundrechtlich geschütztes Verhalten - hier das Gebrauchmachen von der Baufreiheit - kann nicht zum Anlass genommen werden, ein Fraktionsmit-

glied allein deshalb aus seiner Fraktion auszuschließen, weil das von ihm privat verfolgte Projekt in der betroffenen Kommune auf breite Ablehnung stößt und die rechtlichen Möglichkeiten der Kommune zur Verhinderung des Vorhabens begrenzt sind.

4. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gebietet auch bei Fehlen einer Geschäftsordnung mit einem abgestuften Sanktionssystem, dass mildere Maßnahmen als der Fraktionsausschluss in Betracht gezogen und ergriffen werden, die nicht von vorn herein als ungeeignet erscheinen, auf das Fraktionsmitglied angemessen einzuwirken und es zu einer Änderung des kritisierten Verhaltens zu veranlassen.

Sachverhalt:

Der Antragsteller wendet sich gegen seinen Ausschluss aus der Antragsgegnerin, einer Ratsfraktion, und begehrt im vorliegenden Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes die vorläufige Zulassung zu deren Sitzungen.

Der Antragsteller ist Mitglied des Samtgemeinderates der Samtgemeinde Herzlake und wurde im September 2006 als Kandidat der D. in den Rat der Mitgliedsgemeinde X1. gewählt. Nach Konstituierung des Rates wurde er Mitglied der Antragsgegnerin. Gemeinsam zur Sicherung der Existenz seines landwirtschaftlichen Betriebes entschloss sich der Antragsteller, gemeinsam mit einem niederländischen Landwirt eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung einen Schweinemaststall mit 7.560 Plätzen zu beantragen. Dieses Vorhaben stieß in der Bevölkerung der Gemeinde X1. auf erheblichen Widerstand. In dessen Folge lehnte auch die Antragsgegnerin einhellig - d. h. mit Ausnahme des Antragstellers - dessen Vorhaben ab. Mit Schreiben vom 18. April 2008 forderte die Antragsgegnerin den Antragsteller auf, diesbezüglich "gemeinsam an einem Strang" zu ziehen und von seinem Vorhaben Abstand zu nehmen. Mehrere Gesprächsangebote zu diesem Thema nahm der Antragsteller nicht wahr.

Unter dem 1. Juli 2008 lud die Antragsgegnerin ihre Mitglieder zu einer Fraktionssitzung für Donnerstag, den 10. Juli 2008, unter Mitteilung folgenden Tagesordnungspunktes 2 ein: "Beratung und eventuelle Beschlussfassung über den Fraktionsausschluss des Fraktionsmitglieds A. B."

In einer ersten Stellungnahme wies der Antragsteller auf seine Motive für sein Vorhaben (Betriebs- und Existenzsicherung) hin und forderte, zunächst den Ausgang des noch laufenden Genehmigungsverfahrens abzuwarten. Lügen jedoch die Genehmigungsvoraussetzungen vor, habe er einen Rechtsanspruch auf Erteilung der Genehmigung und werde deshalb seinen Antrag nicht zurückziehen. Sofern die Antragsgegnerin

dies zum Anlass nehme bzw. nehmen werde, ihn aus ihr auszuschließen, weise er vorsorglich darauf hin, dass ein derartiger Beschluss gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und das Willkürverbot verstoße. Unmittelbar vor der Fraktionssitzung legte der Antragsteller mit Schreiben der Antragsgegnerin eine weitere schriftliche Stellungnahme zu seinem Vorhaben vor.

An der am 10. Juli 2008 durchgeführten Fraktionssitzung nahmen neben dem Antragsteller neun weitere Fraktionsmitglieder sowie der Samtgemeindebürgermeister I., sein Stellvertreter J. und der Vorsitzende des D.-Ortsverbandes K. teil. Drei Mitglieder der Antragsgegnerin fehlten entschuldigt. Nach einer einstündigen Aussprache, gegen deren Ende der Antragsteller die Sitzung verließ, stimmten die neun anwesenden Fraktionsmitglieder offen über den Ausschluss des Antragstellers aus der Antragsgegnerin ab und votierten einstimmig für den Ausschluss. Über den Verlauf der Sitzung führte die Antragsgegnerin kein Protokoll. Mit Schreiben vom 14. Juli 2008 teilte der Vorsitzende der Antragsgegnerin dem Antragsteller den Beschluss über den Ausschluss aus der Antragsgegnerin mit sofortiger Wirkung mit und führte zur Begründung aus, es werde keine Basis für eine vertrauensvolle Zusammenarbeit in der Fraktion gesehen. Sie werde in der Bevölkerung in Mithaftung für das Verhalten des Antragstellers genommen. Ihr werde der Vorwurf gemacht, ihre Mitglieder stellten Eigennutz vor Gemeinnutz. Sie habe hierdurch ein massives Glaubwürdigkeitsproblem und sehe hierdurch ihre Chancen bei der nächsten Gemeinderatswahl erheblich beeinträchtigt. Überdies habe sich der Antragsteller in seiner Eigenschaft als Samtgemeinderatsmitglied Anfang des Jahres 2007 noch gegen ein vergleichbares Vorhaben eines Landwirtes in einer anderen Mitgliedsgemeinde gewandt. Nunmehr nutze er das durch diesen Fall ihm zuteilgewordene Insiderwissen für sein Projekt und äußere sich dahingehend, dass ihm solche Fehler wie in Y2. nicht unterlaufen würden.

Gegen diesen Beschluss der Antragsgegnerin hat der Antragsteller am 15. Juli 2008 die bei der Kammer Klage erhoben und gleichzeitig um Gewährung vorläufigen gerichtlichen Rechtsschutzes nachgesucht.

Aus den Gründen:

Der zulässige Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ist begründet, denn der Antragsteller hat das Bestehen eines Anordnungsanspruchs und eines Anordnungsgrundes hinreichend glaubhaft gemacht, § 123 Abs. 3 VwGO i. V. m. §§ 920 Abs. 2, 294 ZPO.

A. Anordnungsanspruch

Bei der im vorliegenden Verfahren gebotenen summarischen Prüfung spricht überwiegendes dafür, dass

sich der Beschluss der Antragsgegnerin über den Ausschluss des Antragstellers aus ihr als rechtswidrig erweisen wird, sodass die durch den Ausschluss beeinträchtigten mitgliedschaftlichen Rechte des Antragstellers sicherungsbedürftig sind.

I. Voraussetzungen für Ausschluss aus einer Ratsfraktion

1. Vorrangig: Fraktionsinterne Absprache

Ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen ein Fraktionsmitglied ausgeschlossen werden kann, richtet sich in erster Linie nach den bei der Errichtung der Fraktion getroffenen Absprachen. Ausdruck derartiger, auf einem gemeinsamen Grundkonsens beruhender Absprachen ist die Geschäftsordnung der Fraktion, die Regeln für die Zusammenarbeit aufstellt und üblicherweise auch die Voraussetzungen für eine Beendigung der Zusammenarbeit formuliert.

2. Subsidiär: Allgemeine Regeln für Dauerschuldverhältnisse

Fehlt - wie im vorliegenden Fall - eine entsprechende Regelung, so ist es sachgerecht, auf den Maßstab zurückzugreifen, der allgemein für die Beendigung von Beteiligungen in Dauerrechtsverhältnissen gilt, die durch die persönliche Zusammenarbeit der Beteiligten geprägt werden. Derartige verfahrensrechtliche Anforderungen an die Korrektheit des Vorgehens ergeben sich im Hinblick auf das Demokratie- und das Rechtsstaatsprinzip, da ein Fraktionsausschluss erheblich in die politisch-demokratischen Handlungsmöglichkeiten eines gewählten Mitgliedes einer Vertretungskörperschaft eingreifen kann. Deshalb muss nach § 39b II 2 NGO die innere Ordnung der Fraktionen demokratischen und rechtsstaatlichen Grundsätzen entsprechen, sodass an den Fraktionsausschluss bestimmte verfahrensrechtliche Anforderungen zu stellen sind. Danach erfordert ein solcher Ausschluss zunächst die Einhaltung bestimmter formeller Voraussetzungen, die nach allgemeiner Ansicht zwingend beachtet werden müssen. Hierzu ist erforderlich, dass dem Ausschluss des Fraktionsmitgliedes eine Anhörung des Betroffenen vorausgeht und zu der Sitzung, in der über den Ausschluss befunden werden soll, sämtliche Fraktionsmitglieder eine Ladung unter konkreter Benennung dieses Tagesordnungspunktes erhalten. Darüber hinaus ist ein Mehrheitsbeschluss der Fraktion über den Ausschluss erforderlich und dem ausgeschlossenen Mitglied sind die Ausschlussgründe schriftlich mitzuteilen (vgl. VG Lüneburg, Beschluss vom 8. August 2005 - 5 B 34/05 -, juris; VG Gießen, NVwZ-RR 2004, 204; Wefelmeier in: Kommunalverfassungsrecht Niedersachsen, NGO-Kommentar, Stand: 25. Lfg. Aug. 2008, § 39b NGO Rn. 40 ff., m.w.N.).

3. Subsumtion

a. Formelle Anforderungen

Der Ausschluss des Antragstellers aus der Antragsgegnerin entspricht schon nicht den verfahrensrechtlichen Anforderungen, die an einen Ausschluss eines Ratsmitglieds aus seiner Ratsfraktion zu stellen sind.

(1). Ordnungsgemäße Ladung

Die Kammer kann offen lassen, ob zu der Fraktionsitzung am 10. Juli 2008 ordnungsgemäß eingeladen wurde oder aber ob ein Ladungsmangel darin zu sehen ist, dass die Ladung vom 1. Juli 2008 als TOP 2 lediglich anführt: "Beratung und eventuelle Beschlussfassung über den Fraktionsausschluss des Fraktionsmitglieds A. B.", ohne die Fraktionsmitglieder über die Gründe des vom Fraktionsvorsitzenden der Antragsgegnerin gestellten bzw. seinerzeit angekündigten Antrags auf Ausschluss aus der Fraktion zu informieren. Für ein derartiges Erfordernis könnte der Umstand sprechen, dass andernfalls den Fraktionsmitgliedern nicht ausreichend Gelegenheit geboten wird, sich angemessen und sachgerecht auf die Fraktionsitzung vorbereiten zu können (so Wefelmeier, a.a.O., § 39b Rn. 41).

(2). Mitteilung der Beweggründe

Jedenfalls ist unverzichtbare Verfahrensvoraussetzung, dass dem betroffenen Fraktionsmitglied die maßgebenden Gründe für den beabsichtigten Ausschluss vollständig, hinreichend konkret und so rechtzeitig vor der Fraktionsitzung mitgeteilt werden, dass er sich hiermit auseinandersetzen und die Fraktionsitzung angemessen vorbereiten kann (VG Potsdam, LKV 2004, 478; Wefelmeier, a.a.O., § 39b Rn. 42). Die Antragsgegnerin hat im vorliegenden Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes betont, dass sie dem Antragsteller nicht dessen Entscheidung, einen Antrag auf Erteilung einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung zum Bau einer Schweinemastanlage mit zirka 7.500 Plätzen beim Landkreis Z2. gestellt zu haben bzw. an diesem Bauvorhaben als Gesellschafter einer GbR maßgeblich beteiligt zu sein, zum Vorwurf macht, sondern dessen damit einhergehendes Verhalten. Der Antragsteller habe sich nicht nur widersprüchlich und unkollegial verhalten, sondern er habe darüber hinaus sowohl seine Fraktionskollegen als auch die Öffentlichkeit getäuscht und düpiert. Mit diesem Vorwurf „unredlichen Verhaltens“ ist der Antragsteller nach Auffassung der Kammer jedoch erstmals im laufenden gerichtlichen Verfahren konfrontiert worden. Die Beteiligten haben weder vorgetragen noch glaubhaft gemacht, dass dieser konkrete Vorwurf und nicht der Entschluss zum Bau der Stallanlage an sich Gegenstand der Anhörung des Antragstellers im Rahmen der Fraktionsitzung am 10. Juli 2008 gewe-

sen ist. Insbesondere war die Antragsgegnerin nicht in der Lage, ein Protokoll der Fraktionssitzung vorzulegen, aus dem sich dergleichen entnehmen ließe. Die Kammer geht vielmehr davon aus, dass der Fraktionsausschluss von der Antragsgegnerin gleichsam als Sanktion der unbeugsamen Haltung des Antragstellers auf der Sitzung vom 10. Juli 2008 verhängt wurde, nachdem dieser verdeutlicht hatte, an seinem Vorhaben - jedenfalls als Gesellschafter - festzuhalten [wird ausgeführt].

b. Materielle Anforderungen

Der Fraktionsausschluss begegnet schließlich auch in materieller Hinsicht erheblichen rechtlichen Bedenken.

aa. Grundrechtsausübung kann kein "sachlicher Grund" für Fraktionsausschluss sein

Zunächst bedarf es nach Auffassung der Kammer keiner tief greifenden Ausführungen, dass ein grundrechtlich geschütztes Verhalten - hier das Gebrauchmachen von der durch Art. 2 I bzw. Art. 14 GG garantierten Baufreiheit und der von Art. 12 GG garantierten Berufsfreiheit durch Stellung eines "Bauantrags" - nicht allein zum Anlass genommen werden kann, den Antragsteller aus seiner Ratsfraktion, deren innere Ordnung gem. § 39b II 2 NGO demokratischen und rechtsstaatlichen Grundsätzen entsprechen muss und damit auch die Grundrechte des einzelnen Mitglieds zu achten und zu wahren hat, auszuschließen, weil das von ihm verfolgte Projekt in der betreffenden Kommune auf breite Ablehnung stößt und die rechtlichen Möglichkeiten der Kommune zur Verhinderung des Vorhabens nach Maßgabe des BauGB, des BImSchG oder des Bauordnungsrechts äußerst begrenzt sind, mithin die Kommune dem Vorhaben "ohnmächtig" gegenüber steht. Denn auch einem Mandatsträger ist unabhängig von seiner Fraktionszugehörigkeit und seiner Verpflichtung, sich für das Wohl der Gemeinde einzusetzen, ein Freiraum privater Dispositionen und beruflicher Lebensplanung unter Einbeziehung von Gesichtspunkten wie der Existenzsicherung zuzubilligen (vgl. VerfGH Brandenburg, NVwZ-RR 2004, 161).

bb. Störung des innerfraktionellen Vertrauensverhältnisses

Es kann ferner dahinstehen, ob das dem Antragsteller nunmehr vorgeworfene "unredliche" Verhalten im Zusammenhang mit seinem Vorhaben ernsthafte atmosphärische Störungen oder eine nachhaltige Schädigung des Ansehens der Fraktion in der Öffentlichkeit hervorgerufen hat, sodass mit der Wiederherstellung einer vertrauensvollen Zusammenarbeit in der Fraktion nicht mehr gerechnet werden kann (vgl. zu diesen Fallgruppen eines Fraktionsausschlusses VerfGH Ber-

lin, NVwZ-RR 2006, 441). Jedenfalls muss auch bei Verwirklichung derartiger Tatbestände der Fraktionsausschluss als schärfste Sanktion des Verhaltens eines Fraktionsmitgliedes dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügen. Deshalb ist vorrangig zu prüfen, ob nicht eine Einwirkung auf das Fraktionsmitglied auch durch weniger strenge Mittel zu erreichen ist. Der Ausschluss muss das letzte Mittel sein. Er darf grundsätzlich erst dann beschlossen werden, wenn alle mildereren Maßnahmen versagt haben oder wegen der besonderen Umstände des Einzelfalles ausnahmsweise nicht in Betracht gezogen werden mussten (Nds. OVG, NVwZ 1994, 506 m. w. N.).

Sofern die Fraktion mangels Geschäftsordnung über einen abgestuften Katalog von Sanktionsmaßnahmen nicht verfügt, hat sie jedes denkbare Mittel, das geeignet ist, auf das betreffende Fraktionsmitglied angemessen einzuwirken, in Betracht zu ziehen, denn das Fehlen einer Geschäftsordnung mit spezifischen Regelungen zur Sanktionierung fraktionsschädlichen Verhaltens entbindet die Antragsgegnerin nicht von der Beachtung des Vorrangs milderer, aber gleich wirksamer Mittel als Ausfluss des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Im vorliegenden Fall hätte nahe gelegen, das Verhalten des Antragstellers - die Vorwürfe als zutreffend unterstellt - gegenüber seinen Fraktionskollegen und der Öffentlichkeit durch Fassung eines entsprechenden Beschlusses in dem dafür vorgesehenen Verfahren klar zu missbilligen und diesen ggf. mit weiteren Auflagen bzw. Erwartungen, (z.B. sich dem öffentlichen Protest in der Gemeinde, insbesondere bei Veranstaltungen der Bürgerinitiative, zu stellen) zu verbinden. Durch begleitende Öffentlichkeitsarbeit, insbesondere Publizierung der genannten Maßnahmen und klare Abgrenzung vom Standpunkt des Antragstellers, hätte es die Antragsgegnerin dann in der Hand gehabt, der von ihr monierten Mithaftung für das Fehlverhalten des Antragstellers und dem damit einhergehenden Ansehensverlust in der Öffentlichkeit entgegen zu wirken. Zum Mittel des Fraktionsausschlusses hätte sie allenfalls dann übergehen dürfen, nachdem sich die vorstehend beispielhaft aufgezeigten Maßnahmen als wirkungslos erwiesen hätten.

B. Anordnungsgrund

Der Antragsteller hat schließlich einen Anordnungsgrund und damit die Eilbedürftigkeit der vorliegenden Entscheidung hinreichend glaubhaft gemacht. Denn es stellt für ihn einen wesentlichen Nachteil dar, wenn er bis zur rechtskräftigen Entscheidung der Hauptsache zu Unrecht von der Mitwirkung bei der fraktionsinternen Willensbildung ausgeschlossen wäre, weil er als fraktionsloser Kommunalvertreter nur eingeschränkt Einflussmöglichkeiten im Rat und seinen Ausschüssen hat. Dies gilt vorliegend auch in Ansehung des von der Antragsgegnerin geltend gemachten Umstandes einer

“erdrückenden” Mehrheit im Rat, denn die von der Antragsgegnerin vorgegebene Linie ist damit ausschlaggebend für die im Rat gefassten Beschlüsse. Auf diese Linie hat der Antragsteller durch seinen Ausschluss keinen Einfluss mehr. Dies gilt unabhän-

gig davon, ob die Antragsgegnerin ihre Linie in einer vor der Ratssitzung stattfindenden Fraktionssitzung beschließt oder aber dieser Willensbildungsprozess in die Ratssitzung verlagert wird.

Standort: Verwaltungsrecht AT

Problem: Bekanntgabe von Verkehrszeichen

VGH MANNHEIM, BESCHLUSS VOM 02.03.2009
5 S 3047/08 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

A. Nach heute h.M. wird ein Verkehrszeichen mit seiner (ordnungsgemäßen) Aufstellung jedermann bekannt gegeben. In der Aufstellung liegt eine besondere Form der öffentlichen Bekanntgabe, wie sich zumindest mittelbar aus einem Umkehrschluss aus § 45 IV StVO ergibt. Dort ist normiert, dass Verkehrsregelungen auf besondere Weise *bekannt gegeben* werden können, wenn das *Aufstellen* von Verkehrszeichen nicht rechtzeitig möglich ist.

B. Mit Bekanntgabe des Verwaltungsakts beginnen aber auch Fristen zu laufen, vor allem die Widerspruchsfrist des § 70 I VwGO und - in Zeiten der Abschaffung des Vorverfahrens in vielen Bundesländern zunehmend bedeutsam - die Klagefrist des § 74 I 2 VwGO. Daraus folgt für den potenziellen Kläger, der sich mit einer Anfechtungsklage gegen ein Verkehrszeichen wehren will, eine besondere Härte: Er wird vielfach von dem aufgestellten Verkehrszeichen zunächst nichts wissen. Gleichwohl laufen für ihn die Fristen, wenn es nur auf die Aufstellung, nicht aber auf die Kenntnisnahme(-möglichkeit) für den Einzelnen ankommt. Man denke bspw. an den Fall, dass jemand in eine neue Stadt zieht und sich gegen das Halteverbot vor seiner neuen Wohnung wehren will. Steht das Halteverbotsschild bereits länger dort, könnten die Rechtsbehelfsfristen verstrichen sein, obwohl der Betroffene von dem Verkehrszeichen weder wusste noch wissen konnte. Diese Konsequenz zeigt auch der vorliegende Beschluss des VGH Mannheim auf, mit dem das Gericht ein klageabweisendes Urteil bestätigte, das wegen Versäumung der Widerspruchsfrist ergangen war.

C. Gleichwohl kann einem solchen Kläger auf dreierlei Weise zumindest teilweise geholfen werden: Erstens werden die Fristen der §§ 70, 74 I 2 VwGO nicht - wie dort geregelt - einen Monat, sondern mangels Rechtsbehelfsbelehrung gem. § 58 I, II VwGO immerhin ein Jahr betragen. Zweitens kommt für den Fall eines unverschuldeten Fristversäumnisses zumindest grundsätzlich eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nach § 60 VwGO in Betracht. Und drittens könnte der Betroffene einen Antrag auf Widerruf oder

Rücknahme des bestandskräftig gewordenen Verkehrszeichens stellen, worauf er nach §§ 48 ff. VwVfG zumindest einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung hat.

Prüfungsrelevanz:

Die Bekanntgabe von Verkehrszeichen ist seit Jahrzehnten umstritten. Ebenso wie beim Streit um ihre Rechtsnatur (die ganz h.M. geht heute von einer Allgemeinverfügung i.S.d. § 35 S. 2 VwVfG und damit von einem Verwaltungsakt aus) scheint sich mit der hier vom VGH Mannheim vertretenen Ansicht nun aber eine ganz h.M. herauszukristallisieren. Neben den vom VGH erwähnten Argumenten spricht gegen die früher vielfach vertretene Lehre von der Einzelbekanntgabe vor allem das praktische Problem, die Einzelbekanntgabe nachweisen zu müssen. Das Aufstellen des Verkehrszeichens lässt sich leicht dokumentieren, wie aber soll eruiert werden, wann der Betroffene tatsächlich erstmals mit dem Verkehrszeichen in (Sicht-)kontakt gekommen ist? Nach dieser Ansicht musste vielfach letztlich den Angaben des Betroffenen Glauben geschenkt werden.

Übrigens ist streitig, wie man zu dem hier vertretenen Ergebnis des Aufstellens als besonderer Form der öffentlichen Bekanntgabe kommt. Entweder man hält § 45 IV StVO über den Verweis in § 41 III 1 VwVfG für anwendbar, oder man sieht § 45 StVO als Bundesrecht schon wegen der Normenhierarchie als vorrangig zu den landesrechtlichen Verwaltungsverfahrensgesetzen an, mit der Folge, dass es einer Erwähnung des § 41 III 1 VwVfG nicht bedarf. In einem Gutachten sollten diese beiden Möglichkeiten allenfalls colorandi causa kurz erwähnt werden, denn wenn das Ergebnis identisch ist, ist der Streit über den Weg dorthin unergiebig.

Vertiefungshinweise:

☐ Aufstellen des Verkehrszeichens als Bekanntgabe: *BVerwGE* 102, 316; *VGH Kassel*, NJW 1997, 1023; *VGH Mannheim*, NVwZ-RR 1990, 59; NVwZ-RR 2003, 311; *OVG Schleswig*, NVwZ-RR 2003, 647; *OVG Hamburg*, NordÖR 2004, 399; *OVG Koblenz*, DÖV 1986, 37; a.A. *OVG Hamburg*, NZV 2003, 351; *OVG Lüneburg*, NJW 2007, 1609

☐ Aus der Literatur zu diesem Thema: *Bitter/Konow*,

NJW 2001, 1386; *Klenke*, NWVBl 1994, 288; *Erichsen/Hörster*, Jura 1997, 659

Kursprogramm:

- Examenskurs: "Das mobile Halteverbot"
- Examenskurs: "Die defekte Parkuhr"

Leitsatz:

Die (regelmäßig einjährige) Frist für die Anfechtung eines Verkehrszeichens beginnt für alle Verkehrsteilnehmer unabhängig von ihrer konkreten Betroffenheit bereits mit dessen ordnungsgemäßer Aufstellung als einer besonderen Form der öffentlichen Bekanntgabe.

Sachverhalt:

Der Kläger wendete sich mit seiner Klage gegen ein Verkehrszeichen. Das VG wies die Klage mit der Begründung als unzulässig ab, es fehle an der ordnungsgemäßen Durchführung eines Vorverfahrens nach § 68 I 1 VwGO. Der Kläger habe die Widerspruchsfrist nicht eingehalten. Diese habe mit Aufstellen des Verkehrszeichens begonnen. Hiergegen wendet sich der Kläger vor dem VGH i.E. ohne Erfolg.

Aus den Gründen:

[...] Soweit der Kläger beanstandet, dass das Verwaltungsgericht seine Klage bereits wegen eines - aufgrund der nicht gewährten einjährigen (vgl. § 58 Abs. 2 VwGO) Widerspruchsfrist - nicht ordnungsgemäß durchgeführten Vorverfahrens als unzulässig abgewiesen habe, führen seine hierzu gemachten Ausführungen auf keine ernstlichen Zweifel.

A. Stand der Rechtsprechung zur Bekanntgabe eines Verkehrszeichens

Die Argumentation des Klägers, dass Verkehrszeichen - entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts - nicht in Bestandskraft erwachsen könnten, weil die jeweilige - einjährige - Widerspruchsfrist nicht vor einer individuellen Betroffenheit des jeweiligen Verkehrsteilnehmers zu laufen beginne, beruht auf der früheren Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, welche ersichtlich noch von einer Einzelbekanntgabe von Verkehrszeichen ausgegangen war (vgl. BVerwG, Urt. v. 09.06.1967 - VII C 18.66 -, BVerwGE 27, 181 <184>, Urt. v. 13.12.1979 - 7 C 46.78 -, BVerwGE 59, 221 <226>; so auch noch VGH Bad.-Württ., Urt. v. 17.09.1990 - 1 S 2805/89 -, NJW 1991, 1698; weiterhin an einer solchen festhaltend offenbar nur Nieders. OVG, Urt. v. 18.07.2006 - 12 LC 270/04 -, NJW 2007, 1609 <1610>), berücksichtigt indes nicht hinreichend die neuere - von den Obergerichten ganz überwiegend übernommene - Rechtsprechung dieses Gerichts, wonach Verkehrszeichen

bereits durch ihre Aufstellung (vgl. §§ 39 Abs. 2 u. 2a, 45 Abs. 4 StVO) als eine besondere Form der öffentlichen Bekanntgabe bekanntgegeben werden (vgl. BVerwG, Urt. v. 11.12.1996 - 11 C 15.95 -, BVerwGE 102, 316; ebenso HessVGH, Urt. v. 20.08.1996 - 11 UE 284/96 -, NJW 1997, 1023; ebenso Senat, Urt. v. 14.08.2002 - 5 S 1608/02 -, NVwZ-RR 2003, 311 <312>; OVG SH, Urt. v. 19.03.2002 - 4 L 118/01 -, NVwZ-RR 2003, 647; Hamburg. OVG, Urt. v. 04.11.2003 - 3 Bf 23/03 -, NordÖR 2004, 399; bereits VGH Bad.-Württ., Urt. v. 05.09.1988 - 3 S 838/88 -, NVwZ-RR 1990, 59 <60>; OVG Koblenz, Urt. v. 17.09.1985 - 7 A 5/85 -, DÖV 1986, 37).

Davon ausgehend stellt das angegriffene Urteil lediglich eine konsequente Anwendung dieser neueren Rechtsprechung dar (ebenso HessVGH, Urt. v. 21.03.1999 - 2 UE 2346/96 -, NZV 1999, 397). Denn Sinn und Zweck einer öffentlichen Bekanntgabe bestehen gerade darin, dass sie für und gegen jedermann wirkt und zwar auch in die Zukunft gegenüber erst später betroffenen Personen (vgl. Stelkens in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG 7. A. 2008, § 41 Rn. 136, § 35 Rn. 333). Zu diesem entscheidungserheblichen Gesichtspunkt, auf den das Verwaltungsgericht zutreffend hingewiesen hat (vgl. UA, S. 4), verhält sich die Antragsbegründung nicht. Diese erschöpft sich vielmehr in der Interpretation verschiedener, teilweise aus dem Zusammenhang gerissener Wendungen in den von ihr als Beleg für ihre Rechtsauffassung herangezogen Urteilen des Bundesverwaltungsgerichts, anstatt sich mit dem rechtlichen Ausgangspunkt der neueren Rechtsprechung - nämlich der Zulässigkeit einer öffentlichen Bekanntgabe von Verkehrszeichen - und den sich aus einer solchen allgemein ergebenden verwaltungsverfahrensrechtlichen Wirkungen auseinanderzusetzen.

B. Vereinbarkeit mit § 43 I VwVfG

Auch der Vorschrift des § 43 Abs. 1 Satz 1 LVwVfG, auf den der Kläger der Sache nach abhebt, wonach ein Verwaltungsakt auch gegenüber demjenigen, der von ihm betroffen wird, (erst) in dem Zeitpunkt wirksam wird, in dem er ihm bekannt gegeben wird, lässt sich vor dem Hintergrund der nach § 41 Abs. 3 Satz 1 LVwVfG möglichen öffentlichen Bekanntgabe nicht entnehmen, dass es ungeachtet einer bereits erfolgten öffentlichen Bekanntgabe einer nochmaligen - individuellen - Bekanntgabe an solche Personen bedürfte, welche zunächst - etwa durch ihren anderweitigen Wohnsitz - noch nicht konkret betroffen waren (vgl. hierzu Stelkens, a. a. O., § 41 Rn. 136).

Dass das Bundesverwaltungsgericht in seinem Urteil vom 11.12.1996 - zumindest bei Verkehrszeichen - von einer solchen, auf die bereits konkret Betroffenen beschränkten Wirkung einer öffentlichen Bekanntgabe ausgegangen wäre, zeigt der Kläger nicht auf und lässt

sich dem Urteil auch nicht entnehmen. Vielmehr erhellt aus dem Hinweis auf die Wirkung vergleichbarer anderer öffentlicher Bekanntmachungen, dass sich das Bundesverwaltungsgericht durchaus der mit der Annahme einer öffentlichen Bekanntgabe - aufgrund deren, soweit ersichtlich, allgemein anerkannten Wirkungen - verbundenen Konsequenz für die Anfechtbarkeit bewusst gewesen war. Dass es dennoch weiterhin davon ausgegangen wäre, dass die Anfechtungsfrist erst mit der erstmaligen Betroffenheit eines Verkehrsteilnehmers zu laufen beginne (so aber Hamburg. OVG, Urt. v. 04.11.2002 - 3 Bf 23/02 -, NZV 2003, 351), mithin dann, „wenn dieser sich (erstmalig) der Regelung des Verkehrszeichens gegenüber sieht“ (vgl. Urt. v. 13.12.1979, a. a. O.), kann daher nicht angenommen werden. Letzteres war auch in dem zugrunde liegenden Sachverhalt, bei dem erst nach Abstellen eines Pkws mobile Halteverbotsschilder aufgestellt wurden, ungeachtet dessen, dass auch ein solcher Verkehrsteilnehmer Adressat der getroffenen Anordnung war, nicht der Fall. Den vom Kläger angeführten Passus im Urteil vom 13.12.1979, dass „damit für ihn die Anfechtungsfrist zu laufen beginnt“, hat das Bundesverwaltungsgericht dem entsprechend in seinem Urteil vom 11.12.1996 auch nicht aufgegriffen. Dass es sich hierbei nicht ausdrücklich zur Anfechtbarkeit verhielt, lässt sich ohne Weiteres damit erklären, dass keine Veranlassung bestand, sich zu der vom vormals zuständigen 7. Senat vertretenen Auffassung ausdrücklich in Widerspruch zu setzen. Auch aus dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 21.08.2003 - 3 C 15.03 - (Buchholz 310 § 42 Abs. 2 VwGO Nr. 19) kann der Kläger für sich nichts herleiten. In diesem hat sich der nunmehr zuständige 3. Senat, worauf bereits das Verwaltungsgericht zutreffend hingewiesen hat, lediglich zur Widerspruchs- bzw. Klagebefugnis (§ 42 Abs. 2 VwGO) eines Verkehrsteilnehmers verhalten. Lediglich in diesem Zusammenhang hat das Bundesverwaltungsgericht ausgeführt, dass der dortige Kläger durch ein einmaliges bzw. mehrmaliges Befahren der Straße mit einem Fahrrad zum Adressaten des Verkehrszeichens geworden und damit in rechtlich

beachtlicher Weise belastet worden sei.

Ist aber von einer durch ordnungsgemäße Aufstellung der Verkehrszeichen bereits erfolgten wirksamen (öffentlichen) Bekanntgabe auszugehen, hatte auch die nach §§ 70 Abs. 2, 58 Abs. 2 VwGO einjährige Widerspruchsfrist des § 70 Abs. 1 Satz 1 VwGO zu laufen begonnen (zutreffend HessVGH, Beschl. v. 05.03.1999 - 2 TZ 4591-98 -, NJW 1999, 1651 <1652>). Diese beginnt mit der Bekanntgabe eines Verwaltungsakts und nicht mit dem Zeitpunkt einer etwa erst späteren, erstmaligen (konkreten) Betroffenheit. Anderes lässt sich - wie ausgeführt - auch dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 11.12.1996 nicht entnehmen.

C. Vereinbarkeit mit Art. 19 IV GG

Inwiefern diese vom Verwaltungsgericht gezogene - letztlich zwingende - Konsequenz mit der Garantie effektiven Rechtsschutzes (vgl. Art. 19 Abs. 4 GG) unvereinbar wäre, vermag der Senat nicht zu erkennen. Solches kann auch nicht den vom Kläger angeführten Urteilen des Bundesverwaltungsgerichts entnommen werden. Zwar trifft es zu, dass eine rechtzeitige Anfechtung von Verkehrszeichen für noch nicht konkret, sondern nur potentiell betroffene Verkehrsteilnehmer an der erforderlichen Klagebefugnis (§ 42 Abs. 2 VwGO) scheiterte, jedoch ist ein effektiver Rechtsschutz auch nach Ablauf der einjährigen Widerspruchsfrist möglich. Ob dies bereits aus der - allerdings im Hinblick auf die damit entwerteten Funktionen der öffentlichen Bekanntgabe zweifelhaften (vgl. Stelkens, a. a. O., § 41 Rn. 141) - Anwendung der Vorschriften über die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand folgt (vgl. insbes. § 60 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1, 3 u. 4 und Abs. 3 VwGO; hierzu etwa Rinze, NZV 1999, 399), kann hier dahinstehen. Jedenfalls stünden den erst später Betroffenen Ansprüche auf ein Wiederaufgreifen des Verwaltungsverfahrens nach pflichtgemäßem Ermessen zu (vgl. §§ 51 Abs. 5, 48, 49 LVwVfG). Solche hatte auch der Kläger der Sache nach zunächst hilfsweise geltend gemacht, allerdings nicht mehr weiter verfolgt. [...]

Standort: Prüfungsrecht**Widerspruch oder Remonstration?**

OVG MÜNSTER, URTEIL VOM 16.12.2008
14 A 2154/08 (NVwZ-RR 2009, 422)

Problemdarstellung:

Die förmliche Bescheidung über ein Prüfungsergebnis stellt in aller Regel einen Verwaltungsakt dar, gegen den Rechtsschutz mittels Widerspruch gesucht werden kann, wenn das Ergebnis rechtsfehlerhaft zustande gekommen ist. Außerhalb dieses förmlichen Rechtsbehelfs gibt es u.a. das Instrument der Remonstration, mit dem um eine andere Bewertung nachgesucht werden kann. Selbige genügt allerdings nicht zur ordnungsgemäßen Durchführung eines Vorverfahrens i.S.d. § 68 I 1 VwGO vor Erhebung einer verwaltungsgerichtlichen Anfechtungs- und Verpflichtungsklage. Auch wahrt sie die Widerspruchsfrist des § 70 I VwGO nicht.

Im vorliegenden Fall ging es nun um die Frage, wie Widerspruch und Remonstration voneinander abzugrenzen sind, wenn der Prüfling seinen Rechtsbehelf nicht genau bezeichnet. Das OVG führt aus, dass in aller Regel von einem Widerspruch auszugehen ist, eben gerade weil nur dieser Fristen wahrt und eine spätere Klagemöglichkeit eröffnet. Es könne nicht davon ausgegangen werden, dass der Prüfling einen für ihn weitaus ungünstigeren, formlosen Rechtsbehelf habe ergreifen wollen.

Darüber hinaus macht das OVG interessante Ausführungen zum materiellen Prüfungsrecht. Es betont, dass ein Prüfling nach dem NW-HochschG einen Anspruch auf eine Zweitkorrektur habe (Vier-Augen-Prinzip). Dieser Anspruch könne aus sachlich gerechtfertigten Gründen zwar im Einzelfall eingeschränkt, nicht jedoch generell abgeschafft werden (auch nicht bei Prüfungen im Multiple-Choice-Verfahren). Im Übrigen sei es unzulässig, für eine falsche Antwort im Multiple-Choice-Verfahren Punkte wieder abzuziehen, die an anderer Stelle durch eine richtige Antwort erzielt worden sind.

Prüfungsrelevanz:

Trotz der prüflingsfreundlichen Auslegung des OVG kann nur jedem Betroffenen geraten werden, gegen eine rechtswidrige Prüfungsentscheidung ausdrücklich Widerspruch einzulegen, um Streit über die ordnungsgemäße Durchführung des Vorverfahrens und die Einhaltung von Fristen erst gar nicht aufkommen zu lassen.

Ein Widerspruch gegen Prüfungsentscheidungen ist übrigens in aller Regel auch in den Bundesländern nötig, in denen das Vorverfahren ansonsten weitgehend abgeschafft ist (vgl. nur die Ausnahmen in § 6 II

1 Nr. 2 AGVwGO NRW oder § 8a III 1 Nr. 1 Nds AGVwGO).

Vertiefungshinweise:

- ❑ Sonnenbrille tragender Prüfer: *VG Köln*, RA 2006, 655 = NWVBI 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 zulässig: *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
- ❑ Zur Zulassung zur Ersten Juristischen Staatsprüfung: *OVG Hamburg*, NVwZ-RR 2007, 532
- ❑ Zulässigkeit von Multiple-Choice in Prüfungen: *OVG Münster*, NWVBI 2007, 115

Kursprogramm:

- ❑ *Assessorkurs*: "Das Prüfungsgespräch"

Leitsätze:

- 1. Nach förmlicher Bescheidung über ein Prüfungsergebnis schriftlich gegenüber der Widerspruchsbehörde erhobene Einwände sind regelmäßig als Widerspruch zu verstehen.**
- 2. § 95 III 1 Halbs. 2 NW-HochschG v. 14.3.2000 i.d.F. des NW-Hochschulreform-Weiterentwicklungsgesetzes vom 30.11.2004 ermächtigt die Hochschulen nicht, bei Studiengängen mit einem Leistungspunktsystem für Klausuren umfassend und voraussetzungslos vom Zweiprüfungsprinzip abzuweichen.**
- 3. Bei einem Prüfungsverfahren, durch dessen Ergebnis die Freiheit der Berufswahl eingeschränkt wird, dürfen fehlerfrei erbrachte Prüfungsleistungen nicht als nicht oder schlecht erbracht gewertet werden, weil andere Prüfungsfragen nicht richtig beantwortet wurden.**

Sachverhalt:

Der Kl. unterzog sich im dritten Versuch einer Klausur im Rahmen der Diplom-Vorprüfung an der Universität L. Die Klausur enthielt u.a. eine Aufgabe in der Form eines Antwort-Wahl-Verfahrens. Sie wurde von einem Prüfer bewertet und zwar wiederum mit

„nicht ausreichend (5)“. Die Klausurbewertung wurde dem Kl. mit per Einschreiben übersandtem Bescheid des bekl. Prüfungsausschusses vom 20. 10. 2006 mitgeteilt. Darin wurde ihm außerdem eröffnet, dass ein weiterer Versuch ausgeschlossen sei und er die Diplom-Vorprüfung deshalb endgültig nicht bestanden habe. Dem Bescheid war die Rechtsmittelbelehrung beigelegt, dass er binnen eines Monats schriftlich oder zur Niederschrift beim Bekl. Widerspruch einlegen könne.

Mit undatiertem und außer mit der Anrede „Sehr geehrte Damen und Herren“ nicht adressiertem Schreiben, beim Bekl. eingegangen am 14.11.2006, beantragte der Kl. eine „Nachkorrektur“ seiner Klausur, machte verschiedene Mängel der Bewertung geltend und beanspruchte die Gutschrift zusätzlicher Punkte, mit denen er die Bestehensgrenze erreichen würde. Der Bekl. leitete das Schreiben dem Prüfer zu, der einem Teil der Einwände statt gab, ohne dass dadurch die Bestehensgrenze erreicht wurde, und dies dem Kl. mit formlosem Schreiben mitteilte. Einen im Laufe des Jahres 2007 im Rahmen einer Korrespondenz mit dem Bekl. „vorsichtshalber“ eingelegten Widerspruch zur Vorbereitung einer verwaltungsgerichtlichen Klage hielt der Bekl. wegen Fristversäumung für unzulässig. Das am 14. 11. 2006 eingegangene Schreiben des Kl. sei kein förmlicher Widerspruch gewesen, sondern im Sinne einer Remonstration ein Antrag auf Nachkorrektur.

Mit seiner Klage begehrte der Kl. die Bewertung der Klausur als „ausreichend“, hilfsweise ihre Neubewertung, weiter hilfsweise die Zulassung zu einem erneuten Prüfungsversuch. Das VG wies die Klage als unzulässig ab. Die vom OVG zugelassene Berufung des Kl. hatte zum Teil Erfolg.

Aus den Gründen:

Die Klage ist entgegen der Auffassung des VG nicht wegen Versäumung der Widerspruchsfrist betreffend den Bescheid des Bekl. vom 20. 10. 2006 unzulässig. Das ergibt sich aus folgenden Erwägungen:

A. Zulässigkeit

Der Kl. hat mit seinem am 14. 11. 2006 beim Bekl. eingegangenen Schreiben innerhalb der Rechtsmittelfrist Widerspruch eingelegt.

I. Keine ausdrückliche Bezeichnung als „Widerspruch“ erforderlich

Das VG geht zutreffend davon aus, dass ein Rechtsmittelschreiben nicht ausdrücklich das Wort „Widerspruch“ enthalten muss. Es ist vielmehr ausreichend, wenn sich aus dem Inhalt des Schreibens in entsprechender Anwendung von § 133 BGB erkennen lässt, dass der Rechtsmittelführer sich gegen den Inhalt einer verwaltungsbehördlichen Entscheidung wendet

und deren Überprüfung und ggf. Änderung anstrebt. Das ist hier der Fall. Der Kl. hatte mit dem förmlichen Bescheid vom 20.10.2006 über das Klausurergebnis und das endgültige Nichtbestehen der Diplomvorprüfung eine Rechtsmittelbelehrung erhalten. Er hatte sich mit seinem Schreiben an die dort genannte Widerspruchsbehörde gewandt und zum Ausdruck gebracht, dass er eine Überprüfung und Änderung der Bewertung seiner Klausur in einem Umfang anstrebe, die zugleich eine Revidierung der Entscheidung über das Nichtbestehen der Diplomvorprüfung zur Folge haben würde.

II. Im Zweifel für Widerspruch

Das Schreiben des Kl. ist entgegen der Auffassung des Bekl. und des VG auch unter Berücksichtigung der Entscheidung des BVerfG vom 17. 4. 1991 (BVerfGE 84, 43 = NJW 1991, 2005) nicht offensichtlich anders zu verstehen. Wenn gegenüber der für die Entscheidung über Widersprüche gegen Prüfungsentscheidungen zuständigen Behörde Einwände gegen die Bewertung einer Prüfungsarbeit erhoben werden, deren Ergebnis maßgeblich ist für das mit dem gleichen Bescheid mitgeteilte endgültige Nichtbestehen einer Prüfung, kann dies regelmäßig nicht als formloser, nur an den Prüfer gerichteter Rechtsbehelf gewertet werden. Eine solche Remonstration ohne die Wirkung, dass das Vorverfahren gem. §§ 68ff. VwGO eingeleitet wird, könnte allenfalls dann angenommen werden, wenn sich der Prüfling trotz ordnungsgemäßer Rechtsmittelbelehrung unmittelbar an den zuständigen Prüfer wendet oder wenn er gegenüber der Prüfungsbehörde klar stellt, dass seine Einwendung, die dem äußeren Erklärungswert nach ein Widerspruch ist, nur als Remonstration gewertet werden soll. Weder das eine noch das andere ist hier der Fall. Der Umstand, dass der Kl. in seinem Schreiben vom 14. 11. 2006 darum gebeten hat, der Prüfer möge persönlich noch einmal die Bewertung seiner Klausur überprüfen, erlaubt keinen anderen Schluss. Denn das gehört zum notwendigen Verlauf des durch die Einlegung des Widerspruchs in Gang zu setzenden verwaltungsinternen Kontrollverfahrens. Auch die Tatsache, dass andere Studierende sich sowohl bei den Prüfern um eine Überprüfung der Bewertung einer Prüfungsleistung bemühen - sei es unmittelbar oder vermittelt durch den Bekl. - als auch förmlich Widerspruch einlegen, rechtfertigt es nicht, das Vorgehen des Kl. verfahrensrechtlich anders zu würdigen. Das Gleiche gilt für den Umstand, dass sich der Kl. selbst bei Anträgen auf Nachkorrektur anderer Klausuren, deren Ergebnisse formlos mitgeteilt worden waren, mit einer formlosen Mitteilung des Nachkorrekturergebnisses durch den jeweiligen Prüfer zufrieden gegeben und nicht auf dem Erlass eines förmlichen Widerspruchsbescheides bestanden hat.

B. Begründetheit

Die Klage ist mit dem ersten Hilfsantrag ihres Aufhebungsbegehrens und dem 2. Hilfsantrag ihres Verpflichtungsbegehrens auch begründet. Der Bescheid des Bekl. vom 20. 10. 2006 und sein Widerspruchsbescheid sind rechtswidrig und verletzen den Kl. in seinen Rechten. Da der Senat eine Verpflichtung des Bekl., die Klausur mit „ausreichend“ zu bewerten oder sie - ohne eine solche Benotungsvorgabe - neu zu bewerten, nicht aussprechen kann, hat der Bekl. dem Kl. die Möglichkeit einzuräumen, an der Klausur „Investition und Finanzierung“ ein weiteres Mal teilzunehmen.

I. Verstoß gegen das Zweiprüferprinzip

Die Bewertung der Klausur ist rechtswidrig. Das Bewertungsverfahren verstößt gegen das Zweiprüferprinzip gem. § 95 III 1 Halbs. 1 NWHochschG vom 14. 3. 2000, NWGV S. 190 i.d.F. des NWHochschulreform-Weiterentwicklungsg vom 30. 11. 2004, NWGV S. 752, der gem. Art. 8 Nr. 1e des NWHochschG vom 31. 10. 2006, NWGV S. 474, für den Studiengang des Kl. anzuwenden ist. Danach sollen u.a. die Prüfungsleistungen in denjenigen Prüfungen, deren Bestehen Voraussetzung für die Fortsetzung des Studiums ist, von mindestens zwei Prüfern bewertet werden. Der 2. Halbsatz dieser Vorschrift sieht zwar vor, dass die Prüfungsordnung das Nähere regelt und dass darin für Studiengänge mit einem Leistungspunktsystem abweichende Regelungen getroffen werden können. Das ist mit § 7 II der DiplomprüfungsO für den Studiengang Betriebswirtschaftslehre an der Universität L. (DO) vom 5. 8. 2005 auch geschehen. Dessen erfolgreicher Abschluss hängt gem. § 2 vom Erreichen einer bestimmten Anzahl von Leistungspunkten ab. Gemäß § 7 II 1 DO unterliegt die Diplomarbeit dem Zweiprüferprinzip, wenn das jeweilige Fach von mehr als einer Prüferin/einem Prüfer vertreten wird. Gemäß Satz 2 dieser Vorschrift werden alle übrigen Prüfungsleistungen „grundsätzlich“ von einer Prüferin/einem Prüfer bewertet. § 7 II 2 DO ist durch die Ermächtigung im Hochschulgesetz nicht gedeckt. Das ergibt sich aus folgenden Erwägungen:

1. Sachliche Rechtfertigung für Abweichung erforderlich

Die wesentlichen Fragen des Prüflingsverfahrens sind durch Gesetz oder auf Grund einer hinreichend bestimmten gesetzlichen Ermächtigung normativ zu regeln. Dazu gehören u.a. Regelungen über die Bewertung von Prüfungsleistungen durch einen oder mehrere Prüfer. Das Zweiprüferprinzip, wie es in § 95 III 1 Halbs. 1 NWHochschG verankert ist, ist wesentlicher Bestandteil Verfassungskonformer prüfungsrechtlicher Verfahrensregeln, insbesondere bei berufsqualifizierenden Abschlüssen. Ein Abweichen von diesem Prin-

zip, wie es durch den 2. Halbsatz der Vorschrift ermöglicht wird, erfordert jedenfalls dann eine Rechtfertigung, die den Grundrechten des Prüflings aus Art. 2 1 und Art. 12 I GG Rechnung trägt, wenn das endgültige Nichtbestehen der letztmöglichen Wiederholungsprüfung zur Einschränkung der Freiheit der Berufswahl führt (vgl. dazu: Niehues, Schul- und PrüfungsR. Bd. 2, PrüfungsR, 4. Aufl. [2004], Rdnrn. 101ff, 554ff; Zimmerling/Brehm, PrüfungsR, 3. Aufl. [2007], Rdnrn. 8 bis 12, jew. m.w. Nachw.).

2. Keine vollständige Abschaffung zulässig

Mit der Diplomprüfungsordnung wird das Zweiprüferprinzip bei schriftlichen Prüfungsarbeiten für den Studiengang des Kl. bis auf eine umschriebene Ausnahme bei Diplomarbeiten vollständig beseitigt. Das Hochschulgesetz enthält selbst zwar weder Vorgaben zur Abweichungsmöglichkeit noch Regelungen über Inhalt und Ausgestaltung des Leistungspunktsystems. Jedoch spricht der Wortlaut des § 95 III 1 Halbs. 2 NWHochschG F. 2000 gegen die Annahme, dass der Gesetzgeber mit der Erlaubnis, vom Zweiprüferprinzip abzuweichen, zu dessen völliger Aufgabe bei allen Klausurarbeiten ermächtigen wollte. Das wird durch die Entstehungsgeschichte bestätigt. Im Regierungsentwurf des Gesetzes zur Weiterentwicklung der Hochschulreform (LT-Dr 13/5504 S. 83 und 152) ist die Einfügung in § 95 III 1 Halbs. 2 NWHochschG F. 2000 bezüglich der Studiengänge mit Leistungspunktsystem allein mit personalwirtschaftlichen Aspekten begründet worden. Diesen Aspekten kommt naturgemäß eine hohe Bedeutung zu. Nach den in der Entwurfsbegründung niedergelegten Vorstellungen der Landesregierung sollten jedoch zum Schutz der Studierenden die Abweichungen in der Prüfungsordnung genau benannt werden. Die Einfügung in § 95 III 1 Halbs. 2 NWHochschG F. 2000 ist unverändert Gesetz geworden. Der Senat hat deshalb keine Grundlage für die § 7 II 2 DO ersichtlich zu Grunde liegende Annahme, dass die Hochschulen durch die Neufassung des § 95 III 1 Halbs. 2 NWHochschG ermächtigt worden sind, für alle Klausurarbeiten voraussetzungslos vom Zweiprüferprinzip abzuweichen. In § 66 II des nunmehr geltenden Hochschulgesetzes für das Land Nordrhein-Westfalen (NWHochschG F. 2006) vom 31. 10. 2006, NWGV S. 474, ist denn auch das Kollegialprüferprinzip für alle Abschlussprüfungen sowie für letztmögliche Wiederholungsprüfungen ohne Ausgleichsmöglichkeit zwingend verankert.

II. Kein Punktabzug bei Multiple-Choice

Die Bewertung der Klausur ist auch in weiterer Hinsicht verfahrensfehlerhaft. Die Aufgabe 4 ist in Form eines Antwort-Wahl-Verfahrens gestellt worden. Der Prüfling hatte sechs Aussagen als wahr oder falsch zu qualifizieren. Für eine richtig bewertete Aussage gab

es zwei Punkte, für eine fehlende Bewertung null Punkte und für eine falsche Bewertung wurde von der in dieser Aufgabe erreichten Punktzahl ein Punkt abgezogen.

Der Senat braucht nicht darauf einzugehen, ob und ggf. welche normativen Prüfungsrechtsanforderungen an eine solche Prüfungsform zu stellen sind. Trotz der strukturellen Besonderheiten von Antwort-Wahl-Verfahren als Bestandteil von Prüfungen (vgl. OVG Münster, OVG 50, 199) erscheint eine detaillierte Regelung etwa von absoluten und relativen Bestehensgrenzen jedenfalls um so weniger erforderlich, je kleiner der in einem Antwort-Wahl-Verfahren gestellte Klausuranteil ist. Denn dann können Anforderungen, Antwortverhalten der Studierenden und Ergebnisse in einer Weise überschaubar und differenzierbar sein, wie dies auch bei herkömmlicher Aufgabenstellung der Fall ist.

Jedoch ist das Bewertungsverfahren insoweit rechtsfehlerhaft, als für eine falsche Antwort Punkte abgezogen werden, die durch eine richtige Antwort erreicht worden sind. Das in der Klausur gewählte einfache, auf die Einschätzung als richtig oder falsch abstellende Antwort-Wahl-Verfahren birgt ein hohes Raterisiko. Es ist deshalb zwar verständlich, dass der Prüfer durch die von ihm gewählte Methode der Auswertung

versucht hat, dem zu begegnen. Ein Prüfungsverfahren, dessen Ergebnisse Auswirkungen auf die Freiheit der Berufswahl hat, muss jedoch so gestaltet sein, dass es geeignet ist, Aussagen darüber zu gewinnen, welche berufsbezogenen Kenntnisse der Prüfung hat. Einem Bewertungsverfahren, bei dem fehlerfrei erbrachte Prüfungsleistungen als nicht oder schlecht erbracht gewertet werden, weil andere Prüfungsfragen nicht richtig beantwortet worden sind, fehlt diese Eignung (vgl. dazu bereits: OVG Münster, OVG 50, 199).

Ein solches Bewertungsverfahren mag für Lernstandskontrollen oder Prüfungsarbeiten mit Wiederholungsmöglichkeiten hinnehmbar sein und dort seine ausbildungsbezogene Berechtigung haben. Dem Senat ist jedoch keine Methode bekannt, mit der bei schriftlichen Prüfungen im Antwort-Wahl-Verfahren zwischen Prüfungsleistungen unterschieden werden könnte, die ein Prüfling auf Grund seiner Kenntnisse oder durch Erraten erbracht hat. Angesichts dieses Mangels an Differenziertheit und Differenzierbarkeit ist deshalb das vom Prüfer gewählte Antwort-Wahl-Verfahren für die Prüfung des Kl., deren endgültiges Nichtbestehen zur Folge hat, dass er seine Ausbildung nicht weiterführen kann und er dadurch in seiner Freiheit der Berufswahl beschränkt wird, untauglich und damit rechtswidrig. [...]

IMPRESSUM

HERAUSGEBERIN:	JURA INTENSIV VERLAGS-GMBH & CO. KG, Salzstraße 18, 48143 Münster Tel.: 0251/4824-60; Fax: 0251/4824-545 http://www.jura-intensiv.de - ra@jura-intensiv.de
CHEFREDAKTION:	Rechtsanwalt Frank Schildheuer (<i>zugleich Öffentliches Recht</i>)
REDAKTEURE:	Rechtsanwältin Kathrin Lühl (<i>Zivilrecht</i>); Rechtsanwalt Uwe Schumacher (<i>Strafrecht</i>) Die Redakteure sind postalisch erreichbar unter der Adresse der Herausgeberin.
ABONNEMENT:	Abonnement-Vertrag befindet sich im Heft und/oder wird auf Wunsch zugeschickt. Einmalige Anforderung eines Probeheftes jederzeit formlos und ohne weitere Verpflichtung möglich. Bestellungen bitte an die o.g. Anschrift der Herausgeberin oder via Internet unter der o.g. Adresse.
BEZUGSPREISE:	Jahresabonnement (12 Hefte) zum Vorzugspreis von 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.
VERSAND:	Ohne Zusicherung eines festen Veröffentlichungstermins monatlich per Post.
NACHBESTELLUNG:	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.

*Zivilrecht***Standort: Kaufrecht****Problem: Rückforderung bei vorbehaltloser Zahlung**

BGH, URTEIL VOM 11.11.2008
VIII ZR 265/07 (ZIP 2009, 670)

Problemdarstellung:

Der Kl. begehrt die Rückzahlung eines Rechnungsbetrages, welchen er anlässlich der Beseitigung eines Getriebeschadens an seinem Fahrzeug an die Bekl. entrichtet hatte.

Der Kl. hatte von der Bekl. ein Gebrauchtfahrzeug erworben. Nachdem der Kl. 12.000 Kilometer gefahren war, trat ein nicht verschleißbedingter Getriebeschaden auf, der in der Werkstatt der Bekl. repariert wurde. Hierfür stellte die Bekl. dem Kl. unter dem 06.10.2005 für das eingebaute Material nach Maßgabe einer bei Vertragsschluss für das Fahrzeug abgegebenen Gebrauchtwagen-Garantie insgesamt 1.071,38 € in Rechnung, die der Kl. sodann auch vorbehaltlos bezahlte.

Das Amtsgericht hat der Klage auf Rückzahlung antragsgemäß stattgegeben. Das Berufungsgericht hat auf die Berufung der Bekl. die Klage nach ergänzender Beweiserhebung abgewiesen. Hiergegen wendet sich der Kl. mit seiner vom Berufungsgericht zugelassenen Revision mit Erfolg.

Prüfungsrelevanz:

In dieser Entscheidung befasste sich der erkennende Senat mit zwei sehr klausurrelevanten Problemen aus dem Kaufrecht. Zum einen mußte über die Anwendbarkeit des § 476 BGB auf den Rückforderungsanspruch gem. § 812 I 1. Fall BGB befunden werden. Des weiteren waren die Wirkungen einer vorbehaltlosen Zahlung zu problematisieren.

Der BGH stellte klar, dass § 476 BGB auch auf das Bereicherungsrecht anzuwenden sei. Gemäß § 476 BGB wird bei einem Verbrauchsgüterkauf im Sinne des § 474 I 1 BGB in Fällen, in denen sich innerhalb von sechs Monaten seit Gefahrübergang ein Sachmangel zeigt, vermutet, dass die Sache bereits bei Gefahrübergang mangelhaft war, es sei denn, diese Vermutung ist mit der Art der Sache oder des Mangels unvereinbar. Die in § 476 BGB vorgesehene Beweislastumkehr kommt auch bei einem Rückforderungsanspruch zur Anwendung, der darauf gestützt ist, dass ein Verkäufer die Kosten einer durchgeführten Fahrzeugreparatur allein hätte tragen müssen, weil er nach § 439 II

BGB zur kostenfreien Nachbesserung verpflichtet war. Entgegen der Rechtsauffassung der Revision kommt eine Einschränkung der Anwendbarkeit auf Fallgestaltungen der Gewährleistungsrechte gem. § 437 BGB nicht in Betracht. Dies findet bereits im Wortlaut des § 476 BGB keine Stütze. Der mit der Norm verfolgte Regelungszweck ist derjenige, die im Vergleich zu den i.d.R. ungleich besseren Erkenntnismöglichkeiten des Unternehmers schlechteren Beweismöglichkeiten des Verbrauchers zu kompensieren (BT-Drs. 14/6040, S. 245). Diesem Zweck wird aber nur dann Rechnung getragen, wenn die Beweislastumkehr auf alle Ansprüche zwischen Verbraucher und Unternehmer erstreckt wird, bei denen es im Zusammenhang mit der Durchsetzung von Sachmängelgewährleistungsrechten des Verbrauchers darauf ankommt, ob die verkaufte Sache bei Gefahrübergang mangelhaft war. Das gilt auch dann, wenn das Bestehen eines Mangels bei Gefahrübergang - wie hier für § 812 BGB - Vorfrage für andere Ansprüche ist.

Weiterhin stellte der achte Senat klar, dass ein Tatsachenanerkennnis nicht allein deshalb in Betracht komme, weil eine vorbehaltlose Zahlung auf die Forderung erfolgt sei. Grundsätzlich sind das abstrakte Schuldanerkennnis (§ 311 I, 241 I i.V.m. § 781 BGB), das nicht geregelte deklaratorische Schuldanerkennnis gem. §§ 311 I, 241 I BGB sowie das tatsächliche Anerkenntnis zu unterscheiden. Das abstrakte Schuldanerkennnis gem. §§ 311 I, 241 I i.V.m. § 781 BGB zeichnet sich dadurch aus, dass es eine neue, vom bestehenden Schuldgrund unabhängige Verpflichtung geschaffen werden soll, auch wenn der Anspruch nicht (mehr) besteht (BGH, NJW 1995, 960). Das deklaratorische Schuldanerkennnis soll eine bereits bestehende Schuld lediglich bestätigen, also keine neue begründen (sog. Schuldbestätigungsvertrag). Das tatsächliche Anerkenntnis demgegenüber setzt keinen besonderen rechtsgeschäftlichen Verpflichtungswillen des Schuldners voraus. Der Schuldner gibt es zu dem Zweck ab, dem Gläubiger seine Erfüllungsbereitschaft mitzuteilen und ihn dadurch z.B. von sofortigen Maßnahmen abzuhalten oder ihm den Beweis zu erleichtern. Solche „als Zeugnis des Anerkennenden gegen sich selbst“ zu wertenden Bestätigungserklärungen können im Prozess eine Umkehr der Beweislast bewirken und stellen dabei ein Indiz dar, das der Richter bei seiner Beweiswürdigung

gem. § 286 I ZPO verwerten kann (BGHZ 66, 250, 254 f.). Im vorliegenden Fall schied ein abstraktes Schuldneranerkennnis deshalb aus, weil allein die Begleichung der Rechnung nicht auf Rechtsbindungswillen bzgl. der Begründung einer zweiten Verbindlichkeit schließen läßt. Auch ist ein deklaratorisches Schuldneranerkennnis nicht ersichtlich. Ein solches würde bewirken, dass der Kl. nicht mehr einwenden kann, der als bestehend anerkannte Anspruch bestünde nicht (Palandt-Sprau, BGB, § 781 Rn 5). Die bloße Bezahlung einer Rechnung läßt nicht auf den Willen schließen, dass eine rechtliche Ungewissheit oder ein Streit beigelegt werden soll (so auch BGH, NJW-RR 2007, 530). Allenfalls ein tatsächliches Anerkenntnis kam in Betracht. Ausgewirkt hätte sich dies bei der Frage, ob die Vermutung des § 476 BGB widerlegt wurde, weil ein tatsächliches Anerkenntnis mit in die Beweiswürdigung gem. § 286 I ZPO einfließt. Der Umstand, dass eine Rechnung vorbehaltlos beglichen wird, enthält über seinen Charakter als Erfüllungshandlung (§ 363 BGB) hinaus jedoch keine Aussage des Schuldners, zugleich den Bestand der erfüllten Forderungen insgesamt oder in einzelnen Beziehungen außer Streit stellen zu wollen. Das gilt auch für die tatsächlichen Grundlagen der einzelnen Anspruchsmerkmale. Zwar wird es in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht als ausgeschlossen angesehen, der vorbehaltlosen Begleichung einer Rechnung zugleich eine Anerkenntniswirkung hinsichtlich der zu Grunde liegenden Forderung beizumessen. Dies erfordert aber stets ein Vorliegen weiterer Umstände, die geeignet sind, eine derartige Wertung zu tragen. Solche Umstände waren hier jedoch nicht ersichtlich.

Vertiefungshinweise:

- Zu aktuellen Problemen aus dem Kaufrecht: *BGH*, RA 2009, 304 (Verhältnis des Gewährleistungsrechts zur c.i.c. bei Arglist des Verkäufers); *BGH*, RA 2009, 269 (Schadensersatz wegen unberechtigter Forderungsgeltendmachung); *OLG Karlsruhe*, RA 2008, 81 = NJW-RR 2008, 81 (Mangel beim Gebrauchtwagen); *BGH*, RA 2008, 186 (Ungerechtfertigtes Nacherfüllungsverlangen); *BGH*, RA 2008, 258 (Keine Fristsetzung bei Arglist des Verkäufers); *BGH*, RA 2008, 224 (Rückabwicklung bei Inzahlungnahme); *BGH*, RA 2008, 532 (Parkettstäbchen-Fall)
- Zur Reichweite des § 476 BGB: *BGH*, RA 2007, 554 = NJW 2007, 2621
- Zum persönlichen Anwendungsbereich der Verbraucherschützenden Normen: *OLG Koblenz*, NJW 2006, 1438 (Powerseller bei ebay); *BGH*, NJW 2006, 2250 (Gewinnerzielungsabsicht bei Unternehmer gem. § 14 I BGB nicht erforderlich); *Schroeter*, JuS 2006, 682
- Zur Beweislastumkehr bei Tierkäufen: *BGH*, NJW 2005, 2852 (Hund); *BGH*, NJW 2006, 2250; *BGH*,

NJW 2007, 674; *BGH*, NJW 2007, 1351 (Pferd); *BGH*, NJW 2007, 2619 (Kater) mit Anmerkungen Lorenz, NJW 2007, 2623; *Eichelberger*, ZGS 2007, 98

- Zum Verbrauchsgüterkauf: *Lorenz*, NJW 2004, 3020; *Schindler*, JuS 2004 835; *Gsell*, JuS 2005, 967; *Schmidt*, JuS 2006, 1; *Kieselstein*, JA 2006, 423

Kursprogramm:

- *Examenskurs*: "Dolce Vita"
- *Examenskurs*: "Computerhandel"
- *Examenskurs*: "Gutes Rad ist teuer"

Leitsätze:

- 1. Die vorbehaltlose Bezahlung einer Rechnung rechtfertigt für sich genommen weder die Annahme eines deklaratorischen noch eines "tatsächlichen" Anerkenntnisses der beglichenen Forderung (im Anschluss an BGH, NJW-RR 2007, 530).**
- 2. Die in § 476 BGB vorgesehene Beweislastumkehr findet bei allen Ansprüchen zwischen einem Verbraucher und einem Unternehmer Anwendung, bei denen es im Zusammenhang mit der Durchsetzung von Sachmängelgewährleistungsrechten des Verbrauchers darauf ankommt, ob die verkaufte Sache bei Gefahrübergang mangelhaft war. Das gilt auch dann, wenn das Bestehen eines Mangels bei Gefahrübergang Vorfrage für andere Ansprüche ist.**

Sachverhalt:

[1] Der Kl. kaufte am 14.04.2005 von der Bekl. zu einem Preis von 27.500 € einen gebrauchten Pkw M. des Baujahres 1998 mit einer Laufleistung von nahezu 60.000 Kilometern. Das Fahrzeug wurde ihm am 20.04.2005 übergeben. Nachdem er weitere 12.000 Kilometer gefahren war, trat Anfang Oktober 2005 ein Getriebeschaden auf, der in der Werkstatt der Bekl. repariert wurde. Hierfür stellte die Bekl. dem Kl. unter dem 06.10.2005 für das eingebaute Material nach Maßgabe einer bei Vertragsschluss für das Fahrzeug abgegebenen Gebrauchtwagen-Garantie als "30 %iger Kundenanteil auf Material gemäß Garantiebestimmungen" insgesamt 1.071,38 € in Rechnung, die der Kl. bezahlte. Mit Schriftsatz seiner Prozessbevollmächtigten vom 13.10.2005 forderte der Kl. diesen Betrag mit der Erklärung zurück, ihn in Unkenntnis der Rechtslage bezahlt zu haben, weil der Getriebeschaden von der Bekl. im Rahmen der gesetzlichen Gewährleistungspflicht kostenlos zu beseitigen gewesen sei und abweichende Gewährleistungs-/Garantiebedingungen wegen Vorliegens eines Verbrauchsgüterkaufs unwirksam seien.

[2] Das Amtsgericht hat der auf Rückzahlung des Rechnungsbetrages zuzüglich vorprozessualer Rechtsanwaltskosten in Höhe von 87,29 € gerichteten Klage

nach Beweiserhebung antragsgemäß stattgegeben. Das Berufungsgericht hat auf die Berufung der Bekl. die Klage nach ergänzender Beweiserhebung abgewiesen. Hiergegen wendet sich der Kl., der seinen auf Zurückweisung der Berufung gerichteten Antrag weiter verfolgt, mit seiner vom Berufungsgericht zugelassenen Revision.

Aus den Gründen:

[3] Die Revision hat im Wesentlichen Erfolg.

I. Entscheidung und Begründung des Berufungsgerichts

[4] Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt:

[5] Es könne dahinstehen, ob die Bekl., wenn sie dem Kl. zur Gewährleistung verpflichtet gewesen wäre, die entrichteten Reparaturkosten überhaupt hätte zurückzahlen müssen. Die in Betracht kommenden Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung oder wegen anfänglichen Fehlens der Geschäftsgrundlage setzten sämtlich voraus, dass dem Kl. ein Anspruch auf kostenlose Nachbesserung zugestanden habe. Das sei nicht feststellbar. Entgegen der Annahme des Amtsgerichts habe sich durch den erhobenen Sachverständigenbeweis nicht klären lassen, ob ein Getriebeschaden, und sei es auch nur ansatzweise in Form eines übermäßigen Verschleißes des Getriebes, bereits bei Übergabe des Fahrzeugs vorhanden gewesen sei. Diese Ungewissheit gehe zu Lasten des Kl., zumal ihm auch die Vermutung des § 476 BGB, sofern dessen Voraussetzungen überhaupt erfüllt seien, nicht zugute kommen könne. Durch die vorbehaltlose Bezahlung der Reparaturrechnung habe er ein Tatsachenanerkennnis im Sinne eines Zeugnisses gegen sich selbst abgegeben, welches diese Vermutung überlagere, so dass er schon aus diesem Grunde die Beweislast für das Nichtbestehen eines rechtlichen Grundes seiner Zahlung zu tragen habe. Auch wenn ihm die zwischenzeitliche Vernichtung des ausgetauschten Getriebes nicht als Beweisvereitelung angelastet werden könne, gehe deshalb allein schon wegen seines tatsächlichen und vorbehaltlosen Anerkenntnisses der Reparaturforderung die Unaufklärbarkeit der Schadensursache zu seinen Lasten. Das entspreche auch der Billigkeit, weil die Bekl. ebenso wenig wie der Kl. Veranlassung gehabt habe, durch Aufbewahrung des ausgetauschten Getriebes Beweise zu sichern, nachdem für sie aufgrund der Zahlung des Kl. der betreffende Geschäftsvorfall abgeschlossen gewesen sei.

II. Entscheidung des BGH in der Revision

[6] Diese Beurteilung hält der revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand.

[7] Zu Unrecht hat das Berufungsgericht den erhobenen Rückzahlungsanspruch verneint. Entgegen der

Auffassung des Berufungsgerichts kann der Kl. von der Bekl. gemäß § 812 I 1 BGB die Rückzahlung des auf die Reparaturkostenrechnung geleisteten Betrages von 1.071,38 € verlangen, weil die Bekl. für den eingetretenen Schaden am Fahrzeuggetriebe wegen eines hierin liegenden Sachmangels zur Gewährleistung verpflichtet gewesen ist und deshalb die Kosten der Mangelbeseitigung allein tragen muss (§ 437 Nr. 1, § 439 II BGB). Für die tatsächlichen Voraussetzungen seines Rückzahlungsanspruchs kommt dem Kl. die Beweislastumkehr des § 476 BGB zugute. Anders als das Berufungsgericht gemeint hat, wird die Vermutungswirkung des § 476 BGB nicht durch ein Tatsachenanerkennnis des Kl. überlagert.

1. Keine Voraussetzungen für ein Tatsachenanerkennnis gegeben

[8] Die Revision rügt mit Recht, dass bereits die Voraussetzungen für ein solches Tatsachenanerkennnis nicht festgestellt sind.

a. Rechtsfolge eines Tatsachenanerkennnisses

[9] Das Berufungsgericht geht zwar zutreffend davon aus, dass es neben dem "abstrakten" Schuldanerkennnis (§ 781 BGB) und dem im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht geregelten bestätigenden (deklaratorischen) Schuldanerkennnis noch ein drittes („tatsächliches“) Anerkenntnis gibt, das keinen besonderen rechtsgeschäftlichen Verpflichtungswillen des Schuldners verkörpert, sondern das der Schuldner zu dem Zweck abgibt, dem Gläubiger seine Erfüllungsbereitschaft mitzuteilen und ihn dadurch etwa von sofortigen Maßnahmen abzuhalten oder ihm den Beweis zu erleichtern. Solche „als Zeugnis des Anerkennenden gegen sich selbst“ zu wertenden Bestätigungserklärungen können im Prozess eine Umkehr der Beweislast bewirken und stellen dabei ein Indiz dar, das der Richter - mit der gleichzeitigen Möglichkeit einer Entkräftung - bei seiner Beweiswürdigung verwerten kann (BGHZ 66, 250, 254 f.).

b. Kein Tatsachenanerkennnis aufgrund vorbehaltloser Zahlung

[10] Das Berufungsgericht hat sich bei der Würdigung der geleisteten Zahlung des Kl. jedoch rechtsfehlerhaft von der Annahme leiten lassen, „die vorbehaltlose Erfüllung einer Forderung (sei) die stärkste Form eines tatsächlichen Anerkenntnisses einer Forderung“. Zwar ist die tatrichterliche Auslegung einer - auch konkludenten - Individualerklärung revisionsrechtlich nur beschränkt darauf überprüfbar, ob gesetzliche Auslegungsregeln, anerkannte Auslegungsgrundsätze, Denkgesetze, Erfahrungssätze oder Verfahrensvorschriften verletzt sind. Das ist hier indessen der Fall.

[11] Das Berufungsgericht hat seine Annahme, die vorbehaltlose Erfüllung einer Forderung sei die stärks-

te Form eines tatsächlichen Anerkenntnisses einer Forderung, nicht weiter dahin vertieft, an welche Tatsachen dieses Anerkenntnis anknüpft und ob sie den Schluss tragen, dass der Kl. die Ursachen des Getriebebeschadens als in seinem Verantwortungsbereich liegend angesehen hat. Es hat vielmehr nur den Umstand der Rechnungsstellung und die anschließende Bezahlung aus sich heraus ausgelegt und dem eine Bedeutung beigemessen, wie sie typischerweise einem bestätigenden (deklaratorischen) Schuldanerkenntnis zukommt, in dessen Zusammenhang die Bewertung der vorbehaltlosen Zahlung einer Rechnung als Anerkenntnis üblicherweise (allein) erörtert wird (vgl. BGH, Urteil vom 11.07.1995 - X ZR 42/93, WM 1995, 1886, unter II 1; Urteil vom 11.01.2007 - VII ZR 165/05, NJW-RR 2007, 530, Tz. 8). Hierbei hat das Berufungsgericht übersehen, dass es ohne Feststellung näherer Umstände keine Vermutung für die Abgabe eines Anerkenntnisses gibt. Die Wertung einer rechtsgeschäftlichen oder rechtsgeschäftsähnlichen Erklärung als Anerkenntnis setzt vielmehr in der Regel eine Interessenlage voraus, die zur Abgabe eines Anerkenntnisses Anlass gibt. Eine solche Interessenlage kann namentlich darin liegen, ein zwischen den Parteien bestehendes Schuldverhältnis einem Streit oder zumindest einer (subjektiven) Ungewissheit über den Bestand des Rechtsverhältnisses oder seine Rechtsfolgen insgesamt oder in einzelnen Beziehungen zu entziehen (BGHZ 66, 250, 255; BGH, Urteil vom 01.12.1994 - VII ZR 215/93, WM 1995, 402, unter II 2 g; Urteil vom 02.07.1995, aaO; Urteil vom 11.01.2007, aaO). Dazu ist indessen nichts festgestellt. [12] Für die Bezahlung einer Rechnung ohne Erhebung von Einwendungen ist hiervon keine Ausnahme zu machen. Der Umstand, dass eine Rechnung vorbehaltlos beglichen wird, enthält über seinen Charakter als Erfüllungshandlung (§ 363 BGB) hinaus keine Aussage des Schuldners, zugleich den Bestand der erfüllten Forderungen insgesamt oder in einzelnen Beziehungen außer Streit stellen zu wollen. Das gilt auch für die tatsächlichen Grundlagen der einzelnen Anspruchsmerkmale. Zwar wird es in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht als ausgeschlossen angesehen, der vorbehaltlosen Begleichung einer Rechnung zugleich eine Anerkenntniswirkung hinsichtlich der zu Grunde liegenden Forderung beizumessen. Dies erfordert aber stets ein Vorliegen weiterer Umstände, die geeignet sind, eine derartige Wertung zu tragen. Solche Umstände sind hier nicht festgestellt. Für sich genommen rechtfertigt die Bezahlung der Rechnung nicht die Annahme eines Anerkenntnisses.

2. Vermutung des § 476 BGB greift zugunsten des Kl.

[13] Gemäß § 476 BGB wird bei einem Verbrauchsgüterkauf im Sinne des § 474 I BGB in Fällen, in de-

nen sich innerhalb von sechs Monaten seit Gefahrübergang ein Sachmangel zeigt, vermutet, dass die Sache bereits bei Gefahrübergang mangelhaft war, es sei denn, diese Vermutung ist mit der Art der Sache oder des Mangels unvereinbar. Diese Vermutung greift hier zugunsten des Kl. ein.

a. Vermutung des § 476 BGB wirkt in zeitlicher Hinsicht

[14] Es steht zwischen den Parteien außer Frage, dass es sich bei dem Fahrzeugkauf um einen Verbrauchsgüterkauf gehandelt hat. Der Getriebebeschaden am gekauften Fahrzeug hat sich innerhalb von sechs Monaten seit Übergabe gezeigt. Ein normaler Verschleiß hat angesichts der vom Berufungsgericht festgestellten üblicherweise zu erwartenden Fahrleistung eines solchen Getriebes von 259.000 Kilometern nicht bestanden. Eine ernstlich andere in Betracht kommende Ursache als einen vorzeitigen übermäßigen Getriebeverschleiß hat das Berufungsgericht nicht festgestellt. Es hat es lediglich als unaufklärbar angesehen, ob bereits bei Vertragsschluss ein Sachmangel in Form übermäßigen Getriebeverschleißes vorgelegen hat oder nicht, nachdem die beim Wechsel des Getriebes im Getriebeöl vorgefundenen Metallspäne wegen einer zwischenzeitlichen Verschrottung des ausgebauten Getriebes nicht mehr einer aussagekräftigen Ursachenbestimmung haben zugeführt werden können. Es ist deshalb allein die Frage ungeklärt geblieben, ob die für den vorzeitig eingetretenen Verschleißschaden maßgeblichen Anlagen bereits bei Übergabe des Fahrzeugs an den Kl. vorgelegen haben oder erst später entstanden sind. Für diese Fallgestaltung begründet § 476 BGB gerade die in zeitlicher Hinsicht wirkende Vermutung, dass die zu Tage getretenen Mängel bereits im Zeitpunkt des Gefahrübergangs vorgelegen haben (Senatsurteil vom 18.07.2007 - VIII ZR 259/06, WM 2007, 2126, Tz. 16).

b. Anwendungsbereich des § 476 BGB

[15] Die in § 476 BGB vorgesehene Beweislastumkehr kommt auch bei einem Rückforderungsanspruch zur Anwendung, der darauf gestützt ist, dass ein Verkäufer die Kosten einer durchgeführten Fahrzeugreparatur allein hätte tragen müssen, weil er nach § 439 II BGB zur kostenfreien Nachbesserung verpflichtet war. Die von der Revisionserwiderung geforderte Einschränkung auf solche Fallgestaltungen, in denen der Käufer Gewährleistungsansprüche geltend macht, weil der Verkäufer nur dann zu einer Beweisführung über die Mangelursache in der Lage sei, findet bereits im Wortlaut des § 476 BGB keine Stütze. Der mit dieser Vorschrift verfolgte Regelungszweck, die im Vergleich zu den - typischerweise - ungleich besseren Erkenntnismöglichkeiten des Unternehmers schlechteren Beweismöglichkeiten des Verbrauchers zu kompensie-

ren (BT-Drs. 14/6040, S. 245), spricht im Gegenteil dafür, die Beweislastumkehr auf alle Ansprüche zwischen Verbraucher und Unternehmer zu erstrecken, bei denen es im Zusammenhang mit der Durchsetzung von Sachmängelgewährleistungsrechten des Verbrauchers darauf ankommt, ob die verkaufte Sache bei Gefahrübergang mangelhaft war. Das gilt auch dann, wenn das Bestehen eines Mangels bei Gefahrübergang - wie hier für § 812 BGB - Vorfrage für andere Ansprüche ist. Den Bedenken der Revisionserwiderung ist bereits dadurch ausreichend Rechnung getragen, dass dem Verkäufer im Einzelfall Beweiserleichterungen bis hin zu einer Beweislastumkehr zugute kommen können, wenn dem Käufer der Vorwurf einer zumindest fahrlässigen Beweisvereitelung zu machen sein sollte (vgl. Senatsurteil vom 23.11.2005 - VIII ZR 43/05, NJW 2006, 434, Tz. 23 ff.; Münch-KommBGB/Lorenz, 5. Aufl., § 476 Rdnr. 25).

c. Kein Ausschluss der Haftung wegen Beweisvereitelung gem. § 242 BGB bzw. § 814 BGB

[16] Das Berufungsgericht hat eine Beweisvereitelung durch den Kl. verneint, weil er seinerzeit genauso wenig wie die Bekl. Anlass gehabt habe, das ausgetauschte Getriebe zu Beweis Zwecken sicherzustellen. Dies ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Hiergegen wendet sich die Revisionserwiderung auch nicht. Soweit sie geltend macht, die Bekl. habe aufgrund der Zahlung des Kl. davon ausgehen können, dass der betreffende Geschäftsvorfall abgeschlossen gewesen sei, wird übersehen, dass dem Kl. allein aus der Rechnungsbegleichung noch kein Vorwurf gemacht werden kann, beweisrechtliche Obliegenheiten verletzt zu haben. Ob dies anders zu beurteilen wäre, wenn ein Käufer sich vorbehaltlos für die Bezahlung eines ihm aufgrund einer Garantievereinbarung in Rechnung gestellten Reparaturkostenanteils entscheidet, obgleich er darüber informiert ist, dass ein Anspruch auf kostenfreie Nachbesserung in Betracht kommt, braucht hier nicht entschieden zu werden. Es ist weder vom Berufungsgericht festgestellt noch sonst dem Parteivorbringen zu entnehmen, dass die fachlich überlegene Bekl. dem Kl. die in Betracht kommende Alternative eines Anspruchs auf kostenfreie Nachbesserung aufgezeigt hat oder dass der Kl. auch ohne eine solche Aufklärung das Bestehen eines derartigen An-

spruchs von sich aus in Betracht gezogen und gleichwohl von der Geltendmachung eines Vorbehalts abgesehen hat.

[17] Erst recht stellt sich bei dieser Sachlage deshalb auch nicht die von der Revisionserwiderung aufgeworfene Frage, ob ein Rückzahlungsanspruch des Kl. durch § 814 BGB ausgeschlossen ist. Denn diese Vorschrift schließt nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs eine Kondiktion erst aus, wenn der Leistende nicht nur die Tatumstände kennt, aus denen sich ergibt, dass er nicht verpflichtet ist, sondern auch weiß, dass er nach der Rechtslage nichts schuldet (BGH, Urteil vom 07.05.1997 – IV ZR 35/96, NJW 1997, 2381, unter II 4 a m.w.N.). Für beides hat das Berufungsgericht nichts festgestellt.

3. Kein Anspruch auf Zahlung der Kosten der außergerichtlichen Rechtsverfolgung

[18] Dagegen kann der Kl. nicht die geltend gemachten Kosten einer vorprozessualen Rechtsverfolgung in Höhe von 87,29 € beanspruchen, die ihm das Amtsgericht nach den im erstinstanzlichen Urteil zitierten Gesetzesvorschriften als Verzugsschaden zugesprochen hat. Zum Zeitpunkt der anwaltlichen Rückzahlungsaufforderung vom 13.10.2005, welche die Rechtsverfolgungskosten ausgelöst hat, hat sich die Bekl. noch nicht im Verzug (§ 286 BGB) befunden, so dass auch ein Schadensersatzanspruch nach § 280 I, II, § 286 BGB nicht in Betracht kommt.

III. Teilaufhebung des Berufungsurteils und Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils insoweit

[19] Nach alledem kann das Berufungsurteil keinen Bestand haben und ist aufzuheben (§ 562 I ZPO), soweit das Berufungsgericht die Klage auf Rückgewähr der vom Kl. geleisteten Zahlung von 1.071,38 € abgewiesen hat. Da weitere tatsächliche Feststellungen weder zu treffen noch zu erwarten sind und die Sache deshalb nach dem festgestellten Sachverhältnis zur Endentscheidung reif ist, kann der Senat in der Sache selbst entscheiden (§ 563 III ZPO). Dies führt zur Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils hinsichtlich der Kostenentscheidung und insoweit, als der Kl. eine Rückzahlung des geleisteten Rechnungsbetrages beansprucht.

Standort: Mietrecht**Problem: Unberechtigte Eigenbedarfskündigung**

BGH, URTEIL VOM 08.04.2009

VIII ZR 231/07 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Die Bekl. sind Vermieter der Kl. und lebten über geraume Zeit im Ausland. Die Bekl. sprachen durch anwaltliches Schreiben die Kündigung wegen Eigenbedarfs aus, weil sie den Umzug nach Deutschland und die Nutzung der Immobilie beabsichtigten. Über den Auszug wurde eine Vereinbarung zwischen den Parteien getroffen und die Kl. räumte fristgemäß. Die Bekl. bezogen die Immobilie jedoch nicht, sondern boten diese in der Folgezeit zum Verkauf an. Zur Veräußerung der Immobilie kam es jedoch nicht. Mit der Klage fordert die Kl., das Hausgrundstück - hilfsweise jedenfalls, soweit nicht neu vermietet - an sie zurückzugeben, außerdem die Zahlung von Schadensersatz und Schmerzensgeld sowie die Feststellung der Ersatzpflicht der Bekl. für künftige weitere Schäden.

Das Amtsgericht hat die Klage abgewiesen. Die hiergegen gerichtete Berufung der Kl. hat das Berufungsgericht zurückgewiesen. Mit der vom Senat zugelassenen Revision verfolgt die Kl. ihre erstinstanzlichen Ansprüche weiter. Die Revision hat Erfolg.

Prüfungsrelevanz:

Ein Vermieter, der schuldhaft eine Kündigung wegen Eigenbedarfs ausspricht, der in Wahrheit nicht besteht, ist dem Mieter grundsätzlich zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet (BGHZ 89, 296, 302; Senatsurteil vom 18.05.2005 - VIII ZR 368/03, NJW 2005, 2395). Davon geht auch das Berufungsgericht aus. Entgegen der Rechtsauffassung des Berufungsgerichts ändert daran auch nichts, dass die Parteien eine Aufhebungsvereinbarung geschlossen hatten. Das Berufungsgericht hatte einen Schadensersatzanspruch gem. §§ 280 I, 241 II BGB wegen der entsprechenden Anwendung des § 254 BGB verneint. Allein der Umstand, dass die Kündigung gem. § 573 III 1 BGB formal unwirksam war und daher der Abschluss eines Aufhebungsvertrages aus Sicht des Mieters keine Notwendigkeit darstellte, reichen nicht aus, um die Ansprüche zu versagen. Die Kl. hat unter dem Eindruck, zum Auszug verpflichtet zu sein, diese Vereinbarung unterschrieben, so dass der vorgetäuschte Eigenbedarf ursächlich für die Eingehung der Verbindlichkeit war. Entscheidend ist also nicht, ob der Mieter bereits zur Räumung verpflichtet ist, sondern nur, ob er das Räumungsverlangen materiell für berechtigt halten darf, weil er keinen Anlass hat, an der Richtigkeit der Angaben des Vermieters zu dem geltend gemachten Eigenbedarf zu zweifeln. Auch wenn

der Mieter sich unter dem Eindruck des als bestehend angenommenen Eigenbedarfs zu einer einvernehmlichen Beendigung des Mietverhältnisses bereit findet und das Mietobjekt freigibt, ohne auf die formale Wirksamkeit der Kündigungserklärung des Vermieters abzustellen, räumt er die Mietwohnung nicht aus freien Stücken, sondern in der Vorstellung, dazu jedenfalls materiell verpflichtet zu sein. Eine unter diesen, nach der Darstellung der Kl. hier gegebenen Umständen zustande gekommene Mietaufhebungsvereinbarung unterbricht mithin den Ursachenzusammenhang zwischen der Vortäuschung des Eigenbedarfs und der Räumung nicht.

Vertiefungshinweise:

☐ Zur Kündigung im Mietrecht: *Timme*, NJW 2004, 1639; *Rolfs*, ZGS 2003, 289; *Eisenhardt*, MDR 2002, 981; *ders.* MDR 1999, 1481;

☐ Zu aktuellen Entscheidungen im Mietrecht: *BGH*, RA 2009, 234 (Verstoß gegen ein Verbotsgesetz); *BGH*, RA 2009, 60 = ZGS 2009, 474 (Verhältnis der Anfechtung zum Gewährleistungsrecht); *BGH*, RA 2009, 37 = NJW 2009, 142 (Beweislastumkehr im Mietrecht); *BGH*, RA 2008, 757 (Instandhaltungspflichten des Vermieters); *BGH*, RA 2008, 459 (Schönheitsreparaturklauseln); *BGH*, RA 2008, 436 = NJW 2008, 1959 (Räumungsvollstreckung bei Mitbesitz); *BGH*, RA 2008, 360 (Kündigung eines Zeitmietvertrages); *BGH*, RA 2008, 288 = NJW 2008, 1216 (Mängelbeseitigung durch Selbstvornahme)

Kursprogramm:

☐ *Examenskurs*: "Keine Lust zu Schönheitsreparaturen"

☐ *Examenskurs*: "Das Geschäftshaus"

☐ *Assessorkurs*: "Das Geschäftslokal"

Leitsätze:

a. Einem Mieter, der auf eine Kündigung wegen eines vorgetäuschten Eigenbedarfs hin auszieht, stehen Schadensersatzansprüche wegen unberechtigter Kündigung auch dann zu, wenn die Kündigung zwar formell unwirksam ist, der Vermieter ihm den Eigenbedarf aber schlüssig dargetan und er keine Veranlassung hatte, die Angaben des Vermieters in Zweifel zu ziehen.

b. Darf der Mieter das Räumungsverlangen des Vermieters materiell für berechtigt halten, wird sein Schadensersatzanspruch nicht dadurch ausgeschlossen, dass er - in der Vorstellung, zur Räumung des Mietobjekts verpflichtet zu sein - sich mit dem Vermieter auf eine einvernehmliche Been-

digung des Mietverhältnisses einigt.**Sachverhalt:**

[1] Die Kl. bewohnte als Mieterin seit 1977 ein im Eigentum der Bekl. stehendes Hausgrundstück in B.. Nachdem die Bekl. seit Juni 2001 mehrfach durch Anwaltsschreiben Kündigungen wegen Eigenbedarfs ausgesprochen hatten, zog die Kl. entsprechend einer Vereinbarung der Parteien vom 04.10.2002 am 16.10.2002 aus.

[2] Die seit mehreren Jahrzehnten in den Vereinigten Staaten von Amerika lebenden Bekl. hatten wiederholt darauf hingewiesen, dass sie mittlerweile pensioniert seien, dauerhaft nach Deutschland zurückkehren und in dem an die Kl. vermieteten Haus wohnen wollten, ferner, dass sie beabsichtigten, die in der Nähe lebende pflegebedürftige Mutter der Bekl. zu 1 zu betreuen. Für den Fall, dass die Kl. das gemietete Wohnhaus nicht rechtzeitig räume, drohten die Bekl. die gerichtliche Durchsetzung der Kündigung sowie die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen (Hotelkosten) an.

[3] Das streitgegenständliche Hausgrundstück wurde am 09.11.2002 über einen Makler zum Verkauf angeboten. Die Kl. erklärte daraufhin mit Schreiben vom 26.11.2002 die Anfechtung des Aufhebungsvertrages vom 04.10.2002 wegen arglistiger Täuschung und Irrtums. Ein Verkauf des Hauses fand nicht statt.

[4] Mit der Klage fordert die Kl., das Hausgrundstück - hilfsweise jedenfalls, soweit nicht neu vermietet - an sie zurückzugeben, außerdem die Zahlung von Schadensersatz und Schmerzensgeld sowie die Feststellung der Ersatzpflicht der Bekl. für künftige weitere Schäden.

[5] Das Amtsgericht hat die Klage abgewiesen. Die hiergegen gerichtete Berufung der Kl. hat das Berufungsgericht zurückgewiesen. Mit der vom Senat zugelassenen Revision verfolgt die Kl. ihre erstinstanzlichen Ansprüche weiter.

Aus den Gründen:

[6] Die Revision hat Erfolg.

I. Entscheidung und Begründung des Berufungsgerichts

[7] Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt:

[8] Die Kl. könne weder Rückgabe der Mietsache noch Schadensersatz oder Schmerzensgeld verlangen. Für die Entscheidung des Rechtsstreits komme es nicht darauf an, ob die Bekl. einen Eigenbedarf an dem von der Kl. angemieteten Hausgrundstück nur vorgetäuscht hätten. Denn durch die ausgesprochenen Kündigungen sei das Mietverhältnis nicht beendet worden, so dass die Kl. zur Räumung nicht verpflichtet gewesen sei. Die von den Bekl. ausgesprochenen

Kündigungen seien unwirksam, weil die Kündigungsschreiben entgegen § 564b III BGB aF bzw. § 573 III 1 BGB nF keinerlei Angaben zum berechtigten Interesse der Bekl. an der ausgesprochenen Kündigung enthielten.

[9] Das von der Kl. unterbreitete Angebot vom 04.10.2002 auf Vertragsaufhebung sei deshalb ohne "Notwendigkeit", - ohne dass die Kl. zur Räumung verpflichtet gewesen sei -, erfolgt. In entsprechender Anwendung des Rechtsgedankens aus § 254 BGB sei daher davon auszugehen, dass der Abschluss der Aufhebungsvereinbarung vom 04.10.2002 allein auf den - freiwilligen - Entschluss der Kl. zurückzuführen sei und nicht auf eine arglistige Täuschung seitens der Bekl.. Hinzu komme, dass die Kl. den Aufhebungsvertrag erst nach Zustandekommen des Mietvertrags über ihre neue Wohnung abgeschlossen habe. Damit sei der Aufhebungsvertrag nach wie vor wirksam.

II. Entscheidung des BGH in der Revision

[10] Diese Beurteilung hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung können Ansprüche der Kl. auf Rückgabe des Mietobjekts aufgrund wirksamer Anfechtung der Aufhebungsvereinbarung, auf Schadensersatz und auf Feststellung der Ersatzpflicht der Bekl. für künftige Schäden nicht verneint werden.

1. Ersatzpflicht des Vermieters bei unberechtigter Kündigung wegen Eigenbedarfs besteht

[11] Ein Vermieter, der schuldhaft eine Kündigung wegen Eigenbedarfs ausspricht, der in Wahrheit nicht besteht, ist dem Mieter grundsätzlich zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet (BGHZ 89, 296, 302; Senatsurteil vom 18.05.2005 - VIII ZR 368/03, NJW 2005, 2395, unter II 1 m.w.N.). Davon geht auch das Berufungsgericht aus.

2. Aufhebungsvereinbarung steht dem Schadensersatzanspruch des Mieters nicht entgegen

[12] Rechtsfehlerhaft ist jedoch die Auffassung des Berufungsgerichts, Ansprüche der Kl. seien "in entsprechender Anwendung des Rechtsgedankens aus § 254 BGB" zu verneinen, weil die von den Bekl. ausgesprochenen Eigenbedarfskündigungen bereits aus formalen Gründen unwirksam gewesen seien, so dass für die Kl. objektiv kein Anlass bestanden habe, den Bekl. die einvernehmliche Aufhebung des Mietverhältnisses anzubieten und das Mietobjekt zu räumen. Die Aufhebungsvereinbarung vom 04.10.2002 stünde den mit der Klage verfolgten Ansprüchen der Kl. nur dann entgegen, wenn sie auf einem freien Willensentschluss der Kl. beruhen würde, für den der von den Bekl. geltend gemachte, nach der Darstellung der Kl. nur vorgetäuschte Eigenbedarf nicht (mehr) ursächlich gewe-

sen wäre. Derartiges hat das Berufungsgericht indes nicht festgestellt; es hat den entscheidenden Gesichtspunkt vielmehr darin gesehen, dass mangels formal wirksamer Eigenbedarfskündigung der Bekl. für die Kl. keine Räumungsverpflichtung und damit auch keine Notwendigkeit bestanden habe, sich mit den Bekl. auf eine Aufhebung des Mietverhältnisses zu einigen. Das ist nicht richtig.

a. Unschädlich ist die fehlende Angabe des Eigenbedarfs im Kündigungsschreiben

[13] Einem Mieter, der auf eine Kündigung wegen eines in Wahrheit nicht bestehenden Eigenbedarfs hin auszieht, stehen Schadensersatzansprüche wegen unberechtigter Kündigung auch dann zu, wenn der Eigenbedarf - wie das Berufungsgericht hier annimmt - zwar entgegen § 573 III 1 BGB (§ 564a III BGB aF) nicht im Kündigungsschreiben als berechtigtes Interesse des Vermieters an der Beendigung des Mietverhältnisses angegeben und die Kündigung deshalb unwirksam ist, der Vermieter dem Mieter den Eigenbedarf aber schlüssig dargetan und der Mieter keine Veranlassung hatte, die Angaben des Vermieters in Zweifel zu ziehen. So verhält es sich nach dem revisionsrechtlich zugrunde zu legenden Sachvortrag der Kl. hier. Die Bekl. hatten die Kl. wiederholt und nachdrücklich mit der Begründung zur Räumung des vermieteten Wohnhauses aufgefordert, sie beabsichtigten, nach Deutschland zurückzukehren und das vermietete Anwesen selbst zu bewohnen, auch um die in der Nähe lebende pflegebedürftige Mutter der Bekl. zu 1 zu betreuen. Dass die Kl. Anlass gehabt hätte, diesen Angaben zu misstrauen, ist weder den Feststellungen des Berufungsgerichts noch dem Sachvortrag der Kl. zu entnehmen.

b. Entscheidend ist, ob der Mieter das Räumungsverlangen materiell für berechtigt erachten darf

[14] Der Kausalzusammenhang zwischen der von den Bekl. geltend gemachten, nach Darstellung der Kl. vorgetäuschten Eigennutzungsabsicht und dem Schaden der Kl. ist auch nicht dadurch unterbrochen worden, dass die Kl. sich am 04.10.2002 mit den Bekl. auf eine einvernehmliche Beendigung des Mietverhältnisses geeinigt hat, obwohl sie zu diesem Zeitpunkt mangels ordnungsgemäß begründeter Kündigungserklärungen - noch - nicht zur Räumung des Mietobjekts verpflichtet war (vgl. OLG Karlsruhe, NJW 1982, 54, 55; BayObLG NJW 1982, 2003, 2004; Münch-KommBGB/Häublein, 5. Aufl., § 573 Rdnr. 108; Schmidt-Futterer/Blank, Mietrecht, 9. Aufl., § 573 BGB Rdnr. 79). Entscheidend ist nicht, ob der Mieter bereits zur Räumung verpflichtet ist, sondern allein, ob er das Räumungsverlangen materiell für be-

rechtigt halten darf, weil er keinen Anlass hat, an der Richtigkeit der Angaben des Vermieters zu dem geltend gemachten Eigenbedarf zu zweifeln. Auch wenn der Mieter sich unter dem Eindruck des als bestehend angenommenen Eigenbedarfs zu einer einvernehmlichen Beendigung des Mietverhältnisses bereit findet und das Mietobjekt freigibt, ohne auf die formale Wirksamkeit der Kündigungserklärung des Vermieters abzustellen, räumt er die Mietwohnung nicht aus freien Stücken, sondern in der Vorstellung, dazu jedenfalls materiell verpflichtet zu sein. Eine unter diesen, nach der Darstellung der Kl. hier gegebenen Umständen zustande gekommene Mietaufhebungsvereinbarung unterbricht mithin den Ursachenzusammenhang zwischen der Vortäuschung des Eigenbedarfs und der Räumung nicht. Ob dies anders zu beurteilen ist, wenn die Mietvertragsparteien die Beendigung des Mietverhältnisses im Wege eines Vergleichs vereinbaren, durch den der Streit über den vom Vermieter behaupteten, vom Mieter in Abrede gestellten Eigenbedarf beigelegt wird (vgl. dazu OLG Frankfurt am Main NJW-RR 1995, 145, 146), bedarf hier keiner Entscheidung.

c. Unerheblich ist, ob der Mieter eine neue Wohnung angemietet hat

[15] Unerheblich ist schließlich, ob der Mieter - wie hier die Kl. - bei Abschluss des Aufhebungsvertrags bereits eine neue Wohnung angemietet hat. Steht die Anmietung der neuen Wohnung unter dem Eindruck der scheinbar materiell gerechtfertigten Eigenbedarfskündigung, ist auch insoweit die arglistige Täuschung des Vermieters ursächlich für den hieraus entstehenden Schaden des Mieters (OLG Karlsruhe, aaO, 56).

III. Aufhebung des Berufungsurteils und Rückverweisung an das Berufungsgericht

[16] Nach alledem kann das Berufungsurteil keinen Bestand haben; es ist daher aufzuheben (§ 562 I ZPO). Der Rechtsstreit ist nicht zur Endentscheidung reif, weil das Berufungsgericht keine Feststellungen dazu getroffen hat, ob der von den Bekl. mit der Kündigung geltend gemachte Eigenbedarf vorgeschoben war und ob die Kl. die Aufhebungsvereinbarung vom 04.10.2002 auch dann abgeschlossen hätte, wenn ihr dies bewusst gewesen wäre. Bei der neuen Verhandlung und Entscheidung wird sich das Berufungsgericht auch mit dem weiteren Einwand der Bekl. zu befassen haben, Eigenbedarf sei von ihnen von vorneherein nur an der Erdgeschoss- und Dachgeschosswohnung geltend gemacht worden und der Kl. sei der Abschluss eines neuen Mietvertrags für die von ihr selbst bewohnte Wohnung im Obergeschoss angeboten worden.

Standort: ZPO I**Problem: Urkundenprozess / Werkvertrag**

OLG DÜSSELDORF, URTEIL VOM 19.12.2008
22 U 86/08 (NJOZ 2009, 1821)

Problemdarstellung:

Die Parteien streiten um Ansprüche auf Werklohn. Die Kl. betreibt die Zahlungsklage im Urkundenprozess, wobei der Vertragsschluss als solcher gleich wie die Fälligkeit der Forderung urkundlich belegt werden konnten. Lediglich die Höhe der Forderung wurde von der Bekl. bestritten.

Der im Urkundenprozess erhobenen Klage hat das LG teilweise stattgegeben. Die Berufung hat Erfolg. Auf die Berufung der Bekl. hat das OLG die Klage als im Urkundenprozess unstatthaft abgewiesen.

Prüfungsrelevanz:

Die vorliegende Entscheidung ist insbesondere für Referendare von Bedeutung. Die Fragestellung der Statthaftigkeit des Urkundenprozesses gem. §§ 592 ff. ZPO ist in Examensklausuren zum zweiten Staatsexamen regelmäßig Klausurgegenstand.

Das Urkundenverfahren gem. §§ 592 ff. ZPO ist eine besondere Verfahrensart, die dem Kl. schnell einen vorläufig vollstreckbaren Titel (§ 708 Nr. 4 ZPO) verschaffen soll. Die anspruchsbegründenden Voraussetzungen müssen durch Vorlage von Urkunden (d.h. mindestens eine Urkunde, die sog. Grundurkunde) dargelegt werden, sofern sie beweisbedürftig sind (§ 597 II 1. Hs. ZPO). Welche die anspruchsbegründenden Voraussetzungen sind, richtet sich nach der anzuwendenden Norm. Die Urkunde muss nicht selbst Träger des geltend gemachten Rechts sein. Es genügt, dass die Urkunde die Tatsache nach den Grundsätzen allgemeiner Auslegung (BGH, NJW 1995, 1683) oder auch unter Einbeziehung von Umständen (BGH, NJW 2002, 2872) indiziell enthält. Um die Beschleunigung zu gewährleisten, stehen dem Kl. gleich wie dem Bekl. nur bestimmte Beweismittel zur Verfügung, § 595 II, III ZPO. Auch ist eine Widerklage im Rahmen des Urkundenprozesses nicht statthaft, § 595 I ZPO. Kann der Beweis nicht mit Urkunden geführt werden, wird die Klage als in der gewählten Prozessart unstatthaft - und nicht als unbegründet - abgewiesen. Im Urteil ist bei Widerspruch des Bekl. das sog. Nachverfahren i.S.v. § 600 ZPO vorzubehalten. In diesem Nachverfahren kann der Bekl. seine bereits erhobenen und auch neue Einwendungen mittels von § 595 ZPO abweichenden Beweismitteln darlegen und beweisen.

In der hier vorliegenden Entscheidung war zu befinden, inwieweit der Anspruch auf Werklohn gem. § 631 I BGB im Urkundenprozess gem. § 592 S. 1 ZPO statthaft eingeklagt werden kann. Zwar ist die Klage,

wie es auch § 592 S. 1, 1. Hs ZPO verlangt, auf die Zahlung einer Geldsumme gerichtet, aber der Beweis der anspruchsbegründenden streitigen Voraussetzungen gem. § 592 S. 1, 2. Hs ZPO gelang dem Kl. nicht. Zur Statthaftigkeit der Werklohnklage im Urkundenprozess müssen durch Urkunden grundsätzlich der Abschluss des Werkvertrags sowie die Fälligkeit und Höhe des Vergütungsanspruchs durch Urkunden bewiesen werden können (OLG Celle, BeckRS 2008, 02232 = OLG-Report 2007, 279; OLG Köln, BauR 2008, 129; Kniffka/Koeble, Kompendium des BauR, 3. Aufl. [2008], 20. Teil, Rn. 67). Im vorliegenden Fall gelang dem Kl. der urkundliche Nachweis des Abschlusses des Werkvertrages sowie der Fälligkeit der Forderung. Nicht urkundlich bewiesen werden konnte die Höhe des fraglichen Anspruchs. Die Bekl. hat die Forderung der Höhe nach bestritten, so dass die Kl. einen dementsprechenden urkundlichen Beleg hätte beibringen müssen. Die Schlussrechnung war als Nachweis nicht tauglich, weil sie als einseitige Erklärung der Kl. nicht beweist, dass die in Rechnung gestellten Posten auch tatsächlich ausgeführt wurden. Auch konnte aus der Rechnungsprüfung durch die Bekl. kein deklaratorisches Schuldanerkenntnis entnommen werden. Der Bekl. fehlte der dem entsprechender Wille, durch die Prüfung den jeweiligen Posten dem Streit zu entziehen. Dies ergab sich aus dem methodischen Vorgehen der Bekl., weil sie zwar die durch die Kl. in Rechnung gestellten Posten zu einer "Zwischensumme" addierte, jedoch unmittelbar danach die nicht erbrachten Leistungen in Abzug gebracht wurden.

Die Klage ist auch deswegen nicht statthaft, weil die Kl. nicht bewiesen hat, dass sie die im Abnahmeprotokoll festgehaltenen Mängel selbst beseitigt hat, so dass sich die Bekl. erfolgreich auf ein Zurückbehaltungsrecht gem. § 641 III BGB berufen kann. Zwar hat ein auf § 641 III BGB gestütztes Zurückbehaltungsrecht im Regelfall keinen Einfluss auf die Statthaftigkeit der Klage im Urkundenprozess, weil im Urkundenprozess vom Kl. gem. § 592 S. 1 ZPO nur die anspruchsbegründenden Tatsachen urkundlich belegt werden müssen. Demgegenüber müssen die rechtshindernden Einwendungen - jedenfalls soweit es um die Statthaftigkeit der Klage im Urkundenprozess geht - nicht urkundlich widerlegt werden (Musielak/Voit, § 592 Rn. 10). Um eine solche Einrede handelt es sich beim Zurückbehaltungsrecht gem. § 641 III BGB. Hier ist jedoch die Abnahme unter Vorbehalt zu berücksichtigen. In diesen Fällen besteht die Besonderheit, dass die Beweislast für die Mangelfreiheit der Werks hinsichtlich der bei Abnahme unstreitig vorhandenen und vorbehaltenen Mängel beim Werkunternehmer verbleibt (BGH, NJW-RR 2005, 919 = NZBau 2005, 392

= BauR 2005, 1010). Da die Kl. alle Tatsachen, hinsichtlich derer sie die Beweislast trägt, im Rahmen des Urkundenprozesses urkundlich belegen muss (Zöller/Greger, § 592 Rn. 8), muss sie auch beweisen, dass sie die im Abnahmeprotokoll aufgeführten Mängel beseitigt hat. Diesen Beweis hat die Kl. im vorliegenden Fall indes nicht mit den im Urkundenprozess zulässigen Beweismitteln geführt, so dass im Ergebnis vom Berufungsgericht zu Recht die Klage als in der gewählten Prozessart unstatthaft abgewiesen worden war.

Vertiefungshinweise:

Zum Urkundenprozess: *BGH*, RA 2007, 145 (Urkundenprozess im Mietrecht); *BGH*, RA 2002, 218 = *NJW* 2002, 751 (Widerklage im Urkundenprozess); *BGH*, *NJW* 2000, 143 (Abstandnahme vom Urkundenprozess)

Kursprogramm:

Examenskurs: "Die neue Kanzlei"
 Assessorkurs: "Der Ehelohn"

Leitsatz: (der Redaktion)

Hat sich der Besteller im Abnahmeprotokolls seine Rechte wegen Mängeln des Werks bei Abnahme vorbehalten und bestreitet er im Prozess weiterhin die Beseitigung dieser Mängel durch den Unternehmer, so ist die Werklohnklage im Urkundenprozess nur statthaft, wenn der klagende Werkunternehmer die Mangelbeseitigung mit im Urkundenprozess statthaften Beweismitteln nachzuweisen vermag.

Sachverhalt:

Die Kl. macht im Wege der Teilklage im Urkundensprozess Restwerklohnansprüche aus einem zwischen den Parteien geschlossenen VOB-Nachunternehmervertrag geltend. Unter dem 21.09.2006 beauftragte die Bekl. die Kl. als Nachunternehmerin mit der Erbringung von Abbruch- und Bauarbeiten zwecks Errichtung einer Halle auf dem Grundstück V-Straße in W. zum Pauschal festpreis von 450000 Euro netto. Die Kl. wurde in der Folge von der Bekl. über den ursprünglichen Leistungsumfang hinaus mit der Erbringung weiterer Zusatzleistungen beauftragt. Nach Fertigstellung der Halle wurden die Leistungen der Kl. am 03.05.2007 ausweislich des Abnahmeprotokolls abgenommen. Die Anlage zum Abnahmeprotokoll wies verschiedene von der Kl. bis zum 11.05.2007 noch zu beseitigende Mängel auf, die in der Folge - von wem, ist zwischen den Parteien streitig - erledigt wurden. Der Bauherr bestätigte durch Unterschrift vom 24.09.2007 auf der Anlage zum Abnahmeprotokoll, dass die Mängel be-

hoben seien. Unter dem 14.06.2007 stellte die Kl. gegenüber der Bekl. Schlussrechnung hinsichtlich der Ursprungsauftrags, die unter Berücksichtigung von seitens der Bekl. erbrachten Abschlagszahlungen mit einer Restforderung i.H. von 121945,80 Euro endete und in der Folge von der Bekl. geprüft wurde. Auf Grund dieser Prüfung kam die Bekl. zu dem Ergebnis, dass die Kl. um 126015,29 Euro überzahlt sei. Der im Urkundenprozess erhobenen Klage auf Zahlung von 202643,42 Euro samt 2534,20 Euro außergewöhnliche Kosten hat das LG teilweise stattgegeben. Auf die Berufung der Bekl. hat das OLG die Klage als im Urkundenprozess unstatthaft abgewiesen.

Aus den Gründen:

I. Entscheidungsbefugnis des OLG besteht trotz etwaigen Verstoßes gegen § 310 I 1 ZPO

Es kann im Ergebnis dahinstehen, ob das landgerichtliche Urteil unter Verstoß gegen § 310 I 1 ZPO verkündet worden ist. Daran bestehen insbesondere deswegen Zweifel, weil das Gericht in der Sitzung vom 12.02.2008 zunächst einen Verkündungstermin für den 18.03.2008 bestimmt hatte, in diesem Termin aber keinerlei Entscheidung verkündet wurde. Stattdessen wurde den Parteien ein Schreiben vom 18.03.2008 zugeleitet, in dem umfangreich Hinweise erteilt und der Kl. eine Stellungnahmefrist gesetzt wurde, damit diese mitteile, ob sie vom Urkundensprozess Abstand nehme. Gleichzeitig erfolgte eine Verlegung des Verkündungstermins auf den 22.04.2008. Der Sache nach stellt diese Vorgehensweise einen Übergang ins schriftliche Verfahren gem. § 128 II ZPO dar, ohne dass dessen Voraussetzungen eingehalten wurden. Bei dem Verstoß gegen § 310 I 1 ZPO handelt es sich um einen wesentlichen Mangel i.S. des § 538 II Nr. 1 ZPO (vgl. Zöller/Vollkommer, ZPO, 26. Aufl. [2007], § 310 Rdnr. 9 m.w. Nachw.); der für eine Aufhebung und Zurückverweisung erforderliche Antrag fehlt indes. Der Senat ist jedoch trotz des Verstoßes gegen § 310 I 1 ZPO nicht gehindert, in der Sache zu entscheiden (Zöller/Gummer/Heßler, § 538 Rdnr. 29a.E.m.w. Nachw.).

II. Klage ist im Urkundenprozess gem. § 592 S. 1 ZPO unstatthaft

Die vom Kl. erhobene Klage ist im Urkundensprozess nicht gem. § 592 S. 1 ZPO statthaft. Die Klage ist auf die Zahlung einer bestimmten Geldsumme gerichtet, so dass es für die Statthaftigkeit des Urkundensprozesses allein darauf ankommt, ob die Kl. i.S. des § 592 S. 1 Halbs. 2 ZPO „sämtliche zur Begründung des Anspruchs erforderlichen Tatsachen durch Urkunden“ beweisen kann. Zur Statthaftigkeit der Werklohnklage im Urkundensprozess müssen durch Urkunden grundsätzlich der Abschluss des Werkvertrags sowie die

Fälligkeit und Höhe des Vergütungsanspruchs durch Urkunden bewiesen werden können (OLG Celle, OLG-Report 2007, 279; OLG Köln, BauR 2008, 129). § 592 S. 1 ZPO ist nach h.M. allerdings dahingehend einschränkend auszulegen, dass der Kl. im Urkundsverfahren nicht hinsichtlich aller anspruchsbegründenden Tatsachen den Urkundsbeweis führen muss, sondern nur hinsichtlich der beweisbedürftigen Tatsachen. Da ein Beweis offenkundiger oder unstrittiger Tatsachen vom Kl. nicht geführt werden muss, ist es hinsichtlich dieser Tatsachen für die Statthaftigkeit des Urkundsprozesses auch nicht erforderlich, dass der Kl. Beweis durch Urkunden führen kann. Insoweit führt allerdings das bloße Nichtbestreiten des Anspruchs nicht zur Statthaftigkeit einer Klage im Urkundsprozess, auch dann, wenn keine Urkunde vorgelegt wird. Vielmehr eröffnet die h.M. dem Kl. lediglich die Möglichkeit, Lücken im Urkundsbeweis durch unstrittige, zugestandene oder offenkundige Tatsachen zu füllen (BGH, NJW 1974, 1199 [1200]; OLG München, OLG-Report 2007, 361; OLG Köln, BauR 2008, 129; OLG Frankfurt a.M. Musielak/Voit, ZPO, 6. Aufl. [2008], § 592 Rdnr. 11; Zöller/Greger, § 592 Rdnrn. 10f.). Für das vorliegende Verfahren gilt unter Anwendung dieser Grundsätze Folgendes:

1. Urkundlicher Nachweis über Abschluss des Vertrages gelingt

Die Kl. kann den Abschluss des Werkvertrags durch Urkunden beweisen. Zwar hat sie lediglich den Nachunternehmervertrag vom 21.09.2006 vorgelegt, nicht indes die Nachträge, deren Vergütung sie ebenfalls mit der vorliegenden Klage geltend macht. Einer urkundlichen Belegung der Beauftragung mit den Nachträgen bedarf es allerdings nach den oben dargelegten Grundsätzen deswegen nicht, weil die Bekl. diese nicht bestritten hat.

2. Urkundlicher Nachweis der Fälligkeit der Forderung gelingt

Auch die Fälligkeit der Werklohnforderung hat die Kl. mit im Urkundsprozess statthaften Beweismitteln nachgewiesen. Die Fälligkeit setzt beim VOB-Vertrag die Abnahme und die Vorlage einer prüffähigen Schlussrechnung voraus. Beides hat die Kl. durch die Vorlage des Abnahmeprotokolls und die Vorlage der Schlussrechnung nebst Prüfvermerk der Bekl. urkundlich belegt, so dass die Klage im Urkundsprozess auch insoweit statthaft ist. In diesem Zusammenhang ist es noch unbeachtlich, dass die Abnahme unter Mängelrügen erfolgte (vgl. hierzu unten 4). Denn die erteilte Abnahme trotz Mängeln führt nicht dazu, dass die Werklohnforderung als solche nicht fällig wird, sondern hat ein Leistungsverweigerungsrecht in Höhe der dreifachen Mängelbeseitigungskosten zur Folge, § 641 III BGB. Die Fälligkeit des Werklohnanspruchs als

solche wird durch die Abnahme unter Mängelvorbehalt demgegenüber nicht gehindert.

3. Urkundlicher Nachweis über die Höhe des Anspruchs gelang nicht

Demgegenüber vermag die Kl. indes die Höhe ihres Anspruchs nicht mit im Urkundsprozess statthaften Beweismitteln zu beweisen. Die Bekl. hat die Höhe der klägerischen Forderung bestritten, so dass die Kl. gehalten ist, einen urkundlichen Beleg beizubringen.

a. Schlussrechnung ist als einseitige Erklärung bei streitiger Forderungshöhe nicht tauglich

Die Schlussrechnung als solche stellt eine bloß einseitige Erklärung der Kl. dar, die nicht geeignet ist, den Beweis zu erbringen, dass die dort aufgeführten Leistungen auch tatsächlich ausgeführt wurden. Die von der Kl. in diesem Zusammenhang darüber hinaus vorgelegte Prüfung der Schlussrechnung durch die Bekl. ist im Ergebnis ebenfalls nicht geeignet, die Höhe der Forderung zu beweisen. Denn auch aus ihr ergibt sich nicht, dass die Kl. die in Rechnung gestellten Arbeiten tatsächlich ausgeführt hat.

b. Rechnungsprüfung begründet kein deklaratorisches Schuldanerkenntnis

Die Rechnungsprüfung stellt kein seitens der Bekl. abgegebenes deklaratorisches Schuldanerkenntnis für eine Leistungserbringung seitens der Kl. dar. Zwar kann die Rechnungsprüfung durch den Auftraggeber im Einzelfall als deklaratorisches Schuldanerkenntnis zu verstehen sein (vgl. nur OLG Karlsruhe, BauR 1998, 403; OLG Oldenburg, BauR 2001, 831). Der für ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis erforderliche Wille der Bekl., den Umfang der von der Kl. erbrachten Leistungen im Rahmen der Schlussrechnungsprüfung dem Streit der Parteien zu entziehen, lässt sich der Rechnungsprüfung durch die Bekl. hier aber gerade nicht entnehmen. Denn die Bekl. hat zwar zu Beginn der Rechnungsprüfung die verschiedenen seitens der Kl. gestellten Rechnungen und die Gutschrift zu einer „Zwischensumme“ aufaddiert. Dies diente jedoch ersichtlich nicht dem Zweck, die berechtigten Ansprüche der Kl. festzuschreiben, sondern sollte allein der Ermittlung der Höhe der geltend gemachten Ansprüche dienen. Dies ergibt sich aus dem Gesamtzusammenhang der Rechnungsprüfung, in deren Rahmen unmittelbar nach der Addition der geltend gemachten Forderungen die nicht erbrachten Leistungen abgezogen werden. Insoweit kann die von der Bekl. gewählte methodische Vorgehensweise, zunächst die Rechnungssummen aufzuaddieren, um hiervon die nicht erbrachten Leistungen abzuziehen, rechtlich keine anderen Folgen zeitigen, als wenn die Bekl. zunächst die einzelnen Rechnungen um die nicht erbrachten Leistungen gekürzt und sie sodann addiert

hätte. Denn die grundsätzliche rechtliche Wirkung, dass nicht erbrachte Leistungen nicht zu vergüten sind, tritt unabhängig davon ein, welche Prüfungsreihenfolge der Besteller im Rahmen der Rechnungsprüfung wählt. Wenn der Besteller aber im Rahmen der Rechnungsprüfung deutlich macht, dass er von nicht erbrachten Leistungen ausgeht und deswegen die Zahlung der Vergütung (teilweise) verweigert, ist die von ihm gewählte Rechenmethode für die Rechtsfolgen grundsätzlich ohne Bedeutung.

Etwas Anderes ergibt sich auch nicht aus dem Umstand, dass es sich bei dem zwischen den Parteien geschlossenen ursprünglichen Vertrag um einen Pauschalpreisvertrag handelte (vgl. zu diesen Fällen auch Kniffka/Koeble, 20. Teil, Rdnr. 68), und die von der Bekl. vorgenommene Vergütungskürzung infolge nicht erbrachter Leistungen sich ausweislich der Anlage zur Rechnungsprüfung allein auf Positionen erstreckt, die von der Pauschalierung erfasst sind. Zwar schließt eine Pauschalierung eine nachträgliche Neuberechnung des Anspruchs aus, so dass sich der Besteller auf Minderleistungen nur berufen kann, wenn bestimmte Grenzen unterschritten wurden. Wegen der deswegen dem Besteller obliegenden Darlegungs- und Beweislast für die Überschreitung der Grenzen ließe sich argumentieren, dass die Vertragsurkunde zum Beweis der Anspruchshöhe ausreicht. Dies kann aber jedenfalls im vorliegenden Fall dahinstehen. Denn die Parteien haben in § 2 vorletzter Absatz des Vertrags eine Mehr- und Mindervergütung bereits für Abweichungen vom Leistungsverzeichnis i.H. von 5% vorgesehen, so dass die Pauschalierung die Kürzung der Vergütung gerade nicht ausschließen sollte. Ein Großteil der Kürzungen seitens der Bekl. beruht aber ersichtlich nicht lediglich auf Minderungen, sondern darauf, dass diese Positionen nach der Rechnungsprüfung gar nicht ausgeführt worden sein sollen.

Darüber hinaus macht die Bekl. nicht allein Ansprüche aus einem Pauschalpreisvertrag geltend, sondern auch aus Nachtragsaufträgen, die offensichtlich nach Einheitspreisen abgerechnet werden sollten und überdies - das ergibt sich aus der Rechnungsprüfung der Bekl. - zumindest zum Teil zum Wegfall von Positionen des Ursprungsauftrags geführt haben. Diese Einheitspreisverträge sind indes der Höhe nach urkundlich nicht belegt, so dass die Klage schon wegen des mangelnden urkundlichen Nachweises der Höhe des Anspruchs nicht statthaft ist.

c. Kein unstreitiger Saldo aus der Schlussrechnung

Der Urkundsprozess ist auch entgegen der dem landgerichtlichen Urteil augenscheinlich zu Grunde liegenden Auffassung nicht zumindest in dem Umfang statthaft, in dem die Bekl. einen Abzug für nicht erbrachte Leistungen nicht vorgenommen hat. Insoweit kann für die Statthaftigkeit des Urkundsprozesses im vorliegen-

den Fall insbesondere nicht angeführt werden, dass nur beweisbedürftige Tatsachen durch Urkunden bewiesen werden müssen, und daher die - i.H. von 140840,03 Euro dem Entstehensgrund nach unstrittige - Klageforderung nicht des Beweises durch Urkunden bedürfte. Diese Argumentation widerspräche insbesondere der Konzeption der VOB/B. Denn der Unternehmer hat im Rahmen des VOB/B-Vertrags nur Anspruch auf den Saldo aus einer Schlussrechnung. Gemäß § 16 Nr. 3 I 4 VOB/B ist das unstrittige Guthaben aus einer Schlussrechnung sofort auszuzahlen. Ein derartiges unstrittiges Guthaben existiert indes im vorliegenden Fall nicht, weil die Bekl. hier rechnerisch zu einer Überzahlung der Kl. gelangt ist und eben keinen Saldo zu Gunsten der Kl. ermittelt hat. Schon wegen der „Querverrechnung“ von Pauschalpreisvertrag und Nachträgen lässt sich hier ein unstreitiger Saldo der Schlussrechnung und ihrer Prüfung nicht entnehmen.

4. Beweis für die Mangelfreiheit des Werkes nicht urkundlich erbracht

Die Klage ist darüber hinaus im Urkundsprozess auch deswegen nicht statthaft, weil die Kl. nicht bewiesen hat, dass sie die im Abnahmeprotokoll festgehaltenen Mängel selbst beseitigt hat, so dass sich die Bekl. erfolgreich auf ein Zurückbehaltungsrecht gem. § 641 III BGB berufen kann. Zwar hat ein auf § 641 III BGB gestütztes Zurückbehaltungsrecht im Regelfall keinen Einfluss auf die Statthaftigkeit der Klage im Urkundsprozess, weil im Urkundsprozess vom Kl. gem. § 592 S. 1 ZPO nur die anspruchsbegründenden Tatsachen urkundlich belegt werden müssen. Demgegenüber müssen die rechtshindernden Einwendungen - jedenfalls soweit es um die Statthaftigkeit der Klage im Urkundsprozess geht - nicht urkundlich widerlegt werden (Musielak/Voit, § 592 Rdnr. 10). Um eine derartige rechtshindernde Einrede handelt es sich beim Zurückbehaltungsrecht gem. § 641 III BGB.

Im Rahmen eines Werkvertrags besteht bei einer Abnahme unter Vorbehalt allerdings die Besonderheit, dass die Beweislast für die Mangelfreiheit der Werks hinsichtlich der bei Abnahme unstrittig vorhandenen und vorbehaltenen Mängel beim Werkunternehmer verbleibt (BGH, NJW-RR 2005, 919 = NZBau 2005, 392 = BauR 2005, 1010; Kniffka/Koeble, 4. Teil, Rdnr. 14). Da die Kl. alle Tatsachen, hinsichtlich derer sie die Beweislast trägt, im Rahmen des Urkundsprozesses urkundlich belegen muss (Musielak/Voit, § 592 Rdnr. 9; vgl. auch Zöller/Greger, § 592 Rdnr. 8), muss sie auch beweisen, dass sie die im Abnahmeprotokoll aufgeführten Mängel beseitigt hat. Diesen Beweis hat die Kl. im vorliegenden Fall indes nicht mit den im Urkundsprozess zulässigen Beweismitteln geführt. Zwar ist die Mängelbeseitigung als solche zwischen den Parteien weitgehend unstrittig. Streitig ist

jedoch, welche Partei die Mangelbeseitigung durchgeführt hat. Die Bestätigung des Hauptauftraggebers, dass alle Mängel beseitigt seien, ist in diesem Zusammenhang ohne Bedeutung, da sie über die Person dessen, der die Mangelbeseitigung ausgeführt hat, keine Aussage macht. Da die Parteien im Rahmen der Abnahme einen Termin zur Mangelbeseitigung festgelegt haben, bedurfte es einer Fristsetzung seitens der Bekl. zur Nachbesserung im vorliegenden Fall nicht mehr, sondern sie durfte nach Ablauf dieser Frist den Mangel selbst beseitigen und die Erstattung der hierfür erforderlichen Kosten der Kl. - wie im Rahmen der Rechnungsprüfung geschehen - entgegenhalten. Soweit sich die Bekl. darüber hinaus auf das Fehlen der Pressprotokolle zum Nachweis der hinreichenden Tragfähigkeit des Bodens berufen hat, lagen der Bekl. Pressprotokolle, die den vertraglich vereinbarten Wert

von 120 MN/qm nachwies, jedenfalls bis zur Klageerhebung unstreitig nicht vor. Die Kl. hat auch nicht durch die Vorlage der Protokolle im Termin zur mündlichen Verhandlung vom 12.02.2008 die Beseitigung dieses Mangels nachgewiesen. Denn aus den Protokollen ergibt sich entsprechend der Auffassung der Bekl. nicht, ob die Pressungen auf der von der Kl. bearbeiteten Fläche erfolgten. Dies erscheint insbesondere wegen des unterschiedlichen Untergrunds, der in den Messprotokollen ausgewiesen ist, fraglich. Zwar bietet die Kl. in zweiter Instanz insoweit eine nachvollziehbare Erklärung, indem sie darauf hinweist, dass das ursprünglich verbaute RCL-Material im Zuge der Mangelbeseitigung durch Schotter ausgetauscht worden sei. Ob diese Behauptung zutrifft, ist zwischen den Parteien aber streitig und von der Kl. mit Urkunden nicht zu beweisen.

Standort: Zwangsvollstreckungsrecht, ZPO II

Problem: Klauselerinnerung

BGH, BESCHLUSS VOM 16.04.2009

VII ZB 62/08 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Erinnerungsführer wendet sich gegen die Erteilung einer Klausel für eine notarielle Urkunde durch einen Notar. Er rügt die Unzulässigkeit der Klauselerteilung. Dies folge aus der Unwirksamkeit der in der Urkunde befindlichen Unterwerfungserklärung, welche den Schuldner unangemessen benachteilige. Das Amtsgericht hat die Erinnerung zurückgewiesen. Auf die sofortige Beschwerde des Schuldners hat das Landgericht die Zwangsvollstreckung aus der Urkunde für unzulässig erklärt. Mit der vom Landgericht zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgt die Gläubigerin die Aufhebung der landgerichtlichen Entscheidung und die Wiederherstellung des Beschlusses des Amtsgerichts erfolgreich weiter.

Prüfungsrelevanz:

Der erkennende Senat befasst sich mit der Frage, welche Einwendungen in der Klauselerinnerung gem. § 732 ZPO zulässig sind. Ist die Vollstreckungsklausel erteilt worden, steht dem Schuldner oder dessen Rechtsnachfolger die Erinnerung nach § 732 I ZPO zu. Dieser Rechtsbehelf tritt an die Stelle einer Beschwerde des Schuldners gegen die Klauselerteilung, weil durch die Erinnerung der Devolutiveffekt einer Beschwerde vermieden werden soll. Das bedeutet, dass über die Erinnerung immer das Gericht befindet, dem das Klauselorgan zugehörig ist.

Die Unzulässigkeit der Klausel kann sich dabei grds. aus zweierlei Umständen ergeben. Zum einen kommen formelle Einwendungen in Betracht. Dies sind solche Einwendungen, mit denen ein formeller Fehler im

Klauselerteilungsverfahren gerügt wird, z.B. es fehlt an einem wirksamen Vollstreckungstitel (BGH, NJW-RR 1987, 1149) oder der Nachweis der Rechtsnachfolge ist nicht durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden erbracht worden. Neben den formellen Einwendungen kommen zum anderen materielle Einwendungen in Betracht. Darunter sind solche zu verstehen, mit denen geltend gemacht wird, dass die materiellen Voraussetzungen für die Erteilung einer titelergänzenden oder -umschreibenden Klausel nicht vorliegen (z.B. Die Tatsachen einer Klausel gem. § 727 ZPO liegen deshalb nicht vor, weil es an einer Rechtsnachfolge fehlt; der Abtretungsvertrag ist wegen Geisteskrankheit des Zedenten nichtig). Hier von sind streng diejenigen Einwendungen zu unterscheiden, die sich gegen den materiellen Anspruch selbst richten. Diese Umstände sind im Klauselverfahren unbeachtlich und können allenfalls in einer Vollstreckungsabwehrklage gem. § 767 I ZPO eingewandt werden.

In der hier vorliegenden Entscheidung unterwarf sich der Vollstreckungsschuldner formularmäßig der Zwangsvollstreckung. Ob diese Unterwerfungserklärung gem. § 794 I Nr. 5 ZPO gegen § 307 I 1 BGB verstößt - wie im Erinnerungsverfahren gerügt-, ist demgegenüber kein materieller Einwand in diesem Sinne. Dies hatte das Beschwerdegerecht noch anders beurteilt. Der Notar als Klauselorgan gem. § 797 II ZPO hat zu prüfen, ob ein formell wirksamer Titel mit vollstreckungsfähigem Inhalt vorliegt (st. Rechtsprechung, vgl. BGH, Rpfleger 2005, 33), und im Falle der Rechtsnachfolge, ob diese, soweit sie nicht offenkundig ist, durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen ist (§ 727 I ZPO). Allerdings waren diese Umstände in dem

hier zu beurteilenden Fall aus Sicht des Klauselorgans gegeben. Die Grundschuldbestellung und die Unterwerfungserklärung sind durch Urkunde des Notars vom 28.09.1987 festgestellt, die Rechtsnachfolge auf Gläubigerseite durch weitere Urkunde des desselben Notars vom 07.06.2005. Eine weitergehende Prüfungsbefugnis steht dem Notar, dessen Funktion nach § 797 II ZPO hierbei der eines Urkundsbeamten der Geschäftsstelle (§ 724 II ZPO) entspricht, nicht zu. Die Prüfung eines Verstoßes der Unterwerfungserklärung gegen § 307 I 1 BGB setzt eine umfassende materiellrechtliche Würdigung voraus, zu der der Notar (§ 797 ZPO) ebenso wenig wie der Urkundsbeamte der Geschäftsstelle (§ 724 ZPO) berufen ist (so auch Binder/Piekenbrock, WM 2008, 1816, 1817).

Also hatte die Rechtsbeschwerde Erfolg und führte zur Aufhebung der landgerichtlichen Entscheidung und zur Wiederherstellung des Amtsgerichtlichen Urteils. In einer anwaltlichen Klausur hätte sich sodann die Frage gestellt, welcher Rechtsbehelf dem Schuldner zur Verfügung stünde. Es dürfte sich im Ergebnis wohl um eine Klage analog § 767 I ZPO handeln, welche sich auf die Unzulässigerklärung der Zwangsvollstreckung aus dem Titel wegen dessen Unwirksamkeit richtet (vgl. BGH, NJW 2005, 1576).

Vertiefungshinweise:

- Zu den Rechtsbehelfen im Klauselverfahren: *Lücke*, JuS 1997, 142; *Hoffmann*, Jura 1995, 411; *Münzberg*, NJW 1992, 201
- Zu den Klauseln: *Jaspersen*, Rpfleger 1995, 243; *Schmittmann*, DGVZ 1995, 49; *Münzberg*, NJW 1992, 867; *ders.* BB 1990, 1011; *Greilich*, MDR 1982, 15
- Zu § 767 I ZPO analog: *BGH*, RA 2007, 603 (Wirkungslosigkeit eines Urteils wegen eines Vergleichs)

Kursprogramm:

- Assessorkurs*: "Probleme einer Witwe"
- Assessorkurs*: "Die Maklerprovision"
- Assessorkurs*: "Der Verzicht"

Leitsatz:

Ein Schuldner, der sich in einer notariellen Urkunde der sofortigen Zwangsvollstreckung in sein gesamtes Vermögen unterworfen hat, kann sich im Klauselerinnerungsverfahren nicht darauf berufen, die Unterwerfungserklärung sei wegen Verstoßes gegen § 307 I BGB unwirksam (Bestätigung von BGH, NJW-RR 2004, 1718; NJW-RR 2006, 567).

Sachverhalt:

[1] Der Schuldner wendet sich gegen die Erteilung einer Vollstreckungsklausel für eine notarielle Urkunde des Notars N. H. vom 28.09.1987, aus der die Gläubigerin die Zwangsvollstreckung aus übertragenem Recht betreibt. Die Gläubigerin ist eine GmbH, die als Treuhänderin eines amerikanischen Finanzinvestors eingesetzt ist.

[2] Zur Sicherung einer Darlehensschuld bestellte der Schuldner am 28.09.1987 vor dem Notar N. H. zu Gunsten der C. Bank AG als Darlehensgeberin eine Sicherungsbuchgrundschuld über 100.000 DM an seinem Grundstück in H. In der Grundschuldbestellungsurkunde, in der die C. Bank AG als "nachstehend Bank" bezeichnet wird, unterwarf sich der Schuldner der sofortigen Zwangsvollstreckung in sein gesamtes Vermögen. Die C. Bank AG trat die Darlehensforderung und Grundschuld an die N. Hypotheken- und Wechselbank ab, die in die D. Hypothekenbank verschmolzen wurde und sodann unter dem Namen E. AG firmierte. Letztere trat die Darlehensforderung und die Grundschuld am 14.02.2005 unter Bewilligung der Eintragung der Abtretung der Grundschuld an die Gläubigerin ab. Diese wurde als Gläubigerin ins Grundbuch eingetragen.

[3] Die Gläubigerin beantragte beim zuständigen Notar die Erteilung einer auf sie lautenden Vollstreckungsklausel als Rechtsnachfolgerin, die ihr am 07.06.2005 erteilt wurde.

[4] Auf Betreiben der Gläubigerin ordnete das Amtsgericht die Zwangsversteigerung der Wohnungseigentumsrechte des Schuldners an. Die Zwangsversteigerung erfolgt u.a. aus der vollstreckbaren Urkunde vom 28.09.1987 in Höhe von 51.129,19 € (= 100.000 DM).

[5] Der Schuldner hat gegen die Erteilung der Vollstreckungsklausel Erinnerung eingelegt, in der er sich insbesondere darauf berufen hat, dass die Abtretung an die Gläubigerin unwirksam sei, weil sie keine "Bank" im Sinne von § 19 KWG sei.

[6] Das Amtsgericht hat die Erinnerung zurückgewiesen. Auf die sofortige Beschwerde des Schuldners hat das Landgericht die Zwangsvollstreckung aus der Urkunde für unzulässig erklärt.

[7] Mit der vom Landgericht zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgt die Gläubigerin die Aufhebung der landgerichtlichen Entscheidung und die Wiederherstellung des Beschlusses des Amtsgerichts.

Aus den Gründen:

[8] Die gemäß §§ 574 I 1 Nr. 2, III 2, 575 ZPO statthafte und auch im Übrigen zulässige Rechtsbeschwerde hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung der angegriffenen Entscheidung und zur Zurückweisung der sofortigen Beschwerde des Schuldners gegen den Beschluss des Amtsgerichts vom 26.08.2007.

1. Entscheidung und Begründung des Beschwerdegerichts

a. Einwendung der Unwirksamkeit der Unterwerfungserklärung ist zu berücksichtigen

[9] Das Beschwerdegericht meint unter Bezugnahme auf den Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 16.07.2004 (IXa ZB 326/03, NJW-RR 2004, 1718 = Rpfleger 2005, 33), die Einwendung, die Unterwerfungserklärung verstoße gegen § 307 I 1 BGB, sei im Klauselerinnerungsverfahren zu berücksichtigen. Sie betreffe die Frage, ob ein ordnungsgemäßer Titel geschaffen worden sei.

b. Unterwerfungserklärung begründet eine unangemessene Benachteiligung i.S.v. § 307 I 1 BGB

[10] Die sofortige Beschwerde sei begründet. Zwar sei die Abtretung wirksam, weil sie nicht gegen § 399 BGB verstoße und die Grundschuldbestellung auch nicht dahin zu verstehen sei, dass Gläubiger nur eine "Bank" im Sinne des KWG sein könne. Jedoch stelle die vorformulierte Unterwerfungserklärung eine unangemessene Benachteiligung im Sinne des § 307 I 1 BGB (früher § 9 AGBG) dar. Die Rechtsprechung habe zwar die bisherige Praxis, nach der sich der Darlehensnehmer üblicherweise der sofortigen Zwangsvollstreckung in das belastete Grundstück und/oder in sein gesamtes Vermögen unterwerfe, gebilligt. Dies gelte jedoch nur im Geschäftsverkehr mit Banken, nicht bei massenhaftem Verkauf von Krediten durch Banken an Finanzinvestoren.

2. Entscheidung des BGH in der Rechtsbeschwerde

[11] Der angegriffene Beschluss ist bereits deswegen rechtsfehlerhaft, weil das Beschwerdegericht aus materiell-rechtlichen Erwägungen der Klauselerinnerung stattgegeben hat.

[12] Denn im Verfahren nach § 732 ZPO kann der Schuldner in begründeter Weise grundsätzlich nur Einwendungen gegen eine dem Gläubiger erteilte Klausel erheben, die Fehler formeller Art zum Gegenstand haben (ständige Rechtsprechung, vgl. BGH, NJW-RR 2004, 1718; NJW-RR 2006, 567). Die Einwendung, die Unterwerfungserklärung sei nach § 307 I 1 BGB unwirksam, ist keine derartige Einwendung.

[13] Der Notar hat nach allgemeinen Regeln zu prüfen, ob ein formell wirksamer Titel mit voll-

streckungsfähigem Inhalt vorliegt (ständige Rechtsprechung, vgl. BGH, Beschluss vom 16.07.2004 - IXa ZB 326/03, aaO; Beschluss vom 05.07.2005 - VII ZB 27/05, aaO; Beschluss vom 04.10.2005 - VII ZB 54/05, aaO), und im Falle der Rechtsnachfolge, ob diese, soweit sie nicht offenkundig ist, durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen ist (§ 727 I ZPO). Das ist, was auch die Rechtsbeschwerde nicht in Abrede stellt, vorliegend der Fall. Die Grundschuldbestellung und die Unterwerfungserklärung sind durch Urkunde des Notars N. H. vom 28.09.1987 festgestellt, die Rechtsnachfolge auf Gläubigerseite durch weitere Urkunde des Notars N. H. vom 07.06.2005.

[14] Eine weitergehende Prüfungsbefugnis steht dem Notar, dessen Funktion nach § 797 II ZPO hierbei der eines Urkundsbeamten der Geschäftsstelle (§ 724 II ZPO) entspricht, nicht zu (BGH, Beschluss vom 16.07.2004 - IXa ZB 326/03, aaO; Beschluss vom 05.07.2005 - VII ZB 27/05, aaO). Die Prüfung eines Verstoßes der Unterwerfungserklärung gegen § 307 I 1 BGB setzt eine umfassende materiell-rechtliche Würdigung voraus, zu der der Notar (§ 797 ZPO) ebenso wenig wie der Urkundsbeamte der Geschäftsstelle (§ 724 ZPO) berufen ist (so auch Binder/Piekenbrock, WM 2008, 1816, 1817).

[15] Offenbleiben kann weiterhin, ob von dem Grundsatz, dass materiellrechtliche Einwendungen unberücksichtigt bleiben, eine Ausnahme zu machen ist, wenn die die Einwendung begründenden Voraussetzungen - wie etwa die einer Nichtigkeit gemäß § 134 BGB oder die einer Unwirksamkeit gemäß § 307 BGB - evident sind. Dies bedarf hier keiner Entscheidung. Denn sowohl die Frage, ob eine Allgemeine Geschäftsbedingung vorliegt, als auch die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine Klausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen gegen § 307 I 1 BGB verstößt, erfordern eine eingehende materiell-rechtliche Beurteilung, die sich einer Evidenzkontrolle des Notars oder des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle verschließt (vgl. BGH, Beschluss vom 16.07.2004 - IXa ZB 326/03, aaO; Beschluss vom 05.07.2005 - VII ZB 27/05, aaO).

3. Nebenentscheidungen

[16] Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 97 I, 91 I ZPO.

*Strafrecht***Standort: § 250 II Nr. 3a) StGB****Problem: Finalzusammenhang**

BGH, URTEIL VOM 25.03.2009
5 STR 31/09 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Die Angeklagten hatte dem Opfer mit dem Tode gedroht und es so dazu veranlasst, ihnen seine Geldbörse auszuhändigen. Als das Opfer sich danach entfernen wollte, schlugen sie es nieder und traten ihm noch mehrfach gegen den Kopf.

Das Landgericht Berlin hatte die Angeklagten aufgrund dieses Verhaltens insbesondere wegen schwerer räuberischer Erpressung, §§ 253 I, 255, 250 II Nr. 3a) StGB, verurteilt. Auf die Revision der Angeklagten hin hob der BGH das Urteil auf, da der Qualifikationstatbestand des § 250 II Nr. 3a) StGB nicht verwirklicht sei.

Prüfungsrelevanz:

Vermögensdelikte und hierbei insbesondere die Straftaten des 20. Abschnitts (§§ 249 ff. StGB) bilden besonders häufig den Gegenstand von Examensaufgaben in beiden Examen. Hierbei werden nicht nur klassische Probleme abgefragt wie das Verhältnis von Raub, § 249 I StGB, und räuberischer Erpressung, §§ 253 I, 255 StGB. Gerade auch Fragen im Rahmen der Qualifikationstatbestände, §§ 250 f. StGB, sind hier oft zu beantworten. Deshalb und weil die vorliegende Entscheidung schön über eine klassische Auslegung des Gesetzeswortlauts in eine Aufgabe eingebunden werden kann, ist davon auszugehen, dass sie in Examensaufgaben einfließen wird, wobei hier ein Einbeziehung sowohl in Klausuren als auch Kurz- bzw. Aktenvorträge und Prüfungsgespräche gleichermaßen möglich ist.

Gem. § 250 II Nr. 3a) StGB macht sich wegen (besonders) schweren Raubes strafbar, wer eine andere Person bei der Tat körperlich schwer misshandelt. Da der Täter einer räuberischen Erpressung, §§ 253 I, 255 StGB, oder eines räuberischen Diebstahls, § 252 StGB, "gleich einem Räuber" zu bestrafen ist, finden die Qualifikationstatbestände des Raubes, §§ 250 f. StGB, auch auf diese Delikte Anwendung, sodass auch im vorliegenden Fall, in dem das Grunddelikt eine räuberische Erpressung war, § 250 StGB anwendbar war.

Eine schwere körperliche Misshandlung i.S.v. § 250 II

Nr. 3b) StGB liegt vor, wenn der Eingriff des Täters in die körperliche Integrität des Opfers erhebliche Folgen für dessen Gesundheit hat oder mit erheblichen Schmerzen verbunden ist (BGH, NStZ 1998, 461; Jo-ecks, § 250 Rn 28; Rengier, BT I, § 8 Rn 10). Diese Voraussetzungen dürften bei mehrfachen Tritten gegen den Kopf wie im vorliegenden Fall wohl unproblematisch gegeben sein und dementsprechend ist der BGH hierauf auch gar nicht weiter eingegangen.

§ 250 II Nr. 3b) StGB setzt allerdings voraus, dass der Täter diese Misshandlung "bei der Tat" begeht. Insofern entspricht der Wortlaut des § 250 II Nr. 3b) StGB demjenigen des § 250 II Nr. 1 StGB, der verlangt, dass der Täter eine Waffe oder ein anderes gefährliches Werkzeug "bei der Tat" verwendet. Das Vorliegen dieser Voraussetzung war im vorliegenden Fall insbesondere deshalb fraglich, weil das Grunddelikt im Zeitpunkt der Misshandlungen des Opfers durch die Angeklagten bereits vollendet war. Nach einer in der Literatur weit verbreiteten Auffassung scheidet eine Qualifikation gem. § 250 II Nr. 1 StGB bei einer Verwirklichung des Qualifikationstatbestandes nach Vollendung des Grunddelikts aus (Lackner/Kühl, § 250 Rn 4, § 244 Rn 2; Krey/Hellmann, BT II, Rn 217 f.; Wessels/Hillenkamp, BT II, Rn 350a; Hruschka, JZ 1983, 217, 218; Schünemann, JA 1980, 394; Sternberg-Lieben, JuS 1996, 136, 138 f.), was wegen des insofern identischen Wortlauts wohl auf § 250 II Nr. 3a) StGB zu übertragen wäre. Wenn der Gesetzgeber ausdrücklich die Verwirklichung des Qualifikationstatbestandes "bei der Tat" verlange, so meine er hiermit nur die Phase bis zur Vollendung des Deliktes, da "die Tat" i.S.v. § 11 I Nr. 5 StGB hiermit abgeschlossen sei. Die Gegenauffassung, insbesondere die Rechtsprechung, lässt hingegen auch eine Verwirklichung des Qualifikationstatbestandes zwischen Vollendung und Beendigung des Grunddelikts genügen (BGH, NStZ 2004, 263; NJW 2008, 3651; Fischer, § 250 Rn 18; Schöнке/Schröder-Eser, § 250 Rn 10 ff.). Da der Raub - ebenso wie die anderen für § 250 StGB in Betracht kommenden Grundtatbestände - ein einheitliches Delikt darstelle, das vom Versuchsbeginn bis zur Beendigung (und nicht nur bis zur Vollendung) reiche, könne es den Täter bzgl. der Qualifikation nicht entlasten wenn er den Qualifikationstatbestand erst zwischen Vollendung und Beendigung des Grunddelikts verwirkliche. Da es auch zu den typischen Begleiterschei-

nungen eines Raubes gehöre, dass sich an den eigentlichen Raub noch eine Flucht- und Beutesicherungsphase anschließe, könne es den Täter auch nach Sinn und Zweck der Qualifikationstatbestände nicht entlasten, dass er diese erst in diesem Zeitraum verwirklichte.

Bereits in der Vergangenheit hat aber der BGH die Anwendung des § 250 II Nr. 1 StGB bei Handlungen in der Phase zwischen Vollendung und Beendigung des Grunddelikts einer Einschränkung unterzogen: Die Verwendung der Waffe müsse noch in einem inneren Zusammenhang zur Begehung des Grunddelikts stehen, d.h. sie müsse zumindest der Sicherung der Beute dienen (BGHSt 20, 194, 197; Schönke/Schröder-Eser, § 250 Rn 12). Diese Einschränkung will der BGH nun auf § 250 II Nr. 3a) StGB übertragen. Um den ggü. den Körperverletzungsdelikten (insb. §§ 224, 226 StGB) deutlich höheren Strafraumen des § 250 II Nr. 3a) StGB zu rechtfertigen, müsse die schwere körperliche Misshandlung auch in einem inneren Zusammenhang zum Grunddelikt stehen. Dies setze allerdings voraus, dass die Misshandlung von einer weiteren Verwirklichung der für das Grunddelikt erforderlichen Zueignungs- oder Bereicherungsabsicht getragen sei, also der Beutesicherung diene (ebenso: Schönke/Schröder-Eser, § 250 Rn 33; a.A.: Fischer, § 250 Rn 26). Da dies im vorliegenden Fall nicht gegeben sei, scheide der Qualifikationstatbestand aus.

Vertiefungshinweise:

Zur Strafbarkeit gem. § 250 StGB bei Verwirklichung des Qualifikationstatbestandes zwischen Vollendung und Beendigung des Grunddelikts: *BGHSt* 20, 194; *BGH*, *NStZ* 2004, 263; *NStZ-RR* 2008, 342; *NJW* 2008, 3651; *Hruschka*, *JZ* 1983, 217; *Schöne-mann*, *JA* 1980, 394; *Sternberg-Lieben*, *JuS* 1996, 136

Kursprogramm:

- Examenskurs*: "Die Geldeintreiber"
 Examenskurs: "Tod in der Fußgängerzone"

Leitsatz:

Schwere Misshandlungen nach Vollendung einer Raubtat können den Qualifikationstatbestand des § 250 Abs. 2 Nr. 3 lit. a StGB nur dann erfüllen, wenn sie weiterhin von Zueignungs- oder Bereicherungsabsicht getragen sind, insbesondere der Beutesicherung oder der Erlangung weiterer Beute dienen.

Sachverhalt:

Die Angeklagten hatten sich am Abend vor der Tat in der Wohnung des Angeklagten R getroffen und dort gemeinsam mit zwei Mädchen alkoholische Getränke

konsumiert. Um Nachschub zu besorgen, begaben sie sich zu einem "Spätkauf". Da ihr Geld nicht ausreichte, machte letztlich der Angeklagte Z den Vorschlag, jemanden "abzuziehen". Diesem Vorhaben schloss sich der Angeklagte Se ohne Zögern an, während sich der Angeklagte R zunächst nicht beteiligen wollte und mit den Mädchen ininigem Abstand hinter den beiden anderen herlief. Auf der Straße begegneten die Angeklagten den Geschädigten Si und Kö. In Ausführung ihres Planes beraubten Z und Se zunächst den Zeugen Si. Unter Einsatz von Faustschlägen und Tritten nahmen sie ihm eine Schachtel Zigaretten weg.

Während dieser Tat hatte sich der Zeuge Kö ängstlich entfernt. Der Angeklagte R verfolgte ihn und versperrte ihm mit ausgestreckten Armen den Weg. Die beiden anderen Angeklagten kamen hinzu und bauten sich, ihren Tatplan wieder aufgreifend, vor dem Zeugen auf. Sie schubsten ihn und verlangten Geld von ihm verbunden mit der Drohung, ihn im Falle der Weigerung "abzustechen". Nachdem der inzwischen "panische" Zeuge sich auf ihr Geheiß auf die Eingangsstufen eines Hauses gesetzt und dem Angeklagten Se seine Geldbörse ausgehändigt hatte, trat dieser zur Seite, um sie zu durchsuchen. Als der Geschädigte nun aufstehen und sich entfernen wollte, hinderten R und Z ihn daran. Sie versetzten ihm so heftige Faustschläge und Tritte, dass er zu Boden ging. Beide Angeklagte traten mehrfach gegen den Kopf

des Zeugen. Nachdem der Angeklagte Se der Geldbörse des Kö einen Fünf-Euro-Schein entnommen und die Börse weggeworfen hatte, beteiligte er sich ebenfalls an den Misshandlungen und trat wiederholt ins Gesicht des am Boden Liegenden. Die Angeklagten ließen den Geschädigten schließlich bewusstlos zurück.

Aus den Gründen:

[1] Das Landgericht hat die Angeklagten Z und Se wegen Raubes sowie wegen (besonders) schwerer räuberischer Erpressung jeweils in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung und den Angeklagten R wegen (besonders) schwerer räuberischer Erpressung in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung schuldig gesprochen und wie folgt verurteilt: den Angeklagten Z zu einer Jugendstrafe von zwei Jahren und sieben Monaten, den erwachsenen Angeklagten R - unter Anwendung des § 250 Abs. 3 StGB - zu einer Freiheitsstrafe von drei Jahren und neun Monaten und den Angeklagten Se zu einer Jugendstrafe von zwei Jahren, deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt worden ist. Gegen dieses Urteil wenden sich die Angeklagten mit ihren Revisionen, mit denen sie die Verletzung materiellen Rechts rügen, der Angeklagte Z auch die Verletzung formellen Rechts. Die Rechtsmittel erzielen - hinsichtlich der Schuldsprüche in Übereinstimmung mit dem Generalbundesanwalt - den aus dem Urteilstenor ersichtlichen Teilerfolg.

1. Entscheidung des Landgerichts

[2 - 4] Das Landgericht hat folgende Feststellungen und Wertungen getroffen: [...]

[5] Das Landgericht hat die Tat gegen den Zeugen Kö als (besonders) schwere räuberische Erpressung in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung (§ 223 Abs. 1, § 224 Abs. 1 Nr. 4, §§ 253, 255, 250 Abs. 2 Nr. 3 lit. a, § 25 Abs. 2, § 52 StGB) gewertet. Der Umstand, dass die körperlichen Misshandlungen erst nach Herausgabe der Geldbörse erfolgten, stehe der Annahme des Qualifikationsmerkmals des § 250 Abs. 2 Nr. 3 lit. a StGB nicht entgegen. Denn anders als bei den Zwangsmitteln des Grundtatbestandes bedürfe es insoweit keiner finalkausalen Verknüpfung. Vielmehr reiche nach dem Gesetzeswortlaut eine Misshandlung "bei der Tat", d. h. zu irgendeinem Zeitpunkt während des Tathergangs aus.

2. Entscheidung des BGH

[6] Diese Begründung ist unter sachlich-rechtlichen Gesichtspunkten zu beanstanden.

a) Zur Anwendbarkeit von § 250 StGB bei Verwirklichung des Qualifikationstatbestandes zwischen Vollendung und Beendigung des Grunddelikts

[7] Zwar trifft es im Ansatz zu, dass eine Verwirklichung des Qualifikationstatbestandes des § 250 Abs. 2 Nr. 3 lit. a StGB auch noch in der Phase zwischen Vollendung und Beendigung der Raubtat möglich ist (Fischer, StGB 56. Aufl. § 250 Rdn. 26). Dies hat der Bundesgerichtshof für den ähnlichen Fall des Verwendens einer Waffe "bei der Tat" im Sinne des § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB (vgl. BGH NStZ-RR 2008, 342; BGH NJW 2008, 3651, zur Veröffentlichung in BGHSt bestimmt) im Einklang mit seiner Rechtsprechung zu § 250 Abs. 1 Nr. 1 StGB a.F. (vgl. BGHSt 20, 194, 197) mehrfach bejaht. Danach genügt es zur Anwendung des § 250 StGB, dass die Waffe dem Täter zu irgendeinem Zeitpunkt des Tathergangs zur Verfügung steht. Unter Tathergang ist dabei nicht nur die Verwirklichung der Tatbestandsmerkmale bis zur Vollendung des Raubes zu verstehen, sondern das gesamte Geschehen bis zu dessen tatsächlicher Beendigung. Allerdings hat der Bundesgerichtshof stets darauf abgestellt, dass der Täter die Waffe zwischen Vollendung und Beendigung des Raubes zur weiteren Verwirklichung seiner Zueignungsabsicht und in diesem Abschnitt der Tat insbesondere zur Beutesicherung eingesetzt hat. Nichts anderes hat zu gelten, wenn nach Vollendung einer räuberischen Erpressung der Waffeneinsatz in Frage steht. Er muss entsprechend zur weiteren Verwirklichung der Bereicherungsabsicht erfolgt sein.

b) Handeln "bei der Tat" i.S.v. § 250 II Nr. 3a) StGB

[8] Der schlichte räumlich-zeitliche Zusammenhang

zwischen einem - vollendeten - Raub oder einer räuberischen Erpressung und einer unmittelbar nachfolgenden schweren Misshandlung genügt für die Annahme des Tatbestandsmerkmals "bei der Tat" im Sinne des § 250 Abs. 2 Nr. 3 lit. a StGB nicht. Dem steht schon der systematische Zusammenhang entgegen, in dem der Tatbestand steht. Da die Raubdelikte durch die finale Verknüpfung von Gewalt und rechtswidriger Vermögensverfügung geprägt sind, bezieht sich das Merkmal "bei der Tat" auf eben diese Verknüpfung. Hierfür spricht auch die Regelung des räuberischen Diebstahls gemäß § 252 StGB, wonach der auf frischer Tat betroffene Dieb nur dann gleich einem Räuber - mit den entsprechenden Qualifikationen - bestraft werden kann, wenn er die Gewalt einsetzt, um sich im Besitz der Beute zu erhalten. Die Qualifikation betrifft deshalb bei den übrigen Raubtatbeständen auch nur die besondere Form oder Intensität des Gewalteinsetzes, der für die Herbeiführung der Vermögensverfügung angewendet wird. Dabei ist - wie der Generalbundesanwalt in seinem Termins Antrag zutreffend ausgeführt hat - bei der Auslegung des § 250 Abs. 2 Nr. 3 lit. a StGB maßgeblich zu berücksichtigen, dass die Vorschrift gegenüber den als Vergleichsmaßstab heranzuziehenden Strafbestimmungen der §§ 224 und 226 StGB eine deutlich angehobene Strafraumenuntergrenze aufweist. Das bloße Übergehen zur schweren körperlichen Misshandlung nur bei Gelegenheit eines bereits vollendeten Raubes vermag diese signifikante Anhebung der Mindeststrafe nicht zu rechtfertigen.

[9] Zwar erscheint es vom Wortlaut her möglich, im weiteren Zusammenhang mit einem vollendeten Raub oder einer räuberischen Erpressung stehende Körperverletzungen - etwa aus Wut über eine zu geringe Beute ausgeführte schwere Misshandlung - der Qualifikation des § 250 Abs. 2 Nr. 3 lit. a StGB zu unterstellen. Der besondere Schutzzweck des Raub- und Erpressungstatbestandes erfordert indes, dass die als schwere Misshandlung zu qualifizierende Körperverletzung von einer weiteren Verwirklichung der Zueignungs- oder Bereicherungsabsicht getragen ist (vgl. BGHSt 20, 194, 197; Eser in Schönke/Schröder, StGB 27. Aufl. § 250 Rdn. 12; a. A. Fischer aaO).

c) Zum Fehlen dieser Voraussetzungen im vorliegenden Fall

[10] So liegt es hier aber nach den rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen nicht. Die massiven, zur Ohnmacht des Opfers führenden Verletzungshandlungen der Angeklagten standen in keinem Zusammenhang mit der Erpressungstat. Der Angeklagte Se hatte die aus fünf Euro bestehende Tatbeute bereits an sich genommen und die offensichtlich für wertlos gehaltene Geldbörse des Opfers weggeworfen. Die Angeklagten hatten keinen Anlass für die Annahme, der Geschädigte werde versuchen, seine Geldbörse wieder zu erlan-

gen. Des Weiteren ist nicht festgestellt, dass die Angeklagten den Geschädigten durch die Misshandlungen etwa noch zur Herausgabe weiterer Wertgegenstände veranlassen wollten.

3. Zu den weiteren Sachrügen

[11] Das weitere Revisionsvorbringen der Angeklagten zu den jeweils erhobenen Sachrügen zeigt aus den in der Antragschrift des Generalbundesanwalts genannten Gründen keine Rechtsfehler des angefochtenen Urteils auf; dasselbe gilt für die offensichtlich unbegründete Verfahrensrüge des Angeklagten Z.

4. Änderung des Schuldspruchs durch den Senat

[12] Der Senat ändert den Schuldspruch, da ein anderweitiger Nachweis der Qualifikation bei der gegebenen Beweislage ausgeschlossen erscheint.

5. Aufhebung des Strafausspruchs

[13] Die Änderung des Schuldspruchs führt zur Aufhebung des Strafausspruchs gegen den Angeklagten R und der Aussprüche über die Höhe der Jugendstrafe gegen die beiden übrigen Angeklagten. Bei dem erwachsenen Angeklagten R unterscheidet sich der hier anzuwendende Strafraum des § 224 Abs. 1 erste

Alternative StGB (i.V.m. § 249 Abs. 2, § 52 Abs. 2 Satz 1 StGB) zwar nicht wesentlich von dem angewendeten Strafraum des § 250 Abs. 3 StGB. Indes liegt es - abgesehen von der geringeren Mindeststrafe - nicht fern, dass die konkrete Straffindung von der zu Unrecht angenommenen Qualifikation beeinflusst worden ist. Bei den jugendlichen Angeklagten lässt angesichts zweier Raubtaten der Wegfall der Qualifikation die Notwendigkeit der Verhängung von Jugendstrafen wegen der Schwere der Schuld (§ 17 Abs. 2 JGG) ersichtlich unberührt. Trotz der sehr mild bemessenen Strafen kann der Senat letztendlich nicht ausschließen, dass das Landgericht noch etwas mildere Jugendstrafen verhängt hätte. Denn die Jugendkammer hat nicht etwa, wie es auf der Hand gelegen hätte, die besondere Brutalität der Tat, sondern eine erhöhte Mindeststrafe des Normalstrafrahmens des § 250 Abs. 2 StGB bei beiden Angeklagten als maßgeblichen Zumessungsgrund benannt und insgesamt erzieherische Erwägungen bei seiner Strafzumessung vernachlässigt.

[14] Da lediglich ein Subsumtionsfehler vorliegt, können sämtliche Feststellungen bestehen bleiben; sie sind allenfalls durch weitere Feststellungen ergänzbar, die den bisher getroffenen nicht widersprechen.

Standort: §§ 212, 16 StGB

Problem: Feststellung des Tötungsvorsatzes

BGH, BESCHLUSS VOM 22.04.2009

5 STR 88/09 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Im Rahmen eines Streits in einer Kneipe hatte der Angeklagte mit einem Klappmesser mit einer 6,5 cm langen Klinge mehrfach in Richtung Gesicht und Hals des Opfers gestochen und diesem mehrere - allerdings nur oberflächliche - Schnittwunden, insb. am Hals, zugefügt.

Das Landgericht Berlin hatte den Angeklagten aufgrund dieses Verhaltens wegen versuchten Totschlags, §§ 212 I, 22, 23 I StGB, und gefährlicher Körperverletzung, §§ 223 I, 224 I Nr. 2, 5 StGB, verurteilt. Auf die Revision des Angeklagten hin hob der BGH die Verurteilung wegen versuchten Totschlags auf, da dem Angeklagten ein Tötungsvorsatz nicht nachzuweisen sei.

Prüfungsrelevanz:

Die im vorliegenden Fall vom BGH aufgeworfene Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Tatsachenrichter beim Angeklagten einen Tötungsvorsatz annehmen kann, ist vor allem im zweiten Staatsexamen von Bedeutung. Sie kann dort - wie im vorliegenden Fall - in einer Aufgabenstellung in einem Revisions-

verfahren relevant werden, aber auch in Urteilklausuren oder auch im Rahmen einer staatsanwaltschaftlichen Abschlussverfügung bei der Prüfung eines hinreichenden Tatverdachts bzgl. eines (versuchten) vorsätzlichen Tötungsdelikts.

Für die Gerichte stellt sich in der Praxis immer wieder die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Tötungsvorsatz des Angeklagten angenommen werden kann. Da dieser nur selten eingesteht, den Tod des Opfers für sicher gehalten oder gar beabsichtigt zu haben, stellt sich hier häufig die Frage der Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit. Gerade bei den Tötungsdelikten existieren hierzu zahlreiche Auffassungen (vgl. hierzu die Übersicht bei Schönke/Schröder-Cramer/Sternberg-Lieben, § 15 Rn 72 ff.). Der BGH vertritt insofern die sog. Billigungs- oder Einwilligungstheorie, nach der ein dolus eventualis dann gegeben ist, wenn der Täter den Erfolgseintritt für möglich hält und diesen billigend in Kauf nimmt (BGHSt 7, 363; 36, 9; BGH, NStZ 1998, 616), wobei allerdings ein "Billigen im Rechtssinne" ausreicht. D.h. ein Vorsatz ist auch dann gegeben, wenn der Erfolgseintritt eigentlich unerwünscht ist, der Täter sich jedoch damit um eines erstrebten Zieles willen abfindet (BGHSt 7, 36, 9; BGH, NStZ 1994, 584).

Gerade bei den Tötungsdelikten sind jedoch im Hin-

blick auf die insofern bestehende hohe Hemmschwelle besonders hohe Anforderungen an die für die Annahme eines Tötungsvorsatzes erforderlichen Feststellungen des Tatgerichts zu stellen (BGHSt 39, 181; 40, 304; BGH, NStZ-RR 2001, 369; Fischer, § 212 Rn 6 ff.; Lackner/Kühl, § 212 Rn 3). Der BGH geht insofern allerdings davon aus, dass ein (bedingter) Tötungsvorsatz jedenfalls dann angenommen werden kann, wenn der Täter bewusst besonders gefährliche Handlungen vornimmt (BGH, NStZ-RR 2006, 11 = RA 2006, 33; NJW 2006, 386 = RA 2006, 93). In der vorliegenden Entscheidung betont der BGH (wie in der Vergangenheit auch schon, vgl. BGH, NStZ 2004, 329; 2007, 331), dass die Abgrenzung zwischen bewusster Fahrlässigkeit und bedingtem Tötungsvorsatz nur anhand einer umfassenden Würdigung aller relevanten objektiven und subjektiven Tatumstände erfolgen könne. Da das Landgericht im vorliegenden Fall aber wesentliche Umstände, die gegen einen Tötungsvorsatz sprachen, insbesondere die Oberflächlichkeit der dem Opfer zugefügten Verletzungen und die erhebliche Alkoholisierung des Täters, nicht berücksichtigt hatte, hat der BGH die Begründung des Landgerichts für die Annahme eines Tötungsvorsatzes nicht als ausreichend erachtet.

Vertiefungshinweise:

□ Zur den Anforderungen an die Annahme eines (bedingten) Tötungsvorsatzes: *BGH*, NStZ 2002, 541; 2004, 329; 2006, 386 = RA 2006, 93; NStZ-RR 2006, 11 = RA 2006, 33; NStZ-RR 2007, 304 = RA 2007, 671; *Altvater*, NStZ 2002, 20; *Eser*, NStZ 1981, 430; *Köhler*, JZ 1981, 35; *Trück*, NStZ 2005, 233

Kursprogramm:

□ *Examenskurs*: "Der eiskalte Engel"

Leitsätze (der Redaktion):

Bei äußerst gefährlichen Gewalthandlungen liegt der Schluss auf einen zumindest bedingten Tötungsvorsatz nahe. Angesichts der hohen Hemmschwelle gegenüber einer Tötung ist jedoch immer die Möglichkeit in Betracht zu ziehen, dass der Täter die Gefahr der Tötung nicht erkannt oder jedenfalls darauf vertraut hat, ein solcher Erfolg werde nicht eintreten. Deshalb ist der Schluss auf den bedingten Tötungsvorsatz nur dann rechtsfehlerfrei, wenn das Tatgericht alle nach Sachlage in Betracht kommenden Tatumstände in seine Erwägungen einbezogen hat, die dieses Ergebnis in Frage stellen können.

Sachverhalt:

Nachdem sich der Angeklagte und sein nicht revidierender Mitangeklagter A, die bereits zuvor Cannabis

konsumiert hatten, mehrere Stunden gemeinsam in einem Lokal aufgehalten und dort eine Flasche Wodka getrunken hatten, kam es zu einem Streit zwischen A und dem später geschädigten Zeugen Y. Aus diesem entwickelte sich eine Rangelei zwischen beiden Personen. Als der Angeklagte von der Toilette zurückkehrte, mischte auch er sich in die Auseinandersetzung ein und sagte zu dem Zeugen Y, er sei ein "böser Mensch". Um die Auseinandersetzung zu beenden, begab sich der Zeuge nun zum Tresenbereich. Der Angeklagte setzte ihm nach und klopfte ihm von hinten heftig auf die Schulter, woraufhin der Zeuge dessen Hand wegstieß und hinter den Tresen ging, um den dort an der Wand hängenden Knüppel zur "etwa notwendigen Verteidigung" an sich zu nehmen. Nun zog der Angeklagte plötzlich ein Klappmesser mit einer Klingenlänge von ca. 6,5 cm und "stach" viermal in Richtung des Hals- und Gesichtsbereichs des Geschädigten. Dieser erlitt eine Stichverletzung am linken Kiefernwinkel, eine Schnittverletzung am linken Nasenrücken, an der Vorderseite des Halses, an der rechten Halsseite sowie der linken Seite des Halses. Der Geschädigte versuchte vergeblich, dem Angeklagten das Messer wegzunehmen. Auch einem weiteren Zeugen, der den Angeklagten von hinten gepackt hatte, gelang dies nicht. Er zog jedoch den Angeklagten vom Geschädigten weg. Der Angeklagte flüchtete aus dem Lokal. Auf der Flucht stürzte er und blieb auf dem Gehweg liegen. Nach Eintreffen der Polizei wurde er in ein Krankenhaus gebracht. Er war "nicht abschließbar u.a. durch die Gegenwehr des Zeugen Y durch stumpfe Einwirkung verletzt". Zwei Tage nach dem Geschehen erkundigte sich der Angeklagte auf dem betreffenden Polizeiabschnitt nach den Einzelheiten des Geschehens.

Aus den Gründen:

[1] Das Landgericht hat den Angeklagten wegen versuchten Totschlags in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung zu einer Freiheitsstrafe von vier Jahren und sechs Monaten verurteilt. Seine hiergegen gerichtete Revision hat mit der Sachrüge im Umfang der Aufhebung Erfolg.

1. Entscheidung des Landgerichts

[2] Das Landgericht hat folgende Feststellungen und Wertungen getroffen:

a) Feststellungen des Landgerichts zum Tötungsvorsatz des Angeklagten

[3 - 5] [...] Die vom Geschädigten erlittenen Verletzungen waren oberflächlich und ungefährlich. Indes hatte der Angeklagte nach Annahme des Landgerichts erkannt, dass die von ihm gesetzten Stiche in den Hals- und Gesichtsbereich tödlich hätten sein können; er nahm dies zumindest billigend in Kauf.

b) Einlassung des Angeklagten

[6] Der Angeklagte hat sich dahingehend eingelassen, dass er bei seiner Rückkehr von der Toilette einen kräftigen Faustschlag auf das Auge erhalten habe, so dass er bewusstlos geworden und erst im Krankenhaus wieder zu sich gekommen sei. Er habe den Geschädigten nicht mit dem Messer verletzt und ihn weder verletzen noch gar töten wollen.

c) Begründung des Landgerichts bzgl. der Annahme des Tötungsvorsatzes

[7] Den Schluss auf den Tötungsvorsatz des Angeklagten zieht das Landgericht aus der Gefährlichkeit der Tatausführung, die ihm "den sicheren Blick auf die innere Tatseite eröffnet". Der Angeklagte habe in Körperteile des Zeugen gestochen und geschnitten, die auch aus Sicht eines medizinischen Laien "geradezu klassisch" als Ziele eines tödlichen Angriffs geeignet seien. Jede Form der unkontrollierbar gesetzten Messerstiche gegen den Hals lege wegen der außergewöhnlichen Lebensgefahr den Schluss auf den Tötungsvorsatz nahe. Dies gelte hier insbesondere deshalb, weil der Angeklagte mehrfach auf den Zeugen eingewirkt habe und er aufgrund der Dynamik des Geschehens nicht davon ausgehen könne, dass sein Stich bzw. seine Schnitte nicht tödlich sein würden. Der Annahme eines Tötungsvorsatzes stehe auch nicht entgegen, dass der Angeklagte alkoholisiert war und darüber hinaus Cannabis konsumiert habe.

2. Entscheidung des BGH

[8] Die Begründung des Tötungsvorsatzes hält sachlichrechtlicher Prüfung nicht stand.

[9] Zwar ist in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs anerkannt, dass bei äußerst gefährlichen Gewalthandlungen der Schluss auf einen zumindest bedingten Tötungsvorsatz nahe liegt. Angesichts der hohen Hemmschwelle gegenüber einer Tötung ist jedoch immer die Möglichkeit in Betracht zu ziehen, dass der Täter die Gefahr der Tötung nicht erkannt hat oder jedenfalls darauf vertraut hat, ein solcher Erfolg werde nicht eintreten (BGHR StGB § 212 Abs. 1 Vorsatz, bedingter 9 und 50). Deshalb ist der Schluss auf den bedingten Tötungsvorsatz nur dann rechtsfehlerfrei, wenn das Tatgericht alle nach Sachlage in Betracht kommenden Tatumstände in seine Erwägungen einbezogen hat, die dieses Ergebnis in Frage stellen können (vgl. BGHR StGB § 212 Abs. 1 Vorsatz, bedingter 55).

[10] Das Landgericht hat sich schon nicht mit der Frage auseinandergesetzt, ob die nur oberflächlichen Verletzungen des Geschädigten dafür sprechen können, dass der Angriff vom Angeklagten nicht mit der Entschlossenheit geführt wurde, gefährliche Wunden zu verursachen. Insbesondere ist nicht festgestellt, dass etwa nur die Gegenwehr des Geschädigten oder das

Eingreifen des weiteren Zeugen Schlimmeres verhindert hätte.

[11] Zwar konnte aufgrund der Dynamik des Geschehens bei vernünftiger Betrachtung nicht von der Beherrschbarkeit der Folgen der Verletzungshandlungen ausgegangen werden. Diese Erwägung lässt aber nur dann einen Schluss auf den bedingten Tötungsvorsatz des Angeklagten zu, wenn dieser im Zeitpunkt der Tat über die insoweit notwendige Erkenntnisfähigkeit verfügte. Die Beweiswürdigung des Landgerichts ist auch insoweit lückenhaft.

[12] Es fehlt an einer ausreichenden Auseinandersetzung mit der erheblichen Alkoholisierung des Angeklagten. Zwar nimmt das Landgericht unter Bezugnahme auf Ausführungen des medizinischen Sachverständigen an, dass die Alkoholisierung einem Tötungsvorsatz nicht entgegensteht. Die in diesem Zusammenhang zitierten Darlegungen des Sachverständigen tragen diesen Schluss jedoch nicht. Sie betreffen lediglich das Maß der Alkoholisierung des Angeklagten und die Unbeachtlichkeit des zusätzlichen Cannabiskonsums und sagen nichts darüber aus, ob er durch die Wirkungen des Alkohols in seiner Erkenntnisfähigkeit beeinträchtigt war (vgl. BGHR StGB § 212 Abs. 1 Vorsatz, bedingter 55). Eine Prüfung dieser Frage war indes erforderlich. Die Blutalkoholkonzentration des Angeklagten zur Tatzeit betrug 2,6 ‰ und war mithin nicht unerheblich; von einer etwaigen, die Wirkungen mindernden Gewöhnung des Angeklagten an Alkohol geht das Urteil nicht aus. Schon vor der tätlichen Auseinandersetzung hatte sich der Angeklagte - nahe liegend infolge des Alkoholgenusses - auffällig verhalten: Er und sein Mitangeklagter hatten in ausgelassener Stimmung zur Musik im Lokal getanzt; aufgrund der von den Tanzenden ausgehenden Störungen war es zu einem ersten, schnell geschlichteten Streit u. a. mit dem später Geschädigten gekommen; danach war der Angeklagte an seinem Tisch kurzzeitig eingeschlafen. Nach der Tat war er bei seiner offenbar unkoordinierten Flucht - er trug nur noch einen Schuh - nach einem Sturz bis zum Eintreffen der Polizei auf der Straße liegen geblieben. All dies spricht für ganz erhebliche alkoholbedingte Ausfälle. Zudem wurde der Angeklagte im Verlaufe der Tötlichkeiten selbst in einem Maße - nach seiner eigenen Einlassung am Kopf - verletzt, das eine Behandlung im Krankenhaus erforderlich machte. Dass er diese Verletzungen, zu deren Art und Umfang das Urteil keine Feststellungen trifft, erst nach Ausführung seiner Tathandlungen erlitt, ist dem Urteil nicht zu entnehmen. Schließlich ist von einem auf Seiten des Angeklagten von affektiver Erregung getragenen Kampfgeschehen auszugehen, zumal es das Opfer selbst war, das mit seinem Streben nach Bewaffnung eine neue Dimension der Gewalttätigkeiten einleitete. Das Landgericht hätte daher prüfen müssen, ob die Alkoholisierung des Angeklagten ge-

gebenfalls in Wechselwirkung mit seinen Verletzungen und seiner affektiven Erregung (vgl. BGH NStZ 2006, 169) Einfluss auf sein Vorstellungsbild über die Folgen seines Tuns oder auf seinen Willen gewonnen haben.

[13] In die Begründung des Tötungsvorsatzes hätte hier schließlich auch das Nachtatverhalten des Angeklagten einbezogen werden müssen. Seine Nachfrage bei der zuständigen Polizeistation zwei Tage nach der Tat kann nicht nur ein Hinweis auf eine erhebliche Beeinträchtigung seiner Wahrnehmungsfähigkeit zur Zeit der Tat sein. Sie kann auch Anhalt dafür geben, dass der Angeklagte sich jedenfalls im Nachhinein nicht bewusst war, ein schweres Verbrechen, die Tötung des Geschädigten, gewollt zu haben und sich insoweit eines "reinen Gewissens" vermeinte.

3. Zur Revision des Angeklagten im Übrigen

[14] Da die genannten Gesichtspunkte weder für sich noch in ihrer Gesamtheit der Feststellung bedingten Tötungsvorsatzes des Angeklagten von vornherein

entgegenstehen, bedarf die subjektive Tatseite neuer tatgerichtlicher Überprüfung. Im Übrigen ist die Revision zum Schuldspruch unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO. Daher können die Feststellungen zum äußeren Geschehensablauf aufrecht erhalten bleiben; sie dürfen durch ihnen nicht widersprechende Feststellungen ergänzt werden.

[15] Die Schuldfähigkeit des Angeklagten bedarf erneuter tatgerichtlicher Überprüfung. In diesem Zusammenhang wird auch zu klären sein, ob einschlägige Vortaten unter alkoholischer Beeinflussung begangen wurden. Ein zur Schuldfähigkeit erneut zu hörender Sachverständiger wird auch zum Maß der Erkenntnisfähigkeit des Angeklagten in der Tatsituation Stellung nehmen müssen.

[16] Zum Strafausspruch weist der Senat vorsorglich darauf hin, dass die Ausführungen des Urteils nicht, wie geboten, eindeutig erkennen lassen, ob das Landgericht den einfach oder den doppelt nach § 49 Abs. 1 StGB gemilderten Strafrahmen des § 213 StGB zugrunde gelegt hat. [...]

Standort: §§ 94, 99, 100a StPO

Problem: Sicherstellung von E-Mails

BGH, BESCHLUSS VOM 31.03.2009

1 STR 76/09 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Gegen den späteren Angeklagten wurde wegen besonders schwerer Vergewaltigung, § 177 I, IV StGB, ermittelt. Im Rahmen der Ermittlungen stellte sich heraus, dass der Angeklagte in E-Mails die Tat gestanden hatte. Die Staatsanwaltschaft beantragte daraufhin beim zuständigen Ermittlungsrichter des Erlass eines Beschlusses zu Beschlagnahme der E-Mails beim Provider des Angeklagten. Diesen Beschluss erließ der Ermittlungsrichter auch, gestützt auf §§ 94, 98 StPO.

Der Verwertung der so aufgefundenen E-Mails hatte der Verteidiger des Angeklagten in der Hauptverhandlung widersprochen. Dennoch hatte das Landgericht München I diese E-Mails verwertet und den Angeklagten wegen besonders schwerer Vergewaltigung verurteilt. Eine hiergegen gerichtete Revision des Angeklagten, die dieser auf eine unzulässige Verwertung der E-Mails stützte, wies der BGH als unbegründet zurück.

Prüfungsrelevanz:

Das vom BGH im vorliegenden Fall diskutierte Problem der Verwertbarkeit eines Beweismittels, hier der beim Provider sichergestellten E-Mails des Angeklagten, stellt ein absolutes Standardproblem im zweiten Staatsexamen dar, das in sämtlichen dort denkbaren Fallgestaltungen (Abschlussverfügung der StA, Urteil

und Revision) auftauchen kann. Aber auch im ersten Examen betreffen die immer wieder auftretenden strafprozessualen Zusatzfragen in Klausuren vor allem das Bestehen von Beweisverwertungsverböten.

Neben den wenigen im Gesetz ausdrücklich geregelten Beweisverwertungsverböten (z.B. §§ 100a IV 2, 100c V 3, 136a III 2 StPO) sind in der Praxis und in Examensaufgaben vor allem die sog. unselbstständigen Beweisverwertungsverböte von Bedeutung. Ein solches resultiert aus einem Verstoß der Strafverfolgungsorgane gegen die Vorschriften über die Beweisgewinnung, wobei allerdings eine fehlerhafte Beweiserhebung, also der Verstoß gegen ein Beweiserhebungsverbot, nicht automatisch ein Beweisverwertungsverbot nach sich zieht (BVerfG, NStZ 2006, 46; Meyer-Goßner, StPO, Einl. Rn 55). Unter welchen Voraussetzungen ein unselbstständiges Beweisverwertungsverbot entsteht, ist streitig (vgl. hierzu die Darstellung bei Meyer-Goßner, StPO, Einl. Rn 55a).

In der vorliegenden Entscheidung stellt sich vor allem die Frage, auf welcher Rechtsgrundlage die Strafverfolgungsorgane auf E-Mails zugreifen können, die bei einem Provider gespeichert sind. Der Ermittlungsrichter hatte seine Maßnahme auf die Vorschriften für die allgemeine Beschlagnahme, §§ 94, 98 StPO, gestützt, es wäre jedoch auch denkbar, dass insofern die Vorschriften für die Postbeschlagnahme, §§ 99 f. StPO, oder die Telekommunikationsüberwachung, §§ 100a f. StPO, anzuwenden wären. Insbesondere dann, wenn die Beschlagnahme von E-Mails eine Überwachung der Telekommunikation darstellen würde, wäre sie

wohl hier unzulässig gewesen, da die (im vorliegenden Fall angenommene) besonders schwere Vergewaltigung gem. § 177 I, IV StGB - anders als die Vergewaltigung in einem besonders schweren Fall gem. § 177 II Nr. 2 StGB - nicht im Katalog des § 100a II StPO steht, sodass der Zugriff auf die E-Mails über § 100a StPO nicht gerechtfertigt werden könnte. Dann läge also zumindest ein Verstoß gegen ein Beweisverwertungsverbot vor, der auch zu einem Beweisverwertungsverbot führen könnte.

In der vorliegenden Entscheidung stellt der BGH sich auf den Standpunkt, dass eine Beschlagnahme von E-Mails, die beim Provider gespeichert sind, bereits unter den Voraussetzungen des § 99 StPO zulässig sei. Die gesteigerten Voraussetzungen des § 100a StPO müssten nicht erfüllt sein, da E-Mails jedenfalls ab dem Zeitpunkt, in dem sie beim Provider gespeichert würden, keine Telekommunikation i.S.v. § 100a StPO mehr darstellten. Sie seien dann wie körperliche Mitteilungen zu behandeln, die bei einem Telekommunikationsdienstleister aufbewahrt würden, z.B. Telegramme. Deren Sicherstellung richte sich aber auch nach den Voraussetzungen des § 99 StPO und nicht denen des § 100a StPO. Als Argument für die Anwendung von § 99 StPO auf die Sicherstellung von E-Mails zieht der BGH auch die Vorschrift des § 101 IV 1 Nr. 2, VII 2 StPO heran, derzufolge im Falle einer Maßnahme gem. § 99 StPO - ebenso wie bei § 100a StPO - eine Benachrichtigungspflicht und die Möglichkeit einer nachträglichen Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Maßnahme durch ein Gericht angeordnet wird. Deshalb ist auch der Betroffene nicht wesentlich schlechter gestellt, wenn eine Sicherstellung von E-Mails über die im Vergleich zu § 100a StPO geringeren Anforderungen des § 99 StPO gestattet wird.

Interessant ist, dass der BGH im vorliegenden Fall zwar klarstellt, dass die erfolgte Sicherstellung der E-Mails des Angeklagten über § 99 StPO angeordnet werden konnte und dass die Voraussetzungen dieser Vorschrift vorlagen. Allerdings geht der BGH mit keinem Wort darauf ein, dass der Ermittlungsrichter die Anordnung tatsächlich auf § 94 StPO (also eine falsche Ermächtigungsgrundlage) gestützt und die Anforderungen des § 99 StPO also gar nicht geprüft hatte. Allerdings entspricht dies der bisherigen Rechtsprechung des BGH, dass ein unselbstständiges Beweisverwertungsverbot auch bei einem rechtsfehlerhaften Handeln der Strafverfolgungsorgane jedenfalls dann nicht gegeben ist, wenn das Beweismittel auch durch eine rechtmäßige Maßnahme hätte erlangt werden können (BGH, NStZ 2007, 595 = RA 2007, 455).

Vertiefungshinweise:

Zu den Voraussetzungen für eine Sicherstellung

von E-Mails: *BVerfG*, MMR 2007, 169; *LG Hamburg*, *wistra* 2008, 116; *LG Hanau*, NJW 1999, 3647; *Gaede*, StV 2009, 96

Leitsatz:

Die Sicherstellung von E-Mails beim E-Mail-Provider ist entsprechend den Voraussetzungen des § 99 StPO mit der Herausgabepflicht nach § 95 Abs. 2 StPO anzuordnen.

Aus den Gründen:

[...] Die Verwertung von E-Mails des Angeklagten, welche im Ermittlungsverfahren beschlagnahmt wurden, wobei alle in dem jeweiligen E-Mail-Postfach des Angeklagten abgespeicherten - gelesenen und noch nicht gelesenen - E-Mails betroffen waren und erfasst wurden, begegnet letztlich keinen durchgreifenden rechtlichen Bedenken. Zwar hat der Ermittlungsrichter des Amtsgerichts die Beschlagnahmeanordnung allein auf §§ 94, 98 StPO gestützt, was zumindest bezüglich bislang ungelesener E-Mails rechtlich umstritten ist (vgl. hierzu *BVerfG*, 3. Kammer, Beschl. vom 29. Juni 2006 - 2 BvR 902/06 - MMR 2007, 169; mehrfach verlängert, zuletzt durch Beschl. vom 13. November 2008). Jedoch bedurfte es für die im Postfach beim E-Mail-Provider abgespeicherten E-Mails, ob bereits gelesen oder noch ungelesen, auch nicht der Voraussetzungen des § 100a StPO, denn während der möglicherweise auch nur Sekundenbruchteile andauernden Speicherung in der Datenbank des Mail-Providers ist kein Telekommunikationsvorgang (mehr) gegeben (vgl. hierzu näher *KK-StPO/Nack* § 100a Rdn. 22 f.; *BeckOK-StPO/Graf* § 100a StPO Rdn. 28 ff.; *KMR/Bär* § 100a Rdn. 29; aA *LG Hanau NJW* 1999, 3647; *LG Hamburg wistra* 2008, 116; dem zustimmend *Gaede*, StV 2009, 96, 97, allerdings bereits mit aus technischer Sicht fragwürdiger Begründung; bislang zu einer Gesamtbetrachtung neigend *Meyer-Goßner*, StPO, 51. Aufl., § 100a Rdn. 6).

Vielmehr ist die Beschlagnahme von E-Mails bei einem E-Mail-Provider, welche dort bis zu einem ersten oder weiteren Aufruf abgespeichert sind, auch unter Berücksichtigung des heutigen Kommunikationsverhaltens in jeder Hinsicht vergleichbar mit der Beschlagnahme anderer Mitteilungen, welche sich zumindest vorübergehend bei einem Post- oder Telekommunikationsdienstleister befinden, bspw. von Telegrammen, welche gleichfalls auf dem Telekommunikationsweg dorthin übermittelt wurden. Daher können beim Provider gespeicherte, eingegangene oder zwischengespeicherte, E-Mails - auch ohne spezifische gesetzliche Regelung - jedenfalls unter den Voraussetzungen des § 99 StPO beschlagnahmt werden (vgl. hierzu *BeckOK-StPO/Graf* § 100a StPO Rdn. 28 f. m.w.N.). Der einer E-Mail-Sendung, selbst wenn diese

aus technischen Gründen und insbesondere auch während des Transports leichter "lesbar" ist als beispielsweise verschlossene Briefsendungen auf dem Postweg, zukommende grundrechtssichernde Schutz wird bei einer Anordnung nach § 99 StPO durch das Erfordernis einer richterlichen Anordnung bzw. Bestätigung bei (eher seltenen) Eilfällen nach § 100 StPO gewährt, zumal bei der konkreten Beschlagnahme einer E-Mail erneut eine richterliche Prüfung stattzufinden hat.

Für eine Anwendung des § 99 StPO spricht auch die Neufassung des § 101 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 StPO durch das Gesetz zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung vom 21. Dezember 2007 (BGBl I 3198), wonach - anders als noch bei der früheren Rechtslage - nun auch für diese Maßnahmen ausdrücklich eine Benachrichtigungspflicht festgelegt ist. Zudem können die Betroffenen nachträglichen Rechtsschutz begehren (§ 101 Abs. 7 StPO).

Dass in §§ 99, 100 StPO selbst keine zwangsweise Durchsetzung des Herausgabeanspruchs geregelt ist,

ändert an der hier dargestellten Rechtslage nichts, sondern beruht allein darauf, dass ursprünglich allein die mit hoheitlichen Befugnissen ausgestattete Deutsche Bundespost Verpflichteter einer solchen Maßnahme sein konnte, bei welcher eine Weigerung nicht zu erwarten war. Nach der Öffnung der Märkte in diesem Bereich muss aber gewährleistet sein, dass eine Maßnahme nach § 99 StPO auch durchsetzbar ist. Deshalb gilt auch hier der in § 95 Abs. 1 und 2 StPO seine Ausprägung gefundene allgemeine Grundsatz, dass richterlichen Herausgabeanordnungen allgemein Folge zu leisten ist und deshalb zu deren Durchsetzung die in § 70 StPO bestimmten Ordnungs- und Zwangsmittel festgesetzt werden können, soweit Verpflichtete nicht zur Zeugnisverweigerung berechtigt sind.

Nachdem bei der vorgenannten Beschlagnahmeanordnung des Ermittlungsrichters auch die Voraussetzungen des § 99 StPO gegeben waren, steht einer Verwertung hiervon betroffener E-Mails nichts entgegen, zumal die Verteidigung keine Einwände in der Hauptverhandlung erhoben hat.

Urteile in Fallstruktur

Standort: Öffentliches Recht

Problem: Organstreit gegen Ordnungsmaßnahme

LVERFG MV, URTEIL VOM 29.01.2009
LVERFG 5/08 (NVWZ-RR 2009, 362)

Problemdarstellung:

Im vorliegenden Fall wurde ein Landtagsabgeordneter aus dem Saal verwiesen, weil er seine Rede mit der Begrüßungsformel "Bürger des Landes" eröffnet hatte. Diese Begrüßungsformel klingt zunächst relativ harmlos, ist aber im Parlament nicht üblich. Eine gewisse Rolle spielte sicherlich auch, dass es sich um einen Abgeordneten der NPD im Landtag Mecklenburg-Vorpommerns handelte, und die Anrede "Bürger des Landes" auf unangenehme Weise an die Reden Adolf Hitlers erinnerte, der seine Ansprachen im Reichstag vielfach auch mit "Volksgenossen", "Deutsche" usw. begann, also an das Volk anstatt an die anwesenden Parlamentarier richtete.

Das Landesverfassungsgericht Mecklenburg-Vorpommerns hatte im Rahmen eines Organstreitverfahrens nun über die Verfassungsmäßigkeit des Saalverweises zu entscheiden. Die Ordnungsmaßnahme griff in das "freie Mandat" des Abgeordneten ein, welches neben dem Teilnahme- auch ein Rede- und Stimmrecht umfasst. Sie könnte aber durch die parlamentarische Ordnungsgewalt gedeckt sein. Diese greift jedenfalls dann rechtfertigend ein, wenn gegen die Geschäftsordnung verstoßen wird. Über die Anrede verhielt sich die Geschäftsordnung des Landtages jedoch nicht (die GOBT schweigt hierzu ebenfalls). Das LVerfG MV meint aber, die Sitzungsordnung erstrecke sich über die Einhaltung der Geschäftsordnung hinaus auf alle parlamentarischen Verhaltensregeln, also auch solche, die sich durch eine allgemeine Übung faktisch herausgebildet hätten. Dazu gehöre auch die Wahl einer üblichen Anrede.

Allerdings sei die parlamentarische Ordnungsgewalt nicht schrankenlos. Zwar müsse dem Parlament ein gewisser Spielraum bei der Beurteilung der Frage gewährt werden, was sich noch im Rahmen der selbstgewählten Ordnung halte und was nicht; jedenfalls begrenze aber das Übermaßverbot (also der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit) die Wahl der Ordnungsmittel. Werde bei einer Rede eine ungebührliche Anrede verwendet, sei deshalb (nur) der Entzug des Rede-rechts angezeigt, nicht aber ein Verweis aus dem Saal. Wegen ihrer Unverhältnismäßigkeit erklärte das Gericht die Maßnahme somit für verfassungswidrig.

Prüfungsrelevanz:

Der Fall könnte in identischer Form auch im Deutschen Bundestag spielen. Die nachfolgende Falllösung trägt bereits dem Umstand Rechnung, dass das Verfassungsrecht der Länder in aller Regel nicht zum Pflichtfachstoff der Staatsexamina gehört, indem der Fall auf das Bundesrecht übertragen worden ist. Dort ist das "freie Mandat" der Abgeordneten in Art. 38 I 2 GG, die parlamentarische Ordnungsgewalt des Bundestagspräsidenten als dessen Schranke in Art. 40 II 2 GG verankert.

In jedem Fall sollte man sich merken, dass Ordnungsverstöße nicht nur in der Missachtung der Geschäftsordnung liegen können, sondern auch eine ungeschriebene parlamentarische Übung, ähnlich dem Gewohnheitsrecht, anzuerkennen ist, deren Missachtung ebenfalls ordnungswidrig ist. Dass die daraufhin verhängte Sanktion verhältnismäßig sein muss, ist - ähnlich wie bei Grundrechtseingriffen - als "Schranken-Schranke" der parlamentarischen Ordnungsgewalt zu prüfen. Ohnehin kann der Aufbau der Prüfung einer Verletzung des "freien Mandats" sich an der Prüfung eines Freiheitsgrundrechts orientieren, also nach "Schutzbereich", "Eingriff" und "Rechtfertigung" erfolgen.

Vertiefungshinweise:

Antragsbefugnis einzelner Abgeordneter im Organstreitverfahren: *BVerfG*, RA 2007, 353 = NVwZ 2007, 658; RA 2002, 139 = DVBl 2002, 193; *VerfGH NRW*, RA 2006, 1 = NWVBl 2006, 12

Antragsrecht eines Abgeordneten im Parlament: *VerfGH NRW*, RA 2000, 309 = NVwZ-RR 2000, 265

Immunität eines Abgeordneten: *BVerfG*, RA 2002, 139 = DVBl 2002, 193 (Profalla)

Kursprogramm:

Examenskurs: "Die Bundeswehr - daheim und unterwegs"

Examenskurs: "Monica"

Leitsätze:

1. Eine Ordnungsmaßnahme des Landtagspräsidenten nach § 99 MVGO LT (Sitzungsausschluss) kann Gegenstand eines verfassungsrechtlichen Organstreits nach Art. 53 Nr. 1 MVVerf., § 11 I Nr. 1 MVVerfGG sein.

2. Die in Art. 22 II MVVerf. gesicherten Rechte des einzelnen Abgeordneten können durch die Geschäftsordnung des Landtages eingeschränkt werden. Diese darf auch Ordnungsmaßnahmen vorsehen.

3. Das Parlament verfügt über einen weiten Gestaltungsspielraum, welche Regeln es für die Organisation seiner Arbeit, den Ablauf der Verhandlungen, den Umgang seiner Mitglieder miteinander und im Verhältnis zur Sitzungsleitung sowie für die Wahrung seiner Würde im Sinne eines von gegenseitigem Respekt getragenen Diskurses für sachgerecht und erforderlich hält. Ebenso bleibt die Auslegung der in den ordnungsrechtlichen Vorschriften verwendeten unbestimmten Rechtsbegriffe, ihre Anwendung auf den Einzelfall und die Gewichtung eines erkannten Verstoßes vorrangig Sache des Präsidiums und des Parlamentes.

4. Angesichts der fundamentalen verfassungsrechtlichen Bedeutung, die der Ausübung des Rede- und Abstimmungsrechts für den Abgeordnetenstatus zukommt, unterliegen parlamentarische Ordnungsmaßnahmen nicht lediglich einer Überprüfung am Maßstab der Willkür oder des Missbrauchs; es gilt vielmehr auch das Gebot des mildesten Mittels.

5. Einzelfall einer unverhältnismäßigen Ordnungsmaßnahme nach § 99 I MVGO LT.

Sachverhalt (abgewandelt):

Der Antragsteller A, Mitglied der F-Fraktion im Deutschen Bundestag, begann seine Reden stets mit der Begrüßung "Bürger des Landes", obwohl Bundestagspräsident P ihn schon mehrfach - wenn auch nicht in jedem Fall - ermahnt hatte, die üblichen Anredegepflogenheiten zu beachten. Nachdem er anlässlich eines Redebeitrags in der Plenarsitzung vom 18.10.2007 erneut die Anrede "Bürger des Landes" verwendet hatte, schloss P ihn unmittelbar nach der Begrüßungsformel von der weiteren Mitwirkung an der Sitzung aus und verwies ihn des Saales. Infolgedessen konnte A an der weiteren Beratung und den darauf folgenden Abstimmungen nicht teilnehmen.

A meint, gegen die Begrüßungsformel "Bürger des Landes" sei nichts einzuwenden. Es bleibe ihm überlassen, wie er seine Reden beginne. Auch sei in der Geschäftsordnung diesbezüglich nichts geregelt. Am 3.4.2008 wendet sich A deswegen an das BVerfG. Er möchte gerichtlich geklärt wissen, dass der von P ausgesprochene Saalverweis verfassungswidrig war.

P erwidert, es handle sich bei den Anredegepflogenheiten um eine autonome Sitte des Deutschen Bundestages, die erstens nur eingeschränkt gerichtlich überprüfbar sei, und zweitens könne sich eine solche auch außerhalb einer ausdrücklichen Regelung in der Geschäftsordnung entwickeln. Dass die Anrede "Bür-

ger des Landes" im Deutschen Bundestag nicht üblich sei, bestreite selbst A nicht.

Hat der Antrag des A vor dem BVerfG Erfolg?

[Anm.: Der Originalfall spielte sich im Landtag des Landes Mecklenburg-Vorpommern ab. Soweit sich aus der hier vorgenommenen Übertragung der Problematik auf den Deutschen Bundestag Abweichungen ergeben, werden diese in der folgenden Falllösung stets in eckigen Klammern deutlich gemacht. Dies insbesondere im Hinblick auf die im Originalfall vom LVerfG MV angewendeten Vorschriften aus dem Landesrecht Mecklenburg-Vorpommerns. Rechtliche Unterschiede ergeben sich i.E. jedoch nicht, da sich die jeweils einschlägigen Normen des Bundes- bzw. Landesrechts nur marginal unterscheiden.]

Lösung:

Der Antrag des A hat Erfolg, soweit er zulässig und begründet ist.

A. Zulässigkeit

I. Zuständigkeit des BVerfG

Zunächst müsste das BVerfG für den Antrag zuständig sein. Hier handelt es sich um einen Streit über Rechte und Pflichten oberster Bundesorgane oder deren Teile, mithin um ein Organstreitverfahren. Für dieses ist das BVerfG nach Art. 93 I Nr. 1 GG i.V.m. §§ 13 Nr. 5, 63 ff. BVerfGG zuständig [im Original: der LVerfG MV nach Art. 53 Nr. 1 LV MV, § 11 I Nr. 1 LVerfGG MV].

II. Beteiligtenfähigkeit

A als Abgeordneter und P als Bundestagspräsident sind Teile des Deutschen Bundestages. Sowohl durch das Grundgesetz als auch durch die Geschäftsordnung werden sie mit eigenen Rechten ausgestattet, Abgeordnete bspw. in Art. 38 I 2 GG mit dem "freien Mandat" [im Original: Art. 22 I LV MV], der Bundestagspräsident bspw. in Art. 40 II 1 GG mit dem Hausrecht und der Polizeigewalt im Deutschen Bundestag [im Original: Art. 29 I LV MV]. Somit sind sie nach § 63 BVerfGG [im Original: §§ 36 i.V.m. 11 I Nr. 1 LVerfGG MV] beteiligtenfähig.

III. Tauglicher Antragsgegenstand

Im Organstreitverfahren kann eine "Maßnahme oder Unterlassung des Antragsgegners" überprüft werden, § 64 I BVerfGG [im Original: § 37 I LVerfGG MV]. Als solche kommt hier der Sitzungsausschluss des Antragstellers A in Betracht, der vom Antragsgegner P ausgesprochen wurde. Der MeVVerfG hält diese Maßnahme für einen tauglichen Antragsgegenstand:

"Zwar ist die Ordnungs- oder Disziplinargewalt Be-

standteil der dem Parlament durch gewährleisteten Geschäftsordnungsautonomie (vgl. BVerfGE 44, 308, 314 f; BVerfGE 10, 4, 13). Träger dieser Ordnungsgewalt ist mithin nicht die Präsidentin, sondern das Plenum des Landtages. Die Präsidentin übt jedoch kraft Übertragung durch das Parlament dessen Ordnungsgewalt gemäß § 7 I GOBT [im Original: § 3 II 1, §§ 97 ff. GOLT MV] in eigener Verantwortung und unabhängig aus. In dieser Funktion kann sie im verfassungsrechtlichen Organstreit mit der Behauptung in Anspruch genommen werden, sie habe bei der Ausübung der Ordnungsgewalt den verfassungsrechtlichen Status eines Abgeordneten verletzt (vgl. BVerfGE 60, 374, 379 m. w. N.; Achterberg, JuS 1983, 840, 842).“

IV. Antragsbefugnis

A müsste gem. § 64 I BVerfGG [im Original: § 37 I LVerfGG MV] geltend machen können, dass die angegriffene Maßnahme ihn oder das Organ, dem er angehört, in seinen verfassungsmäßigen Rechten verletzt. Dies bejaht das Gericht unter Rückgriff auf die Rede-, Stimm- und Teilnahmerechte des Abgeordneten, die sich wiederum aus dem “freien Mandat” ableiten lassen. Dass der Vorfall in der Vergangenheit liege und die Folgen irreparabel seien, ändere daran nichts.

1. Verfassungsmäßiges Recht

“Im verfassungsrechtlichen Organstreitverfahren kann ein Abgeordneter die Verletzung jedes mit seinem Status verfassungsrechtlich verbundenen Rechts geltend machen. Die Frage, ob ein Abgeordneter wegen einer Äußerung in einer Plenardebatte mit einer Ordnungsmaßnahme belegt werden darf, berührt die zu seinem verfassungsrechtlichen Status aus Art. 38 I 2 GG [im Original: Art. 22 II LV MV] gehörende Befugnis zur Rede (zur Bundesebene vgl. BVerfGE 10, 4, 12; BVerfGE 60, 374, 381), der Ausschluss von einer Sitzung mit weiteren Abstimmungen auch das Recht auf Stimmabgabe [im Original: nach Art. 22 II 2 LV MV].“

2. Kein Wegfall der Beschwer

“Zwar kann der Ausschluss nicht wieder rückgängig gemacht werden. Indes begründet er - seine Unzulässigkeit unterstellt - eine auch heute noch im Organstreitverfahren feststellungsfähige Rechtsbeeinträchtigung des Antragstellers (BVerfGE 10, 4, 11). Im Übrigen hat die Sitzung des Landtages noch gute zwei Stunden fortgedauert. In diese Zeit fielen zwei Abstimmungen, an denen der Antragsteller ebenso wenig teilnehmen konnte wie an vorangehenden Verhandlungen.“

V. Form und Frist

Die Frist für einen Antrag im Organstreitverfahren beträgt gem. § 64 III BVerfGG [im Original: § 37 III

LVerfGG MV] sechs Monate vom Bekanntwerden der Maßnahme an. Hier fand der Sitzungsausschluss am 18.10.2007 statt, der am 3.4.2008 gestellte Antrag wahrt folglich die Frist. Für Verstöße gegen die Formvorschrift des § 23 BVerfGG [im Original: § 19 LVerfGG MV] bestehen keine Anhaltspunkte.

VI. Allgemeines Rechtsschutzinteresse

“Dem Antragsteller steht auch das erforderliche Rechtsschutzbedürfnis für eine verfassungsgerichtliche Klärung zur Seite. Regelmäßig indiziert schon das Vorliegen der Antragsbefugnis das Rechtsschutzinteresse (LVerfG MV, DÖV 2003, 765 = LKV 2003, 516 = NordÖR 2003, 359).“

VI. Zwischenergebnis

Der Antrag ist zulässig.

B. Begründetheit

Der Antrag ist begründet, sofern die angegriffene Maßnahme verfassungswidrig ist. Hier kommt eine Verletzung des “freien Mandats” des A aus Art. 38 I 2 GG [im Original: Art. 22 II LVerf MV] in Betracht. Dieses wäre verletzt, wenn ein verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigender Eingriff in die daraus folgenden Rechte des A vorläge.

I. Schutzbereich betroffen

Weder das Teilnahmerecht noch das Rede- und Stimmrecht sind in Art. 38 I 2 GG ausdrücklich normiert. In einer repräsentativen Demokratie könnten die Abgeordneten aber ihre Aufgabe, das gesamte Volk zu vertreten, nicht wahrnehmen, wenn ihnen nicht bestimmte Mindestbefugnisse zustehen würden, die sie in die Lage versetzen, diese Aufgabe wahrzunehmen. Die o.g. Rechte sind solche Mindestrechte des Abgeordneten. Sie folgen daher zwingend aus dem “freien Mandat”.

A hat hier in Ausübung seines Rederechts gehandelt. Zu dessen Wahrnehmung ist eine (weitere) Teilnahme an der Sitzung unabdingbare Voraussetzung. Ferner konnte er entgegen seinem Wunsch nach dem Ausschluss aus der Sitzung nicht mehr an den folgenden Abstimmungen teilnehmen. Somit ist der Schutzbereich in Gestalt des Teilnahme-, Rede- und Stimmrechts betroffen.

[Anm.: In der LV MV sind diese Rechte ausdrücklich normiert. Das Gericht stellt daher nur kurz fest: “Nach Art. 22 II 1 LV MV haben die Abgeordneten das Recht, im Landtag und in seinen Ausschüssen das Wort zu ergreifen sowie Fragen und Anträge zu stellen. Die Vorschrift des Art. 22 II 2 LV MV räumt ihnen das Recht ein, bei Wahlen und Beschlüssen ihre Stimme abzugeben.”]

II. Eingriff

Durch den Sitzungsausschluss wurde A die Wahrnehmung dieser Rechte unmöglich gemacht. Somit liegt ein Eingriff in den geschützten Bereich vor.

III. Rechtfertigung

Fraglich ist, ob dieser Eingriff gerechtfertigt werden kann, d.h. durch Schranken gedeckt ist.

I. Taugliche Schranken

a. Geschäftsordnungsautonomie

Grundsätzlich kommt als taugliche Schranke die Geschäftsordnungsautonomie in Betracht. Diese ist in Art. 40 I 2 GG [im Original: Art. 22 II 2 i.V.m. 29 I 2 LV MV] mit Verfassungsrang versehen und wird durch die GOBT [im Original: GOLT MV] konkretisiert. Dies führt auch das Gericht aus:

“Während diese Rechte einerseits den Status des Abgeordneten wesentlich mit prägen, sind sie andererseits nicht frei von Bindungen. Diese folgen der Struktur des Parlamentes als Kollegialorgan, in dem sich die Entscheidungsprozesse vollziehen. Sie ist angewiesen auf eine parlamentarische Binnenorganisation, die sich maßgeblich auf die Geschäftsordnung stützt, die ihrerseits zu den bedeutsamsten Organisationsakten des Landtages zählt (LVerfG, Urt. v. 31. 5. 2001 - LVerfG 2/00 -, LVerfGE 12, 209, 221). Diese Geschäftsordnungsautonomie berechtigt das Parlament zum Erlass sämtlicher von ihm für notwendig angesehenen Regeln, um ein ordnungsgemäßes und der Würde des Hauses entsprechendes Arbeiten zu gewährleisten. Darin notwendig eingeschlossen ist die Befugnis, auch die zur Beseitigung von Störungen im Plenarsaal erforderlichen Normen aufzustellen, deren Anwendung und Umsetzung dann wiederum vorrangig dem amtierenden Landtagspräsidenten im Rahmen der Sitzungsleitung obliegt.

Dem entspricht, dass zur Sicherung der Funktionsfähigkeit des Landtages grundsätzlich auch die in Art. 38 I 2 GG [im Original: Art. 22 II LV MV] gesicherten Rechte des einzelnen Abgeordneten durch eine Geschäftsordnung eingeschränkt werden können (vgl. statt vieler Klein in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Art. 38 Rn. 200). Die Geschäftsordnung setzt grundlegende Bedingungen für die geordnete Wahrnehmung der Abgeordnetenrechte, die nur als Mitgliedschaftsrechte bestehen und verwirklicht werden können und daher einander zugeordnet und aufeinander abgestimmt werden müssen. Nur so wird dem Parlament eine sachgerechte Erfüllung seiner Aufgaben möglich (BVerfGE 80, 188, 219).”

Allerdings regelt die Geschäftsordnung weder, dass Abgeordnete eine bestimmte Anrede zu verwenden haben, noch wird die von A gewählte Anrede darin für

unzulässig erklärt. Aus der Geschäftsordnungsautonomie allein lässt sich hier folglich keine taugliche Schranke ableiten.

b. Parlamentarische Ordnungsgewalt

Allerdings gibt Art. 40 II 2 GG [im Original: Art. 29 III 2 LV MV] dem Präsidenten des Deutschen Bundestages auch eine parlamentarische Ordnungsgewalt.

aa. Sitzungsdisziplin

Das LVerfG MV stellt zunächst klar, dass diese parlamentarische Ordnungsgewalt zwei Komponenten aufweist, von denen eine auf die Wahrung der Sitzungsdisziplin gerichtet ist:

“Die parlamentarische Ordnungsgewalt weist zwei Komponenten auf: zum einen die sogenannte Leitungskompetenz im Sinne der Sicherstellung eines ordnungsgemäßen Geschäftsgangs und Verhandlungsablaufs in verfahrenstechnischer Hinsicht, zum anderen die Ordnungsgewalt im Sinne der Wahrung der „Disziplin“ (BVerfGE 80, 188, 218). Letztere dient dem Schutz und der Wahrung der parlamentarischen Ordnung im Sinne der „Gesamtheit von Normen, deren Befolgung nach den im Parlament herrschenden - nur selten und ungerne wechselnden - Anschauungen als Vorbedingung einer gedeihlichen, das Staatsleben fördernden Beratung der Abgeordneten und als Grundlage des innerparlamentarischen Lebens gilt“ (so schon Schmid, AöRAöR 32 (1914), S. 439, 498).”

bb. Erstreckung auf parlamentarische Übung

Diese Sitzungsdisziplin erschöpft sich nicht in der Einhaltung der Geschäftsordnung. Vielmehr umfasst sie sämtliche parlamentarische Gebräuche, auch ungeschriebene und aus ständiger Übung entstandene Verhaltensregeln:

“Dem Begriff unterfallen mithin nicht nur geschriebene und ungeschriebene Regeln des Parlamentsrechts, sondern auch außerrechtliche Normierungen wie etwa der Parlamentsbrauch, so dass er damit praktisch sämtliche Bereiche des innerparlamentarischen Geschäftsgangs erfasst. Im Übrigen stellt die parlamentarische Disziplinargewalt ein notwendiges innerparlamentarisches Korrektiv zu dem besonderen Schutz der parlamentarischen Redefreiheit durch die verfassungsrechtliche Gewährleistung der Indemnität dar, die den Inhalt der Rede von möglichen Sanktionen freistellt. Der Begriff der parlamentarischen Ordnung kann somit nicht allein auf den äußeren Ablauf der Plenarsitzung und unmittelbare Störungen der Beratungen und der politischen Diskussion im Parlament begrenzt werden. Vielmehr sind weitergehend auch die Werte und Verhaltensweisen zu berücksichtigen, die sich in der demokratischen und vom Repräsentationsgedanken getragenen parlamentarischen Praxis entwickelt haben und die durch die historische und politische Entwic-

klung geformt worden sind. [...]

In diesem Zusammenhang gewinnt auch der Begriff der "Würde des Bundestages" [im Original: "Landtages"] Bedeutung. Diese zu fördern und zu erhalten ist eine Aufgabe, die vor allem dem Parlament selbst und damit jedem einzelnen seiner Mitglieder gestellt ist (LVerfG, LVerfGE 5, 203, 225). Zugleich nimmt § 7 I 2 GOBT [im Original: § 3 I 2 GOLT MV] - dem Beispiel der Geschäftsordnungen anderer Parlamente folgend - den Bundestagspräsidenten [im Original: "Landtagspräsidenten"] zu ihrer Wahrung ausdrücklich in die Pflicht."

c. Zwischenergebnis

Somit kommt die parlamentarische Ordnungsgewalt als Schranke der freien Mandatsausübung in Betracht. Sie umfasst die Aufrechterhaltung der Sitzungsdisziplin, die zu wahren Recht und Pflicht des Bundestagspräsidenten ist. Die Sitzungsdisziplin wiederum erschöpft sich nicht in der Einhaltung der Geschäftsordnung; vielmehr müssen die Abgeordneten zur Wahrung der "Würde des Bundestages" sich auch an nicht normierte, ständige Übungen halten. Dass A mit seiner Anrede "Bürger des Landes" von einer solchen Übung abgewichen ist, indem er eine im Deutschen Bundestag [im Original: Landtag MV] unübliche Anrede verwendet hat, ist unstreitig.

2. Schranken-Schranken

Fraglich ist, ob die parlamentarische Ordnungsgewalt ihrerseits wiederum bestimmten Schranken unterliegt.

a. Zunächst: Beurteilungsspielraum

P meint, dies sei nicht der Fall, weil eine Parlamentsautonomie herrsche, in die Gerichte nicht kontrollierend eingreifen dürften. Das LVerfG MV pflichtet dem nur teilweise bei: es existiere eine gewisser Beurteilungsspielraum, innerhalb dessen eine gerichtliche Kontrolle nicht stattfinde:

"Dabei verfügt das Parlament über einen weiten Gestaltungsspielraum, welche Regeln es für die Organisation seiner Arbeit, den Ablauf der Verhandlungen, den Umgang seiner Mitglieder miteinander und im Verhältnis zur Sitzungsleitung sowie für die Wahrung seiner Würde - nicht zuletzt mit Blick auf sein Ansehen in der Öffentlichkeit - für sachgerecht und erforderlich hält (BVerfGE 80, 188, 220). [...] Bei der Beurteilung parlamentarischer Ordnungsmaßnahmen verbietet sich eine umfassende verfassungsgerichtliche Kontrolle in der Art der Überprüfung eines Verwaltungsakts. Die Auslegung der in den ordnungsrechtlichen Vorschriften verwendeten unbestimmten Rechtsbegriffe, ihre Anwendung auf den Einzelfall und die Gewichtung eines erkannten Verstoßes bleibt vorrangig Sache des Präsidiums und des Parlamentes. [...] Hierbei besteht ein gewisser Beurteilungsspiel-

raum (Achterberg, Parlamentsrecht, 1984, S. 653; Ritzel/Bücker/Schreiner, GO BT, § 36 Anm. 2 b). Dies rechtfertigt sich aus dem spezifischen Charakter des parlamentarischen Willensbildungsprozesses in dem Kollegialorgan "Bundestag" [im Original: "Landtag"], der wesentlich durch Elemente organschaftlicher Selbstregulierung geprägt ist, die ebenso die Funktionsfähigkeit des Landtages wie die Außenwirkung des obersten, durch den Repräsentationsgedanken geprägten Verfassungsorgans des Landes betreffen. Bedeutung gewinnt auch die Unwiederholbarkeit der entscheidungserheblichen Situation, die in ihrem Ablauf und in ihrer gesamten Atmosphäre von Außenstehenden nur mit Schwierigkeiten nachempfunden werden kann. Dem hat die verfassungsgerichtliche Kontroll-dichte Rechnung zu tragen. Diese Zurückhaltung ist umso mehr geboten, je stärker das Binnenverhältnis des Parlamentes betroffen ist und je geringer die Auswirkungen auf grundlegende Abgeordnetenrechte sind."

b. Übermaßverbot als Grenze des Beurteilungsspielraums

Eine gerichtliche Kontrolle wird aber dort möglich, wo die Grenzen dieses Spielraums überschritten werden. Zu diesen Grenzen zählt auch das Übermaßverbot. Danach ist in einem abgestuften Sanktionssystem stets das relativ mildeste Mittel zu wählen:

"Dies bedeutet entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin nicht, dass parlamentarische Ordnungsmaßnahmen lediglich einer Überprüfung am Maßstab der Willkür oder des Missbrauchs unterliegen. Hierbei bestünde die Gefahr, der fundamentalen verfassungsrechtlichen Bedeutung, die der Ausübung des Rede- und des Abstimmungsrechts für den Abgeordnetenstatus zukommt, nicht hinreichend Rechnung zu tragen. Je stärker die verhängte Sanktion in die Abgeordnetenrechte eingreift, umso größere Wirkkraft kommt dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit für die Frage zu, ob das der Sitzungsleitung eingeräumte pflichtgemäße Ermessen ordnungsgemäß ausgeübt ist (Achterberg, JuS 1983, 840, 842; Härth, ZRP 1984, 313, 316). [...]

Alle parlamentarischen Geschäftsordnungen enthalten ein abgestuftes Sanktionensystem, um auf Ordnungsverstöße unterschiedlicher Schwere jeweils adäquat reagieren zu können (Schneider in: Denninger/Hoffmann-Riem/Schneider/Stein, GG, Art. 46 Rn. 8; Brandt/Gosewinkel, ZRP 1986, 33, 35 f.). Dabei handelt es sich im Grundsatz um die Ordnungsmittel des Sachrufs, des Ordnungsrufs, der Wortentziehung und des Ausschlusses, wobei die Regelungen nach Umfang, Voraussetzungen, Modalitäten und Rechtsfolgen variieren. Um im Einzelfall die Adäquanz zu wahren, sind die Art und Schwere des Verstoßes und die aus der Zweckbestimmung der Geschäftsordnungs-

autonomie folgenden Ziele, den störungsfreien Ablauf der parlamentarischen Arbeit zu gewährleisten oder ein Verhalten oder Äußerungen zu missbilligen, die geeignet sind, dem Ansehen des Parlamentes zu schaden, gegen den hohen Rang der Abgeordnetenrechte abzuwägen.”

c. Subsumtion

Im vorliegenden Fall hält das Gericht das Übermaßverbot für verletzt. Der Sitzungsausschluss war unverhältnismäßig, ein Entzug des Rederechts hätte als Sanktion ausgereicht:

“Bei der Ordnungsmaßnahme des Sitzungsausschlusses [...] handelt es sich um die schärfste Sanktion, die nach dem Sanktionenkatalog der Geschäftsordnung verhängt werden kann. Sie greift nicht nur in das Rederecht [im Original: nach Art. 22 II 1 LV MV] ein, sondern auch in das Recht zur Teilnahme an Abstimmungen [im Original: nach Art. 22 II 2 LV MV] und entzieht damit zumindest zeitweise der Ausübung wesentlicher Statusrechte des Abgeordneten die Grundlage. Diese Folgen können, da ein Einspruch keine aufschiebende Wirkung hat, nicht wieder rückgängig gemacht werden. Deswegen kann der Ausschluss lediglich “ultima ratio” sein.

In Anwendung der vorstehend näher dargelegten Maßstäbe und unter Berücksichtigung von Vorgeschichte und konkreten Umständen des Geschehens in der Sitzung am 18. 10. 2007 war die gegen den Antragsteller verhängte Ordnungsmaßnahme [...] jedenfalls unverhältnismäßig. [...] Bis zur Landtagssitzung am 18.10.2007 hat die Sitzungsleitung auf die vom

Antragsteller verwendete Anrede “Bürger des Landes” überhaupt nur sporadisch, teilweise mit formlosen Rügen, teilweise - und auch erst seit Juli 2007 - mit Ordnungsrufen reagiert, sie aber verschiedentlich auch unbeanstandet gelassen. Sollte nunmehr erstmals, um dem Antragsteller das Gewicht des Verstoßes gegen diese von der ganz überwiegenden Zahl der Parlamentsmitglieder getragene Verhaltensregel deutlich zu machen, zu weitergehenden Sanktionen gegriffen werden, hätte es ausgereicht, zunächst zum nächst schwerwiegenderen Ordnungsmittel der Wortentziehung zu greifen. Damit wäre der Zweck, den Abgeordneten von der Beteiligung an den weiteren Debatten der laufenden Sitzung durch Redebeiträge auszuschließen und damit an der Fortsetzung seines inkriminierten Verhaltens zu hindern, ebenfalls erreicht worden.”

C. Ergebnis

Zwar steht dem Präsidenten des Deutschen Bundestages bei der Ausübung der parlamentarischen Ordnungsgewalt ein gewisser, gerichtlich nicht überprüfbarer Spielraum zu. Dieser findet seine Grenzen jedoch im Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Indem P hier ein übermäßig strenges Mittel verwendete, namentlich den Entzug des Rederechts als milderes Mittel unangewendet ließ, verstieß er gegen das Übermaßverbot. Somit war der Sitzungsverweis des A nicht von der parlamentarischen Ordnungsgewalt als Schranke gedeckt. Eine Rechtfertigung des Eingriffs gelingt nicht, A ist in seinem “freien Mandat” verletzt worden. Sein Antrag ist auch begründet, er hat insgesamt Erfolg.

Standort: Mietrecht

Problem: Fortsetzung von Versorgungsleistungen

BGH, URTEIL VOM 06.05.2009
XII ZR 137/07 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Kl. begehrt mit der Klage, dem Bekl. die angeordnete Versorgungssperre zu untersagen. Der Kl. ist Mieter einer Gewerbeimmobilie des Bekl.. Er war mit der Entrichtung des Mietzinses für den Zeitraum von insgesamt acht Monaten im Rückstand, woraufhin der Bekl. die Warmwasserversorgung durch die Stilllegung des Heizkessels einstellte. Der Bekl. drohte dem Kl. zudem die Unterbrechung der Versorgung mit Heizwärme an. Dies wurde dem Bekl. zunächst im Rahmen einer einstweiligen Verfügung untersagt, welche jedoch schließlich aufgehoben wurde. Mit Schreiben vom 20.07.2005 kündigte der Bekl. eine erneute Versorgungssperre an und kündigte den Mietvertrag mehrfach, zuletzt mit Schriftsatz vom 10.08.2007.

Das Landgericht hat der Klage im Hinblick auf die Heizungsversorgung stattgegeben. Das Berufungsge-

richt hat die Klage abgewiesen. Dagegen richtet sich die vom Berufungsgericht zugelassene Revision des Bekl., mit welcher er sein Klagebegehren erfolglos weiterverfolgt.

Prüfungsrelevanz:

Der erkennende Senat befasste sich mit der Frage, inwieweit der Mieter gegenüber dem Vermieter einen Anspruch auf Fortsetzung der Versorgungsleistungen inne hat.

Grundsätzlich kann die vertraglich übernommene Pflicht des Vermieters, den Mieter mit Heizenergie zu versorgen, nur so lange fortbestehen, wie das Vertragsverhältnis noch von Bestand ist. Hierauf konnte sich der Kl. wegen der wirksamen Kündigung des Mietvertrages nicht berufen.

Interessant war, dass ausnahmsweise eine nachvertragliche Haftung gem. § 242 BGB in Erwägung gezogen wurde. Ausnahmsweise können auch nach Vertragsbeendigung gemäß dem Grundsatz von Treu und

Glauben einzelne Verpflichtungen des Vermieters fortbestehen. Dies gilt u.U. auch für die Pflicht zur Erbringung der Versorgungsleistungen (Münch-Komm-Bieber, BGB, § 546a Rn 47 ff). Solche nachvertraglichen Verpflichtungen ergeben sich im Einzelfall aus der Art des beendeten Schuldverhältnisses (z.B. Wohnraummiete) oder aber aus den besonderen Gegebenheiten (z.B. Gesundheitsgefährdung oder dem Mieter drohender besonders hoher Schaden). Dem entsprechende Umstände lagen hier nicht vor. Zu berücksichtigen ist dabei, dass eine über die Vertragsbeendigung hinausgehende Verpflichtung nur den Interessen des Mieters Rechnung trägt (vgl. Staudinger-Rolfs, BGB, [2006] § 546a Rn 6). Also läßt sich eine aus § 242 BGB herzuleitende Pflicht des Vermieters nur dann rechtfertigen, wenn diese den berechtigten Interessen des Vermieters nicht zuwiderläuft. Mithin dürfte dem Vermieter die Erbringung der weiteren Leistung nicht unzumutbar sein. Genau dies war hier der Fall, da sich der Mieter erheblich in Zahlungsverzug befand, war es dem Vermieter nicht zumutbar, weiter in Vorleistung zutreten.

Es blieb allein die Möglichkeit, die Untersagung der Versorgungssperre über den possessorischen Besitzschutz gem. § 862 I BGB zu lösen. Dazu hätte jedoch die Einräumung der Versorgungssperre verbotene Eigenmacht gem. § 858 I BGB darstellen müssen. Ob dies der Fall ist, wurde in der Literatur und der Rechtsprechung streitig diskutiert. Der erkennende Senat schließt sich der Rechtsauffassung des Berufungsgerichts an und verneint die verbotene Eigenmacht aus nachvollziehbaren Gründen. Der Besitz ist eine tatsächliche Position. Genau dieser Umstand wird durch den possessorischen Besitzschutz geschützt. Die Versorgung des Mieters mit Energie ist nicht Bestandteil des Besitzes, sondern Ausprägung der Vertragsbeziehung zwischen den Mietvertragsparteien. Eine verbotene Eigenmacht nach §§ 858, 862 BGB setzt voraus, dass in die tatsächliche Sachherrschaft eingegriffen worden ist. Ein Eingriff liegt nur vor, wenn der Besitzer in dem Bestand seiner tatsächlichen Sachherrschaft beeinträchtigt wird. Genau dies ist nicht der Fall. Der Zufluss von Versorgungsleistungen kann zwar Voraussetzung für den vertragsgemäßen Gebrauch sein. Er ist hingegen nicht Bestandteil der tatsächlichen Sachherrschaft als solcher. Die Einstellung der Versorgungsleistungen beeinträchtigt weder den Zugriff des Besitzers auf die Mieträume, noch schränkt sie die sich aus dem bloßen Besitz ergebende Nutzungsmöglichkeit ein (Ulrici, ZMR 2003, 895, 896). Versorgungsleistungen führen vielmehr dazu, dass die im Besitz liegende Gebrauchsmöglichkeit erweitert wird. Die Gewährleistung der Versorgungsleistungen kann sich demnach allein aus dem ihnen zugrunde liegenden Vertragsverhältnis ergeben. Der

Besitzschutz nach §§ 858 ff. BGB gewährt dagegen nur Abwehrrechte und keine Leistungsansprüche.

Vertiefungshinweise:

❑ Zu aktuellen Entscheidungen aus dem Mietrecht: *OLG Düsseldorf*, RA 2009, 234 = *NJW* 2009, 1087 (Verstoß gegen § 134 BGB i.V.m. § 19 I, IV GWB; Schilderpräger); *BGH*, RA 2009, 60 = *ZGS* 2008, 474 (Verhältnis von Anfechtung/Gewährleistungsrecht); *BGH*, RA 2009, 37 = *NJW* 2009, 142 (Beweislastumkehr für Pflichtverletzungen im Mietrecht); *BGH*, RA 2008, 757 (Umfang der Instandhaltungspflicht des Vermieters); *BGH*, RA 2008, 436 = *NJW* 2008, 1959 (Räumungsvollstreckung bei Mitbesitz Dritter)

❑ Zum possessorischen Besitzschutz: *Rötchel/Sparmann*, Jura 2005, 456; *Schmidt*, JuS 2004, 250 zu *OLD Saarbrücken*, *NJW-RR* 2003, 1717; *Peterson*, Jura 2002, 160; *Amend*, JuS 2001, 124

❑ Übungsklausuren: *Braun*, Jurs 2000, 582; *Petersen*, JA 1999, 292

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs*: "Das Geschäftshaus"

❑ *Examenskurs*: "Die gestohlene Jacke"

❑ *Assessorkurs*: "Das Geschäftslokal"

❑ *Assessorkurs*: "Der gestohlene LKW"

Leitsätze:

a) Nach Beendigung des Mietverhältnisses ist der Vermieter gegenüber dem die Mieträume weiter nutzenden Mieter zur Gebrauchsüberlassung und damit auch zur Fortsetzung vertraglich übernommener Versorgungsleistungen (hier: Belieferung mit Heizenergie) grundsätzlich nicht mehr verpflichtet.

b) Auch aus Treu und Glauben folgt eine nachvertragliche Verpflichtung des Vermieters von Gewerberäumen zur Fortsetzung von Versorgungsleistungen jedenfalls dann nicht, wenn der Mieter sich mit Mietzinsen und Nutzungsentschädigung im Zahlungsverzug befindet und dem Vermieter mangels eines Entgelts für seine Leistungen ein stetig wachsender Schaden droht.

c) Die Einstellung oder Unterbrechung der Versorgung mit Heizenergie durch den Vermieter ist keine Besitzstörung gemäß §§ 858, 862 BGB hinsichtlich der Mieträume.

Sachverhalt:

Die Parteien streiten um die Befugnis des Bekl., als Vermieter die Versorgung der vom Kl. gemieteten Gewerberäume mit Heizwärme zu unterbrechen.

Die Parteien schlossen am 28.07.2000 einen bis zum 31.12.2008 befristeten Mietvertrag ("Nutzungsver-

trag") über Gewerberäume in dem vom Bekl. unterhaltenen "Kunsthaus" in B. zum Betrieb einer Gaststätte. Sie vereinbarten eine Staffelmiete, ausgehend von 6.000 DM bei Beginn des Mietverhältnisses, zuzüglich Nebenkostenvorauszahlungen. Seit September 2001 erbrachte der Kl. keine Nebenkostenvorauszahlungen mehr und berief sich auf ein Zurückbehaltungsrecht wegen nicht erteilter Nebenkostenabrechnung. Im August 2002 stellte der Kl. auch die Zahlung des Grundmietzinses ein. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts zahlte er jedenfalls seit Januar 2007 keine Miete mehr.

Warmwasser und Heizleistung bezog der Kl. nicht direkt vom Versorgungsunternehmen, sondern vom Bekl.. Der Bekl. stellte die Warmwasserversorgung nach der Stilllegung des Kessels im Keller im Jahr 2001 ein.

Der Bekl. drohte dem Kl. im Jahr 2003 die Unterbrechung der Versorgung mit Heizwärme an. Auf Antrag des Kl. wurde diese Maßnahme durch einstweilige Verfügung des Landgerichts untersagt. Die einstweilige Verfügung wurde schließlich aufgehoben, weil nach Fristsetzung zur Klageerhebung eine vom Kl. eingereichte Hauptsacheklage mangels Vorschusszahlung nicht zugestellt worden war. Mit Schreiben vom 20.07.2005 kündigte der Bekl. erneut eine Versorgungssperre an.

Der Bekl. erklärte mehrfach die Kündigung des Mietvertrages wegen Zahlungsverzugs, zuletzt durch Schriftsatz vom 10.08.2007. Zwischen den Parteien schwebt ein Räumungsverfahren.

Der Kl. begehrt mit der Klage, dem Bekl. die angeordnete Versorgungssperre zu untersagen.

Hat der Kläger einen solchen Anspruch?

Lösung:

A. Anspruch auf Untersagung der Versorgungssperre gem. § 535 I BGB

I. Anspruch entstanden

Der Anspruch müsste entstanden sein. Dies ist hier der Fall, da die Parteien unter dem 28.07.2000 einen wirksamen Mietvertrag geschlossen haben. Gem. § 535 I 1 BGB ist der Vermieter verpflichtet, die Sache zum Gebrauch zu überlassen. Inhaltlich richtet sich der Anspruch auf Gebrauchsüberlassung danach, was vertraglich vereinbart ist. Die Gebrauchsgewährung deckt sich mit dem Umfang der Erhaltungspflicht gem. § 535 I 2 BGB. (Vgl. Palandt-Weidenkaff, BGB, § 535 Rn 17) Im vorliegenden Fall bezog der Kl. Warmwasser und Heizleistung nicht direkt vom Versorgungsunternehmen, sondern vertragsgemäß vom Bekl.. Damit ist ein Anspruch auf Untersagung der Versor-

gungssperre gem. § 535 I BGB entstanden.

II. Anspruch erloschen

Der Anspruch könnte erloschen sein. Dies ist dann der Fall, wenn das Mietverhältnis wirksam gekündigt wurde. Vorliegend kommt eine fristlose Kündigung gem. § 543 II 1 Nr. 3 BGB in Betracht. Der Kl. befand sich zum Zeitpunkt der Kündigungserklärung vom 10.08.2007 mit insgesamt acht Monatsmieten im Rückstand. Damit liegt der Kündigungsgrund gem. § 543 II 1 Nr. 3a BGB vor.

[Anm.: In der Originalentscheidung war streitig, inwieweit die außerordentliche Kündigung auf § 543 II 1 Nr. 3 BGB auf dem Mietrückstand oder dem Zahlungsverzug des Kl. beruht. Problematisch war, ob ein durch den Kl. geltend gemachtes Zurückbehaltungsrecht den Verzug i.S.v. § 543 II 1 Nr. 3b BGB hindert. Der Kl. berief sich darauf, dass der Bekl. ihm eine Nebenkostenabrechnung nicht erteilt habe, wozu er jedoch als Vermieter verpflichtet sei. Im Ergebnis ließ der kennende Senat diese Frage in Übereinstimmung mit dem Berufungsgericht offen. Weil selbst bei Bestehen des Zurückbehaltungsrechts die Verzugsvorsatzungen nicht entfallen wären, da die ausstehenden Nebenkostenabrechnungen in einem offensichtlichen Mißverhältnis zu den eingehaltenen Mietzinsen stehen. Der erkennende Senat führte dazu aus:

“Selbst wenn - was hier offen bleiben kann - der Mieter wegen nicht erteilter Nebenkostenabrechnungen neben der Zurückbehaltung der Vorauszahlungen grundsätzlich auch zur Zurückbehaltung des Grundmietzinses berechtigt wäre (zu der Streitfrage Staudinger/Weitemeyer BGB [2006] § 556 Rn. 138), wäre die Zurückbehaltung im vorliegenden Fall unberechtigt. In Anbetracht des geringen Umfangs der vom Kl. geleisteten Nebenkostenvorauszahlungen gegenüber dem Mietzinsrückstand verhielt der Kl. sich mit der Zurückbehaltung auch des Grundmietzinses jedenfalls rechtsmissbräuchlich (vgl. MünchKomm-Emmerich, BGB, § 320 Rn. 48). Wegen der offensichtlichen Diskrepanz zwischen den geleisteten Nebenkostenvorauszahlungen und dem vom Berufungsgericht festgestellten Rückstand mit der Grundmiete kommt schließlich auch der Ausnahmefall eines nach § 286 IV BGB den Verzug ausschließenden Rechtsirrtums (vgl. Palandt-Weidenkaff, BGB, § 543 Rn. 26; Palandt-Grüneberg, BGB, § 286 Rn. 34, jeweils m.w.N.) nicht in Betracht.”]

Also ist das Mietverhältnis spätestens durch die Kündigungserklärung vom 10.08.2007 beendet worden, so dass der Anspruch auf Untersagung der Versorgungssperre ab diesem Zeitpunkt mit Wirkung ex nunc erloschen ist.

B. Anspruch auf Untersagung der Versorgungssperre aus nachvertraglicher Pflicht gem. § 242 BGB

Der Kl. könnte einen Anspruch auf Untersagung der Versorgungssperre aus einer nachvertraglichen Pflicht haben.

I. Grundsatz

Grundsätzlich endet mit der Mietvertragsbeendigung auch die Pflicht des Vermieters zur Gebrauchsüberlassung gemäß § 535 I BGB. Das führt dazu, dass kein Anspruch auf Aufrechterhaltung der Versorgungsleistungen nach Vertragsschluss besteht.

II. Ausnahme

Ausnahmsweise können auch nach Vertragsbeendigung nach dem Grundsatz von Treu und Glauben einzelne Verpflichtungen des Vermieters fortbestehen, wozu auch die Pflicht zur Erbringung der Versorgungsleistungen gehören kann (MünchKomm-Bieber, BGB, § 546a Rn 47 ff). Solche nachvertraglichen Verpflichtungen können sich im Einzelfall aus der Art des beendeten Schuldverhältnisses ergeben (z.B. Wohnraummiete) oder aber aus den besonderen Gegebenheiten (z.B. Gesundheitsgefährdung oder dem Mieter drohender besonders hoher Schaden).

Fraglich ist jedoch, ob derlei Umstände hier vorliegen. Zu berücksichtigen ist dabei, dass eine über die Vertragsbeendigung hinausgehende Verpflichtung nur den Interessen des Mieters Rechnung trägt (vgl. Staudinger-Rolfs, BGB, [2006] § 546a Rn 6). Also läßt sich eine aus § 242 BGB herzuleitende Pflicht des Vermieters nur dann rechtfertigen, wenn diese den berechtigten Interessen des Vermieters nicht zuwiderläuft. Mithin dürfte dem Vermieter die Erbringung der weiteren Leistung nicht unzumutbar sein.

[Anm.: Der erkennende Senat führte dazu aus:

“[17] Nach diesen Grundsätzen kann der Vermieter etwa zur Fortsetzung von Versorgungsleistungen verpflichtet sein, wenn dem Mieter eine Räumungsfrist nach §§ 721, 765 a, 794 a ZPO gewährt worden ist und dem Vermieter wegen der regelmäßig entrichteten Nutzungsentschädigung kein Schaden entsteht. Das Problem stellt sich nicht, wenn der Mieter Versorgungsleistungen aufgrund eigener Vertragsbeziehung zum Versorgungsunternehmen bezieht. Dann droht dem Vermieter durch die weitere Versorgung der Mieträume mit Wasser, Strom und Heizenergie kein Schaden, sodass er nicht berechtigt ist, die Versorgungseinrichtungen zu sperren, um wegen anderer Forderungen Druck auf den Mieter auszuüben.”]

Hier ist zu berücksichtigen, dass die Beendigung der Vertragsbeziehungen auf dem Zahlungsrückstand des Mieters mit der Miete beruht. Wäre der Vermieter verpflichtet, die Versorgungsleistungen aufrecht zu erhal-

ten, dann müsste der Vermieter diese Leistungen auf eigene Kosten erbringen, weil der Mieter selbst keine Vertragsbeziehung zu den Versorgungsunternehmen unterhält. Es bestünde im Anschluss daran die Gefahr, dass der Vermieter die verauslagten Kosten vom Mieter nicht erstatte bekäme, wodurch ein - weiterer - Schaden entstünde. Der erkennende Senat führte dazu aus:

“[18] [...] Weil ihm unter diesen Umständen die Fortsetzung der Leistungen nicht zuzumuten ist, ist der Vermieter jedenfalls bei der Geschäftsraummiete regelmäßig nicht mehr verpflichtet, dem Mieter weitere Versorgungsleistungen zu erbringen. Den Vermieter trifft dann nur noch die Abwicklungspflicht, dem Mieter die Unterbrechung der Versorgungsleistungen so frühzeitig anzukündigen, dass dieser sich darauf einstellen kann.”

[Anm.: Beachten Sie, dass der erkennende Senat diese Grundsätze ausdrücklich nur auf die Gewerbemiete anwendet. Um die Unterbrechung der Versorgungsleistungen aus der Wohnraummiete zu rechtfertigen, deutet der BGH an, dass höhere Anforderungen als an diejenigen der Gewerbemiete zu stellen sind. Welche dies im Detail sind, konkretisiert der erkennende Senat mangels Entscheidungserheblichkeit nicht. (Vgl. Palandt-Bassenge, BGB, § 862 Rn 4 m.w.N.)]

Im vorliegenden Fall besteht also keine über die Vertragsbeendigung andauernde Leistungspflicht des Bekl.. Der Mietrückstand belief sich zum Zeitpunkt der Kündigung auf acht Monate. Dem Bekl. droht daher ein erheblicher Schaden, der sich bei fortbestehender Versorgungspflicht ständig vergrößern würde und der ihm die Weiterbelieferung des Kl. unzumutbar macht. Da die vom Bekl. wiederholt ausgesprochenen Androhungen einer Einstellung der Leistungen keine Wirkung gezeigt haben, musste der Bekl. diese auch nicht mehr übergangsweise erbringen.

Mithin ist kein Anspruch gem. § 242 BGB gegeben.

C. Anspruch auf Untersagung der Versorgungssperre gem. §§ 862 I 2, 858 I BGB

Der Kl. könnte einen Anspruch auf Untersagung der Versorgungssperre gem. §§ 862 I, 858 I BGB haben.

I. Gläubiger des Anspruchs

Anspruchsteller müsste unmittelbarer Besitzer sein. Dem Kl. wurde das Mietobjekt in Erfüllung der vormaligen vertraglichen Pflicht gem. § 535 I 1 BGB überlassen. Damit wurde der unmittelbare Besitz des Kl. an der Immobilie begründet (vgl. Palandt-Weidenkaff, BGB, § 535 Rn 35). Damit ist der Kl. Gläubiger des Anspruchs.

II. Schuldner des Anspruchs

Schuldner ist derjenige, der die Besitzstörung durch seine Handlung selbst bewirkt hat (unmittelbarer Handlungsstörer) oder von dessen Willensbetätigung durch einen Dritten (mittelbaren Handlungsstörer) oder eine Sache (Zustandsstörer) adäquat verursacht ist. Hier hat der Bekl. den Heizkessel und damit die Warmwasserversorgung stillgelegt. Also ist der Bekl. als Handlungsstörer Schuldner.

III. Verbotene Eigenmacht gem. § 858 I BGB

Fraglich ist jedoch, ob durch die Stilllegung des Heizkessels verbotene Eigenmacht gem. § 858 I BGB verübt wurde. Diese ist dann gegeben, wenn dem Besitzer ohne dessen Willen der Besitz entzogen wird oder er im Besitz gestört wird, sofern die Entziehung oder die Störung widerrechtlich ist.

Ob die Versorgungssperre durch den Vermieter verbotene Eigenmacht gem. § 858 I BGB begründet, ist umstritten.

1. Überwiegende Auffassung in Literatur und Rechtsprechung

Die Überwiegende Auffassung in der Literatur und Rechtsprechung bejaht das Vorliegen von verbotener Eigenmacht bei der Unterbrechung von Versorgungsleistungen (vgl. OLG Köln NZM 2005, 67; OLG Saarbrücken OLGR 2005, 218; OLG Celle NZM 2005, 741; OLG Koblenz OLGR 2001, 2; Staudinger/Bund BGB [2007] § 858 Rdn. 53 m.w.N.; Gaier ZWE 2004, 109, 113). Verbotene Eigenmacht sei deswegen zu bejahen, weil sämtliche Einwendungen des Vermieters gegen seine (vertragliche) Verpflichtung zur Erbringung von Versorgungsleistungen petitorische Einwendungen seien, welche gegenüber possessorischen Besitzschutzansprüchen gem. § 863 BGB ausgeschlossen seien. Demgemäß läge verbotene Eigenmacht vor.

2. Mindermeinung in der Literatur und Rechtsprechung

Dem gegenüber stimmen andere Teile der Rechtsprechung und Literatur der vom Berufungsgericht im vorliegenden Fall vertretenen Meinung zu, die Unterbrechung der Versorgung betreffe nur den aus dem Vertrag herzuleitenden Mietgebrauch und sei daher keine verbotene Eigenmacht (KG - 12. Zivilsenat - NZM 2005, 65; LG Berlin Grundeigentum 2009, 518; AG Bergheim ZMR 2005, 53; AG Hohenschönhausen Grundeigentum 2007, 1127; Scholz NZM 2008, 387, 388 f.; Krause Grundeigentum 2009, 484).

Demnach wäre verbotene Eigenmacht abzulehnen.

3. Mindermeinung in der Literatur

Andere Literaten gehen davon aus, dass die Unterbrechung von Versorgungsleistungen zwar grundsätzlich verbotene Eigenmacht sei. Eine Einschränkung sei jedoch für die Fälle zu machen, in denen der Vermie-

ter es unterlasse, eine Vorleistung zu erbringen, für die er selbst im Außenverhältnis (z.B. zum Energieversorgungsbetrieb) hafte, wenn er nach vertraglichen Grundsätzen hierzu nicht mehr verpflichtet sei (MünchKomm-Joost, BGB, § 858 Rn. 6; Soergel-Stadler, BGB, 13. Aufl. § 858 Rn. 8; Streyll, WuM 2006, 234, 236 f.).

Weil hier eine Vertragspflicht des Bekl. Hinsichtlich der Aufrechterhaltung der Versorgung wegen der wirksamen Kündigung nicht mehr bestand, wäre demnach keine verbotene Eigenmacht durch den Bekl. verübt worden.

4. Rechtsauffassung des erkennenden Senats

Der erkennende Senat verneint in Übereinstimmung mit dem Berufungsgericht das Vorliegen von verbotener Eigenmacht i.S.v. § 858 I BGB. Die für die Nutzung des Mietobjekts erforderlichen Energielieferungen seien nicht Bestandteil des Besitzes und könnten daher auch nicht Gegenstand von verbotener Eigenmacht seien.

Der erkennende Senat führte dazu aus:

“[25] Der Besitz umfasst - unabhängig von Sinn und Zweck des Besitzschutzes (dazu Staudinger-Bund BGB [2007] Vorbem. §§ 854 ff. Rn. 13 ff.; Soergel-Stadler, BGB, vor § 854 Rn. 2) - lediglich den Bestand der tatsächlichen Sachherrschaft. Der Besitz wird nach § 854 I BGB durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt erworben und durch die Aufgabe oder den Verlust derselben beendet (§ 856 I BGB). Der Besitz besteht als Voraussetzung des Besitzschutzes demnach in dem dauernden Zustand der tatsächlichen Gewalt (Planck-Brodmann, BGB, 5. Aufl. § 854 Anm. 2), welche mit der Einwirkungsmacht auf die Sache und der Ausschlussmacht zwei Komponenten enthält (vgl. Staudinger-Bund, BGB, [2007] § 854 Rn. 4, 5). Einzelne Modifikationen nach der Verkehrsanschauung (s. Soergel-Stadler, BGB, vor § 854 Rn. 1, 4, 5) oder die Besonderheiten des Eigenbesitzes nach § 872 BGB (hierzu und zur Entstehung des Besitzrechts des BGBs. Ernst Eigenbesitz und Mobiliarerwerb S. 3 ff.) sind hier nicht von Bedeutung.

[26] Eine verbotene Eigenmacht nach §§ 858, 862 BGB setzt daher voraus, dass in die tatsächliche Sachherrschaft eingegriffen worden ist. Ein Eingriff liegt nur vor, wenn der Besitzer in dem Bestand seiner tatsächlichen Sachherrschaft beeinträchtigt wird. Beim Besitz von Räumen liegt ein Eingriff etwa dann vor, wenn der Zugang des Besitzers zu den Räumen erschwert oder vereitelt wird oder wenn in anderer Form in einer den Besitzer behindernden Weise auf die Mieträume eingewirkt wird (vgl. auch BGH Urteil vom 27.04.1971 - VI ZR 191/69 - VersR 1971, 765).”

Ein solcher Umstand ist bei der Einstellung oder Un-

terbrechung von Versorgungsleistungen nicht gegeben. Der Zufluss von Versorgungsleistungen kann zwar Voraussetzung für den vertragsgemäßen Gebrauch sein, der nach Beendigung des Vertrages nicht mehr geschuldet wird. Er ist hingegen nicht Bestandteil der tatsächlichen Sachherrschaft als solcher. Die Einstellung der Versorgungsleistungen beeinträchtigt weder den Zugriff des Besitzers auf die Mieträume, noch schränkt sie die sich aus dem bloßen Besitz ergebende Nutzungsmöglichkeit ein (Ulrici, ZMR 2003, 895, 896). Versorgungsleistungen führen vielmehr dazu, dass die im Besitz liegende Gebrauchsmöglichkeit erweitert wird. Die Gewährleistung der Versorgungsleistungen kann sich demnach allein aus dem ihnen zugrunde liegenden Vertragsverhältnis ergeben. Der Besitzschutz nach §§ 858 ff. BGB gewährt dagegen nur Abwehrrechte und keine Leistungsansprüche.

[Anm.: Der erkennende Senat ergänzt:

“[28] Die Unterbrechung von Versorgungsleistungen steht daher auch nicht auf einer Stufe mit psychisch beeinträchtigenden Einwirkungen, wie etwa durch Lärm oder Lichtwerbung (so aber Hinz, NZM 2005, 841, 846; Streyl, WuM 2006, 234, 236; ähnlich Scheidacker, NZM 2005, 81, 86). Die genannten Einwirkungen behindern den Besitzer an der Ausübung der tatsächlichen Sachherrschaft und unterscheiden sich von der Versorgungssperre, die in der Einstellung von Leistungen besteht.”]

Nach dieser Ansicht läge keine verbotene Eigenmacht vor.

5. Stellungnahme

Lediglich die erstgenannte Auffassung kommt zu der Folge, dass verbotene Eigenmacht zu bejahen sei. Dem ist in Übereinstimmung mit dem erkennenden Senat nicht zuzustimmen. Ein Anspruch auf Belieferung mit Versorgungsleistungen kann sich nur aus einer vertraglichen Vereinbarung, nicht jedoch aus dem Besitzschutz ergeben. Die vertragliche Nutzung des Mieters reicht weiter als die sich aus dem Besitz ergebende Nutzungsmöglichkeit, indem sie über die Störungsfreiheit hinaus eine bestimmte Verwendung der Sache gewährleistet. Hier war zwar ursprünglich die Belieferung mit den Versorgungsleistungen durch den Bkl. vertraglich geschuldet, allerdings ist die Pflicht mit der wirksamen Kündigung des Mietvertrages erloschen. Für den Besitzschutz kommt es nicht darauf an, ob der Vermieter vorleistungspflichtig ist und auch nicht darauf, ob der Mietvertrag beendet ist oder nicht. Da der Besitzschutz allein auf tatsächliche Begebenheiten begründet ist, dürfen vertragliche Gesichtspunkte bei der Beurteilung keine Berücksichtigung finden. Genau diesen Umstand verkennt die erste Auffassung.

Also ist keine verbotene Eigenmacht gegeben. Mithin scheidet ein Anspruch aus §§ 862 I, 858 I BGB aus.

D. Ergebnis

Der Kl. hat gegenüber dem Bkl. keinen Anspruch auf Untersagung der Versorgungssperre. Die Klage hat daher keinen Erfolg.

Standort: § 222 StGB

Problem: Eigenverantwortliche Selbstgefährdung

BGH, URTEIL VOM 29.04.2009

1 STR 518/08 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Das spätere Tatopfer wandte sich an den Angeklagten, einen vorbestraften Drogendealer, weil es von diesem Kokain kaufen wollte. Der Angeklagte willigte in den Verkauf ein, übergab dem Opfer jedoch aufgrund eines Irrtums kein Kokain, sondern reines Heroin. Das Opfer konsumierte die Drogen in dem Glauben, es handele sich hierbei um Kokain, und starb an den Folgen des Konsums. Das Landgericht Ellwangen verurteilte den Angeklagten insb. wegen fahrlässiger Tötung, § 222 StGB, durch den Verkauf der Drogen. Die hiergegen gerichtete Revision des Angeklagten wies der BGH als unbegründet zurück.

Prüfungsrelevanz:

Fahrlässigkeitsdelikte sind immer wieder Gegenstand

von Prüfungsaufgaben in beiden Examen, wenn auch selten deren alleiniger Schwerpunkt. Das im vorliegenden Fall angesprochene Problem der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung des Opfers stellt gerade bei den Fahrlässigkeitsdelikten ein typisches Examenproblem dar und auch die in vorliegenden Fall maßgebliche Tathandlung des Verkaufens von Drogen wird insofern häufig gewählt. Die vorliegende Entscheidung enthält zwar keine neuen Wertungen, präzisiert jedoch die bisherige Rechtsprechung, sodass sie sicherlich dazu aufgegriffen wird, die interessante Problematik wieder zum Gegenstand von Prüfungen (vor allem Akten- bzw. Kurzvorträgen und Prüfungsgesprächen) zu machen.

Nach ständiger Rechtsprechung des BGH sowie der herrschender Literatur kann dem Täter insbesondere im Rahmen von fahrlässigen Erfolgsdelikten wie §§ 222, 229 StGB der Erfolg dann nicht zugerechnet werden, wenn sein Verhalten sich darauf beschränkt, eine eigenverantwortliche Selbstgefährdung des Opfers zu

fördern (BGHSt 32, 262; Schönke/Schröder-Lenckner/Eisele, Vorbem §§ 13 ff. Rn 101/101a; Otto, JUR-RA 1984, 536; Roxin, NStZ 1984, 411). Dies ergibt sich daraus, dass die vorsätzliche Mitwirkung an einer vorsätzlichen fremden Selbstgefährdung oder -tötung straflos wäre. Die Selbstgefährdung oder -tötung des Opfers würde nämlich keinen Straftatbestand erfüllen und somit auch keine teilnahmefähige Haupttat darstellen, sodass eine Strafbarkeit des Mitwirkenden wegen Anstiftung oder Beihilfe ausscheiden würde. Wenn aber - das betont auch der BGH in der vorliegenden Entscheidung - die vorsätzliche Mitwirkung an einer vorsätzlichen Selbstgefährdung oder -tötung straflos wäre, dann müsse dies für die fahrlässige Mitwirkung an einer fahrlässigen Selbstgefährdung oder -tötung erst Recht gelten.

Im vorliegenden Urteil betont der BGH allerdings, dass dieser Grundsatz nur dann greifen kann, wenn die Selbstgefährdung des Opfers tatsächlich eigenverantwortlich ist. In der Literatur ist zwar streitig, ob als Maßstab für die Eigenverantwortlichkeit auf die Voraussetzungen der rechtfertigenden Einwilligung zurückgegriffen werden soll (sog. Einwilligungstheorie) oder ob eine Eigenverantwortlichkeit nur in Fällen zu verneinen sein soll, die auch zum Schuldausschluss führen würden (sog. Exkulpationslehre, vgl. hierzu die Darstellung bei Wessels/Beulke, AT, Rn 189). Der BGH betont in der vorliegenden Entscheidung in Übereinstimmung mit seiner bisherigen Rechtsprechung (vgl. BGH, NStZ 1983, 72; NStZ 1986, 266, 267), dass neben einem Zustand der Schuldunfähigkeit insbesondere auch ein erheblicher Irrtum die Eigenverantwortlichkeit der Selbstgefährdung des Opfers ausschließen kann. Einen solchen Irrtum hat der BGH darin gesehen, dass das Opfer nicht wusste, dass es statt Kokain reines Heroin konsumierte. Deshalb hat der BGH dem Angeklagten des Tod des Opfers doch zugerechnet.

Vertiefungshinweise:

□ Zur Strafbarkeit gem. § 222 StGB durch Überlassen von Betäubungsmitteln: *BGHSt* 32, 262; 37, 179; *BGH*, NStZ 1985, 319; 1986, 266; 2001, 205; NJW 2000, 2286 = RA 2000, 461; *Amelung*, NJW 1996, 2393; *Beulke/Schröder*, NStZ 1991, 393

Kursprogramm:

□ *Examenskurs*: "Heroin"

Leitsätze (der Redaktion):

1. Eigenverantwortlich gewollte, mithin zumindest in Kauf genommene Selbsttötungen, -verletzungen und -gefährdungen unterfallen nicht dem Tatbestand eines Tötungs- oder Körperverletzungsdelikts. Wer sich daran beteiligt, nimmt an einem

Vorgang teil, der keine Tat im Sinne der §§ 25, 26, 27 I StGB darstellt.

2. Wer das zumindest selbst gefährdende, eigenverantwortliche Verhalten eines anderen fahrlässig veranlasst, ermöglicht oder fördert, kann zur Vermeidung eines Wertungswiderspruchs nicht strafbar sein, wenn er bei vorsätzlichem Handeln nicht strafbar machen würde.

3. Diese Straflosigkeit setzt jedoch voraus, dass der andere sich "frei und eigenverantwortlich gewollt" selbst gefährdet. An der Freiverantwortlichkeit des Selbstgefährdungsentschlusses fehlt es aber bei einem Irrtum.

4. § 30 Abs. 1 Nr. 3 BtMG ist gegenüber § 222 StGB lex specialis, sperrt aber die Anwendung des § 222 StGB nicht, wenn dieser, jedoch nicht § 30 Abs. 1 Nr. 3 BtMG erfüllt ist.

Sachverhalt:

K und Y wollten gemeinsam Kokain konsumieren. K wandte sich deshalb an den einschlägig vorbestraften Kokaindealer A. Dieser erklärte sich bereit, K und Y Kokain zu überlassen, holte aus seinem Vorrat Rauschgift und portionierte dieses in zwei zusammengerollten Zehn-Euro-Scheinen, die er K und Y zum Konsum übergab. In diesem Moment wusste er jedoch nicht, dass es sich bei dem von ihm mitgeführten Rauschgift nicht um Kokain handelte, sondern um reines Heroin. Tatsächlich hielt er das mitgebrachte Rauschgift für eine Mischung aus Kokain, Amphetamin und gekochtem Marihuana. Entweder hatte er das Heroin von seinem Lieferanten als das entsprechende Kokaingemisch erhalten oder er hatte sowohl reines Heroin als auch die entsprechende Mischung vorrätig und sorgfältswidrig die Mengen bei Herausnahme aus seinem Vorrat verwechselt. K konsumierte das Heroin und verstarb wenige Stunden später infolge eines ausschließlich hierdurch verursachten zentralen Regulationsversagens. Diese Folge hätte A bei pflichtgemäßem und sorgfältigem Handeln erkennen und vermeiden können.

Hat A sich durch den Verkauf der Drogen nach dem StGB strafbar gemacht?

Lösung:

A. Strafbarkeit gem. § 222 StGB

A könnte sich wegen fahrlässiger Tötung gem. § 222 StGB zum Nachteil des K durch den Verkauf des Heroins strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

1. Eintritt des tatbestandlichen Erfolgs

K ist tot, der Erfolg ist somit eingetreten.

2. Kausale Handlung des A

Der Verkauf des Heroins durch A müsste auch kausal für den Tod des K sein.

Eine Handlung ist dann kausal für einen Erfolg, wenn sie nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg in seiner konkreten Gestalt entfiere (sog. äquivalente Kausalität, vgl. BGHSt 39, 195, 197; 45, 270, 294 f.; Saliger, JZ 2004, 977; Pollähne, JR 2004, 429). Hätte A dem K das Heroin nicht (als Kokain) verkauft, dann hätte K es auch nicht einnehmen können und wäre nicht an dem Konsum der Droge gestorben. Der Verkauf des Heroins kann also nicht hinweggedacht werden, ohne dass der Tod des K entfiere. Die Handlung des A ist somit kausal für den Erfolg.

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

Der Verkauf des Heroins durch A müsste eine objektive Sorgfaltspflichtverletzung darstellen und es müssten auch der konkrete Erfolg und der wesentliche Kausalverlauf objektiv vorhersehbar gewesen sein.

Hierzu führt der BGH aus: “[10] Als der Angeklagte das Rauschgift zum Konsumieren zur Verfügung stellte, verhielt er sich [...] insofern sorgfaltswidrig, als er dabei unter Berücksichtigung des Vorverhaltens der Beteiligten (konkludent) zum Ausdruck brachte, dem Wunsch Ks und seiner Zusage entsprechend handle es sich um Kokain. Denn eine solche Erklärung durfte der Angeklagte nur abgeben, wenn er sich zuvor vergewissert hätte, dass er tatsächlich dieses Rauschmittel aushändigt. In diesem Fall hätte er das tatsächliche Risiko und die daraus erwachsenden Folgen ebenso erkennen können (vgl. Hardtung in MüKo-StGB § 222 Rdn. 22) wie den Umstand, dass K sein sich selbst gefährdendes Verhalten falsch einschätzen würde.

[11] Einer solchen Prüfungspflicht steht nicht entgegen, dass der unerlaubte Umgang mit Betäubungsmitteln generell und hier konkret das Überlassen zum unmittelbaren Verbrauch (§ 29 Abs. 1 Nr. 6b 2. Alt. BtMG) unter Strafe gestellt ist. Denn anderenfalls würde derjenige, der sich in ohnehin strafbarer Weise verhält, gegenüber demjenigen besser gestellt, der grundsätzlich erlaubt potentiell risikobehaftete Stoffe an andere weitergibt. Beispielsweise haben Ärzte und Apotheker zuvor zu prüfen, ob sie dem Kunden das richtige Medikament aushändigen. Eine solche Auslegung würde darüber hinaus dem vom Gesetzgeber verfolgten Ziel zuwiderlaufen, gerade die durch unerlaubte Betäubungsmittel verursachten Gefahren einzudämmen. Ob sich eine solche Prüfungspflicht auch auf den jeweiligen Wirkstoffgehalt des von den Beteiligten (qualitativ und quantitativ) zutreffend eingestuften Rauschmittels erstreckt, braucht der Senat nicht zu entscheiden. Bei solchen Konstellationen wird jedenfalls zumeist - worauf der Generalbundes-

anwalt zu Recht hingewiesen hat - keine relevante Abweichung von der Vorstellung des Rauschmittelkonsumenten hinsichtlich des von ihm eingegangenen Risikos und damit ein eigenverantwortliches Verhalten vorliegen.”

A hat sich also objektiv sorgfaltspflichtwidrig verhalten. Es war auch objektiv vorhersehbar, dass K die an ihn verkauften Drogen konsumieren und aufgrund der Tatsache, dass es sich dabei nicht um Kokain, sondern um reines Heroin handelte, am Konsum sterben würde. Die i.R.v. § 222 StGB erforderliche objektive Sorgfaltspflichtverletzung und Vorhersehbarkeit sind somit gegeben.

4. Objektive Zurechnung

Der Tod des K müsste dem A auch als “sein Werk” zuzurechnen sein.

a. Pflichtwidrigkeitszusammenhang

Die objektive Zurechnung setzt zunächst das Vorliegen des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs voraus. Dieser ist gegeben, wenn der Erfolg bei pflichtgemäßem Verhalten nicht eingetreten wäre (Fischer, Vor § 13 Rn 29).

Hätte A sich pflichtgemäß verhalten und sich vor der Übergabe der verkauften Drogen davon vergewissert, dass es sich bei diesen tatsächlich um Kokain und nicht um reines Heroin handelte, dann hätte er K gar nicht die falschen Drogen übergeben, der hätte sie nicht konsumieren können und wäre dann auch nicht an den Wirkungen des Heroins gestorben. Der Pflichtwidrigkeitszusammenhang ist somit gegeben.

b. Schutzzweckzusammenhang

Auch der Schutzzweckzusammenhang müsste gegeben sein, d.h. es müsste zumindest auch Sinn und Zweck der vom Täter verletzten Sorgfaltsnorm sein, den konkreten Erfolg zu verhindern.

Sinn und Zweck der von A verletzten Sorgfaltsnorm, beim Verkauf von Drogen darauf zu achten, dass auch nur die tatsächlich vom Käufer gewünschten Drogen übergeben werden, ist es, den Kunden davor zu bewahren, irrig “falsche” Drogen zu konsumieren und so ggf. sein eigenes Leben zu gefährden. Der Schutzzweckzusammenhang ist also gegeben.

c. Keine eigenverantwortliche Selbstgefährdung

Der tatbestandliche Erfolg ist dem Täter auch dann nicht zuzurechnen, wenn seine Sorgfaltspflichtverletzung nur in der Förderung einer eigenverantwortlichen Selbstgefährdung und -verletzung des Opfers besteht (BGHSt 32, 262; Roxin, NStZ 1984, 410).

Der BGH erklärt nicht nur den Grund hierfür, sondern führt auch für den vorliegenden Fall aus: “a) [5] Allerdings trifft es zu, dass eigenverantwortlich gewollte, mithin zumindest in Kauf genommene Selbsttötun-

gen, -verletzungen und -gefährdungen nicht dem Tatbestand eines Tötungs- oder Körperverletzungsdelikts unterfallen. Wer sich daran beteiligt, nimmt an einem Vorgang teil, der - soweit es um die Strafbarkeit wegen eines solchen Delikts geht - keine Tat im Sinne der §§ 25, 26, 27 Abs. 1 StGB darstellt. Der sich vorsätzlich Beteiligende kann nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs infolgedessen nicht als Anstifter oder Gehilfe bestraft werden. Wer das zumindest selbst gefährdende, eigenverantwortliche Verhalten eines anderen fahrlässig veranlasst, ermöglicht oder fördert, kann zur Vermeidung eines Wertungswiderspruchs nicht strafbar sein, wenn er sich im Falle vorsätzlichen Handelns nicht strafbar machen würde (grundlegend BGHSt 32, 262, 263 ff.; s. auch BGH NStZ 2001, 205).

b) [6] Hieran gemessen hat sich der Angeklagte auch wegen fahrlässiger Tötung strafbar gemacht.

aa) [7] Denn die Straflosigkeit eines Beteiligten setzt voraus, dass der andere sich "frei und eigenverantwortlich gewollt" selbst gefährdet (vgl. BGH NStZ 1985, 25, 26; NStZ 1985, 319). Die Freiverantwortlichkeit des Selbstgefährdungsentschlusses begrenzt die Strafbarkeit (vgl. Jähnke in LK 11. Aufl. § 222 Rdn. 21). An dieser fehlt es aber nicht nur, wenn ein autonomes Handeln beispielsweise infolge einer Intoxikationspsychose ausgeschlossen ist (BGH NStZ 1983, 72), sondern auch bei einem die Selbstverantwortlichkeit betreffenden Irrtum (vgl. BGH NStZ 1986, 266, 267).

[8] Einem derartig rechtserheblichen Irrtum war K unterlegen. Zwar hat der Generalbundesanwalt in seiner Zuschrift zutreffend darauf hingewiesen, dass den sich am illegalen Umgang mit Betäubungsmitteln beteiligenden Personen die Wirkstoffkonzentration und der Gehalt eventuell beigemengter Stoffe regelmäßig nicht bekannt sind und Konsumenten daher riskieren, nicht nur eine zu hohe Dosierung des von ihnen gewünschten Rauschgifts, sondern zusätzlich unbekanntes, möglicherweise ebenfalls gesundheitsgefährdende Stoffe zu sich zu nehmen. Das vom Landgericht festgestellte Geschehen lag aber außerhalb eines solchen üblichen Gefahrenbereichs, so dass K das von ihm eingegangene Risiko grundlegend verkannte. Denn er erhielt vom Angeklagten nicht - wie gewünscht und ihm zugesagt - Kokain, das lediglich einen höheren Wirkstoffgehalt hatte, als von ihm angenommen, und dem weitere Substanzen beigegeben waren, sondern Heroin. Dieses ist nicht nur generell gefährlicher als Kokain, wie die deutlich divergierenden Grenzwerte für die jeweils nicht geringe Menge erkennen lassen (vgl. BGHSt 32, 162: 1,5 g Heroinhydrochlorid; BGHSt 33, 133: 5 g Kokainhydrochlorid), sondern

war vorliegend "rein" und damit von weit überdurchschnittlicher Gefährlichkeit (vgl. den Deutschland betreffenden Bericht 2007 des nationalen Knotenpunkts des Europäischen Informationsnetzwerks zu Drogen und Sucht [REITOX] an die Europäische Beobachtungsstelle für Drogen und Drogensucht, S. 122, 125, wonach im Jahr 2006 der durchschnittliche Wirkstoffgehalt von Heroin im Straßenhandel 15,6 % und im Großhandel 38,1 % betrug). [...]

[12] Gegen die Strafbarkeit wegen fahrlässiger Tötung spricht ferner nicht die Kontrollüberlegung, ob der Angeklagte bei vorsätzlichem Verhalten straflos geblieben wäre. Dies wäre nicht der Fall. Denn hätte der Angeklagte dem lediglich Kokain erwartenden K vorsätzlich reines Heroin zum Konsumieren ausgehändigt, ohne ihn darüber aufzuklären, wäre er wegen eines in mittelbarer Täterschaft (§ 25 Abs. 1 2. Alt. StGB) begangenen vorsätzlichen Tötungsdelikts zu verurteilen gewesen, wobei die Annahme eines Heimtückemordes nahe gelegen hätte. Das sog. Teilnahmeargument geht somit fehl, weil K irrtumsbedingt das tatsächliche Risiko verkannte."

Da das Verhalten des K keine eigenverantwortliche Selbstgefährdung darstellt, ist eine Zurechnung des Todes des K nicht ausgeschlossen. Der Tod des K ist dem A also zuzurechnen.

II. Rechtswidrigkeit

A handelte rechtswidrig.

III. Schuld

A müsste auch schuldhaft gehandelt haben.

Der insofern erforderliche Fahrlässigkeitsschuldvorwurf setzt voraus, dass der Täter nach seinen persönlichen Fähigkeiten und dem Maß seines individuellen Könnens imstande war, die objektive Sorgfaltspflicht zu erkennen und die sich daraus ergebenden Sorgfaltspflichten zu erfüllen; auch der tatbestandliche Erfolg und der Kausalverlauf in seinen wesentlichen Zügen müssen subjektiv voraussehbar gewesen sein (subjektive Sorgfaltspflichtverletzung bei subjektiver Vorhersehbarkeit). Dies ist jedoch im vorliegenden Fall gegeben.

A hat also schuldhaft gehandelt.

IV. Ergebnis

A ist strafbar gem. § 222 StGB.

B. Strafbarkeit gem. § 229 StGB

Die mitverwirklichte fahrlässige Körperverletzung, § 229 StGB, tritt als notwendiges Durchgangsstadium hinter die fahrlässige Tötung zurück.

*Literaturauswertung**Öffentliches Recht*

Autor/Titel:	Frenz, Walter / Kühl, Andrea: "Deutsche Grundrechte und Europarecht"
Fundstelle:	JURA 2009, 401 (Heft 6)
Inhalt:	Der Beitrag befasst sich mit einem Thema, das anlässlich der Entscheidung des BVerfG zum Verfassungsvertrag von Lissabon am 30.6.2009 aktueller nicht sein könnte. Die Autoren stellen sehr kompakt die unterschiedlichen Sichtweisen des EuGH und BVerfG zum Verhältnis des nationalen Rechts zum Europarecht dar (Stichwort: "Solange"-Rechtsprechung des BVerfG).

Zivilrecht

Autor/Titel:	Lorenz, Stephan: "Die Reichweite der kaufrechtlichen Nacherfüllungspflicht durch Neulieferung"
Fundstelle:	NJW 2009, 1633 (Heft 23)
Inhalt:	Der VIII. Senat des BGH hat erneut grundlegende Fragen zur kaufrechtlichen Nacherfüllung dem EuGH zur Entscheidung vorgelegt (BGH, Beschluss vom 14.01.2009 - VIII ZR 70/08 = RA 2009, 165). Im Kern der Betrachtung stehen zwei Aspekte, zum einen die Richtlinienkonformität der absoluten Unverhältnismäßigkeit gem. § 439 III 1 BGB sowie die Frage der verschuldensunabhängigen Demontagepflicht des Verkäufers, wenn der Käufer die Sache bestimmungsgemäß eingebaut hat. Der Beitrag befasst sich mit letzterer Problematik und vermittelt einen Gesamtüberblick unter Berücksichtigung etwaiger Folgen einer Entscheidung durch den EuGH. Ein Problem von höchster Examensrelevanz.

Autor/Titel:	Schlinder, Steffen: "Rückgriffsansprüche des Bürgen nach Zahlung auf eine mit einer dauernden Einrede behafteten Forderung"
Fundstelle:	Jura 2009, 404 (Heft 6)
Inhalt:	Der Autor befasst sich mit der Frage, welche Rückgriffsmöglichkeiten der leistende Bürge hat, wenn die gesicherte Forderung mit einer dauerhaften Einrede behaftet ist. Ansprüche kommen sowohl gegen den Gläubiger (§§ 812 I 1 1.Fall, 813 I 1 BGB) als auch gegen den Hauptschuldner (§ 670; §§ 675, 670 BGB) in Betracht. Wegen der hohen Relevanz des Kreditsicherungswesens für die Examensklausuren ist dieser Beitrag empfehlenswert.

Strafrecht

Autor/Titel:	Grabow, Stefan: "Die sukzessive Anstiftung"
Fundstelle:	JURA 2009, 408 (Heft 6)
Inhalt:	Während sukzessive Mittäterschaft und Beihilfe klassische Examensprobleme sind, ist die sog. "sukzessive Anstiftung" erst in jüngerer Zeit diskutiert worden. Auf den ersten Blick scheint sie unsinnig: Wie soll der Teilnehmer einen Haupttäter, der mit der Haupttat schon begonnen hat, also bereits Tatenschluss haben muss, zur Haupttat bestimmen können, da dies doch das Hervorrufen des Tatenschlusses voraussetzt? Der Verfasser zeigt jedoch auf, dass dies zumindest bei Dauerdelikten durchaus denkbar ist, vergleicht die Konstellation mit derjenigen beim Haupttäterexzess und zeigt die Voraussetzungen für eine sukzessive Anstiftung.