

## Öffentliches Recht

### Standort: Europarecht

### Problem: Diskriminierungsverbot

EUGH, URTEIL VOM 13.04.2010  
C-73/08 (EUZW 2010, 465)

#### **Problemdarstellung:**

Dieses mit Spannung erwartete Urteil des EuGH bezieht Stellung zur Reichweite des allgemeinen Diskriminierungsverbots des Art. 18 AEUV. Danach ist in den EU-Mitgliedsstaaten jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verboten, soweit sie nicht durch andere Bestimmungen der EU-Verträge gerechtfertigt werden kann. Im konkreten Fall hatte Belgien eine bestimmte prozentuale Anzahl von Studienplätzen vor allem im Bereich der Heilberufe Personen mit Wohnsitz in Belgien vorbehalten, um auf diese Weise einer Flut von vor allem französischsprachigen Bewerbern entgegenzuwirken, die in ihrer Heimat aufgrund strengerer Zulassungsbestimmungen keinen Studienplatz erhalten hatten.

A. Der EuGH sieht in dieser Regelung eine (mittelbare) Diskriminierung, die an Art. 18 AEUV zu messen sei. Zwar werde unmittelbar nicht nach Staatsangehörigkeit, sondern nach Wohnsitz differenziert, sodass es sich vordergründig nur um eine Ungleichbehandlung zwischen in Belgien ansässigen und nichtansässigen Studierenden handle. Das Ansässigkeitserfordernis sei jedoch von Inländern leichter zu erfüllen als von Angehörigen anderer Mitgliedstaaten, sodass eine mittelbare Diskriminierung aufgrund ungleicher Wirkung vorliege (vgl. schon EuGH, Slg. 1999, I-3289, Rz. 23 und 24 - Meeusen).

B. Eine solche Ungleichbehandlung bedarf der Rechtfertigung. Hierzu berief sich Belgien vor allem auf Gefahren für das belgische Gesundheitswesen. Viele ausländische Akademiker kehrten nach ihrem Studium in ihre Heimat zurück. Müssten knappe Studienplätze im medizinischen Bereich an diese vergeben werden, sei der Nachwuchs im belgischen Gesundheitswesen und damit am Ende die medizinische Versorgung der Bevölkerung gefährdet. Der EuGH stellt hierzu viererlei fest: Erstens sei das Funktionieren des Gesundheitswesens durchaus ein als Rechtfertigung in Betracht kommender Gesichtspunkt. Zweitens sei es nicht Sache des EuGH, sondern Sache der belgischen Gerichte zu prüfen, ob eine Gefahr für das belgische Gesundheitswesen tatsächlich bestehe. Drittens obliege die Beweislast hierfür dem Staat, und viertens müs-

se selbst dann, wenn eine solche Gefahr bestehe, der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Schranken-Schranke gewahrt bleiben.

C. Am Rande prüft der EuGH noch die Ausstrahlungswirkung des von der Generalversammlung der Vereinten Nationen am 16. Dezember 1966 angenommenen und am 3. Januar 1976 in Kraft getretenen Internationalen Pakts über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte auf das nationale Recht. Diese Passagen sind nachstehend auch wiedergegeben, für die juristischen Staatsexamina jedenfalls im Pflichtfach aber nicht relevant.

#### **Prüfungsrelevanz:**

Aus der EuGH-Entscheidung lassen sich diverse examensrelevante Fälle bauen. Wichtig zu wissen ist hierzu, dass das Gemeinschaftsrecht Anwendungsvorrang vor dem nationalen Recht genießt. Verstößt also eine nationale Regelung gegen den AEUV, darf sie insoweit nicht angewendet werden. Man stelle sich bspw. einen Fall vor, in dem ein deutsches Gesetz den Zugang zu Studienplätzen regelt und diesen kontingentiert, wobei ein Anknüpfungspunkt der Wohnsitz ist. Begehrte dann ein EU-Bürger, der das Wohnsitzkriterium nicht erfüllt, Zugang zum Studium, müsste gefragt werden, ob sein diesbezüglicher Anspruch wirklich ausgeschlossen ist, oder ob nicht eine Anwendung des fraglichen Paragraphen im Lichte des Gemeinschaftsrechts ausgeschlossen ist.

Der EuGH prüft hier das Diskriminierungsverbot aus Art. 18 AEUV übrigens in Verbindung mit der Freizügigkeit aus Art. 21 AEUV als einheitliches Recht, also ohne insoweit zwischen den beiden Bestimmungen zu differenzieren.

#### **Vertiefungshinweise:**

- Diskriminierungsbegriff des EuGH: *EuGH*, Slg. 1996, I-3089 - Asscher; Slg. 1995, I-2493 - Wielockx
- Auswirkungen der "Antidiskriminierungsrichtlinie 2000/78/EG auf das nationale Recht: *VG Stuttgart*, RA 2009, 423 = *NVwZ* 2009, 671; *LG Karlsruhe*, RA 2009, 426 = *NVwZ-RR* 2009, 438

#### **Kursprogramm:**

- Examenskurs*: "Architekt in Nöten"

**Leitsätze:**

**1. Die Art. 18 und 21 AEUV stehen einer nationalen Regelung wie der in den Ausgangsverfahren streitigen entgegen, die die Zahl der als nicht in Belgien ansässig angesehenen Studierenden, die sich zum ersten Mal für einen medizinischen oder paramedizinischen Studiengang an einer Hochschuleinrichtung einschreiben können, beschränkt, es sei denn, das vorlegende Gericht stellt nach Würdigung aller von den zuständigen Stellen angeführten relevanten Gesichtspunkte fest, dass diese Regelung im Hinblick auf das Ziel des Schutzes der öffentlichen Gesundheit gerechtfertigt ist.**

**2. Die zuständigen Stellen können sich nicht auf Art. 13 II c des von der Generalversammlung der Vereinten Nationen am 16. Dezember 1966 angenommenen und am 3. Januar 1976 in Kraft getretenen Internationalen Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte berufen, wenn das vorlegende Gericht feststellt, dass das Dekret der Französischen Gemeinschaft vom 16. Juni 2006 zur Regelung der Studierendenzahl in bestimmten Studiengängen des ersten Zyklus des Hochschulunterrichts nicht mit den Art. 18 und 21 AEUV vereinbar ist.**

**Sachverhalt (vereinfacht):**

Nachdem die Republik Frankreich die Zulassung zu bestimmten Studiengängen - vor allem solchen mit medizinischer Ausrichtung - beschränkt hatte, zog es viele französische Studierende in den französischsprachigen Teil des Königreichs Belgien, um dort ein gleichwertiges Hochschulstudium absolvieren zu können. Durch diesen Zustrom sahen sich die belgischen Behörden veranlasst, per Dekret vom 16. Juni 2006 zu bestimmen, dass für Personen, die im Zeitpunkt ihrer Bewerbung keinen Hauptwohnsitz in Belgien vorweisen können, der Zugang zu belgischen Hochschulen in bestimmten Studiengängen - namentlich wiederum vor allem solchen mit medizinischer Ausrichtung - dergestalt beschränkt wird, dass ihr Anteil einen bestimmten Prozentsatz nicht übersteigen darf (zunächst 30%).

Noch im Jahre 2006 reichten die Kläger der Ausgangsverfahren beim Verfassungsgerichtshof in Belgien eine Klage auf Nichtigerklärung dieses Dekrets ein. Bei ihnen handelt es sich zu einem Teil um Studierende insbesondere französischer Staatsangehörigkeit, die sich durch das Dekret an der Einschreibung an einer Hochschuleinrichtung gehindert sehen, zu einem Teil um Lehrer an vom Dekret vom 16. Juni 2006 betroffenen Universitäten und Hochschulen, die in der Anwendung dieses Dekrets eine direkte und unmittelbare Gefahr für ihre Beschäftigung sehen, da es letztlich zu einer Verringerung der Zahl der bei ihren Bildungseinrichtungen eingeschriebenen Studie-

renden führe.

Alle Kläger rügen eine Verletzung des europäischen Diskriminierungsverbots und der Freizügigkeit (Art. 12 und 18 EG, heute Art. 18 und 21 AEUV). Ferner verweisen sie auf den von der Generalversammlung der Vereinten Nationen am 16. Dezember 1966 angenommenen und am 3. Januar 1976 in Kraft getretenen Internationalen Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (im Folgenden: Pakt). In dessen Art. 2 II heißt es auszugsweise: "Die Vertragsstaaten verpflichten sich, zu gewährleisten, dass die in diesem Pakt verkündeten Rechte ohne Diskriminierung hinsichtlich [...] der nationalen [...] Herkunft [...] ausgeübt werden. In Art. 13 II c des Paktes heißt es: "Die Vertragsstaaten erkennen an, dass im Hinblick auf die volle Verwirklichung [des Rechts eines jeden auf Bildung] [...] der Hochschulunterricht auf jede geeignete Weise, insbesondere durch allmähliche Einführung der Unentgeltlichkeit, jedermann gleichermaßen entsprechend seinen Fähigkeiten zugänglich gemacht werden muss."

Demgegenüber meint die Beklagte, das Dekret sei notwendig, um die Grundversorgung des belgischen Gesundheitswesens mit akademischen Nachwuchskräften nicht zu gefährden. Aus dem Pakt folge i.Ü. das genaue Gegenteil: Gerade weil Belgien auch breiter Zugang zu einem Hochschulunterricht von guter Qualität in Belgien gewährt werden müsse, wie es sich aus Art. 13 II c des Paktes ergebe, habe zum Schutze dieses Rechts das Dekret erlassen werden müssen.

Der Verfassungsgerichtshof hat das Verfahren ausgesetzt und dem EuGH folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1. Sind die Art. 12 I EG und 18 I EG in Verbindung mit Art. 149 I, II 2. Gedankenstrich EG sowie mit Art. 150 II, 3. Gedankenstrich EG in dem Sinne auszulegen, dass diese Bestimmungen verhindern, dass eine für den Hochschulunterricht zuständige autonome Gemeinschaft eines Mitgliedstaats, die mit einem Zustrom von Studierenden eines benachbarten Mitgliedstaats in mehreren, hauptsächlich mit öffentlichen Mitteln finanzierten Ausbildungen medizinischer Art konfrontiert ist, und zwar infolge einer restriktiven Politik dieses benachbarten Mitgliedstaats, Maßnahmen ergreift, wie sie im Dekret [vom 16. Juni 2006] festgelegt sind, wenn diese Gemeinschaft triftige Gründe dafür anführt, dass diese Situation die öffentlichen Finanzen übermäßig zu belasten und die Qualität des erteilten Unterrichts zu beeinträchtigen droht?

2. Macht es für die Beantwortung der ersten Frage einen Unterschied, wenn diese Gemeinschaft beweist, dass diese Situation zur Folge hat, dass zu wenig in dieser Gemeinschaft ansässige Studierende ihr Diplom erhalten, damit auf Dauer genug medizinische Fachkräfte vorhanden sind, um die Qualität des öffentlichen Gesundheitssystems in dieser Gemeinschaft zu

gewährleisten?

3. Macht es für die Beantwortung der ersten Frage einen Unterschied, wenn diese Gemeinschaft unter Berücksichtigung von Art. 149 I a.E. EG und Art. 13 II c des Paktes, der eine Stillhalteverpflichtung enthält, sich für die Aufrechterhaltung eines breiten und demokratischen Zugangs zu einem Hochschulunterricht von guter Qualität für die Bevölkerung dieser Gemeinschaft entscheidet?

### *Aus den Gründen:*

#### *A. Zur ersten und zur zweiten Frage*

[27] Mit seinen ersten beiden Fragen, die zusammen zu prüfen sind, möchte das vorlegende Gericht wissen, ob das Unionsrecht einer Regelung eines Mitgliedstaats wie der in den Ausgangsverfahren streitigen entgegensteht, nach der die Zahl der nichtansässigen Studierenden, die sich zum ersten Mal für einen medizinischen oder paramedizinischen Studiengang an einer Hochschuleinrichtung einschreiben können, beschränkt wird, wenn dieser Mitgliedstaat infolge einer restriktiven Politik eines Nachbarmitgliedstaats einem Zustrom von Studierenden aus diesem ausgesetzt ist und diese Situation dazu führt, dass zu wenig Studierende aus dem erstgenannten Mitgliedstaat in diesen Studiengängen ein Diplom erhalten. [...]

#### *I. Zur Bestimmung der in den Ausgangsrechtsstreitigkeiten anwendbaren Vorschriften*

[30] Nach Art. 21 I AEUV hat jeder Unionsbürger das Recht, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten vorbehaltlich der in den Verträgen und in den Durchführungsvorschriften vorgesehenen Beschränkungen und Bedingungen frei zu bewegen und aufzuhalten.

[31] Im Übrigen kann sich nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs jeder Unionsbürger in allen Situationen, die in den sachlichen Anwendungsbereich des Unionsrechts fallen, auf Art. 18 AEUV berufen, der jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verbietet, wobei zu diesen Situationen auch die Ausübung der durch Art. 21 AEUV verliehenen Freiheit gehört, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten zu bewegen und aufzuhalten (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 2. Oktober 2003, Garcia Avello, C-148/02, Slg. 2003, I-11613, Randnr. 24, vom 15. März 2005, Bidar, C-209/03, Slg. 2005, I-2119, Randnrn. 32 und 33, und vom 18. November 2008, Förster, C-158/07, Slg. 2008, I-8507, Randnrn. 36 und 37).

[32] Zudem ergibt sich aus dieser Rechtsprechung, dass dieses Verbot auch Situationen erfasst, die die Voraussetzungen für den Zugang zur Berufsausbildung betreffen, wobei sowohl das Hochschul- als auch das Universitätsstudium eine Berufsausbildung darstellen (Urteil vom 7. Juli 2005, Kommissi-

on/Österreich, C-147/03, Slg. 2005, I-5969, Randnrn. 32 und 33 sowie die dort angeführte Rechtsprechung).

[33] Folglich können sich die in den Ausgangsverfahren in Rede stehenden Studierenden auf das in den Art. 18 und 21 AEUV verankerte Recht berufen, sich im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats wie des Königreichs Belgien ohne unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit frei zu bewegen und aufzuhalten.

#### *II. Zum Vorliegen einer Ungleichbehandlung*

[40] Das Diskriminierungsverbot erfasst nicht nur unmittelbare Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit, sondern auch alle Formen der mittelbaren Diskriminierung, die durch die Anwendung anderer Unterscheidungsmerkmale tatsächlich zu dem gleichen Ergebnis führen (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 18. Juli 2007, Hartmann, C-212/05, Slg. 2007, I-6303, Randnr. 29).

[41] Eine Vorschrift des nationalen Rechts ist, sofern sie nicht objektiv gerechtfertigt ist und in einem angemessenen Verhältnis zum verfolgten Zweck steht, als mittelbar diskriminierend anzusehen, wenn sie sich ihrem Wesen nach eher auf Angehörige anderer Mitgliedstaaten als auf Inländer auswirken kann und folglich die Gefahr besteht, dass sie die Erstgenannten besonders benachteiligt (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 30. November 2000, Österreichischer Gewerkschaftsbund, C-195/98, Slg. 2000, I-10497, Randnr. 40, und Hartmann, Randnr. 30).

[42] Was die Ausgangsverfahren angeht, sieht das Dekret vom 16. Juni 2006 vor, dass zu den von diesem Dekret erfassten medizinischen und paramedizinischen Studiengängen nur ansässige Studierende unbeschränkten Zugang erhalten, d.h. jene, die die Voraussetzung des Hauptwohnorts in Belgien und eine der acht weiteren, alternativen Voraussetzungen des Art. 1 Abs. 1 Nrn. 1 bis 8 dieses Dekrets erfüllen.

[43] Studierende, die diese Voraussetzungen nicht erfüllen, erhalten dagegen nur einen beschränkten Zugang zu diesen Einrichtungen, da die Gesamtzahl solcher Studierenden je Hochschuleinrichtung und Studiengang grundsätzlich auf 30% aller Einschreibungen des vorangegangenen akademischen Jahrs begrenzt ist. Im Rahmen dieses für sie vorgesehenen prozentualen Anteils werden die nichtansässigen Studierenden, die eingeschrieben werden, durch Auslosung ermittelt.

[44] Die streitige nationale Regelung bewirkt somit eine Ungleichbehandlung zwischen ansässigen und nichtansässigen Studierenden.

[45] Ein Erfordernis der Ansässigkeit wie das nach dieser Regelung geltende wird jedoch von Inländern, die meist in Belgien ansässig sind, leichter erfüllt als von Angehörigen anderer Mitgliedstaaten, die in der Regel in einem anderen Mitgliedstaat als Belgien wohnen (vgl. entsprechend Urteile vom 8. Juni 1999,

Meeusen, C-337/97, Slg. 1999, I-3289, Rn. 23 f.).

[46] Folglich wirkt sich die in den Ausgangsverfahren streitige nationale Regelung, wie die belgische Regierung im Übrigen einräumt, ihrem Wesen nach auf Angehörige anderer Mitgliedstaaten als des Königreichs Belgien eher aus als auf Inländer und benachteiligt somit die Erstgenannten besonders.

### III. Zur Rechtfertigung der Ungleichbehandlung

[47] Wie in Randnr. 41 des vorliegenden Urteils festgestellt, ist eine Ungleichbehandlung wie die durch das Dekret vom 16. Juni 2006 eingeführte eine mittelbare Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit, die verboten ist, sofern sie nicht objektiv gerechtfertigt ist.

[48] Um gerechtfertigt zu sein, muss die betroffene Maßnahme geeignet sein, die Erreichung des mit ihr verfolgten Ziels zu gewährleisten, und sie darf nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 16. Oktober 2008, Renneberg, C-527/06, Slg. 2008, I-7735, Randnr. 81, und vom 19. Mai 2009, Apothekerkammer des Saarlandes u. a., C-171/07 und C-172/07, Slg. 2009, I-0000, Randnr. 25). [...]

#### 1. Ansicht der Beklagten des Ausgangsverfahrens

[55] Die belgische Regierung macht mit Unterstützung der österreichischen Regierung geltend, die in den Ausgangsverfahren streitige Regelung sei erforderlich, um die Qualität und den Fortbestand der medizinischen und paramedizinischen Versorgung in der Französischen Gemeinschaft sicherzustellen.

[56] Die hohe Zahl der nichtansässigen Studierenden führe erstens zu einer erheblichen Minderung der Unterrichtsqualität in den medizinischen und paramedizinischen Studiengängen, die insbesondere viele Stunden an praktischer Ausbildung erfordere. Es habe sich herausgestellt, dass eine solche Ausbildung ab einer gewissen Zahl von Studierenden nicht ordnungsgemäß durchgeführt werden könne, da die Aufnahmekapazität der Hochschuleinrichtungen, ihre Personaldecke und die Möglichkeiten der praktischen Ausbildung nicht unbegrenzt seien. [...]

[59] Zweitens könnte die hohe Zahl nichtansässiger Studierender letztlich im gesamten Gebiet zu einer Knappheit an medizinischen Fachkräften führen, was das öffentliche Gesundheitssystem in der Französischen Gemeinschaft gefährden würde. Diese Gefahr ergebe sich daraus, dass die nichtansässigen Studierenden nach dem Studium in ihre Herkunftsländer zurückkehrten, um dort ihren Beruf auszuüben, während es in bestimmten Fachgebieten weiter zu wenig ansässige Absolventen gebe.

#### 2. Antwort des Gerichtshofs

[62] Aus der Rechtsprechung geht hervor, dass eine

mittelbar auf der Staatsangehörigkeit beruhende Ungleichbehandlung durch das Ziel der Aufrechterhaltung einer qualitativ hochwertigen, ausgewogenen und allgemein zugänglichen medizinischen Versorgung gerechtfertigt sein kann, wenn es zur Erreichung eines hohen Niveaus des Gesundheitsschutzes beiträgt (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 10. März 2009, Hartlauer, C-169/07, Slg. 2009, I-0000, Randnr. 47 und die dort angeführte Rechtsprechung).

[63] Somit ist zu prüfen, ob die in den Ausgangsverfahren streitige Regelung geeignet ist, die Erreichung dieses Ziels zu gewährleisten, und ob sie nicht über das hinausgeht, was zu dessen Erreichung erforderlich ist.

#### a. Legitimer Zweck

##### aa. Bestehen von Gesundheitsgefahren

[64] Es ist letztlich Sache des nationalen Gerichts, das allein für die Beurteilung des Sachverhalts des Ausgangsrechtsstreits sowie für die Auslegung des nationalen Rechts zuständig ist, zu bestimmen, ob und inwieweit eine solche Regelung diesen Anforderungen entspricht (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 13. Juli 1989, Rinner-Kühn, 171/88, Slg. 1989, 2743, Randnr. 15, und vom 23. Oktober 2003, Schönheit und Becker, C-4/02 und C-5/02, Slg. 2003, I-12575, Randnr. 82). [...]

[66] Als Erstes wird das vorliegende Gericht zu prüfen haben, ob der Schutz der öffentlichen Gesundheit wirklich gefährdet ist. [...]

[70] Sodann hat das vorliegende Gericht bei der konkreten Würdigung des Sachverhalts der Ausgangsverfahren den Umstand zu berücksichtigen, dass der Mitgliedstaat, wenn eine Ungewissheit hinsichtlich des Vorliegens oder der Bedeutung der Gefahren für die öffentliche Gesundheit bleibt, Schutzmaßnahmen treffen kann, ohne warten zu müssen, bis es an medizinischem Personal fehlt (vgl. entsprechend Urteil Apothekerkammer des Saarlandes u. a., Randnr. 30 und die dort angeführte Rechtsprechung). Dies hat auch dann zu gelten, wenn die Qualität des Unterrichts in diesem Bereich gefährdet ist. [...]

##### bb. Beweislast beim Staat

[71] Der Nachweis, dass solche Gefahren tatsächlich bestehen, obliegt daher den zuständigen nationalen Stellen (vgl. entsprechend Urteil Apothekerkammer des Saarlandes u. a., Randnr. 39). Nach ständiger Rechtsprechung ist es nämlich deren Sache, wenn sie eine Maßnahme erlassen, die von einem im Unionsrecht verankerten Grundsatz abweicht, in jedem Einzelfall nachzuweisen, dass diese Maßnahme geeignet ist, die Erreichung des mit ihr angestrebten Ziels zu gewährleisten, und nicht über das zu dessen Erreichung Erforderliche hinausgeht. Neben den Rechtfertigung

tigungsgründen, die ein Mitgliedstaat geltend machen kann, muss dieser daher eine Untersuchung zur Geeignetheit und Verhältnismäßigkeit der von ihm erlassenen Maßnahme vorlegen sowie genaue Angaben zur Stützung seines Vorbringens machen (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 18. März 2004, Leichtle, C-8/02, Slg. 2004, I-2641, Randnr. 45, und Kommission/Österreich, Randnr. 63). Anhand einer solchen objektiven, eingehenden und auf Zahlenangaben gestützten Untersuchung muss sich mittels zuverlässiger, übereinstimmender und beweiskräftiger Daten nachweisen lassen, dass die öffentliche Gesundheit tatsächlich gefährdet ist. [...]

#### *b. Geeignetheit*

[75] Als Zweites hat das vorlegende Gericht, sofern es den Schutz der öffentlichen Gesundheit für tatsächlich gefährdet hält, zu prüfen, ob in Anbetracht der Angaben der zuständigen Stellen die in den Ausgangsverfahren streitige Regelung als geeignet angesehen werden kann, die Erreichung des Ziels des Schutzes der öffentlichen Gesundheit zu gewährleisten. [...]

#### *c. Erforderlichkeit*

[77] Als Drittes hat das vorlegende Gericht zu beurteilen, ob die in den Ausgangsverfahren fragliche Regelung nicht über das hinausgeht, was zur Erreichung des angeführten Ziels erforderlich ist, ob sich also dieses Ziel nicht mit weniger einschränkenden Maßnahmen erreichen ließe.

[78] Insoweit ist festzustellen, dass es Sache dieses Gerichts ist, insbesondere nachzuprüfen, ob das angeführte im Allgemeininteresse liegende Ziel nicht durch weniger einschränkende Maßnahmen erreicht werden könnte, mit denen für Studierende, die ihr Studium in der Französischen Gemeinschaft absolvieren, ein Anreiz geschaffen würde, nach Abschluss des Studiums dort zu bleiben, oder für außerhalb der Französischen Gemeinschaft ausgebildete Berufsangehörige ein Anreiz, sich dort niederzulassen.

#### *d. Angemessenheit*

[79] Ebenso ist es Sache des vorlegenden Gerichts, zu prüfen, ob die zuständigen Stellen die Erreichung dieses Ziels angemessen mit den sich aus dem Unionsrecht ergebenden Erfordernissen in Einklang gebracht haben, insbesondere mit dem den Studierenden aus anderen Mitgliedstaaten zustehenden Recht auf Zugang zum Hochschulunterricht, das zum Kernbereich des Grundsatzes der Freizügigkeit der Studierenden gehört (vgl. in diesem Sinne Urteil Kommission/Österreich, Randnr. 70). Von einem Mitgliedstaat eingeführte Einschränkungen des Zugangs zu diesem Unterricht müssen daher auf das beschränkt sein, was zur Erreichung der verfolgten Ziele erforderlich ist, und müssen den genannten Studierenden einen aus-

reichend weiten Zugang zum Hochschulunterricht lassen. [...]

#### *IV. Zwischenergebnis*

[82] Folglich ist auf die erste und die zweite Vorlagefrage zu antworten, dass die Art. 18 und 21 AEUV einer nationalen Regelung wie der in den Ausgangsverfahren streitigen entgegenstehen, die die Zahl der nichtansässigen Studierenden, die sich zum ersten Mal für einen medizinischen oder paramedizinischen Studiengang an einer Hochschuleinrichtung einschreiben können, beschränkt, es sei denn, das vorlegende Gericht stellt nach Würdigung aller von den zuständigen Stellen angeführten relevanten Gesichtspunkte fest, dass diese Regelung im Hinblick auf das Ziel des Schutzes der öffentlichen Gesundheit gerechtfertigt ist.

#### *B. Zur dritten Frage*

[83] Mit seiner dritten Frage möchte das vorlegende Gericht wissen, welche Auswirkungen die nach Art. 13 II c des Paktes an die Mitgliedstaaten gestellten Anforderungen auf die in den Ausgangsverfahren streitige Situation haben.

#### *I. Ansicht der Beklagten des Ausgangsverfahrens*

[84] Die belgische Regierung macht geltend, der Erlass des Dekrets vom 16. Juni 2006 sei unerlässlich für die Wahrung des Rechts der Bevölkerung der Französischen Gemeinschaft auf Bildung, wie es sich aus Art. 13 II c des Paktes ergebe. Diese Bestimmung enthalte nämlich eine Stillhalteverpflichtung, nach der diese Gemeinschaft einen breiten und demokratischen Zugang zu einem Hochschulunterricht von guter Qualität aufrechtzuerhalten habe. Ohne dieses Dekret wäre die Aufrechterhaltung eines solchen Zugangs gefährdet.

#### *II. Antwort des EuGH*

[85] Hierzu ist jedoch festzustellen, dass es zwischen dem Pakt und den Anforderungen aus den Art. 18 bzw. 21 AEUV keine Unvereinbarkeit gibt.

[86] Nach dem Wortlaut von Art. 13 Abs. 2 Buchst. c des Paktes dient dieser nämlich im Wesentlichen demselben Ziel wie die Art. 18 und 21 AEUV, nämlich, den Grundsatz der Nichtdiskriminierung beim Zugang zum Hochschulunterricht zu gewährleisten. Dies wird durch Art. 2 Abs. 2 des Paktes bestätigt, wonach die Vertragsstaaten des Paktes sich verpflichten, zu gewährleisten, dass die in diesem verkündeten Rechte ohne Diskriminierung u. a. hinsichtlich der nationalen Herkunft ausgeübt werden.

[87] Dagegen verlangt Art. 13 Abs. 2 Buchst. c des Paktes von einem Vertragsstaat nicht und gestattet es ihm auch nicht, einen breiten Zugang zu einem Hochschulunterricht von guter Qualität nur für seine eige-

nen Staatsangehörigen zu gewährleisten.  
[88] Nach alledem ist auf die dritte Frage zu antworten, dass sich die zuständigen Stellen nicht auf Art. 13 Abs. 2 Buchst. c des Paktes berufen können, wenn das

vorliegende Gericht feststellt, dass das Dekret vom 16. Juni 2006 nicht mit den Art. 18 und 21 AEUV vereinbar ist. [...]

## Standort: Grundrechte

## Problem: Objektive Schutzpflicht des Staates

BVERFG, BESCHLUSS VOM 18.02.2010  
2 BvR 2502/08 (NVwZ 2010, 702)

### Problemdarstellung:

Die Europäische Organisation für kernphysikalische Forschung (Organisation Européenne pour la Recherche Nucléaire – CERN) mit Sitz im schweizer Kanton Genf betreibt seit einigen Jahren eine Anlage zur physikalischen Grundlagenforschung (Large Hadron Collider – LHC). Hierbei handelt es sich um einen etwa 100 Meter unterhalb der Erdoberfläche errichteten Teilchenbeschleuniger, der aus einem ringförmigen Tunnel von 27km Umfang besteht. Die Bf. befürchtet, durch die mit dem LHC betriebenen Experimente könnten kleine “schwarze Löcher” erzeugt werden, durch welche die Erde vernichtet werden könnte. Sie erhob daher - nach erfolglosen Anträgen im vorläufigen Rechtsschutz - Verfassungsbeschwerde vor dem BVerfG mit dem Antrag, dass dieses die Bundesregierung verpflichten möge, ihren gestaltenden Einfluss auf die CERN dahingehend geltend zu machen, dass diese alle Experimente einstelle, die eine Gefahr für Leib und Leben der Bf. darstellen können (Art. 2 II GG).

A. Das BVerfG hielt die Verfassungsbeschwerde nicht für subsidiär (Rechtsgedanke des § 90 II BVerfGG). Zwar vertritt das BVerfG in st.Rspr., dass gegen Rechtsakte des vorläufigen Rechtsschutzes keine Verfassungsbeschwerde erhoben werden kann, wenn lediglich eine Beschwer gerügt wird, die sich im Hauptsacheverfahren noch abwenden ließe; hier drohte der LHC nach Vortrag der Bf. aber noch während des Hauptsacheverfahrens einen “kritischen Zustand” anzunehmen, der das Ende der Welt bedeuten könne. Damit ginge - so das BVerfG wörtlich - dann auch ein “endgültiger Rechtsverlust” der Bf. einher. Zur Vermeidung desselben sei die Verfassungsbeschwerde zulässig.

B. Allerdings sei die Bf. nicht beschwerdebefugt. Zwar ergebe sich aus Grundrechten - hier aus Art. 2 II GG - neben ihrer Abwehrfunktion auch eine objektive Schutzpflicht des Staates, wonach dieser gehalten sei, sich “schützend vor das durch das Grundrecht verbürgte Rechtsgut zu stellen.” Auch sei die Schutzpflicht umso höher, je größer das Ausmaß potenziell drohender Schäden (hier: Vernichtung der Erde) sei. Die objektive Schutzpflicht gewährleiste aber dennoch

keinen Anspruch auf Ausschluss jedes auch nur theoretisch vorstellbaren Risikos, jedenfalls nicht in Gestalt einer verfassungsrechtlichen Verpflichtung des Staates zur empirischen Widerlegung jeglicher Warnungen vor zwar denkbaren, wissenschaftlich aber nicht begründbaren Schadensereignissen. Deshalb konnte die Bf. entgegen § 90 I BVerfGG nicht behaupten, durch die unterlassene Einwirkung der BRD auf die CERN in ihren Grundrechten verletzt zu sein.

C. Die interessante Frage, ob die objektive Schutzpflicht des Staates aus nationalen Grundrechten sich auch auf ein Tätigwerden im Rahmen internationaler Organisationen erstreckt, an denen die BRD beteiligt ist, konnte das BVerfG danach offen lassen.

### Prüfungsrelevanz:

Die objektive Schutzpflicht des Staates aus Grundrechten kommt immer dann zur Sprache, wenn jemand Grundrechte nicht als Abwehrrechte, sondern als Anspruchsgrundlage auf ein staatliches Tätigwerden ins Feld führt. Zwar sind manche Grundrechte bzw. grundrechtsgleiche Rechte als positive Ansprüche ausgestaltet (z.B. Art. 6 IV GG, 33 II GG), dies ist jedoch die Ausnahme. Ansonsten bleibt es bei der Möglichkeit, aus der objektiven Schutzpflicht Ansprüche zu begründen, die bei Nichtbefolgung bspw. einer fachgerichtlichen Leistungsklage oder eben auch einer Verfassungsbeschwerde zum Erfolg verhelfen können. Diesbezüglich ist jedoch Vorsicht geboten: Objektive Schutzpflicht und subjektiver Anspruch sind nicht identisch. Nicht alles, was dem Staat objektiv geboten ist, kann vom Bürger auch eingeklagt werden. Aus diesem Grund besteht i.d.R. kein Anspruch des Bürgers auf ein *bestimmtes* staatliches Tätigwerden. Nur wenn die öffentliche Gewalt Schutzvorkehrungen *überhaupt nicht* oder in offensichtlich gänzlich ungeeignetem Maße getroffen hat, spricht das BVerfG die Verpflichtung des Staates zum Handeln in geeigneter Weise aus. Beispiel (nach VG Berlin, NVwZ 2009, 1120): Der Kapitän eines von Seepiraten entführten Schiffes hat keinen Anspruch darauf, dass die Bundesregierung bestimmte Maßnahmen zu seiner Befreiung unternimmt (z.B. Lösegeld zahlt), obwohl der Staat eine objektive Schutzpflicht aus Art. 2 II 1 und 2 i.V.m. Art. 1 I 2 GG trifft. Der Staat hat eben einen weiten Spielraum bzgl. der Frage, wie er dieser Schutzpflicht nachkommt. Solange er sich überhaupt

in geeigneter Weise um die Befreiung bemüht (z.B. durch Diplomatie), genügt er seiner objektiven Schutzpflicht bereits.

**Vertiefungshinweise:**

- Vorentscheidung des OVG Münster in dieser Sache: OVG Münster, NVwZ-RR 2009, 512
- Objektive Schutzpflichten des Staates: *BVerfG*, NJW 1993, 1751, 1751 (Fristenlösung bei § 218 StGB); *BVerfGE* 46, 160, 164 (Fall Schleyer); *VG Berlin*, NVwZ 2009, 1120 (Einschreiten gegen Seespiraten)
- Kein Schutz vor rein hypothetischen Gefahren: *BVerfG*, NJW 2002, 1638, 1639 (Mobilfunkanlage)

**Kursprogramm:**

- Examenskurs: "Laserdrome"

**Leitsätze (der Redaktion)**

- 1. Aus Art. 2 II 1 GG besteht die Pflicht des Staates, sich schützend und fördernd vor gefährdetes menschliches Leben zu stellen.**
- 2. Je größer das Risikopotenzial ist, desto niedriger liegt die Schwelle der Wahrscheinlichkeit für die Prognose eines Schadenseintritts, bei deren Überschreitung wirksame staatliche Schutzmaßnahmen geboten sind.**
- 3. Dennoch verleiht die objektive Schutzpflicht dem Einzelnen nicht die Beschwerdebefugnis gem. § 90 I BVerfGG, wenn lediglich auf spekulativer Basis abseits gesicherter wissenschaftlicher Theorien und Erkenntnisse eine mögliche Verletzung des Grundrechts aus Art. 2 II 1 GG behauptet wird.**
- 4. Offen bleibt, ob eine staatliche Schutzpflicht auch besteht, wenn die behauptete Gefahr von einer internationalen Organisation ausgeht, an der die Bundesrepublik Deutschland beteiligt ist.**

**Sachverhalt:**

Die Bf. beehrte mit ihrem Eilantrag, die Bundesrepublik Deutschland zu verpflichten, gegen eine Versuchsreihe der Europäischen Organisation für kernphysikalische Forschung einzuschreiten. Ihre Verfassungsbeschwerde betrifft die Frage nach einer staatlichen Verantwortung, öffentlich diskutierte Warnungen vor Großschadensereignissen empirisch zu widerlegen.

Die Bf. ist deutsche Staatsangehörige mit Wohnsitz in Zürich. Etwa 220 km südwestlich, im Kanton Genf, befindet sich der Sitz der Europäischen Organisation für kernphysikalische Forschung (Organisation Européenne pour la Recherche Nucléaire – CERN). Die Organisation betreibt dort Anlagen und technische

Einrichtungen, die der physikalischen Grundlagenforschung dienen.

Zu der von der Organisation betriebenen Anlage gehört ein neu errichtetes Synchrotron (Large Hadron Collider – LHC). Dieser etwa 100 Meter unterhalb der Erdoberfläche errichtete Teilchenbeschleuniger erstreckt sich in einem ringförmigen Tunnel mit einem Umfang von ungefähr 27 km über das Gebiet der Organisation hinaus bis auf französisches Staatsgebiet. Während der geplanten Versuchsreihen sollten im Inneren des LHC-Röhrensystems zwei gegenläufige Protonenstrahlen durch Einsatz von Magneten annähernd auf Lichtgeschwindigkeit beschleunigt werden. Die beschleunigten Teilchen werden dazu verwendet, Kollisionsexperimente durchzuführen. Der neue Beschleuniger wurde zunächst probeweise mit einer Energie von rund 2 Billionen Elektronenvolt (Tera-Elektronenvolt – TeV) in Betrieb genommen, die bei künftigen Versuchsreihen bis auf 14 TeV gesteigert werden soll. Ziel der Versuche ist es, physikalische Theorien zu prüfen sowie verschiedene theoretisch vorhergesagte, bislang aber noch nicht experimentell nachgewiesene Elementarteilchen zu erzeugen.

Nach einer in der kernphysikalischen Wissenschaft diskutierten Gravitationstheorie besteht bei Durchführung der Versuche ab einer bislang in Laborexperimenten noch nicht erreichten Energiemenge die Möglichkeit, so genannte Miniatur-Schwarze-Löcher zu erzeugen. Dabei handelt es sich um stark komprimierte Materie, die unter bestimmten Bedingungen prinzipiell die Eigenschaft hat, durch Schwerkraft die sie umgebende Materie zu akkretieren, d.h. anzuziehen, dadurch weiter zu wachsen und dergestalt immer größere Bereiche ihrer Umwelt zu absorbieren. Nach überwiegender wissenschaftlicher Meinung birgt jedoch der Versuchsaufbau am CERN kein Gefahrenpotenzial.

Die Bf. hält eine Zerstörung der Erde durch die geplante Versuchsreihe nicht für ausgeschlossen. Schlimmstenfalls sei von einer Restlebenszeit des Planeten von weniger als fünf Jahren auszugehen. Sie beantragte daher vor dem VG Köln den Erlass einer einstweiligen Anordnung, verbunden mit dem Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe. Sie beehrte, die Bundesrepublik Deutschland zu verpflichten, mit den Mitteln, die dieser völkerrechtlich zur Verfügung stehen, eine Beschränkung der bei den Versuchen eingesetzten Energie auf ein Maß zu erreichen, das bereits in andernorts betriebenen Teilchenbeschleunigern älterer Bauart verwendet wurde und daher unbedenklich sei. Die Anträge blieben erfolglos, ebenso die gegen die Ablehnung eingelegten Beschwerden zum OVG Münster. Die Verfassungsbeschwerde wurde nicht zur Entscheidung angenommen.

**Aus den Gründen:**

[7] Die Verfassungsbeschwerde wird nicht zur Entscheidung angenommen. Die Annahmenvoraussetzungen des § 93a II BVerfGG sind nicht erfüllt. Der Verfassungsbeschwerde kommt keine grundsätzliche Bedeutung zu. Die für die Entscheidung maßgeblichen verfassungsrechtlichen Vorgaben sind geklärt (vgl. BVerfGE 49, 89 = NJW 1979, 359; BVerfGE 53, 30 = NJW 1980, 759). Ihre Annahme ist auch nicht zur Durchsetzung der in § 90 I BVerfGG genannten Rechte der Bf. angezeigt, da die Verfassungsbeschwerde keine Aussicht auf Erfolg hat.

**A. Grundsatz der Subsidiarität**

[8] Der Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde steht zwar nicht bereits der Grundsatz der Subsidiarität entgegen. Dieser Grundsatz verlangt vorliegend nicht, über den – erschöpften – Rechtsweg im vorläufigen Rechtsschutz hinaus auch das Hauptsacheverfahren zu durchlaufen. Die Versagung vorläufigen Rechtsschutzes durch die Fachgerichte kann Gegenstand einer Verfassungsbeschwerde sein, soweit sie eine selbstständige Beschwer enthält, die sich nicht mit jener der späteren Hauptsacheentscheidung deckt (BVerfGE 77, 381 [400f.] = NVwZ 1988, 427; BVerfGE 79, 69 [73] = NJW 1989, 827; vgl. auch BVerfGE 53, 30 [52ff.] = NJW 1980, 759 m.w.Nachw.). Eine solche selbstständige Beschwer macht die Bf. geltend. Sie greift gerade die Versagung vorläufigen Rechtsschutzes auf Grund der vom OVG vorgenommenen Abschätzung der Erfolgsaussichten ihres Antrags an. Zudem ist mit einer rechtskräftigen Hauptsacheentscheidung nicht vor Erreichen der von der Bf. als kritisch angesehenen Energie im Teilchenbeschleuniger zu rechnen, der gegenwärtig – nach zwischenzeitlich eingestellten Versuchen – wieder angefahren wird. Träte der befürchtete Erfolg ein, bedeutete dies einen endgültigen Rechtsverlust.

**B. Beschwerdebefugnis**

[9] Unzulässig ist die Verfassungsbeschwerde jedoch, soweit die Bf. eine Verletzung ihres Grundrechts aus Art. 2 II 1 GG rügt. Eine Verfassungsbeschwerde ist nur dann zulässig, wenn ein Bf. geltend macht, durch den angegriffenen Hoheitsakt in einem verfassungsbeschwerdefähigen Recht (Art. 93 I Nr. 4a GG, § 90 I BVerfGG) unmittelbar und gegenwärtig verletzt zu sein. Ein Bf. muss hinreichend substantiiert darlegen, dass eine solche Verletzung möglich erscheint (vgl. BVerfGE 28, 17 [19] = NJW 1970, 651; BVerfGE 52, 303 [327] = NJW 1980, 1327; BVerfGE 65, 227 [232f.] = NJW 1984, 719; BVerfGE 89, 155 [171] = NJW 1993, 3047). Der Vortrag der Bf. genügt diesen Anforderungen nicht; denn sie legt nicht dar, dass die angegriffenen Entscheidungen ihr Grundrecht aus Art. 2 II 1 GG verletzen können.

**I. Objektive Schutzpflicht des Staates**

[10] Zwar sind alle Stellen, die öffentliche Gewalt ausüben, prinzipiell verpflichtet, sich schützend vor das durch das Grundrecht aus Art. 2 II 1 GG verbürgte Rechtsgut zu stellen. Dieses Grundrecht gewährleistet aber keinen Anspruch auf Ausschluss jedes vorstellbaren Risikos, jedenfalls nicht in Gestalt einer verfassungsrechtlichen Verpflichtung des Staates zur empirischen Widerlegung jeglicher Warnungen vor denkbaren Schadensereignissen.

[11] Nach der Rechtsprechung des BVerfG ist aus dem Grundrecht aus Art. 2 II 1 GG eine Schutzpflicht des Staates und seiner Organe abzuleiten. Sie gebietet dem Staat, sich schützend und fördernd vor gefährdetes menschliches Leben zu stellen, es insbesondere vor rechtswidrigen Eingriffen Dritter zu bewahren (vgl. BVerfGE 39, 1 [41] = NJW 1975, 573; BVerfGE 46, 160 [164] = NJW 1977, 2255; BVerfGE 49, 89 [141f.] = NJW 1979, 359; BVerfGE 53, 30 [57] = NJW 1980, 759; BVerfGE 56, 54 [78] = NJW 1981, 1655).

**II. Umfang**

Eine Verletzung dieser Pflicht kann unter der Voraussetzung festgestellt werden, dass die öffentliche Gewalt Schutzvorkehrungen überhaupt nicht getroffen hat oder die ergriffenen Maßnahmen gänzlich ungeeignet oder völlig unzulänglich sind, das gebotene Schutzziel zu erreichen oder erheblich dahinter zurückbleiben (vgl. BVerfGE 56, 54 [81] = NJW 1981, 1655; BVerfGE 77, 381 [405] = NVwZ 1988, 427; BVerfGE 79, 174 [202] = NJW 1989, 1271; BVerfG, [3. Kammer des Ersten Senats], NJW 2002, 1638 [1639]; BVerfGK 10, 208 [211] = NVwZ 2007, 805; st. Rspr.). Danach obliegt dem BVerfG keine umfassende Kontrolle der im Einzelfall vorgenommenen Einschätzungen durch die Legislative oder die Exekutive. Die staatliche Schutzpflicht verlangt bei komplexen Sachverhalten, über die noch keine verlässlichen wissenschaftlichen Erkenntnisse vorliegen, auch von den Gerichten nicht, ungesicherten wissenschaftlichen Theorien zur Durchsetzung zu verhelfen (vgl. BVerfGK 10, 208 [211] = NVwZ 2007, 805); im Rahmen ihrer jeweiligen Zuständigkeiten obliegt aber allen Stellen, die öffentliche Gewalt ausüben, eine gesteigerte Verantwortung, wenn sie Entscheidungen treffen, die auf ungewissen Folgenabschätzungen beruhen. Dies gilt gerade dann, wenn wissenschaftlich und praktisch noch unerschlossenes Neuland betreten wird. Hier kommt es darauf an, sich eine möglichst breite Informationsgrundlage für eine möglichst rationale Risikoabschätzung zu verschaffen, wobei die unterschiedlichen Erkenntnismöglichkeiten im Rahmen eines gewaltenteiligen Systems berücksichtigt werden müssen. Dem liegt eine Verteilung der Verantwortung zur Beurteilung komplexer, wissenschaftlich



umstrittener Sachverhalte zwischen Exekutive und Gerichten zu Grunde, die den nach Funktion und Verfahrensweise unterschiedlichen Erkenntnismöglichkeiten beider Gewalten Rechnung trägt (BVerfG [3. Kammer des Ersten Senats], NJW 2002, 1638 [1639]; vgl. auch BVerfGE 61, 82 [114f.] = NJW 1982, 2173; BVerfGE 84, 34 [50] = NJW 1991, 2005; BVerfGE 95, 1 [15] = NJW 1997, 383).

### *1. Je größer die Gefahr, desto umfangreicher die Schutzpflicht*

[12] Eine nur theoretisch herleitbare Gefährdung von Leben oder Gesundheit kann ausnahmsweise als Grundrechtseingriff angesehen werden. Dabei gilt: Je größer das Risikopotenzial für Leben oder Gesundheit ist, desto niedriger liegt die Schwelle der Wahrscheinlichkeit für die Prognose eines Schadenseintritts, bei deren Überschreitung wirksame staatliche Schutzmaßnahmen geboten sind. Hinsichtlich schwerer Schäden an Leben oder Gesundheit einer Vielzahl von Grundrechtsträgern genügt prinzipiell bereits eine im Vorfeld erkannte Realisierungstendenz, um Schutzpflichten des Staates auszulösen (vgl. BVerfGE 66, 39 [58] = NJW 1984, 601). Ein Schadensereignis apokalyptischen Ausmaßes – wie vorliegend von der Bf. befürchtet – muss als mögliche Konsequenz eines wissenschaftlichen Vorhabens nach dem Stand von Wissenschaft und Technik praktisch ausgeschlossen sein (vgl. BVerfGE 49, 89 [142f.] = NJW 1979, 359, dort zu Gefahren, deren Realisierbarkeit sich der Gesetzgeber bewusst war).

[13] Soweit im Rahmen der derzeit als gesichert geltenden wissenschaftlichen Prämissen vernünftige Zweifel darüber möglich sind, ob Schäden an Rechtsgütern eintreten oder ausbleiben werden, verlangt die verfassungsrechtliche Schutzpflicht, dass staatliche Organe alle Anstrengungen unternehmen, um mögliche Gefahren jedenfalls möglichst frühzeitig zu erkennen, um diesen mit den erforderlichen Mitteln begegnen zu können. Soweit bei Schäden mit katastrophalen oder gar apokalyptischen Ausmaßen nachvollziehbare, wissenschaftlich entweder diskutierte oder jedenfalls fachlich nicht vollständig ausschließbare Möglichkeiten des Eintritts bestehen, ist die öffentliche Gewalt zu geeigneten Vorkehrungen oder bei eigener Beteiligung am risikosetzenden Verhalten zum Unterlassen verpflichtet. Demgegenüber begründet der bloße Verweis auf hypothetische Kausalverläufe jenseits derartiger vernünftiger Zweifel lediglich Restrisiken in dem Sinne, dass der Eintritt künftiger Schadensereignisse nie mit absoluter Sicherheit ausschließbar ist, weil hier Grenzen der empirisch überprüfbaren und theoretischer Argumentation zugänglichen Erkenntnisfähigkeit bestehen (vgl. BVerfG [3. Kammer des Ersten Senats], NJW 2002, 1638 [1639], dort zur Vorsorge gegen rein hypothetische Gefährdungen). Denn letzte

Ungewissheiten jenseits der gegenwärtigen Erkenntnisfähigkeit sind in einer wissenschaftlich-technisch orientierten Gesellschaft grundsätzlich unentrinnbar und insofern als sozialadäquate Lasten von allen Bürgern zu tragen (vgl. BVerfGE 49, 89 [143] = NJW 1979, 359).

### *2. Theoretische Restrisiken sind jedoch hinnehmbar*

[14] Die aus Art. 2 II 1 GG herzuleitende Schutzpflicht hindert die öffentliche Gewalt nicht, mit der Förderung wissenschaftlicher Forschungstätigkeit (Art. 5 III GG) insofern unentrinnbare Restrisiken in Kauf zu nehmen. Ansonsten wäre großexperimentelle Grundlagenforschung kaum möglich, weil sich im zu erforschenden Grenzbereich überraschende physikalische Wirkungen auslösende Ergebnisse nicht völlig ausschließen lassen. Allerdings trifft die Träger öffentlicher Gewalt eine Pflicht, Erkenntnisquellen auszuschöpfen und eine Risikoanalyse mit fachlicher Bewertung vorzunehmen. Diese Anforderungen dürfen aber nicht zu Lasten der Forschungsfreiheit überspannt werden; sie dienen vielmehr dazu, den wissenschaftlichen Diskurs offen zu halten und seine Erkenntnisse nachzuvollziehen. Soweit die dafür zuständigen Verfassungsorgane oder entsprechende Stellen öffentlicher Verwaltung die fachlichen Abschätzungen verantwortlich vorgenommen haben, fehlt es den Gerichten an Maßstäben, ihre eigene Beurteilung jenseits praktischer Vernunftabwägungen an die Stelle des legislativen oder exekutiven Sachverständigen zu setzen (vgl. BVerfGE 66, 39 [61] = NJW 1984, 601).

### *III. Subsumtion für CERN-Teilchenbeschleuniger*

[15] Die Vernachlässigung einer Schutzpflicht des Staates und seiner Organe für das geschützte Rechtsgut kann von dem Betroffenen mit der Verfassungsbeschwerde geltend gemacht werden (vgl. BVerfGE 77, 170 [214] = NJW 1988, 1651; BVerfGE 79, 174 [201f.] = NJW 1989, 1271). Um den Anforderungen an die Zulässigkeit einer Verfassungsbeschwerde zu entsprechen, die auf die Verletzung der sich aus dem Grundrecht des Art. 2 II 1 GG ergebenden Schutzpflicht gestützt wird, muss ein Bf. jedoch schlüssig dartun, dass die öffentliche Gewalt Schutzvorkehrungen entweder überhaupt nicht getroffen hat oder dass offensichtlich die getroffenen Regelungen und Maßnahmen gänzlich ungeeignet oder völlig unzulänglich sind, das Schutzziel zu erreichen (vgl. BVerfGE 15, 256 [261f.] = NJW 1963, 899; BVerfGE 77, 170 [215] = NJW 1988, 1651). Hierzu ist vorweg darzulegen, dass überhaupt eine Gefahr existiert. Dieses Schlüssigkeitserfordernis gilt auch, soweit eine Verantwortung staatlicher Stellen zur empirischen Widerlegung von Warnungen vor Schadensereignissen in Rede steht. Der bloße Hinweis auf vereinzelt bleibende Warnungen genügt nicht, um eine gesteigerte staatli-

che Untersuchungs- oder gar Widerlegungspflicht anzunehmen.

[16] Was experimentelle Forschungsansätze betrifft, die im Wesentlichen auf theoretischen Erwägungen zu zentralen Grundfragen der modernen Physik aufbauen, sind jedenfalls solche Behauptungen unzureichend substantiiert, die lediglich eine Verantwortung staatlicher Stellen zur vorherigen, empirischen Widerlegung sämtlicher in der Öffentlichkeit diskutierter Warnungen vor (Groß-)Schadensereignissen einfordern. Die Substanziierung einer Verletzung verfassungsrechtlicher Schutzpflichten verlangt für Warnungen, die weitreichende Schutzpflichten auslösen sollen, die Einhaltung gewisser Mindeststandards, jedenfalls die Beachtung des Schlüssigkeitserfordernisses (vgl. BVerfGE 77, 170 [215] = NJW 1988, 1651). Darauf zu verzichten, hieße, es staatlichen Stellen unmöglich zu machen, relevante Warnungen, denen sie prinzipiell nachzugehen haben, von irrelevanten hypothetischen Prophezeiungen zu unterscheiden.

[17] b) Diesen Anforderungen an die Substanziierung genügen die Darlegungen der Bf. nicht. Sie hat mit dem Hinweis auf die ihrer Ansicht nach ungenügende und verharmlosende Gefahrenabschätzung durch Bundesregierung und Fachgerichte keinen Verstoß gegen spezifisches Verfassungsrecht dargetan. Darüber hinaus hat sie lediglich ihren bereits von den Fachgerichten beschiedenen Vortrag wiederholt, die Bundesre-

publik Deutschland sei verpflichtet, gegen die von der Europäischen Organisation für kernphysikalische Forschung durchgeführten Versuche einzuschreiten. Die hierfür herangezogene möglicherweise aus Fachkreisen stammende Warnung vor der avisierten Versuchsreihe ist jedenfalls un schlüssig; denn sie genügt nicht den Substanziierungsanforderungen hinsichtlich der Verletzung von Schutzpflichten aus Art. 2 II 1 GG. [wird ausgeführt]

[26] Auch das vermeintliche Ausmaß des von der Bf. für möglich gehaltenen Schadensereignisses rechtfertigt keinen Verzicht auf die Schlüssigkeit der Warnung. Auch die (vermeintliche) Größe eines Schadens - hier die Vernichtung der Erde - erlaubt keinen Verzicht auf diese Mindestsubstanziierung, ob ein wenigstens hypothetisch denkbarer Zusammenhang zwischen der Versuchsreihe und dem Schadensereignis besteht. [...]

#### IV. Objektive Schutzpflicht aus Grundrechten auch im Völkerrecht?

[27] Ob und inwiefern eine staatliche Schutzpflicht zu Gunsten Grundrechtsberechtigter auch in den Fällen besteht, in denen – wie vorliegend – die behauptete Gefahr von einer internationalen Organisation ausgeht, an der Deutschland beteiligt ist, bedarf danach keiner Entscheidung.

### Standort: Baurecht

### Problem: Rechtsnachfolge

BVERWG, URTEIL VOM 28.01.2010

4 C 6/08 (NVWZ 2010, 779)

OVG GREIFSWALD, BESCHLUSS VOM 04.11.2009

3 L 163/08 (NVWZ-RR 2010, 261)

#### Problemdarstellung:

Die nachstehend wiedergegebenen Entscheidungen des BVerwG und des OVG Greifswald beschäftigen sich mit der Rechtsnachfolge im Baunachbarrecht.

A. Gem. § 121 Nr. 1 VwGO erstreckt sich die Rechtskraft eines Urteils auf die Beteiligten und deren Rechtsnachfolger. Dem BVerwG stellte sich nun die Frage, was "Rechtsnachfolge" bedeutet, wenn es um eine Baugenehmigung geht. Der Gericht entschied, dass der Nachfolger in die Position des Bauherrn eintreten müsse. Rechtsnachfolge in die *Baugenehmigung* bedeutet also Rechtsnachfolge in die *Bauherreneigenschaft*. Keinesfalls genüge es, eine obligatorische Berechtigung am bebauten Grundstück zu erwerben (im Fall: Pachtvertrag).

B. In dem Beschluss des OVG Greifswald ging es um die Frage, wann ein solcher Wechsel in der Position des Bauherrn als eingetreten anzusehen ist. Der Kläger

meinte, hierzu genüge allein schon die schriftliche Mitteilung des (vermeidlichen) neuen Bauherren an die Baugenehmigungsbehörde, ohne dass es einer Zustimmung des alten Bauherren bedürfe. Dies gelte jedenfalls dann, wenn der (vermeidliche) neue Bauherr Eigentümer des Grundstücks geworden sei.

I. Dass allein die Anzeige einer Rechtsnachfolge bei der Bauaufsichtsbehörde nicht konstitutiv sein kann, sollte jedermann einleuchten. Sonst könnte der bisherige Bauherr allein aufgrund eines Schreibens eines beliebigen Dritten, der möglicherweise zum Grundstück in keinerlei Beziehung steht, aus seiner Position verdrängt werden. Das OVG Greifswald begnügt sich daher damit, dies in einem kurzen Ergebnissatz festzustellen.

II. Das Gericht ist darüber hinaus aber auch der Meinung, dass selbst der Eigentumserwerb am Grundstück nicht genüge, um die Rechtsnachfolge in die Baugenehmigung anzutreten. Die Baugenehmigung werde nicht dem Grundstück, sondern dem Bauherrn erteilt; eine Anbindung der Genehmigung an das Eigentum des Standortgrundstücks sehe die Landesbauordnung Mecklenburg-Vorpommern gerade nicht vor. Schon weil die Baugenehmigung unbeschadet der Rechte

Dritter erteilt werde (§ 72 III LBauO M-V) sei offensichtlich, dass Bauherr und Eigentümer des Grundstücks personenverschieden sein könnten.

III. Eine Rechtsnachfolge in die Baugenehmigung komme daher nur in Betracht, wenn diese dem vermeidlichen Nachfolger vom Genehmigungsinhaber rechtsgeschäftlich übertragen worden oder die Genehmigung von allem Anfang an nicht nur für den Bauherrn, sondern auch für den (von ihm personenverschiedenen) Eigentümer beantragt worden war.

IV. Genau das Gegenteil vertritt für Baden-Württemberg übrigens der VGH Mannheim in seiner Entscheidung vom 30.03.1995 (NVwZ-RR 1995, 562, 563). Dort heißt es wörtlich: "Die Übertragung des Eigentums am Baugrundstück hat gleichzeitig den Übergang der Rechte und Pflichten aus der dem bisherigen Eigentümer erteilten Baugenehmigung zur Folge, ohne dass es einer besonderen Übertragungshandlung bedarf. Etwas anderes gilt nur dann, wenn sich der bisherige Eigentümer und Bauherr die Inhaberschaft an der Baugenehmigung durch eine besondere Vereinbarung vorbehält."

#### **Prüfungsrelevanz:**

Ob eine Person Bauherr(in) geworden ist, kann für eine Vielzahl von Fallkonstellationen von Bedeutung sein. Man denke - abgesehen von dem hier behandelten Problem, ob sie Inhaber(in) einer Baugenehmigung geworden ist, nur an die Frage nach der bauordnungsrechtlichen Verantwortlichkeit für die Sicherheit und Ordnung des zu erstellenden Bauwerks, die ebenfalls den Bauherrn trifft. Hierzu sollte man sich in jedem Fall merken, dass allein der Hinweis darauf, dass die Baugenehmigung nach den Landesbauordnungen der Länder auch für den Rechtsnachfolger gilt, keinesfalls ausreicht, weil eben gerade als Vorfrage zu klären ist, wann eine Person überhaupt als Rechtsnachfolger anzusehen ist.

Sollte einmal eine Stellungnahme zu der Frage erforderlich sein, ob der Grundstückserwerb automatisch auch die Bauherrneigenschaft übergehen lässt, so lässt sich die Ansicht des OVG Greifswald gegen die Meinung des VGH München (oben B.IV.) mit den oben unter B.III. genannten Argumenten gut vertreten. In der Tat müssen Bauherr und Eigentümer nach den Bauordnungen der Länder nicht identisch sein. Dann ist auch nicht einzusehen, warum der Neueigentümer auch immer Neubauherr sein soll.

In diese Richtung tendiert übrigens auch das BVerwG nach den Gründen des unten wiedergegebenen Urteils, auch wenn es dort i.E. hierauf nicht ankam, weil noch nicht einmal Eigentum erworben, sondern lediglich ein Pachtvertrag zustande gekommen war.

#### **Vertiefungshinweise:**

□ Bindungswirkung eines baurechtlichen Bescheidungsurteils: *VGH München*, NVwZ-RR 2007, 736

□ Rechtsnachfolge in eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung: *VGH München*, NVwZ 2006, 1201

□ Rechtsnachfolge im Gewerberecht in Position "alt und bewährt": *VG Braunschweig*, RA 2008, 485 = NVwZ-RR 2008, 391

□ Rechtsnachfolge in die abstrakte Ordnungspflicht: *BVerwG*, RA 2006, 507 = NVwZ 2006, 928; *VGH Mannheim*, NVwZ 1986, 942; NVwZ-RR 2003, 103

□ Überblick zur Rechtsnachfolge im Ordnungsrecht: *Rau*, Jura 2000, 37

#### **1. Teil: Urteil des BVerwG vom 28.01.2010 (4 C 6/08)**

##### **Leitsatz:**

**Ein Bauantragsteller, der an einem Verwaltungsrechtsstreit, den der Nachbar mit einem anderen Bauantragsteller geführt hat, nicht selbst beteiligt war und auch nicht Rechtsnachfolger eines Beteiligten ist, muss sich nicht entgegenhalten lassen, dass in dem Vorprozess eine Baugenehmigung oder ein Bauvorbescheid für ein sachlich identisches Vorhaben rechtskräftig aufgehoben worden ist.**

##### **Sachverhalt:**

Der Kl. wendet sich gegen einen Bauvorbescheid, der dem beigel. Grundeigentümer (unter anderem) für die nachträgliche Legalisierung eines grenzständig errichteten Lagerhallenanbaus erteilt wurde. In einem weiteren Verfahren (BVerwG 4 C 7/08) begehrt er vom Bekl. die Anordnung des Rückbaus des Lagerhallenanbaus, soweit dies für die Einhaltung der Abstandsflächen erforderlich ist. Zuvor hatte der Kl. eine Baugenehmigung, die Familienangehörige des Beigel. für den Neubau dieses Lagerhallenanbaus beantragt hatten, erfolgreich angefochten; das im Vorprozess ergangene Urteil des VG ist rechtskräftig.

Der Beigel. war seit 1996 Miteigentümer und ist seit 2006 Alleineigentümer des Baugrundstücks, das seit mehreren Jahrzehnten als Betriebsgrundstück eines Metall verarbeitenden Betriebs genutzt wird. Der Kl. ist Eigentümer eines nördlich an das Betriebsgrundstück angrenzenden Wohnanwesens. Beide Grundstücke liegen im Geltungsbereich eines Bebauungsplans, der den fraglichen Bereich als Gewerbegebiet ausweist.

Im Jahre 1984 genehmigte der Bekl. die Erweiterung der auf dem Betriebsgrundstück vorhandenen Werkhalle um einen grenzständigen Lagerhallenanbau, nachdem der Vater des Kl. – der seinerzeitige Eigentü-

mer des Nachbargrundstücks – eine Abstandsflächenbaulast übernommen hatte.

Im Jahre 2001 beantragten Familienangehörige des Beigel., die – soweit ersichtlich – das Betriebsgrundstück samt aufstehender Hallen seinerzeit gepachtet hatten, die Erteilung einer Baugenehmigung für den Neubau einer Werkhalle unter gleichzeitigem Abbruch der vorhandenen Werkhalle. Nach den Bauvorlagen sollte die Grenz wand der angebauten Lagerhalle erhalten bleiben und deren Dach unter Beibehaltung der bisherigen Dimensionen erneuert werden. Das genehmigte Vorhaben wurde noch im Jahre 2002 fertig gestellt.

Das VG hat die Genehmigungen aufgehoben. Es war der Auffassung, dass der grenzständig errichtete Lagerhallenneubau die erforderliche Abstandsfläche zum Nachbargrundstück des Kl. nicht einhalte. Die Nichteinhaltung sei durch die im Jahre 1984 übernommene Baulast nicht gedeckt, weil davon auszugehen sei, dass diese damals nur vorhabenbezogen bewilligt worden sei. Mit der Verwerfung der Berufung des Bekl. wegen verfristeter Berufungsbegründung ist das erstinstanzliche Urteil rechtskräftig geworden.

Im Jahre 2006 beantragte der Beigel. die Erteilung eines Bauvorbescheids (unter anderem) für die nachträgliche Legalisierung des bereits errichteten grenzständigen Lagerhallenanbaus. Der Bekl. erteilte den streitgegenständlichen Bauvorbescheid. Die Werkhalle dürfe ohne Grenzabstand gebaut werden, weil entsprechende Baulasten vorlägen.

Das VG hat auch den Bauvorbescheid aufgehoben. Auf die Berufung des Bekl. und des Beigel. hat das OVG die Klagen unter Abänderung des erstinstanzlichen Urteils abgewiesen. Die vom BVerwG zugelassene Revision des Kl. blieb erfolglos.

#### **Aus den Gründen:**

[10] Die Revision des Kl., über die der Senat im Einverständnis mit den Beteiligten ohne die Durchführung einer mündlichen Verhandlung entscheidet (§ 101 II i.V. mit § 141 S. 1 und § 125 I 1 VwGO), ist unbegründet. Die mit der Revision allein angegriffene Annahme des OVG, dass der Beigel. das im Vorprozess ergangene rechtskräftige Urteil nicht gegen sich gelten lassen muss und der Bekl. deshalb nicht gehindert war, ihm den beantragten Bauvorbescheid zu erteilen, verstößt nicht gegen Bundesrecht.

#### **A. Rechtskraftbindung nach § 121 VwGO**

[11] Nach § 121 Nr. 1 VwGO binden rechtskräftige Urteile die Beteiligten und ihre Rechtsnachfolger, soweit über den Streitgegenstand entschieden worden ist. Nur soweit der personelle und sachliche Umfang der Rechtskraft reicht, folgt aus ihr ein Wiederholungsverbot dergestalt, dass die im Vorprozess unterlegene Behörde bei unveränderter Sach- und Rechts-

lage nicht einen neuen Verwaltungsakt aus den vom Gericht missbilligten Gründen erlassen darf (vgl. BVerwGE 91, 256 = NVwZ 1993, 672 = NJW 1993, 2256 L). Das gilt auch im Fall einer Baunachbarklage. Ein Bauantragsteller, der weder am Vorprozess selbst beteiligt war noch Rechtsnachfolger eines Beteiligten ist, hat bei Vorliegen der Genehmigungsvoraussetzungen einen Anspruch auf Erteilung einer Baugenehmigung oder eines Bauvorbescheids. Er muss sich nicht entgegenhalten lassen, dass in einem Verwaltungsrechtsstreit, den der Nachbar mit einem anderen Bauantragsteller geführt hat, eine Baugenehmigung oder einen Bauvorbescheid für ein sachlich identisches Bauvorhaben aufgehoben wurde. [...]

#### **B. Subsumtion**

[13] Nach Auffassung des OVG wird der Beigel. nicht von der Rechtskraftwirkung des Urteils im Vorprozess erfasst, weil er weder Beteiligter des Vorprozesses noch Rechtsnachfolger eines am Vorprozess Beteiligten gewesen sei. Das hält der rechtlichen Prüfung stand.

#### **I. Beteiligung am Vorprozess**

[14] Beteiligter des Vorprozesses war der Beigel. des vorliegenden Verfahrens nach den bindenden Feststellungen des OVG (§ 137 II VwGO) nicht. Rechtsfehler bei der Auslegung und Anwendung des Begriffs des Beteiligten (§ 63 VwGO) sind weder geltend gemacht noch sonst ersichtlich.

#### **II. Rechtsnachfolge**

[15] Auch der Befund des OVG, dass der Beigel. nicht Rechtsnachfolger des im Vorprozess beigel. Bauantragstellers sei, gibt keinen Anlass zur Kritik.

#### **1. Definition**

Rechtsnachfolger ist, wer kraft Rechtsgeschäfts, staatlichen Hoheitsakts oder Gesetzes als Gesamt- oder Einzelrechtsnachfolger in das Recht des Vorgängers eintritt (Rennert, in: Eyermann, VwGO, 12. Aufl. [2006], § 121 Rdnr. 43; Kilian, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 2. Aufl. [2006], § 121 Rdnr. 108). Wesensmerkmal der Rechtsnachfolge ist mithin ein Wechsel in der Person desjenigen, der legitimiert ist, das streitbefangene Recht auszuüben. Ob eine Rechtsposition nachfolgefähig ist, bestimmt sich nach dem materiellen Recht (Kuntze, in: Bader/Funke-Kaiser/Kuntze/v. Albedyll, VwGO, 4. Aufl. [2007], § 121 Rdnr. 10).

#### **2. Subsumtion**

[16] Das OVG hat eine Rechtsnachfolge verneint, weil der Beigel. des Vorprozesses nicht vor dem Beigel. des vorliegenden Verfahrens Eigentümer des Vorhangsgrundstücks gewesen sei. Der beigel. Grundeigentümer hat vom damaligen Beigel. auch keine andere

Rechtsstellung übernommen, die es dem Bekl. verböte, einen eigenen Bauantrag des Eigentümers positiv zu bescheiden.

*a. Obligatorische Berechtigung (hier: Pacht) genügt nicht*

[17] Ein Wiederholungsverbot ergibt sich insbesondere nicht daraus, dass der Beigel. des Vorprozesses im Zeitpunkt seiner Bauantragstellung – soweit ersichtlich – Pächter des Betriebsgrundstücks war und ein hierdurch schuldrechtlich begründetes Nutzungsrecht nach Beendigung des Pachtverhältnisses an den Grundeigentümer zurückgefallen sein könnte. Die privatrechtliche Übertragung von Nutzungsrechten bewirkt noch keinen Wechsel in der Person desjenigen, der Träger der sich aus der Baugenehmigung ergebenden Rechtsposition ist. [...]

*b. Vielmehr: Eintritt in die Position des Bauherrn erforderlich*

[19] Träger der sich aus der Baugenehmigung ergebenden öffentlich-rechtlichen Rechte und Pflichten ist der Bauherr (§ 56 NWBauO). Rechtsnachfolge i.S. des § 121 Nr. 1 VwGO setzt deshalb einen Wechsel in der Person des Bauherrn voraus.

*aa. Definition "Bauherr"*

Bauherr ist, wer – wie hier durch Stellung eines Bauantrags – nach außen zu erkennen gibt, dass er ein bestimmtes Vorhaben auf seine Verantwortung verwirklichen oder verwirklichen lassen will (vgl. Boeddinghaus/Hahn/Schulte, NWBauO, § 57 Rdnrn. 2ff., 5 m.w. Nachw.; vgl. etwa auch die Legaldefinition in Art. 56 I 1 BayBauO 1998). Die in § 69 NWBauO geregelte Möglichkeit der Bauantragstellung und die hieran anknüpfende Bauherrenstellung hängen nicht davon ab, dass der Antragsteller Grundeigentümer ist (vgl. BVerwG, Buchholz 310 § 47 VwGO Nr. 90 = NVwZ 1995, 264), ein von der Rechtsstellung des Grundeigentümers abgeleitetes privates Nutzungsrecht innehat, oder der Grundeigentümer mit der Antragstellung einverstanden ist. Auch ein Nichtberechtigter kann einen Bauantrag stellen und damit Bauherr sein. Für Bauvorhaben auf fremden Grundstücken kann die Bauaufsichtsbehörde zwar die Zustimmung des Grundeigentümers zu dem Bauvorhaben fordern (§ 69 II 3 NWBauO). Die fehlende Zustimmung ist aber nur ein verfahrensrechtlicher Grund, die beantragte Genehmigung zu versagen (BVerwGE 42, 115 [116] = NJW 1973, 1518). Die Bauordnung für das Land Nordrhein-Westfalen hat die öffentlich-rechtliche Rechtsstellung des Bauherrn damit von den mit dem Grundstück verbundenen privaten Nutzungsrechten (§ 903 S. 1 BGB) weitestgehend entkoppelt. Entsprechendes gilt für einen Wechsel in der Bauherrenstellung (§ 57 V 3 NWBauO). Die öffent-

lich-rechtliche Bauherrenstellung kann unabhängig vom Grundeigentum oder einem aus dem Grundeigentum abgeleiteten privaten Nutzungsrecht übertragen werden. Umgekehrt hat ein Wechsel in der Person des Nutzungsberechtigten nicht zwangsläufig einen öffentlich-rechtlichen Bauherrenwechsel zur Folge (vgl. Boeddinghaus/Hahn/Schulte, § 57 Rdnr. 9 m.w. Nachw.). Ausschließlich an den Fall eines Bauherrenwechsels knüpft die Bestimmung des § 75 II NWBauO an, wonach die Baugenehmigung auch für und gegen den Rechtsnachfolger des Bauherrn gilt. Rechtsnachfolger in diesem Sinne ist nur, wer die Bauherrenstellung vom bisherigen Bauherrn übernimmt (Boeddinghaus/Hahn/Schulte, § 75 Rdnr. 247).

*bb. Subsumtion*

Die Nachfolge in ein privates Nutzungsrecht ohne gleichzeitigen Wechsel in der Bauherrenstellung reicht hierfür nicht aus. Dass der Beigel. die Bauherrenstellung vom Beigel. des Vorprozesses übernommen hätte, hat das OVG nicht festgestellt und ist auch sonst nicht ersichtlich. [...]

**2. Teil: Beschluss des OVG Greifswald vom 04.11.09 (3 L 163/08)**

*Leitsätze:*

- 1. § 58 II MVBauO, wonach eine Baugenehmigung auch für und gegen den Rechtsnachfolger gilt, regelt nur die Nachfolgefähigkeit der Baugenehmigung, legt aber weder Voraussetzungen noch Umfang der von einer Rechtsnachfolge erfassten Rechtsposition fest.**
- 2. Es bleibt offen, ob sich aus § 58 II MVBauO schließen lässt, dass auch ein Bauantrag rechtsnachfolgefähig ist.**
- 3. Eine Rechtsnachfolge in die Genehmigung tritt nicht schon dann ein, wenn ein Wechsel in der zivilrechtlichen Verfügungsmacht über das Baugrundstück erfolgt ist.**
- 4. Die nach § 53 I 5 MVBauO vorgeschriebene Mitteilung des neuen Bauherrn über einen Bauherrenwechsel ist nicht konstitutiv für den Bauherrenwechsel. Die Vorschrift bedeutet lediglich, dass selbst dann, wenn ein Bauherrenwechsel eingetreten ist, die Behörde sich an den alten Bauherren halten kann, bis die entsprechende Mitteilung eingegangen.**

*Sachverhalt:*

Der Kläger als Insolvenzverwalter für Herrn B. begehrt die Erteilung einer Baugenehmigung zur Errichtung von 40 Ferienhäusern.

Die Firma C. GmbH erwarb durch Kaufvertrag vom 13.02.1992 von Dritten, für die Herrn B. als Bevollmächtigter auftrat, die Grundstücke, auf denen die 40

Ferienhäuser errichtet werden sollen. In § 3 Abs. 3 Unterabsatz 1 des Vertrags ist ausgeführt, der Erwerber beabsichtige, auf dem Kaufgrundstück, zusammen mit einer anderen Teilfläche bis zu 40 Ferienhäusern mit einer Gesamtbaufläche von bis zu je 80 m<sup>2</sup> im Erdgeschoss zu errichten. Nach § 3 Abs. 3 Unterabsatz 3 dieses Vertrags wurde dem Erwerber ein Rücktrittsrecht eingeräumt, sollte die Bauvoranfrage des Veräußerers die zur Geschäftsgrundlage gemachte Bebauung nicht zulassen. Sollte der Erwerber wegen der beschriebenen Nutzung eine eigene Bauvoranfrage einreichen und diese negativ beschieden werden, berechnete dies nicht zum Rücktritt.

Auf den Antrag auf Erteilung einer Teilungsgenehmigung vom 22.04.1992 erteilte die Beklagte unter dem 29.03.1994 ein Negativattest, weil die Teilungsgenehmigung wegen Fristablaufs als erteilt gelte.

Die C. GmbH stellte am 03.05.1995 einen Bauantrag. Diesen Antrag lehnte die Beklagte durch Bescheid vom 28.07.1995 ab. Das Vorhaben verstoße gegen öffentliche Belange im Sinne des § 35 Abs. 2 und 3 BauGB. Der Nachweis einer ausreichenden Erschließung sei nicht erbracht. Das zur Bebauung anstehende Gebiet befinde sich im Landschaftsschutzgebiet (LSG) D. Die hierfür zuständige Behörde habe keine Vereinbarkeit des Vorhabens mit den Belangen des Landschaftsschutzes feststellen können. Zudem befinde sich das Grundstück in der Schutzzone 3 des Biosphärenreservats D. Mit den dortigen Verbotstatbeständen sei das Vorhaben ebenfalls nicht vereinbar. Die zuständige Behörde habe das erforderliche Einvernehmen versagt. Schließlich werde die erforderliche Ausnahmegenehmigung zum Bauen im Gewässerschutzstreifen nicht erteilt.

Hiergegen legte die C. GmbH am 16.08.1995 Widerspruch ein. Die C. GmbH kündigte den Kaufvertrag mit Schreiben vom 06.03.1996, gerichtet an Herrn B. Mit Schreiben vom 18.08.1998 teilte der Kläger der Beklagten diesen Rücktritt mit. Am 14.03.2002 wurde Herr B. als Eigentümer der Grundstücke im Grundbuch eingetragen.

Mit Schreiben vom 08.09.2004 begehrt die C. GmbH die Entscheidung über den Widerspruch hinsichtlich der abgelehnten Baugenehmigung. Herr B. beantragte bei der Beklagten, im Verfahren beteiligt zu werden. Er habe einen Bauherrenwechsel im Sinne von § 66 der Landesbauordnung Mecklenburg-Vorpommern angezeigt. Die Beklagte lehnte mit Schreiben vom 28.09.2004 den Beteiligungsantrag ab. Durch Widerspruchsbescheid vom 14.06.2005, gerichtet an die C. GmbH, vertreten durch ihre Prozessbevollmächtigten, wies die Beklagte den Widerspruch zurück. Der Widerspruchsbescheid wurde am 16.06.2005 zugestellt.

Am 21.07.2005 erhob der Kläger als Insolvenzverwalter von Herrn B. Klage. Er verwies darauf, nach dem Rücktritt der C. GmbH von dem Kaufvertrag 1992

hätten die Alteigentümer das Grundstück an Herrn B. verkauft. Er stehe mittlerweile im Grundbuch.

Den Antrag des Klägers, die Beklagten zu verpflichten, Herrn B. die beantragte Baugenehmigung zu erteilen, wies das Verwaltungsgericht durch Urteil vom 29.05.2008 zurück. Es führte aus: Herr B. habe schon deswegen keinen Anspruch auf die streitgegenständliche Baugenehmigung, weil er nicht Bauherr geworden sei. Ursprünglicher Bauherr sei die C. GmbH durch Stellung des Bauantrages. Herr B. sei nicht Rechtsnachfolger in diese Rechtsstellung als Bauherr geworden. Im Übrigen bestehe auch kein materiell-rechtlicher Anspruch auf Erteilung der Baugenehmigung. Das Vorhaben beurteile sich nach § 35 Abs. 2 BauGB. Zwar entfalte die Teilungsgenehmigung vom 29.03.1994 in Hinblick auf dieses Bauvorhaben Bindungswirkung. Sie umfasse aber nicht die Fragen der Erschließung. Weder die Trinkwasserver- noch die Abwasserentsorgung sei gesichert. Die Gemeinde sei auch nicht gehalten, ein unterbreitetes Erschließungsangebot anzunehmen.

Gegen dieses am 11.06.2008 ihm zugestelltes Urteil hat der Kläger am 11.07.2008 den Antrag auf Zulassung der Berufung gestellt.

#### **Aus den Gründen:**

Die Berufung ist nicht wegen ernstlicher Zweifel an der Richtigkeit des angegriffenen Urteils zuzulassen. Ernstliche Zweifel an der Richtigkeit der angegriffenen Entscheidung im Sinne des § 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO sind immer schon dann begründet, wenn ein einzelner tragender Rechtssatz oder eine erhebliche Tatsachenfeststellung mit schlüssigen Argumenten in Frage gestellt wird. Geboten ist eine summarische Prüfung des Zulassungsvorbringens auf die schlüssige Infragestellung der Auffassung des Verwaltungsgerichts. Ernstliche Zweifel sind nicht erst dann gegeben, wenn bei der im Zulassungsverfahren allein möglichen summarischen Überprüfung der Erfolg des Rechtsmittels wahrscheinlicher ist als der Misserfolg (vgl. BVerfG, B. v. 03.03.2004 - 1 BvR 461/03 - BVerfGE 110, 77 [83]; BVerfG 3. Kammer des Ersten Senats, B. v. 21.01.2009 - 1 BvR 2524/06). Dabei hat das Zulassungsverfahren nicht die Aufgabe, das Berufungsverfahren vorwegzunehmen (vgl. BVerfG 2. Kammer des Ersten Senats, B. v. 23.06.2000 - 1 BvR 830/00 -, NVwZ 2000, 1163). Derartige Zweifel werden in der Zulassungsschrift nicht aufgezeigt.

#### **A. Eintritt des Bauherrenwechsels nach Ansicht des Klägers**

Der Kläger vermag schon nicht ernstliche Zweifel an der Ansicht des Verwaltungsgericht darzulegen, dass ihm als Insolvenzverwalter über das Vermögen des Herrn B. die Aktivlegitimation bzw. Klagebefugnis zur Geltendmachung des Verpflichtungsantrags fehlt.

Er beruft sich allein auf die von ihm behauptete Rechtsstellung als Rechtsnachfolger der C. GmbH im bisherigen Baugenehmigungsverfahren. Er macht geltend, für einen Bauherrenwechsel genüge nach § 55 Abs. 4 Landesbauordnung Mecklenburg-Vorpommern a. F. - LBauO M-V a. F. - alleine die schriftliche Mitteilung des neuen Bauherrens an die Baugenehmigungsbehörde. Die Zustimmung des alten Bauherrens sei nicht erforderlich. Dies gelte jedenfalls in der vorliegenden Konstellation, die dadurch gekennzeichnet sei, dass Herr B. Eigentümer des Grundstücks sei, auf dem sich der ursprünglich von der C. GmbH eingereichte Bauantrag beziehe. Zudem habe diese Gesellschaft keinerlei Bezug mehr zu diesem Grundstück, nachdem sie mit Schreiben vom 06.03.1996 von dem Kaufvertrag zurückgetreten sei. Dies habe Herr B. der Beklagten mit Schreiben vom 18.08.1998 mitgeteilt. Außerdem habe die C. GmbH auch nicht mehr die Absicht, das Vorhaben vorzubereiten oder auszuführen. Herrn B. als Eigentümer des Grundstückes stehe daher die Stellung als Bauherr ohne Weiteres zu. Schließlich habe die Beklagte Herrn B. bereits in der Vergangenheit als Bauherren anerkannt, so ihm ein Baustellen-schild übersandt.

### *B. Entscheidung des OVG*

Mit diesen Darlegungen wird das Ergebnis des Verwaltungsgerichts nicht in Frage gestellt. Voraussetzung für den Eintritt der Rechtsnachfolge ist die Nachfolgefähigkeit der Rechtsposition und das Vorliegen eines Nachfolgetatbestandes. Der Nachfolgetatbestand kann sich aus Gesetz, Verwaltungsakt oder Rechtsgeschäft ergeben (OVG Münster, U. v. 07.11.1995 - 11 A 5922/94 - NVwZ-RR 1997, 70).

#### *I. Übergang nach § 58 II LBauO M-V*

Aus § 72 Abs. 2 LBauO M-V a. F./§ 58 Abs. 2 LBauO M-V 2006, wonach Baugenehmigungen auch für und gegen den Rechtsnachfolger gelten, lässt sich eine Rechtsnachfolge des Klägers in die Rechtsstellung als Antragsteller für die streitbefangene Baugenehmigung nicht herleiten. Diese Vorschriften regeln nur die Nachfolgefähigkeit der Baugenehmigung, legen aber die Voraussetzungen, unter denen eine Rechtsnachfolge erfolgt, ebenso wenig fest, wie sie den Umfang der von einer Rechtsnachfolge erfassten Rechtsposition und die Auswirkungen einer Rechtsnachfolge auf die Rechtsstellung des Rechtsvorgängers bestimmen. Davon abgesehen liegt eine Baugenehmigung nicht vor. Aus § 72 Abs. 2 LBauO M-V a. F./§ 58 Abs. 2 LBauO M-V 2006 könnte sich aber schließen lassen, dass auch ein solcher Bauantrag rechtsnachfolgefähig ist.

#### *II. Rechtsgeschäftlicher Übergang*

Für einen Nachfolgetatbestand fehlt es an einem den öffentlich-rechtlichen Bauantrag vom 12./12.02.1992

betreffenden willentlichen Übertragungsakt als in Frage kommendem Tatbestand der Rechtsnachfolge.

#### *1. Einverständnis des Rechtsvorgängers*

Der Kläger trägt in der Zulassungsschrift selbst vor, ein Einverständnis der C. GmbH liege nicht vor. Im Übrigen - abgesehen davon, dass sich der Kläger in der Zulassungsschrift darauf nicht beruft - ist diese Rechtsfolge auch nicht durch die Kündigung des Kaufvertrags vom 13.02.1992 eingetreten. Er regelte in § 3 Abs. 3 Unterabsatz 3 lediglich die Folgen eines Scheiterns einer Bauvoranfrage des Klägers und lässt die Rechtsfolgen einer Ablehnung von Bauanträgen der Firma C. GmbH ausdrücklich unberührt.

#### *2. Aufgabe der Beziehung zum Grundstück durch Rechtsvorgänger*

Der Kläger ist auch nicht mit der Kündigung des zivilrechtlichen Vertragsverhältnisses zwischen den Alteigentümern und der Firma C. GmbH (Kaufvertrag vom 13.02.1992) kraft Gesetzes als Rechtsnachfolger in die Rechte und Pflichten des Bauantrags eingetreten.

Weder die Landesbauordnung Mecklenburg-Vorpommern noch sonstige Regeln des öffentlichen oder Zivilrechts enthalten eine Bestimmung, nach der - etwa zugunsten einer Kontinuität in der Ausnutzung der mit der Baugenehmigung erlangten wirtschaftlichen Vorteile - eine Rechtsnachfolge in die Genehmigung bzw. den Bauantrag auch dann vorliegt, wenn ein Wechsel in der zivilrechtlichen Verfügungsmacht über das Baugrundstück erfolgt ist. Die Baugenehmigung wird nicht dem Grundstück, sondern dem Träger des Vorhabens für eine bestimmte Anlage an einem bestimmten Standort erteilt; eine Anbindung der Genehmigung an das Eigentum des Standortgrundstücks sieht die Landesbauordnung Mecklenburg-Vorpommern nicht vor. Dies wird nicht zuletzt daraus deutlich, dass die Baugenehmigung unbeschadet der Rechte Dritter erteilt wird (§ 72 Abs. 3 LBauO M-V a. F./LBauO M-V 2006). Die Landesbauordnung Mecklenburg-Vorpommern sieht somit gerade nicht vor, dass Bauherr und Eigentümer des Grundstücks identisch sind.

Im Hinblick darauf kann nicht davon ausgegangen werden, dass der mit dem Träger des Vorhabens als Antragssteller und künftiger Genehmigungsinhaber nicht identische „bloße“ Eigentümer des Standortgrundstücks ohne weiteres neben oder anstelle des Vorhabenträgers von einer - noch nicht ausgenutzten - Genehmigung Gebrauch machen darf. Dies kommt vielmehr nur dann in Betracht, wenn ihm die Rechtsstellung als Genehmigungsinhaber bzw. Antragsteller vom früheren Inhaber rechtsgeschäftlich übertragen worden ist, der Träger des Vorhabens als Antragsteller die Genehmigung nicht nur für sich, sondern auch für den Eigentümer beantragt hat oder eine Abtretung der

Rechtsstellung aus der Antragstellung bzw. künftigen Genehmigung an den Eigentümer des Grundstücks stattgefunden hat (vgl. zu alledem VGH München, B. v. 15.02.2006 - 22 CS 06.166 - NVwZ 2006, 1201; Dietlein, Nachfolge im Öffentlichen Recht, 1999, S. 412 ff.). Alles dies hat der Kläger in der Zulassungsschrift nicht geltend gemacht.

### III. Anzeige der Rechtsnachfolge

Aus der Anzeige des Bauherrenwechsels durch Herrn B. kann der Kläger ebenfalls nicht die Rechtsstellung

als Bauherren ableiten. Nach § 55 Abs. 4 LBauO M-V a. F./§ 53 Abs. 1 Satz 5 LBauO M-V 2006 hat dann, wenn der Bauherr wechselt, der neue Bauherr dies der Bauaufsichtsbehörde unverzüglich schriftlich mitzuteilen. Die hierin vorgeschriebene Mitteilung ist jedoch nicht konstitutiv für den Bauherrenwechsel. Die Vorschrift bedeutet lediglich, dass selbst dann, wenn ein Bauherrenwechsel eingetreten ist, die Behörde sich an den alten Bauherren halten kann, bis die entsprechende Mitteilung eingegangen (Würfel in Busse, Bayerische Bauordnung 2008 Art. 50 Rn. 73).

## Standort: VwGO

## Problem: Vorläufige Rechtsschutzart

OVG KOBLENZ, BESCHLUSS VOM 08.12.2009  
8 B 11243/09 (DVBL 2010, 322 L)

### Problemdarstellung:

Das OVG Koblenz hatte sich mit einem Fall zu befassen, in dem ein Nachbar (ASt.) das Gericht um vorläufigen Rechtsschutz gegen den von einer Großbaustelle ausgehenden Lärm ersuchte. Der hierzu ergangene Beschluss des OVG enthält zwei interessante Ausführungen:

A. Der ASt. hatte wörtlich beantragt, die aufschiebende Wirkung seines Widerspruchs gegen die Baugenehmigung anzuordnen. Damit stellte er einen Antrag nach §§ 80a III 2, 80 V 1, 2. Fall VwGO. Dies ist auf den ersten Blick richtig, denn Widersprüche (und Anfechtungsklagen) gegen Baugenehmigungen entfalten wegen §§ 80 II Nr. 3 VwGO i.V.m. 212a BauGB entgegen § 80 I VwGO nicht von sich aus aufschiebende Wirkung, und gem. § 123 V VwGO gehen Anträge nach §§ 80 V, 80a VwGO der einstweiligen Anordnung nach § 123 I VwGO vor. Bei genauerem Hinsehen erweist sich dieser Weg jedoch als falsch: Die Begründetheit der Anträge nach §§ 80 V, 80a VwGO hängt davon ab, ob eine Interessenabwägung nach summarischer Prüfung ergibt, dass das Suspensivinteresse des ASt. das Vollzugsinteresse der Allgemeinheit überwiegt. Diese Interessenabwägung wiederum orientiert sich zunächst und vor allem an den Erfolgsaussichten der Hauptsache. Geht es um einen Widerspruch oder eine Anfechtungsklage gegen eine Baugenehmigung, kommt es also entscheidend darauf an, ob die angegriffene Baugenehmigung wegen einer Verletzung nachbarschützender Vorschriften rechtswidrig ist (vgl. § 113 I 1 VwGO). Eine Baugenehmigung kann aber nur insoweit rechtswidrig sein, als sie überhaupt Regelungen enthält. Da sich die vorliegende Genehmigung überhaupt nicht zum möglichen Baulärm verhielt, konnte sie insoweit auch nicht rechtswidrig sein. Ein Antrag nach §§ 80 V, 80a VwGO hätte somit von vornherein erfolglos bleiben müssen.

Das OVG erkannte dies und deutete das wörtliche An-

tragsbegehren in einen Antrag nach § 123 I VwGO um, gerichtet auf eine bauaufsichtliches Einschreiten gegen die Bauarbeiten.

B. Dieser Antrag wiederum setzt in der Begründetheit u.a. einen Anordnungsanspruch voraus. Die Landesbauordnungen der Länder enthalten allesamt die Möglichkeit der Bauaufsichtsbehörden, bei erkannter Verletzung öffentlich-rechtlicher Vorschriften gegen ein Bauvorhaben einzuschreiten. Diese Ermächtigungsgrundlage (hier: § 59 I LBauO RP; vgl. aber auch § 61 I 2 BauO NRW, § 89 NdsBauO etc.) stellt zugleich eine Anspruchsgrundlage des Bürgers auf ein Einschreiten dar, wobei nach ganz h.M., der sich auch das OVG Koblenz anschließt, das Entschließungsermessen grundsätzlich auf Null reduziert ist, wenn ein Nachbar sich auf Verstöße gegen zu seinen Gunsten drittschützende Normen beruft. Eine drittschützende Norm in diesem Sinne erblickte das Gericht hier in § 53 I LBauO RP, der (auch) vor Baulärm schützen soll. Allerdings waren im konkreten Fall die einschlägigen Grenzwerte eingehalten, sodass der Antrag i.E. ohne Erfolg blieb.

### Prüfungsrelevanz:

Die Abgrenzung zwischen den Eilanträgen nach §§ 80 V, 80a VwGO auf der einen und § 123 I VwGO auf der anderen Seite gehört zum Basiswissen eines jeden Examenskandidaten. Der vorliegende Fall ist insoweit wichtig, als er nicht in das gängige Denkschema "Baunachbarrecht = § 80a VwGO" passt. Mit einem Antrag nach §§ 80 V, 80a VwGO wird eben die Baugenehmigung angegriffen und versucht, diese zu suspendieren. Erstreckt sich die Baugenehmigung aber gar nicht auf das gerügte Verhalten des Bauherrn, bleibt nur ein Antrag nach § 123 I VwGO. Andererseits gilt: Hätte die Baugenehmigung das hier streitige Ausmaß des Baulärms geregelt, wäre ein Antrag nach §§ 80 V, 80a VwGO durchaus richtig (und wegen § 123 V VwGO dann auch vorrangig) gewesen.

Am Rande sollte zur Kenntnis genommen werden, dass Verwaltungsvorschriften (hier: die Allgemeine



Verwaltungsvorschrift des Landes Rheinland-Pfalz zum Schutz gegen Baulärm) nicht selbst Rechtsnormen darstellen, die über die Generalklausel des Bauordnungsrechts (hier: § 59 I LBauO RP) zum Einschreiten ermächtigen. Als reines Innenrecht der Verwaltung sind sie keine "öffentlich-rechtlichen Vorschriften" in diesem Sinne. Sie können aber zur Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe herangezogen werden. So führt auch das OVG Koblenz aus, dass zur Konkretisierung dessen, was den Nachbarn als Lärmbelastung nach § 53 I LBauO RP zumutbar ist, auf die Grenzwerte der o.g. Verwaltungsvorschrift abgestellt werden kann. Eine ähnliche Bedeutung kommt z.B. den Technischen Anleitungen (TAen) zu, die - als normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften nach § 48 BImSchG erlassen - ebenfalls Bindungswirkung entfalten, soweit es um die Auslegung unbestimmter bau- oder emissionsschutzrechtlicher Rechtsbegriffe geht (z.B. um den Begriff der "schädlichen Umwelteinwirkungen" nach § 35 III Nr. 3 BauGB).

#### **Vertiefungshinweise:**

Effektiver vorläufiger Rechtsschutz im Baunachbarrecht: *BVerfG*, RA 2009, 145 = *NVwZ* 2009, 240; *Budroweit/Wuttke*, JuS 2006, 876; *Kaplonek/Mittag*, JA 2006, 664

Zur Begründetheit eines Antrags nach § 80a VwGO: *BayVGH*, RA 2003, 79 = *BayVBl* 2003, 48

Verwaltungsvorschriften sind keine Ermächtigungsgrundlage: *BVerfG*, RA 2009, 553 = *NJW* 2009, 3293

Zur Bindungswirkung von Verwaltungsvorschriften: *VG Arnsberg*, RA 2007, 623 (Urteil vom 30.08.2007, 7 K 2561/06 - Kirchengeläut und TA Lärm)

#### **Kursprogramm:**

*Examenskurs*: "Windkraft contra Nachbarschaft"

#### **Leitsätze:**

**1. Begehrt ein Nachbar vorläufigen Rechtsschutz gegen eine durch Bauarbeiten verursachte Lärmbelastung, so kann er diesen Umstand regelmäßig nicht im Rahmen eines Antrags auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung seines gegen die Baugenehmigung gerichteten Rechtsbehelfs nach § 80a III i. V. m. § 80 V VwGO geltend machen. Statthaft ist vielmehr ein auf Einschreiten der zuständigen Behörde gerichteter Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 123 I VwGO.**

**2. Zur Beurteilung von Baustellenlärm nach der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zum Schutz gegen Baulärm - Geräuschimmissionen.**

#### **Sachverhalt:**

Die Antragsteller sind Nachbarn eines vom Beigeladenen betriebenen, von der Antragsgegnerin genehmigten Bauvorhabens zur Errichtung eines Fußballstadions. In der Hauptsache haben sie Widerspruch gegen die Baugenehmigung des Beigel. erhoben, über den bisher nicht entschieden worden ist. Mit dem vorliegenden Antrag auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes begehren sie nun - wörtlich - die Anordnung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs, um die einstweilige Einstellung der laufenden Bauarbeiten zu erreichen. Zur Begründung tragen sie vor, von der Baustelle gehe für sie unzumutbarer Lärm aus. Der Antrag blieb in beiden Instanzen ohne Erfolg.

#### **Aus den Gründen:**

##### **A. Zulässigkeit**

##### **I. Statthaftigkeit**

Der Rechtsschutzantrag der Antragsteller ist insofern bei sachgerechter Auslegung dahin umzudeuten, dass sie im Wege der einstweiligen Anordnung nach § 123 I VwGO ein Einschreiten der Bauaufsichtsbehörde gegen die von der Baustelle der Beigeladenen ausgehenden Lärmbelastungen begehren.

##### **1. §§ 80a III 2 i. V. m. 80 V 1, 1. Fall VwGO**

Ihr Rechtsschutzziel, eine unzumutbare Lärmbelastung durch die Bauarbeiten abzuwehren, können die Antragsteller nicht im Wege des von ihnen gestellten Antrags auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung ihres Widerspruchs gegen die 2. Teilbaugenehmigung zur Errichtung eines Fußballstadions nach § 80 a III i. V. m. § 80 V VwGO erreichen. Eine auf diesen Aspekt gestützte Anfechtung der 2. Teilbaugenehmigung wäre nur in dem Umfang möglich, in dem die Baugenehmigung eine Aussage zu der Frage der Baulärmbelastung trifft (vgl. OVG RP, *NVwZ-RR* 1992, 289, 290). Eine Regelung zur Frage des zulässigen Baulärms findet sich in der angefochtenen Baugenehmigung jedoch allenfalls insoweit, als in den in die Teilgenehmigung einbezogenen Hinweisen unter Nr. 12 davon gesprochen wird, dass bei der Bauausführung nur Maschinen und Geräte verwendet werden dürfen, die den Anforderungen der 32. Verordnung zum Bundesimmissionsschutzgesetz genügen und die Immissionsrichtwerte der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zum Schutz gegen Baulärm einhalten. Soweit man hierin eine verbindliche Festschreibung durch die Antragsgegnerin sieht, ermöglicht die Baugenehmigung den Einsatz solcher Baumaschinen, deren Geräuschentwicklung sich im Rahmen der zitierten Vorschriften hält.

## 2. § 123 I VwGO

Die Antragsteller machen indessen nicht geltend, dass sie durch eine nach diesen Regelungen als zulässig angesehene Lärmbelastung in ihren Rechten verletzt werden. Vielmehr berufen sie sich darauf, dass eine unzumutbare Lärmbeeinträchtigung vorliegt, die sich nicht im Rahmen der Vorgaben der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zum Schutz gegen Baulärm - Geräuschimmissionen - vom 19. August 1970 (BAnz. Beilage 1970, Nr. 160) - AVV Baulärm - hält. Da die geltend gemachte Beeinträchtigung über den Regelungsbereich der 2. Teilbaugenehmigung hinausgeht, kann das in der Hauptsache verfolgte Anfechtungsbegehren nicht auf diesen Umstand gestützt werden. Einschlägig ist vielmehr ein gegen die Antragsgegnerin gerichtetes Verpflichtungsbegehren auf Einschreiten der Bauaufsichtsbehörde gegen die Baulärmbeeinträchtigung.

### II. Allg. Rechtsschutzinteresse

Ein derartiger, hiernach statthafter Antrag ist auch im Übrigen zulässig. Insbesondere können sich die Antragsteller auf das erforderliche Rechtsschutzbedürfnis berufen.

Zwar setzt ein Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung regelmäßig voraus, dass der Betroffene sich vor einer Anrufung des Gerichtes mit einem entsprechenden Antrag an die Behörde gewandt hat (vgl. OVG NRW, NVwZ 2001, 1427). Im Falle der Antragsteller ist eine solche vorherige Befassung der Verwaltungsbehörde indessen entbehrlich, da sich ihr Begehren als besonders eilbedürftig erweist und die Antragsgegnerin sich im Verlaufe des bisherigen Eilverfahrens in der Sache mit dem Vorbringen der Antragsteller auseinandergesetzt und nicht zu erkennen gegeben hat, dass sie Anlass für ein Einschreiten der Bauaufsichtsbehörde sieht (vgl. Kopp/Schenke, VwGO, 16. Aufl. 2009, § 123, Rn. 22).

### B. Begründetheit

Der Antrag bleibt indessen in der Sache erfolglos. Die Antragsteller haben den nach § 123 I VwGO für den Erlass einer einstweiligen Anordnung erforderlichen Anordnungsanspruch nicht glaubhaft gemacht (§ 123

III VwGO i. V. m. § 920 II ZPO).

### I. Anspruchsgrundlage: § 59 I LBauO RP

Den Antragstellern steht kein Anspruch auf Einschreiten der Bauaufsichtsbehörde nach § 59 I 1 2. Halbsatz Landesbauordnung - LBauO - zu. Hiernach haben die Bauaufsichtsbehörden nach pflichtgemäßem Ermessen die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, um sicherzustellen, dass bei der Errichtung baulicher Anlagen die baurechtlichen oder sonstigen öffentlich-rechtlichen Vorschriften eingehalten werden. Das der Bauaufsichtsbehörde nach dieser Vorschrift eröffnete Einschreitensermessen ist grundsätzlich auf Null reduziert, wenn ein Nachbar sich auf Verstöße gegen Regelungen beruft, die dem Schutz seiner Rechte dienen (vgl. OVG RP, Beschluss vom 9. März 2007 - 8 A 10066/07.OVG-, juris, Rn. 5 m. w. N.).

### II. Tatbestand

Die Antragsteller können sich indessen nicht auf eine Verletzung auch ihrem Schutz dienender baurechtlicher oder sonstiger öffentlich-rechtlicher Vorschriften berufen. Die Beigeladene verstößt mit Einrichtung und Betrieb ihrer Baustelle nicht gegen die im Hinblick auf Lärmbeeinträchtigungen nachbarschützende Vorschrift des § 53 I LBauO. Nach dieser Bestimmung sind Baustellen so einzurichten, dass Gefahren oder unzumutbare Belästigungen nicht entstehen. Hiermit wird auch der Schutz vor Baulärm gewährleistet (vgl. Jeromin, LBauO RP, Kommentar, 2. Aufl. 2008, § 53, Rn. 9).

Zur Konkretisierung dessen, was den Nachbarn als Lärmbelastung zugemutet werden kann, ist - ebenso wie zur näheren Ausgestaltung der als sonstige öffentlich-rechtliche Vorschrift anzusehenden Regelung des § 22 I BImSchG - auf die Vorgaben der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zum Schutz gegen Baulärm - Geräuschimmissionen - abzustellen (vgl. § 66 II BImSchG). Wie auch schon das Verwaltungsgericht festgestellt hat, halten die zur Umsetzung der 2. Teilbaugenehmigung zur Errichtung des Fußballstadions derzeit stattfindenden Bauarbeiten die von der AVV Baulärm vorgegebenen Grenzen der Immissionsbelastung ein. [wird ausgeführt]

*Zivilrecht***Standort: Leasingvertrag****Problem: Zurückbehaltungsrecht**

BGH, URTEIL VOM 16.06.2010  
VIII ZR 317/09 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

**Problemdarstellung:**

Die Kl. - die Leasinggeberin - schloss mit der U-AG - der Leasingnehmerin - einen Leasingvertrag über einen Pkw vom Typ Land Rover. Im Anschluss erwarb die Kl. das Fahrzeug von der Lieferantin. Für die Verpflichtung der Leasingnehmerin gegenüber der Kl. verbürgte sich die Bekl. selbstschuldnerisch. Die U-AG übernahm das Fahrzeug im November 2003. Sie zahlte die Leasingraten bis einschließlich Februar 2004, stellte die Zahlungen dann jedoch ein.

Mit Schreiben vom 06.04.2004 rügte die U-AG gegenüber der Lieferantin verschiedene Mängel des Fahrzeugs und setzte eine Nachfrist bis zum 16.04.2004. Mit Schreiben vom 19.04.2004 erklärte sie gegenüber der Lieferantin den Rücktritt vom Kaufvertrag. Mit Schreiben vom 28.04.2004 erklärte schließlich die Kl. gegenüber der U-AG die fristlose Kündigung des Leasingvertrages wegen Zahlungsverzugs in Höhe von zwei Leasingraten.

Die Kl. rechnete den Leasingvertrag ab und verlangte von der Bekl. Zahlung von 21.323,17 €.

**Prüfungsrelevanz:**

Das Leasingrecht muss als Prüfungsstoff im Examen Ernst genommen werden, da es - wie auch die vorliegende Entscheidung zeigt - einer steten Weiterentwicklung durch die Rechtsprechung unterliegt und damit immer aktuell ist.

Die Entscheidung des zugrundeliegenden Sachverhalts hing von der Frage ab, ob der klagenden Leasinggeberin ein außerordentliches, fristloses Kündigungsrecht zustand. Denn nur dann kann sie von der Leasingnehmerin bzw. vom beklagten Bürgen nach Abrechnung des Vertrages den sog. Amortisationsschaden verlangen (vgl. zur Abrechnung oder "Abzinsung" eines gekündigten Fahrzeug-Leasingvertrages ausführlich *OLG Düsseldorf*, RA 2010, 84 = NJOZ 2010, 143). Im Leasingvertrag war formularmäßig vereinbart, dass die Leasinggeberin bei einem Zahlungsverzug von zwei Raten fristlos kündigen kann (dies entspricht der Regelung des § 543 II Nr. 3 a und b BGB und hält einer Inhaltskontrolle stand; vgl. *Palandt/Weidenkaff*, Einf v § 535 BGB Rn. 60). Da die Leasingnehmerin die Ra-

ten für März und April 2004 nicht gezahlt hatte, waren die Voraussetzungen für eine fristlose Kündigung zunächst gegeben. Allerdings berief sich die Leasingnehmerin gegenüber der Kl. auf ein Zurückbehaltungsrecht, da die Lieferantin die Rückabwicklung des Vertrages verweigerte.

Ob ein Leasingnehmer berechtigt sein soll, die Zahlung der Leasingraten zu verweigern, sofern die Rückabwicklung vom Lieferanten abgelehnt wird, war seit der Schuldrechtsmodernisierung umstritten.

Für die Rechtslage vor dem 01.01.2002 galt die ständige Rechtsprechung des erkennenden Senats: Der Leasingnehmer war nur dann berechtigt, die Zahlung der Raten vorläufig einzustellen, wenn er die ihm übertragenen Ansprüche und Rechte gegen den Lieferanten klageweise geltend machte (BGHZ 97, 135 [141 ff.]). Jedoch hingen die Rechte des Leasingnehmers im Verhältnis zum Leasinggeber - insbesondere: Wandelung oder Minderung gem. § 462 BGB a.F. - von einem Einverständnis des Lieferanten gem. § 465 BGB a.F. ab. War der Lieferant nicht einverstanden, kam die Wandelung/Minderung erst mit Eintritt der Rechtskraft eines Urteils zustande. Der Leasingnehmer sollte jedoch bereits mit klageweisen Vorgehen berechtigt sein, die Zahlung der Leasingraten vorläufig einzustellen (BGHZ a.a.O.).

Nunmehr ist der Rücktritt an die Stelle der Wandelung getreten, der unabhängig von einem Einverständnis des Rücktrittsgegners wirksam wird. Insofern war fraglich, ob die bisherige Rechtsprechung auf die neue Gesetzeslage anwendbar bleibt (dagegen: z.B. v. *Westphalen*, ZIP 2001, 2258 [2261]; *ders.*, Der Leasingvertrag Kap. H. Rn. 123 ff.; dafür: *Erman/Jendrek*, Anh. zu § 535 BGB Rn. 32; *MünchKommBGB/Koch*, Leasing Rn. 104; *Palandt/Weidenkaff*, Einf v § 535 BGB Rn. 58). Der Senat bejaht diese Streitfrage. Auch nach heutiger Rechtslage bedürfte es einer klageweisen Geltendmachung des Rückgewähranspruchs (aus § 346 I BGB) gegenüber dem Lieferanten, bevor die Zahlung der Leasingraten gegenüber dem Leasinggeber eingestellt werden darf. Nach richtiger Ansicht des Senats hat die Ersetzung der Wandelung durch den Rücktritt keine Auswirkungen auf die Interessenlage im Verhältnis Leasinggeber - Leasingnehmer. Zwar bewirkt bereits die Rücktrittserklärung, dass der Kaufvertrag über das Leasingobjekt in ein Rückgewährschuldverhältnis umgewandelt wird. Doch muss dessen Durch-

setzung ebenso im Klagewege betrieben werden, wenn der Lieferant als Anspruchsgegner die Rückgewähr ablehnt. Diesen Prozess zu führen ist nach der leasingtypischen Interessenlage - also der Freizeichnung des Leasinggebers von Gewährleistungsansprüchen und -rechten durch Abtretung - Sache des Leasingnehmers.

#### **Vertiefungshinweise:**

- Zur Abrechnung / "Abzinsung" beim Leasingvertrag: *OLG Düsseldorf*, RA 2010, 84 = *NJOZ* 2010, 143 [144]; *BGH*, *NJW* 2002, 2713
- Zum Leasingrecht allgemein: *Weber*, *NJW* 2009, 2927; *Löhning/Gietl*, *NJW* 2009, 491; *Ackermann*, *JA* 2006, 426
- Rückabwicklung von Leasingverträgen über § 313 BGB: *OLG Frankfurt*, *BB* 2009, 337
- Leasingvertrag und Inhaltskontrolle: *BGH*, *NJW* 2009, 575

#### **Kursprogramm:**

- Examenskurs*: "Hubschrauberleasing"

#### **Leitsatz:**

**Auch unter der Geltung des modernisierten Schuldrechts ist der Leasingnehmer, der wegen eines Mangels der Leasingsache gegenüber dem Lieferanten den Rücktritt vom Kaufvertrag erklärt hat, erst dann zur vorläufigen Einstellung der Zahlung der Leasingraten berechtigt, wenn er aus dem erklärten Rücktritt klageweise gegen den Lieferanten vorgeht, falls der Lieferant den Rücktritt vom Kaufvertrag nicht akzeptiert (im Anschluss an BGHZ 97, 135).**

#### **Sachverhalt:**

Die Klägerin verlangt von dem Beklagten aus einer von ihm übernommenen Bürgschaft Zahlung aus einem nach fristloser Kündigung abgerechneten Leasingvertrag.

Die Klägerin schloss am 30. Oktober/ 17. November 2003 mit der U. AG (im Folgenden: U. AG) einen Leasingvertrag über ein Fahrzeug Typ Land Rover. Der Vertrag sah eine Laufzeit von 36 Monaten und monatliche Leasingraten von 1329,96 € brutto vor. Die Klägerin erwarb das geleaste Fahrzeug von der A. GmbH (im Folgenden: Lieferantin). Der Beklagte übernahm die selbstschuldnerische Bürgschaft für alle Ansprüche, die der Klägerin aus dem Leasingvertrag gegen die U. AG zustehen.

Die U. AG übernahm das Leasingfahrzeug im November 2003. Die Klägerin erhielt die erste Leasingrate für November 2003 von der Lieferantin. Die U. AG zahlte für Dezember 2003 und März 2004 jeweils 500 € und im Februar 2004 1.332,96 €.

Mit Schreiben vom 6. April 2004 rügte die U. AG gegenüber der Lieferantin Mängel des Fahrzeugs und setzte eine Frist zu deren Beseitigung bis zum 13. April 2004 und an diesem Tage eine Nachfrist bis zum 16. April 2004. Mit Schreiben vom 19. April 2004 erklärte die U. AG gegenüber der Lieferantin den Rücktritt vom Kaufvertrag.

Die Klägerin erklärte mit Schreiben vom 28. April 2004 gegenüber der U. AG die fristlose Kündigung des Leasingvertrags wegen Zahlungsverzugs. Die Klägerin rechnete den Leasingvertrag ab und beanspruchte von der U. AG und vom Beklagten Zahlung von 21.323,17 €. Der Beklagte ist bereits gesondert zur Zahlung von 5.000 € verurteilt worden.

Die Klägerin hat den Beklagten auf Zahlung von 15.143,96 € nebst Zinsen in Anspruch genommen. Das Landgericht hat der Klage in Höhe von 14.144,84 € nebst Zinsen stattgegeben. Das Kammergericht hat die Berufung des Beklagten zurückgewiesen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Beklagte sein Klageabweisungsbegehren weiter.

#### **Aus den Gründen:**

[8] Die Revision hat keinen Erfolg.

##### *A. Ausführungen des Berufungsgerichts*

[9] Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

[10] Die Klägerin habe gegen den Beklagten einen Anspruch aus §§ 765, 767 BGB in Verbindung mit Abschnitt XV des Leasingvertrages zwischen der U. AG und der Klägerin auf Zahlung des der Klägerin zuerkannten Betrags. Die Klägerin sei wegen Zahlungsverzugs berechtigt gewesen, vom Leasingvertrag zurückzutreten. Der Leasingnehmerin stünden - unterstellt, das gelieferte Fahrzeug sei mangelhaft - keine Rechte aus §§ 273, 320 BGB zu, die den Eintritt des Verzuges hindern könnten, da diese im Leasingvertrag in zulässiger Weise eingeschränkt seien. Maßgeblich für das Leistungsverweigerungsrecht nach erfolgtem Rücktritt sei nicht die Regelung in Abschnitt V Ziffer 3, sondern die Spezialregelung in Abschnitt XIII Ziffer 6 des Leasingvertrags. Die Bestimmungen des Leasingvertrags seien an §§ 305 ff. BGB zu messen, wobei es gemäß § 767 Abs. 1 Satz 1 BGB auf die Hauptverbindlichkeit ankomme, so dass die Verbrauchereigenschaft des Beklagten für § 310 BGB nicht erheblich sei. Die Bestimmung in Abschnitt XIII Ziffer 6 halte der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1, 2 BGB stand. Unter Berücksichtigung der Interessenlage der Parteien eines Leasingvertrages sei nicht ersichtlich, warum die Zahlung der Leasingraten bereits ab Zugang der Rücktrittserklärung beim Lieferanten sollte verweigert werden können. Erforderlich sei vielmehr die Bereitschaft des Lieferanten zur Rückabwicklung oder die Klageerhebung des Leasingnehmers

auf der Grundlage der ihm abgetretenen Rechte. Wegen der größeren Sachnähe des Leasingnehmers zum Lieferanten sei ihm die Auseinandersetzung um die Mängel aufzuerlegen. Konsequenzen im Verhältnis zum Leasinggeber könne er erst beanspruchen, wenn er sich hinreichend selbst um Klarheit wegen der Gewährleistungssituation bemüht habe.

### *B. Entscheidung des BGH*

[13] Diese Beurteilung hält revisionsrechtlicher Nachprüfung stand; die Revision ist daher zurückzuweisen.

[14] Im Ergebnis zu Recht hat das Berufungsgericht einen Anspruch der Klägerin gegen die U. AG nach erfolgter fristloser Kündigung des Leasingvertrags durch die Klägerin (Abschnitt XV des Leasingvertrags) bejaht und damit eine Haftung des Beklagten aus der Bürgschaft (§§ 765, 767 BGB) angenommen. Die Anspruchshöhe wird von der Revision, die sich ausschließlich gegen den Anspruchsgrund wendet, nicht in Zweifel gezogen. Die Klägerin hat den Leasingvertrag aufgrund des Zahlungsverzuges der U. AG wirksam gekündigt (Abschnitt XIV der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, § 543 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 BGB). Zum Zeitpunkt der Kündigung bestand ein Zahlungsrückstand der U. AG mit einem Betrag, der zwei Leasingraten übersteigt.

#### *I. Kein Leistungsverweigerungsrecht der U. AG*

[15] Ein Leistungsverweigerungsrecht der U. AG, das der Wirksamkeit der fristlosen Kündigung des Leasingvertrages durch die Klägerin entgegenstehen könnte, bestand nicht.

#### *1. Mangelhaftigkeit des Fahrzeugs begründet kein Zurückbehaltungsrecht*

[18] Die von dem Beklagten behauptete, mangels abweichender Feststellungen des Berufungsgerichts zu unterstellende Mangelhaftigkeit des Leasingfahrzeugs begründet als solche noch kein Leistungsverweigerungsrecht der U. AG gegenüber der Klägerin. Denn für die Mangelfreiheit des Leasingfahrzeugs hat die Klägerin nicht einzustehen, da die Leasingvertragsparteien in Abschnitt XIII Ziffer 1 und 2 der Leasingbedingungen - leasingtypisch - Ansprüche und Rechte der Leasingnehmerin U. AG gegen die Klägerin wegen Fahrzeugmängeln ausgeschlossen und an deren Stelle die Abtretung der Ansprüche und Rechte vereinbart haben, die der Klägerin wegen Fahrzeugmängeln aus dem Kaufvertrag gegen den Lieferanten des Leasingfahrzeugs zustehen. Aus dieser Regelung, deren Wirksamkeit auch die Revision nicht in Frage stellt, folgt, dass durch Mängel des Leasingfahrzeugs die Verpflichtung der Leasingnehmerin zur Zahlung der Leasingraten nicht berührt wird. Wegen eines Mangels des Leasingobjekts kann der Leasingnehmer vielmehr nur die ihm abgetretenen Gewährleistungs-

rechte gegen den Lieferanten geltend machen, während er zunächst weiterhin zur Zahlung der Leasingraten verpflichtet bleibt.

#### *2. Zurückbehaltungsrecht bei klageweiser Geltendmachung des Rückgewähranspruchs*

[19] Nach der Rechtsprechung des Senats ist der Leasingnehmer allerdings berechtigt, die Zahlung der Leasingraten vorläufig einzustellen, wenn er die ihm übertragenen Ansprüche und Rechte gegen den Lieferanten klageweise geltend macht (BGHZ 97, 135, 141 ff.).

##### *a) Rechtsprechung bis zum 31.12.2001*

[20] Nach dem dieser Rechtsprechung zugrunde liegenden, bis zum 31. Dezember 2001 geltenden Recht konnte der Leasingnehmer aus abgetretenem Recht des Leasinggebers wegen eines vom Lieferanten zu vertretenden Mangels des Leasingobjekts Wandelung oder Minderung verlangen (§ 462 BGB aF). Vollzogen (zustande gekommen) war die Wandelung oder Minderung erst, wenn sich der Lieferant mit ihr einverstanden erklärte (§ 465 BGB aF). Erklärte sich der Lieferant mit der vom Leasingnehmer verlangten Wandelung des Kaufvertrages über das Leasingobjekt nicht einverstanden, so kam die Wandelung erst mit dem Eintritt der Rechtskraft des Urteils im Gewährleistungsprozess des Leasingnehmers gegen den Lieferanten zustande. Nach der Rechtsprechung des Senats war der Leasingnehmer indessen schon dann berechtigt, die Zahlung der Leasingraten vorläufig einzustellen, wenn er aus den ihm vom Leasinggeber abgetretenen Gewährleistungsrechten klageweise gegen den Lieferanten vorging (BGHZ aaO).

##### *b) Übertragbarkeit der Rechtsprechung auf die Rechtslage seit 01.01.2002*

[21] Ob an dieser Rechtsprechung unter der Geltung des - hier maßgeblichen - modernisierten Schuldrechts festzuhalten ist, ist im Schrifttum umstritten. Anlass zu dahin gehenden Zweifeln ist der Umstand, dass mit der Schuldrechtsmodernisierung an die Stelle der Wandelung der - vom Einverständnis des Lieferanten unabhängige - Rücktritt (§ 437 Nr. 2, §§ 323, 326 Abs. 5 BGB) getreten (und auch die Minderung gemäß § 441 BGB in ein Gestaltungsrecht umgewandelt worden) ist. Unter der Voraussetzung, dass der Leasingnehmer gegenüber dem Lieferanten gemäß § 437 Nr. 2, §§ 440, 323, 326 Abs. 5 BGB zum Rücktritt berechtigt ist, wird der Kaufvertrag über das Leasingobjekt bereits mit dem Zugang der rechtsgestaltenden Rücktrittserklärung des Leasingnehmers beim Lieferanten in ein Rückgewährschuldverhältnis umgewandelt mit der Folge, dass zugleich rückwirkend die Geschäftsgrundlage des Leasingvertrags entfällt.

*aa) 1. Ansicht: Zurückbehaltungsrecht bei bloßer Erklärung des Rücktritts*

[22] Daraus wird zum Teil gefolgert, dass dem Leasingnehmer bereits nach erklärtem Rücktritt ein Zurückbehaltungsrecht an den Leasingraten gemäß § 320 BGB zustehe (v. Westphalen, ZIP 2001, 2258, 2261; ders., Der Leasingvertrag, 6. Aufl., Kap. H Rdnr. 123 ff.; ders., DAR 2006, 620, 626 f.; ders., Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, Leasing (Stand 2003) Rdnr. 144 ff.; Reinking/Eggert, Der Autokauf, 10. Aufl., Rdnr. L 365; Reinking/Kessler/Sprenger, Autoleasing und Autofinanzierung, 4. Aufl., § 8 Rdnr. 47; Löbbe, BB-Beilage 6/2003, 7, 11 f.; vgl. auch Mankowski/Knöfel in: Derleder/Knops/Bamberger, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, 2. Aufl., § 21 Rdnr. 88).

*bb) 2. Ansicht: Weiterhin klageweise Geltendmachung erforderlich*

[23] Nach anderer Auffassung ist an der bisherigen Rechtsprechung festzuhalten, weil sich die Interessenlage der am Finanzierungsleasing Beteiligten durch die Schuldrechtsreform nicht geändert habe (Ermann/Jendrek, BGB, 12. Aufl., Anh. zu § 535 Rdnr. 32; Beckmann, Finanzierungsleasing, 3. Aufl., S. 219; ders., WM 2006, 952, 958; MünchKommBGB/Koch, 5. Aufl., Leasing Rdnr. 104; Staudinger/Stoffels, BGB (2004), Leasing Rdnr. 244; Palandt/Weidenkaff, BGB, 69. Aufl., Einf v § 535 Rdnr. 58; Frensch in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 5. Aufl., Anhang zu §§ 488 - 515 Rdnr. 148).

*cc) Stellungnahme des Senats: Klageweise Geltendmachung erforderlich*

[24] Die zuletzt genannte Auffassung verdient den Vorzug. Die Ersetzung der Wandelung durch den Rücktritt im Gewährleistungsverhältnis Leasingnehmer/Lieferant hat keine Auswirkungen auf die Interessenlage im Verhältnis Leasinggeber/Leasingnehmer. Denn ob die Rücktrittserklärung des Leasingnehmers die Umgestaltung des Kaufvertrags über das Leasingobjekt in ein Rückgewährschuldverhältnis und damit zugleich den Wegfall der Geschäftsgrundlage des Leasingvertrags bewirkt, muss, wenn der Lieferant den Rücktritt nicht akzeptiert, gerichtlich geklärt werden und steht daher - ebenso wie der Vollzug der Wandelung nach altem Recht - erst mit dem Eintritt

der Rechtskraft des Urteils im Gewährleistungsprozess gegen den Lieferanten fest.

[25] Diesen Prozess zu führen, ist nach der leasingtypischen Interessenlage, die dadurch gekennzeichnet ist, dass der Leasinggeber sich von der mietrechtlichen Sachmängelhaftung vollständig freizeichnet und dem Leasingnehmer die Gewährleistungsrechte aus dem Kaufvertrag mit dem Lieferanten abtritt, Sache des Leasingnehmers.

[26] Es ist daher auch unter der Geltung des modernisierten Schuldrechts interessengerecht, dem Leasingnehmer für den Fall, dass der Lieferant den Rücktritt vom Kaufvertrag nicht akzeptiert, ein Recht zur vorläufigen Einstellung der Zahlung der Leasingraten schon, aber auch erst dann zuzugestehen, wenn er aus dem erklärten Rücktritt klageweise gegen den Lieferanten vorgeht.

[27] Daraus folgt, dass der U. AG für den Zeitraum bis zur fristlosen Kündigung des Leasingvertrags durch die Klägerin gegenüber deren Anspruch auf Zahlung der Leasingraten kein den Verzugseintritt hinderndes Zurückbehaltungsrecht zustand.

*II. Kein Wegfall der Geschäftsgrundlage*

[28] Der Zahlungsanspruch der Klägerin gegen den Beklagten als Bürgen der U. AG ist auch nicht nachträglich durch rückwirkenden Wegfall der Geschäftsgrundlage des Leasingvertrags entfallen. Zu einer Einigung zwischen der U. AG und der Lieferantin des Leasingfahrzeugs über die Rückabwicklung des Kaufvertrags mit der Folge der Abrechnung des Leasingvertrags nach Abschnitt XIII Ziffer 4 der Leasingbedingungen ist es nach den Feststellungen des Berufungsgerichts, die keinen Rechtsfehler erkennen lassen und von der Revision nicht angegriffen werden, nicht gekommen. Ob mit der revisionsrechtlich zu unterstellenden Mangelhaftigkeit des Leasingfahrzeugs zugleich auch die Wirksamkeit des hierauf gestützten Rücktritts der U. AG vom Kaufvertrag zu unterstellen ist, wie die Revision geltend macht, bedarf keiner Entscheidung. Denn der Zahlungsklage des Leasinggebers kann der Leasingnehmer den durch Rücktritt bewirkten Wegfall der Geschäftsgrundlage des Leasingvertrags mit Erfolg nur entgegenhalten, wenn er gegen den Lieferanten, der den Rücktritt nicht akzeptiert, Klage erhebt (vgl. für die Wandelung BGHZ 97, aaO, 144 f.). Daran fehlt es.

**Standort: Vertragsrecht****Problem: Sicherheitenklausel; § 648 a BGB**

BGH, URTEIL VOM 27.05.2010  
VII ZR 165/09 (WM 2010, 1215)

**Problemdarstellung:**

Die Parteien streiten um die Wirksamkeit von Klauseln in AGB, die die Bekl. gegenüber privaten Bauherren verwendet. Die Bauherren verpflichten sich hierin, spätestens acht Wochen vor dem vorgesehenen Baubeginn dem Unternehmen eine Bürgschaft zur Absicherung aller sich aus dem Bauvertrag ergebenden Zahlungspflichten vorzulegen.

Die Kl. - ein Schutzverband, der nach §§ 3, 4 UKlaG berechtigt ist, Unterlassungsansprüche im eigenen Namen geltend zu machen (vgl. hierzu auch *BGH*, RA 2010, 89 = DB 2010, 271) - ist der Ansicht, die Klausel sei mit § 648 a BGB unvereinbar und stelle auch sonst eine unangemessene Benachteiligung dar.

**Prüfungsrelevanz:**

Der siebte Zivilsenat des BGH beschäftigt sich in der vorliegenden Entscheidung mit der Wirksamkeit einer sog. Sicherheitenklausel vor dem Hintergrund des § 648 a BGB. Diese Vorschrift war durch das Forderungssicherungsgesetz (BGBI. I, S. 2022) zum 01.01.2009 neu gefasst worden.

Die Kl. war der Ansicht, die formularmäßige Verpflichtung zur Beibringung einer Bürgschaft sei nicht mit § 648 a IV BGB vereinbar und daher gem. § 307 II Nr. 1 BGB unwirksam. Denn nach § 648 a IV BGB sei der Anspruch auf Einräumung einer Bauhandwerkersicherungshypothek ausgeschlossen, wenn bereits eine (andere) Vergütungssicherheit bestellt worden ist. Hieraus folge, dass der Bauunternehmer seine Vergütungsansprüche nicht doppelt absichern dürfe. Außerdem stelle die Klausel eine unangemessene Benachteiligung i.S.d. § 307 I BGB dar, da sie dem Bauherren mit den Kosten der Bürgschaftsbestellung belaste (sog. Avalprovision).

In Übereinstimmung mit dem Berufungsgericht hält der Senat die Klausel für wirksam.

Eine Unvereinbarkeit mit § 648 a IV BGB ist nicht festzustellen, da die Vorschrift - auch nach ihrer Neufassung - lediglich die nachträgliche Einräumung einer Bauhandwerkersicherungshypothek gem. § 648 I BGB ausschließt. Dies kollidiert nicht mit einem zusätzlichen Sicherheitsverlangen, dass formularmäßig bereits im bzw. bei Abschluss des Bauvertrages geäußert wird. Damit stellt § 648 a BGB keine "gesetzliche Regelung" i.S.d. § 307 II Nr. 1 BGB dar und bildet auch keinen tauglichen Überprüfungsmaßstab.

Zudem benachteiligt die Klausel den Bauherren auch nicht unangemessen i.S.d. § 307 I BGB. Zwar stellt

die Belastung mit der Avalprovision grundsätzliche eine Benachteiligung dar. Dieser steht aber das Sicherheitsinteresse des Bauunternehmers gegenüber. Denn die Bauhandwerkersicherungshypothek nach § 648 I BGB ist allein nicht geeignet, das Sicherheitsbedürfnis des vorleistungspflichtigen Bauunternehmers hinreichend zu erfüllen. Regelmäßig ist das Baugrundstück nämlich bereits bei Baubeginn über die Grenze der Belastbarkeit hinaus beliehen. Demgegenüber fallen die Finanzierungskosten der Bürgschaft nicht ins Gewicht. Die grundsätzliche Benachteiligung des Bauherren durch die Kosten der Bürgschaftsbestellung ist daher durch das Sicherheitsinteresse des Bauunternehmers gerechtfertigt.

Mag auch die Vorschrift des § 648 a BGB vergleichsweise exotisch sein, sensibilisiert die Entscheidung doch für die erforderliche Prüfungsgenauigkeit bei der AGB-Kontrolle. Maßstab für die Prüfung der Unwirksamkeit einer Klausel nach § 307 II BGB ist die Abweichung von wesentlichen Grundgedanken einer gesetzlichen Regelung. Existiert eine solche Regelung - wie hier - nicht, verbleibt nur noch die Prüfung des § 307 I BGB.

**Vertiefungshinweise:**

Zur Unwirksamkeit einer Sicherheitenklausel im Generalunternehmervertrag: *OLG Düsseldorf*, BauR 2001, 1940; *Kemper*, IBR 2001, 616

Zusammenfassend: *Berger*, BauRB 2005, 86

**Leitsatz:**

**Die Klausel in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Einfamilienfertighausanbieters in Verträgen mit privaten Bauherren "Der Bauherr ist verpflichtet, spätestens acht Wochen vor dem vorgesehenen Baubeginn dem Unternehmen eine unbefristete, selbstschuldnerische Bürgschaft eines in Deutschland zugelassenen Kreditinstituts in Höhe der nach dem vorliegenden Vertrag geschuldeten Gesamtvergütung (unter Berücksichtigung von aus Sonderwünschen resultierenden Mehr- oder Minderkosten) zur Absicherung aller sich aus dem vorliegenden Vertrag ergebenden Zahlungsverpflichtungen des Bauherrn vorzulegen." ist nicht gemäß § 307 BGB unwirksam.**

**Sachverhalt:**

Der Kläger ist ein Schutzverband, der nach §§ 3, 4 UKlaG berechtigt ist, im eigenen Namen Unterlassungsansprüche gegen Verwender Allgemeiner Geschäftsbedingungen geltend zu machen. Die Beklagte errichtet Einfamilienfertighäuser.

Die Parteien streiten um die Wirksamkeit von Allge-

meinen Geschäftsbedingungen, die die Beklagte gegenüber privaten Bauherren verwendet. In der Revision geht es noch um folgende Bestimmungen:

#### "§ 4 Zahlungsbürgschaft

Der Bauherr ist verpflichtet, spätestens acht Wochen vor dem vorgesehenen Baubeginn dem Unternehmen eine unbefristete, selbstschuldnerische Bürgschaft eines in Deutschland zugelassenen Kreditinstituts in Höhe der nach dem vorliegenden Vertrag geschuldeten Gesamtvergütung (unter Berücksichtigung von aus Sonderwünschen resultierenden Mehr- oder Minderkosten) zur Absicherung aller sich aus dem vorliegenden Vertrag ergebenden Zahlungsverpflichtungen des Bauherrn vorzulegen.

#### § 6 Bau- und Liefervoraussetzungen, Ausführungsfristen

1. Das Unternehmen muss seine vertraglich geschuldeten Leistungen erst erbringen, wenn [...] - die Bürgschaft gemäß § 4 dem Unternehmen im Original vorliegt.

#### § 9 Kündigung

[...] 3. Das Unternehmen kann den Vertrag kündigen, [...] c) wenn der Bauherr die gemäß § 4 erforderliche Bürgschaft nicht fristgerecht vorlegt. Die Kündigung ist [...] erst zulässig, wenn das Unternehmen dem Bauherren ohne Erfolg eine angemessene Frist zur Vertragserfüllung gesetzt und erklärt hat, dass das Unternehmen nach fruchtlosem Ablauf der Frist den Vertrag kündigen wird. ..."

Der Kläger ist der Auffassung, die zitierten Vertragsbedingungen verstießen gegen § 307 BGB und seien deshalb unwirksam. Die in § 4 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen geregelte Verpflichtung zur Erbringung einer Zahlungsbürgschaft stelle eine unangemessene Benachteiligung für Verbraucher dar, weil die Beklagte als Auftragnehmer und Verwender der AGB nicht die Avalprovision für die zu leistende Bankbürgschaft übernehme und sich zusätzlich zu der Bürgschaft die Möglichkeit einer Bauhandwerkersicherungshypothek offen halte, obwohl diese Rechte nach § 648 a Abs. 4 BGB nur alternativ geltend gemacht werden könnten. Die Beklagte erhalte so eine über die gesetzliche Regelung hinausgehende Sicherheit, die auch das Verbraucherprivileg aus § 648 a Abs. 6 BGB übergehe.

Das Landgericht hat - soweit im Revisionsverfahren noch von Interesse - der Beklagten antragsgemäß untersagt, in Bezug auf Bauverträge mit Verbrauchern die zitierten oder inhaltsgleiche Klauseln in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu verwenden und sich bei bestehenden Verträgen auf die Klauseln zu berufen. Auf die Berufung der Beklagten hat das Be-

rufungsgericht die Klage abgewiesen. Mit der vom Berufungsgericht insoweit zugelassenen Revision verfolgt der Kläger in Bezug auf die genannten Klauseln die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Seine Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision hinsichtlich der Klageabweisung in Bezug auf eine weitere Klausel hat der Kläger zurückgenommen.

#### *Aus den Gründen:*

[6] Die Revision hat keinen Erfolg.

#### *A. Ausführungen des Berufungsgerichts*

[7] Das Berufungsgericht, dessen Urteil in BauR 2010, 91 veröffentlicht ist, hält die Verpflichtung des Bauherren gemäß § 4 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten zur Beibringung einer Bürgschaft zur Absicherung aller sich aus dem vorliegenden Vertrag gegebenen Zahlungsverpflichtungen nicht für unwirksam. Diese Klausel sei nicht unangemessen im Sinne von § 307 BGB. Zwar ergäben sich bei Anwendung der vorliegenden Klausel für den jeweiligen Besteller Belastungen. Denn die Avalprovision für die Bankbürgschaft werde damit anders als bei Anwendung des § 648 a Abs. 3 BGB dem Vertragspartner auferlegt. Außerdem werde der Besteller dadurch belastet, dass nach dem Wortlaut der verwendeten Klausel neben der Bürgschaft auch das Verlangen einer Sicherungshypothek zulässig sei, was gemäß § 648 a Abs. 4 BGB für die dort geregelte Sicherheit nicht der Fall sei. Jedoch handele es sich bei § 648 a BGB nicht um eine "gesetzliche Regelung" im Sinne von § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB.

[8] Die Beklagte habe demgegenüber ein Interesse an der Verwendung der streitgegenständlichen Klausel. Im Hinblick auf die Vorleistungspflicht des Werkunternehmers bestehe für sie ein Sicherheitsbedürfnis. Das einzige gesetzliche Sicherungsinstrument des § 648 BGB sei nur unzureichend geeignet, den Unternehmer abzusichern. Denn regelmäßig werde das Grundstück, auf dem das Bauwerk errichtet werden solle, bereits bei Baubeginn bis hin zur Grenze der Beleihungsfähigkeit und darüber hinaus belastet sein.

[9] Damit könne nicht festgestellt werden, dass die Benachteiligung des Vertragspartners nicht durch zumindest gleichwertige Interessen der Beklagten gerechtfertigt sei. Insoweit sei auch zu berücksichtigen, dass die Kosten, die den jeweiligen Besteller infolge der Übernahme der Bürgschaft träfen, als eher unbedeutend anzusehen seien.

[10] Die beiden weiteren Klauseln seien dementsprechend ebenfalls wirksam. Selbständige Unwirksamkeitsgründe habe der Kläger hierzu nicht geltend gemacht und seien auch nicht ersichtlich.

#### *B. Entscheidung des BGH*

[11] Das hält der rechtlichen Nachprüfung stand.



[12] Der Kläger kann die Beklagte nicht auf Unterlassung der Verwendung der im Revisionsverfahren noch im Streit befindlichen Klauseln in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen nach § 1 UKlaG in Anspruch nehmen, weil diese Bestimmungen nicht nach den §§ 307 bis 309 BGB unwirksam sind. Sie benachteiligen den Vertragspartner der Beklagten nicht entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen, § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB.

*I. Keine unangemessene Benachteiligung gem. § 307 II Nr. 1 BGB*

[13] Eine unangemessene Benachteiligung ist nicht bereits gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB indiziert. Die Verpflichtung zur Vorlage einer Bürgschaft zur Absicherung aller sich aus dem Vertrag ergebenden Zahlungsverpflichtungen des Bauherrn weicht von keiner gesetzlichen Regelung ab. Das Berufungsgericht ist zu Recht davon ausgegangen, dass die Klausel in § 4 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten nicht von § 648 a BGB abweicht.

[14] Das gilt sowohl für die bis zum 31. Dezember 2008 geltende Fassung des § 648 a BGB als auch für die ab dem 1. Januar 2009 gültige Fassung. Hinsichtlich des Unterlassungsanspruchs ist die derzeit gültige Fassung des Gesetzes maßgebend. Soweit der Kläger geltend macht, dass sich die Beklagte bei bestehenden Verträgen nicht auf ihre Klauseln berufen dürfe, kann es auf beide Fassungen der Vorschrift ankommen, je nachdem, wann die Beklagte die jeweiligen Verträge geschlossen hat.

[15] Die nach § 648 a Abs. 7 BGB zwingenden Regeln des § 648 a Abs. 1 bis 5 BGB sind auf vertragliche Sicherungsabreden weder anwendbar noch können sie eine Leitbildfunktion für die Frage haben, mit welchem Inhalt die Vereinbarung einer Sicherheit zugunsten des Unternehmers beim Abschluss eines Bauvertrages möglich ist (zur grundsätzlichen Möglichkeit der Ausstrahlung nicht unmittelbar einschlägiger zwingender Normen vgl. A. Fuchs in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 10. Aufl., § 307 BGB Rdn. 209 m.w.N.).

*I. Rechtslage bis zum 31.12.2009*

[16] Der Bundesgerichtshof hat zur bis zum 31. Dezember 2008 geltenden Fassung des § 648 a BGB bereits entschieden, dass die Vorschrift ausschließlich ein Sicherheitsverlangen des Unternehmers nach Vertragsschluss betrifft. Auf eine Bürgschaft, die ein Unternehmer zur Sicherung seiner Vergütungsforderung aufgrund einer im Bauvertrag vereinbarten Sicherungsabrede beanspruchen kann, findet deshalb § 648 a Abs. 7 BGB a.F. keine Anwendung (BGH, Urteil vom 11. Mai 2006 - VII ZR 146/04, BGHZ 167, 345 ff., Tz. 12 f.). Es ist nicht Sinn des § 648 a Abs. 7 BGB a.F., Vereinbarungen der Parteien hinsichtlich

einer im Bauvertrag geregelten Sicherheitenbestellung zu beschränken (BGH, Urteil vom 11. Mai 2006 - VII ZR 146/04, aaO Tz. 15). Deshalb kollidiert der Inhalt einer solchen vertraglichen Sicherungsabrede nicht mit der Regelung des § 648 a BGB a.F. (so schon BGH, Urteil vom 9. November 2000 - VII ZR 82/99, BGHZ 146, 24, 28).

*2. Rechtslage ab dem 01.01.2009*

[18] Für die ab 1. Januar 2009 geltende Fassung des § 648 a BGB gilt nichts anderes. Auch sie betrifft ausschließlich das Recht des Unternehmers, nachträglich nach Abschluss des Bauvertrages eine Sicherheit verlangen zu können. Auch ihr Regelungsgegenstand umfasst nicht die Frage der Vereinbarung von Sicherheiten im Bauvertrag.

[19] Zwar hat der Senat seine Auffassung zum Regelungsgehalt des § 648 a BGB in der bis zum 31. Dezember 2008 gültigen Fassung damit begründet, dass sich die Vorschrift in wesentlichen Punkten von der rechtlichen Funktion, die eine von vornherein getroffene vertragliche Sicherungsvereinbarung habe, unterscheide. Letztere verschaffe dem Unternehmer einen auf übereinstimmendem Willen der Vertragsparteien beruhenden, durchsetzbaren Anspruch auf Bestellung der Sicherheit in vereinbarter Höhe, während § 648 a BGB dem Unternehmer in der damaligen Fassung lediglich das Recht gab, die Leistung zu verweigern und den Vertrag zu kündigen, nicht dagegen die Sicherheit einzuklagen (vgl. BGH, Urteil vom 11. Mai 2006 - VII ZR 146/04, aaO Tz. 14 f.). Dies ist in der Neufassung der Vorschrift anders. Nunmehr handelt es sich nach dem mit der Absicht des Gesetzgebers (vgl. BT-Drucks. 16/511, S. 17) übereinstimmenden Wortlaut um einen einklagbaren Anspruch auf Bestellung einer Sicherheit mit dem Wahlrecht des Unternehmers, stattdessen nach Fristsetzung die Leistung zu verweigern oder den Vertrag zu kündigen. Gleichwohl hat sich der Anwendungsbereich und Regelungsgehalt der Vorschrift hierdurch nicht dahin erweitert, dass nunmehr auch die Fälle der vertraglich bei Abschluss des Bauvertrages vereinbarten Sicherheiten geregelt worden sind.

[20] Das ergibt sich zum einen daraus, dass nach wie vor vom Wortlaut der Vorschrift nur ein nachträgliches Sicherheitsverlangen des Unternehmers nach Abschluss des Bauvertrages erfasst ist. Zum anderen hat das Gesetz zur Sicherung von Werkunternehmeransprüchen und zur verbesserten Durchsetzung von Forderungen vom 23. Oktober 2008 (Forderungssicherungsgesetz), das die Vorschrift des § 648 a BGB geändert hat, den alleinigen Zweck gehabt, die Bauhandwerkersicherung effektiver auszugestalten. Die Rechte des Bauunternehmers sollten gestärkt werden (vgl. BT-Drucks. 16/511, S. 16 f.). Der Gesetzgeber hat in Kenntnis der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs,

nach der § 648 a Abs. 7 BGB im Rahmen des Anwendungsbereiches des § 648 a Abs. 1 BGB nicht nur Änderungen zu Ungunsten des Unternehmers, sondern auch solche zu seinen Gunsten ausschließt, die Vorschrift umgestaltet. Er hat innerhalb des Anwendungsbereiches die Rechtsstellung des Unternehmers gestärkt. Hätte er hiermit zugleich den Anwendungsbereich ausdehnen wollen, so wäre wegen des allseits zwingenden Charakters der Vorschrift die Möglichkeit des Unternehmers beschnitten worden, Sicherheiten bereits im Bauvertrag zu vereinbaren. Das ist erkennbar nicht der Zweck der geänderten Vorschrift.

## II. Keine unangemessene Benachteiligung gem. § 307 I BGB

[22] Ebenfalls im Ergebnis zu Recht hat das Berufungsgericht bei einer Gesamtabwägung nicht feststellen können, dass die formularmäßige Vertragsbestimmung in § 4 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten unangemessen ist.

[23] Eine unangemessene Benachteiligung im Sinne des § 307 BGB ist dann gegeben, wenn der Verwender Allgemeiner Geschäftsbedingungen durch einseitige Vertragsgestaltung missbräuchlich eigene Interessen auf Kosten seines Vertragspartners durchzusetzen versucht, ohne von vornherein auch dessen Belange hinreichend zu berücksichtigen (st. Rspr., z.B. BGH, Urteil vom 22. Oktober 2008 - VIII ZR 283/07, NJW 2009, 62, 63 m.w.N.). Hierzu bedarf es der umfassenden Würdigung der Interessen beider Parteien. Die Unangemessenheit ist zu verneinen, wenn die Benachteiligung des Vertragspartners durch zumindest gleichwertige Interessen des AGB-Verwenders gerechtfertigt ist (BGH, Urteil vom 1. Februar 2005 - X ZR 10/04, NJW 2005, 1774, 1775 m.w.N.).

[24] Eine Benachteiligung des Vertragspartners der Beklagten hat das Berufungsgericht zutreffend darin gesehen, dass er mit den Kosten der Bürgschaft in Form der Avalprovision des Kreditinstituts belastet wird. Dagegen stellt es entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts keine zusätzliche Belastung dar, dass er neben der Bürgschaft unter Umständen auch noch dem Verlangen der Beklagten auf Einräumung einer Sicherungshypothek an dem in seinem Eigentum stehenden Baugrundstück gemäß § 648 BGB ausgesetzt ist. Denn dieser Anspruch besteht auch ohne die in Rede stehende Klausel in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Der vom Berufungsgericht in diesem Zusammenhang angestellte Vergleich mit der Situation, die besteht, wenn ein Unternehmer eine Sicherheit nach § 648 a BGB erlangt hat, ist aus den oben bereits ausgeführten Gründen nicht maßgebend. Ein gleichzeitiger Ausschluss der Rechte aus § 648 BGB könnte daher nur die mit der Bürgschaft verbundene Belastung teilweise ausgleichen und damit ver-

mindern; eine zusätzliche Belastung liegt in dem fehlenden Ausschluss nicht.

[25] Dieser Benachteiligung des Vertragspartners der Beklagten steht deren berechtigtes Interesse auf Einräumung einer über § 648 BGB hinausgehenden Sicherheit gegenüber. Zutreffend hat das Berufungsgericht ein solches Interesse mit der Vorleistungspflicht des Werkunternehmers begründet. Das hieraus folgende Sicherheitsbedürfnis kann nicht mit der Erwägung verneint werden, dass der Besteller lebenslang für seine Verbindlichkeiten haftet und Einfamilienhausbauvorhaben in der Regel solide finanziert sind (so die Begründung des Gesetzgebers für die Ausnahmenvorschrift des § 648 a Abs. 6 Nr. 2 BGB, vgl. BT-Drucks. 12/4526, S. 11). Ersteres trifft zu einem seit der Einführung der Verbraucherinsolvenz mit der Möglichkeit der Restschuldbefreiung nicht mehr zu; zum anderen besteht auch ein Bedürfnis an einer zeitnahen Realisierung der berechtigten Forderungen. Letzteres stellt - soweit es denn zutrifft - nicht sicher, dass gerade die Beklagte mit ihren Forderungen aus dieser Finanzierung vollständig befriedigt wird. Umgekehrt ermöglicht es eine ohnehin vorhandene solide Finanzierung dem privaten Bauherrn eines Einfamilienhauses mit vergleichsweise geringen Kosten, die geforderte Bürgschaft beizubringen, weil die mit der Übernahme einer Bürgschaft verbundenen zusätzlichen Risiken des finanzierenden Kreditinstituts gering gehalten werden können.

[26] Das einzig vorhandene gesetzliche Sicherungsinstrument des § 648 BGB ist nur unzureichend geeignet, das Sicherheitsbedürfnis der Beklagten zu erfüllen. Denn regelmäßig wird das Baugrundstück bereits bei Baubeginn bis an die Grenze der Beleihungsfähigkeit belastet sein.

[27] Die Abwägung dieser beiderseitigen Interessen, nämlich auf Seiten des Bauherrn an der Vermeidung der dargestellten zusätzlichen Belastung und auf Seiten der Beklagten an der Absicherung ihrer Forderung, ergibt, dass Letzteres mindestens gleichwertig ist (ebenso Praun, jurisPR-PrivBauR 11/2008, Anm. 2; Schmitz, Sicherheiten für die Bauvertragsparteien, IBR-Reihe ([www.ibr-online.de](http://www.ibr-online.de)) Stand 22.03.2010, Rdn. 128). Die Kostenbelastung fällt im Rahmen der üblichen Finanzierungskosten kaum ins Gewicht. Die abzusichernden Risiken sind für die Beklagte nicht unwesentlich.

## III. Ergebnis: Wirksamkeit der Klauseln

[28] Aus der Wirksamkeit der Verpflichtung zur Stellung einer Bürgschaft folgt die Wirksamkeit der Regelungen der §§ 6 und 9 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten. Selbständige Unwirksamkeitsgründe macht der Kläger hierzu nicht geltend; sie sind auch nicht ersichtlich.

**Standort: Vertragsrecht****Problem: Ergänzende Vertragsauslegung**

BGH, URTEIL VOM 29.01.2010  
V ZR 132/09 (FAMRZ 2010, 554)

**Problemdarstellung:**

Mit notariellem Vertrag vom 14.12.1982 übertrugen die Eltern des Bekl. zu 1) und seiner Ehefrau, der Bekl. zu 2), ein mit einem Wohnhaus bebautes Grundstück. Im Gegenzug wurde den Eltern ein lebenslanges unentgeltliches Wohnrecht eingeräumt. In § 2 Nr. 2 b des Vertrages verpflichteten sich die Bekl. (Erwerber) ferner, den Eltern (dem Übergeber) weiterhin unentgeltlich Pflege und Betreuung zukommen zu lassen. Außerdem sollten die Bekl. für die Reinigung und Instandhaltung von Wohnung, Kleidung und Wäsche sorgen. Schließlich heißt es: "Sollte der Erwerber einmal zukünftig die vorstehenden Leistungen nicht persönlich erbringen können, so hat er auf seine Kosten für eine entsprechende Hilfskraft zu sorgen."

Nach dem Tod der Mutter des Bekl. zu 1) lebte der Vater seit 1999 in einem Seniorenheim. Seit 2006 gewährte der Kl. dem Vater des Bekl. zu 1) Sozialhilfe.

Der Kl. leitete die Ansprüche des Vaters aus § 2 des Vertrages gem. § 93 SGB XII auf sich über und verlangt von den Bekl. nun Zahlung von 4.281,35 € wegen ersparter Aufwendungen aus nicht mehr erbrachten Pflegeleistungen für den Zeitraum von 2006 bis 2008.

Die Klage war in erster Instanz erfolgreich. Auf die Berufung der Bekl. hat das Landgericht die Klage abgewiesen. Die Revision des Kl. hat keinen Erfolg.

**Prüfungsrelevanz:**

Die Ausformulierungen von Übergabeverträgen mit Pflegeverpflichtung sind häufig lückenhaft und bedürfen der Auslegung (MünchKommBGB/Busche, § 133 Rn. 12; Biehl, JuS 2010, 195 ff.). Dies geschieht gem. §§ 133, 157 BGB aus Sicht eines objektiven Dritten unter Berücksichtigung der schutzwürdigen Interessen der Vertragsparteien. Hier ist zum einen das Interesse der Übergeber an einer Alterssicherung, zum anderen das Interesse der Erwerber an einer begrenzten Einstandspflicht für solche Leistungen zu beachten. Stellt man wie § 2 des vorliegenden Übergabevertrages auf eine *persönliche* Einstandspflicht der Erwerber ab und enthält die Vereinbarung keine konkreten Grenzen für die Einstandspflicht, können sich solche nämlich nur aus § 275 II bzw. III BGB oder § 313 BGB ergeben.

Mittelpunkt der Entscheidung ist die Auslegung der vertraglichen Vereinbarungen zwischen den Eltern und den Bekl. aus dem Jahr 1982. In Übereinstimmung mit dem Berufungsgericht betont der Senat, dass die Beteiligten eine Regelung lediglich dahinge-

hend getroffen hatten, dass Pflege- und Betreuungsleistungen aus Gründen in der Person des Unternehmers nicht mehr erbracht werden können. Hier waren die Leistungen aber aufgrund eines Umzugs des Vaters in ein Seniorenheim nicht mehr erbringbar. Der Grund lag also in der Person des Übergebers. Die einfache, erläuternde Vertragsauslegung führte daher nicht zum einem vertraglichen Anspruch des Vaters bzw. des Kl.

Jedoch ist eine ergänzende Vertragsauslegung geboten, wenn die Beteiligten eines Übergabevertrages bei dessen Abschluss davon ausgegangen sind, der Übergeber könne im Alter zu Hause gepflegt werden, und deshalb keine Regelung für den Fall seines Umzuges getroffen haben (BGH, NJW 2003, 1126 [1127]; NJW-RR 2003, 577, [578]; NJW 2009, 1348). So können an die Stelle nicht mehr zu erbringender Pflegeleistungen Zahlungsverpflichtungen treten. Allerdings ist danach zu differenzieren, ob die Leistung nach den Vorstellungen der Parteien vom Erwerber persönlich oder von einer Hilfskraft zu erbringen ist. Im Falle der persönlichen Erbringbarkeit tritt kein Zahlungsanspruch an die Stelle der Pflegeleistung, da dies eine unzulässige Erweiterung des Vertragsgegenstandes darstellen würde. Denn der Erwerber geht bei persönlicher Übernahme davon aus, die Dienste selbst und ohne finanziellen Aufwand erbringen zu können. So lag der Fall auch hier, denn die Pflegeleistung war in erster Linie persönlich von den Bekl. zu erbringen. Nur für den Fall, dass es den Bekl. selbst unmöglich sein sollte, die Leistung zu erbringen, war der Einsatz einer Hilfskraft vorgesehen. Ein Zahlungsanspruch schied demnach aus.

Allerdings muss sich der Erwerber diejenigen Sachleistungen anrechnen lassen, die er durch Nichterbringung der Pflegeleistung einspart. Da der Klageantrag hierauf jedoch nicht gerichtet war, wies der Senat die Revision zurück.

Richtigerweise handelt es sich bei der Problematik nicht um eine Fall des unzulässigen Vertrages zugunsten Dritter. Zwar wird - wie auch hier - regelmäßig der Träger der Sozialhilfe durch die vertragliche Vereinbarung zwischen Übergeber und Erwerber belastet. Die Erbringung der Sozialleistungen erfolgt aber nicht primär aufgrund des privatrechtlichen Vertrages der Beteiligten, sondern von Gesetzes wegen (Grundsicherung im Alter: §§ 41 ff. SGB XII; Pflege: §§ 61 ff. SGB XII; vgl. auch Stadler, JA 2010, 544)

**Vertiefungshinweise:**

□ Rechtsprechung zum Übergabevertrag mit Pflegeverpflichtung: BGH, FamRZ 2009, 598; BGH, FamRZ

2009, 865; BGH, FamRZ 2007, 632; OLG Oldenburg, NJW-RR 2008, 399

□ Besprechung des Urteils: Stadler, JA 2010, 544

**Leitsatz:**

**Kann ein Familienangehöriger, der als Gegenleistung für die Übertragung eines Grundstücks die Pflege des Übergebers übernommen hat, seine Leistung wegen Umzugs des Übergebers in ein Pflegeheim nicht mehr erbringen, wird sich dem im Rahmen einer ergänzenden Vertragsauslegung zu ermittelnden hypothetischen Parteiwillen im Zweifel nicht entnehmen lassen, dass an die Stelle des ersparten Zeitaufwands ein Zahlungsanspruch des Übergebers treten soll.**

**Sachverhalt:**

Mit notariellem Vertrag vom 14. Dezember 1982 übertrugen die Eltern des Beklagten zu 1 ihm und seiner Ehefrau, der Beklagten zu 2, ein mit einem Wohnhaus bebautes Grundstück. Im Gegenzug wurde den Eltern ein lebenslanges unentgeltliches Wohnrecht an den Räumlichkeiten im ersten Obergeschoss des Hauses eingeräumt. Ferner wurde in § 2 Nr. 2b des Vertrages vereinbart:

"Der Erwerber verpflichtet sich weiterhin, dem Übergeber unentgeltlich eine gute Pflege, Betreuung und Aufwartung in Tagen seines Wohlbefindens und der Krankheit zu gewähren, auf Wunsch des Übergebers insbesondere für die Reinigung und Instandhaltung von dessen Wohnung, Kleidung und Wäsche zu sorgen.

Gegen angemessenes Entgelt kann der Übergeber auch die Zubereitung der seinem jeweiligen Gesundheitszustand angepassten Mahlzeiten verlangen, auf Wunsch des Übergebers auch die Beköstigung am gemeinsamen Tisch mit der Familie des Erwerbers.

Sollte der Erwerber einmal zukünftig die vorstehenden Leistungen nicht persönlich erbringen können, so hat er auf seine Kosten für eine entsprechende Hilfskraft zu sorgen."

Die Mutter des Beklagten zu 1 verstarb Ende 1998. Der Vater lebt, nachdem eine Betreuung unter anderem für die Bereiche Gesundheitsfürsorge und Aufenthaltsbestimmung angeordnet worden war, seit 1999 in einem Seniorenheim.

Der Kläger, der dem Vater seit November 2006 Sozialhilfe gewährt, leitete dessen Ansprüche gegen die Beklagten aus dem Übertragungsvertrag wegen ersparter Aufwendungen aus nicht mehr erbrachten Pflegeleistungen auf sich über. Er setzt die Ersparnis für die Pflegeleistungen entsprechend der Pflegestufe 1 mit monatlich 225 € und für die hauswirtschaftliche Tätigkeit mit monatlich 75 € an.

Die auf Zahlung von 4.281,35 € für den Zeitraum von

November 2006 bis Januar 2008 gerichtete Klage ist in erster Instanz erfolgreich gewesen. Auf die Berufung der Beklagten hat das Landgericht die Klage abgewiesen. Mit der von dem Landgericht zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Beklagten beantragen, verfolgt der Kläger seinen Klageantrag weiter

**Aus den Gründen:**

*A. Ausführungen des Berufungsgerichts*

[5] Das Berufungsgericht meint, der geltend gemachte Anspruch folge weder aus der Regelung in § 2 Nr. 2b des Übergabevertrages noch aus einer ergänzenden Auslegung dieses Vertrages. Die Vereinbarung in § 2 Nr. 2b habe allein den Fall im Auge, dass die Pflegeverpflichtung aus Gründen, die in der Person des Erwerbers lägen, nicht mehr erbracht werden könne. Die ergänzende Auslegung des Übergabevertrages ergebe zwar, dass die Beklagten sich an den Kosten des Heimaufenthalts in Höhe der ersparten Aufwendungen für nicht mehr zu erbringende Sachleistungen beteiligen müssten. Der Zahlungsantrag sei aber nicht hierauf gestützt, sondern beruhe auf der wertmäßigen Erfassung der ersparten Pflegeleistungen. Für solche hätten die Beklagten mangels entsprechender Anhaltspunkte im Vertrag keinen Geldersatz zu leisten.

*B. Entscheidung des BGH*

[6] Diese Ausführungen halten den Angriffen der Revision stand.

*1. Keine Zahlungspflicht aufgrund erläuternder Auslegung der Klausel*

[7] Die Auffassung des Berufungsgerichts, eine Zahlungsverpflichtung der Beklagten folge nicht aus § 2 Nr. 2b des Übergabevertrages, ist nicht zu beanstanden. Die Auslegung einer Individualabrede kann von dem Revisionsgericht nur eingeschränkt überprüft werden, nämlich darauf, ob der Tatrichter die gesetzlichen und allgemein anerkannten Auslegungsregeln, die Denkgesetze und Erfahrungssätze beachtet und die der Auslegung zugrunde gelegten Tatsachen ohne Verfahrensfehler ermittelt hat (st. Rspr.; vgl. Senat, Urt. v. 23. Januar 2009, V ZR 197/07, NJW 2009, 1810, 1811 m.w.N.). Ein solcher Rechtsfehler liegt hier nicht vor. Die in der mündlichen Verhandlung erhobene Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe die Interessen des Übergebers außer Acht gelassen und damit gegen den zu den allgemeinen Auslegungsregeln zählenden Grundsatz einer nach beiden Seiten interessengerechten Auslegung verstoßen, ist unbegründet. Die Annahme, die Parteien hätten in § 2 Nr. 2b nur den Fall regeln wollen, dass die Pflegeverpflichtung aus in der Person der Beklagten liegenden Gründen nicht mehr erbracht werden könne, lässt nicht erkennen, dass das Interesse des Übergebers, im

Alter umfassend versorgt zu sein, bei der Auslegung unzureichend berücksichtigt worden ist. Zusammen mit den übrigen von den Beklagten übernommenen Verpflichtungen stellt die Klausel die häusliche Versorgung des Übergebers gerade sicher. Dafür, dass die Parteien mit der Klausel auch die Absicherung des Übergebers nach einem Umzug in ein Heim regeln wollten, fehlt jeglicher Anhaltspunkt. Der Wortlaut der Klausel spricht gegen eine solche Absicht. Die Verpflichtung der Beklagten, auf ihre Kosten für eine "Hilfskraft zu sorgen", ergibt im Fall eines Heimaufenthalts keinen Sinn, da Heime die für sie tätigen Hilfskräfte selbst auswählen und bezahlen.

## II. Auch keine Zahlungspflicht aufgrund ergänzender Auslegung

[8] Das Berufungsgericht nimmt zutreffend an, dass sich der von dem Kläger geltend gemachte Anspruch auch nicht aus einer ergänzenden Auslegung des 1982 geschlossenen Übergabevertrages ergibt.

### 1. Regelungslücke

[9] Allerdings ist eine ergänzende Vertragsauslegung geboten, wenn die Beteiligten eines Übergabevertrages bei dessen Abschluss davon ausgegangen sind, der Übergeber könne im Alter zu Hause gepflegt werden, und deshalb keine Regelung für den Fall seines Umzugs in ein Senioren- oder Pflegeheim getroffen haben (vgl. Senat, Beschl. v. 21. November 2002, V ZB 40/02, NJW 2003, 1126, 1127; Beschl. v. 23. Januar 2003, V ZB 48/02, NJW-RR 2003, 577, 578; Urt. v. 9. Januar 2009, V ZR 168/07, NJW 2009, 1348 [für ein Wohnrecht] sowie Krüger, ZNotP 2010, 2).

### 2. Subsumtion

[10] Eine solche Regelungslücke ist unter Berücksichtigung der von den Parteien eingegangenen Bindungen zu schließen. Sollen die Verpflichtungen des Übernehmers, wie hier, zu der Alterssicherung des Übergebers beitragen oder diese umfassend gewährleisten, entspricht es dessen Absicherungsinteresse, dass ihm im Umfang der ersparten Aufwendungen ein Anspruch auf Beteiligung an den Pflegekosten zusteht, wenn er in einem Maße pflegebedürftig wird, dass er professionelle Pflege braucht und der Übernehmer seine Pflegeverpflichtung deshalb nicht mehr selbst erfüllen kann (vgl. Senat, Beschl. v. 21. November 2002, V ZB 40/02, NJW 2003, 1126, 1127).

[11] Der Umfang der ersparten Aufwendungen richtet sich nach dem Inhalt der ursprünglichen Verpflichtung zu Wart und Pflege (Senat, aaO). An die Stelle nicht mehr zu erbringender Sachleistungen treten Zahlungsverpflichtungen, die den Wert der ersparten Aufwen-

dungen für diese Leistungen abschöpfen (Senat, Beschl. v. 23. Januar 2003, V ZB 48/02, NJW-RR 2003, 577, 578). Hinsichtlich vereinbarter Pflege- und sonstiger Dienstleistungen (z.B. Reinigung von Wohnung und Bekleidung, Zubereitung von Mahlzeiten) ist zu differenzieren:

[12] Sind die Vertragsparteien bei Abschluss des Übergabevertrages übereinstimmend davon ausgegangen, dass der Übernehmer hierfür eine Hilfskraft engagiert und bezahlt, zählt das Entgelt für die Hilfskraft zu den infolge des Heimaufenthalts ersparten Aufwendungen. Dagegen tritt an die Stelle von Pflege- und Dienstleistungen, die nach der Vorstellung der Vertragsparteien von dem Übernehmer oder dessen Familienangehörigen persönlich erbracht werden sollten, kein Zahlungsanspruch des Übergebers. Andernfalls führte die ergänzende Vertragsauslegung zu einer unzulässigen Erweiterung des Vertragsgegenstandes. Der Übernehmer verpflichtet sich zu der Pflege und Betreuung des Übergebers meist in der Annahme, die geschuldeten Dienste selbst oder durch Familienangehörige, also ohne finanziellen Aufwand, erbringen zu können. Es entspricht deshalb in aller Regel nicht dem - für die ergänzende Vertragsauslegung maßgeblichen - hypothetischen Parteiwillen, dass Geldzahlungen an die Stelle der versprochenen Dienste treten, wenn diese aus Gründen, die der Übernehmer nicht zu vertreten hat, nicht mehr erbracht werden können. Müsste der Übernehmer den aufgrund des Heimaufenthalts des Übergebers entstandenen (Frei-)Zeitgewinn in Geld ausgleichen, wäre jedoch genau dies die Folge.

Abweichendes ergibt sich, anders als die Revision unter Hinweis auf Entscheidungen des

[14] Unter Anwendung der dargestellten Grundsätze ist das Berufungsgericht für den hier zu beurteilenden Sachverhalt rechtsfehlerfrei zu einer ergänzenden Auslegung des Übergabevertrages gelangt, nach der dem Vater des Beklagten zu 1 kein Geldausgleich für die ihm versprochenen, infolge seines Heimaufenthalts aber nicht mehr möglichen Pflege- und Dienstleistungen seitens der Beklagten zusteht.

[15] Etwas anderes käme zwar in Betracht, wenn die Beklagten aus in ihrer Person liegenden Gründen heute nicht mehr in der Lage wären, die geschuldeten Leistungen selbst zu erbringen und deshalb - lebte der Übergeber noch in ihrem Haus - nach § 2 Nr. 2b des Übergabevertrages verpflichtet wären, auf ihre Kosten eine Hilfskraft zu besorgen; denn in diesem Fall hätten die Beklagten infolge des Heimaufenthalts des Übergebers finanzielle Aufwendungen erspart. Dass es sich so verhält, macht der Kläger indes nicht geltend. Auf ersparte Aufwendungen für Sachleistungen ist die Klage nicht gestützt worden.

**Standort: ZPO I****Problem: Beweiserhebungsverbot und "Anbeweis"**

OLG STUTTGART, URTEIL VOM 18.11.2009  
3 U 128/09 (IBR 2010, 123)

**Problemdarstellung:**

Der Kl. begehrt vom Bekl. die Rückzahlung von 100.000 €, die er diesem als Anzahlung für einen Grundstückskauf übergeben haben will. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und dies damit begründet, dass die Behauptung des Kl. hinsichtlich der Übergabe des Geldes nicht bewiesen worden ist. Dem Antrag des Kl. auf Abhörung eines heimlich mitgeschnittenen Telefonats hat das Landgericht nicht entsprochen. Ebenso hat es den Antrag des Kl. auf seine eigene Vernehmung als Partei abgelehnt, da die Voraussetzungen der §§ 447, 448 ZPO nicht vorgelegen hätten. Hiergegen wendet sich der Kl. mit der Berufung, die vor dem OLG jedoch erfolglos bleibt.

**Prüfungsrelevanz:**

Die eigentlich aus dem Strafrecht bekannte Problematik des Beweiserhebungs- bzw. Beweisverwertungsverbot hat gelegentlich auch im Zivilprozessrecht Bedeutung. Die Kriterien, unter denen das Beweismittel verwertbar bzw. unverwertbar ist, orientieren sich dabei wie im Strafrecht primär an grundrechtlichen Wertungen. Im Zivilprozess kommt es regelmäßig auf den Schutz des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts gem. Art. 1 I i.V.m. 2 I GG (APR) in seiner Ausprägung als Recht am gesprochenen Wort an. Da die Beteiligten als Private nicht grundrechtsgebunden sind, kommt allerdings nur die Verletzung der zivilrechtlichen Ausgestaltung des APR in Betracht (so wie von § 823 I BGB als "sonstiges Recht" geschützt). Es handelt sich um einen sog. offenen Tatbestand, bei dem der Eingriff nicht die Rechtswidrigkeit indiziert, sondern in jedem Einzelfall durch eine umfassende Güterabwägung ermittelt werden muss, ob der Eingriff durch konkurrierende Interessen gerechtfertigt ist (BGH, NJW 2005, 2766).

Zur Frage, ob ein heimlich mitgeschnittenes bzw. mitgehörtes Telefongespräch als Beweismittel berücksichtigt werden darf, hat sich das Bundesarbeitsgericht erst kürzlich eingehend geäußert (BAG, RA 2010, 15 = DB 2009, 1936). Die Tendenz bzgl. der Zulassung heimlich erhobener Beweismittel richtet sich dabei an der Eingriffsintensität aus: So kann das zufällige Mitgehören - das auch strafrechtlich "nur" einem Unterlassen entspricht - eine Beweiserhebung und -verwertung eher rechtfertigen, als ein bewusster Mitschnitt (BAG, RA 2010, 15 = DB 2009, 1936). Im Ergebnis tritt der Schutz des APR jedoch nur in Ausnahmefällen zurück.

Auf gleicher Linie bewegt sich hier auch der erkennende Senat, der betont, dass das schlichte Interesse, sich über den Inhalt eines Gespräches ein Beweismittel für eine mögliche gerichtliche Auseinandersetzung zu verschaffen keinen derartigen Ausnahmefall darstellt. Die reine Beweisnot genügt zur Überwindung des APR also nicht. Eine Ausnahme sei beim bewussten Mitschnitt nur dann zu machen, wenn der Beweisführer sich in einer Notwehrsituation oder notwehrähnlichen Lage befinde. Dies war vorliegend aber nicht der Fall (hierzu Rn. 49 d. Urteils).

Auch im Rahmen der Parteivernehmung nach §§ 445 ff. ZPO spielt die Beweisnot regelmäßig eine Rolle. Insbesondere unter dem Stichwort der "Waffengleichheit" ist hier eine Parteivernehmung von Amts wegen gem. § 448 ZPO in Betracht zu ziehen (hierzu Thomas/Putzo/Reichhold, § 448 Rn. 4). Jedoch muss als Voraussetzung für die Parteivernehmung zumindest eine gewisse Wahrscheinlichkeit für die Richtigkeit der streitigen Behauptung vorliegen; die Tatsache muss "anbewiesen" sein (Zöller-Greger, § 448 Rn. 4). Der Senat führt aus, dass hierfür zwar keine hohe Wahrscheinlichkeit erforderlich ist, jedenfalls aber mehr Gesichtspunkte für als gegen die Richtigkeit der Behauptung sprechen müssen. Eine Parteivernehmung hat demnach auszuscheiden, wenn keiner der Vorträge durch die bisherige Beweisaufnahme für richtiger als ein anderer Vortrag einzuschätzen ist. Somit war auch der Antrag des Kl. auf Vernehmung seiner eigenen Person abzulehnen, da die Beweisaufnahme keinen "Anbeweis" dafür ergeben hatte, dass er dem Bekl. tatsächlich 100.000 € übergeben hatte.

Zu begrüßen ist, dass der Senat sich im Leitsatz 1 "grundsätzlich" für eine Unverwertbarkeit eines heimlich aufgezeichneten Telefonats ausspricht. Trotzdem die Beurteilung in der Klausur am Einzelfall ausgerichtet sein muss, ist damit doch eine vorsichtige Leitlinie vorgegeben. Dies kollidiert auch nicht mit dem Urteil des OLG Düsseldorf v. 30.01.2008 (MMR 2008, 331), das in einem ähnlich gelagerten Fall die Einführung eines heimlich mitgeschnittenen Telefonats zugelassen hatte. Dort ging es nämlich um die Abwendung einer materiell unrichtigen Verurteilung, die vorliegend nicht zur Rede stand.

Zu berücksichtigen ist außerdem, dass mit der Ablehnung eines Beweismittels nicht automatisch die Anforderungen an die Parteivernehmung gem. § 448 ZPO gesenkt werden.

**Vertiefungshinweise:**

□ Beweisverwertungsverbote: BAG, NJW 2003, 1204 (gestohlene Urkunde); BGH, NJW 2003, 1727; OLG

Jena, MDR 2006, 533 (Mithören eines Telefonats); BAG, NJW 2003, 3436; OLG Köln, NJW 2005, 2997; OLG Karlsruhe, NJW 2002, 2799; ArbG Frankfurt a.M., RDV 2005, 214; Horst, NZM 2009, 937; Huff, JuS 2005, 896; Helle, JZ 2004, 340; Bayreuther, NZW 2005, 1038 (Videoüberwachung); BGH, NJW 1985, 1158 (Verfahrensverstoß)

□ Zusammenfassung: Balthasar, JuS 2008, 35; Kratz/Gubbels, NZA 2009, 652

### Leitsätze:

**1. Die Verwertung einer heimlichen Aufzeichnung eines Telefonats im Zivilprozess ist grundsätzlich unzulässig. Das Interesse, ein Beweismittel zur Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche zu schaffen, genügt für eine Ausnahme nicht.**

**2. Anforderungen an den sog. "Anfangsbeweis" oder "Anbeweis" für Parteivernehmung nach § 448 ZPO.**

### Sachverhalt:

Der Kl. begehrt vom Bekl. die Rückzahlung von 100.000 €, die er diesem als Anzahlung für einen Grundstückskauf übergeben haben will.

Das Landgericht hat nach einer Parteivernehmung des Beklagten, der Vernehmung der Zeugen K., G. und Ü. sowie der Einholung von zwei Sachverständigengutachten zu der Frage, ob sich Fingerabdrücke des Beklagten auf der vom Kläger vorgelegten Kaufvertragskopie befinden und zu der Frage, ob es sich bei dieser Kaufvertragskopie um die Originalkopie einer anderen Urkunde handelt, die Klage abgewiesen.

Zur Begründung hat das Landgericht ausgeführt, dass es sich nicht die volle Überzeugung habe bilden können, dass die Behauptung des Klägers hinsichtlich der Übergabe von EUR 100.000,00 an den Beklagten wahr ist.

Dem Antrag des Klägers, eine heimlich gefertigte Aufzeichnung eines Telefonats mit dem Beklagten abzuspielen, in dem dieser den Empfang des Geldes eingeräumt habe, sei nicht zu entsprechen gewesen, da der Beklagte dem Abspielen widersprochen habe. Ein besonderer Ausnahmefall, in dem eine Güterabwägung dazu führe, dass ausnahmsweise die Verwertung zulässig sei, liege nicht vor. Dem Antrag des Klägers auf seine eigene Vernehmung als Partei sei nicht zu entsprechen gewesen, da die Voraussetzungen des §§ 447, 448 ZPO nicht vorgelegen hätten.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Berufung des Klägers, der seinen erstinstanzlichen Antrag auf Verurteilung des Beklagten zur Zahlung von EUR 100.000,00 weiterverfolgt.

### Aus den Gründen:

[30] Die zulässige Berufung hat in der Sache keinen

Erfolg.

### A. Kein Anspruch des Kl.

[31] Der Kläger hat gegen den Beklagten keinen Anspruch auf Rückzahlung von EUR 100.000,00.

[32] Das Landgericht ist nach einer umfangreichen Beweisaufnahme und einer gründlichen Beweiswürdigung zu dem Ergebnis gelangt, dass der nach § 286 ZPO erforderliche Beweis für die Wahrheit der Behauptung, dass der Kläger dem Beklagten eine Anzahlung von EUR 100.000,00 geleistet hat, vom Kläger nicht erbracht worden ist. Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen durch das Landgericht bestehen nicht, sodass der Senat gemäß § 529 Abs.1 Nr. 1 ZPO die festgestellte Tatsache, dass dieser Beweis nicht erbracht worden ist, ohne eine erneute bzw. weitere Beweisaufnahme seiner Entscheidung zugrunde zu legen hat.

### B. Beweiswürdigung des Berufungsgerichts nicht zu beanstanden

[33] Die Beweiswürdigung des Landgerichts ist aus den folgenden Gründen richtig und vollständig:

#### I. Telefonat

[47] Das Landgericht hat [auch] zu Recht dem Antrag des Klägers auf Abspielen der heimlich gefertigten Aufzeichnung eines Telefonats mit dem Beklagten nicht entsprochen.

[48] Die Verwertung eines heimlichen Mitschnittes eines Telefonats ist im Zivilprozess ohne Zustimmung des Betroffenen grundsätzlich unzulässig, da die Aufzeichnung unter Verletzung des Persönlichkeitsrechtes eines anderen zustande gekommen ist (vgl. BGH NJW 1982, 277; NJW 1988, 1016). Zwar bietet das Persönlichkeitsrecht dann, wenn es - wie hier - nicht um die Intimsphäre des Betroffenen und damit um den Kernbereich der privaten Lebensgestaltung geht, keinen absoluten Schutz gegen Eingriffe. Außerhalb dieser unantastbaren Sphäre ist daher über die Frage, ob eine Verwertung der Aufnahme zulässig ist, aufgrund einer Abwägung der widerstreitenden Interessen beider Seiten zu entscheiden. Da das Grundgesetz dem Persönlichkeitsrecht einen hohen Stellenwert zuweist, kann dem Interesse, eine ohne Einwilligung erstellte Tonaufzeichnung in einem Rechtsstreit als Beweismittel zu benutzen, jedoch nur in besonderen Ausnahmefällen Vorrang vor dem Schutz des gesprochenen Wortes zukommen. Das allgemeine private Interesse, sich über den Inhalt eines Gespräches ein Beweismittel für eine mögliche Auseinandersetzung zu verschaffen und dieses dann in einem etwaigen Prozess zu verwenden, um zivilrechtliche Ansprüche durchzusetzen, reicht hierfür nicht aus (BGH aaO., BVerfG NJW 2002, 3619; OLG Düsseldorf, Urteil vom 11.01.2001, Az. 14

U 111/00). Ein überwiegendes Interesse des Beweisführers an der Erhebung des Beweises wird hingegen angenommen, wenn der Beweisführer sich in einer Notwehrsituation oder einer notwehrrähnlichen Lage befindet. Dieses wird bejaht, wenn eine heimliche Tonaufzeichnung zur Dokumentierung erpresserischer Drohungen oder ähnlicher strafbarer Handlungen, insbesondere zur Feststellung der Identität von Straftätern, oder aus vergleichbar schwerwiegenden Gründen mangels anderer in Betracht kommender Beweismittel im Interesse einer wirksamen Rechtspflege erforderlich ist (BGH NJW 1988, 1016).

[49] Eine Notwehr- oder notwehrrähnliche Lage, die eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts und somit eine Verwertung des Beweismittels ausnahmsweise rechtfertigen könnte, ist im vorliegenden Fall nicht gegeben. Die Tonbandaufzeichnung selbst dokumentiert nach dem Vortrag des Klägers keine strafbare Handlung, jedenfalls keine solche, auf die der Kläger seine Ansprüche stützt. Auch sonst ist dem Interesse des Klägers an der Verwertung der Tonaufzeichnung kein überwiegendes Gewicht beizumessen. Das Risiko, einen Rechtsstreit zu verlieren, weil die Gegenpartei einen nicht beweisbaren Sachverhalt wissentlich zu Unrecht bestreitet, trägt jede Prozesspartei als allgemeines Prozessrisiko. Hierbei handelt es sich gerade um das „schlichte Beweisinteresse“, dass für eine Verletzung des Persönlichkeitsrechtes gerade nicht ausreichen darf, da andernfalls nahezu jede heimliche und somit rechtswidrige Tonbandaufzeichnung in einem Prozess zu verwerten wäre. Darüber hinaus ist vorliegend zu berücksichtigen, dass der Kläger sich selbst in die vorliegende Beweisnot gebracht hat, weil er eine angeblich bereits unterschriebene Originalquittung für die EUR 100.000,00 ohne jede Not dem Beklagten überlassen hat und sich auf die spätere Zusendung einer Kopie eingelassen hat. Diese vorgetragene „Nachlässigkeit“ des Klägers ist nicht durch eine Verletzung des Persönlichkeitsrechtes des Beklagten auszugleichen.

## II. Vernehmung des Kl. als Partei

[52] Schließlich hat das Landgericht auch zu Recht dem Antrag des Klägers auf eine Parteivernehmung seiner eigenen Person zu der Frage der Übergabe von EUR 100.000,00 an den Beklagten nicht entsprochen. Der Beklagte hat einer Parteivernehmung des Klägers nicht zugestimmt, sodass die Voraussetzungen des § 447 ZPO nicht vorlagen. Aber auch die Voraussetzungen einer Parteivernehmung des Klägers nach § 448 ZPO lagen bzw. liegen nicht vor.

[53] Voraussetzung für eine im Ermessen des Gerichts stehende Parteivernehmung nach § 448 ZPO ist, dass nach einer Gesamtwürdigung der erfolgten Beweisaufnahme und der bisherigen mündlichen Verhandlung eine gewisse Wahrscheinlichkeit für die Richtigkeit

der streitigen Behauptung vorliegt, also der sog. „Anfangsbeweis“ oder „Anbeweis“ erbracht ist (vgl. Zöller-Greger, ZPO, 27. Auflage, 2009, § 448, Rn. 4). Hierbei muss es sich nicht um eine hohe Wahrscheinlichkeit handeln. Es muss jedoch mehr für als gegen die Richtigkeit der Behauptung sprechen (Zöller-Greger aaO). Eine Parteivernehmung scheidet hingegen aus, wenn in der bisherigen Beweisaufnahme teilweise der eine und teilweise der andere Vortrag bestätigt wird und das Gericht letztlich keinem Beweismittel einen höheren Überzeugungswert beimisst (Schreiber in Münch.Komm. zur ZPO, 3. Auflage, 2008, § 448, Rn. 3) bzw. das Gegenteil der betreffenden Behauptung für wahrscheinlicher hält (Leipold in Stein/Jonas, ZPO, 22. Auflage, 2006, § 448, Rn. 5).

[54] Das Landgericht ist nach einer Gesamtwürdigung der erfolgten Beweisaufnahme und der mündlichen Verhandlung, zu der auch die informatorische Anhörung des Klägers gehört, zu dem Ergebnis gelangt, dass der erforderliche Anfangsbeweis nicht erbracht ist. Es hat sich hierbei auf die im Urteil im einzelnen dargestellten erheblichen Zweifel an der Richtigkeit der klägerischen Behauptung einer Geldübergabe an den Beklagten berufen. Dieses Ergebnis ist nicht zu beanstanden. Insbesondere die Zweifel auf Grund der Anhörung des Klägers, der fehlenden oder zumindest fragwürdigen Glaubwürdigkeit des Zeugen K... und des Umstandes, dass es sich bei der vorgelegten Kopie des unterschriebenen Kaufvertrages samt Quittung um die Kopie einer Montage handelt, führen dazu, dass keinesfalls mehr für als gegen die Richtigkeit der klägerischen Behauptung spricht. Die übrigen Umstände, insbesondere auch die Vernehmung der Zeugin Ü..., ändern hieran nichts. Für den sog. Anfangsbeweis reicht allein das Vorliegen einzelner für die betreffende Behauptung sprechender Beweismittel oder Indizien nicht aus. Vielmehr muss der oben beschriebene Grad der Wahrscheinlichkeit vorliegen, was hier nicht der Fall ist.

[55] Das Landgericht ist daher folgerichtig auch nicht mehr zu der Ermessensentscheidung gekommen, bei der es im Falle der Bejahung des Anfangsbeweises insbesondere hätte klären müssen, ob es sich von der Parteivernehmung einen Überzeugungswert versprochen hätte (Leipold in Stein/Jonas, aaO., Rn. 11), d.h. ob es von der Parteivernehmung eine Ausräumung seiner Restzweifel erwartet hätte (Zöller-Greger, aaO., Rn. 4a). Bei einer Bejahung des Anfangsbeweises wäre eine solche Erwartung nicht gerechtfertigt gewesen, sodass auch nach dieser Ermessensprüfung eine Parteivernehmung abzulehnen gewesen wäre. Bei einer Parteivernehmung hätte der Kläger voraussichtlich die gleichen Angaben gemacht wie bei seiner informatorischen Anhörung in der mündlichen Verhandlung. Auch nach dieser Parteivernehmung wären somit aller Voraussicht nach die oben unter Ziffer 1 dargestellten



Zweifel an der Wahrheit der klägerischen Behauptung verblieben, sodass eine „Ausräumung von Restzweifeln“ nicht zu erwarten gewesen wäre.

[56] Schließlich führt auch der Umstand, dass der Beklagte als Partei vernommen worden ist, nicht unter dem Gesichtspunkt der „Waffengleichheit“ dazu, dass auch der Kläger als Partei zu vernehmen war. Insoweit

genügt es, dass der Kläger nach § 141 ZPO angehört worden ist und so seine Sicht und Schilderung der Geschehnisse Einklang in die richterliche Überzeugungsbildung gefunden haben (vgl. zum Grundsatz der Waffengleichheit im Rahmen des § 448 ZPO: Zöller-Greger, aaO., Rn. 2a).

#### IMPRESSUM

<b>HERAUSGEBERIN:</b>	JURA INTENSIV VERLAGS-GMBH & CO. KG, Salzstraße 18, 48143 Münster Tel.: 0251/4824-60; Fax: 0251/4824-545 <a href="http://www.jura-intensiv.de">http://www.jura-intensiv.de</a> - <a href="mailto:ra@jura-intensiv.de">ra@jura-intensiv.de</a>
<b>CHEFREDAKTION:</b>	Rechtsanwalt Frank Schildheuer ( <i>zugleich Öffentliches Recht</i> )
<b>REDAKTEURE:</b>	Rechtsanwalt Wolfgang Schmidt & Martin Jansen ( <i>Zivilrecht</i> ); Rechtsanwalt Uwe Schumacher ( <i>Strafrecht</i> ) Die Redakteure sind postalisch erreichbar unter der Adresse der Herausgeberin.
<b>ABONNEMENT:</b>	Abonnement-Vertrag befindet sich im Heft und/oder wird auf Wunsch zugeschickt. Einmalige Anforderung eines Probeheftes jederzeit formlos und ohne weitere Verpflichtung möglich. Bestellungen bitte an die o.g. Anschrift der Herausgeberin oder via Internet unter der o.g. Adresse.
<b>BEZUGSPREISE:</b>	Jahresabonnement (12 Hefte) zum Vorzugspreis von 65 Euro (Einzelpreis: 6 Euro/Heft) inkl. USt. und Versandkosten. Jahresregister gratis enthalten. Lieferung nur gegen Einzugsermächtigung. Der Lieferbeginn erfolgt zum nächstmöglichen Termin nach Gutschrift der Lastschrift.
<b>VERSAND:</b>	Ohne Zusicherung eines festen Veröffentlichungstermins monatlich per Post.
<b>NACHBESTELLUNG:</b>	Einzelne Hefte <i>früherer</i> Jahrgänge können zum Preis von 6 Euro/Heft nachbestellt werden, solange Vorrat reicht. Jahrgangsregister ab 1999: 5 Euro/Jahrgang. Einbanddecken (dunkelblau, jahresneutral): 9 Euro/Stück. Nachbestellung von Sonderbeilagen auf Anfrage. Alle Preise zzgl. 3,50 Euro Versandkosten. Bitte Verrechnungsscheck oder Einzugsermächtigung beifügen. Der Bezug von Einzelheften des <i>laufenden</i> Jahrgangs ist nur i.V.m. einem Abonnement möglich.

*Strafrecht***Standort: § 222 StGB****Problem: Brechmitteleinsatz zur Beweissicherung**

BGH, URTEIL VOM 29.04.2010  
5 STR 18/10 (NJW-SPEZIAL 2010, 409)

**Problemdarstellung:**

Der Angeklagte, ein relativ unerfahrener Arzt, war von der Polizei herangezogen worden, um bei dem vermeintlichen Drogendealer C gem. § 81a I StPO eine körperliche Untersuchung vorzunehmen. Durch diese Untersuchung sollte festgestellt werden, ob C Drogenbehältnisse heruntergeschluckt hatte, um sie vor der Polizei zu verbergen. Zur Durchführung dieser sog. Exkorporation flößte der Angeklagte dem C, mit dem aufgrund der Sprachbarrieren allenfalls eine rudimentäre Verständigung möglich war, ein Brechmittel sowie erhebliche Mengen Wasser durch einen Nasenschlauch ein. C musste sich mehrfach erbrechen, bemühte sich jedoch, den Mageninhalt durch die geschlossenen Zähne zu "filtern" und das Erbrochene wieder herunterzuschlucken. Trotzdem konnten der Angeklagte und die anwesenden Polizisten ein Kokainkügelchen sicherstellen, das C verschluckt und erbrochen hatte.

Kurz darauf brach C bewusstlos zusammen, ein angeschlossener Fingersensor konnte bei diesem keine Sauerstoffsättigung des Blutes mehr feststellen. Der Angeklagte rief daraufhin einen Notarzt, der C untersuchte und feststellte, dass der Fingersensor nicht mehr richtig funktionierte. Dem Notarzt gelang es, den Zustand des C zu stabilisieren. Der Angeklagte beschloss daraufhin, die Exkorporation fortzuführen, obwohl der Zustand des C schlecht und dieser zeitweise nicht bei vollem Bewusstsein war. Der Angeklagte führte C weiter Flüssigkeit über den Nasenschlauch zu und C erbrach sich erneut. Die Nachfrage des immer noch anwesenden Notarztes, ob er denn nicht das zugeführte Wasser auch wieder ablassen wollte, verneinte der Angeklagte und führte C immer noch mehr Wasser zu. Bei diesem gelangte immer mehr Wasser in die Atemwege, sodass C schließlich ertrank.

Das Landgericht Bremen hatte den Angeklagten vom Vorwurf der fahrlässigen Tötung, § 222 StGB, freigesprochen. Dieser habe zwar zahlreiche Sorgfaltspflichten verletzt, insbesondere das "Spülwasser" in die Lunge des Opfer gelangen lassen und Geräte verwendet, in deren Handhabung er keine hinreichende Erfahrung gehabt habe. Jedoch sei die für eine Strafbarkeit gem. § 222 StGB erforderliche Vorhersehbar-

keit und Vermeidbarkeit des Erfolges beim Angeklagten nicht gegeben, da dieser aufgrund fehlender Ausbildung und Erfahrung überfordert gewesen sei und es sich auch um eine schleichende Entwicklung gehandelt habe. Der BGH hob den Freispruch auf und verwies an die Schwurgerichtskammer des LG zurück, da nach seiner Auffassung sogar eine Strafbarkeit wegen Körperverletzung mit Todesfolge, § 227 I StGB, in Betracht komme.

**Prüfungsrelevanz:**

Die Prüfung von Fahrlässigkeitsdelikten, insb. §§ 222, 229 StGB, ist immer wieder Gegenstand von Examensaufgaben. Insofern ist zu beachten, dass auch in klassischen Examensaufgabenstellungen wie etwa Fällen des Tatbestandsirrtums, der aberratio ictus oder des Erlaubnistatbestandsirrtums stets noch eine Strafbarkeit wegen fahrlässiger Tat zu prüfen ist. Mag es auch sein, dass in diesen Fällen die Prüfung des entsprechenden Fahrlässigkeitsdelikts nicht den Schwerpunkt der Arbeit darstellt, so wird doch vom Prüfling erwartet, dass er insofern - ohne dass hierfür besonders viel Zeit zur Verfügung hat - ein ansprechendes Gutachten verfasst. Dass sich eine Examensaufgabe schwerpunktmäßig um Fahrlässigkeitsdelikte dreht ist eher selten, allerdings kommt es bei komplexeren Klausursachverhalten durchaus vor, dass in einem von mehreren Tatkomplexen vor allem Fahrlässigkeitsdelikte zu prüfen sind. Deshalb sind zumindest Grundkenntnisse über Struktur und Voraussetzungen der Fahrlässigkeitsdelikte unerlässlich. Der vorliegende Fall ist weiter interessant, weil er - vor allem in mündlichen Prüfungen - als Aufhänger dafür dienen kann, die Voraussetzungen für die Zulässigkeit einer körperlichen Untersuchung des Beschuldigten gem. § 81a StPO prüfen zu lassen.

Eine Strafbarkeit wegen eines Fahrlässigkeitsdeliktes setzt bereits auf Tatbestandsebene voraus, dass der Täter eine Sorgfaltspflicht verletzt hat (vgl. hierzu die Darstellung im Skript Strafrecht AT II, Rn. 247 ff.). Die Feststellung eine sorgfaltspflichtwidrigen Verhaltens des Täters ist dann besonders einfach, wenn es normierte Maßstäbe dafür gibt, wie sich ein sorgfältiger Mensch zu verhalten hat. So enthält z.B. die StVO zahlreiche Pflichten, die für eine sorgfaltsgerechte Teilnahme am Straßenverkehr erfüllt werden müssen. Existiert ein solcher normierter Maßstab für sorgfalt-

gerechtes Verhalten nicht (wie etwa im vorliegenden Fall für das Verhalten eines Arztes), so müssen allgemeine Normen und Rechtssätze und hilfsweise die allgemeine Lebenserfahrung zur Entwicklung eines Sorgfaltsmaßstabes herangezogen werden. Verfügt der Täter über Sonderwissen (z.B. eine medizinische Ausbildung), so ist auch dieses bei der Festlegung des Sorgfaltsmaßstabes (des sog. "Sorgfaltstyps") zu berücksichtigen (BGHSt 20, 315, 321; 37, 184, 189; Wessels/Beulke, AT, Rn. 669).

Im vorliegenden Fall führt der BGH aus, dass es zwar keine Sorgfaltspflichtverletzung des Angeklagten darstellte, dass er es nicht noch einmal überprüft habe, ob die Anordnung der Exkorporation durch den zuständige Polizisten gem. § 81a StPO zu Recht erfolgt sei. Zusätzlich zu den vom LG bereits festgestellten Sorgfaltspflichtverstößen habe sich der Angeklagte aber sorgfaltspflichtwidrig verhalten, weil er das Opfer nicht hinreichend über den geplanten Eingriff und die damit verbundenen Risiken aufgeklärt habe. Bei entsprechender Aufklärung hätte das Opfer nämlich u.U. freiwillig mitgewirkt. Hinsichtlich der unterlassenen Aufklärung werde der Angeklagte auch weder durch die Eilbedürftigkeit der Maßnahme entlastet. Eine weitere Sorgfaltspflichtverletzung bestehe darin, dass der Angeklagte die Maßnahme fortsetzte, obwohl das Opfer bereits ein Kokainkügelchen erbrochen hatte. Damit war nämlich der Verstoß gegen das BtMG bereits nachzuweisen und weitere Exkorporationsmaßnahmen, die das Opfer ja extrem körperlich belasteten, waren unverhältnismäßig, menschenunwürdig und damit sorgfaltspflichtwidrig.

Besonderes Augenmerk legt der BGH auf eine Sorgfaltspflichtverletzung wegen eines sog. Übernahmeverschuldens. Hiervon spricht man, wenn der Täter eine Handlung vornimmt, die er aufgrund mangelnder Fähigkeiten von vorneherein gar nicht hätte beginnen dürfen. In diesem Fall ist bereits die Vornahme der Handlung als solcher sorgfaltspflichtwidrig, egal ob der Täter weitere Sorgfaltspflichten verletzt oder nicht. So handelt z.B. derjenige sorgfaltspflichtwidrig, der nicht in der Lage ist, ein Fahrzeug sicher zu führen und trotzdem ein Fahrzeug im Straßenverkehr führt, obwohl er diesen Mangel kannte oder kennen musste (Joecks, § 15 Rn. 65; Schönke/Schröder-Cramer/Sternberg-Lieben, § 15 Rn. 142; Kühl, AT, § 17 Rn. 35). Das LG hatte in seinem Urteil die Strafbarkeit des Angeklagten insbesondere deshalb verneint, weil für diesen aufgrund mangelnder Kenntnisse der tödliche Verlauf der Maßnahme nicht vorhersehbar gewesen sei. Der BGH verwendet dieselben Umstände allerdings gegen den Angeklagten: Wenn dieser aufgrund einer mangelnden Erfahrung und Ausbildung nicht absehen konnte, welche Folgen die von

ihm durchgeführten Untersuchungsmaßnahmen für das Opfer haben würden, dann durfte er solche Maßnahmen selbst auch gar nicht erst durchführen.

Eine Strafbarkeit wegen eines Fahrlässigkeitsdeliktes setzt weiter voraus, dass der Erfolg und der wesentliche Kausalverlauf objektiv und für den konkreten Täter nach seinen individuellen Fähigkeiten vorhersehbar waren (BGHSt 3, 62, 63; Heinrich, AT II, Rn. 1024). Wegen der fehlenden Vorhersehbarkeit hatte das LG die Strafbarkeit des Angeklagten verneint. Dieser habe darauf vertrauen können, dass der herbeigerufene Notarzt bei einem drohenden Tod des Opfers eingeschritten wäre, sodass der tödliche Verlauf der Maßnahme nicht mehr vorhersehbar gewesen sei. Der BGH betont jedoch, dass die Anwesenheit des Notarztes den Angeklagten - auch hinsichtlich der Vorhersehbarkeit - schon insbesondere deshalb nicht entlasten könne, weil der Notarzt die weitere Zuführung von Flüssigkeit nach dem ersten Zusammenbruch des Opfers offensichtlich kritisch betrachtete und missbilligte.

#### *Vertiefungshinweise:*

☐ Zu § 222 StGB bei ärztlicher Behandlung: *BGHSt* 43, 310; 49, 1; *BGH*, *NSStZ* 2001, 188; 2003, 657; *LG Kassel*, *VersR* 2001, 1031; *Peters*, *StV* 2001, 708; *Ulsenheimer*, *StV* 2007, 77

#### *Kursprogramm:*

☐ Examenskurs: "Kunstfehler"

#### *Leitsatz:*

**Zur Verantwortlichkeit eines im Beweissicherungsdienst tätigen Arztes für tödlich erlaufenen Brechmitteleinsatz gegen Drogen-Kleindealer.**

#### *Sachverhalt:*

a) Dem in Kasachstan bis 1991 als Arzt ausgebildeten Angeklagten wurde im Juni 1997 in Bremen die Approbation erteilt. Nach einer Tätigkeit am dortigen Institut für Rechtsmedizin stellte ihn dessen Direktor B. ab September 2000 bei dem von diesem auf eigene Rechnung selbständig betriebenen ärztlichen Beweissicherungsdienst an, für den er im März 2001 eine detaillierte Dienstanweisung erließ. Für einen zwölfstündigen Bereitschaftsdienst erhielt der Angeklagte 100 DM brutto als Grundvergütung, zusätzlich Honorare für einzelne ärztliche Handlungen.

Die ganz überwiegende Mehrheit aller in Bremen vorgenommenen Exkorporationen wurde von den Mitarbeitern des Beweissicherungsdienstes ohne Zwang und ohne Einsatz einer Magensonde durchgeführt. Das Landgericht hat zugunsten des in der Hauptverhandlung schweigenden Angeklagten unterstellt, dass die-

ser am 27. Dezember 2004 erstmals einen solchen zwangsweisen Eingriff vorgenommen hat.

b) Die Polizeibeamten K und F nahmen den unbestraften, aus Sierra Leone stammenden C um 0.10 Uhr wegen des Verdachts des illegalen Kokainhandels vorläufig fest. Bevor C auf Aufforderung der Polizeibeamten den Mund öffnete, sahen sie dessen deutliche Schluckbewegungen und gingen aufgrund kriminalistischer Erfahrung mit "Kleindealern" von einem Verschlucken von Kokainbehältnissen aus. POK K ordnete die sofortige Exkorporation der Drogenbehältnisse gemäß § 81a StPO an. C verstand kaum deutsch, und auch in englischer Sprache fand eine Verständigung nur in rudimentärer Form unter Zuhilfenahme von Zeichensprache statt. Deshalb wurde C auch nicht strafprozessual belehrt.

Der Angeklagte begann gegen 1.10 Uhr im Behandlungszimmer des Polizeigewahrsams mit der Vorbereitung der Exkorporation. Er gab C zu verstehen, dass ihm Brechsirup und Wasser verabreicht werden solle, um verschluckte Drogencontainer zu Tage zu fördern. C brachte vehement zum Ausdruck, er habe keine Drogen genommen, was der Angeklagte in den Untersuchungsbogen eintrug. Die im Stehen durchgeführte körperliche Untersuchung unter Einsatz eines Stethoskops und eines Blutdruckmessgeräts dauerte fünf Minuten und erbrachte keine Auffälligkeiten der Atmung, des Kreislaufs und der Nervensysteme. C erklärte sich zunächst bereit, Brechmittel und Wasser eigenständig einzunehmen, tat dies jedoch nicht, nachdem ihm ein Becher mit Brechmittel gereicht worden war.

c) Der Angeklagte ging nunmehr entsprechend Ziffer 4 der von B am 1. März 2001 verfassten Dienstanweisung vor, in der vermerkt war: "Weigert sich der Beschuldigte, den Sirup zu trinken, ist ihm in sitzender Position eine nasogastrale Sonde zu legen. Die richtige Lage der Sonde im Magen wird durch die Aspiration von Mageninhalt sichergestellt. Die Applikation des Emetikums und des körperwarmen Wassers erfolgt mittels Spritze über die nasogastrale Sonde. Die Magensonde darf nur gelegt werden, wenn der Beschuldigte nicht durch heftige Gegenwehr ein sachgerechtes ärztliches Vorgehen unmöglich macht. Der Arzt selbst übt keinerlei Zwang aus. Die Flüssigkeitsapplikation darf erst nach sicherer Lage der Sonde im Magen erfolgen". Ziel war die Herbeiführung eines Erbrechens im Schwall.

Die Polizeibeamten fesselten Cs Füße mit einem Kabelbinder und die Arme mit Handschellen auf den Rücken und setzten ihn auf den Untersuchungsstuhl, der in einem Winkel von 70 Grad hochgestellt war. Der Angeklagte brachte sein Messgerät zur Überwachung der Vitalwerte - Sauerstoffsättigung im Blut, Blutdruck und Puls - an, legte eine Venenverweilkanüle und führte einen 70 cm langen Schlauch mit der Ma-

gensonde durch ein Nasenloch ein. C suchte dies durch Kopfbewegungen zunächst zu verhindern, was der Polizeibeamte F durch Drücken des Kopfes gegen die Rückenlehne unterband.

Der Angeklagte applizierte Brechmittel (Ipecacuanha-Sirup) durch eine Spritze in den Schlauch und anschließend sieben bis acht Spritzenfüllungen Leitungswasser, um das Erbrechen im Schwall zu provozieren. Der Brechreiz setzte gegen 1.30 Uhr ein. C bemühte sich "nach Kräften, diesen zu unterdrücken, Erbrochenes im Mund zu behalten, wieder zu schlucken und nur das hochgewürgte Wasser durch die zusammengepressten Zähne aus treten zu lassen, was die Polizeibeamten als 'Filtern' bezeichneten. Auf diese Weise gelang es C zunächst, ein Austreten geschluckter Kokainkügelchen zu verhindern, weil - was ausweislich der Dienstanweisung ungewöhnlich war und auch von dem Angeklagten so kommentiert wurde - das Erbrechen bei ihm nicht 'im Schwall' auftrat. Erst nachdem C bereits drei- bis viermal unter 'Filtern' erbrochen hatte, wurde letztlich doch, vermutlich durch seine Zahnlucke im Schneidezahnbereich oben links, ein etwa haselnussgroßes Kokainkügelchen herausgespült und von K gesichert. Auch nach Einsetzen des Brechreizes fuhr der Angeklagte damit fort, über die Sonde Wasser zuzuführen. Aus Gründen, die nicht haben festgestellt werden können, rutschte die etwa 70 cm lange Sonde dabei aus der Nase und musste mindestens einmal neu gelegt werden. [...] Nachdem C sich bei kontinuierlicher Wasserzufuhr durch den Angeklagten drei- oder viermal erbrochen hatte, erlahmte mit der Zeit sein Widerstand zusehends, er wurde augenscheinlich apathischer, bis er schließlich 'nicht ansprechbar' wirkte und jedenfalls auf Ansprachen nicht mehr reagierte. Diese Zustandsveränderung allein löste allerdings zunächst bei dem Angeklagten noch keine erkennbare Beunruhigung aus und veranlasste ihn nicht dazu, die Wasserzufuhr zu beenden".

Infolge Cs kontinuierlicher Bemühungen, Erbrochenes nicht nach Außen dringen zu lassen, und begünstigt durch die im Zeitablauf abnehmende Vigilanz des Betroffenen trat im Zuge der sich bei Erbrechen und Wiederverschlucken kreuzenden Flüssigkeiten Wasser in Cs Atemwege, die zu einer Verminderung der Lungenfunktion und einer Beeinträchtigung der Sauerstoffversorgung des Organismus führte. Der Angeklagte und die Polizeibeamten waren der Meinung, dass C - entsprechend früher beobachtetem Verhalten von anderen aus Afrika stammenden Betroffenen - einen körperlichen Zusammenbruch bzw. eine Bewusstlosigkeit nur simulieren würde, um einen Abbruch der Maßnahme zu erreichen.

Gegen 1.50 Uhr, 20 Minuten nach Einsetzen des Erbrechens, verschlechterte sich der angezeigte Sauerstoffsättigungswert; er wurde schließlich von dem Kontrollgerät nicht mehr angezeigt. Der Angeklagte nahm

einen Gerätedefekt an und tauschte den Fingersensor aus. Das Gerät zeigte auch danach keinen Sättigungswert an. C wirkte weiter nicht ansprechbar und atmete schwer. Aus seinem Mund und seiner Nase trat - bei Exkorporationen ungewöhnlich - weißer Schaum aus.

d) Der Angeklagte reagierte auf Grund seiner Unerfahrenheit kopflos: Anstatt einen der anwesenden, über ein Telefon verfügenden Polizeibeamten damit zu beauftragen und ohne selbst Erst-Hilfe-Maßnahmen zu ergreifen, verließ er den Behandlungsraum, um von der Pforte des Gewahrsamstrakts aus den Notarzt zu alarmieren. Dies übernahm der vom Angeklagten angetroffene Wachhabende, der um 1.54 Uhr die Feuerwehr benachrichtigte.

Kurz nach 2.00 Uhr trafen die Rettungssanitäter Ki und E ein. Sie fanden C in unverändert sitzender Stellung an Händen und Füßen gefesselt mit nach vorn überhängendem Kopf vor. Der Angeklagte teilte ihnen mit, "er habe im polizeilichen Auftrag zur Sicherung verschluckter Drogenkugeln bei dem als Drogenhändler verdächtigen C 'eine Magenspülung' durchgeführt, die 'nicht funktioniert' habe. Dabei habe sich die Sauerstoffsättigung verschlechtert und werde jetzt nicht mehr angezeigt, die übrigen Vitalwerte seien normal. Auch nach dem Eindruck der Sanitäter wirkte C 'nicht ansprechbar'. Die Rettungssanitäter veranlassten, dass C die Handfesseln abgenommen wurden, ließen die Rückenlehne in Liegeposition absenken und brachten C sodann in Rückenlage mit nach hinten überstrecktem Kopf, um seinen Kreislauf zu unterstützen und die Atmung zu erleichtern. Parallel dazu schlossen sie die mitgebrachte eigene Messapparatur an, ein Gerät, das ebenfalls über einen Fingersensor und an der Brust anzubringende Elektroden die Vitalwerte (pulsoxymetrische Sauerstoffsättigung, Blutdruck, Herzfrequenz, EKG) misst und einschließlich des EKG auf dem Monitor abbildet. Dabei stellte E fest, dass Cs Hände sehr kalt waren, womit sich für ihn auch in Kenntnis der Funktionsweise der Sättigungsmessung per Pulsoxymetrie zwanglos erklärte, warum der Sauerstoffsättigungswert von dem Gerät des Angeklagten nicht mehr hatte gemessen und angezeigt werden können": Bei Engstellung der Gefäße der Finger beispielsweise infolge von Kälte oder bei vegetativ unter Schock stehenden Patienten wird wegen der Zentralisierung des Blutkreislaufs kein Messwert angezeigt. Der Sanitäter E führte die Zustandsveränderung auf Atemprobleme zurück. Das Messgerät des Rettungswagens zeigte bis 2.06 Uhr eine Stabilisierung der Vitalparameter an.

Der Angeklagte erklärte auch dem Notarzt, dem Zeugen G, dass er im polizeilichen Auftrage zum Auffinden von verschluckten Drogenkugeln bei einem mutmaßlichen Drogenhändler 'eine Magenspülung' gemacht habe und dass er den Notruf abgesetzt habe, weil die Sauerstoffsättigung bedenklich abgefallen und plötzlich keine Anzeige der Sauerstoffsättigung

mehr vorhanden gewesen sei. Es habe sich mittlerweile aber gezeigt, dass wohl lediglich ein Gerätefehler vorgelegen habe.

Die Sanitäter berichteten dem Notarzt von den festgestellten stecknadelkopfgroßen Pupillen des C, die auf Lichtreize keine Veränderung zeigten. Sie bewerteten dies als Drogenintoxikation, was nach zutreffender Auffassung des Notarztes bei hier infrage stehendem Kokainkonsum nicht zutreffen konnte.

Gegenstand der Erörterungen mit den Sanitätern und dem Angeklagten war außerdem die Bewertung der 'Nichtansprechbarkeit' Cs. Hierzu wurde von dem Angeklagten ausdrücklich die Auffassung vertreten, dass 'Schwarzafrikaner' bei Exkorporationen häufig einen solchen Zustand simulierten, sie würden sich häufig 'tot stellen'. Dass C sich nur verstellt haben könnte, entsprach allerdings nicht dem Eindruck des Notarztes, denn C reagierte weiterhin nicht nur nicht auf Ansprache, sondern zeigte auch auf Schmerzreize, z. B. beim Legen eines Venenzugangs durch die Sanitäter, nur geringfügige Reaktionen, er gab nur unverständliche Laute von sich, wirkte andererseits nach seinem Muskeltonus und dem Gesamteindruck weder bewusstlos noch komatös, aber doch 'eingetrübt'.

e) Der Notarzt beendete seinen Einsatz. Er verneinte die Frage des Angeklagten, ob C ins Krankenhaus müsse, und wies die Sanitäter an einzupacken. Der Angeklagte bat unter Hinweis auf die mögliche Unzuverlässigkeit seines Gerätes den Notarzt, noch dazubleiben, da er noch die 'Magenspülung' machen müsse und dies nicht ohne sicher funktionierendes Gerät machen wollte; die 'Magenspülung' werde etwa 20 Minuten dauern. G erklärte sich zum Bleiben bereit, obwohl er keinen Hehl daraus machte, dass er der zwangsweisen Exkorporationsmaßnahme ablehnend gegenüber stand und hiermit grundsätzlich nichts zu tun haben wollte. Nach seinem Verständnis war seine Mitwirkung auf die technische Amtshilfe beschränkt, dass der Angeklagte das Monitoringgerät des Rettungsdienstes für 20 Minuten weiter nutzen konnte. G beabsichtigte nicht, eine irgendwie geartete ärztliche Mitverantwortung für die Durchführung bzw. Fortsetzung der Exkorporation zu übernehmen. Ohne eigene medizinische Auseinandersetzung mit möglichen Kontraindikationen nach § 81a StPO und der Dienstanweisung, die ihm als Prüfungsmaßstab im Übrigen nicht bekannt waren, erhob der Notarzt deshalb auch keine Einwände bezüglich der erklärten Absicht des Angeklagten, bei C eine weitere Magenspülung vorzunehmen. Er beschränkte sich darauf, dem Angeklagten zu erwidern, dass er dies selbst entscheiden müsse. Dass mit einer solchen 'Magenspülung' wegen der von ihm selbst konstatierten Bewusstseinsbeeinträchtigung ein besonderes Aspirationsrisiko verbunden war, erkannte der Zeuge G trotz seiner besonderen Qualifikation als Anästhesist und Notfallmediziner auch deshalb nicht,

weil der Angeklagte ihm nicht erklärte, wie er diese 'Magenspülung' zuvor durchgeführt hatte und weiter durchzuführen gedachte, so dass der Notarzt zunächst auch nicht erfuhr, dass das Prozedere von der normalen Vorgehensweise bei medizinisch indizierten 'Magenspülungen' im eigentlichen Sinne deutlich abwich und mit anders gearteten Risiken als eine normale Magenspülung verbunden war.

Während der Notarzt, vom Geschehen abgewandt, seinen Einsatzbericht schrieb, nahm der Angeklagte zwischen 2.10 Uhr und 2.15 Uhr die Zwangsexkorporation ohne die erforderliche erneute körperliche Untersuchung wieder auf. C war nicht bewusstlos und versuchte wiederum, ein Erbrechen durch 'Filtern' zu verhindern. Seine mentale Reaktionsfähigkeit war eingeschränkt und sein Bewusstsein eingetrübt. Er hatte anfangs auch wieder Bemühungen entfaltet, die Einführung der Sonde unter anderem durch Kopfbewegungen zu verhindern. Der Zeuge F hatte erneut den Kopf des Verdächtigen fixiert. Der Angeklagte hatte die Sonde durch die Nase gelegt und begonnen, den Magen des C nach und nach so mit Wasser zu überfüllen, dass ein weiterer Brechreiz ausgelöst würde. Dabei wurde der Notarzt erstmals darauf aufmerksam, dass die vermeintliche 'Magenspülung' von dem Angeklagten in für ihn ungewöhnlicher Weise erfolgte. Angesichts der Wassermengen, die der Angeklagte sukzessive in den Schlauch füllte, ohne dieses sogleich wieder abzulassen, fragte er den Angeklagten, ob er denn nicht das Wasser auch wieder ablassen wolle. Der Angeklagte erklärte ihm daraufhin, dass im Gegenteil bei dieser Form der Exkorporation der Magen routinemäßig bis zum Einsetzen des Erbrechens mit Wasser aufgefüllt werde. Dabei handele es sich für Exkorporationen um eine Standardmethode, die er schon häufig praktiziert habe. Nachdem der Angeklagte in dieser zweiten Phase der Exkorporation ein erstes Erbrechen erreicht hatte, bei dem ein [zweites] Kügelchen gesichert wurde, vergewisserte er sich noch mindestens einmal bei dem Notarzt, ob er weitermachen könne, was dieser mehr oder weniger achselzuckend, aber ohne Widerspruch zu erheben, bejahte, zumal die abgesprochene Wartezeit von rund 20 Minuten noch nicht erreicht war. Dementsprechend setzte der Angeklagte die Prozedur des Eingebens von Wasser durch die Sonde fort und es kam auch zunächst zu einem weiteren Erbrechen, bei dem ein drittes Kügelchen gesichert wurde. Mit der Zeit ermattete C jedoch, er fiel erneut in Passivität und Lethargie und zeigte schließlich keine Reaktionen mehr auf das Geschehen. Parallel dazu nahm auch der Brechreiz merklich ab und verebbte schließlich. Dies veranlasste den Angeklagten dazu, den Brechreiz durch eine mechanische Einwirkung im Rachenraum auslösen zu wollen". Hierzu bediente er sich zunächst der Kehrseite einer Pinzette, dann eines Holzspatels, den der Rettungs-

sanitärer Ki aus dem Rettungswagen geholt hatte. Bei einem hiermit ausgelösten weiteren Erbrechen wurde ein viertes Kügelchen nach Öffnen der zusammengepressten Kiefer sichergestellt. Der Sauerstoffsättigungswert war nicht durchgängig geprüft worden; zudem war dessen Anzeige wegen Zerbrechens des Fingersensors ausgefallen. Der akustische Alarm des Geräts war aus ungeklärten Gründen ausgeschaltet. Wenige Minuten später fiel C ins Koma, aus dem er nicht mehr gerettet werden konnte.

f) Er verstarb an "cerebraler Hypoxie als Folge von Ertrinken nach Aspiration bei forciertem Erbrechen" am 7. Januar 2005 in der Intensivstation des Krankenhauses. Eine nicht erkannte Herzvorschädigung trug allenfalls zu einer Aggravierung und Beschleunigung des hypoxischen Geschehens bei. C hatte insgesamt fünf Kügelchen Kokain zu einem Handelswert von je 20 € verschluckt, ohne Kokain konsumiert zu haben. Die vier gesicherten Kügelchen wogen 402 mg und wiesen einen Wirkstoffanteil von 33 % aus. Das fünfte wurde während der Obduktion im Magen festgestellt.

#### *Aus den Gründen:*

[1] Das Landgericht hat den Angeklagten von dem als fahrlässige Tötung angeklagten Vorwurf freigesprochen, am 27. Dezember 2004 im Rahmen einer polizeilich angeordneten Exkorporation von Drogenbeständen durch sogenannten Brechmitteleinsatz den Tod des 35 Jahre alten, des Drogenhandels verdächtigen C verursacht zu haben. Die dagegen gerichteten Revisionen der Nebenkläger, der Mutter und des Bruders des Verstorbenen, haben Erfolg.

#### *1. Feststellungen und Entscheidung des Landgerichts*

[2 - 20] Das Landgericht hat im Wesentlichen folgende Feststellungen und Wertungen getroffen: [...]

[21] Die Strafkammer ist von einem rechtmäßigen Eingriff gemäß § 81a Abs. 1 StPO ausgegangen und hat zahlreiche Verstöße des Angeklagten gegen ihm obliegende ärztliche Sorgfaltspflichten festgestellt: Unzureichende Anamnese und Untersuchung zu Beginn der Exkorporation, Eindringenlassen von Spülwasser in die Atemwege Cs, infolge vorurteilsgeleiteter und auf nicht ausreichender Gerätekunde beruhender Nichterkennung der Beeinträchtigung der Sauerstoffversorgung durch herabgesetzte Ventilationsfähigkeit der Lunge. Diese seien für den Tod aber genauso wenig ursächlich gewesen, wie die unangemessene Behandlung Cs infolge Missachtung einfachster Notfallmaßnahmen bis zum Eintreffen der Rettungssanitäter. Das Landgericht hat demgegenüber die Fortsetzung der Exkorporation wegen des damit einhergehenden erhöhten Aspirationsrisikos als den Tod verursachende Pflichtverletzung erachtet. Ein erfahrener Facharzt hätte dieses Risiko aufgrund des Geschehens in der ersten Phase der Exkorporation erkannt. Bei

Zweifeln darüber, ob für die weitere Exkorporation mit Störungen, Bewusstseinstörungen und unsicheren Schutzreflexen zu rechnen war, hätte ein Arzt schon nach der Dienstanweisung die Maßnahme nicht fortsetzen dürfen. Er wäre vielmehr gehalten gewesen, das Vorliegen einer Kontraindikation zu attestieren.

[22] Das Landgericht hat die Vorhersehbarkeit und Vermeidbarkeit des tödlichen Erfolges für den Angeklagten verneint. Es habe davon ausgehen müssen, dass der Angeklagte mangels klinischer Ausbildung und Erfahrung mit derartigen Einsätzen überfordert gewesen sei und dass er es als ausreichende Vorkehrung habe ansehen können, sich der Einsatzbereitschaft des Notarztes und der Assistenz der Rettungssanitäter bei der Fortsetzung der Exkorporation zu vergewissern. Zum anderen sei die individuelle Vorhersehbarkeit und Vermeidbarkeit der Todesfolge auch dadurch wesentlich eingeschränkt gewesen, dass die kritische Situation sich schleichend entwickelt habe und dass der entscheidende Schritt zur tödlichen, nicht reversiblen cerebralen Hypoxie wegen der nicht bekannten Herzvorschädigung innerhalb kürzester Zeit dann eingetreten sei.

## 2. Entscheidung des BGH

[23] Der Freispruch des Angeklagten hält sachlich-rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Dass der vom Angeklagten verantwortete und vollzogene Brechmitteleinsatz nach objektiven Maßstäben aus derzeitiger - im Anschluss an EGMR NJW 2006, 3117 geläuterter - Sicht eindeutig als Körperverletzung mit Todesfolge (§ 227 StGB) zu werten ist, stellt das Ergebnis noch nicht in Frage; insoweit ist ihm angesichts zur Tatzeit anerkannter Rechtsprechung (OLG Bremen NSTZ-RR 2000, 270; KG JR 2001, 162) ein Erlaubnistatbestandsirrtum oder ein unvermeidbarer Verbotsirrtum zuzubilligen. Im Übrigen muss es das Revisionsgericht zwar grundsätzlich hinnehmen, wenn der Tatrichter einen Angeklagten freispricht, weil er Zweifel an seiner Täterschaft nicht zu überwinden vermag. Die Beweiswürdigung ist Sache des Tatrichters; die revisionsgerichtliche Prüfung beschränkt sich darauf, ob diesem Rechtsfehler unterlaufen sind (BGH NSTZ 2009, 401, 402). Dies ist auch der Fall, wenn die Beweiswürdigung lückenhaft ist, weil sie es unterlässt, alle in die Bewertung einzubeziehenden rechtlichen Maßstäbe zu beachten (vgl. BGH NSTZ 2006, 625, 627). Solches liegt hier vor.

[24] Das Landgericht hat die getroffenen Feststellungen nicht im Blick auf weitere wesentliche berufliche Sorgfaltspflichten des Angeklagten gewürdigt und ist im Hinblick auf den in Anspruch genommenen Vertrauensgrundsatz von einem unzutreffenden Maßstab aufgrund einer teils widersprüchlichen und nicht erschöpfenden Würdigung der festgestellten Umstände ausgegangen.

### a) Zur Sorgfaltspflichtverletzung wegen unzureichender Prüfung der Voraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage

[25] Wie eingangs ausgeführt, liegt ein Verstoß gegen berufliche Sorgfaltspflichten noch nicht darin, dass es der Angeklagte unterlassen hat, die Zulässigkeit der von den Polizeibeamten unter Inanspruchnahme der Eilkompetenz gemäß § 81a Abs. 1 StPO angeordneten Exkorporation unter Anwendung von Zwang entsprechend zahlreichen Veröffentlichungen im rechtswissenschaftlichen Schrifttum in Zweifel zu ziehen (vgl. Kühne, Strafprozessrecht 6. Aufl. [2003] Rdn. 475; Krause in Löwe/Rosenberg, StPO 25. Aufl. [2003] § 81a Rdn. 52; Meyer-Goßner, StPO 45. Aufl. [2001] § 81a Rdn. 22; 46. Aufl. [2003] § 81a Rdn. 22; 47. Aufl. [2004] § 81a Rdn. 22; Hackethal JR 2001, 164, 165; Zaczyk StV 2002, 125 ff.; Binder/Seemann NSTZ 2002, 234, 236).

[26] Der Angeklagte war als die Zwangsmaßnahme ausführende Arzt zu einer verantwortlichen Prüfung der rechtlichen Eingriffsvoraussetzungen jenseits der Beurteilung der medizinischen Risiken allenfalls in dem Maße verpflichtet, als er an einer erkennbar willkürlich angeordneten Zwangsmaßnahme nicht teilnehmen durfte (vgl. Birkholz/Kropp/Bleich/Klatt/Ritter Kriminalistik 1997, 277, 278). Diese Grenze wurde auch noch nicht allein dadurch überschritten, dass der Angeklagte nach Bergung der ersten Kokainkugel weiter gehandelt hat, obwohl nunmehr die Straftat des unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln gemäß § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BtMG - zumal bei Kenntnis der Polizeibeamten von der Anzahl der Schluckbewegungen des Verdächtigen C - aufgeklärt war; schon deshalb lagen die Voraussetzungen für eine weitere Inanspruchnahme der Eilkompetenz offensichtlich nicht mehr vor, und die Maßnahme war ab diesem Zeitpunkt wegen leicht erkennbarer Unverhältnismäßigkeit unzulässig. Insoweit gilt freilich im Zusammenhang mit den weiteren eingetretenen Komplikationen Abweichendes (vgl. unten d).

### b) Zur Sorgfaltspflichtverletzung wegen fehlender Aufklärung des Opfers

[27] Anders liegt es schon, soweit das Landgericht - in Konsequenz seiner Auffassung hinsichtlich einer aus Sicht des Angeklagten rechtlich zulässigen und im Grundsatz medizinisch risikofreien Zwangsmaßnahme (vgl. auch OLG Bremen NSTZ-RR 2000, 270) - den Angeklagten als nicht verpflichtet angesehen hat, den Betroffenen über medizinische Risiken der Zwangsexkorporation aufzuklären. Zwar sah solches die von dem Betreiber des ärztlichen Beweissicherungsdienstes erlassene und für den Angeklagten verbindliche Dienstanweisung nicht vor. Diese Anweisung regelte die Pflichten des Angeklagten aber nicht abschließend. Die für die ärztliche Berufsausübung we-

sentliche Aufklärungspflicht (§ 8 BO für Ärztinnen und Ärzte des Landes Bremen vom 30. Juni 1997, ABl. S. 479) ist auch von dem Arzt zu erfüllen, der eine Zwangsmaßnahme gemäß § 81a StPO vorzunehmen hat (Kohlhaas NJW 1968, 2277, 2278), falls der Betroffene hierdurch in die Lage versetzt wird, den hinzunehmenden Eingriff schonender zu gestalten. So lag es hier.

[28] Der Angeklagte ist nach den Feststellungen des Landgerichts von einem Eingriff mit medizinischen Risiken ausgegangen. Nur mit einer solchen Wertung kann in Einklang gebracht werden, dass der Angeklagte dem Betroffenen eine Venenverweilkanüle zur Infusion von Medikamenten legte, was die Annahme drohender Gesundheitsgefahren voraussetzte. Hinzu tritt, dass der Angeklagte in Erfüllung der ihm obliegenden Fortbildungspflicht (§ 4 BO; vgl. auch BGHSt 43, 306, 311) gehalten war, nach Erlass der Dienstanweisung vom 1. März 2001 erschienene Expertisen zur Kenntnis zu nehmen, die eine Exkorporation unter Zwangsanwendung als medizinisch unbeherrschbar bewertet hatten (vgl. das vom Kammergericht eingeholte und in dessen Urteil vom 8. Mai 2001 in StV 2002, 122, 123 f. dargestellte und zustimmend bewertete Sachverständigengutachten; Stellungnahme des Präsidenten der Hamburger Ärztekammer, zitiert bei Binder/Seemann NSTZ 2002, 234, 236, die in Fußnote 36 mit Nachweisen die gegenteilige Auffassung von B und anderer in Kriminalistik 1997, 277, 282 als medizinische Mindermeinung bezeichnen; vgl. auch EGMR NJW 2006, 3117, 3118 zur Bewertung des medizinischen Risikos in Deutschland ab 1996). Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass sich C nach Kenntnisnahme medizinischer Risiken einer Exkorporation unter Zwang durch Vornahme freiwillig herbeigeführten Erbrechens entzogen hätte. Weder Verständigungsprobleme mit C noch eine angenommene Eilsituation durften den Angeklagten veranlassen, den Eingriff ohne die gebotene Aufklärung vorzunehmen (vgl. Kohlhaas NJW 1968, 2277, 2278).

*c) Zur Sorgfaltspflichtverletzung wegen Durchführung der Behandlung trotz fehlender Fachkenntnisse des Angeklagten*

[29] Das Landgericht hat es insbesondere unterlassen, die Umstände des Eingriffs des Angeklagten unter dem Gesichtspunkt eines Übernahmeverschuldens zu würdigen. Fahrlässig schuldhaftes Handeln kommt unter diesem Aspekt bei demjenigen Arzt in Betracht, der eine Tätigkeit vornimmt, obwohl er weiß (bewusste Fahrlässigkeit) oder erkennen kann (unbewusste Fahrlässigkeit), dass ihm die dafür erforderlichen Kenntnisse fehlen (BGHSt 43, 306, 311; BGH JR 1986, 248, 250; NJW 1979, 1258, 1259).

[30] Hierzu hat das Landgericht zahlreiche Umstände festgestellt: Unzureichende Anamnese und Untersu-

chung zu Beginn der Exkorporation, unzureichende Gerätekenntnis, fehlende Grundkenntnisse über die Behandlung ohnmächtiger Patienten, vorurteilsbedingtes Unterlassen der gebotenen Untersuchung vor Fortsetzung der Exkorporation (vgl. BGHSt 3, 91, 96) unter Vernachlässigung fast jeder Dokumentation. Hinzu treten die vom Landgericht nicht gewürdigte fehlende Aufklärung und der Umstand der Vornahme einer Körperverletzung gegen Ende des Tatgeschehens durch Herbeiführung des Brechreizes mit Aspiration von Wasser mittels einer Pinzette und eines Spatels; der Angeklagte hat hierbei die aus seiner und der Sichtweise der Dienstanweisung bestehende Grenze für eine zulässige Gewaltanwendung überschritten. Bei der hiernach für erlaubt gehaltenen Methode der Exkorporation war lediglich Gewalt durch Fixierung des Betroffenen bei Einführung der Nasensonde bis zum Erbrechen erlaubt, aber keine darüber hinausgehende Gewalteinwirkung zur Auslösung des Brechreizes auf andere Weise. Solches stellt eine - durch § 81a StPO nicht mehr gerechtfertigte - Körperverletzung dar (vgl. zum Vorliegen einer Körperverletzung OLG Köln NJW 1997, 2191, 2192 m.w.N.; vgl. auch EGMR NJW 2006, 3117, 3124). Diese war schon wegen fehlender Gewalt oder Drohung im Sinne des § 113 Abs. 1 StGB von Seiten des C auch nicht etwa durch Notwehr (§ 32 StGB) gerechtfertigt.

[31] Die Anerkennung eines Übernahmeverschuldens beruht auf der besonderen Schutzpflicht des - durch die Approbation nachgewiesen - ausgebildeten Arztes für das ihm anvertraute Rechtsgut, die Unversehrtheit der Gesundheit seiner Patienten. Einer solchen Pflicht unterliegt, weil er gemäß § 81a Abs. 1 StPO die Regeln der ärztlichen Kunst einzuhalten hat, auch ein nach dieser Vorschrift handelnder Arzt. Hierdurch bestand auch für den Angeklagten eine normativ begründete Eigenverantwortlichkeit für die Gesundheit des vom Eingriff des Angeklagten betroffenen C, die durch auch von Dritten zu verantwortende Überforderung des Angeklagten nicht beseitigt werden konnte.

[32] Das vom Generalbundesanwalt in den Vordergrund der Betrachtung gestellte Organisationsverschulden derjenigen, die den überforderten Angeklagten auch mit der riskanten Zwangsexkorporation beauftragt hatten [...], vermag dessen Verantwortlichkeit deshalb schon im Grundsatz nicht zu beseitigen. In dem für den Erfolg ebenfalls kausalen pflichtwidrigen Verhalten Dritter hat sich zudem gerade das Risiko der Pflichtwidrigkeit des Angeklagten als Täter verwirklicht, weshalb zwischen dem Angeklagten und den seinen Einsatz organisierenden Dritten Nebentäterschaft gegeben ist (vgl. OLG Bamberg NSTZ-RR 2008, 10, 12; Fischer, StGB 57. Aufl. § 15 Rdn. 16c).

[33] Nichts anderes gilt, soweit die Verteidigung aus der Pflichtenstellung des Notarztes und dessen - frei-



lich zum Teil widersprüchlichen und deshalb kaum als Grundlage für den Angeklagten günstige Schlussfolgerungen geeigneten - Aussagen und Verhaltensweisen eine Pflicht des Notarztes abgeleitet hat, den Angeklagten anzuweisen, die weitere Exkorporation zu unterlassen. Ein solches Versagen des Notarztes beseitigte die Schutzpflicht des Angeklagten für das Leben des C nicht. Der Angeklagte verfügte auch bei der Fortsetzung der Exkorporation als aktiv Handelnder weiter über die Gefährdungsherrschaft (vgl. BGH NJW 2003, 2326, 2327; BGHSt 53, 55, 61 Tz. 23). Eine den Angeklagten möglicherweise entlastende Risikoübernahme (vgl. Roxin, Strafrecht AT I 4. Aufl. S. 418 Tz. 138) hat nicht stattgefunden. Der Angeklagte war nach dem Inhalt seines Anstellungsvertrages ersichtlich nicht befugt, das medizinische Risiko des von ihm vorzunehmenden Eingriffs auf einen Arzt außerhalb des Beweissicherungsdienstes zu übertragen. Der Notarzt war angesichts seines beschränkten Auftrages ebenso wenig berechtigt, dieses Risiko zu übernehmen. Er hat sich dessen auch nicht angemaßt. Das auf grundsätzliches Desinteresse gegründete Untätigbleiben des Notarztes läge auch nicht so weit außerhalb jeder Lebenserfahrung, dass der für den Angeklagten bestehende Zurechnungszusammenhang entfiel (vgl. Fischer aaO).

*d) Zur Sorgfaltspflichtverletzung wegen menschenrechtswidriger Untersuchungen*

[34] Darüber hinaus hat es das Landgericht unterlassen, ein Verbot der Fortsetzung der Exkorporation nach erfolgreicher Bergung des ersten Kokainkügelchens wegen Verstoßes des Angeklagten gegen das Gebot der Wahrung der Menschenwürde in Betracht zu ziehen. Das sich aus § 7 Abs. 1 BO ergebende Gebot gilt für "jede medizinische Behandlung" und umfasst demnach auch die von Ärzten ausgeführten Zwangsmaßnahmen gemäß § 81a Abs. 1 StPO. Soweit Ärzte als Ermittlungsgehilfen zu betrachten wären, würde im Blick auf die sich wegen eines Verstoßes gegen Art. 1 Abs. 1 GG, Art. 3 MRK ergebenden Unzulässigkeit des Eingriffs nichts anderes gelten (vgl. Rogall NStZ 1998, 66, 68 m.w.N.; EGMR NJW 2006, 3117, 3119 bis 3121; für Zwangsexkorporationen allgemein Amelung/Wirth StV 2002, 161, 167; Dallmeyer StV 1997, 606, 609 f.; Kühne, Strafprozessrecht 7. Aufl. Rdn. 475; Zaczek StV 2002, 125, 126).

[35] Ein solcher Verstoß lag hier aufgrund der vorzunehmenden Gesamtschau der den Betroffenen C beeinträchtigenden Umstände auf der Hand (vgl. BVerfGE 30, 1, 25 f.; EGMR aaO; vgl. auch OLG Frankfurt NJW 1997, 1647, 1648 und Bachmann/Püschel/Sonnen Kriminalistik 2004, 678, 680). Das Bedürfnis nach Fortsetzung der Exkorporation war nach Bergen des ersten Kokainkügelchens zum Nachweis eines vom Betroffenen begangenen Verge-

hens stark herabgesetzt, das Fortfahren jedenfalls unverhältnismäßig. Bereits die erste Exkorporationsphase führte zur Ohnmacht des gefesselt gebliebenen Betroffenen und beinhaltete schon ein zweites Legen der Sonde, wodurch ein Scheitern der Maßnahme indiziert gewesen ist. Hinzu tritt, dass das Ziel des Eingriffs, ein schwallartiges Erbrechen, niemals erreicht worden ist. Die Fortsetzung erfolgte 50 Minuten nach Beginn der Maßnahme, ohne die Ursache der zuvor eingetretenen Ohnmacht aufzuklären, und dauerte weitere 30 Minuten. Sie war gegen einen in seiner mentalen Reaktionsfähigkeit eingeschränkten und im Bewusstsein eingetrübten Betroffenen gerichtet, der ersichtlich keine Chance mehr hatte, durch Kooperation ein Ende der Zwangsmaßnahme herbeizuführen, die dann zudem am Schluss eine rechtswidrige Körperverletzung durch den Angeklagten umfasste. Die Verantwortung dieser Umstände lag allein beim Angeklagten. Die nach den Feststellungen des Landgerichts erfolgte Versicherung des Bestands des Notarztes erstreckte sich hierauf gerade nicht.

*e) Zur Vorhersehbarkeit und Vermeidbarkeit des Erfolges*

[36] Soweit das Landgericht unter Heranziehung von dem ärztlichen Vertrauensgrundsatz (vgl. BGHSt 43, 306, 310 m.w.N.) zugrunde liegenden Erwägungen trotz erkennbar eigener gravierender Kompetenzmängel die Vorhersehbarkeit und Vermeidbarkeit des Todes durch Fortsetzung der Exkorporation verneint hat, beruht diese Schlussfolgerung zudem schon auf einer widersprüchlichen Erwägung. Der Angeklagte hat dem Notarzt schon gar nicht vertraut, nachdem er nach dessen kritischer Intervention sogar die Zuführung von Wasser nach Proklamation besseren eigenen Wissens ohne Berücksichtigung der Auffassung des Notarztes fortgesetzt hatte.

[37] Die Schlussfolgerung beruht ferner - nicht anders, als bei nicht durch den Zweifelsatz gebotener Unterstellung von Sachverhalten zugunsten des Angeklagten - auf einer lückenhaften Beweisgrundlage (vgl. BGH NStZ 2009, 401, 402 m.w.N.). Das Landgericht hat festgestellte Umstände außer Betracht gelassen, die ernsthafte Zweifel an der Ordnungsmäßigkeit der - nicht einmal ausdrücklich geäußerten - Risikoeinschätzung des Notarztes begründen (vgl. BGHSt 43, 306, 310 f.). Dieser hatte - genauso wie der Angeklagte - ebenfalls keine eigene Untersuchung des Betroffenen durchgeführt (vgl. auch BGHSt 3, 91). Während der Endphase der Exkorporation hatte zudem niemand die Sauerstoffsättigung überprüft. Gerade eine Erforschung der Ursache der ersten Ohnmacht des Betroffenen wäre hier zur Erfüllung der ärztlichen Schutzpflicht für das Leben des zu Untersuchenden unerlässlich gewesen, bevor der gleiche Eingriff mit identischen naheliegend erhöhten Gefahren hätte wiederholt

werden dürfen. Abgesehen von alldem erscheinen die - eher den Notarzt als etwa den Angeklagten entlastenden - Feststellungen des Landgerichts zu einem Missverständnis zwischen beiden über die Eingriffsmethode des Angeklagten angesichts der bei einer regulären Magenspülung verwendeten ersichtlich andersartigen Gerätschaft zweifelhaft, wie die Verteidigung in der Revisionshauptverhandlung näher ausgeführt hat.

### 3. Zurückverweisung

[38] Die Sache bedarf demnach neuer Aufklärung und Bewertung.

#### a) Keine eigenverantwortliche Selbstgefährdung des Opfers

[39] Der Senat weist darauf hin, dass für die Annahme des Eintritts eines neuen Kausalverlaufs durch eine bewusste Selbstgefährdung des C kein Raum sein dürfte. Nicht anders als in dem Fall eines illegal eingereisten Ausländers, der nicht den Freitod wählt, um der Bestrafung wegen illegaler Einreise zu entgehen (BGH StV 2008, 182, 184), dürfte auch hier nicht angenommen werden, dass der nicht vorbestrafte C seinem Leben hätte ein Ende setzen wollen, um nicht wegen eines Vergehens des unerlaubten Handelns mit 0,5 g Kokainmisch bestraft zu werden. Es liegen keine Anhaltspunkte vor, dass sich ein von C bewusst eingegangenes Risiko realisiert haben könnte (vgl. BGHSt 53, 55, 60).

#### b) Zurückverweisung an eine Schwurgerichtskammer

[40] Der Senat verweist das Verfahren entsprechend § 355 StPO an eine Schwurgerichtskammer des Landgerichts zurück. Dies hat auch bei einer Zurückverweisung gemäß § 354 Abs. 2 StPO zu erfolgen, weil das Revisionsgericht - selbstverständlich - verpflichtet

sein muss, denjenigen Spezialspruchkörper des Landgerichts mit der neuen Verhandlung der Sache zu betrauen, der nach im Revisionsverfahren gewonnenen Erkenntnissen, nach den die sachliche Zuständigkeit begründenden Vorschriften hierzu berufen ist (vgl. BGH, Urteil vom 13. April 2010 - 5 StR 428/09 Tz. 25 m.w.N.; Hanack in Löwe/Rosenberg, StPO 25. Aufl. § 355 Rdn. 4).

[41] Die Zuständigkeit der Schwurgerichtskammer kommt gemäß § 74 Abs. 2 Nr. 8 GVG in Betracht, weil sich nicht ausschließen lässt, dass nach einer Würdigung der bisher festgestellten Umstände Ergebnis einer Beweiswürdigung auch sein kann, dass der Angeklagte eine Exkorporation um jeden Preis unter vollständiger Missachtung der Belange des Betroffenen durchgeführt haben könnte, wodurch sich der Verdacht einer (vorsätzlichen) Körperverletzung mit Todesfolge ergeben kann (vgl. BGHSt 36, 1, 9 f.; 48, 34, 37).

#### c) Hinweis zur Strafzumessung

[42] Angesichts dessen, dass ein etwaiger Schuldspruch gegen den Angeklagten wegen fahrlässig verursachter Todesfolge (§ 222 oder § 227 StGB) primär aus dessen Überforderung in einer gewissen Druck- und Ausnahmesituation resultierte und sich auch für ihn eher als Unglücksfall darstellen würde, wird für den Fall der Verurteilung eine milde Sanktion angezeigt sein, bei einem Schuldspruch nach § 227 StGB naheliegend unter Annahme eines minder schweren Falles und zudem eines Verbotsirrtums. Dies gilt zumal vor dem Hintergrund, dass die strafrechtliche Verantwortlichkeit für das inzwischen nahezu sechs Jahre zurückliegende Tatgeschehen von Organisatoren und anderen Mitwirkenden mit deutlich höherem Schuldgehalt greifbar nahe liegt.

## Standort: § 250 II Nr. 3b StGB

## Problem: Sukzessive Qualifikation

BGH, BESCHLUSS VOM 08.04.2010  
2 STR 17/10 (NJW 2010, 1892)

### Problemdarstellung:

Der mit einer Pistole bewaffnete Angeklagte brachte die Ehefrau des Leiters eines Supermarkts in seine Gewalt und ging mit dieser in das Büro ihres Ehemannes, den er unter Drohung mit dem Tod der Frau dazu aufforderte, die Tageseinnahmen herauszugeben. Wider Erwarten griff der Ehemann jedoch den Angeklagten an, der zweimal auf diesen schoss und ihn lebensgefährlich verletzte. Trotzdem gelang es dem Opfer noch, den Angeklagten zu entwaffnen und zu vertreiben.

Das Landgericht Aachen hatte den Angeklagten neben

versuchten Mordes, §§ 211, 22, 23 I StGB, insbesondere wegen versuchter besonders schwerer räuberischer Erpressung gem. §§ 253 I, 255, 250 II Nr. 3b, 22, 23 I StGB verurteilt, da der Angeklagte das Opfer durch die Schüsse in konkrete Lebensgefahr gebracht und so den Qualifikationstatbestand des § 250 II Nr. 3b StGB beim Versuch der räuberischen Erpressung verwirklicht habe. Diese Verurteilung hob der BGH auf. Durch die heftige Gegenwehr des Opfers sei der Versuch des Angeklagten bereits fehlgeschlagen. Erst danach habe dieser den Qualifikationstatbestand des § 250 II Nr. 3b StGB verwirklicht. Eine sukzessive Qualifikation der vollendeten räuberischen Erpressung gem. § 250 II Nr. 3b StGB im Zeitraum zwischen Vollendung und Beendigung des Grunddelikts setze aber voraus, dass der Qualifikationstatbestand mit

Bereicherungs- oder zumindest mit Beutesicherungsabsicht verwirklicht werde. Auch bei einer sukzessiven Qualifikation eines Versuchs dieses Delikts, d.h. bei Verwirklichung des Qualifikationstatbestandes erst nach Fehlschlag des Versuchs (wie im vorliegenden Fall), müssten dieselben Voraussetzungen gegeben sein. Da der Angeklagte im Zeitpunkt der lebensgefährdenden Behandlung des Opfers durch die Schüsse aber nicht mehr mit Bereicherungsabsicht gehandelt habe, sondern nur noch fliehen wollte, lägen diese Voraussetzungen und dementsprechend auch ein qualifizierte Strafbarkeit nicht vor.

### **Prüfungsrelevanz:**

Vermögensdelikte bilden besonders häufig den Gegenstand von Examensaufgaben in beiden Examen. Gerade die Straftaten des 20. Abschnitts, §§ 249 ff. StGB, sind hier immer wieder zu prüfen. Hierbei werden nicht nur klassische Probleme abgefragt wie das Verhältnis von Raub, § 249 I StGB, und räuberischer Erpressung, §§ 253 I, 255 StGB. Auch die Voraussetzungen der Qualifikationstatbestände, §§ 250 f. StGB, sind hier oft zu prüfen. Das im vorliegenden Fall relevante Problem der sukzessiven Qualifikation ist vom BGH bisher jedoch nur beim vollendeten Grunddelikt angesprochen worden, in der vorliegenden Entscheidung werden die entsprechenden Wertungen zum ersten Mal auf eine Konstellation eines nur versuchten Grunddelikts übertragen.

Der im vorliegenden Fall vom BGH geprüfte Qualifikationstatbestand des § 250 II Nr. 3b StGB setzt voraus, dass der Täter das Opfer "durch die Tat" in die Gefahr des Todes bringt. Diese Formulierung entspricht derjenigen bei § 250 I Nr. 1c StGB und ähnelt zumindest denjenigen in § 250 II Nr. 1, 3a StGB ("bei der Tat"). Insbesondere hinsichtlich § 250 II Nr. 1, 3a StGB ist streitig, ob es für die Verwirklichung des Qualifikationstatbestandes ausreicht, dass die qualifizierende Umstände erst nach Vollendung des Grunddeliktes verwirklicht werden. Dieses Problem dürfte sich - trotz des etwas anderen Wortlauts - bei § 250 II Nr. 3b StGB in gleicher Weise stellen.

Nach einer in der Literatur weit verbreiteten Auffassung scheidet eine Qualifikation gem. § 250 II Nr. 1, 3a 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; Schönemann, JA 1980, 394; Sternberg-Lieben, JuS 1996, 136, 138 f.). 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 nach Vollendung des Grunddelikts genügen, sofern diese zumindest noch vor Beendigung der Tat geschehe (BGH, NStZ 2004, 263; NJW 2008, 3651; RA 2009, 385 = NJW 2009, 3041; RA 2010, 221 = NStZ 2010, 327 Fischer, § 250 Rn. 18; Schönke/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, dass er den Qualifikationstatbestand erst zwischen Vollendung und Beendigung des Grunddelikts verwirkliche. Da es auch zu den typischen Begleiterscheinungen 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 späten Zeitraum verwirkliche. Allerdings nimmt der BGH bei Verwirklichung des Qualifikationstatbestandes zwischen Vollendung und Beendigung des Grunddelikts eine Einschränkung vor: Die qualifizierende Handlung (also bei § 250 II Nr. 1 StGB die Verwendung der Waffe) muss noch in einem inneren Zusammenhang zur Begehung des Grunddelikts stehen, d.h. sie muss der Zueignung, Bereicherung oder zumindest der Sicherung der Beute dienen (BGHSt 20, 194, 197; BGH, RA 2009, 385, 387 = NJW 2009, 3041, 3042; RA 2010, 221, 223 = NStZ 2010, 327; ebenso Schönke/Schröder-Eser, § 250 Rn. 12).

Der vorliegende Fall weicht insofern von den bisher diskutierten Konstellationen ab als hier das Grunddelikt, §§ 253 I, 255 StGB, nicht vollendet wurde. Der BGH ging insofern davon aus, dass der entsprechende Versuch des Angeklagten aufgrund der vehementen Gegenwehr des Opfers fehlgeschlagen sei, da der Angeklagte nicht mehr glaubte, hier noch Beute machen zu können. Erst nach diesem Fehlschlag wurde aber der Qualifikationstatbestand des § 250 II Nr. 3b StGB verwirklicht. Nach Auffassung des BGH ist diese Konstellation mit derjenigen der sukzessiven Qualifikation des vollendeten Delikts zwischen Vollendung und Beendigung des Grunddelikts vergleichbar, sodass insofern auch dieselben Maßstäbe anzulegen seien. Deshalb müsse die sukzessive Verwirklichung des Qualifikationstatbestandes in Bereicherungs-, Zueignungs- oder Beutesicherungsabsicht erfolgen, was im vorliegenden Fall aber nicht nachzuweisen war.

Ob diese Übertragung der Anforderungen an die sukzessive Qualifikation des vollendeten Delikts auf die sukzessive Qualifikation eines fehlgeschlagenen Ver-

suchs allerdings sinnvoll ist, erscheint durchaus fragwürdig. Denn es handelt sich doch gerade deshalb um einen fehlgeschlagenen Versuch des Delikts, weil der Täter noch keine Beute gemacht hat und auch davon ausgeht, keine mehr machen zu können. Dann ist es aber auch ausgeschlossen, dass er in Bereicherungs-, Zueignungs- oder Beutesicherungsabsicht handelt. Nach den vom BGH vorgeschlagenen Kriterien ist also eine sukzessive Qualifikation eines fehlgeschlagenen Versuchs stets ausgeschlossen.

#### **Vertiefungshinweise:**

□ Zur Strafbarkeit gem. § 250 StGB bei Verwirklichung der Qualifikation zwischen Vollendung und Beendigung des Grunddelikts: *BGHSt* 20, 194; *BGH*, *NStZ* 2004, 263; *NStZ-RR* 2008, 342; *NJW* 2008, 3651; *RA* 2009, 385 = *NJW* 2009, 3041; *RA* 2010, 221 = *NStZ* 2010, 327; *Hruschka*, *JZ* 1983, 217; *Schünemann*, *JA* 1980, 394; *Sternberg-Lieben*, *JuS* 1996, 136

#### **Kursprogramm:**

□ *Examenskurs*: "Tod in der Fußgängerzone"

#### **Leitsatz:**

**Die qualifizierende Wirkung einer konkreten Lebensgefährdung des Raubopfers nach Vollendung der Tat oder Scheitern ihres Versuchs ist ausgeschlossen, wenn die die Lebensgefahr verursachende Handlung nicht mit der Motivation der Beutesicherung vorgenommen wird (im Anschluss an *BGHSt* 53, 234).**

#### **Sachverhalt:**

Der Angeklagte verbarg sich, um sich Geld für Drogen zu beschaffen, kurz vor Ladenschluss in den Räumen eines Einkaufsmarktes. Er brachte unter Einsatz einer scharf geladenen Pistole die Ehefrau des Marktführers in seine Gewalt und ging zusammen mit diesem Tatopfer in das Büro des Geschäfts, wo der Marktleiter die Abrechnung erstellte. Er bedrohte auch ihn mit der Pistole und forderte ihn unter Drohung mit dem Tod auf, die Tageseinnahmen herauszugeben. Der Geschädigte sprang jedoch wider Erwarten auf und griff den Angeklagten an. Dieser schoss zweimal auf den Geschädigten, wobei er dessen Tod billigend in Kauf nahm. Zu diesem Zeitpunkt "ging (es) dem Angeklagten nicht mehr darum, noch Beute zu machen, sondern darum, unentdeckt aus dieser Lage noch zu entkommen".

Der Geschädigte erlitt eine konkret lebensgefährliche Durchschussverletzung, die Lunge und Zwerchfell durchdrang und Milz und Bauchspeicheldrüse verletzte. Gleichwohl gelang es ihm, den Angeklagten zu entwaffnen und bis auf die Straße zu verfolgen.

#### **Aus den Gründen:**

[1] Das Landgericht hat den Angeklagten wegen versuchten Mordes in Tateinheit mit versuchter schwerer räuberischer Erpressung (gemäß §§ 253 Abs. 1, 3, 255, 249, 250 Abs. 2 Nr. 1, Nr. 3 b StGB) und mit gefährlicher Körperverletzung (gemäß §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2, Nr. 5 StGB) zu einer Freiheitsstrafe von elf Jahren verurteilt. Seine Revision hat nur in dem in der Beschlussformel ausgeführten Umfang Erfolg; im Übrigen ist sie unbegründet.

#### **1. Zu den Verfahrensrügen**

[2] Die Verfahrensrügen sind aus den vom Generalbundesanwalt zutreffend dargelegten Gründen unbegründet, soweit sie zulässig erhoben sind.

#### **2. Zur Sachrüge**

[3 - 5] Auf die Sachrüge war der Schuldspruch zu ändern. [...]

#### **b) Zur Strafbarkeit gem. §§ 211, 22, 23 I; 253 I, 255, 250 II Nr. 1, 22, 23 I StGB**

[6] Der Schuldspruch wegen versuchten Mordes zur Verdeckung einer anderen Straftat begegnet keinen rechtlichen Bedenken. Auch die Anwendung des § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB bei der Qualifikation der wegen des Fehlschlags nur versuchten räuberischen Erpressung ist rechtsfehlerfrei. Schon deshalb war der Schuldspruch dahin zu berichtigen, dass der Angeklagte der versuchten besonders schweren räuberischen Erpressung schuldig ist (vgl. *BGH NStZ-RR* 2003, 328; *BGH*, *Beschl.* vom 3. September 2009 - 3 StR 297/09; *Fischer StGB* 57. Aufl. § 250 Rdn. 2 m.w.N.).

#### **c) Zur Strafbarkeit gem. §§ 253 I, 255, 250 II Nr. 3b, 22, 23 I StGB**

[7] Soweit das Landgericht die Verurteilung auch auf § 250 Abs. 2 Nr. 3 Buchst. b StGB gestützt hat, hält dies rechtlicher Prüfung nicht stand. Nach dieser Vorschrift ist die Tat qualifiziert, wenn der Täter eine andere Person "durch die Tat" in die (konkrete) Gefahr des Todes bringt. Diese Formulierung weicht von derjenigen des Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 3 Buchst. a ("bei der Tat") ab, entspricht aber der Formulierung des Abs. 1 Nr. 1 Buchst. c. Für die Fälle des § 250 Abs. 2 Nr. 1 sowie des Abs. 2 Nr. 3 Buchst. a StGB hat der Bundesgerichtshof bereits entschieden, dass die Qualifikationswirkung jeweils nur dann eintritt, wenn die auf den Qualifikationserfolg gerichteten Handlungen des Täters (noch) Teil "der Tat", also des auf Verwirklichung des Raubtatbestands (§ 249 StGB) gerichteten Geschehens sind.

[8] Entgegen der in der Literatur vorherrschenden Ansicht hat der Bundesgerichtshof die Qualifikationswirkung in dem Zeitraum zwischen Vollendung des

Raub und Beendigung der Tat (§ 78 a StGB) daher für möglich gehalten, wenn der Täter zu diesem Zeitpunkt zwar nicht mehr mit Wegnahmenvorsatz, aber mit der Absicht der Beutesicherung handelt (vgl. BGHSt 53, 234 [zu § 250 Abs. 2 Nr. 3 Buchst. a]; BGHSt 20, 194, 197 [zu § 250 Abs. 1 Nr. 1 a.F.]; BGHSt 52, 376; BGH NStZ-RR 2008, 342 [zu § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB]; Fischer aaO § 250 Rdn. 14, 26 m.w.N.; aA etwa Sander in MüKo-StGB § 250 Rdn. 65; Kudlich in Satzger/Schmitt/Widmaier StGB § 250 Rdn. 27; jew. m.w.N.; vgl. dazu auch Nestler JR 2010, 100 ff.). Auf die Streitfrage, ob die zeitliche Grenze für die Qualifikation schon mit der Vollendung der Tat - entsprechend: mit Fehlschlag des Versuchs - anzunehmen ist, kommt es hier nicht an, wenn eine Qualifikationswirkung nach diesem Zeitpunkt jedenfalls fortbestehende Beutesicherungsabsicht des Täters voraussetzt. Dies ist, soweit ersichtlich, für den Fall des § 250 Abs. 2 Nr. 3 Buchst. b StGB bisher nicht entschieden. Der Senat ist in Übereinstimmung mit dem Generalbundesanwalt der Ansicht, dass ein sachlicher Grund für eine von den anderen genannten Fällen abweichende Auslegung nicht besteht. Auch die qualifizierende Wirkung einer konkreten Lebensgefährdung "durch die Tat" nach §§ 249, 255 StGB setzt daher jedenfalls voraus, dass die die Lebensgefahr verursachende Handlung (noch) vom Vorsatz der Tatbestandsverwirklichung, nach Vollendung von Beutesicherungsabsicht getragen ist. Im Fall der Lebensgefährdung nach Fehlschlag des Versuchs der räuberischen Erpressung kommt die Anwendung der Qualifikation daher nicht in Betracht, da Beutesicherungsabsicht hier ausscheidet.

[9] Soweit Entscheidungen des Bundesgerichtshofs zu § 251 StGB entnommen werden könnte, dass die An-

wendung von § 251 StGB nach Raubvollendung auch dann nicht ausgeschlossen sein soll, wenn der Einsatz nicht mehr der Beutesicherung, sondern (nur noch) der "bloßen Fluchtsicherung" dient (vgl. BGHSt 38, 295, 299; die Entscheidung spricht an anderer Stelle allerdings von "Flucht- und Beutesicherung"), so kann hier dahinstehen, ob hieran unter Berücksichtigung der neuen Rechtsprechung zu den Qualifikationsfällen des § 250 StGB (sowie auch zu § 176 a Abs. 5 und § 177 Abs. 4 StGB) festzuhalten wäre. Durch die Nichterörterung des § 251 StGB - in der Form des "Versuchs der Qualifikation" - ist der Angeklagte nicht beschwert.

#### d) Zum Schuldspruch im Übrigen

[10] Aufgrund des Wegfalls des Qualifikationstatbestands nach § 250 Abs. 2 Nr. 3 Buchst. b StGB lebt die - vom Landgericht übersehene - andernfalls verdrängte Strafbarkeit gemäß § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB wieder auf, so dass sich der Schuldspruch insoweit im Ergebnis als richtig erweist.

#### 3. Zum Strafausspruch

[11] Der Strafausspruch war aufgrund des Wegfalls der Qualifikation nach § 250 Abs. 2 Nr. 3 Buchst. b StGB aufzuheben, denn damit entfällt eine der beiden - vom Landgericht ausdrücklich als strafscharfend gewerteten - Tatvarianten des § 250 Abs. 2 StGB. Zwar hat das Landgericht andererseits rechtsfehlerhaft die Anwendung von § 251 StGB nicht geprüft. Der Senat kann aber, auch im Hinblick auf die ausdrücklich strafscharfende Berücksichtigung der Verwirklichung mehrerer Varianten des § 224 Abs. 1 StGB, nicht ausschließen, dass der Tatrichter bei zutreffender rechtlicher Würdigung des schuldhaft erwirklichten Unrechts zu einer milderen Strafe gelangt wäre. [...]

### Standort: § 55 StPO

### Problem: Reichweite des Auskunftsverweigerungsrechts

BVERFG, BESCHLUSS VOM 21.04.2010  
2 BvR 504/08 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

#### Problemdarstellung:

Der Beschwerdeführer, ein Immobiliensachverständiger, war vor dem LG Krefeld angeklagt, seinem Mitangeklagten S durch die Erstellung unrichtiger Wertgutachten Beihilfe zum Betrug geleistet zu haben. S wurde auch vor dem LG Bielefeld wegen Betruges in einem anderen Sachverhalt angeklagt, in dem der Beschwerdeführer ebenfalls Gutachten erstellt hatte. In dem Verfahren vor dem LG Bielefeld hatte die Staatsanwaltschaft jedoch schon keinen Anfangsverdacht gegen den Beschwerdeführer angenommen, sodass dieser hier nicht selbst angeklagt worden war. Er wurde jedoch als Zeuge vernommen. Der Beschwerde-

führer berief sich auf ein umfassendes Auskunftsverweigerungsrecht aus § 55 I StPO und machte keine Angaben zur Sache. Daraufhin wurden vom LG Bielefeld gegen ihn ein Ordnungsgeld verhängt und ihm die durch die Auskunftsverweigerung verursachten Kosten auferlegt. Die hiergegen eingelegten Beschwerden des Beschwerdeführers wiesen das LG Bielefeld und das OLG Hamm zurück.

Nach Ausschöpfung des Rechtsweges legte der Beschwerdeführer Verfassungsbeschwerde ein, die er auf die Verletzung seiner verfassungsrechtlichen Selbstbelastungsfreiheit aus Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG stützte. Das Bundesverfassungsgericht nahm die Verfassungsbeschwerde jedoch nicht zur Entscheidung an, § 93a II BVerfGG. Diese habe nämlich weder grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedeutung noch

sei sie zur Durchsetzung der Rechte des Beschwerdeführers erforderlich; letzteres bereits deshalb nicht, weil die Beschwerde offensichtlich unbegründet sei. Die Fachgerichte seien nämlich zu Recht davon ausgegangen, dass dem Beschwerdeführer als Zeuge in dem Verfahren vor dem LG Bielefeld kein umfassendes Auskunftsverweigerungsrecht zustehe.

#### **Prüfungsrelevanz:**

Die prozessuale Einleitung der vorliegenden Entscheidung, die Voraussetzungen des Auskunftsverweigerungsrechts gem. § 55 StPO im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde überprüfen zu lassen, ist in einer strafrechtlichen Examensaufgabe eher nicht zu erwarten. Allerdings ist hinsichtlich des vorliegenden Beschlusses anzumerken, dass das BVerfG hier nicht nur die verfassungsrechtliche Dimension des Auskunftsverweigerungsrechts prüft, sondern auch auf dessen strafprozessuale Voraussetzungen eingeht. Die entsprechenden Ausführungen wären also auch in einer entsprechenden strafprozessualen Aufgabenstellung passend.

Gem. § 55 I StPO darf ein Zeuge die Auskunft auf solche Fragen verweigern, deren Beantwortung ihm selbst oder einem Angehörigen die Gefahr zuziehen würde, wegen einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit verfolgt zu werden. Dieses Auskunftsverweigerungsrecht ist Ausfluss des Grundsatzes, dass niemand dazu verpflichtet werden kann, sich selbst zu belasten ("nemo tenetur se ipsum accusare" bzw. "nemo tenetur se ipsum prodere"). Dieser Grundsatz ergibt sich nicht nur aus der EMRK, insb. dem "fair trial"-Grundsatz, Art. 6 I EMRK, und der Unschuldvermutung, Art. 6 II EMRK, sondern auch aus der Verfassung, Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG. Deshalb war es dem Beschwerdeführer auch möglich, gegen die strafprozessualen Beschlüsse, die ihm eine Berufung auf das Auskunftsverweigerungsrecht verwehrten bzw. ein entsprechendes Verhalten sanktionierten, Verfassungsbeschwerde einzulegen, weil diese Entscheidungen nämlich seine verfassungsrechtliche Selbstbelastungsfreiheit betrafen und ihn deshalb u.U. in seinen Grundrechten verletzen könnten, § 90 I BVerfGG.

Im Gegensatz zum Zeugnisverweigerungsrecht gem. § 52 StPO, das dem Zeugen zusteht, wenn er in einem Verfahren gegen einen der in § 52 I StPO genannten Angehörigen aussagen müsste, greift das Auskunftsverweigerungsrecht gem. § 55 StPO dann, wenn der Zeuge sich (oder einen Angehörigen) durch die Beantwortung einer Frage der Gefahr der Strafverfolgung (oder der Verfolgung wegen einer Ordnungswidrigkeit) oder der Aufrechterhaltung oder Verstärkung eines Tatverdachts aussetzen würde. Eine solche Verfolgungsgefahr ist dann gegeben, wenn eine Ermittlungsbehörde aus einer wahrheitsgemäßen Aus-

sage des Zeugen Tatsachen entnehmen könnte, die sie zur Einleitung eines Ermittlungsverfahrens veranlassen könnten (OLG Hamm, StraFo 1998, 119; Meyer-Goßner, StPO, § 55 Rn. 7). Hierfür genügt es bereits, wenn der Zeuge Tatsachen angeben müsste, die mittelbar einen entsprechenden Verdacht begründen würden, z.B. weil die Frage ein "Teilstück in einem mosaikartigen Beweisgebäude" betrifft und deshalb zu einer Belastung des Zeugen beitragen könnte (BVerfG, NJW 2002, 1411; 2003, 3045; BGH, NJW 1999, 1413; OLG Zweibrücken, StV 2000, 660; Meyer-Goßner, StPO, § 55 Rn. 7). Allerdings ist die bloße theoretische Möglichkeit einer Strafverfolgung für das Bestehen eines Auskunftsverweigerungsrechts nicht ausreichend, sondern es muss konkrete Anhaltspunkte hierfür geben (BGH, MDR 1994, 929; NStZ 2007, 278). Ein Auskunftsverweigerungsrecht besteht jedenfalls dann nicht, wenn eine Verfolgung ausgeschlossen ist, z.B. weil die Tat, die der Zeuge bei einer wahrheitsgemäßen Antwort offenbaren würde, bereits rechtskräftig abgeurteilt oder verjährt ist (LG Ravensburg, RA 2008, 443 = NStZ-RR 2008, 177). Das BVerfG führt in der vorliegenden Entscheidung aus, dass nicht ersichtlich sei, inwiefern sich der Beschwerdeführer durch seine Zeugenaussage vor dem LG Bielefeld einer Verfolgungsgefahr aussetzen würde. Insbesondere bestünde nicht die Gefahr, dass die Aussage vor dem LG Bielefeld sich in dem Verfahren vor dem LG Krefeld negativ auf den Beschwerdeführer auswirken würde, da beide Verfahren völlig unterschiedliche Sachverhalte betreffen.

Selbst wenn ein Auskunftsverweigerungsrecht besteht, so gibt dies - im Gegensatz zum Zeugnisverweigerungsrecht gem. § 52 StPO - dem Zeugen grundsätzlich kein umfassendes Schweigerecht, sondern nur das Recht, die Beantwortung einzelner Fragen zu verweigern. Nur ausnahmsweise, wenn nämlich der gesamte mögliche Inhalt der Aussage des Zeugen eine Verfolgungsgefahr begründen würde, kann dieser aus § 55 StPO ein umfassendes Verweigerungsrecht ableiten (BGHSt 17, 245, 247; BGH, StV 2002, 604; Meyer-Goßner, StPO, § 55 Rn. 2)

#### **Vertiefungshinweise:**

☐ Zum Vorliegen einer Verfolgungsgefahr i.S.v. § 55 StPO: *BVerfG*, 2002, 1411; 2003, 3045; *BGH*, NStZ 2007, 278; *OLG Hamm*, StraFo 1998, 119; *OLG Zweibrücken*, StV 2000, 660; *Odenthal*, NStZ 1985, 117; *Sommer*, StraFo 1998, 14

☐ Zum Umfang des Auskunftsverweigerungsrechts aus § 55 StPO: *BGHSt* 10, 104; 17, 245; *BGH*, NJW 1998, 1728; StV 2002, 604; *Thomas*, NStZ 1982, 493

#### **Leitsätze (der Redaktion):**

**1. Der Grundsatz, dass niemand gezwungen wer-**

den darf, sich selbst zu belasten (*nemo tenetur se ipsum accusare*), gehört zu den anerkannten Prinzipien des deutschen Strafverfahrens. Als Folge dieses rechtsstaatlichen Grundsatzes gewährt § 55 Abs. 1 StPO dem Zeugen das Recht, die Auskunft auf solche Fragen zu verweigern, deren Beantwortung ihm selbst oder einem Angehörigen die Gefahr zuziehen würde, wegen einer Straftat oder einer Ordnungswidrigkeit verfolgt zu werden.

**2. Eine Verfolgungsgefahr im Sinne des § 55 Abs. 1 StPO ist anzunehmen, wenn eine Ermittlungsbehörde aus einer wahrheitsgemäßen Aussage des Zeugen Tatsachen entnehmen könnte, die sie zur Einleitung eines Ermittlungsverfahrens (§ 152 StPO) oder auch zur Aufrechterhaltung oder Verstärkung eines Tatverdachts veranlassen könnte. Hierfür genügt es bereits, wenn der Zeuge bestimmte Tatsachen angeben müsste, die mittelbar den Verdacht einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit begründen. Dies ist zum Beispiel dann der Fall, wenn die wahrheitsgemäße Beantwortung einer Frage zwar allein eine Strafverfolgung nicht auslösen könnte, jedoch „als Teilstück in einem mosaikartigen Beweisgebäude“ zu einer Belastung des Zeugen beitragen könnte.**

**3. Für die Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung muss es konkrete tatsächliche Anhaltspunkte geben; bloße Vermutungen oder rein denktheoretische Möglichkeiten reichen nicht aus. Ob eine Verfolgungsgefahr besteht, unterliegt der tatsächlichen Beurteilung durch den Tatrichter, dem insoweit ein Beurteilungsspielraum zukommt. Maßgeblich sind immer die Umstände des Einzelfalls.**

**4. Ist von einer Verfolgungsgefahr auszugehen, so ist der Zeuge gemäß § 55 Abs. 1 StPO grundsätzlich nur berechtigt, die Auskunft auf einzelne Fragen zu verweigern. Nur ausnahmsweise ist er zu einer umfassenden Verweigerung der Auskunft befugt, wenn seine gesamte in Betracht kommende Aussage mit einem möglicherweise strafbaren oder ordnungswidrigen Verhalten in so engem Zusammenhang steht, dass im Umfang der vorgesehenen Vernehmungsgegenstände nichts übrig bleibt, wozu er ohne die Gefahr der Verfolgung wegen einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit wahrheitsgemäß aussagen könnte.**

#### **Sachverhalt:**

Der Beschwerdeführer - ein Immobiliensachverständiger - war vor dem Landgericht Krefeld angeklagt, sich in den Jahren 1998 und 1999 an Betrugstaten seines Mitangeklagten S beteiligt zu haben. Nach dem Anklagevorwurf hatte S die V-Versicherung unter anderem durch die Vorlage unzutreffender, vom Beschwerdeführer erstellter Wertgutachten über Immobilien in Krefeld und Umgebung zur Auskehrung überhöhter

Darlehensbeträge veranlasst. Das Landgericht hatte das Hauptverfahren eröffnet.

Der vor dem Landgericht Krefeld mitangeklagte S war auch vor dem Landgericht Bielefeld angeklagt. Ihm lag dort ein weiterer Betrug zum Nachteil der V-Versicherung zur Last, in diesem Falle im Zusammenhang mit einer Immobilienfinanzierung in S. im Jahre 1998. Auch gegen den Beschwerdeführer war in diesem Komplex ermittelt worden, ohne dass es indes zu einer Anklageerhebung gekommen war.

Das Landgericht Bielefeld lud den Beschwerdeführer in dem dortigen Strafverfahren gegen den Angeklagten S als Zeugen. In der Hauptverhandlung vom 7. Januar 2008 wurde dem Beschwerdeführer einleitend erläutert, seine Vernehmung solle Fragen zur Begutachtung einer Immobilie des Angeklagten S und der V-Versicherung in S. zum Gegenstand haben. Daraufhin machte der Beschwerdeführer lediglich Angaben zur Person, verweigerte jedoch unter Berufung auf das Auskunftsverweigerungsrecht gemäß § 55 Abs. 1 StPO alle Angaben zur Sache. Die Staatsanwaltschaft vertrat die Auffassung, dass dem Beschwerdeführer ein umfassendes Auskunftsverweigerungsrecht zustehe. Die Vernehmung wurde abgebrochen und der Beschwerdeführer erneut zur Hauptverhandlung am 29. Januar 2008 als Zeuge geladen.

Auch in der Hauptverhandlung vom 29. Januar 2008 verweigerte der Beschwerdeführer alle Angaben zur Sache, nachdem ihn der Vorsitzende gefragt hatte, ob er eine Immobilienbegutachtung in S. vorgenommen habe. Die Kammer verhängte daraufhin ein Ordnungsgeld in Höhe von 150 Euro, ersatzweise drei Tage Ordnungshaft gegen den Beschwerdeführer. Außerdem wurden dem Beschwerdeführer die durch seine Auskunftsverweigerung verursachten Kosten auferlegt.

Der hiergegen erhobenen Beschwerde des Beschwerdeführers half das Landgericht mit Beschluss vom 1. Februar 2008 nicht ab. Dem Beschwerdeführer stehe ein umfassendes Auskunftsverweigerungsrecht gemäß § 55 StPO nicht zu, da hierfür Voraussetzung sei, dass der Zeuge „bei wahrheitsgemäßer Aussage bestimmte Angaben machen müsste, die einen prozessual ausreichenden Anfangsverdacht i.S. des § 152 Abs. 2 StPO begründen würden“. Im Hinblick auf den Komplex S., der in Bielefeld allein Gegenstand des Verfahrens sei, habe bereits die Staatsanwaltschaft in ihrem Abschlussvermerk einen Anfangsverdacht verneint und auch nach dem bisherigen Ergebnis der Hauptverhandlung bestünden keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass der Beschwerdeführer sich in dem Komplex S. strafbar gemacht haben könnte. Auch im Hinblick auf die Immobilienfinanzierungen, wegen derer in Krefeld gegen den Beschwerdeführer verhandelt werde, komme jedenfalls ein umfassendes Auskunftsverweigerungsrecht nicht in Betracht. Zwar könne nach der

höchstrichterlichen Rechtsprechung ein Auskunftsverweigerungsrecht gemäß § 55 StPO auch im Hinblick auf solche Fragen bestehen, deren Beantwortung geeignet sei, mittelbar einen Tatverdacht gegen den Zeugen zu begründen, sei es auch nur "als Teilstück in einem mosaikartig zusammengesetzten Beweisgebäude". Indes bestünden nach der insoweit maßgeblichen tatsächlichen Beurteilung der Kammer keine konkreten Anhaltspunkte dafür, dass der Beschwerdeführer sich mit Aussagen zum Komplex S. der Gefahr der strafrechtlichen Verfolgung wegen der Immobilienbewertung in Krefeld aussetzen könnte.

Mit Beschluss vom 26. Februar 2008 verwarf das Oberlandesgericht Hamm die sofortige Beschwerde des Beschwerdeführers im Wesentlichen aus den Gründen der landgerichtlichen Nichtabhilfeentscheidung als unbegründet.

Gegen die Beschlüsse des Landgerichts Bielefeld vom 29. Januar und 1. Februar 2008 und den Beschwerdebeschluss des Oberlandesgerichts Hamm vom 26. Februar 2008 hat der Beschwerdeführer im Verfahren 2 BvR 504/08 Verfassungsbeschwerde erhoben. Darüber hinaus hat er beantragt, die Vollziehung des Beschlusses des Landgerichts Bielefeld vom 29. Januar 2008 im Wege einer einstweiligen Anordnung bis zur Entscheidung über die Verfassungsbeschwerde auszusetzen. Später hat er darum gebeten, die Entscheidung über den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung bis auf weiteres zurückzustellen.

Nach Erhebung der Verfassungsbeschwerde wurde der Beschwerdeführer in dem Strafverfahren vor dem Landgericht Bielefeld erneut zeugenschaftlich vernommen. Wiederum verweigerte der Beschwerdeführer unter Berufung auf § 55 Abs. 1 StPO alle Angaben zur Sache. Daraufhin wurden ihm mit Beschluss vom 3. April 2008 auch die durch diese Aussageverweigerung verursachten Kosten auferlegt.

Der hiergegen gerichteten Beschwerde des Beschwerdeführers half das Landgericht Bielefeld mit Beschluss vom 8. April 2008 nicht ab. Von der Anordnung einer Beugehaft sah das Gericht indes aus Gründen der Verhältnismäßigkeit ab.

Das Oberlandesgericht Hamm verwarf die Beschwerde des Beschwerdeführers mit Beschluss vom 6. Mai 2008 als unbegründet.

Gegen die Beschlüsse des Landgerichts Bielefeld vom 3. und 8. April 2008 und den Beschwerdebeschluss des Oberlandesgerichts Hamm vom 6. Mai 2008 hat der Beschwerdeführer im Verfahren 2 BvR 1193/08 Verfassungsbeschwerde erhoben.

### **Aus den Gründen:**

#### *A. Zur Verfassungsbeschwerde*

[1- 12] Die Verfassungsbeschwerden betreffen die verfassungsrechtliche Selbstbelastungsfreiheit und die

Reichweite des Auskunftsverweigerungsrechts aus § 55 Abs. 1 StPO. [...]

#### *III. Inhalt der Rüge des Beschwerdeführers*

[13] Der Beschwerdeführer rügt Verstöße gegen die verfassungsrechtliche Selbstbelastungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG. Er sei gemäß § 55 Abs. 1 StPO zur umfassenden Verweigerung des Zeugnisses zu seinem Verhältnis zu dem Angeklagten S und namentlich zu seiner Tätigkeit als Gutachter im Komplex S. berechtigt gewesen. Denn durch jede Angabe zu dieser Sache setze er sich der Gefahr aus, ein "Teilstück in einem mosaikartigen Beweisgebäude" zu seiner eigenen Verurteilung in dem Strafverfahren vor dem Landgericht Krefeld zu liefern. In dem Verfahren vor dem Landgericht Krefeld müsse gerade noch aufgeklärt werden, ob er - der Beschwerdeführer - den in Bielefeld angeklagten S kenne und von ihm beauftragt worden sei, Immobilien zu bewerten. Daher sei es ihm unzumutbar, in einem Strafverfahren Angaben zur Sache zu machen, in dem ein in vielerlei Hinsicht paralleler Tatvorwurf in Rede stehe.

[14] Die Kammer hat dem Justizministerium des Landes Nordrhein-Westfalen, dem Präsidenten des Bundesgerichtshofs und dem Angeklagten S in dem Verfahren 2 BvR 504/08 Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben.

#### *B. Entscheidung des BVerfG*

##### *I. Keine Annahme der Beschwerden zur Entscheidung*

[15] Die zur gemeinsamen Entscheidung verbundenen Verfassungsbeschwerden werden nicht zur Entscheidung angenommen. Die Annahmenvoraussetzungen des § 93a Abs. 2 BVerfGG liegen nicht vor.

##### *1. Keine grundsätzliche Bedeutung der Verfassungsbeschwerden*

[16] Die Verfassungsbeschwerden haben keine grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedeutung, weil die maßgeblichen Fragen in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bereits geklärt sind (vgl. etwa BVerfGE 38, 105 [113]; 55, 144 [150]; 56, 37 [43]; BVerfG-K NJW 1999, S. 779; StV 2001, S. 257 f.; NJW 2002, S. 1411).

##### *2. Zum Fehlen von Erfolgsaussichten der Verfassungsbeschwerden*

[17] Die Annahme der Verfassungsbeschwerden ist auch zur Durchsetzung der in § 90 Abs. 1 BVerfGG genannten Rechte nicht angezeigt. Die Verfassungsbeschwerden haben keine hinreichende Aussicht auf Erfolg; sie sind unbegründet. Die angegriffenen Entscheidungen verstoßen nicht gegen die verfassungsrechtliche Selbstbelastungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 in



Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG.

*a) Zu Voraussetzungen und Umfang von § 55 I StPO*

[18] Der Grundsatz, dass niemand gezwungen werden darf, sich selbst zu belasten (*nemo tenetur se ipsum accusare*), gehört zu den anerkannten Prinzipien des deutschen Strafverfahrens (vgl. BVerfGE 38, 105 [113]; 55, 144 [150]; 56, 37 [43]; BGHSt 14, 358 [364 f.]; 38, 214 [220] mit weiteren Nachweisen). Als Folge dieses rechtsstaatlichen Grundsatzes gewährt § 55 Abs. 1 StPO dem Zeugen das Recht, die Auskunft auf solche Fragen zu verweigern, deren Beantwortung ihm selbst oder einem Angehörigen die Gefahr zuziehen würde, wegen einer Straftat oder einer Ordnungswidrigkeit verfolgt zu werden (vgl. BVerfGE 38, 105 [113]; BVerfG-K StV 2001, 257 [258]; NJW 2002, S. 1411 [1412]).

[19] Eine Verfolgungsgefahr im Sinne des § 55 Abs. 1 StPO ist anzunehmen, wenn eine Ermittlungsbehörde aus einer wahrheitsgemäßen Aussage des Zeugen Tatsachen entnehmen könnte, die sie zur Einleitung eines Ermittlungsverfahrens (§ 152 StPO) oder auch zur Aufrechterhaltung oder Verstärkung eines Tatverdachts veranlassen könnte (vgl. Ignor/Bertheau, in: Löwe-Rosenberg, StPO, Band 2, 26. Aufl. 2008, § 55 Rn. 10; Meyer-Goßner, StPO, 52. Aufl. 2009, § 55 Rn. 7). Hierfür genügt es bereits, wenn der Zeuge bestimmte Tatsachen angeben müsste, die mittelbar den Verdacht einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit begründen. Dies ist zum Beispiel dann der Fall, wenn die wahrheitsgemäße Beantwortung einer Frage zwar allein eine Strafverfolgung nicht auslösen könnte, jedoch "als Teilstück in einem mosaikartigen Beweisgebäude" zu einer Belastung des Zeugen beitragen könnte (vgl. BVerfG-K, NJW 2002, S. 1411 [1412]; BGH, NJW 1999, S. 1413). Für die Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung muss es konkrete tatsächliche Anhaltspunkte geben; bloße Vermutungen oder rein denktheoretische Möglichkeiten reichen nicht aus (BGH NJW 1994, S. 2839 [2840]; BGH NStZ 1999, S. 415 [416]). Ob eine Verfolgungsgefahr besteht, unterliegt der tatsächlichen Beurteilung durch den Tatrichter, dem insoweit ein Beurteilungsspielraum zukommt (vgl. BVerfG-K, NJW 1999, S. 779; BGH, Beschluss vom 6. August 2002 - 5 StR 314/02 - juris). Maßgeblich sind immer die Umstände des Einzelfalls (vgl. BGHSt 1, 39 [40]; 10, 104 [105]; Meyer-Goßner, StPO, 52. Aufl. 2009, § 55 Rn. 10).

[20] Ist danach von einer Verfolgungsgefahr auszugehen, so ist der Zeuge gemäß § 55 Abs. 1 StPO grundsätzlich nur berechtigt, die Auskunft auf einzelne Fragen zu verweigern. Nur ausnahmsweise ist er zu einer umfassenden Verweigerung der Auskunft befugt, wenn seine gesamte in Betracht kommende Aussage mit einem möglicherweise strafbaren oder ordnungswidrigen Verhalten in so engem Zusammenhang steht,

dass im Umfang der vorgesehenen Vernehmungsgegenstände nichts übrig bleibt, wozu er ohne die Gefahr der Verfolgung wegen einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit wahrheitsgemäß aussagen könnte (vgl. BGH, NStZ 2002, S. 607; NStZ-RR 2005, S. 316).

*b) Keine Verfassungswidrigkeit der Ablehnung eines umfassenden Auskunftsverweigerungsrechts*

[21] Hiervon ausgehend begegnen die angegriffenen Entscheidungen keinen verfassungsrechtlichen Bedenken. Die Auffassung der Gerichte, dem Beschwerdeführer stehe im Verfahren vor dem Landgericht Bielefeld kein umfassendes Auskunftsverweigerungsrecht aus § 55 Abs. 1 StPO zu, ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.

*aa) Zur Beurteilung der Voraussetzungen des § 55 StPO durch die Fachgerichte*

[22] Die Gerichte haben die dargelegten Maßstäbe zu § 55 Abs. 1 StPO zutreffend erkannt. Das Landgericht Bielefeld hat in seinem Nichtabhilfebeschluss vom 1. Februar 2008 zutreffend festgestellt, dass es nach § 55 StPO für das Bestehen eines Auskunftsverweigerungsrechts darauf ankomme, ob der Beschwerdeführer bei wahrheitsgemäßer Aussage bestimmte Angaben machen müsste, die einen prozessual ausreichenden Anfangsverdacht im Sinne des § 152 Abs. 2 StPO begründen würden. Des Weiteren hat das Landgericht Bielefeld unter Verweis auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesgerichtshofs ausgeführt, dass zur Begründung eines Auskunftsverweigerungsrechts nach § 55 StPO zwar auch eine mittelbare Selbstbelastungsgefahr ausreiche, es für die Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung indes konkrete tatsächliche Anhaltspunkte geben müsse, was der tatsächlichen Beurteilung durch das Tatgericht unterliege. Hiervon ausgehend hat das Landgericht Bielefeld angenommen, dass die Verweigerung der Aussage durch den Beschwerdeführer kein umfassendes Auskunftsverweigerungsrecht begründe, sondern der Kammer nur verbiete, weitere Fragen zu stellen, bei deren Beantwortung die Verfolgungsgefahr nicht ausgeschlossen sei. Hiermit hat das Gericht deutlich zum Ausdruck gebracht, dass es die verfassungsrechtliche Selbstbelastungsfreiheit des Beschwerdeführers den Vorgaben des § 55 Abs. 1 StPO entsprechend respektiert.

*bb) Zur Verneinung der Voraussetzungen des § 55 StPO durch die Fachgerichte*

[23] Auch die tatsächliche Würdigung der Verfolgungsgefahr durch die Fachgerichte begegnet keinen verfassungsrechtlichen Bedenken.

[24] Das Landgericht Bielefeld ist in seinem Nichtabhilfebeschluss vom 1. Februar 2008 davon ausgegangen, dass im Hinblick auf den Komplex S., zu dem

der Beschwerdeführer vor dem Landgericht Bielefeld befragt werden sollte, keine Selbstbelastungsgefahr bestehe, da die Staatsanwaltschaft einen Anfangsverdacht gegen den Beschwerdeführer im Hinblick auf diesen Komplex schon in der Abschlussverfügung verneint habe und auch nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung keinerlei Anhaltspunkte für eine Straftatbegehung des Beschwerdeführers im Zusammenhang mit der Immobilienfinanzierung S. bestünden.

[25] Der Beschwerdeführer ist dieser tatsächlichen Würdigung nicht entgegengetreten. Er befürchtet vielmehr, dass er sich mit wahrheitsgemäßen Aussagen zu dem vor dem Landgericht Bielefeld anhängigen Komplex S. - mittelbar - im Hinblick auf diejenigen Taten, die vor dem Landgericht Krefeld verhandelt werden, (weiter) belasten könnte.

[26] Auch insoweit hat das Landgericht Bielefeld in seinem Nichtabhilfebeschluss vom 1. Februar 2008 eine Selbstbelastungsgefahr indes in vertretbarer Weise verneint. Zwar macht der Beschwerdeführer zu Recht geltend, zwischen dem Komplex S. und den vor dem Landgericht Krefeld verhandelten Taten bestehe ein sachlicher, persönlicher und zeitlicher Zusammenhang. Dennoch mussten die Gerichte nicht davon ausgehen, dass dem Beschwerdeführer im Verfahren vor dem Landgericht Bielefeld ein umfassendes Auskunftsverweigerungsrecht aus § 55 Abs. 1 StPO zusteht. Denn es sind durchaus Fragen zum Komplex S. denkbar, deren wahrheitsgemäße Beantwortung durch den Beschwerdeführer nicht notwendigerweise zu einer Verstärkung des gegen ihn bestehenden Tatverdachts wegen der Immobilienbewertungen in Krefeld und Umgebung führen muss.

[27] So ist zum Beispiel nicht ersichtlich, dass eine wahrheitsgemäße Beantwortung der vom Vorsitzenden in der Hauptverhandlung vom 29. Januar 2008 gestellten Frage, ob der Beschwerdeführer eine Immobilienbegutachtung in S. vorgenommen habe, den wegen der Immobilienbewertungen in Krefeld bestehenden Tatverdacht gegen den Beschwerdeführer hätte verstärken können. Dem Landgericht Bielefeld lag ein

vom Beschwerdeführer erstelltes, schriftliches Wertgutachten über die Immobilien in S. bereits vor. Der Umstand, dass der Beschwerdeführer eine Immobilienbegutachtung in S. vorgenommen hatte, dürfte daher wohl auch ohne eine Aussage des Beschwerdeführers hierzu klar auf der Hand gelegen haben. Vor diesem Hintergrund durfte es den Gerichten als rein denktheoretische Möglichkeit erscheinen, dass der Beschwerdeführer sich durch eine wahrheitsgemäße Beantwortung der Frage des Vorsitzenden zur Vornahme einer Begutachtung in S. im Hinblick auf die Immobilienbewertungen in Krefeld weiter belasten könnte. Auch der Beschwerdeführer selbst hat nicht substantiiert aufgezeigt, inwieweit die Beantwortung der Frage des Vorsitzenden den gegen ihn bestehenden Tatverdacht wegen der Immobilienbewertungen in Krefeld hätte verstärken können.

[28] Auch im Übrigen erscheint es nicht von vornherein ausgeschlossen, dass der Beschwerdeführer Fragen zum Komplex S. wahrheitsgemäß beantworten kann, ohne sich hierdurch wegen der Immobilienbewertungen in Krefeld zu belasten. Insbesondere ist nicht ersichtlich, inwieweit etwa Angaben des Beschwerdeführers zum Zustand der Immobilien in S. oder auch zum Ablauf der Begutachtung notwendigerweise zu einer Verstärkung des Tatverdachts wegen der Immobilienbewertungen in Krefeld führen müssten.

[29] Insgesamt ist der Zusammenhang zwischen dem Komplex S. und den Immobilienbewertungen in Krefeld nicht derart eng, dass die Fachgerichte ausnahmsweise von einem umfassenden Auskunftsverweigerungsrecht aus § 55 Abs. 1 StPO hätten ausgehen müssen. Vielmehr ist es mit Blick auf die verfassungsrechtliche Selbstbelastungsfreiheit nicht zu beanstanden, dass die Gerichte den Beschwerdeführer - der Regelungskonzeption des § 55 Abs. 1 StPO entsprechend - auf die Geltendmachung des Auskunftsverweigerungsrechts gegenüber einzelnen Fragen verwiesen und ein umfassendes Auskunftsverweigerungsrecht abgelehnt haben. [...]

## *Urteile in Fallstruktur*

### Standort: Öffentliches Recht

### Problem: Ordnungsgeld gegen Ratsmitglied

OVG MÜNSTER, BESCHLUSS VOM 23.12.2009  
15 A 2126/09 (NWVBL 2010, 237)

#### **Problemdarstellung:**

Im vorliegenden Fall klagte ein Ratsmitglied gegen ein Ordnungsgeld, das der Rat wegen eines Verstoßes gegen die Verschwiegenheitspflicht verhängt hatte. Dabei stellten sich den entscheidenden Gerichten mehrere interessante prozessuale und materielle Probleme:

A. Prozessual handelt es sich auf den ersten Blick um einen sog. "Kommunalverfassungskstreit", mit dem Organe und/oder Organteile derselben Gemeinde (hier: Rat und Ratsmitglied) über ihre Rechte und Pflichten aus der Gemeindeordnung streiten. Als statthafte Klagearten in diesem Innenrechtsverhältnis kommen nur allgemeine Leistungs- und Feststellungsklage in Betracht (will man nicht mit einer m.M. gar den Kommunalverfassungskstreit als Klageart sui generis anerkennen). Der zweite Blick offenbart jedoch, dass es sich bei dem streitgegenständlichen Ordnungsgeld um einen Verwaltungsakt mit Außenwirkung handelt, der (zumindest auch) auf die Person des Betroffenen "durchschlägt". Jedenfalls bei Vorliegen eines solchen "personalen Substrats" nimmt die h.M. einen mit der Anfechtungsklage anfechtbaren Verwaltungsakt an.

B. Materiell ging es um die Frage, wann ein Ratsmitglied zur Verschwiegenheit über das im Rat Besprochene verpflichtet ist. Das OVG NRW lässt nach der Gemeindeordnung für das Land NRW dazu allein einen Ratsbeschluss über den Ausschluss der Öffentlichkeit aus der Ratssitzung genügen, selbst wenn - wie hier - gleichwohl unbefugte Privatpersonen im Saal verbleiben und die Materie eigentlich gar nicht geheimhaltungsbedürftig gewesen wäre.

C. Weiterhin stellte sich die Frage, ob ein Ratsmitglied nicht jedenfalls dann, wenn die Verschwiegenheitspflicht zu Unrecht begründet worden ist und faktisch Rechtsvereitelung droht, als Ausfluss seiner Mitgliedschaftsrechte im Rat die "Flucht in die Öffentlichkeit" antreten darf. Das OVG NRW steht einer solchen Möglichkeit kritisch gegenüber: Wollte man sie anerkennen, was i.E. offen blieb, so jedenfalls nicht, bevor das betroffene Ratsmitglied den Rat um Befreiung von der Verschwiegenheitspflicht ersucht habe.

#### **Prüfungsrelevanz:**

Der Fall eignet sich hervorragend für Examensklausuren. Nur bei sauberer Arbeit wird sich die "Falle" umgehen lassen, aus der Anfechtungsklage einen Kommunalverfassungskstreit zu machen.

Übrigens ließe sich der Fall auch mit einem solchen kombinieren, etwa wenn das Ratsmitglied mit dem Rat über den Ausschluss der Öffentlichkeit streitet. Ob in diesem Rahmen eine die Klagebefugnis nach § 42 II VwGO analog vermittelnde "wehrfähige Innenrechtsposition" eines einzelnen Ratsmitglieds besteht, ist sehr umstritten. Das OVG Münster bejaht ein solches von jeher (OVG Münster, NVwZ-RR 2002, 135; zust. VGH Kassel, RA 2009, 491 = NVwZ-RR 2009, 531) gerade wegen der Auswirkungen auf die Verschwiegenheitspflicht der Ratsmitglieder.

Auch am Rande seiner vorliegenden Entscheidung gibt das OVG Münster zu erkennen, dass jedenfalls aus dem "innerorganisatorischen Störungsbeseitigungsanspruch" ein Recht des einzelnen Ratsmitglieds auf Rückgängigmachung des Öffentlichkeitsausschlusses bestehen soll.

#### **Vertiefungshinweise:**

❑ Ordnungsgeld wegen eines Verstoßes gegen die Verschwiegenheitspflicht: *BVerwG*, NVwZ 1989, 975; *VGH München*, NVwZ 1989, 182

❑ Subjektives Rechts des Ratsmitglieds gegen Ratsbeschluss über Ausschluss der Öffentlichkeit: *OVG Münster*, NVwZ-RR 2002, 135 und *VGH Kassel*, RA 2009, 491 = NVwZ-RR 2009, 531 (bejaht) gegen *VGH Mannheim*, NVwZ-RR 1992, 373 und *OVG Koblenz*, NVwZ-RR 1996, 685 (verneint)

❑ Abwägung zwischen Verschwiegenheitspflicht und Meinungsfreiheit: *BVerwG*, DVBl 1990, 153

#### **Kursprogramm:**

- ❑ *Examenskurs*: "Der Zeitungsreporter"
- ❑ *Examenskurs*: "Unter den Wolken"
- ❑ *Examenskurs*: "Der Pöbel im Rat"

#### **Sachverhalt:**

Der Rat der Gemeinde G in NRW beriet am 5. Mai 2008 über den Abschluss eines Vertrages zwischen G und einem privaten Unternehmen U, ein großes Sied-

lungsprojekt betreffend. Der Rat schloss die Öffentlichkeit von der Teilnahme an dieser Sitzung durch Beschluss aus. Gleichwohl verblieben mit Q und S zwei Privatpersonen - Mitarbeiter von U - im Saal.

Der Kläger (Kl.) war in seiner Eigenschaft als Ratsmitglied bei der Sitzung und anschließenden Beschlussfassung im Rat anwesend. Nachdem der Rat beschlossen hatte, dem Vertragsschluss mit U zuzustimmen, wendete sich der Kl. an die vor dem Saal wartenden Journalisten und offenbarte ihnen Details aus dem Vertragsschluss, namentlich dass keine Übernahme der Kosten der Kanalsanierung O.-Straße durch U vorgesehen war und dass der bereits vereinbarte Lärmschutz an der A.-Straße unter bestimmten Bedingungen wegfallen sollte. Dies sei - so der Kl. - eine unkluge Vorgehensweise, die das Vertrauen der Bevölkerung in die Gemeindeverwaltung auf Jahre erschüttern werde.

Wegen eines Verstoßes gegen die Verschwiegenheitspflicht setzte der Rat daraufhin formgerecht ein Ordnungsgeld gegen den Kl. in Höhe von 200 Euro fest, dessen Höhe - wie der Rat ausführte - "nach den wirtschaftlichen Verhältnissen des Kl. unter Berücksichtigung der Schwere des Verstoßes" bemessen wurde.

Der Kl. meint, das Ordnungsgeld sei zu Unrecht verhängt worden. Zum einen hätte an der fraglichen Sitzung ohnehin die Öffentlichkeit in Person von Q und S teilgenommen, zum zweiten sei an dem Ratsbeschluss eigentlich auch nichts Geheimen gewesen. Außerdem habe er nur von seiner Meinungsfreiheit Gebrauch gemacht. Jedenfalls aber habe er zu einer Art "Notwehr" greifen dürfen, um über die Presse und den durch sie erzeugten öffentlichen Druck die beschlossene, seiner Ansicht nach aber unkluge Vertragsunterschrift noch zu verhindern. Dies alles habe er dem Rat auch schon vor der Verhängung des Ordnungsgeldes im Rahmen einer Anhörung erklärt - unbegreiflicherweise ohne Erfolg.

Hat die Klage des Klägers vor dem Verwaltungsgericht gegen das Ordnungsgeld Erfolg?

[Auszug aus der Gemeindeordnung des Landes NRW (GO NRW):

§ 29 III GO NRW:

*"Der Rat kann gegen einen Bürger oder Einwohner, der ohne wichtigen Grund die Übernahme einer ehrenamtlichen Tätigkeit oder eines Ehrenamts ablehnt oder ihre Ausübung verweigert, ein Ordnungsgeld bis zu 250 Euro und für jeden Fall der Wiederholung ein Ordnungsgeld bis zu 500 Euro festsetzen. Die Ordnungsgelder werden im Verwaltungszwangsverfahren beigetrieben."*

§ 30 I, VI GO NRW:

*"(1) Der zu ehrenamtlicher Tätigkeit oder in ein Ehrenamt Berufene hat, auch nach Beendigung seiner Tätigkeit, über die ihm dabei bekannt gewordenen Angelegenheiten, deren Geheimhaltung ihrer Natur nach erforderlich, besonders vorgeschrieben, vom Rat beschlossen oder vom Bürgermeister angeordnet ist, Verschwiegenheit zu wahren. [...]"*

*(6) Wer die Pflichten nach Absatz 1 oder 2 verletzt, kann zur Verantwortung gezogen werden. Soweit die Tat nicht mit Strafe bedroht ist, gilt § 29 Abs. 3 entsprechend."*

§ 43 II GO NRW:

*"Für die Tätigkeit als Ratsmitglied, Mitglied einer Bezirksvertretung oder Mitglied eines Ausschusses gelten die Vorschriften der §§ 30 bis 32 mit folgenden Maßgaben entsprechend. [...]"*

**Lösung:**

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

*A. Zulässigkeit*

*I. Verwaltungsrechtsweg*

Mangels aufdrängender Sonderzuweisungen richtet sich die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs nach der Generalklausel des § 40 I 1 VwGO, die eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art voraussetzt. Öffentlich-rechtlich ist die Streitigkeit dann, wenn die streitentscheidenden Normen aus dem öffentlichen Recht kommen, was wiederum der Fall ist, wenn durch sie zwingend ein Hoheitsträger berechtigt oder verpflichtet wird. Die Verhängung des Ordnungsgeldes richtet sich hier nach §§ 29 III, 30 GO NRW. Diese berechtigen mit dem Rat ein Exekutivorgan, also einen Hoheitsträger.

Die Streitigkeit ist auch nichtverfassungsrechtlicher Art, und abdrängende Sonderzuweisungen sind ebenfalls nicht ersichtlich. Der Verwaltungsrechtsweg ist somit eröffnet.

*II. Statthafte Klageart*

Die statthafte Klageart richtet sich nach dem Begehren des Klägers, § 88 VwGO. Hier möchte der Kl. gegen das Ordnungsgeld vorgehen, welches er aufgehoben haben möchte. Stellte es einen Verwaltungsakt i.S.d. § 35 S. 1 VwVfG dar, könnte er dies mit einer Anfechtungsklage erreichen, § 42 I, 1. Fall VwGO. Allerdings ist fraglich, ob hier Außenwirkung besteht. Das Ordnungsgeld ist vom Gemeindeorgan Rat gegenüber dem Organteil "Ratsmitglied" ergangen.

Ob Maßnahmen im Verhältnis von kommunalen Organen und Organteilen Außenwirkung entfalten, ist streitig.

*1. Außenwirkung generell gegeben*

In der Lit. wird die VA-Qualität solcher Maßnahmen teilweise schlechthin bejaht (Kopp/Schenke, VwGO, Anh. § 42 Rn. 87; Martensen, JuS 1995, 1077 f.; Schenke, JZ 1996, 998, 1008). Auch in der Rspr. finden sich solche Stimmen (VGH Kassel, NVwZ-RR 1996, 409; dem folgend: VG Gießen, NVwZ-RR 2002, 682; NVwZ-RR 2005, 843; VG Kassel, NVwZ-RR 2001, 466, 467). Zur Begründung wird darauf verwiesen, dass den verschiedenen Organen/Organteilen eigene Kompetenzen zugewiesen seien, so dass sich Maßnahmen von einem fremden Kompetenzbereich her als Maßnahmen von außen darstellten. Danach wäre auch das hier verhängte Ordnungsgeld ein Verwaltungsakt.

*2. Außenwirkung nur bei personalem Substrat*

Die h.M. folgt dem jedoch nicht. Nach ihr ist entscheidend, ob durch die Maßnahme allein das andere Organ(-teil) in seiner Funktion als solches betroffen ist oder (zumindest auch) eine dahinter stehende natürliche Person angesprochen wird (OVG Lüneburg, NdsVBl 2000, 126; OVG Münster, NVwZ 1997, 617; VG Hannover, NdsVBl 2000, 308; VG Oldenburg, NVwZ 2002, 119, 120; VGH München, NVwZ 1989, 182). Nach dieser Ansicht handelt es sich bei einem Ordnungsgeld allerdings auch um einen Verwaltungsakt. Dieses dient zwar auch dazu, das Ratsmitglied künftig an seine Pflichten zu erinnern, muss aber schließlich von der Privatperson beglichen werden (ebenso: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 35 Rn 191 m.w.N.). Eine Streitentscheidung kann somit dahinstehen, ein anfechtbarer Verwaltungsakt liegt hier nach beiden Ansichten vor.

*[Anm.1: Sollte eine Streitentscheidung einmal erforderlich sein, so spricht für die h.M., dass Außenwirkung innerhalb derselben juristischen Person des öffentlichen Rechts (hier: Gemeinde) schon mangels Rechtsträgerverschiedenheit nicht eintreten kann. Zudem darf die gesetzlich ausgewogene Kompetenzverteilung zwischen den einzelnen Organen eines Rechtsträgers nicht dadurch unterlaufen werden, dass ein Organ dem anderen durch Verwaltungsakt die Kompetenzen beschneidet, denn allein die Wahl der Rechtsform Verwaltungsakt brächte erhebliche Nachteile für den Adressaten mit sich (Vollstreckbarkeit, Fähigkeit zur Bestandskraft u.v.m.).]*

*[Anm.2: Wegen bestehender Außenwirkung handelt es sich vorliegend auch nicht um einen sog. "Kommunalverfassungsstreit" zwischen Organen und Organteilen derselben Gemeinde. Es klagt - vereinfacht gesagt - nicht das Ratsmitglied, sondern die mit betroffene, es verkörpernde Privatperson.]*

*III. Klagebefugnis*

Der Kl. kann als Adressat des Ordnungsgeldes zumindest eine Verletzung seiner allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 I GG geltend machen. Er ist somit klagebefugt i.S.d. § 42 II VwGO.

*[Anm.: Hält man die Privatperson - wie hier - für (mit) betroffen, so ist es nur konsequent und richtig, Grundrechte als Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat ins Feld zu führen. Wäre allein das Ratsmitglied angesprochen gewesen, müsste es hingegen eine wehrfähige Innenrechtsposition vorweisen können. Grundrechte schieden dann aus.]*

*IV. Vorverfahren*

Der Durchführung eines Vorverfahrens bedarf es abweichend von § 68 I 1 VwGO in NRW seit dem 1.11.2007 gem. §§ 68 I 2, 1. Hs VwGO i.V.m. 6 I AGVwGO NRW nicht mehr.

*V. Frist*

Die Klagefrist des § 74 I 2 VwGO ist eingehalten.

*VI. Beklagter*

Die Klage ist gem. §§ 78 I Nr. 2 VwGO, 5 II 1 AGVwGO NRW gegen die handelnde Behörde zu richten. Dies ist hier der Rat der Gemeinde G, welcher das Ordnungsgeld verhängt hat.

*VII. Beteiligten- und Prozessfähigkeit*

Der Kl. ist gem. §§ 63 Nr. 1, 61 Nr. 1 VwGO beteiligtenfähig und gem. § 62 I VwGO prozessfähig. Der beklagte Rat ist gem. §§ 63 Nr. 2, 61 Nr. 3 i.V.m. 5 I AGVwGO beteiligtenfähig und gem. § 62 III VwGO prozessfähig.

Die Klage ist somit zulässig.

*B. Begründetheit*

Die Anfechtungsklage ist begründet, soweit der angefochtene Verwaltungsakt rechtswidrig ist und den Kläger in seinen Rechten verletzt, § 113 I 1 VwGO.

*I. Rechtswidrigkeit des VA*

Rechtmäßig ist ein Verwaltungsakt, wenn er auf einer wirksamen Ermächtigungsgrundlage beruht und deren formelle und materielle Voraussetzungen erfüllt sind. Er ist mithin rechtswidrig, soweit es an einer dieser Voraussetzungen fehlt.

*1. Ermächtigungsgrundlage*

Als Ermächtigungsgrundlage kommen hier nur die §§ 30 I, II, VI i.V.m. 29 III GO NRW. Diese gelten zwar zunächst nur für Inhaber eines Ehrenamtes, sind über § 43 II GO NRW aber auch auf Ratsmitglieder entsprechend anwendbar.

## 2. Formelle Rechtmäßigkeit

In formeller Hinsicht müsste die zuständige Behörde nach ordnungsgemäßem Verfahren in der richtigen Form gehandelt haben.

### a. Zuständigkeit

Zuständig war der hier handelnde Rat nach § 29 III GO NRW.

### b. Verfahren

Handelt er - wie hier - ausnahmsweise als Behörde mit unmittelbarer Außenwirkung gegenüber dem Bürger in Form eines belastenden Verwaltungsakts, ist dessen Adressat gem. § 28 I VwVfG NRW zuvor anzuhören. Indem man dem Kl. Gelegenheit gab, seine Sicht der Dinge vorzutragen, ist dies hier geschehen.

### c. Form

Ein Verwaltungsakt kann gem. § 37 II VwVfG NRW grundsätzlich formfrei ergehen. Ob aus der Formulierung, dass ein Ordnungsgeld nach § 29 III GO NRW "festgesetzt" werden muss, ein Schriftformgebot folgt, mag hier auf sich beruhen, da ein solches laut Sachverhalt jedenfalls eingehalten wäre.

## 3. Materielle Rechtmäßigkeit

Fraglich ist, ob der Tatbestand der Ermächtigungsgrundlage erfüllt und die richtige Rechtsfolge gesetzt worden ist.

### a. Tatbestand

In tatbestandlicher Hinsicht müsste der Kl. gegen seine Verschwiegenheitspflicht verstoßen haben, und dieser Verstoß dürfte nicht gerechtfertigt sein.

#### aa. Verschwiegenheitspflicht

Dies setzt voraus, dass ihn überhaupt eine solche Verschwiegenheitspflicht traf. Selbige könnte nur aus § 30 I GO begründet worden sein, der - wie erwähnt - über § 43 II GO NRW auch für ihn als Ratsmitglied gilt. Dann müsste es sich bei den von ihm gegenüber der Presse getätigten Äußerungen um Angelegenheiten gehandelt haben, "deren Geheimhaltung ihrer Natur nach erforderlich, besonders vorgeschrieben, vom Rat beschlossen oder vom Bürgermeister angeordnet" worden war.

#### (1). Ratsbeschluss

Die Geheimhaltung könnte hier vom Rat beschlossen worden sein, der ausdrücklich einen Beschluss gefasst hat, durch den die Öffentlichkeit von der betreffenden Ratssitzung ausgeschlossen wurde. Allerdings verblieben ungeachtet dieses Ratsbeschlusses noch zwei Privatpersonen - Q und S als Mitarbeiter von U - im Saal. Fraglich ist, ob allein dadurch die Geheimhaltungs-

pflcht obsolet geworden ist. Der Kl. beruft sich explizit hierauf, das OVG tritt dem aber entgegen:

"Zu Unrecht meint der Kläger, die Sitzung vom 5. Mai 2008 [...] sei öffentlich gewesen, weil auch Nichtmitglieder des Rates [...] anwesend gewesen seien, die nicht der Verschwiegenheitspflicht unterlägen. Ob die Anwesenheit von Personen in einer nichtöffentlichen Ratssitzung, die kein Anwesenheitsrecht haben, die also weder Mitglieder des Rates noch nach § 48 IV 1 GO NRW nach Maßgabe der Geschäftsordnung berechnete Mitglieder der Bezirksvertretungen oder der Ausschüsse sind, zulässig ist, kann hier dahinstehen, [...] weil eine nichtöffentliche Sitzung des Rates den rechtlichen Charakter der Nichtöffentlichkeit nicht dadurch verliert, dass einzelne Personen zu Unrecht anwesend sind. Vielmehr muss dafür der Akt, der die Nichtöffentlichkeit bewirkt hat, rückgängig gemacht werden, hier also [...] der Ratsbeschluss vom 5. Mai 2008. [...] Dass dies geschehen sei, behauptet der Kläger nicht."

#### (2). Geheimhaltungsbedürftigkeit

Der Kl. meint weiter, eine Verschwiegenheitspflicht habe ihn nicht getroffen, weil der Inhalt des Vertrages, den er gegenüber den Journalisten offenbart habe, ohnehin nicht geheimhaltungsbedürftig gewesen sei. Das OVG lehnt es jedoch ab, neben dem formellen Erfordernis des Ratsbeschlusses über die Geheimhaltung noch eine solche materielle Geheimhaltungsbedürftigkeit der Materie zu fordern:

"Die Offenbarung des Klägers, dass nach dem beabsichtigten Vertrag zwischen der Gemeinde und [U] keine Übernahme der Kosten der Kanalsanierung O.-Straße vorgesehen war und dass der bereits vereinbarte Lärmschutz an der A.-Straße unter bestimmten Bedingungen wegfallen sollte, war nicht deshalb zulässig, weil wie der Kläger meint nichts Geheimhaltungswürdiges an diesen Tatsachen liegt. Die Geheimhaltungspflicht knüpft nämlich nicht an die objektive Geheimhaltungswürdigkeit, sondern an den Umstand an, dass die Sitzung unter Ausschluss der Öffentlichkeit stattfand. Richtig ist, dass dieser Ausschluss - im Gegensatz zu einer auf das Hausrecht gestützten Entfernung von Zuschauern zur Aufrechterhaltung der Ordnung mit der bloßen faktischen Herstellung der Nichtöffentlichkeit nur zulässig ist, wenn es ein anerkanntes Geheimhaltungsinteresse gibt (vgl. OVG NRW, NWVBl. 2009, 221 [222]). Von der Frage der Zulässigkeit eines die Öffentlichkeit ausschließenden Beschlusses ist jedoch die Frage zu trennen, ob auch ein - hier unterstellt - zu Unrecht erfolgter Ausschluss der Öffentlichkeit die Verschwiegenheitspflicht nach sich zieht. Das ist zu bejahen.

#### (a). Wortlaut des § 30 I GO NRW

Die Verschwiegenheitspflicht des § 30 I 1 GO NRW

[...] knüpft alternativ an ein materielles Kriterium (Geheimhaltung der Angelegenheit ist ihrer Natur nach erforderlich) oder an ein formelles Kriterium (Geheimhaltung ist besonders vorgeschrieben oder vom Rat beschlossen) [an]. Ein solcher Beschluss über die Geheimhaltung liegt konkludent in dem Beschluss, die Öffentlichkeit auszuschließen. [...] Wollte man, wie es der Kläger tut, für die Auslösung der Verschwiegenheitspflicht nicht allein formell auf den Ratsbeschluss über den Ausschluss der Öffentlichkeit abstellen, sondern zusätzlich materiell die Geheimhaltungsbedürftigkeit der Angelegenheit fordern, hätte das alternativ aufgestellte formelle Merkmal „vom Rat beschlossen“ zur Auslösung der Verschwiegenheitspflicht keine Bedeutung mehr gegenüber dem materiellen Kriterium der Geheimhaltungsbedürftigkeit. Denn letztere löst auch ohne Beschluss des Rates die Verschwiegenheitspflicht aus. Der formelle Akt des Ausschlusses der Öffentlichkeit und damit der Beschluss der Geheimhaltung soll gerade die Zweifel, ob eine Angelegenheit ihrer Natur nach geheim zu halten ist und ob allein deshalb bereits Verschwiegenheitspflicht besteht, beseitigen und Rechtsklarheit über die Verschwiegenheitspflicht schaffen.”

*(b). Systematischer Vergleich mit § 353 b StGB*

“Das nordrhein-westfälische Gemeinderecht folgt mit dieser alternativen Anknüpfung an materielle Kriterien einerseits und formelle Kriterien andererseits dem strafrechtlichen System des amtlichen Geheimnisschutzes nach § 353 b des Strafgesetzbuches, der in Absatz 1 die Verletzung eines materiellen Geheimnisses, also einer geheimhaltungsbedürftigen Tatsache, und in Absatz 2 die Verletzung der formellen Pflicht zur Verschwiegenheit über eine Tatsache, die kein materielles Geheimnis zu sein braucht, unter Strafe stellt (so das Verständnis der Vorschrift bei Fischer, StGB, 55. Aufl., § 353b Rn. 7, 11; a.A. Lenckner/Perron, in: Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl., § 353b Rn. 5, 16).”

*bb. Verstoß*

Bestand somit eine Verschwiegenheitspflicht des Kl., so hat er mit seinen Äußerungen gegenüber den Journalisten auch gegen diese verstoßen.

*cc. Rechtfertigung*

Fraglich ist, ob die Äußerungen des Klägers gerechtfertigt werden können. In der GO NRW finden sich zwar keine Rechtfertigungsgründe für einen Verstoß gegen die Verschwiegenheitspflicht, solche könnten sich jedoch aus der Meinungsäußerungsfreiheit des Art. 5 I 1 GG oder - wie der Kl. meint - einem “Notwehrrecht” ergeben, um über die Presse noch zu verhindern, dass es zu dem nach seiner Ansicht unklugen Vertragsabschluss komme.

*(1). Meinungsäußerungsfreiheit, Art. 5 I 1 GG*

Die Meinungsäußerungsfreiheit aus Art. 5 I 1 GG deckte die Äußerung des Kl., wenn die Auferlegung einer Verschwiegenheitspflicht einen nicht gerechtfertigten Eingriff in den Schutzbereich darstellte.

*[Anm.: Das OVG Münster ist in seiner Entscheidung auf Art. 5 I 1 GG gar nicht eingegangen. Anders jedoch die Vorinstanz (VG Düsseldorf, Urteil vom 14.08.2009 - 1 K 6465/08), deren Ausführungen nachstehend wiedergegeben sind. In einem Gutachten wäre ein Eingehen auf Art. 5 I 1 GG ebenfalls zwingend erforderlich.]*

*(a). Schutzbereich betroffen*

*(aa). Personal*

Art. 5 I 1 GG ist ein sog. “Jedermanngrundrecht”, das allen Menschen zusteht. Hier ist aber fraglich, ob der Kl. sich als Ratsmitglied auf Art. 5 I 1 GG berufen kann. Das VG Düsseldorf hat dies bejaht, weil er seine Äußerungen gegenüber der Presse als Privatmann, nicht als Ratsmitglied getätigt habe:

“Soweit es um die durch die Gemeindeordnung geregelte Ausgestaltung der mitgliedschaftsrechtlichen Befugnisse des Ratsmitgliedes geht, ist dieser als Mandatsträger im Hinblick auf die Modalitäten seiner organinternen Amtsausübung nicht grundrechtsfähig (vgl. Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 8. Aufl., Art. 5 Rn. 8; Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 1, 5. Aufl., Art. 5 GG Rn. 188; OVG NRW, Urteil vom 10. September 1982 - 15 A 1223/80; OVG NRW, Beschluss vom 21. August 1984 - 20 B 1361/84).

Etwas anderes gilt jedoch, wenn sich der Mandatsträger außerhalb des Gemeinderats in der Öffentlichkeit - hier gegenüber der Presse - äußert. Dann wird er als Zuordnungssubjekt eigener Rechte und Pflichten außerhalb seines organinternen Verhältnisses tätig und ist insoweit grundrechtsfähig (vgl. i. Erg. BVerwG, Beschluss vom 12. Juni 1989 - 7 B 123/88; OVG NRW, Urteil vom 31. Mai 1994 - 15 A 2310/91).”

*[Anm.1 Hier wird eine a.A. ebenfalls vertretbar sein, denn der Kl. hat sich erkennbar als Ratsmitglied im Sachzusammenhang mit der zuvor beendeten Ratssitzung geäußert.]*

*(bb). Sachlich*

In sachlicher Hinsicht sind Meinungen geschützt, also wertende Stellungnahmen. Die vom Kl. geäußerte Ansicht, der Ratsbeschluss sei eine unkluge Vorgehensweise, die das Vertrauen der Bevölkerung in die Gemeindeverwaltung auf Jahre erschüttern werde, beinhaltet eine solche Wertung. Die bloße Wiedergabe des Inhalts der Ratssitzung hingegen, dass also keine Übernahme der Kosten der Kanalsanierung O.-Straße

durch U vorgesehen war und dass der bereits vereinbarte Lärmschutz an der A.-Straße unter bestimmten Bedingungen wegfallen sollte, ist nur eine reine Tatsachenmitteilung, die für sich genommen nicht geschützt wäre. Da die Bewertung des Ratsbeschlusses durch den Kl. ohne die Wiedergabe der Beschlusslage jedoch nicht verständlich wäre, liegt hier eine untrennbare Verbindung von Tatsachelementen und Wertungen vor, welche dazu führt, dass die gesamte Äußerung von Art. 5 I 1 GG geschützt ist.

*[Anm.2: Leider blieb das VG Düsseldorf jegliche Ausführung zum sachlichen Schutzbereich schuldig. Dies ist umso unverständlicher, als der Kl. im Originalfall nur den Inhalt der Ratssitzung wiedergegeben hatte (und auch nur deshalb mit einem Ordnungsgeld belegt wurde). Dem VG hätte auffallen müssen, dass reine Tatsachenbehauptungen überhaupt nicht von Art. 5 I 1 GG geschützt sind.]*

*(b). Eingriff*

Die Verschwiegenheitspflicht verkürzt die Meinungsäußerungsfreiheit des Kl. und greift dadurch in Art. 5 I 1 GG ein.

*(c). Rechtfertigung*

Der Eingriff könnte jedoch von den Schranken des Art. 5 I 1 GG gedeckt sein.

*(aa). Schranken*

“Die Vorschriften der Gemeindeordnung, die die Verschwiegenheitspflicht regeln (§§ 30 I i. V. m. 43 II GO NRW) sind allgemeine Gesetze i. S. d. Art. 5 II GG. Darunter sind im gegebenen Zusammenhang solche zu verstehen, die -positiv ausgedrückt- dem Schutz eines schlechthin, d.h. ohne Rücksicht auf eine bestimmte Meinung zu schützenden Rechtsgutes dienen oder -negativ ausgedrückt - die sich nicht gegen die Meinungsfreiheit als solche wenden (vgl. BVerfG, Beschluss vom 3. Dezember 1985 - 1 BvL 15/84; BVerwG, Beschluss vom 12. Juni 1989 - 7 B 123/88; Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 8. Aufl., Art. 5 Rn. 56 m. w. N.)”

*(bb). Schranken-Schranken*

Fraglich ist allerdings, ob diese Schranken - an deren Verfassungsmäßigkeit kein Zweifel besteht - auch auf den Fall des Kl. ordnungsgemäß angewendet worden sind.

*(aaa). Wechselwirkungslehre des BVerfG*

“Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts seit dem sog. „Lüth-Urteil“ vom 15. Januar 1958 (1 BvR 400/57) sind einfache Gesetze, die das Grundrecht der Meinungsfreiheit tangieren, im Sinne einer Wechselwirkung im Lichte der Bedeutung

des Grundrechts aus Art. 5 Abs. 1 GG zu sehen und so zu interpretieren, dass der besondere Wertgehalt dieses Rechts unbedingt gewahrt bleibt. Diese Gesetze sind in ihrer das Grundrecht beschränkenden Wirkung selbst wieder einzuschränken. Es ist demnach eine Güterabwägung erforderlich; das Recht zur Meinungsäußerung muss zurücktreten, wenn schutzwürdige Interessen eines anderen von höherem Recht durch die Bestätigung der Meinungsfreiheit verletzt würden (vgl. BVerwG, Beschluss vom 12. Juni 1989 - 7 B 123/88; Herzog, in: Maunz/Dürig, GG, Bd. 1, Stand: Jan. 2009, Art. 5 Abs. I, II Rn. 257ff. m. w. N.).

*(bbb). Subsumtion*

“Die Güterabwägung fällt zu Lasten des Klägers aus. Überwiegende Belange, die dazu drängten, die Vertragsabsichten der Kommune in der Presse nahezu unmittelbar im Anschluss an die Beschlussfassung offen zulegen, sind nach den obigen Ausführungen nicht ersichtlich. Insbesondere wäre der Kläger gehalten gewesen, die Rechtsaufsichtsbehörde mit dem Vorgang zu befassen. Dies wäre ein die gemeindlichen Interessen weniger tangierendes, gleichwohl aber zumutbares Vorgehen gewesen. Im Übrigen wird die Meinungsfreiheit nicht so weit eingeschränkt, dass es dem Kläger generell untersagt wäre, sich zu dem entsprechenden Thema zu äußern. Die Diskussion im Gemeinderat stünde ihm ebenso offen wie Gespräche mit der Rechtsaufsichtsbehörde; denn in der Mitteilung im amtlichen Verkehr gegenüber dieser Behörde läge jedenfalls keine unbefugte Verwendung der Kenntnis i. S. d. § 30 II GO NRW vor. Lediglich in der Öffentlichkeit darf er die jeweiligen Äußerungen -über die allgemeine Befassung mit der abschließenden Finanzierung hinaus- nicht von sich geben. Ein unzulässiger Eingriff in Rechte des Klägers aus Art. 5 Abs. 1 Satz 1 Hs. 1 GG durch Erlass des streitgegenständlichen Ratsbeschlusses ist nach alledem auszuschließen.”

*(2). Recht zur “Flucht in die Öffentlichkeit”*

Es bleibt somit nur die Rechtfertigungsmöglichkeit über ein ungeschriebenes Recht zur “Flucht in die Öffentlichkeit”, um die Umsetzung des aus Sicht des Klägers unklugen Ratsbeschlusses noch zu verhindern. Das OVG deutet zwar an, dass es einem solchen “Notwehrrecht” des Kl. eher ablehnend gegenüber steht, lässt diese Frage aber i.E. offen, da der Kl. jedenfalls vorrangig hätte versuchen müssen, vom Rat eine Befreiung von seiner Verschwiegenheitspflicht zu erlangen:

*(1). Anspruch auf Befreiung von der Verschwiegenheitspflicht*

“Nach der Rechtsprechung des Senats verletzt ein zu Unrecht erfolgter Ausschluss der Öffentlichkeit das Mitgliedschaftsrecht des Ratsmitglieds. Ihm steht also



einerseits frei, den Ausschluss der Öffentlichkeit jedenfalls im Nachhinein zu bekämpfen (OVG NRW, Beschluss vom 16. Juli 2009 - 15 B 945/09; Beschluss vom 12. September 2008 - 15 A 2129/08 -, NWVBl. 2009, 221). Mit der rechtskräftigen Feststellung der Rechtsverletzung durch Ausschluss der Öffentlichkeit entfällt auch die Verschwiegenheitspflicht. Der körperschaftsinterne Unterlassungs- und Störungsbeseitigungsanspruch (vgl. dazu OVG NRW, Beschluss vom 25. Mai 2007 15 B 634/07, NWVBl. 2008, 65 f.) hindert es, einem rechtskräftig als rechtswidrig eingestuftem Beschluss zum Ausschluss der Öffentlichkeit die Rechtsfolge einer sanktionsbewehrten Verschwiegenheitspflicht für Ratsmitglieder in diesem Punkte beizumessen. Andererseits ergibt sich aus diesem Anspruch, dass ein Rat, der durch Ausschluss der Öffentlichkeit bestimmte Angelegenheiten zu Unrecht der sanktionsbewehrten Verschwiegenheitspflicht unterworfen hat, ein Ratsmitglied auf dessen Antrag hin von der Verschwiegenheitspflicht über diese Angelegenheiten zu entbinden hat. Dieser Anspruch kann gegebenenfalls bei entsprechender Eilbedürftigkeit auch im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes gesichert bzw. geregelt werden. Damit wird dem legitimen Interesse des Ratsmitglieds an der Freiheit von der Pflicht zur Verschwiegenheit über nicht geheimhaltungsbedürftige Tatsachen ausreichend Rechnung getragen, ohne dass ihm ein dafür nicht erforderliches Recht zum Bruch der Verschwiegenheit aufgrund eigener wenn auch zutreffender Beurteilung der Geheimhaltungsbedürftigkeit einer Tatsache eingeräumt würde."

*(2). Recht zur "Flucht in die Öffentlichkeit" allenfalls als ultima ratio*

"Ob darüber hinaus ein Recht zur "Flucht in die Öffentlichkeit" in Ausnahmesituationen anerkannt werden kann, etwa weil gerichtlicher Rechtsschutz nicht rechtzeitig zu erlangen ist, kann hier dahinstehen. Zwar stand die Unterzeichnung des Vertrages bevor. [...] Der Kläger hat aber nicht einmal den Versuch unternommen, vom Rat von der Verschwiegenheitspflicht zu beiden genannten Tatsachen (Kanalsanierung und Lärmschutz) entbunden zu werden, erst recht hat er nicht um gerichtliche Hilfe nachgesucht. Von

einer Ausnahmesituation, die möglicherweise den Bruch der Verschwiegenheitspflicht hätte rechtfertigen können, kann also keine Rede sein. Vielmehr hat sich der Kläger eigenmächtig ohne zwingenden Grund über seine Verschwiegenheitspflicht hinweggesetzt."

*[Anm.: Das OVG Rheinland-Pfalz hat zu diesem Punkt in NVwZ-RR 1996, 685, 686 mehr Farbe bekannt und ein Recht zur "Flucht in die Öffentlichkeit" bejaht, wenn der Ausschluss der Öffentlichkeit durch den Rat rechtswidrig war und das Ratsmitglied zuvor vergeblich versucht hat, den Rat von diesem Beschluss abzubringen. Wörtlich heißt es dort im Leitsatz zu 3): "3. Steht das Ratsplenum im Begriff, durch die abschließende Behandlung einer Angelegenheit in nicht-öffentlicher Sitzung den Öffentlichkeitsgrundsatz zu verletzen, so kommt für das einzelne Ratsmitglied zur Wahrung seiner demokratischen Teilhabe als ultima ratio die Preisgabe von Informationen an die Öffentlichkeit in Betracht.".]*

Ein nicht gerechtfertigter Verstoß gegen die Verschwiegenheitspflicht des Kl. liegt nach alledem vor.

*b. Rechtsfolge*

§ 29 III GO NRW stellt die Verhängung eines Ordnungsgeldes in das Ermessen des Rates. Auf Ebene des Entschließungsermessens sind keine Ermessensfehler i.S.d. § 114 S. 1 VwGO ersichtlich. Dem Auswahlermessen sind durch den in § 29 III GO NRW angegebenen Spielraum ("bis zu 250 Euro") zwar Grenzen gesetzt, das hier verhängte Ordnungsgeld von 200 Euro bewegt sich aber innerhalb derselben. Dass es gleichwohl zu hoch angesetzt worden sei, lässt sich dem Sachverhalt nicht entnehmen. Vielmehr wurde es - vom Kl. unwidersprochen - nach seinen wirtschaftlichen Verhältnissen unter Berücksichtigung der Schwere des Verstoßes kalkuliert. Somit wurde auch die richtige Rechtsfolge gesetzt.

*II. Ergebnis*

Das Ordnungsgeld wurde rechtmäßig verhängt. Die hiergegen erhobene Anfechtungsklage des Kl. ist somit unbegründet. Sie hat keinen Erfolg.

**Standort: Zivilrecht****Problem: Fachhandwerkerklausel im Mietvertrag**

BGH, URTEILVOM 09.06.2010

VIII ZR 294/09 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

**Problemdarstellung:**

Die Parteien streiten um die Wirksamkeit einer Klausel in einem Formularymietvertrag vom 19.11.1963. Die bekl. Mieter werden durch die Klausel verpflichtet, "Schönheitsreparaturen in der Wohnung ausführen zu lassen." Nach Beendigung des Mietvertrages im September 1997 unterließen die Bekl. die Vornahme von Schönheitsreparaturen. Die Kl. verlangt Schadensersatz für die hierdurch entstandenen Kosten i.H.v. 7.036,35 €.

**Prüfungsrelevanz:**

Das Mietrecht ist nach dem Kaufrecht das zweite Hauptbetätigungsfeld des achten Zivilsenats des BGH. Aufgrund einer Fülle von Entscheidungen muss das Thema als besonders examensrelevant eingestuft werden - dies hat der Senat erst kürzlich durch die Entscheidung zur sog. "kalten Räumung" (Urt. v. 14.07.2010 - VII ZR 45/09, vgl. voraussichtlich RA 08/2010) unterstrichen. Da nahezu alle Mietverträge Formularverträge sind, zielt eine Mietrechtsklausur immer auch auf eine Inhaltskontrolle gem. §§ 307 ff. BGB ab. Die Rechtsprechung zu den einzelnen Klauseln muss präsent sein.

Vorliegend stellten sich dem Senat zwei Probleme: Zum einen war eine Auslegung Klausel vorzunehmen, da deren Inhalt ("ausführen zu lassen") in verschiedene Richtungen interpretierbar war. Es handelte sich also um eine sog. objektiv mehrdeutige Klausel. Im Anschluss stellte sich die Frage nach der Wirksamkeit der Klausel.

I. Die Revision vertrat die Ansicht, die Formulierung "ausführen zu lassen" verlange keine Ausführung der Reparaturen durch einen Fachhandwerker, sondern sei lediglich erfolgsbezogen zu verstehen. Die Schönheitsreparaturen müssten bloß fachgerecht ausgeführt werden.

Der Senat entscheidet demgegenüber, dass nach dem Grundsatz der "mieterfeindlichsten Auslegung" diejenige Interpretation der Klausel zu wählen ist, die den Vertragspartner (Mieter) am meisten belastet. Grundlage für diese Auslegungsregel ist § 305 c II BGB (vgl. *OLG Stuttgart*, Urt. v. 27.09.2006 - 4 U 74/06; *Heinrichs*, NZM 2003, 6 [7]). Die Tatsache, dass der Mietvertrag zu einer Zeit geschlossen wurde, als die Vorschrift noch nicht bestand, ist unschädlich. Denn jedenfalls galt auch bei Abschluss des Vertrages im Jahr 1963 bereits, dass Unklarheiten in AGB zu Lasten desjenigen gehen, der sie aufgestellt hat (BGHZ

60, 174 [177]; 62, 83 [88 f.]). Nach dieser Auslegungsregel kann die Klausel als sog. Fachhandwerkerklausel verstanden werden, die eine Vornahme der Schönheitsreparaturen durch den Mieter selbst oder Bekannte/Verwandte ausschließt.

II. Die Frage nach der Wirksamkeit einer Fachhandwerkerklausel hatte der Senat bislang nicht beantworten müssen (offengelassen in BGHZ 105, 71 [82]). Vorliegend erklärt er die Klausel richtigerweise für unwirksam gem. § 307 I 1 BGB. Ohne eine formularmäßige Abwälzung der Reparaturpflicht auf den Mieter, hätte diese gem. § 535 I 2 BGB vom Vermieter erbracht werden müssen. Jedoch schuldet auch dieser nur eine fachgerechte Ausführung in mittlerer Art und Güte gem. § 243 I BGB. Hierzu bedarf es nicht zwingend einer Vornahme durch einen Fachhandwerker (vgl. nur *OLG Stuttgart*, NJW-RR 1993, 1422 [1423] oder *MünchKommBGB/Häublein*, § 535 Rn. 124). Die Klausel war damit insgesamt unwirksam.

**Vertiefungshinweise:**

- Aktuelle Rechtsprechung zu Schönheitsreparaturklauseln: *BGH*, NJW 2010, 1590; *BGH*, NZM 2010, 236, *BGH*, NZM 2010, 237
- Übersicht zur BGH Rechtsprechung: WuM 2010, 221

**Kursprogramm:**

- Examenskurs*: "Keine Lust auf Schönheitsreparaturen"

**Leitsatz:**

**Eine in Formularymietverträgen über Wohnraum enthaltene Klausel, wonach es dem Mieter obliegt, die Schönheitsreparaturen "ausführen zu lassen", benachteiligt den Mieter unangemessen und ist deshalb unwirksam, wenn sie bei kundenfeindlichster Auslegung dem Mieter dadurch die Möglichkeit der kostensparenden Eigenleistung nimmt, dass sie als Fachhandwerkerklausel verstanden werden kann.**

**Sachverhalt:**

Die Beklagten waren von Dezember 1963 bis September 2007 Mieter einer von der Rechtsvorgängerin der Klägerin gemieteten Wohnung in M. Zu Schönheitsreparaturen und Instandhaltungsmaßnahmen enthält § 8 des von der Rechtsvorgängerin der Klägerin verwendeten Formularvertrages vom 19. November 1963 unter anderem folgende Bestimmungen:

"5. Der Mieter ist verpflichtet, die Schönheitsreparaturen [...] in der Wohnung ausführen zu lassen [...], so-

wie die Roll-Läden, Licht- und Klingelanlagen, Schlösser, Wasserhähne, Spülkästen oder Druckspüler und Wasch- und Abflussbecken instandzuhalten und zerbrochene Glasscheiben zu ersetzen. [...]

6. Dem Mieter obliegt auch die Instandhaltung, also kostenmäßige Übernahme der während der Mietzeit notwendig werdenden Reparaturen an den in der Wohnung evtl. vorhandenen elektrischen oder Gas-Geräten [...] und an den evtl. in der Wohnung befindlichen Einbaumöbeln.

7. Kommt der Mieter seinen vorstehend angegebenen Verpflichtungen trotz schriftlicher Mahnung innerhalb einer angemessenen Frist nicht nach, so hat die Vermieterin das Recht, die erforderlichen Arbeiten auf Kosten des Mieters vornehmen zu lassen."

Die Kosten zur Vornahme der Schönheitsreparaturen belaufen sich auf 7.036,35 €. Steht der Klägerin ein Schadensersatzanspruch in dieser Höhe gegen die Beklagten zu?

### **Lösung:**

#### *A. Anspruch aus §§ 280 I, III; 281 BGB*

Die Klägerin könnte einen Anspruch auf Schadensersatz i.H.v. 7.036,35 € gegen die Beklagten aus §§ 280 I, III; 281 I 1 1. Fall BGB haben.

#### *I. Schuldverhältnis*

Zwischen den Parteien besteht ein Schuldverhältnis in Form des am 19.11.1963 geschlossenen Mietvertrages gem. § 535 BGB. Dieser Mietvertrag war zwar mit der Rechtsvorgängerin der Klägerin abgeschlossen worden. Jedoch tritt die Rechtsnachfolgerin gem. § 566 I BGB in die Rechte und Pflichten aus dem Mietvertrag ihrer Vorgängerin ein.

#### *II. Pflichtverletzung*

Die Beklagten müssten eine Pflicht dieses Schuldverhältnisses verletzt haben. In Betracht kommt die Nichterbringung einer fälligen und noch möglichen leistungsbezogenen Pflicht gem. § 281 I 1 1. Fall BGB. Dann müssten die Bekl. verpflichtet gewesen sein, Schönheitsreparaturen entsprechend der Klausel § 8 Nr. 5 des Mietvertrages vorzunehmen (2.) und es müsste sich um eine leistungsbezogene Pflicht handeln (1.).

#### *1. Leistungsbezogene Pflicht*

Die Pflichtverletzung im Rahmen des § 281 BGB muss leistungsbezogen sein (arg. e. § 282 BGB). Leistungsbezogene Pflichten sind alle Haupt- und Nebenleistungspflichten. Beim Mietvertrag stellen einerseits die Gebrauchsüberlassungspflicht und die Erhaltungspflicht des Vermieters gem. § 535 I 1, 2 BGB, andererseits die Mietzahlungspflicht des Mieters gem. § 535 II BGB die Hauptleistungspflichten dar. Nach

ganz herrschender Auffassung ist die Verpflichtung zur Übernahme von Schönheitsreparaturen als Teil der Instandhaltungspflicht eine Hauptleistungspflicht (BGHZ 77, 301 [305]; MünchKommBGB/Emmerich, § 326 Rn. 55). Durch Abwälzung dieser Verpflichtung auf den Mieter verliert sie nicht ihren Charakter als Hauptleistungspflicht (Spiegelbildargument). Darüber hinaus stellt sich die Verpflichtung nach Abwälzung als Teil des vom Mieter geschuldeten Entgelts dar (vgl. Giesen, JURA 1997, 530 [533]). Somit ist die Pflicht zur Vornahme von Schönheitsreparaturen eine (noch möglich) leistungsbezogene Pflicht.

#### *2. Pflichtverletzung der Beklagten*

Indem die Beklagten die Durchführung der Schönheitsreparaturen unterließen, könnten sie eine Pflicht des Mietvertrags verletzt haben.

#### *a) Formulärmäßige Abwälzung*

Wie ausgeführt, trifft die Instandhaltungspflicht und damit auch die Pflicht zur Vornahme von Schönheitsreparaturen gem. § 535 I 2 BGB den Vermieter.

Diese Verpflichtung könnte allerdings durch die Formulklausel im Mietvertrag auf die Beklagten abgewälzt worden sein (vgl. Palandt/Weidenkaff, § 536 Rn. 3). Dies müsste vor dem Hintergrund der §§ 307 ff. BGB wirksam sein. Fraglich ist, ob eine solche Abwälzung mit dem Grundgedanken des § 535 I 2 BGB vereinbar ist.

Die herrschende Auffassung geht grundsätzlich von der Zulässigkeit der Abwälzung der Schönheitsreparaturen auf den Mieter durch Formularvertrag aus. Die Abwälzung benachteilige den Mieter nicht, da sie in aller Regel bei der Kalkulation der Miete berücksichtigt werde, denn der Vermieter würde ansonsten einen höheren Mietzins verlangen. Auch sei die Abwälzung seit Jahrzehnten Verkehrssitte und von der Rechtsprechung zur Wahrung des Rechtsfriedens anerkannt. Schließlich sehen auch die vom Bundesministerium der Justiz herausgegebenen Mustermietverträge die Möglichkeit vor, dass der Mieter die Schönheitsreparaturen trägt. Diese Mustermietverträge seien von Fachleuten ausgearbeitet und von Vertretern der unterschiedlichen Interessengruppen ausgehandelt, so dass hiervon eine gewisse Indizwirkung bezüglich eines gerechten Interessenausgleichs zwischen den Parteien ausgeht (vgl. insg. BGHZ 92, 363 [367]; NJW 1998, 3114 [3115]; OLG Karlsruhe, NJW 1981, 2823).

Insgesamt ist damit von einer Zulässigkeit der Abwälzung der Schönheitsreparaturen auf den Mieter bzw. auf die Beklagten auszugehen.

#### *b) Wirksamkeit der Klausel § 8 Nr. 5*

Jedoch müsste auch die konkrete Klausel einer Inhaltskontrolle gem. §§ 307 ff. BGB standhalten.

*aa) Anwendbarkeit der §§ 305 ff. BGB und Einbeziehung gem. § 305 II BGB*

Vom Vorliegen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen i.S.d. § 305 I BGB ist ebenso wie von einer wirklichen Einbeziehung gem. § 305 II BGB auszugehen.

*bb) Keine individuellen Vertragsabreden oder überraschenden Klausel gem. § 305 b), c) I BGB*

Eine vorrangige Individualabrede ist nicht ersichtlich; auch kann die Klausel nicht als überraschend eingestuft werden.

*cc) Auslegung der objektiv mehrdeutigen Klausel*

Festzustellen ist allerdings, dass der Klauselteil "ausführen zu lassen" mehrdeutig ist. Zum einen kann hiermit eine ausschließliche Vornahme der Schönheitsreparaturen durch einen Fachhandwerker gemeint sein. Zum anderen kann der Klauselteil lediglich erfolgsbezogen zu verstehen sein, also auch eine Vornahme durch weitere Hilfspersonen des Mieters (Freunde, Verwandte od. Bekannte) zulassen, sofern dies eine fachgerechte Reparatur ermöglicht. Die Klausel ist also auslegungsbedürftig.

*(a) Maßstab der Auslegung: Grundsatz der "mieterfeindlichsten Auslegung" entsprechend dem Gedanken des § 305 c II BGB*

"[8] Das Berufungsgericht ist bei seiner Auslegung des im Jahre 1963 geschlossenen Mietvertrages mit Recht vom Grundsatz der "mieterfeindlichsten Auslegung" ausgegangen, der auch im Individualprozess anwendbar ist, wenn er - wie hier - zu einer dem Mieter günstigen Unwirksamkeit der Klausel führt (vgl. BGHZ 176, 244, Tz. 19). Dies wird auch von der Revision nicht angegriffen.

[9] Es kann dahingestellt bleiben, ob die Anwendung dieses Grundsatzes auf den im Jahr 1963 geschlossenen Mietvertrag gemäß Art. 229 § 5 Satz 2 EGBGB unmittelbar auf § 305c Abs. 2 BGB gestützt werden kann (so OLG Stuttgart, Urteil vom 27. September 2006 - 4 U 74/06, juris, Tz. 45; Heinrichs, NZM 2003, 6, 7 f.). Denn auch wenn man auf das Recht abstellte, das beim Abschluss des Mietvertrags galt, käme man zu keinem anderen Ergebnis. Die heute in § 305c Abs. 2 BGB und zuvor schon in § 5 AGBG normierte Unklarheitenregel hat in der Rechtspraxis lange vor Erlass des AGB-Gesetzes bestanden und ist durch § 5 AGBG lediglich aufgegriffen worden (BT-Drs. 7/3919, S. 47; 7/5422, S. 5). Auch schon bei Abschluss des Mietvertrages der Parteien galt deshalb, dass Allgemeine Geschäftsbedingungen an Hand des Verständnisses eines Durchschnittskunden grundsätzlich eng auszulegen sind und Unklarheiten zu Lasten dessen gehen, der sie aufgestellt hat (BGHZ 60, 174, 177; 62, 83, 88 f.; jeweils m.w.N.)."

*(b) Auslegung*

"[13] Rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht angenommen, die Klausel könne hinsichtlich einer Ausführung der geschuldeten Schönheitsreparaturen dahin verstanden werden, dass dem Mieter die Möglichkeit einer Selbstvornahme verschlossen sein sollte. Auch die Revision räumt ein, dass der in der Klausel gewählte Wortlaut "ausführen zu lassen" für das vom Berufungsgericht gefundene Auslegungsergebnis spricht. Sie meint jedoch, dies lasse noch nicht ohne Weiteres die Deutung zu, die Ausführung habe durch einen Fachmann zu erfolgen, sondern erlaube zunächst allenfalls - und bei mieterfeindlichster Auslegung - ein Verständnis dahin, dass die Arbeiten Dritten zu übertragen seien, zumal eine Fachkraft als dritte Person weder genannt sei noch eine fachmännische Erledigung verlangt werde. Hinzu komme, dass bei den Schönheitsreparaturen von einem "ausführen zu lassen" die Rede sei, während der Mieter bei der anschließenden Reparaturklausel verpflichtet sei, "instandzuhalten und ... zu ersetzen", also nach dem Wortlaut sogar zu einer Selbstvornahme verpflichtet sei. Letzteres sei interessenswidrig und offensichtlich nicht gewollt. Daraus sei der Schluss zu ziehen, dass auch die Begriffe "ausführen zu lassen" nicht wörtlich und schon gar nicht im Sinne einer Fachhandwerkerklausel zu verstehen seien.

[14] Die von der Revision aufgezeigte Auslegung ist zwar möglich. Sie ist jedoch nicht zwingend und schließt insbesondere nicht die Möglichkeit der gegenteiligen Auslegung aus, nach der dem Mieter entsprechend dem vom Verwender gewählten Wortlaut der Klausel eine Selbstvornahme der Schönheitsreparaturen verschlossen sein sollte. Vor allem berücksichtigt die Revision, welche die dem Mieter auferlegten Verpflichtungen lediglich erfolgsbezogen verstanden wissen will, nicht, dass im anschließenden § 8 Nr. 6 des Mietvertrages, der weitere Instandhaltungspflichten des Mieters regelt, die Instandhaltung ausdrücklich als "kostenmäßige Übernahme der während der Mietzeit notwendig werdenden Reparaturen" definiert ist. Dies strahlt zugleich auf das Verständnis der zuvor in § 8 Nr. 5 des Mietvertrages gebrauchten Begriffe des Instandhaltens und Ersetzens dahin aus, dass der Mieter die betreffenden Arbeiten nicht selbst auszuführen hat, sondern nur für die aus einer fachkundigen Fremdvorname entstehenden Kosten eintreten soll. Darüber hinaus findet sich in § 8 Nr. 7 des Mietvertrages für den Fall, dass der Mieter seinen zuvor geregelten Verpflichtungen nicht nachkommt, die Bestimmung, dass die Vermieterin das Recht hat, "die erforderlichen Arbeiten auf Kosten des Mieters vornehmen zu lassen". Auch diese terminologische Übereinstimmung mit dem in § 8 Nr. 5 des Mietvertrages anzutreffenden "ausführen zu lassen" spricht - anders als die Revision meint - dagegen, dass es sich bei letztgenannter Wen-

dung nur um eine zufällige sprachliche Unachtsamkeit ohne inhaltliche Bedeutung handelt.

[15] Jedenfalls ist hiernach die Auslegung, die Rechtsvorgängerin der Klägerin als Verwender des Formularvertrages habe darauf bestehen wollen, dass der Mieter bei Erfüllung der ihm auferlegten Verpflichtungen nicht selbst oder durch ihm nahe stehende Personen tätig wird, sondern fachkundige Dritte hinzuzieht oder die Kosten für die Hinzuziehung solcher Dritter zu tragen hat, nicht ausgeschlossen.

*(c) Ergebnis*

“[16] Ist die Regelung in § 8 Nr. 5 des Mietvertrages danach objektiv mehrdeutig, weil durch Auslegung nicht eindeutig geklärt werden kann, ob durch die Klausel eine Selbstvornahme dieser Arbeiten durch den Mieter zugelassen wird oder nicht, kommt die Unklarheitenregel zur Anwendung. Das hat zur Folge, dass die nicht behebbaren Zweifel zu Lasten der Klägerin gehen und der Prüfung, ob die Klausel den Mieter unangemessen benachteiligt, die den Beklagten günstigste Auslegungsalternative - das heißt diejenige, die zu einer Unwirksamkeit der Klausel führen würde - zugrunde zu legen ist (BGHZ 176, 244, Tz. 19; vgl. Senatsurteile vom 26. Oktober 1977 - VIII ZR 197/75, WM 1978, 10, unter II 3; vom 15. November 2006 - VIII ZR 166/06, WM 2007, 1142, Tz. 23; jeweils m.w.N.). Der Inhaltskontrolle zugrunde zu legen ist danach die Auslegung, nach der den Beklagten durch § 8 Nr. 5 des Mietvertrages die Verpflichtung auferlegt wird, die Schönheitsreparaturen in der von ihnen gemieteten Wohnung unter Ausschluss der Möglichkeit einer Selbstvornahme ausführen zu lassen.”

*dd) Wirksamkeit einer “Fachhandwerkerklausel” gem. § 307 I 1 BGB*

“[17] Mit diesem Inhalt hält die Klausel der Inhaltskontrolle gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB (Art. 229 § 5 Satz 2 EGBGB) nicht stand.

[18] Es entspricht verbreiteter Auffassung in der Instanzrechtsprechung und im Schrifttum, dass Fachhandwerkerklauseln in Formularmietverträgen über Wohnraum einen Mieter unangemessen benachteiligen und deshalb unwirksam sind, wenn sie dem Mieter die Möglichkeit der kostensparenden Eigenleistung nehmen, weil eine solche Klausel über das hinausgeht, was der Vermieter nach § 535 BGB ansonsten selbst schulden würde. Denn ohne eine Abwälzung der Schönheitsreparaturen auf den Mieter sei der Vermieter lediglich zur fachgerechten Ausführung in mittlerer Art und Güte (§ 243 Abs. 1 BGB) verpflichtet, wozu es bei Schönheitsreparaturen nicht zwingend der Ausführung durch Fachhandwerker bedürfe. Außerdem könne der Vermieter nur ein Interesse an einer fachgerechten Ausführung haben. Diesem Interesse werde auch durch die Ausführung der Arbeiten durch

einen Laien genügt, wenn dies fachgerecht geschehe. Hierzu seien viele Mieter (oder deren Verwandte oder Bekannte) durchaus selbst in der Lage (OLG Stuttgart, NJW-RR 1993, 1422, 1423; LG Köln, WuM 1991, 87; Stornel, Mietrecht aktuell, 4. Aufl., Rdnr. IX 55; Langenberg, Schönheitsreparaturen, Instandsetzung und Rückbau bei Wohn- und Gewerberaum, 3. Aufl., Rdnr. I 32; Erman/Jendrek, BGB, 12. Aufl., § 535 Rdnr. 101; MünchKommBGB/Häublein, BGB, 5. Aufl., § 535 Rdnr. 124; Hannemann/Wiegner/Over, Münchener Anwaltshandbuch Mietrecht, 3. Aufl., Rdnr. 151; Staudinger/Emmerich, BGB (2006), § 535 Rdnr. 111 m.w.N.).

[19] Der Senat hat bislang die Frage offen lassen können, ob die in Rechtsprechung und Schrifttum erhobenen Bedenken gegen die Wirksamkeit des formularmäßigen Ausschlusses von Eigenleistungen des Mieters durchgreifen (BGHZ 105, 71, 82). Er bejaht diese Frage nunmehr.

[20] Nach der gesetzlichen Regelung (§ 535 Abs. 1 BGB) ist die Durchführung von Schönheitsreparaturen an sich zwar Teil der Instandhaltungspflicht des Vermieters. Gleichwohl hält der Senat auch vor dem Hintergrund von § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB eine formularvertragliche Überwälzung entsprechender Vornahmepflichten auf den Mieter in ständiger Rechtsprechung für grundsätzlich zulässig (Senatsurteil vom 12. September 2007 - VIII ZR 316/06, NJW 2007, 3776, Tz. 7 m.w.N.).

[21] Allerdings hat der Senat zugleich darauf hingewiesen, dass die zur Verkehrssitte gewordene Praxis einer Überwälzung der Schönheitsreparaturen auf den Mieter auch dadurch geprägt ist, dass der Mieter die ihm übertragenen Schönheitsreparaturen in Eigenleistung ausführen kann (Senatsurteil vom 14. Juli 2004, aaO). Dieser Gesichtspunkt ist für die Beurteilung der Angemessenheit nicht zuletzt deshalb bedeutsam, weil auf diese Weise die übernommenen Pflichten für den Mieter überschaubar und in ihren wirtschaftlichen Auswirkungen kalkulierbar werden und er durch Ansparen Vorsorge treffen sowie sich durch Eigenleistungen Kosten ersparen kann (BGHZ 105, 71, 81). Wird deshalb dem Mieter - wie hier bei Zugrundelegung der kundenfeindlichsten Auslegung der Vornahmeklausel - die Möglichkeit einer Vornahme der Schönheitsreparaturen in Eigenleistung genommen, verliert die Überwälzung dieser Arbeiten am Maßstab des § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB ihre innere Rechtfertigung. Das gilt umso mehr, als Schönheitsreparaturen ihrer Natur nach nicht zwingend die Ausführung durch eine Fachfirma bedingen und deshalb auch ein Vermieter nicht verpflichtet wäre, im Rahmen seiner Instandhaltungspflichten die Schönheitsreparaturen durch Vergabe an Dritte ausführen zu lassen, sondern nur ein bestimmtes Arbeitsergebnis, nämlich eine fachgerechte Ausführung in mittlerer Art und

Güte (§ 243 Abs. 1 BGB), schuldet (vgl. BGHZ 105, 71, 78; Senatsurteil vom 26. Mai 2004 - VIII ZR 77/03, WuM 2004, 466, unter II 2 a cc).

*ee) Ergebnis bzgl. der Wirksamkeit der Klausel*  
 “[22] Die unwirksame Beschränkung der Vornahme von Schönheitsreparaturen auf eine Vornahme durch Dritte unter Ausschluss einer Selbstvornahme führt zur Unwirksamkeit des gesamten Klauselteils betreffend die Schönheitsreparaturen. Denn mit einer Streichung der Worte "ausführen zu lassen" verbleibt schon sprachlich kein sinnvoller Klauselrest mehr.”

*III. Ergebnis bzgl. des Anspruchs aus §§ 280 I, III;*

*281 BGB*

Die Beklagten hatten wegen Unwirksamkeit der Klausel § 8 Nr. 5 nicht die Pflicht, Schönheitsreparaturen durchzuführen. Sie haben demnach auch keine Pflicht des Mietvertrages verletzt. Folglich steht der Klägerin auch kein Schadensersatzanspruch aus §§ 280 I, III; 281 BGB zu.

*B. Weitere Ansprüche*

Andere Ansprüche der Klägerin sind nicht ersichtlich. Insbesondere kann die Klägerin nicht aus § 823 I BGB vorgehen, da außer ihres nicht geschützten Vermögens keine Rechte betroffen sind.

**Standort: §§ 25 II, 27 StGB**

**Problem: Abgrenzung Mittäterschaft und Beihilfe**

BGH, URTEIL VOM 25.03.2010  
 4 STR 522/09 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

**Problemdarstellung:**

Der Angeklagte hatte sich zusammen mit fünf anderen zusammengeschlossen, um A dafür zu bestrafen, dass dieser - wie sie glaubten - eine gemeinsame Bekannte in der Vergangenheit misshandelt hatte. Nachdem sie die Wohnung des A gestürmt hatten, trafen sie dort auf den zufällig anwesenden H, den einer der Mitangeklagten mit einem Nothammer niederschlug und, nachdem H bereits am Boden lag, diesen auch noch mit seinen Springerstiefeln trat. Das Opfer erlitt lebensgefährliche Verletzungen. Ob der Angeklagte selbst Verletzungshandlungen vorgenommen hatte, ließ sich nicht mehr mit Sicherheit nachweisen.

Das Landgericht Saarbrücken verurteilte den Angeklagten aufgrund seiner Mitwirkung an dem Überfall wegen Beihilfe zur gefährlichen Körperverletzung, §§ 223 I, 224 I, 27 StGB. Die Staatsanwaltschaft legte hiergegen Revision ein und begehrte eine Verurteilung des Angeklagten als Mittäter. Dies wies der BGH zurück, da die Annahme einer bloßen Beihilfe des Angeklagten durch das Tatsachengericht zumindest vertretbar und deshalb vom Revisionsgericht hinzunehmen sei. Der BGH hob das Urteil dennoch auf, das das Gericht irrtümlich einen falschen Bundeszentralregisterauszug angefordert und deshalb bei der Strafzumessung irrig davon ausgegangen war, der Angeklagte sei nicht vorbestraft.

**Prüfungsrelevanz:**

Die Abgrenzung von Mittäterschaft und Beihilfe ist ein klassisches Problem in beiden Examen und kann in allen Prüfungsteilen (Klausur, Kurzvortrag, Prüfungsgespräch) relevant werden. Häufig ist diese Abgrenzung im Rahmen von Tötungs- und Körperverlet-

zungsdelikten vorzunehmen, sodass die vorliegende Entscheidung, in der der Tatbestand der gefährlichen Körperverletzung, §§ 223 I, 224 I StGB, im Mittelpunkt steht, einen typischen Prüfungssachverhalt darstellt. Wirklich neue Erkenntnisse liefert sie zwar nicht, aber aktuelle Entscheidungen werden ja auch ohne dass sie zu einer Änderung der Rechtsprechung führen gerne von Prüfern aufgegriffen, um ein klassisches Problem noch einmal zu prüfen.

Wenn mehrere Personen eine Tat arbeitsteilig begehen, dann können diejenigen, die die eigentliche Tathandlung nicht selbst ausführen, sowohl als Mittäter, § 25 II StGB, als auch als Gehilfen, § 27 StGB, strafbar sein. Die Abgrenzung ist schon allein deshalb wichtig, weil ein Gehilfe gem. § 27 II 2 StGB in den Genuss einer obligatorischen Strafmilderung kommt, ein Mittäter jedoch nicht. Zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme werden im Wesentlichen zwei Auffassungen vertreten (vgl. hierzu die Darstellung im Skript Strafrecht AT II, Rn. 24 ff.): Nach der in der Literatur herrschenden Auffassung, der sog. Tatherrschaftslehre, ist derjenige Täter, der die Tatherrschaft hat, d.h. der als Zentralgestalt des Geschehens den tatbestandsmäßigen Geschehensablauf steuernd in den Händen hält und nach seinem Gutdünken ablaufen lassen oder hemmen kann, und sich dessen auch bewusst ist (Joecks, § 25 Rn. 5 f.; Kühl, AT, § 20 Rn. 25 ff.; Rönnau, JuS 2007, 514; Zöllner, JURA 2007, 305, 311). Nach der in der Rechtsprechung vertretenen sog. modifizierten Animus-Theorie ist derjenige Täter, der einen Förderungsbeitrag mit Täterwillen (animus auctoris) leistet; hierbei hat derjenige Täterwillen, der die Tat als eigene will, was anhand von Indizien zu ermitteln, nämlich Grad des eigenen Interesses am Taterfolg, Art und Umfang der geleisteten Beiträge, Tatherrschaft und Tatherrschaftswille (BGHSt 28, 346, 348 f.; 36, 363, 367; 45, 270, 296).

In der vorliegenden Entscheidung folgt der BGH der

bisherigen Rechtsprechung und betont insbesondere hinsichtlich des Tatbestandes der gefährlichen Körperverletzung gem. § 224 I Nr. 4 StGB, dass dieser zwar eine "gemeinschaftliche" Begehung der Körperverletzung voraussetze und somit eine identische Formulierung verwende wie § 25 II StGB. Dennoch sei es nicht selbstverständlich, dass jede der an einer gefährlichen Körperverletzung gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 4 StGB beteiligten Personen auch Mittäter sei. Vielmehr müsse für jeden Beteiligten nach den üblichen Kriterien zwischen Mittäterschaft und Teilnahme abgegrenzt werden. Dies entspricht der Rechtsprechung zu den Bandendelikten (z.B. §§ 244 I Nr. 2; 250 I Nr. 2; 263 III 2 Nr. 1, V; 260 StGB). Bei diesen hatte BGH ursprünglich die Ansicht vertreten, dass ein Bandenmitglied stets Mittäter der Taten der jeweiligen Bande sei (BGHSt 3, 40). Mittlerweile geht er jedoch - in Übereinstimmung mit der ganz herrschenden Literatur - davon aus, dass ein Bandenmitglied nicht automatisch Mittäter aller von der Bande begangenen Taten sei, sondern auch hier im Einzelfall - nach den normalen Kriterien - abzugrenzen sei, ob das Bandenmitglied als Mittäter, Teilnehmer oder u.U. gar nicht an der einzelnen Bandentat beteiligt ist (BGH, NStZ 2003, 32, 33; StV 2008, 575 = RA 2008, 717; Schönke/Schröder-Eser, § 244 Rn. 27)

#### Vertiefungshinweise:

Zur Abgrenzung von Mittäterschaft und Beihilfe: BGHSt 28, 346; 36, 363; 45, 270; Rönnau, JuS 2007, 514; Zöller, JURA 2007, 305

#### Kursprogramm:

Examenskurs: "Ein Colt für alle Fälle"

#### Leitsätze (der Redaktion):

**1. Mittäterschaft liegt dann vor, wenn ein Tatbeteiligter nicht bloß fremdes Tun fördern, sondern seinen Beitrag als Teil der Tätigkeit des anderen und umgekehrt dessen Tun als Ergänzung seines eigenen Tatanteils will. Bei Beteiligung mehrerer Personen, von denen nicht jede sämtliche Tatbestandsmerkmale verwirklicht, handelt mittäter-schaftlich, wer seinen eigenen Tatbeitrag so in die gemeinschaftliche Tat einfügt, dass er als Teil der Handlung eines anderen Beteiligten und umgekehrt dessen Tun als Ergänzung des eigenen Tatanteils erscheint. Ob ein Beteiligter ein so enges Verhältnis zur Tat hat, ist nach den gesamten Umständen, die von seiner Vorstellung umfasst sind, in wertender Betrachtung zu beurteilen. Wesentliche Anhaltspunkte können dabei der Grad des eigenen Interesses am Taterfolg, der Umfang der Tatbeteiligung und die Tatherrschaft oder wenigstens der Wille zur Tatherrschaft sein.**

**2. Bei der Abgrenzung von Mittäterschaft und Beihilfe ist dem Tatrichter, vor allem in Grenzfällen, ein Beurteilungsspielraum eröffnet, der revisionsrechtlich nur eingeschränkt überprüft werden kann. Enthalten die Urteilsgründe eine hinreichende Darlegung aller maßgeblichen Gesichtspunkte, ist die tatrichterliche Wertung vom Revisionsgericht auch dann hinzunehmen, wenn im Einzelfall eine andere Beurteilung möglich gewesen wäre.**

**3. Auch bei der gefährlichen Körperverletzung in der Tatvariante "mit einem anderen Beteiligten gemeinschaftlich", § 224 I Nr. 4 StGB, sind die Tatbeiträge nach den allgemeinen Regeln abzugrenzen. Dass das Zusammenwirken eines Täters mit einem Gehilfen zur Erfüllung dieses Qualifikationsmerkmals ausreichen kann, führt nicht dazu, dass der Gehilfe schon deshalb als Mittäter zu bestrafen wäre.**

#### Sachverhalt:

G wollte A für Misshandlungen, die dieser der S nach deren Schilderung in der Vergangenheit zugefügt hatte, zur Rede stellen und gegebenenfalls verprügeln. Zu diesem Zweck traf G sich mit fünf weiteren männlichen Personen, unter denen sich auch X sowie M und An befanden. Alle fünf erklärten sich bereit, G zur Wohnung des A zu begleiten und bei seinem Vorhaben zu unterstützen. Nachdem die sechs Personen unter Führung des M die Wohnung des A gestürmt hatten, stürzte sich M auf den ihm unbekannt, in der Wohnung ebenfalls anwesenden H und schlug unter Verwendung eines mitgebrachten Nothammers massiv auf diesen ein. H ging bereits nach dem ersten Schlag zu Boden und verlor das Bewusstsein. Gleichwohl fuhr M mit seinen Schlägen fort und trat auf den weiterhin am Boden Liegenden auch mit seinen Springerstiefeln ein. Entweder X oder An schlug mit einem Holzstück ebenfalls auf H ein. Dieser erlitt lebensgefährliche Verletzungen.

Strafbarkeit des X?

[Anm.: § 323c StGB ist nicht zu prüfen.]

#### Lösung:

A. Strafbarkeit des X gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 2, 4, 5, 25 II StGB

X könnte sich durch seine Mitwirkung an dem Überfall auf die Wohnung des S wegen gefährlicher Körperverletzung in Mittäterschaft gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 2, 4, 5, 25 II StGB zum Nachteil des H strafbar gemacht haben.

#### I. Tatbestand

X müsste zunächst den Tatbestand des Grunddelikts,

§§ 223 I, 25 II StGB, verwirklicht haben. Dazu müsste X den H körperlich misshandelt und/oder an der Gesundheit geschädigt haben.

### *1. Eigene Verletzungshandlung des X*

X könnte H durch eine eigene Handlung körperlich misshandelt oder an der Gesundheit geschädigt haben. Dies wäre insbesondere dann der Fall, wenn X den H selbst mit einem Holzstück geschlagen hätte. Allerdings lässt sich nicht mit Sicherheit feststellen, ob die Schläge durch X oder durch An vorgenommen wurden. Aufgrund dieser Zweifel ist nach dem Grundsatz "in dubio pro reo" zugunsten des X davon auszugehen, dass An derjenige war, der H mit dem Holzstück schlug. Eine eigene Verletzungshandlung des X ist somit nicht gegeben.

### *2. Verletzungshandlung des M, gem. § 25 II StGB zurechenbar*

Es könnte jedoch sein, dass M den H körperlich misshandelt und/oder an der Gesundheit geschädigt hat und diese Handlung X über § 25 II StGB zuzurechnen ist.

#### *a. Verletzungshandlung des M*

Dann müsste zunächst M den H körperlich misshandelt und/oder an der Gesundheit geschädigt haben. Körperliche Misshandlung ist jede üble unangemessene Behandlung, die das körperliche Wohlbefinden oder die körperliche Integrität nicht nur unerheblich beeinträchtigt (BGHSt 25, 277; Joecks, § 223 Rn. 4; LK-Lilie, § 223 Rn. 6). Eine Gesundheitsschädigung ist das Hervorrufen oder Steigern eines pathologischen Zustands (BGH, NJW 1960, 2253; Fischer, § 223 Rn. 6; Schönke/Schröder-Eser, § 223 Rn. 5). M hat H mit einem Nothammer auf den Kopf geschlagen und mit seinen Springerstiefeln getreten. Dies stellt eine üble unangemessene Behandlung des H dar, die zumindest dessen Wohlbefinden erheblich beeinträchtigt hat. Durch den Schlag mit dem Nothammer hat M auch eine Bewusstlosigkeit des H, also einen pathologischen Zustand, hervorgerufen. M hat H körperlich misshandelt und an der Gesundheit geschädigt.

#### *b. Zurechnung gem. § 25 II StGB*

Die Handlung des M müsste X über § 25 II StGB zuzurechnen sein. Eine solche Zurechnung würde voraussetzen, dass M und X Mittäter wären. Mittäterschaft setzt ein arbeitsteiliges Zusammenwirken aufgrund eines gemeinsamen Tatentschlusses voraus (Joecks, § 25 Rn. 61; Wessels/Beulke, AT, Rn. 524). Zwar hat X zusammen mit M (und den anderen Beteiligten) die Wohnung des A gestürmt, um diesen zur Rede zu stellen und ggf. zu verprügeln. Fraglich ist jedoch, ob ihn dies auch zum Mittäter der von M

begangenen Körperverletzung an H macht, insbesondere da X selber keine Verletzungshandlungen vorgenommen hat (s.o.). Unter welchen Voraussetzungen eine Person, die die eigentliche Tathandlung nicht selber ausgeführt hat, Mittäter (und nicht nur Teilnehmer) ist, ist streitig.

#### *aa. Tatherrschaftslehre*

Nach der herrschenden Auffassung in der Literatur, der sog. Tatherrschaftslehre, ist Täter, wer die Tatherrschaft hat, d.h. wer als Zentralgestalt des Geschehens den tatbestandsmäßigen Geschehensablauf steuernd in den Händen hält und nach seinem Gutdünken ablaufen lassen oder hemmen kann, und sich dessen auch bewusst ist (Joecks, § 25 Rn. 5 f.; Kühl, AT, § 20 Rn. 25 ff.; Rönnau, JuS 2007, 514; Zöllner, JURA 2007, 305, 311).

X hat selbst keine Verletzungshandlungen vorgenommen (s.o.). Er war zwar am Tatort anwesend, sodass er wohl hätte eingreifen und vielleicht auch M hätte aufhalten können. Insofern ist jedoch zu berücksichtigen, dass X die Verletzungen, die M dem H zugefügt hat, in keinsten Weise mitbestimmt hat. Auch muss Berücksichtigung finden, dass es ursprünglich gar nicht geplant war, H zu misshandeln, sondern S. Auch deshalb dürfte X, was die Misshandlung des H angeht, nicht als Zentralgestalt des Geschehens anzusehen sein. X hat also keine Tatherrschaft, sodass er nach dieser Auffassung auch kein Mittäter ist.

#### *bb. Modifizierte Animus-Theorie*

Nach der in der Rechtsprechung vertretenen sog. modifizierten Animus-Theorie ist derjenige Täter, der einen Förderungsbeitrag mit Täterwillen (animus auctoris) leistet (BGHSt 28, 346, 348 f.; 36, 363, 367; 45, 270, 296). Täterwillen hat derjenige, der die Tat als eigene will. Ob dies der Fall ist, ist anhand von Indizien zu ermitteln, nämlich Grad des eigenen Interesses am Taterfolg, Art und Umfang der geleisteten Beiträge, Tatherrschaft und Tatherrschaftswille.

Zur Täterschaft des X im vorliegenden Fall führt der BGH aus: "aa) [5] Mittäterschaft liegt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs dann vor, wenn ein Tatbeteiligter nicht bloß fremdes Tun fördern, sondern seinen Beitrag als Teil der Tätigkeit des anderen und umgekehrt dessen Tun als Ergänzung seines eigenen Tatanteils will. Bei Beteiligung mehrerer Personen, von denen nicht jede sämtliche Tatbestandsmerkmale verwirklicht, handelt mittäterschaftlich, wer seinen eigenen Tatbeitrag so in die gemeinschaftliche Tat einfügt, dass er als Teil der Handlung eines anderen Beteiligten und umgekehrt dessen Tun als Ergänzung des eigenen Tatanteils erscheint (st. Rspr.; vgl. nur BGHSt 37, 289, 291 m.w.N.). Ob ein Beteiligter ein so enges Verhältnis zur Tat hat, ist nach den gesamten Umständen, die von seiner Vorstellung umfasst sind,



in wertender Betrachtung zu beurteilen. Wesentliche Anhaltspunkte können dabei der Grad des eigenen Interesses am Taterfolg, der Umfang der Tatbeteiligung und die Tatherrschaft oder wenigstens der Wille zur Tatherrschaft sein (BGH aaO). Dabei ist dem Tatrichter, vor allem in Grenzfällen, ein Beurteilungsspielraum eröffnet, der revisionsrechtlich nur eingeschränkt überprüft werden kann. Enthalten die Urteilsgründe eine hinreichende Darlegung aller maßgeblichen Gesichtspunkte, ist die tatrichterliche Wertung vom Revisionsgericht auch dann hinzunehmen, wenn im Einzelfall eine andere Beurteilung möglich gewesen wäre (Fischer StGB 57. Aufl. § 25 Rdn. 12 m. Nachw. zur Rspr.). Auch bei der gefährlichen Körperverletzung in der Tatvariante "mit einem anderen Beteiligten gemeinschaftlich" sind die Tatbeiträge nach diesen allgemeinen Regeln abzugrenzen.

bb) [6] Eine Verurteilung des Angeklagten als (Mit-)Täter der gefährlichen Körperverletzung kommt im vorliegenden Fall nicht schon deshalb in Betracht, weil der Mitangeklagte M die Voraussetzungen des § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB als Täter erfüllt hat. Zwar ist gemeinschaftliches Handeln, wie es § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB voraussetzt, auch ein Kennzeichen der Mittäterschaft im Sinne des § 25 Abs. 2 StGB, aber weder deren einzige Voraussetzung noch auf diese Beteiligungsform beschränkt (LK/Lilie StGB 11. Aufl. § 224 Rdn. 34). Dass das Zusammenwirken eines Täters mit einem Gehilfen zur Erfüllung des Qualifikationsmerkmals nach § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB ausreichen kann (vgl. dazu BGHSt 47, 383, 386), führt nicht dazu, dass der Gehilfe schon deshalb als Mittäter zu bestrafen wäre (BGH, Beschluss vom 22.

Oktober 2008 - 2 StR 286/08, NStZ-RR 2009, 10).

cc) [7] Auch im Übrigen hält sich die Annahme des Landgerichts, der Angeklagte sei lediglich Gehilfe gewesen, noch im Rahmen des dem Tatrichter insoweit eingeräumten Beurteilungsspielraums. Allerdings erweist sich die Erwägung der Strafkammer, Beihilfe im Sinne des § 27 Abs. 1 StGB liege schon deshalb vor, weil dem Angeklagten eine konkrete Verletzungshandlung nicht zweifelsfrei habe nachgewiesen werden können, für sich genommen als nicht tragfähig. Wegen gemeinschaftlicher Körperverletzung kann vielmehr auch derjenige bestraft werden, der die Verletzung nicht mit eigener Hand ausführt, jedoch auf Grund eines gemeinschaftlichen Tatentschlusses mit dem Willen zur Tatherrschaft zum Verletzungserfolg beiträgt (Senatsurteil vom 19. Januar 1984 - 4 StR 742/83, StV 1984, 190). Nach den vom Landgericht getroffenen weiteren Feststellungen wirkte der Angeklagte jedoch ohne eigenen Vorteil lediglich zur Unterstützung eines von dem gesondert verfolgten G mit dem Mitangeklagten M abgesprochenen Vorhabens mit, das ausschließlich auf dem persönlichen Motiv des G beruhte, den Zeugen A für die Misshandlung

seiner Freundin S zu bestrafen. Ein maßgebliches Tatinteresse des Angeklagten, etwa in Form einer für die Mitwirkung zugesagten Belohnung, ergibt sich aus den Urteilsgründen ebenso wenig wie ein auch nur ansatzweiser Einfluss auf Einzelheiten der Tatausführung. Auch wenn vor dem Hintergrund der zur konkreten Tatausführung getroffenen Feststellungen eine andere Entscheidung vertretbar gewesen wäre, nimmt der Senat den Schuldspruch daher hin."

Auch nach der Rechtsprechung ist eine (Mit-) Täterschaft des X somit nicht gegeben.

#### cc. Zwischenergebnis

Nach beiden Auffassungen ist X kein Mittäter des M, sodass ihm dessen Verletzungshandlungen auch nicht gem. § 25 II StGB zugerechnet werden können.

#### II. Ergebnis

X ist nicht strafbar gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 2, 4, 5, 25 II StGB.

#### B. Strafbarkeit des X gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 2, 4, 5, 27 StGB

X könnte sich aber durch seine Mitwirkung beim Überfall auf die Wohnung des A wegen Beihilfe zur gefährlichen Körperverletzung gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 2, 4, 5, 27 StGB strafbar gemacht haben.

#### I. Tatbestand

##### 1. Teilnahmefähige Haupttat

Zunächst einmal müsste eine teilnahmefähige, d.h. tatbestandliche (insb. vorsätzliche) und rechtswidrige, Haupttat vorliegen (vgl. § 27 I StGB). Im Betracht kommt insofern eine gefährliche Körperverletzung des M gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 2, 4, 5 StGB.

##### a. Tatbestand

Der Haupttäter M müsste zunächst den Tatbestand der §§ 223 I, 224 I Nr. 2, 4, 5 StGB verwirklicht, insb. vorsätzlich gehandelt haben.

##### aa. Grunddelikt: § 223 I StGB

M hat H körperlich misshandelt und an der Gesundheit geschädigt (s.o.) und so den objektiven Tatbestand des § 223 I StGB verwirklicht.

##### bb. Qualifikation: § 224 I StGB

M könnte auch Qualifikationsmerkmale des § 224 I StGB verwirklicht haben.

##### (1) § 224 I Nr. 2 StGB

M könnte die Körperverletzung mittels einer Waffe oder eines anderen gefährlichen Werkzeugs begangen haben, § 224 I Nr. 2 StGB.

M hatte H mit einem Nothammer geschlagen und mit

seinen Springerstiefeln getreten. Diese Gegenstände müssten also Waffen oder andere gefährliche Werkzeuge sein.

I.S.v. § 224 I Nr. 2 StGB ist Waffe ein Gegenstand, der dazu bestimmt ist, erhebliche Verletzungen von Menschen zu verursachen (sog. "Waffe im technischen Sinne", Fischer, § 224 Rn. 9d; Joecks, § 224 Rn. 23; Wessels/Hettinger, BT I, Rn. 273). Anderes gefährliches Werkzeug ist jeder Gegenstand, der nach seiner objektiven Beschaffenheit und der Art seiner Benutzung im Einzelfall dazu geeignet ist, erhebliche Verletzungen zuzufügen (BGH, NStZ 2007, 95; Fischer, § 224 Rn. 9; Lackner/Kühl, § 224 Rn. 5).

Da weder der Nothammer noch die Springerstiefel dazu bestimmt sind, Verletzungen zuzufügen, handelt es sich bei diesen Gegenständen nicht um Waffen. Allerdings sind sowohl ein Nothammer, mit dem gegen den Kopf eines Menschen geschlagen wird, als auch Springerstiefel, mit denen das Opfer getreten wird, bei dieser Art der Verwendung dazu geeignet, erhebliche Verletzungen zuzufügen. M hat also die Körperverletzung mittels eines gefährlichen Werkzeugs begangen und so den objektiven Tatbestand des § 224 I Nr. 2 StGB verwirklicht.

#### (2) § 224 I Nr. 4 StGB

M könnte die Körperverletzung auch mit einem anderen Beteiligten gemeinschaftlich begangen haben, § 224 I Nr. 4 StGB.

Der Qualifikationstatbestand des § 224 I Nr. 4 StGB setzt nicht zwingend voraus, dass mehrere Personen Verletzungshandlungen vorgenommen haben (BGH, NStZ 2000, 194; 2006, 572; Fischer, § 224 Rn. 11). Ausreichend ist es bereits, wenn eine am Tatort anwesende Person den unmittelbar Tatausführenden aktiv physisch unterstützt (BGH, NStZ 2006, 572, 573; Fischer, § 224 Rn. 11a).

Im vorliegenden Fall hatte neben dem M noch eine weitere Person - entweder X oder An - Verletzungshandlungen (durch die Schläge mit dem Holzstück) vorgenommen, sodass auf jeden Fall eine gemeinschaftliche Begehung i.S.v. § 224 I Nr. 4 StGB vorliegt.

#### (3) § 224 I Nr. 5 StGB

M könnte die Körperverletzung auch mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung begangen haben, § 224 I Nr. 5 StGB.

Zwar ist i.R.v. § 224 I Nr. 5 StGB streitig, ob dieser Qualifikationstatbestand bereits dann erfüllt ist, wenn eine abstrakte Gefahr für das Leben des Opfers besteht (so BGH, NStZ 2004, 618; 2007, 339; OLG Hamm, NStZ-RR 2009, 15; Joecks, § 224 Rn. 38; Wessels/Hettinger, BT I, Rn. 282) oder ob der Eintritt einer konkreten Lebensgefahr erforderlich ist (so NK-Paeffgen, § 224 Rn. 27; Stree, JURA 1980, 291). Im

vorliegenden Fall hat M das Opfer jedoch mit einem Nothammer gegen den Kopf geschlagen, also eine Handlung vorgenommen, bei der es nur vom Zufall abhängig war, ob dieses sterben würde oder nicht. Da also eine konkrete Lebensgefahr für H eingetreten ist, ist nach beiden Auffassungen der objektive Tatbestand des § 224 I Nr. 5 StGB erfüllt.

#### cc. Vorsatz

M handelte vorsätzlich hinsichtlich der Verwirklichung des Grunddelikts und der qualifizierenden Umstände.

#### b. Rechtswidrigkeit

M handelte auch rechtswidrig.

Eine teilnahmefähige Haupttat ist somit mit der gefährlichen Körperverletzung des M gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 2, 4, 5 StGB gegeben.

#### 2. Hilfe leisten

X müsste M zur Begehung dieser Tat Hilfe geleistet haben.

"Hilfe leisten" i.S.v. § 27 I StGB ist jedes Fördern der Haupttat, also jeder Beitrag, durch den die Haupttat ermöglicht oder erleichtert oder die vom Haupttäter begangene Rechtsgutsverletzung verstärkt wird (BGH, NJW 2001, 364, 365; 2003, 3212, 3213; Wessels/Beulke, AT, Rn. 582).

Zwar ist nach dem Grundsatz "in dubio pro reo" davon auszugehen, dass X keine eigenen Verletzungshandlungen vorgenommen hat (s.o.), die die Misshandlung des H verstärkt hätten. Allerdings hat X vor der Ausführung des Überfalls diesen zusammen mit G, M und den anderen Beteiligten verabredet. Da G ja erst einige Begleiter "zusammengetrommelt" hat, bevor er den Mut hatte, einen entsprechenden Angriff durchzuführen, liegt die Annahme nahe, dass G den Angriff alleine gar nicht durchgeführt hätte, sodass X durch seine Bereitschaft zur Mitwirkung diesen ermöglicht hat. Außerdem war X auch bei dem Angriff zugegen und hat so M durch seine Anwesenheit bestärkt bzw. das Opfer eingeschüchtert, sodass X die Begehung der Haupttat zumindest erleichtert hat.

#### 3. Vorsatz

X müsste vorsätzlich gehandelt haben.

Der Vorsatz des Gehilfen muss sich sowohl auf die teilnahmefähige Haupttat als auch auf das Hilfeleisten erstrecken (sog. "doppelter Gehilfenvorsatz", vgl. Fischer, § 27 Rn. 22; Joecks, § 27 Rn. 10). Hinsichtlich der Haupttat ist es allerdings ausreichend, dass der Gehilfe um ihre wesentlichen Merkmale weiß; nähere Details wie insbesondere Opfer, Tatzeit und Details der konkreten Begehungsweise braucht er nicht zu kennen (BGHSt 42, 136; BGH, NJW 2007, 384, 389

f.; Fischer, § 27 Rn. 22; Joecks, § 27 Rn. 11).

Zwar war eigentlich geplant, dass durch den Überfall eine körperliche Misshandlung des A ermöglicht werden sollte und schließlich ist es statt dessen zu einer Misshandlung des H durch den Haupttäter M gekommen. Da jedoch die Identität des Opfers vom Vorsatz des Gehilfen nicht erfasst sein muss, ist auch die Verletzung des H durch den Haupttäter M vom Vorsatz des X umfasst. Allerdings lässt sich nicht feststellen, ob auch besprochen worden war, dass M das Opfer mit einem Nothammer schlagen und mit Stiefeln treten und so eine das Leben gefährdende Behandlung vornehmen würde. Nach dem Grundsatz "in dubio pro reo" ist also davon auszugehen, dass X sich die Verwirklichung der Qualifikationsmerkmale des § 224 I Nr. 2, 5 StGB durch den Haupttäter nicht vorgestellt hat, sodass diesbezüglich kein Vorsatz vorlag. Die Begehung der Körperverletzung des M mit anderen Beteiligten gemeinschaftlich gem. § 224 I Nr. 4 StGB entsprach hingegen der Vorstellung des X. X hatte also Vorsatz bzgl. einer gefährlichen Körperverletzung gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 4 StGB durch M als Haupttat.

Da X zu dieser Tat auch Hilfe leisten wollte, hat er

vorsätzlich gehandelt.

### *II. Rechtswidrigkeit und Schuld*

X handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

### *III. Ergebnis*

X ist strafbar gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 4, 27 StGB. Das ist auch das Ergebnis des BGH:

"[2] Der Schuldspruch des angefochtenen Urteils weist keinen Rechtsfehler zum Vorteil des Angeklagten auf. Dies gilt auch, soweit das Landgericht den Angeklagten wegen der Beteiligung an den Misshandlungen des Geschädigten H (lediglich) wegen Beihilfe zur gefährlichen Körperverletzung verurteilt hat."

### *C. Strafbarkeit des X gem. § 231 StGB*

Eine Strafbarkeit des X wegen Beteiligung an einer Schlägerei gem. § 231 I StGB durch seine Mitwirkung an dem Überfall scheidet aus, da durch den Überfall auf H weder dessen Tod noch eine schwere Körperverletzung i.S.v. § 226 StGB verursacht wurde, sodass es am Vorliegen dieser für § 231 I StGB erforderlichen objektiven Strafbarkeitsbedingung fehlt.

## *Literaturauswertung*

### *Öffentliches Recht*

<b>Autor/Titel:</b>	Knopp, Lothar: "Griechenland-Nothilfe auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand"
<b>Fundstelle:</b>	NJW 2010, 1777 (Heft 25)
<b>Inhalt:</b>	Die öffentliche Diskussion um den Sinn und die rechtliche Zulässigkeit der deutschen Finanzhilfen für Griechenland bietet Anlass, sich diesem Thema auch in juristischen Prüfungen zuzuwenden, insbesondere im mündlichen Gespräch. Der Autor bespricht die Vereinbarkeit des deutschen Griechenland-Nothilfegesetzes mit dem Grundgesetz (Art. 38 I, 14 I, 2 I GG) und den europäischen Verträgen (Art. 125 AEUV). Dass der Beitrag das Problem "Griechenland-Hilfe" einmal juristisch durchleuchtet, ist besonders wertvoll, da das BVerfG in seiner Eilentscheidung zum Griechenland-Nothilfegesetz (NJW 2010, 1586) bekanntlich jegliche Ausführungen in der Sache schuldig geblieben ist und lediglich eine Folgenlastabwägung vorgenommen hat.

### *Zivilrecht*

<b>Autor/Titel:</b>	Deubner, Karl: "Aktuelles Zivilprozessrecht"
<b>Fundstelle:</b>	JuS 2010, 506 (Heft 6)
<b>Inhalt:</b>	Ein nicht nur für Referendare interessanter Beitrag. Der Autor greift anhand von Fallbeispielen einige aktuelle Entscheidungen mit prozessuaalem Problemschwerpunkt auf. Das Erkenntnisverfahren (z.B. Problem der Beweisverwertungsverbote) kommt dabei ebenso vor wie das Vollstreckungsverfahren (z.B. die Vollstreckungserinnerung in Abgrenzung zur Drittwiderspruchsklage).

### *Strafrecht*

<b>Autor/Titel:</b>	Ransiek, Andreas: "Das unechte Unterlassungsdelikt"
<b>Fundstelle:</b>	JuS 2010, 90 (Heft 6)
<b>Inhalt:</b>	Im ersten Teil eines mehrteiligen Aufsatzes befasst sich der Autor nach kurzen Ausführungen zur Differenzierung von echten und unechten Unterlassungsdelikten mit der gutachterlichen Darstellung der letzteren in der Fallbearbeitung. Hierbei liefert er zunächst einen Überblick über die insofern zu prüfenden Tatbestandsmerkmale und erörtert diese dann im Detail. Die Probleme werden einmal kurz und einmal ausführlich dargestellt. Insbesondere die Abgrenzung von Tun und Unterlassen und die Kausalitätsprüfung beim unechten Unterlassungsdelikt sind sehr anschaulich.

<b>Autor/Titel:</b>	Bittmann, Folker: "Änderungen im Untersuchungshaftrecht"
<b>Fundstelle:</b>	JuS 2010, 510 (Heft 6)
<b>Inhalt:</b>	Am 01.01.2010 sind verschiedene Änderungen im Untersuchungshaftrecht in Kraft getreten. Der Verfasser, ein Leitender Oberstaatsanwalt, schildert anhand eines Beispielsfalls, der sowohl nach altem als auch nach neuem Recht gelöst wird, die Unterschiede der Regelungen. Hierbei geht er besonders ausführlich auf die geänderten Belehrungspflichten und die Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen diese ein.