

Herausgeber: Prof. Dr. Martin Böse, Prof. Dr. Matthias Cornils, Prof. Dr. Gerhard Dannecker, Prof. Dr. Mark Deiters, Prof. Dr. Tim W. Dornis, Prof. Dr. Michael Fehling, Prof. Dr. Stefan J. Geibel, Prof. Dr. Beate Gsell, Prof. Dr. Michael Heghmanns, Prof. Dr. Andreas Hoyer, Prof. Dr. Uwe Kischel, Prof. Dr. Lothar Michael, Prof. Dr. Holm Putzke, Prof. Dr. Matthias Rossi, Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Claus Roxin, Prof. Dr. Arndt Sinn, Prof. Dr. Hans Theile, Prof. Dr. Bettina Weißer, Prof. Dr. Hinnerk Wißmann, Prof. Dr. Mark Zöller,

Geschäftsführende Herausgeber: Prof. Dr. Markus Artz, RiBVerfG Prof. Dr. Johannes Masing, Prof. Dr. Thomas Rotsch

Schriftleitung: Prof. Dr. Thomas Rotsch

Redaktion Zivilrecht: Prof. Dr. Markus Artz, Prof. Dr. Tim W. Dornis, Prof. Dr. Stefan J. Geibel, Prof. Dr. Beate Gsell

Redaktion Öffentliches Recht: Prof. Dr. Matthias Cornils, Prof. Dr. Michael Fehling, Prof. Dr. Uwe Kischel, Prof. Dr. Julian Krüper, Prof. Dr. Lothar Michael, Prof. Dr. Matthias Rossi, Prof. Dr. Hinnerk Wißmann

Redaktion Strafrecht: Prof. Dr. Martin Böse, Wiss. Ass. Dr. Janique Brüning, Prof. Dr. Mark Deiters, Prof. Dr. Michael Heghmanns, Prof. Dr. Holm Putzke, Prof. Dr. Thomas Rotsch, Prof. Dr. Arndt Sinn, Prof. Dr. Hans Theile, Prof. Dr. Bettina Weißer, Prof. Dr. Mark Zöller,

Webmaster: Prof. Dr. Thomas Rotsch

Verantwortlich für die redaktionelle Endbearbeitung: Wiss. Mitarbeiter Markus Wagner

Internetauftritt: René Grellert

Anzeigenschaltung: Dr. Anna Oehmichen

ISSN: 1865-6331

Inhalt

AUFSÄTZE

Zivilrecht

Die Regelung der elterlichen Sorge nach § 1626a BGB unter Berücksichtigung höchstgerichtlicher Rechtsprechung

Von Rechtsanwalt Thomas Kreuz, Rechtsanwältin Dr. Corinna Jürschik, Stuttgart 1

Mahnkosten als Verzugsschaden Gestaltungsmöglichkeiten und rechtliche Grenzen

Von Ref. jur. André Berbuer, Offenburg, Ref. jur. Tobias Kröger, Karlsruhe, Rechtsanwalt Frank Hofmann, Freiburg 9

Öffentliches Recht

Der Lebenszyklus politischer Parteien – Eine „evolutionäre“ Einführung in das Parteienrecht – Teil 1/6

Von Prof. Dr. Julian Krüper, Dr. Hana Kühr, Düsseldorf 16

Strafrecht

Die rechtmäßige Alternative zur Trunkenheitsfahrt Zugleich eine Besprechung von BGH, Beschl. v. 6.12.2012 – 4 StR 369/12

Von Wiss. Assistent Dr. Mohamad El-Ghazi, Bremen 23

DIDAKTISCHE BEITRÄGE

Zivilrecht

Vollstreckungsschutz nach § 712 ZPO und einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung nach § 719 ZPO

Von Wiss. Ass. Martin Wintermeier, stud. jur. Nathalie Langbehn, München 30

DIDAKTISCHE BEITRÄGE (Forts.)*Strafrecht***Der ärztliche Abrechnungsbetrug**

Von Wiss. Mitarbeiter Sebastian Braun, Leipzig

35

ÜBUNGSFÄLLE*Zivilrecht***Übungsfall: Steig mir aufs Dach!****Übungshausarbeit für Anfänger/Übungsfall für Fortgeschrittene**Von Prof. Dr. Matthias Weller, Wiesbaden, Mag. rer. publ.,
Ref. Jur. Tanja Stooß, Heidelberg

41

Übungsklausur im Zivilrecht: Familie Heininger

Von Wiss. Mitarbeiter Tilman Schultheiß, Leipzig

48

*Öffentliches Recht***Fortgeschrittenenklausur Baurecht: „Es kann der Brävste nicht in Frieden leben ...“**

Von Akad. Rätin a.Z. Ass. iur. Michaela Tauschek, Erlangen

55

Hausarbeit Öffentliches Recht: Bahnhofs-Demo mit Hindernissen

Von Wiss. Mitarbeiterin Gabriele Buchholtz, LL.B., Hamburg

65

Examensübungsklausur: Die streikende Beamtin

Von Wiss. Angestellter Dr. Holger Kremser, Göttingen

74

*Strafrecht***Übungsfall: Der falsche Schuldschein**

Von Prof. Dr. Holm Putzke, LL.M., Passau

83

ENTSCHEIDUNGSBESPRECHUNGEN*Zivilrecht***OLG Hamm, Urst. v. 29.5.2013 – 12 U 178/12;****OLG Karlsruhe, Urst. v. 14.8.2013 – 7 U 63/13****(Die Reichweite des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter)**

(Wiss. Mitarbeiter Dr. Matthias Fervers, München)

91

*Öffentliches Recht***BVerwG (4. Senat), Urst. v. 20.12.2012 – 4 C 11/11****(Europarechtskonforme Auslegung und Anwendung von § 34 Abs. 1 BauGB)**

(Prof. Dr. Michael Fehling, LL.M. [Berkeley], Wiss. Mitarbeiter

Paolo Ramadori, LL.M. [University College London], Hamburg)

98

*Strafrecht***BGH, Urst. v. 18.7.2013 – 4 StR 84/13****(Rechtsbeugung durch nachträgliche Urteilsergänzung)**

(Prof. Dr. Michael Heghmanns, Münster)

105

ENTSCHEIDUNGSANMERKUNGEN**Zivilrecht**

- OLG München, Beschl. v. 17.6.2013 44 O 344/12**
(Auskunfts- und Wertermittlungsansprüche des Pflichtteilsberechtigten bei dürftigen Nachlässen)
(Staatsanwalt Martin Stenzel, München) 110

Strafrecht

- OLG Braunschweig, Beschl. v. 20.3.2013 – Ws 49/13**
(Zum versuchten Totschlag durch Manipulation der Zuteilung von Spenderorganen)
(Prof. Dr. Martin Böse, Bonn) 117
- BGH, Urt. v. 11.6.2013 - 5 StR 124/13**
(Brandstiftungsdelikte und Maßstab der revisionsgerichtlichen Kontrolle)
(Prof. Dr. Hans Theile, LL.M., Konstanz) 122
- BGH, Urt. v. 27.6.2013 – 3 StR 435/12**
(Durch Spontanäußerung veranlasste Vernehmung des Verteidigerkonsultation begehrenden Beschuldigten)
(Prof. Dr. Mark Deiters, Münster) 126

BUCHREZENSIONEN**Öffentliches Recht**

- Matthias Pechstein, Entscheidungen des EuGH, 7. Aufl. 2012**
(Privatdozent Dr. Christian Bickenbach, Mainz) 130

Strafrecht

- Theo Ziegler, Das Strafurteil, 5. Aufl. 2013**
(Rechtsreferendar Daniel Deba, Kiel) 131
- Herbert Diemer/Holger Schatz/Bernd-Rüdeger Sonnen, Jugendgerichtsgesetz mit Jugendstrafvollzugsgesetzen, 6. Aufl. 2011**
(Prof. Dr. Helmut Baier, Würzburg) 133

Die Regelung der elterlichen Sorge nach § 1626a BGB unter Berücksichtigung höchstgerichtlicher Rechtsprechung

Von Rechtsanwalt **Thomas Kreuz**, Rechtsanwältin Dr. **Corinna Jürschik**, Stuttgart*

Mit der Entscheidung des BVerfG vom 21.7.2010¹, die sich als Reaktion auf das Kammerurteil des EGMR vom 3.12.2009² in der Sache Zaunegger vs. Deutschland darstellt, wurde die bis dahin bestehende Sorgerechtsregelung unverheirateter Eltern für verfassungswidrig erklärt. Eine Entscheidung, die insbesondere in der Rechtsliteratur, aber auch in den Medien, für Aufsehen gesorgt hat und gleichzeitig einen Meilenstein für die Rechte unverheirateter Väter darstellt. Zu Recht wirft die Literatur die Frage auf, ob es sich dabei um „das Ende eines Irrwegs“ handelt.³

Die deutsche Regelung der elterlichen Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern spiegelte lange Zeit ein überkommenes Rollenbild wider und vernachlässigte den zunehmenden Wunsch nicht verheirateter Väter, Verantwortung für ihr Kind zu übernehmen. Hierbei nahm die Bedeutung dieses Regelungsbereiches durch den Anstieg nicht in einer Ehe geborener Kinder kontinuierlich zu: Die Anzahl der nicht in der Ehe geborenen Kinder hat sich in den letzten zwanzig Jahren verdoppelt.⁴ Nicht eheliche Kinder stellen heute keine gesellschaftliche Randgruppe, sondern mit annähernd $\frac{2}{3}$ der geborenen Kinder in Ostdeutschland⁵ eher die Regel dar. Bis zur Entscheidung des BVerfG vom 21.7.2010⁶ bestand für unverheiratete Väter jedoch praktisch keine Möglichkeit – jenseits des Wohlwollens der Kindesmutter – das Sorgerecht für ihr Kind alleine oder gemeinsam mit der Mutter zu erhalten.

Dies gibt Anlass die Entwicklung der deutschen Gesetzeslage zu § 1626a BGB sowie dessen prozessualer Ergänzung durch § 155a FamFG darzustellen (I.). Im Anschluss wird der deutschen Rechtslage kursorisch die korrespondierende Rechtslage Frankreichs gegenübergestellt, welche die gemeinsame Sorge der unverheirateten Eltern kraft Gesetz vorsieht (II.). Der Darstellung folgt eine rechtsvergleichende Analyse (III.), um schließlich zu erörtern, ob die deutsche Neuregelung den Vorgaben der höchstrichterlichen Rechtsprechung genügt, oder ob es sich um eine Fortsetzung des deutschen Irrwegs handelt (IV.).

I. Die Gesetzeslage in Deutschland

Die Gesetzes- und Rechtslage in Deutschland hat sich bezogen auf die elterliche Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern in den letzten Jahren stark verändert und soll daher chronologisch erläutert werden. Die Darstellung beschränkt sich auf den Regelungsgehalt des § 1626a BGB sowie dessen verfahrensrechtlicher Umsetzung und nimmt zu sonstigen mit

dem Kindschaftsreformgesetz⁷ einhergehenden Änderungen nur bei konkretem Bezug Stellung.

1. Rechtslage vor dem 21.7.2010

Bis zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 21.7.2010 sah das deutsche Recht vor, dass das alleinige Sorgerecht eines außerhalb der Ehe geborenen Kindes der Mutter zusteht.⁸ Eltern, die nicht miteinander verheiratet waren, erhielten das gemeinsame Sorgerecht nur dann, wenn sie heirateten oder sich übereinstimmend für die gemeinsame Sorge entschieden.⁹ Das gemeinsame Sorgerecht war folglich von der Zustimmung der Mutter abhängig („Veto-Recht“).¹⁰

2. Der Weg zu § 1626a n.F. BGB

Nach der gesetzlichen Konzeption des § 1626a a.F. BGB konnte der Kindesvater – ohne Einverständnis der Mutter – nur in engen Ausnahmefällen¹¹ das Sorgerecht nach gerichtlicher Prüfung erlangen. Im Übrigen stand das Sorgerecht jedoch ausschließlich der Mutter zu.¹² Eine generelle gerichtliche Überprüfung, ob das Kindeswohl dazu führe, dass beiden Eltern das Sorgerecht gemeinsam einzuräumen ist oder dem Vater das Sorgerecht allein übertragen werden sollte, sah das deutsche Recht nicht vor. Eine Ausnahme bildete einzig § 1680 Abs. 3 S. 2 in Verbindung mit § 1666 BGB für den Fall, dass das Kindeswohl durch Versagen der Mutter gefährdet ist. Der Kindesvater hatte somit keine Möglichkeit, allein aufgrund des Kindeswohls die gemeinschaftliche Sorge übertragen zu bekommen. Damit war auch schwer begründbar, dass § 1666 BGB geeignet sei, ein (prinzipielles) Recht des Vaters auf Einräumung des Sorgerechts zu gewähren.¹³

Trotz verfassungsrechtlicher Bedenken gegen dieses „Veto-Recht“ der Mutter¹⁴ hielt der BGH die Regelung lange Zeit für verfassungskonform.¹⁵ So brauchte es mehrere verfassungsrechtliche Entscheidungen, um letztlich § 1626a n.F. BGB auf den Weg zu bringen:

⁷ BGBl. I 1997, S. 2942 (berichtigt durch BGBl. I 1998, S. 946).

⁸ Vgl. § 1626a Abs. 2 a.F. BGB.

⁹ Vgl. § 1626a Abs. 2 a.F. BGB.

¹⁰ *Diederichsen*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 72. Aufl. 2013, § 1626a Rn. 1.

¹¹ In Betracht kamen hierbei: Der Tod der Mutter (§ 1680 Abs. 2 BGB), das dauerhafte Ruhen der mütterlichen elterlichen Sorge (§ 1678 Abs. 2 BGB) oder die Kindeswohlgefährdung durch die elterliche Sorge der Mutter (§§ 1666, 1666a i.V.m. § 1680 Abs. 3, Abs. 2 S. 2 BGB).

¹² *Diederichsen* (Fn. 10), § 1626a Rn. 1.

¹³ Vgl. BVerfGE 127, 132 (152 f.) = NJW 2010, 3008 (3011).

¹⁴ Vgl. statt aller: *Schumann*, FamRZ 2000, 389; *Coester*, FamRZ 1995, 1245 (1247 f.); *Lipp*, FamRZ 1998, 65 (70); *Diederichsen*, NJW 1998, 1977 (1983).

¹⁵ BGH NJW 2001, 2472.

* Die Verf. sind beide Rechtsanwälte in Stuttgart.

¹ BVerfGE 127, 132 = NJW 2010, 3008.

² EGMR NJW 2010, 501.

³ Vgl. *Heilmann*, NJW 2013, 1473.

⁴ *Schlünder*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum FamFG, Ed. 10, Stand: 1.10.2013, § 155a Rn. 1.

⁵ *Willutzki*, FPR 2013, 236.

⁶ BVerfGE NJW 2010, 3008.

a) Entscheidung des BVerfG vom 29.1.2003

Noch im Jahr 2003 urteilte das BVerfG,¹⁶ dass § 1626a a.F. BGB – von speziellen Altfällen abgesehen – „derzeit“ verfassungskonform sei.¹⁷ Denn die gesetzliche Zuordnung der elterlichen Sorge bezwecke eine sichere Regelung dieser zum Wohle des Kindes. Im Gegensatz zu den Fällen einer Ehe und einer Sorgeerklärung könne bei nicht mit einander verheirateten Eltern nicht pauschal von einem ausreichenden Kooperationswillen der Elternteile ausgegangen werden, der aber für das Kindeswohl unbedingt erforderlich sei. Dem Gesetzgeber wurde jedoch aufgegeben, die Entwicklung zu beobachten und mit dieser Annahme zu vergleichen. Denn sofern sich diese Annahme als unzutreffend herausstellen würde, läge ein Verstoß gegen Art. 6 Abs. 2 GG vor.¹⁸

b) Entscheidung des EGMR vom 3.12.2009

Diese Rechtslage wurde durch die Kammerentscheidung des EGMR vom 3.12.2009 in der Beschwerdesache „Zaunegger gegen Deutschland“ in Frage gestellt.

Nachdem ein in Deutschland lebender Vater („Zaunegger“) eines 1995 nicht in der Ehe geborenen Kindes das gemeinsame Sorgerecht in allen Instanzen deutscher Gerichtsbarkeit¹⁹ und vor dem BVerfG,²⁰ nicht durchsetzen konnte, erhob er Beschwerde vor dem EGMR. Der EGMR kam zu dem Ergebnis, dass die deutsche Sorgerechtsregelung den Vater eines nichtehelichen Kindes diskriminiere bzw. eine Verletzung von Art. 14 EMRK (Diskriminierungsverbot) in Verbindung mit Art. 8 EMRK (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens) vorliege.²¹ Denn die deutsche Sorgerechtsregelung verletze die Rechte eines Vaters auf Achtung seines Familienlebens insbesondere dann, wenn eine enge Beziehung zu dem Kind bestehe. Insoweit sei ein solcher Vater wegen seines Geschlechts – im Gegensatz zur sorge-rechtsprivilegierten Mutter – und als unverheirateter Vater – im Vergleich zu geschiedenen oder verheirateten Vätern – nach deutschem Sorgerecht benachteiligt.²² Die Diskriminierung sei auch nicht durch einen sachlich vernünftigen Grund gerechtfertigt.²³ Insbesondere biete die deutsche Rechtsprechung²⁴ zu § 1626a BGB keinen sachlichen Grund. Zwar

wurde das Kindeswohls als möglicher Rechtfertigungsgrund anerkannt, gleichwohl aber stellte der EGMR fest, dass nicht ohne Weiteres angenommen werden dürfte, dass eine Mutter, die der gemeinsamen Sorge durch beide Elternteile nicht zustimmt, dafür gewichtige Gründe habe, die von Kindeswohlerwägungen geprägt sind und dass die gemeinsame Sorge gegen den Willen der Mutter immer („prima facie“) dem Kindeswohl zuwiderlaufen würde.²⁵

c) Entscheidung des BVerfG vom 21.7.2010

Die Entscheidung des EGMR führte zu einem Richtungswechsel in der Rechtsprechung des BVerfG: In seiner Entscheidung vom 21.7.2010 urteilte das BVerfG, dass § 1626a Abs. 1 Nr. 1 und § 1672 Abs. 1 BGB in der Fassung des Kindschaftsreformgesetzes mit Art. 6 Abs. 2 GG unvereinbar und damit verfassungswidrig seien.²⁶ Die Entscheidung begründete das BVerfG damit, dass der generelle Ausschluss des Kindesvaters von der elterlichen Sorge – ohne Zustimmung der Mutter – das in Art. 6 Abs. 2 GG enthaltene Elternrecht des Vaters verletze. Art. 6 Abs. 2 GG schütze das Recht der Eltern auf Pflege und Erziehung des eigenen Kindes.²⁷ Dies ist insbesondere auch deshalb der Fall, weil gerichtlich nicht überprüft werden kann, „ob es aus Gründen des Kindeswohls angezeigt ist, ihm zusammen mit der Mutter die Sorge für sein Kind einzuräumen oder ihm an Stelle der Mutter die Alleinsorge für das Kind zu übertragen.“²⁸ Dabei stellte das BVerfG klar, dass das alleinige Sorgerecht der Mutter dennoch geboten sein könne und daher auch weiterhin zulässig sein muss.²⁹

d) Übergangsregelung des BVerfG

Das BVerfG hatte die §§ 1626a Abs. 1 Nr. 1 a.F. und 1672 Abs. 1 a.F. BGB in seinem Urteil vom 21.7.2010 jedoch nicht für nichtig erklärt, um den verfassungswidrigen Zustand nicht zu perpetuieren.³⁰ Die Nichtigkeit hätte allenfalls zu einer Verschlechterung der väterlichen Sorgerechtsstellung geführt.³¹ Denn mangels gesetzlicher Regelung hätten Väter gar keine Möglichkeit mehr gehabt, die elterliche Sorge zu erlangen.³² Das BVerfG erließ daher eine Übergangsregelung:

„Bis zum Inkrafttreten einer gesetzlichen Neuregelung ist § 1626a mit der Maßgabe anzuwenden, dass das Familiengericht den Eltern auf Antrag eines Elternteils die elterliche Sorge oder einen Teil der elterlichen Sorge gemeinsam über-

¹⁶ BVerfGE 107, 150 = NJW 2003, 955.

¹⁷ BVerfGE 107, 150 (183) = NJW 2003, 955 (960).

¹⁸ BVerfGE 107, 150 (178 f.) = NJW 2003, 955 (959).

¹⁹ Vgl. die Skizzierung der Rechtsstreitigkeiten bei *Jentsch-Klieve*, FPR 2010, 405.

²⁰ Das BVerfG wies die Verfassungsbeschwerde am 15.3.2003 zurück, vgl. *Jentsch-Klieve*, FÜR 2010, 405 m.w.N., und erklärte die Sorgerechtsregelung vorläufig für verfassungskonform, vgl. BVerfGE 107, 150 (178 f.) = NJW 2003, 955 (959).

²¹ EGMR NJW 2010, 501 (504 Rn. 64); EGMR FamRZ 2010, 103 m. Anm. *Heinrich/Scherpe*. Vgl. auch *Diederichsen* (Fn. 10), § 1626a Rn. 1.

²² EGMR NJW 2010, 501 (502 Rn. 44 f.).

²³ EGMR NJW 2010, 501 (503 Rn. 51, 63).

²⁴ Insb. BVerfGE 107, 150 = NJW 2003, 955 sowie Erwägungen des AG Köln und OLG Köln, die mit der Sache

„Zaunegger“ befasst waren, vgl. EGMR NJW 2010, 501 (503 Rn. 47).

²⁵ EGMR NJW 2010, 501 (503, 504).

²⁶ BVerfGE 127, 132 (162) = NJW 2010, 3008 (3014).

²⁷ BVerfGE 127, 132 (152) = NJW 2010, 3008 (3011), mit Verweis auf BVerfGE 56, 363 (382).

²⁸ BVerfGE 127, 132 (151 f.) = NJW 2010, 3008 (3011).

²⁹ BVerfGE 127, 132 (147) = NJW 2010, 3008 (3010).

³⁰ *Diederichsen* (Fn. 10), § 1626a Rn. 1.

³¹ *Huber*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 1626a Rn. 35.

³² *Huber* (Fn. 31), § 1626a Rn. 35.

trägt, soweit zu erwarten ist, dass dies dem Kindeswohl entspricht.“³³

Wegen der Bestimmung des § 31 Abs. 2 BVerfGG existierte somit neben den ausdrücklich im Gesetz geregelten Alternativen des § 1626a Abs. 1 a.F. BGB noch eine weitere Möglichkeit, beiden Eltern das Sorgerecht gemeinsam zu gewähren. Die Übergangsregelung des BVerfG war damit als zusätzlicher, die Regelung des § 1626a a.F. BGB ergänzender Absatz zu verstehen.³⁴

Insoweit hatte das BVerfG³⁵ bestimmt, dass die Familiengerichte das Sorgerecht beiden Elternteilen überträgt, soweit dies dem Kindeswohl entspricht. Daneben sollte § 1672 BGB in der Form Anwendung finden, dass dem Vater auf Antrag das Sorgerecht oder ein Teil des Sorgerechts allein zu übertragen ist, wenn und soweit die gemeinsame Sorge der Eltern nicht in Betracht zu ziehen ist und die Sorge durch den Vater dem Kindeswohl am ehesten entspricht.³⁶

3. Der reformierte § 1626a BGB

Mit Wirkung zum 19.5.2013 trat das reformierte Sorgerecht für nicht verheiratete Eltern und mithin eine Neuregelung von § 1626a BGB in Kraft. Die Neuregelung wurde mit dem Gesetz zur Reform der elterlichen Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern (NEheSorgeRG)³⁷ eingeführt und sollte die Vorgaben des BVerfG-Urteils vom 21.7.2010 umsetzen.³⁸

Auch nach neuem Recht steht nach der Geburt des Kindes zunächst nur der Mutter der nicht mit einander verheirateten Eltern das Alleinsorgerecht zu.³⁹ Eine Beteiligung des Vaters kraft Gesetzes – aufgrund der feststehenden bzw. anerkannten Vaterschaft – bleibt weiterhin ausgeschlossen.⁴⁰ Nach § 1626a n.F. BGB besteht für den Vater des Kindes nun jedoch die Möglichkeit, das Sorgerecht gegen den Willen der Mutter zu erhalten, sofern ihm das Familiengericht dieses überträgt. Nötig ist hierzu ein Antrag auf Übertragung – ggf. auch nur eines Teils,⁴¹ z.B. unter Ausschluss des (streitigen) Aufenthaltsbestimmungsrechts⁴² – der elterlichen Sorge bei Gericht.⁴³

a) Materieller Regelungsinhalt

§ 1626a Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 n.F. BGB ist die erste Regelung des Gesetzgebers, welche dem Familiengericht die Übertragung bzw. Herstellung der gemeinsamen elterlichen Sorge ermöglicht.⁴⁴ Erforderlich ist hiernach, dass das Familiengericht dem Elternteil das Sorgerecht auf Antrag „eines Elternteils“ –

und somit auch der Mutter – überträgt.⁴⁵ Im Vergleich zu der Übergangsregelung des BVerfG ist auffällig, dass keine positive Kindeswohlprüfung erforderlich ist,⁴⁶ sondern nur noch eine negative;⁴⁷ die gemeinsame Sorge wird übertragen, wenn keine Gründe dagegen sprechen.⁴⁸ Der Gesetzgeber entschied sich somit für eine deutlich niedrigere Hürde als das BVerfG, da er davon ausging, dass die gemeinsame elterliche Sorge dem Kindeswohl grundsätzlich am ehesten entspreche.⁴⁹

Die Gesetzgebung präzisiert die negative Kindeswohlprüfung dahingehend, dass der andere Elternteil konkrete Anhaltspunkte vortragen müsse, die es nahelegen, dass das gemeinsame Sorgerecht dem Kindeswohl widerspreche.⁵⁰ Private Konflikte, die nicht so schwerwiegend sind, dass sie auf das Kindeswohl durchschlagen, oder die Ablehnung der Mutter genügen nach der Gesetzesbegründung ausdrücklich nicht; anders kann dies jedoch bei Sucht- und Gewaltproblemen sein.⁵¹ Gelingt dem Elternteil diese Darlegung nicht, so greift die Vermutung, dass die gemeinsame Sorge dem Kindeswohl nicht widerspreche.⁵² Die Prüfung ist damit maßgeblich am Kindeswohl auszurichten, wobei hierdurch keine zu hohen Hürden für die gemeinsame Sorge geschaffen werden dürfen.⁵³

Darüber hinaus können dem Gericht jedoch auch auf andere Weise Gründe bekannt werden, die gegen die Kindeswohlvermutung sprechen. Soweit die Mutter jedoch keine solchen Gründe vorträgt, der Amtsermittlungsgrundsatz eingeschränkt ist und das Jugendamt nicht beteiligt wird, ist unklar, woher diese Kenntnis kommen sollte.⁵⁴ In Betracht kommen wohl allenfalls noch andere vor dem erkennenden Familiengericht geführte Verfahren der Eltern, aus denen solche Gründe erkennbar sind (Gewaltschutzverfahren etc.)⁵⁵ sowie nach Ablauf der Stellungnahmefrist bei Gericht eingegangene Erklärungen eines Elternteils.⁵⁶

Nach der amtlichen Begründung des Gesetzesentwurfs steht die neue Möglichkeit über § 1626a Abs. 2 n.F. BGB die gemeinsame elterliche Sorge zu beantragen ausdrücklich jedem Elternteil zu, auch wenn dessen Kind bereits vor dem Inkrafttreten geboren wurde.⁵⁷ Demzufolge kann insbesondere auch für die Väter ein erneuter Antrag sinnvoll sein, deren Antrag auf Grundlage der Übergangsregelung des BVerfG an

⁴⁵ *Bruns*, FamFR 2013, 217 (218).

⁴⁶ Vgl. Wortlaut der Übergangsregelung: „[...] soweit zu erwarten ist, dass dies dem Kindeswohl entspricht.“

⁴⁷ Vgl. § 1626a Abs. 2 S. 2 n.F. BGB: „[...] sind solche Gründe [...] nicht ersichtlich, wird vermutet, dass die gemeinsame elterliche Sorge dem Kindeswohl nicht widerspricht.“

⁴⁸ Vgl. auch *Huber* (Fn. 31), § 1626a Rn. 1.

⁴⁹ *Willutzki*, FPR 2013, 236 (237).

⁵⁰ Gesetzesentwurf v. 14.10.2012, BT-Drs. 17/11048, S. 16.

⁵¹ *Bruns*, FamFR 2013, 217 (218).

⁵² *Huber* (Fn. 31), § 1626a Rn. 1; *Bruns*, FamFR 2013, 217 (218).

⁵³ BVerfGE 127, 132 (164) = NJW 2010, 3008 (3015).

⁵⁴ *Willutzki*, FPR 2013, 236 (238).

⁵⁵ *Heilmann*, NJW 2013, 1473 (1475).

⁵⁶ *Heilmann*, NJW 2013, 1473 (1476).

⁵⁷ BT-Drs. 17/11048, S. 33.

³³ BVerfGE 127, 132 (164) = NJW 2010, 3008 (3015).

³⁴ *Huber/Möll*, FamRZ 2011, 765 (768).

³⁵ BVerfGE 127, 132 (164) = NJW 2010, 3008 (3015).

³⁶ BVerfGE 127, 132 (164 f.) = NJW 2010, 3008 (3015).

³⁷ BGBI. I 2013, S. 795.

³⁸ Vgl. BT-Drs. 17/11048, S. 1.

³⁹ *Huber* (Fn. 31), § 1626a Rn. 1; *Bruns*, FamFR 2013, 217.

⁴⁰ *Willutzki*, FPR 2013, 236 (237).

⁴¹ *Willutzki*, FPR 2013, 236 (237).

⁴² *Bruns*, FamFR 2013, 217 (218).

⁴³ *Huber* (Fn. 31), § 1626a Rn. 41.

⁴⁴ *Bruns*, FamFR 2013, 217.

der Kindeswohlprüfung scheiterte.⁵⁸ Denn die neue Regelung hat durch ihre rein negative Kindeswohlprüfung eine niedrigere Hürde. Im Übrigen sind auch bereits vor dem 19.5.2013 gestellte Anträge gemäß Art. 29, 30 EGBGB ab dem 19.5.2013 als Anträge nach § 1626a Abs. 2 n.F. BGB zu behandeln, sofern das Verfahren noch nicht abgeschlossen wurde.

b) Flankierende Verfahrensvorschrift des § 155a FamFG

Bezogen auf das Antragsverfahren zur Übertragung der elterlichen Sorge handelt es sich vom Ausgangspunkt her um ein gewöhnliches Antragsverfahren nach dem FamFG, für welches die allgemeinen Verfahrensregeln und die speziellen Regeln für Kindschaftssachen gelten.⁵⁹ Der Gesetzgeber flankierte die Bestimmung des § 1626a Abs. 2 n.F. BGB daher zusätzlich mit dem vereinfachten und beschleunigten Verfahren nach § 155a FamFG. Dieses beinhaltet eine Mehrzahl von verfahrensrechtlichen Erleichterungen.⁶⁰ So ist beispielsweise der Beschleunigungsgrundsatz des § 155a Abs. 1 FamFG auch bei § 155a Abs. 2 FamFG entsprechend anzuwenden.⁶¹ Das Bundesministerium der Justiz wollte hierdurch ein schnelles und unbürokratisches Verfahren schaffen.⁶²

Eine Eigenheit dieses Verfahrens besteht in der Anhörung der Kindeseltern und des Jugendamts: Beides soll nach § 155a Abs. 3 FamFG in den Fällen des § 1626a Abs. 2 S. 2 n.F. BGB unterbleiben. Das Gericht kann ohne mündlichen Termin im schriftlichen Verfahren entscheiden. Dies jedoch nur insoweit, als keine Gründe vorgetragen oder sonst ersichtlich sind, dass die gemeinsame Sorge dem Wohl des Kindes widerspricht.⁶³ Hierbei setzt das Gericht der Mutter eine Karenzfrist zur Stellungnahme, innerhalb derer sie entsprechende Gründe vorzutragen hat, welche frühestens sechs Wochen nach der Geburt des Kindes enden darf.⁶⁴ Äußert sie sich in dieser Zeit nicht entsprechend, gilt die gesetzliche Vermutung, dass solche Gründe nicht existent sind.⁶⁵ Wobei die Frist nach den allgemeinen Bestimmungen des FamFG auch verlängert werden darf.⁶⁶ Die gesetzliche Vermutung der Kindeswohldienlichkeit der gemeinsamen elterlichen Sorge soll hierbei eine weitere Beschleunigung des Verfahrens bewirken und den Rechten des Vaters – bzw. der Mutter, welche den „vordergründig sorgenunwilligen“⁶⁷ Vater an seine bestehende Verantwortung für das Kind erinnern möchte – dienen.⁶⁸ Bereits aufgrund der sechswöchigen Frist, welche zudem verlängert werden kann, ist jedoch fraglich, inwieweit das Verfahren tatsächlich beschleunigt ablaufen wird.⁶⁹

Dem Wohl des Kindes wird durch eine Anhörung ab dem 14. Lebensjahr (vgl. § 159 Abs. 1 S. 1 FamFG) bzw. sogar eines jüngeren Kindes (vgl. § 159 Abs. 2 FamFG) – ab dem dritten Lebensjahr –⁷⁰ Rechnung getragen. Eine Entscheidung gänzlich ohne Anhörung des Kindes wird daher lediglich bei Kindern bis zu drei Jahren in Betracht kommen.⁷¹ Die Eltern werden dabei nur schriftlich angehört, das Jugendamt wird gar nicht gehört und erhält auch keine Rechtsmittel gegen die Entscheidung.⁷² Wenn aber die Mutter keine Gründe vorträgt und das Jugendamt nicht beteiligt wird, wird sich eine solche Gerichtskenntnis nur selten ergeben (s.o.).⁷³

Entgegen der ursprünglichen Gesetzesformulierung steht dem Gericht jedoch de lege lata ein Ermessen zu, ob es das vereinfachte Verfahren wählt, da dieses nur noch stattfinden „soll“ und nicht mehr stattzufinden „hat“.⁷⁴ Für ein solch beschleunigtes Verfahren würde beispielsweise sprechen, wenn die Kindeseltern der deutschen Sprache nicht hinreichend mächtig wären.⁷⁵

Werden ausreichend konkrete Gründe vorgetragen oder dem Gericht in anderer Weise bekannt, wird durch das Gericht das Regelverfahren unter Berücksichtigung des (allgemeinen) Beschleunigungsgrundsatzes des § 155 FamFG durchgeführt.⁷⁶ Denn es gilt die gesetzliche Vermutung, dass die gemeinsame Sorge dem Kindeswohl entspricht (§ 1626a Abs. 2 n.F. BGB). Werden andererseits Gründe gegen das Sorgerecht bekannt, so hat das Gericht einen Termin zu bestimmen (§ 155a Abs. 4 FamFG), wobei die Sachlage mit den Eltern und dem Jugendamt erörtert wird. Ebenso wie § 1626a n.F. BGB greift auch § 155a FamFG – mangels Übergangsregelung – bei sämtlichen Vätern, auch wenn deren Kind bereits vor dem 19.5.2013 geboren wurde.⁷⁷

II. Exemplarische Betrachtung des französischen ex-lege-Modells

Der Gesetzgeber berücksichtigte im Rahmen des Gesetzgebungsprozesses auch die Regelungen anderer europäischer Staaten zum Sorgerecht nicht miteinander verheirateter Eltern. Vornehmlich in romanischen Rechtsordnungen – aber auch in Ungarn, Russland, Bulgarien, Tschechien, Litauen und Polen – entsteht das gemeinsame Sorgerecht unverheirateter Eltern kraft Gesetzes (ex-lege-Modell).⁷⁸ Einer gesonderten gerichtlichen Entscheidung (Antragsmodell) bedarf es nicht.⁷⁹ Nach dem ex-lege-Modell bekommt der Vater – je nach konkreter

⁵⁸ Willutzki, FPR 2013, 236 (238).

⁵⁹ Bruns, FamFR 2013, 217 (218).

⁶⁰ Schlünder (Fn. 4), § 155a Rn. 17.

⁶¹ Bruns, FamFR 2013, 217 (219).

⁶² Bruns, FamFR 2013, 217.

⁶³ Huber (Fn. 31), § 1626a Rn. 1.

⁶⁴ Bruns, FamFR 2013, 217 (219).

⁶⁵ Schlünder (Fn. 4), § 155a Rn. 2.

⁶⁶ Bruns, FamFR 2013, 217 (219).

⁶⁷ Willutzki, FPR 2013, 236 (237).

⁶⁸ Willutzki, FPR 2013, 236.

⁶⁹ Willutzki, FPR 2013, 236 (238).

⁷⁰ Vgl. dazu BVerfG FamRZ 2008, 246.

⁷¹ Bruns, FamFR 2013, 217 (220).

⁷² Vgl. BT-Drs. 17/11048, S. 13.

⁷³ Willutzki, FPR 2013, 236 (238). Kenntnis kann sich demnach wohl nur aus anderen Verfahren vor dem Familiengericht ergeben. Heilmann, NJW 2013, 1473 (1475), führt als Beispiel das Gewaltschutzverfahren an.

⁷⁴ Schlünder (Fn. 4), § 155a Rn. 24.

⁷⁵ Bruns, FamFR 2013, 217 (219).

⁷⁶ Bruns, FamFR 2013, 217 (220).

⁷⁷ Schlünder (Fn. 4), § 155a Rn. 4.

⁷⁸ Vgl. BT-Drs. 17/11048, S. 12 – „Rechtsvergleichender Überblick“.

⁷⁹ BT-Drs. 17/11048, S. 12.

Ausgestaltung – also bereits mit der Geburt des Kindes oder mit der Anerkennung der Vaterschaft die (gemeinschaftliche) elterliche Sorge übertragen.⁸⁰

Entscheidungsmaßstab ist bei den meisten Rechtsordnungen das Kindeswohl bzw. das „Kindeswohlprinzip“.⁸¹ Die konkrete Ausgestaltung und Inhaberschaft divergieren jedoch. Um die Unterschiede zwischen den Regelungsmodellen (Sorgerecht kraft Gesetz oder durch Antrag) zu verdeutlichen, wird exemplarisch die französische Sorgerechtsregelung, die in Art. 372 Code Civil, im 9. Titel („Titre IX De l'autorité parentale Chapitre I: De l'autorité parentale relativement à la personne de l'enfant [Art. 371 bis Art. 374-2]“), niedergelegt ist, herangezogen und anschließend mit der deutschen Rechtslage verglichen.

1. Gesetzes Wortlaut des Art. 372 Code Civil

Der französische Gesetzgeber bestimmte in Art. 372 Code Civil:

„Article 372 Code Civil⁸²

Les père et mère exercent en commun l'autorité parentale.⁸³

Toutefois, lorsque la filiation est établie à l'égard de l'un d'entre eux plus d'un an après la naissance d'un enfant dont la filiation est déjà établie à l'égard de l'autre, celui-ci reste seul investi de l'exercice de l'autorité parentale. Il en est de même lorsque la filiation est judiciairement déclarée à l'égard du second parent de l'enfant.

L'autorité parentale pourra néanmoins être exercée en commun en cas de déclaration conjointe des père et mère adressée au greffier en chef du tribunal de grande instance ou sur décision du juge aux affaires familiales.“

2. Regelungsinhalt des Art. 372 Code Civil

Nach französischem Recht steht somit sowohl verheirateten als auch unverheirateten Kindesvätern das Sorgerecht („l'autorité parentale“) bereits kraft Gesetzes nach Art. 372 Abs. 1 Code Civil gemeinsam mit der Mutter des Kindes zu.⁸⁴ Dies jedoch gemäß Art. 372 Abs. 2 Code Civil nur dann, wenn der Kindsvater die Vaterschaft binnen einen Jahres seit der Geburt des Kindes anerkennt (Art. 372 Abs. 2 Code Civil).⁸⁵

⁸⁰ Schlünder (Fn. 4), § 155a Rn. 2.

⁸¹ Vgl. BT-Drs. 17/11048, S. 12 – „Rechtsvergleichender Überblick“.

⁸² Abrufbar unter:

http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?jsessionid=B897D2B9AC99099129D8D52F9F964B28.tpdjo05v_2?idSectionTA=LEGISCTA000006165785&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20140103 (3.1.2014).

⁸³ Übersetzung: „Vater und Mutter üben die elterliche Sorge gemeinsam aus.“

⁸⁴ Instrukтив zur Ausgestaltung des französischen Sorgerechts: http://ec.europa.eu/civiljustice/parental_resp/parental_resp_fr_a_de.htm (3.1.2013).

⁸⁵ Zum Inhalt des französischen Sorgerechts:

Seit der Gesetzesänderung vom 4.3.2002 gilt dies unabhängig davon, ob die Eltern in einem gemeinsamen Haushalt leben.

Erkennt der Vater das Kind hingegen nicht binnen eines Jahres ab der Geburt an, so steht die elterliche Sorge der Kindsmutter – als einzigem Elternteil dessen Eltern-Kind-Verhältnis feststeht – alleine zu. Die alleinige Sorge ist jedoch auch in diesen Fällen nicht für die Zukunft perpetuiert. Es steht den Eltern frei, auch nach diesem Jahr noch die gemeinsame elterliche Sorge zu begründen. So kann die gemeinschaftliche Sorge später durch gemeinsame Erklärung beider Elternteile vor dem zuständigen Urkundsbeamten des Bezirksamts oder durch die Entscheidung des zuständigen Familiengerichts hergestellt werden (Art. 372 Abs. 3 Code Civil).⁸⁶ Das Kindeswohl wird nach Art. 373 Code Civil sichergestellt, wonach die elterliche Sorge ausgeschlossen ist, wenn der betreffende Elternteil sein Unvermögen zur elterlichen Sorge zeigt.

III. Rechtsvergleichende Analyse

Der deutsche Gesetzgeber entschied sich somit anstelle des möglichen ex-lege-Modells für ein modifiziertes Antragsmodell.⁸⁷ Die Unterschiede dieses Modells im Vergleich zur französischen Lösung sollen daher kurz erläutert werden:

1. Notwendigkeit eines gerichtlichen Verfahren

Die rechtsvergleichende Analyse zeigt zunächst den augenscheinlichsten Unterschied: Während das gemeinsame Sorgerecht in Deutschland nur nach einem entsprechenden Antrag des Vaters hergestellt werden kann („Antragsmodell“), tritt die gemeinsame elterliche Sorge in Frankreich kraft Gesetzes ein („Ex-lege-Modell“⁸⁸). Nach dem deutschen modifizierten Antragsmodell ist hingegen zwingend ein gerichtliches Verfahren erforderlich.

2. Keine Pflicht zur elterlichen Sorge für den Vater

Gemein ist beiden Rechtsordnungen, dass das Kindeswohlprinzip als bestimmender Maßstab gilt.⁸⁹ Entsprechend wird zum Wohle des Kindes in beiden Rechtsordnungen die Möglichkeit eröffnet, dass die elterliche Sorge allein durch die Mutter ausgeübt wird. Dies ist bereits dem Umstand geschuldet, dass sich Lebenswirklichkeit und Emotionen bei nicht ehelichen Kindern mitunter von denen ehelicher unterscheiden können.⁹⁰ Allerdings gehen die Rechtsordnungen hier verschiedene Wege: In Frankreich muss der Vater die Vaterschaft nicht anerkennen, denn sofern er keinen entsprechen-

http://ec.europa.eu/civiljustice/parental_resp/parental_resp_fr_a_de.htm (3.1.2013).

⁸⁶ Zum Inhalt des französischen Sorgerechts:

http://ec.europa.eu/civiljustice/parental_resp/parental_resp_fr_a_de.htm (3.1.2013).

⁸⁷ Schlünder (Fn. 4), § 155a Rn. 2.

⁸⁸ Vgl. zu den Modellen und Bezeichnungen Schlünder (Fn. 4), § 155a Rn. 2.

⁸⁹ Vgl. BT-Drs. 17/11048, S. 12.

⁹⁰ Vgl. BVerfGE 107, 150 (170); 127, 132 (147) = NJW 2010, 3008 (3010).

den Antrag stellt, kann mangels feststehender Vaterschaft die elterliche Sorge auch nicht übergehen. In Deutschland ist es dem Vater hingegen durchaus möglich, in einem ersten Schritt die Vaterschaft anzuerkennen und lediglich in einem zweiten Schritt keinen Antrag auf Übertragung der elterlichen Sorge zu stellen. Der Vater hat in Deutschland somit die Möglichkeit eine rechtliche Verbindung zu seinem Kind herzustellen, ohne zugleich die elterliche Sorge ausüben zu müssen.

3. Möglichkeit der alleinigen Sorge durch die Mutter

In beiden Rechtsordnungen übt in diesen Fällen die Mutter die alleinige elterliche Sorge aus, so dass grundsätzlich eine sorgeberechtigte Person vorhanden ist. Sofern sich der Vater seiner gesellschaftlichen Verantwortung verweigert, ist die Kindesmutter in der Lage, sämtliche die elterliche Sorge berührenden Entscheidungen zu treffen. Dies dient ebenso dem Kindeswohl, da sich die Mutter bei Erziehungsfragen nicht mit dem Vater auseinandersetzen muss bzw. etwaige für das Kind belastende Streitigkeiten vermieden werden.

4. Rechtstellung des Vaters vs. Kindeswohlprinzip

Die Übertragung der elterlichen Sorge nach § 1626a Abs. 2 n.F. BGB bietet in Deutschland einen zusätzlichen – wenn auch mitunter nicht sonderlich ausgeprägten – Schutz des Kindeswohls. Denn eine Übertragung ist ausgeschlossen, sofern dies dem Kindeswohl – dem Gericht bekanntermaßen – widerspricht. Nach Art. 373 Code Civil kann das Sorgerecht in Frankreich hingegen nur nachträglich entzogen werden. Dieser unterschiedliche Schutz des Kindeswohls korreliert jedoch auch mit einer abweichenden Einschränkung des Rechts des Vaters aus Art. 6 Abs. 2 GG. Dieses wird in Deutschland stärker als in Frankreich beschränkt. Denn zur gewünschten Ausübung der elterlichen Sorge muss der Vater zunächst das Verfahren nach § 1626a n.F. BGB in Verbindung mit § 155a n.F. FamFG durchlaufen, welches die Mutter verlängern kann (s.o.).

IV. Reform der Reform?

Sowohl der Bundesrat als auch die Literatur kritisierten die gesetzliche Neuregelung zum Teil massiv. Es bleibt somit die Frage, ob der Gesetzgeber durch § 1626a n.F. BGB in Verbindung mit § 155a FamFG tatsächlich die Vorgaben des EGMR und des BVerfG erfüllt hat (unter 1.). Hieran schließt sich die Frage an, ob die ursprünglich durch die Gerichtsentscheidungen intendierte Wirkung durch geeignete Reformmaßnahmen gefördert werden könnte (unter 2.).

1. Genügt die deutsche Reform den Maßstäben der Rechtsprechung?

Der Vergleich der vorgenannten Rechtsprechung von EGMR und BVerfG mit der Neuregelung des Sorgerechts zeigt, dass trotz Neuregelung die Rechtstellung des Vaters nach wie vor hinter derjenigen der Mutter zurückbleibt. Die Ausgestaltung des materiellen Rechts und des Verfahrensrechts ist besonders in der Literatur auf heftige Kritik gestoßen. Das gesetzgeberische Konzept könne, so die Literatur, keine „kindeswohlorientierten Überlegungen“ für sich in Anspruch nehmen

und stelle die Praxis vor erhebliche Schwierigkeiten.⁹¹ Die Praxis wird somit zeigen müssen, ob die neue Regelung tatsächlich den verfassungsgerichtlichen Maßstäben genügt. Einige Aspekte sprechen schon heute dagegen:

a) Weiterhin faktisches Vetorecht der Mutter?

Wie aufgezeigt, kann die Mutter die Rechtsdurchsetzung des Vaters erschweren: Sofern sie Gründe gegen die Übertragung vorträgt, wird das Antragsverfahren nach § 155a FamFG zum Zwecke der Anhörung verlängert und auch bei zu großen Differenzen zwischen den Eltern kann das Kindeswohl dafür sprechen, dass die alleinige Sorge bei der Mutter verbleibt.⁹² Denn auch de lege lata ist eine grundsätzliche Kooperationsbereitschaft zwischen den Eltern erforderlich. Fehlt diese gänzlich, stellt dies im Rahmen der Kindeswohlprüfung einen gewichtigen Grund gegen die Übertragung der gemeinschaftlichen elterlichen Sorge dar.⁹³ Auch wird mitunter in einer verweigerten Sorgeerklärung ein das Kind folgenswer belastender Konflikt der Eltern zum Ausdruck kommen, welcher ebenso gegen die Übertragung der gemeinschaftlichen Sorge sprechen würde.⁹⁴ Zwar ist es noch zu früh, um von einem fortbestehenden „faktischen Einspruchsrecht“ der Mutter auszugehen, da die Handhabung durch die Rechtsprechung noch nicht abgesehen werden kann, gleichwohl erscheint ein solch „faktisches Einspruchsrecht“ bei der derzeitigen Ausgestaltung möglich.⁹⁵ Denn nachdem bereits ein die fehlende Kooperationsbereitschaft belegender Vortrag für die Gerichte als wohl ausreichend angesehen werden muss, liegt es nahe, weiterhin ein faktisches „Veto“-Recht der Mutter anzunehmen. Im Ergebnis ergäbe sich dann in der Praxis wohl kaum ein Unterschied zur gemeinsamen Sorgeerklärung.

b) Nur begrenzte Verfahrensbeschleunigung durch § 155a FamFG?

Eine spürbare Beschleunigung über den allgemeinen Beschleunigungsgrundsatz des § 155 FamFG hinaus, wird durch das beschleunigte Verfahren aufgrund der dargestellten Regelung lediglich dann möglich sein, wenn dem Gericht keine Gründe vorgetragen werden, die gegen das Kindeswohl sprechen und eine Anhörung des Kindes unterbleiben kann, was allenfalls bei unter Dreijährigen gegeben sein wird.⁹⁶ Hingegen wird durch den Vortrag der Mutter, dass Gründe gegen das gemeinsame Sorgerecht bestehen, das Gericht Anhörungen einleiten müssen (vgl. oben zu § 155a FamFG) und die Verfahrensbeschleunigung wird damit aufgehoben. Dadurch wird die

⁹¹ Schlünder (Fn. 4), § 155a Rn. 2, mit Hinweis auf Heilmann, NJW 2013, 1473.

⁹² Heilmann, NJW 2013, 1473 (1474).

⁹³ Heilmann, NJW 2013, 1473 (1474).

⁹⁴ Vgl. so noch BVerfGE 107, 150 (174 ff.).

⁹⁵ Willutzki, FÜR 2013, 236, geht allerdings davon aus, dass schon in der Vergangenheit viele Mütter der gemeinsamen Sorgeerklärung zugestimmt haben und dass deshalb keine zu große „Gegenwehr“ zu erwarten sei.

⁹⁶ Bruns, FamFR 2013, 217 (220).

Rechtsstellung des Vaters geschwächt und er wird zeitlich von der Ausübung des Sorgerechts abgehalten.

c) Kindeswohlvermutung zu Lasten des Kindeswohls?

Soweit das beschleunigte Verfahren greift, bleibt die Besonderheit, dass das Gericht gegebenenfalls ohne jegliche Kenntnis des Sachverhalts über die elterliche Sorge entscheidet.⁹⁷ Denn durch die gesetzliche Kindeswohlvermutung des § 1626a Abs. 2 n.F. BGB sollte nicht nur das Verfahren beschleunigt, sondern zugleich auch der Amtsermittlungsgrundsatz eingeschränkt werden.⁹⁸ Nachdem das BVerfG jedoch gerade forderte, dass die richterliche Entscheidung das Kindeswohl im konkreten Einzelfall zu berücksichtigen hat, erscheint diese Einschränkung der Kindeswohlprüfung nicht mit den Vorgaben der Rechtsprechung im Einklang zu stehen.⁹⁹ Denn konträr zum geltenden § 1626a n.F. BGB sah die Entscheidung des BVerfG die positive Überprüfung des Kindeswohles vor. Danach sollte das Sorgerecht beiden Eltern gemeinsam übertragen werden, „soweit zu erwarten ist, dass dies dem Kindeswohl entspricht.“¹⁰⁰ Allein die Tatsache, dass die Mutter sich nicht äußert, lässt jedoch keinen hinreichend sicheren Schluss auf eine fehlende Kindeswohlgefährdung zu.¹⁰¹ Darüber hinaus besteht eine Quelle eminenter Rechtsunsicherheit, ob das Gericht die durch die Mutter vorgetragene Gründe tatsächlich als ausreichend und kindeswohlbezogen wertet.¹⁰²

Es ist zudem zu beachten, dass die Vorstellung, Mütter würden ihr bestehendes Vetorecht „flächendeckend“ ausüben, fehlgeht. Bereits nach der Kindschaftsreform 1998 und bestehendem „Veto“-Recht wählte schon die Hälfte der nicht miteinander verheirateten Eltern die gemeinsame Sorge mittels übereinstimmender Sorgeerklärung.¹⁰³ Andererseits darf auch nicht außer Acht gelassen werden, dass die Verweigerung der Sorgeerklärung (in den übrigen Fällen) häufig nicht aus Kindeswohlaspekten rührt, was den Schluss nährt, dass die gemeinsame Sorge regelmäßig im Sinne des Kindeswohls ist.¹⁰⁴

d) Weitere Verzögerung durch Vaterschaftsfeststellung?

Problematisch erscheint außerdem, dass nur ein Vater, dessen Vaterschaft bereits festgestellt ist, einen Antrag stellen kann.¹⁰⁵ Der rein biologische Vater, dessen Vaterschaft weder festgestellt noch anerkannt ist, besitzt kein Antragsrecht. Soweit die Mutter daher – in zulässiger Weise – die Zustimmung der Anerkennung im Sinne des § 1595 Abs. 1 BGB verweigert, bleibt dem Vater bis zur gerichtlichen Feststellung seiner Vaterschaft, bereits die Verfahrenseinleitung verwehrt.¹⁰⁶

e) Diskriminierung bzgl. der Frist zur Stellungnahme?

Erstaunlich ist ferner, dass der Gesetzgeber die Frist zur Stellungnahme einseitig zugunsten der Mutter auf sechs Wochen nach der Geburt verlängert hat. Für den Vater hingegen keine vergleichbare Verlängerung besteht.¹⁰⁷ Es erscheint zweifelhaft, ob die einseitige und von den konkreten Geburtsfolgen losgelöste Fristverlängerung, welche einem temporären Ausschluss des Vaters von der elterlichen Sorge förderlich sein könnte, tatsächlich den Vorgaben der Rechtsprechung genügt.

2. Weitergehende Reformvorschläge

Wie aufgezeigt, gibt die Neuregelung mit Blick auf die Rechtsprechung von EGMR und BVerfG Anlass zur Kritik. Nachdem wohl selbst der Gesetzgeber kein ausreichendes Vertrauen in die geschaffene Regelung hatte, verpflichtete er das Bundesministerium der Justiz die oben angesprochenen Regelungen anhand der Rechtsprechungspraxis nach Ablauf von fünf Jahren zu evaluieren (vgl. § 99 Abs. 6a SGB VIII).¹⁰⁸ Im Folgenden soll daher erörtert werden, welche weiteren Reformen dazu beitragen könnten, die vom EGMR und dem BVerfG gesteckten Ziele zu erreichen.

a) Reform hin zur elterlichen Sorge qua Gesetz

Es erscheint inkonsequent, die Väter zunächst qua Gesetz von der elterlichen Sorge auszuschließen, um diese nachträglich – mittels stark erleichterter Verfahrensbedingungen – doch in der Mehrzahl der Fälle auf diese zu übertragen.¹⁰⁹ Der Gesetzgeber ist berufen, sich konsequent für einen Weg zu entscheiden. Vorzugswürdig erscheint hierbei der Weg zur elterlichen Sorge qua Gesetz. Denn die Folge einer konsequenten Umsetzung des Antragsmodells wäre eine weitere Erschwerung für den antragstellenden Elternteil.

Sofern man an dem Antragsverfahren festhält, böte dieses bereits de lege lata und ohne Verschärfung einen stärkeren Schutz des Kindeswohls als die Sorgeübertragung qua Gesetz, bei welcher von der Grundkonzeption schon keine Prüfungsmöglichkeit bezüglich des Kindeswohles gegeben ist. Die Lösung sollte daher nicht in einer konsequenten Umsetzung des Antragsmodells und mithin in einer Streichung der gesetzlichen Kindeswohlvermutung liegen.

b) Hilfsweise: Reformierung des Antragsverfahrens

Falls der Gesetzgeber jedoch am Antragsmodell festhält, sollte die Beteiligungsbeschränkung des § 155a Abs. 3 S. 1 FamFG aufgehoben werden. Jedenfalls in den Fällen, in denen das Jugendamt seine Beteiligung beantragt, sollte dieses auch angehört und am Verfahren beteiligt werden.¹¹⁰ Dies wird in der überwiegenden Anzahl der Fälle nur dann eine Beeinträchtigung des Antragsstellers bewirken, in welchen dies ohnehin wegen des Kindeswohls geboten ist. Darüber hinaus sollten auch die Eltern, so wie im Regelfall das Kind, persön-

⁹⁷ Bruns, FamFR 2013, 217 (220).

⁹⁸ BT-Drs. 17/11048, S. 24.

⁹⁹ Im Ergebnis ähnlich Heilmann, NJW 2013, 1473 (1475).

¹⁰⁰ BVerfGE 127, 132 (164) = NJW 2010, 3008 (3015).

¹⁰¹ Willutzki, FPR 2013, 236 (238).

¹⁰² Willutzki, FPR 2013, 236 (238).

¹⁰³ Willutzki, FPR 2013, 236.

¹⁰⁴ BT-Drs. 17/11048, S. 14.

¹⁰⁵ Heilmann, NJW 2013, 1473 (1476).

¹⁰⁶ Heilmann, NJW 2013, 1473 (1475).

¹⁰⁷ Heilmann, NJW 2013, 1473 (1476).

¹⁰⁸ BT-Drs. 17/11048, S. 10, Art. 6.

¹⁰⁹ Ebenso Willutzki, FPR 2013, 236 (240); Coester, FamRZ 2012, 1337 (1343).

¹¹⁰ Andeutungsweise auch Willutzki, FPR 2013, 236 (238).

lich angehört werden, um deren verfassungsrechtliches Recht aus Art. 6 Abs. 2 GG besser zu schützen.¹¹¹

Unter Berücksichtigung der Tatsache, dass viele Menschen schlicht aus gesundheitlichen oder zeitlichen Gründen oder mangels Fachkenntnissen nicht in der Lage sein werden, rechtzeitig und ausreichend zu den Kindeswohlbezogenen Gründen vorzutragen, sollte die Bestellung eines Verfahrensbeistandes zumindest nicht mehr als „im Regelfall nicht erforderlich“ angesehen werden.¹¹² Zudem wäre es angezeigt, dass die Elternteile mittels übereinstimmender Sorgeerklärung auch nur einen Teil der elterlichen Sorge übertragen könnten und nicht lediglich die gesamte, wie dies der unveränderte § 1626a Abs. 1 Nr. 1 BGB vorsieht.¹¹³

V. Zusammenfassende Schlussbetrachtung

Mit der Reformierung der deutschen Sorgerechtsregelung wurde zwar ein erster Schritt zur Stärkung der Väterrechte gemacht, aber gleichzeitig präsentiert sich die Lösung als „halbgar“. Einerseits unterstellt der Gesetzgeber, dass die gemeinsame elterliche Sorge dem Kindeswohl im Regelfall entspreche und drückt dies in einer gesetzlichen Vermutung und einer Einschränkung der verfahrensrechtlichen Rahmenbedingung aus. Andererseits konnte er sich jedoch nicht zur Lösung über das ex-lege-Modell durchringen. Es bleibt jedoch zu vermuten, dass gerade der „großen Lösung“ über das ex-lege-Modell ein gesellschaftlicher Apell immanent wäre, der auch die (zumindest vordergründig) sorgenwilligen Väter auf Ihre Pflichten und ihre Verantwortung – jenseits rein pekuniärer Aspekte – zurückbesinnen würde.¹¹⁴ Insoweit erscheint den Verfassern das ex-lege-Modell, vorzugswürdig.¹¹⁵ Das Elternrecht des Vaters (Art. 6 Abs. 2 GG) wird dadurch wesentlich gestärkt und der bürokratische Aufwand verringert.

¹¹¹ Willutzki, FPR 2013, 236 (238).

¹¹² Ähnlich: Willutzki, FPR 2013, 236 (239).

¹¹³ Heilmann, NJW 2013, 1473 (1474).

¹¹⁴ Willutzki, FPR 2013, 236 (240).

¹¹⁵ A.A. Horndasch, in: Scholz/Kleffmann/Motzer, Praxis-handbuch Familienrecht, 24. Aufl. 2013, Rn. 32.

Mahnkosten als Verzugschaden

Gestaltungsmöglichkeiten und rechtliche Grenzen

Von Ref. jur. **André Berbuer**, Offenburg, Ref. jur. **Tobias Kröger**, Karlsruhe, Rechtsanwalt **Frank Hofmann**, Freiburg*

Die Abwälzung von Mahnkosten auf den Schuldner als Verzugschaden stellt seit geraumer Zeit ein Rechtsproblem von enormer Praxisrelevanz dar. Besonders die Überwälzung der anwaltlichen Gebühren für die außergerichtliche Mahnung wird vom Mandanten häufig gewünscht. Die Autoren erläutern in ihrem Beitrag die verschiedenen Konstellationen und loten Möglichkeiten und rechtliche Grenzen der Gestaltung für den Gläubiger aus.

I. Einleitung

Der Anspruch auf Ersatz des Verzugschadens ist seit der Schuldrechtsmodernisierung in den §§ 280 Abs. 1, 2, 286 BGB geregelt und gibt dem Gläubiger einer Forderung die Möglichkeit, die ihm durch Verzögerung der Leistung (sog. Schuldnerverzug) entstandenen Vermögenseinbußen ersetzt zu bekommen. Systematisch handelt es sich um einen Schadensersatz neben der Leistung, der unabhängig von der Hauptleistung eingefordert werden kann.¹

Der Umfang des Schadensersatzes richtet sich nach den §§ 249 ff. BGB. Der Schuldnerverzug berechtigt den Gläubiger daher beispielsweise zur Einforderung von Verzugszinsen. Diese sind in § 288 BGB grundsätzlich auf 5 bzw. 8 Prozentpunkte über dem jeweils geltenden Basiszinssatz p.a. gedeckelt.² Weiter besteht beispielsweise die Möglichkeit des Kostenersatzes für entgangenen Gewinn³ und unter bestimmten Voraussetzungen auch für Deckungsgeschäfte.⁴

In der anwaltlichen Praxis weit häufiger und aufgrund seines Umfanges zumindest weit wichtiger als der Zinsschaden ist dagegen der Ersatz außergerichtlicher Rechtsverfolgungskosten. Für die vorgerichtliche Mahnung bzw. das Erstschreiben durch den Anwalt entsteht schon vor der gerichtlichen Auseinandersetzung eine Geschäftsgebühr nach § 14 RVG, Nr. 2300 Anl. 1 RVG, meist in Höhe von 1,3 Gebühren. Die Geschäftsgebühr entsteht gemäß Vorbem. 2.3 Anl. 1 RVG schon bei Entgegennahme der Information durch den Mandanten.⁵ Anders als die Anwaltskosten im gerichtlichen Verfahren – wie z.B. Verfahrens- oder Terminsgebühren – sind die Geschäftsgebühren nicht von den in § 91 ZPO benannten „Kosten des Rechtsstreits“ erfasst.⁶ Auch wenn § 15a

RVG in Verbindung mit Nr. 2400 Anl. 1 RVG die Anrechnung zwischen Geschäfts- und Verfahrensgebühr anordnet, bleibt die Geschäftsgebühr trotzdem mit mindestens der Hälfte der Regelgebühr (daher meist 0,65 als Hälfte aus der Regelgebühr 1,3 bei Anrechnung) als materiellrechtlicher Kostenersatzanspruch erhalten und muss insoweit als Nebenforderung im Prozess geltend gemacht werden.⁷

Die Anwaltskosten sind schon wegen der Degression im Gebührensystem des RVG⁸ besonders bei kleinen bis mittleren Streitwerten ein nicht unerheblicher Kostenfaktor, über den sich der Gläubiger vor Einschaltung des Rechtsanwaltes Gedanken machen muss. Gerade im Betrieb kleinerer und mittelständischer Unternehmen ist es bei der Geltendmachung einer Forderung oft von entscheidender wirtschaftlicher Bedeutung, dass auch die vorgerichtlich entstandenen Anwaltskosten am Ende vom Gegner ersetzt werden.

Die Mahnkosten sind aber nur über §§ 280 Abs. 2, 286 BGB ersatzfähig, soweit sich der Schuldner zum Zeitpunkt der Beauftragung des Anwalts schon im Verzug befindet. Dass die sog. „Erstmahnkosten“ grundsätzlich nicht ersatzfähig sind, weil die Mahnung den Schuldner erstmals in Verzug setzt, ist höchstrichterlich geklärt und weitläufig bekannt.⁹

Entscheidend ist für den Gläubiger daher der genaue Zeitpunkt des Verzugesintritts. Diesbezüglich entstehen gerade bei Werkunternehmern, namentlich bei kleinen und mittelständischen Handwerksbetrieben, besondere Probleme. Da diese Unternehmen meist weder über ein automatisiertes Mahnwesen, noch über strukturierte Forderungsabteilungen verfügen, stellt sich die Frage, wie hier eine effektive Forderungsbeitreibung gestaltet werden kann. Unternehmer versuchen in diesem Zusammenhang nicht selten den Verzugesintritt im Voraus einseitig festzulegen, oder Mahn- und Rechnungsschreiben miteinander zu verknüpfen, um sich den Auf-

* *André Berbuer* ist Rechtsreferendar am Landgericht Offenburg, *Tobias Kröger* ist Rechtsreferendar am Landgericht Karlsruhe, *Frank Hofmann* ist Rechtsanwalt und Repetitor in Freiburg i. Br.

¹ *Grüneberg*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 72. Aufl. 2013, § 286 Rn. 40 f.

² Derzeit -0,38 %, vgl. <http://basiszinssatz.info> (28.12.2013).

³ BGHZ 107, 67 (71); 126, 305 (313).

⁴ BGH NJW 1989, 1215.

⁵ Vgl. *Teubel*, in: Mayer/Kroiß, Kommentar zum RVG, 6. Aufl. 2013, Anl. 1 Vorbem. 2.3 Rn. 3.

⁶ Vgl. v. *Seltmann*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum RVG, Ed. 22, Stand: 1.11.2013, Anl. 1, Vorbem. 3 Rn. 12.

⁷ *Winkler*, in: Mayer/Kroiß, Kommentar zum RVG, 6. Aufl. 2013, § 15a Rn. 13; § 15a RVG gibt dem Anwalt ein Wahlrecht, welche Gebühr er auf welche anrechnen will. Er kann also entweder die Geschäfts- oder die Verfahrensgebühr um ½ kürzen. Ihm ist lediglich verwehrt, insgesamt mehr als den Betrag zu verlangen, der sich aus der Summe der beiden Gebühren abzüglich des anzurechnenden Betrags ergibt. Wegen der Möglichkeit der Geltendmachung im Kostenfestsetzungsverfahren nach §§ 104 f. ZPO, spräche einiges dafür, nach Möglichkeit die Geschäftsgebühr zu kürzen. Andererseits wird die Geschäftsgebühr meist schon einige Zeit vor Beginn des Gerichtsverfahrens beim Mandanten abgerechnet. Buchhalterisch ist es daher für den Anwalt wohl meist einfacher, die Anrechnung auf die Verfahrensgebühr vorzunehmen, weswegen auch der materiellrechtliche Kostenersatzanspruch im Regelfall die volle Geschäftsgebühr enthalten wird.

⁸ Vgl. Anl. 2 RVG, auch v. *Seltmann* (Fn. 6), § 22.

⁹ *Grüneberg* (Fn. 1), § 286 Rn. 44; BGH NJW 1989, 324; BayObLG NJW-RR 1993, 280.

wand einer gesonderten Mahnung und Fristsetzung zu ersparen. Inwieweit dies zulässig und zur Begründung des Verzugs Eintritts und damit Ersatzfähigkeit von außergerichtlichen Rechtsverfolgungskosten ausreichend ist, soll im Folgenden behandelt werden. Insoweit wollen die Verfasser die denkbaren Konstellationen aus Sicht des Gläubigers beleuchten.

II. Materiellrechtlicher Rahmen

1. Die Voraussetzungen des Kostenanspruches nach § 286 BGB

Fall 1: Der Handwerker H hat bei Bauherrn B im Erdgeschoss von dessen Wohnhaus Innenausbauarbeiten verrichtet. Auftragsgemäß hat er Türrahmen eingesetzt und Holzverkleidungen angebracht. Nach Fertigstellung und Abnahme der Arbeiten übergibt H dem B im Abnahmetermin eine Rechnung über Brutto € 8.000,00. Nachdem B nach zwei Wochen immer noch nicht bezahlt hat, beauftragt H den Rechtsanwalt R, das Geld bei B einzutreiben. R schreibt B an und berechnet dafür eine 1,3 Geschäftsgebühr nach § 14 RVG, Nr. 2300 Anl. 1 RVG aus € 8.000,00 in Höhe von € 661,16 (€ 535,60 zzgl. € 20,00 Telekommunikationspauschlage, zzgl. Umsatzsteuer 19 % = € 105,56).

Voraussetzung der Ersatzfähigkeit von Anwaltskosten als Verzögerungsschaden im Sinne der §§ 280 Abs. 1 und 2, 286 BGB ist, dass auf eine wirksame und einredefreie Forderung trotz Fälligkeit dieser Forderung und einer entsprechenden Mahnung nicht geleistet wird.¹⁰ Die Mahnung ist eine einseitige, empfangsbedürftige Aufforderung des Gläubigers an den Schuldner, die Leistung zu erbringen.¹¹ Die Mahnung selbst ist grundsätzlich nicht an eine bestimmte Form gebunden, sofern in ihr nur eindeutig zum Ausdruck kommt, dass der Gläubiger nunmehr unbedingt die Leistung erhalten möchte. Insofern ist ein vielzitiertes Urteil des Landgerichts Frankfurt nur konsequent, wenn es statuiert, dass auch eine Mahnung in Versen wirksam ist.¹² Dem Gläubiger dürfte aber weniger an solch dogmatischen und belletristischen Überlegungen gelegen sein, als an der Frage, ob auch schon in der Zusendung einer Rechnung eine wirksame Mahnung gesehen werden kann. Die Zusendung einer Rechnung kann diesbezüglich unterschiedliche Wirkungen haben, die anhand einiger Beispielfälle verdeutlicht werden sollen.

Im *Fall 1* sind die Voraussetzungen des Verzuges noch nicht vollständig erfüllt. H hat nach dem Sachverhalt gegen B zwar eine einredefreie und nach Abnahme im Sinne des § 641 BGB auch fällige Forderung, es fehlt aber insoweit an einer wirksamen Mahnung. Grundsätzlich sind sowohl die Mahnung als auch die Rechnung rechtsgeschäftsähnliche

Handlungen.¹³ Im Gegensatz zur Mahnung fehlt zumindest der „reinen“ Rechnung das Element der zweifelsfreien Leistungsaufforderung. Auch vorliegend fehlt der Rechnung eine Leistungsaufforderung, weshalb H zunächst eine Mahnung an B schicken und in dieser eindeutig zur Leistung auffordern müsste. Andernfalls könnte er die RA-Kosten nicht von B ersetzt verlangen und hätte diese insoweit selber zu tragen. Die sog. „Erstmahnkosten“ des Anwalts sind über § 286 BGB nicht ersatzfähig. Auch reicht die Übergabe oder Zusendung einer Rechnung nicht aus, sofern sich nicht aus besonderen Umständen etwas anderes ergibt. Bereits das Reichsgericht hatte seinerzeit entschieden, dass eine Rechnung noch keine Mahnung darstellt.¹⁴ Dies gilt im Grunde auch heute noch.¹⁵

2. Zahlungsziel auf der Rechnung

Fall 2: Wie *Fall 1*, nur schreibt H auf seine Rechnung: „Zu zahlen innerhalb von 7 Tagen“

a) Rechnung als Mahnung

Fraglich ist, ob eine Rechnung dann zugleich als „Mahnung“ angesehen werden kann, wenn in ihr eine Zahlungsfrist bestimmt ist. Diesbezüglich hat der Bundesgerichtshof im Jahr 2008 entschieden, dass die erstmalige Zusendung einer Rechnung mit Zahlungsziel im Verkehr üblicherweise nicht als Mahnung verstanden werden dürfe.¹⁶ Insofern konstatiert der Bundesgerichtshof aber nicht abschließend, dass eine Rechnung mit Zahlungsziel niemals eine Mahnung darstellen kann, sondern bescheidet vielmehr die rechtliche Wirkung der Rechnung aus Gründen des Verkehrsschutzes. Er betont dabei zum einen, dass für eine Mahnung jedes eindeutige und bestimmte Leistungsverlangen ausreichend ist, ohne dass der Schuldner auf die Verzugsfolgen eigens hingewiesen werden müsste.¹⁷ Zum anderen könne die Mahnung mit einer die Fälligkeit begründenden Handlung verbunden werden.¹⁸

Die Auffassung ist aufgrund ihrer Widersprüchlichkeit auf Kritik gestoßen. Die Entscheidungsgründe des Urteils aufnehmend, fragt *Gsell* zutreffend, weshalb dann in der Rechnung mit Zahlungsziel keine Mahnung zu sehen sei.¹⁹ Der Bundesgerichtshof begnügt sich insofern mit dem Hinweis, dass die Zusendung einer Rechnung nur in Ausnahmefällen eine Mahnung darstellen würde. Daneben verdeutliche bereits die Vorschrift des § 286 Abs. 3 S. 1 BGB, dass eine weitergehende Belehrung in einer Rechnung derselben erst den Charakter einer Mahnung verleihen könnte. Man kann die Rechtsprechung dahingehend verstehen, dass der Bundesgerichtshof die Grenzen zwischen einer „einfachen“ Rechnung und einer „qualifizierten“ Rechnung im Sinne des § 286 Abs. 3

¹³ *Ernst* (Fn. 10), § 286 Rn. 78.

¹⁴ RGZ 118, 346 (354).

¹⁵ *Grüneberg* (Fn. 1), § 286 Rn. 18; BGH NJW 2008, 50.

¹⁶ BGHZ 174, 77; BGH NJW 2008, 50 (51).

¹⁷ BGH NJW 2008, 50; BGH NJW 1998, 2132.

¹⁸ BGH NJW 2008, 50; so im Übrigen auch schon RGZ 50, 255 (261); BGH WM 1970, 1141.

¹⁹ *Gsell*, NJW 2008, 52 = Anm. zu BGH NJW 2008, 50.

¹⁰ *Ernst*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 286 Rn. 18.

¹¹ *Grüneberg* (Fn. 1), § 286 Rn. 16; BGHZ 47, 357; BGH NJW 1987, 1547.

¹² LG Frankfurt NJW 1982, 650.

S. 1 BGB eindeutig ziehen wollte, um gerade den Anwendungsbereich des § 286 Abs. 3 S.1 BGB nicht zu verwischen.²⁰ Diese Überlegung ist aber nicht mit dem Sinn und Zweck der Vorschrift in Einklang zu bringen. Der Hinweis auf die dreißigtägige Frist des § 286 Abs. 3 BGB ist entgegen der Anklänge in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht die Regel, sondern die Ausnahme. In Umsetzung der Zahlungsverzugsrichtlinie bestimmt die Vorschrift wörtlich, dass der Schuldner unter den dort angegebenen Voraussetzungen spätestens nach 30 Tagen in Verzug gerät. Nach dem Inhalt der Richtlinie sollte damit aber keine Stundung ipso iure geschaffen werden, sondern ein Instrument um die Zahlung zu beschleunigen. Die Vorschrift des § 286 Abs. 3 BGB soll den Schuldner nicht privilegieren, sondern vielmehr motivieren.

Der Bundesgerichtshof verfestigt durch seine Auslegung der „Erstrechnung“ den Schuldnerschutz, ohne dass dies aus der Natur des Verzuges folgt. Der Gläubiger ist nach § 271 BGB ohne gesonderte Vereinbarung berechtigt die Leistung sofort zu verlangen. Aus der Fälligkeit der Leistung folgt indes nicht, dass dem Schuldner noch eine gewisse Leistungsfrist zustehen würde.²¹ Durch die Mahnung ist es dem Schuldner nicht mehr möglich darauf zu vertrauen, dass der Gläubiger nicht oder noch nicht bereit sei die Leistung in Empfang zu nehmen.²² Die Folgen dieser Rechtsprechung laufen den Interessen des Gläubigers diametral entgegen. Der mahnende Gläubiger wird in jedem Fall benachteiligt. Sofern er eine Rechnung mit Zahlungsziel an seinen Schuldner verschickt, stellt dies nach der obigen Rechtsprechung keine Mahnung dar, vielmehr kann in dem Zahlungsziel zu seinem Nachteil das Angebot einer Stundungsvereinbarung gesehen werden, dass der Schuldner stillschweigend nach § 151 BGB annehmen kann.²³ Der Gläubiger kann aber auch nicht auf die Rechnungserteilung verzichten, da ihm der Schuldner dann ein Zurückbehaltungsrecht nach § 273 Abs. 1 BGB entgegenhalten könnte, was ebenfalls zu einer Verzögerung der Leistung führt. Es verbleibt einzig der mühsame Weg, dass der Gläubiger eine Rechnung mit Zahlungsziel erteilt und gleichzeitig in gesondertem Schreiben diesen Betrag unverzüglich anmahnt, sofern er sicher sein möchte.

Ausgehend von der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, kann H die Anwaltskosten in *Fall 2* ebenfalls nicht von B verlangen. Die Angabe eines Zahlungsziels auf der Rechnung beinhaltet nach wohl herrschender Meinung demnach keine Mahnung, die den B in Verzug setzen würde.

b) Zahlungsziel als Bestimmung im Sinne des § 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB

Daneben wäre es denkbar, dass die Zusendung einer Rechnung mit Zahlungsziel eine Mahnung entbehrlich machen würde, da dann im Sinne des § 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB eine Zeit nach dem Kalender bestimmt wäre. Technisch würde es sich um eine einseitige Bestimmung des Verzugszeitpunktes

handeln. Die Regelung des § 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB setzt aber eine anfängliche oder nachträgliche Vereinbarung zwischen Schuldner und Gläubiger voraus.²⁴ Nur vereinzelt wird dies in Zweifel gezogen.²⁵ Die Entbehrlichkeit der Mahnung kann demnach nur Rechtsfolge einer konsensualen Vereinbarung sein. Eine solche Vereinbarung liegt regelmäßig dann vor, wenn bereits im Vertrag ein bestimmtes Zahlungsziel vereinbart wurde. Dogmatisch wird es sich dabei meist um ein relatives Fixgeschäft handeln. Ein relatives Fixgeschäft konkretisiert die Leistung dahingehend, dass eine verzögerte Leistung nach dem Vertragsinhalt keine ordnungsgemäße Leistungserbringung darstellt. Die Vereinbarung eines relativen Fixgeschäftes wäre an § 309 Nr. 4 BGB zu messen, wenn dieses durch AGB vereinbart wurde. Eine einseitige Leistungsbestimmung durch den Gläubiger ist nur dann zulässig, wenn dieser ein Leistungsbestimmungsrecht im Sinne des § 315 BGB besitzt.²⁶ Eine Vereinbarung im Sinne des § 315 BGB stellt letztlich keine Ausnahme vom Erfordernis der Vereinbarung dar, sondern den speziellen Fall einer anfänglichen Vereinbarung über die noch zu bestimmende Leistung. Der § 315 BGB ist nur anwendbar, wenn die Parteien sich über den Vertragsschluss einig sind und lediglich die Leistung oder Gegenleistung einer Partei anheimgestellt haben.²⁷

Demnach können in *Fall 2* die Anwaltskosten auch nicht aus dem Gesichtspunkt verlangt werden, dass durch die Angabe eines Zahlungsziels die Mahnung nach § 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB entbehrlich wäre. Die Angabe „zu zahlen innerhalb von 7 Tagen“ ist keine nach dem Kalender bestimmte Zeit im Sinne von § 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB.

c) Die „qualifizierte“ Rechnung als Mahnung

Fall 3: Wie *Fall 1*, nur schreibt H auf seine Rechnung: „Zahlbar innerhalb 7 Tagen nach Rechnungserhalt. Mit Ablauf dieser Frist geraten Sie in Verzug.“

Wie bereits erwähnt stellt die erstmalige Zusendung einer Rechnung nach herrschender Meinung weder einen ordnungsgemäße Mahnung dar, noch wäre in diesem Fall eine Mahnung nach § 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB entbehrlich. Die Formulierung der Rechnung in *Fall 3* unterscheidet sich hiervon jedoch dahingehend, dass H nunmehr auf den Erhalt der Rechnung abstellt und eigens auf den Verzug hinweist.

Wiederum stellt sich die Frage, welche Anforderungen die Rechnung des Werkunternehmers erfüllen muss, um gleichzeitig taugliche Mahnung zu sein. Nochmals sind die Feststellungen des Bundesgerichtshofes heranzuziehen, dass eine Mahnung mit der die Fälligkeit begründenden Handlung verbunden werden kann, weshalb diese auch in einer Rech-

²⁰ Faust, JuS 2008, 373 (374).

²¹ Wilhelm, ZIP 1987, 1497 (1499).

²² Wilhelm, ZIP 1987, 1497 (1499).

²³ BGH NJW 2008, 50 (51).

²⁴ Löwisch/Feldman, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2009, § 286 Rn. 69.

²⁵ Vgl. noch zur Rechtslage vor der Schuldrechtsreform Fahl, JZ 1995, 341 (343).

²⁶ BGH NJW 2008, 50 (51).

²⁷ Rieble, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2009, § 315 Rn. 28.

nung enthalten sein kann.²⁸ Obwohl eigentlich nicht nötig, weist hier H explizit auf die Verzugsfolgen hin. Mit diesem Hinweis erfüllt er eigentlich die Anforderungen, die der Bundesgerichtshof für eine Mahnung in Form der Rechnung in Hinblick auf § 286 Abs. 3 BGB formuliert hat. Versteht man die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes nur als Anleitung für die Formulierung der Rechnung, würde der Hinweis auf den Verzugsbeginn genügen.²⁹ Dies greift aber zu kurz. Wenn der Bundesgerichtshof sagt, die Rechnung sei nur in Ausnahmefällen gleichzeitig eine Mahnung, kommt damit sehr viel mehr zum Ausdruck. Mit einer entsprechenden Formulierung wäre jede Rechnung taugliche Mahnung, weshalb gerade kein Ausnahmefall mehr vorliegen würde. Da es das Anliegen des Bundesgerichtshofes war, die Konturen der Rechnung an § 286 Abs. 3 BGB zu schärfen, würde dieses Ziel verfehlt, wenn man durch die entsprechende Formulierung jeder Rechnung den Charakter einer Mahnung verleihen könnte. Einmal mehr zeigt sich die Widersprüchlichkeit der Entscheidung. Durch seine Ausführungen wollte der Bundesgerichtshof verhindern, dass dem § 286 Abs. 3 BGB kein Anwendungsbereich mehr verbleibt. Durch die Rechtsprechung hat nunmehr aber de facto § 286 Abs. 1 BGB für den Fall der Rechnung keinen Anwendungsbereich mehr.

Demnach kann H hier in Fortführung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung die Kosten nicht verlangen. Auch eine Rechnung, die auf den Verzug eigens hinweist, wäre wohl keine taugliche Mahnung.

3. Erhalt der Rechnung als Ereignis im Sinne des § 286 Abs. 2 Nr. 2 BGB

Nach § 286 Abs. 2 Nr. 2 BGB ist eine Mahnung entbehrlich, wenn der Leistung ein Ereignis voranzugehen hat und sich die maßgebliche Leistungszeit bezogen auf dieses Ereignis berechnen lässt. Ein Ereignis im Sinne des § 286 Abs. 2 Nr. 2 BGB kann auch der Zugang einer Rechnung sein.³⁰ Dies setzt allerdings voraus, dass der Erhalt der Rechnung bereits vertraglich als maßgebliches Ereignis im Sinne des § 286 Abs. 2 Nr. 2 BGB vereinbart wurde.³¹ Dies wird regelmäßig nicht der Fall sein.

Die Kosten sind demnach auch nicht deshalb ersatzfähig, weil ein Fall des § 286 Abs. 2 Nr. 2 BGB vorläge.

4. Verzug nach § 286 Abs. 3 BGB

Nach § 286 Abs. 3 BGB tritt spätestens mit Ablauf von 30 Tagen nach Rechnungszugang Verzug ein. Der § 286 Abs. 3 BGB normiert einen zusätzlichen Fall, in dem es einer Mahnung nicht bedarf. Eine Entgeltforderung im Sinne des Abs. 3 ist jedes Entgelt, das der Schuldner als Gegenleistung für eine Ware oder eine erbrachte Dienstleistung zu zahlen hat.³² Wie detailliert die Rechnung dabei zu sein hat wird unter-

schiedlich beurteilt. Nach der geringsten Anforderung stellt die Rechnung nur die Fixierung einer Entgeltforderung dar, die der Gläubiger vom Schuldner beansprucht.³³ Dabei wird nicht zwischen einer normalen Rechnung und einer werkvertraglichen Rechnung unterschieden. Dem entgegen wird vertreten, dass die werkvertragliche Rechnung in entsprechender Anwendung des § 14 VOB/B die einzelnen Posten aufschlüsseln muss, um dem Schuldner eine umfassende Nachprüfbarkeit zu eröffnen.³⁴ Zunächst ist festzuhalten, dass die Rechnung den Schuldner in die Lage versetzen soll, den Forderungsbetrag zu überprüfen.³⁵ Dieses Pflichtenprogramm des Gläubigers bestimmt sich im Wesentlichen nach dem Vertragsinhalt. Hat der Vertrag eine Vielzahl von Leistungen zum Gegenstand, so wachsen auch die Anforderungen an die Rechnung. In Fortführung dieser Anforderung, liegt keine wirksame Rechnung vor, wenn sie dem Schuldner keine Nachprüfung ermöglicht. Allerdings soll eine Unrichtigkeit der Rechnung den Beginn der 30-Tages-Frist nur hindern, wenn wesentliche Elemente fehlen.³⁶

Bezogen auf den vorliegenden Fall könnte auch hier H seine Anwaltskosten nicht ersetzt verlangen. Grundsätzlich wäre es zwar möglich den Ablauf der 30-Tages-Frist abzuwarten, gleichwohl würde aber kein Verzug eintreten. Da B als Verbraucher anzusehen ist, müsste H nach § 286 Abs. 3 S. 1, 2. HS BGB auf den Verzugsbeginn mit Ablauf von dreißig Tagen nach Fälligkeit und Rechnungseingang hingewiesen haben. Da er hier nur auf einen Verzugsbeginn nach sieben Tagen hingewiesen hat, wurde dem Erfordernis von § 286 Abs. 3 S. 1, 2. HS BGB nicht genügt.

5. Zahlungsschwierigkeiten und Zahlungsaufschub

Fall 4: Wie *Fall 1*, nur eröffnet B dem H, er könne momentan nicht zahlen und bittet insofern um einen Zahlungsaufschub.

Vorliegend wäre wiederum dem Grunde nach eine Mahnung erforderlich. Es fragt sich aber, ob hier im Sinne des § 286 Abs. 2 Nr. 3 BGB der Schuldner die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert oder nach § 286 Abs. 2 Nr. 4 BGB besondere Umstände vorliegen, die jeweils eine Mahnung entbehrlich machen.

Eine endgültige und ernsthafte Erfüllungsverweigerung im Sinne des § 286 Abs. 2 Nr. 3 BGB setzt voraus, dass der Schuldner gegenüber dem Gläubiger erklärt, er werde die Leistung unter keinen Umständen erbringen.³⁷ Die Annahme

³³ Löwisch/Feldmann (Fn. 24), § 286 Rn. 99.

³⁴ Fabis, ZIP 2000, 865 (867); Löwisch/Feldmann (Fn. 24), § 286 Rn. 99 stellt Fabis unzutreffend dar, weil unterstellt wird, auf alle Rechnungen sei § 14 VOB/B anzuwenden.

³⁵ Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses zum Entwurf eines Gesetzes zur Beschleunigung fälliger Zahlungen, BT-Drs. 14/2752, im Internet abrufbar unter:

<http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/14/027/1402752.pdf> (2.5.2013).

³⁶ Ernst (Fn. 10), § 286 Rn. 80.

³⁷ Ernst (Fn. 10), § 323 Rn. 99.

²⁸ BGH NJW 2008, 50 (51).

²⁹ So Faust, JuS 2008, 375; Gsell, NJW 2008, 52.

³⁰ BGH NJW 2007, 1581 (1582); Ernst (Fn. 10), § 286 Rn. 58; Löwisch/Feldmann (Fn. 24), § 286 Rn. 79.

³¹ Löwisch/Feldmann (Fn. 24), § 286 Rn. 79.

³² BGH NJW 2010, 1872.

einer endgültigen Verweigerung unterliegt grundsätzlich hohen Anforderungen.³⁸ Es ist dabei nicht ausreichend, wenn der Schuldner den Gläubiger ersucht, ihm die Leistung durch Stundung momentan nachzulassen.³⁹ Auch wenn er nur isoliert erklärt, er sei zur pünktlichen Leistung wahrscheinlich nicht in der Lage, stellt dies noch keine ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung dar.⁴⁰ Somit ist im vorliegenden Fall die Mahnung nicht schon deshalb entbehrlich, weil der Schuldner nicht zahlungsfähig oder -willig ist.

Aber auch besondere Umstände im Sinne des § 286 Abs. 2 Nr. 4 BGB können nicht angenommen werden. Nach dem Wortlaut der Vorschrift muss die Abwägung der beiderseitigen Interessen den sofortigen Eintritt des Verzuges zugunsten des Gläubigers rechtfertigen. Aufgrund ihrer Unbestimmtheit soll die Norm zum einen dazu dienen, den jeweiligen vertraglichen Besonderheiten gerecht zu werden, und zum anderen einen möglichen Ansatzpunkt für das Gebot von Treu und Glauben liefern. Eine häufige vertragliche Besonderheit liegt in der Eilbedürftigkeit des Geschäftes. Regelmäßig liegt ein besonderer Umstand vor, wenn nur die sofortige Leistung das Interesse des Gläubigers an der Leistung befriedigen kann.⁴¹ Auch aus dem Gesichtspunkt der besonderen Umstände ist die Mahnung vorliegend nicht entbehrlich. Der Inhalt des Vertrages zwischen H und B rechtfertigt keine Abwägung zugunsten des H. Eine Verletzung von Treu und Glauben ist nicht ersichtlich.

6. Abschlagszahlungen

Fall 5a: H hat im Haus des B bereits die Türrahmen eingebaut. Bevor er die Wandverkleidung anbringt, verlangt er von B eine Abschlagszahlung für die erbrachten Arbeiten und übergibt hierzu B eine genaue Aufstellung. B bezahlt nicht.

Die Vorleistungspflicht des Werkunternehmers aus § 641 BGB bewirkt, dass seine Vergütung erst nach Abnahme und damit nach Fertigstellung seiner Arbeit fällig wird.⁴² Dies bedeutet für den Unternehmer, dass er auf eigene Kosten in Vorleistung gehen muss, mithin bis zum Abschluss seiner Arbeit das Risiko eines Vergütungsausfalls trägt. Auch mit Hinblick auf den gerade bei Handwerksarbeiten oft eintretenden dinglichen Rechtsverlust nach § 946 BGB ist es daher nur sachgerecht, dass das Gesetz dem Werkunternehmer in § 632a BGB die Möglichkeit gibt, Abschlagszahlungen zu verlangen.⁴³

Der Anspruch auf Entrichtung einer Abschlagszahlung gilt als selbstständiger Teil des Vergütungsanspruchs. Er geht wegen seines vorläufigen Charakters im endgültigen Vergütungsanspruch auf, sobald dieser geltend gemacht wird.⁴⁴ Der

Anspruch auf Abschlagszahlung wird fällig, wenn ein entsprechender Wertzuwachs eingetreten ist, die Leistung nicht oder nur mit unwesentlichen Mängeln behaftet ist und ein entsprechender Leistungsnachweis erbracht wurde. Ein Wertzuwachs für den Besteller liegt dann vor, wenn ein für ihn objektiv messbarer Gegenwert besteht.⁴⁵ Die Bestimmung eines nur unwesentlichen Mangels ist in Anlehnung an § 640 BGB zu treffen. Danach ist zu fragen, welches Ausmaß die Mangelhaftigkeit unter Abwägung der beiderseitigen Interessen hat.⁴⁶ Der Leistungsnachweis des Werkunternehmers muss so beschaffen sein, dass er den Besteller in die Lage versetzt, sich über die erbrachten Leistungen zu informieren und diese nachzuprüfen.⁴⁷ Diese Vorgaben sind hier zu unterstellen, weshalb der Anspruch auf Abschlagszahlung des H gegen B fällig ist.

Ordnet man die vorliegende Vereinbarung in die Systematik des § 286 BGB ein, so wäre eine Mahnung gleichwohl erforderlich. Erst durch eine eindeutige Leistungsaufforderung dürfte B nicht mehr darauf vertrauen, H werde die Forderung nicht beitreiben. Zwar kann auch der Anspruch auf Abschlagszahlung – wie gezeigt – gesondert fällig werden und damit auch der Schuldner im Rahmen der 30-Tages-Frist aus § 286 Abs. 3 BGB in Verzug geraten. Dann wären konsequenterweise aber nur die Rechtsverfolgungskosten aus der Summe der offenen Abschlagszahlungen ersatzfähig. Der Gläubiger kann also nicht die gesamten Rechtsverfolgungskosten aus seiner Schlussrechnung sofort geltend machen. Zum jetzigen Zeitpunkt kann H seine Rechtsanwaltskosten jedenfalls nicht von B verlangen.

Fall 5b: H und B haben dem Vertrag zusätzlich wirksam die VOB/B zugrunde gelegt.

Der Anspruch auf Abschlagszahlung folgt hier aus § 16 Nr. 1 VOB/B. Im Gegensatz zu § 632a BGB sind die Anforderungen an einen nachprüfbaren Leistungsnachweis in der VOB/B strenger. Die Abrechnung selbst muss den Erfordernissen des § 14 Nr. 1 und Nr. 2 VOB/B entsprechen. Der Vergütungsanspruch ist nach § 16 Nr. 1 Abs. 3 VOB/B innerhalb von 18 Tagen nach Zugang der Aufstellung fällig. In Abweichung zu den Vorschriften des BGB muss der Unternehmer bei Fälligkeit nach § 16 Nr. 5 Abs. 3 VOB/B vorgehen. Nach § 16 Nr. 5 Abs. 3 VOB/B muss der Unternehmer dem Besteller eine Nachfrist setzen. Erst mit Ablauf dieser Nachfrist befindet sich der Besteller in Verzug.⁴⁸ Im vorliegenden Fall ist demnach der Anspruch auf Abschlagszahlung erst nach Ablauf von 18 Tagen fällig. Um den Verzug zu begründen, müsste H dem B darüber hinaus eine Nachfrist im Sinne des § 16 Nr. 5 Abs. 3 VOB/B setzen. Zum jetzigen Zeitpunkt kann H seine Rechtsanwaltskosten jedenfalls nicht von B verlangen.

³⁸ BGH NJW 1984, 48 (49).

³⁹ RGZ 66, 430.

⁴⁰ BGH JR 1976, 282.

⁴¹ Löwisch/Feldmann (Fn. 24), § 286 Rn. 87.

⁴² Sprau, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 72. Aufl. 2013, § 641 Rn. 2.

⁴³ Vgl. auch BGH NJW 1985, 1840.

⁴⁴ Sprau (Fn. 42), § 632a Rn. 5; BGH NJW-RR 2004, 957.

⁴⁵ Busche, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 632a Rn. 5.

⁴⁶ BGH NJW 1992, 2481.

⁴⁷ Busche (Fn. 45), § 632a Rn. 9.

⁴⁸ Jansen, in: Beck'scher Kommentar zur VOB Teil B, 3. Aufl. 2013, § 2 Nr. 5 Rn. 20.

III. Möglichkeiten der Rechtsgestaltung

Nach dem oben Gesagten können die rechtsgestaltenden Möglichkeiten des Gläubigers wie folgt zusammengefasst werden:

1. Einseitige Bestimmungen zum Verzugseintritt

Eine einseitige Festlegung des Verzugseintritts ist nicht möglich.

Eine Rechnung, in der eine Zahlungsfrist oder ein Zahlungsziel genannt wird, stellt niemals zugleich auch eine Mahnung im Sinne des § 286 Abs. 1 S. 1 BGB dar. Dies auch dann nicht, wenn hierbei auf die Verzugsfolgen explizit hingewiesen wird (sog. „qualifizierte“ Rechnung). Der Erhalt einer Rechnung genügt auch nicht den Anforderungen an ein Ereignis im Sinne des § 286 Abs. 2 Nr. 2 BGB. Ebenso wenig kann ein Zahlungsziel als Zeitbestimmung im Sinne des § 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB angesehen werden. Eine einseitige Bestimmung des Verzugseintrittszeitpunktes – z.B. durch einen Hinweis auf der Rechnung – ist somit nicht möglich.

Eine Verbindung von Rechnung und Mahnung in einem Dokument erscheint nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zwar nicht gänzlich ausgeschlossen. Da diese Verbindung aber nur im Ausnahmefall zulässig sein soll, ist dem Gläubiger auch hiervon abzuraten. Dies schon deshalb, weil der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung zwar den Ausnahmefall abstrakt anspricht, gleichwohl aber keinen Ausnahmefall konkret benennt und bisher auch kein Fall bekannt ist, in dem ein solcher tatsächlich einmal gerichtlich anerkannt worden wäre.

2. Vertragliche Gestaltungsmöglichkeiten

Übrig bleiben daher lediglich vertragliche Abreden zum Verzugseintritt. Der Unternehmer wird hier regelmäßig nur bereit sein, eine rechtlich sichere, d.h. gerichtsfeste, Gestaltung seiner Verträge bzw. Aufträge in Erwägung zu ziehen. Auch wird die Verzugs Klausel regelmäßig in AGB vereinbart werden, da es gerade Zweck der Klausel sein wird, für alle Forderungen des Unternehmers Geltung zu beanspruchen.

Die kautelarjuristischen Möglichkeiten zur Änderung des Verzugseintritts dürften dabei schon durch die Vorschrift des § 309 Nr. 4 BGB stark eingeschränkt sein. Nach dieser Norm werden die Voraussetzungen des § 286 BGB einer vertraglichen Änderung entzogen.⁴⁹

Zwar gilt § 309 Nr. 4 BGB in direkter Anwendung gem. § 310 Abs. 1 S. 1 BGB nicht zwischen Unternehmern. Allerdings soll die Unabdingbarkeit der Grundsätze des § 286 BGB (insbes. vorausgehende Fristsetzung und Mahnung) nach verschiedenen höchstrichterlichen Entscheidungen im Grundsatz auch zwischen Unternehmern gelten.⁵⁰ Insoweit geht der Bundesgerichtshof davon aus, dass vertragliche Zahlungsvereinbarungen, die die Voraussetzungen des § 286 BGB abbedingen oder modifizieren nach § 307 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB mit wesentlichen Grundgedanken des Gesetzes nicht

vereinbar sind.⁵¹ Nach einer neueren Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 7.3.2013 soll darüber hinaus aus den gleichen Gründen eine Vorauszahlungsklausel beim Werkvertrag unwirksam sein.⁵² Diese Rechtsprechung ist auch im Hinblick auf die vorangegangenen Entscheidungen konsequent.

Zwar ist es nach einer Entscheidung des Bundesgerichtshofs möglich, den Erhalt der Rechnung als Ereignis im Sinne des § 286 Abs. 2 Nr. 2 BGB auch formularmäßig in AGB zu vereinbaren.⁵³ Auch bei dieser Entscheidung wurde vom Verwender aber eine Zahlungsfrist von 30 Tagen nach Erhalt der Rechnung eingeräumt. Es ist vor diesem Hintergrund nicht davon auszugehen, dass der Bundesgerichtshof insoweit eine rechtliche Gestaltung anerkennen würde, die zu einer Unterschreitung einer solchen Frist und somit zu einer Umgehung der Vorschrift des § 286 Abs. 3 BGB führen könnte.

Insoweit sind auch vertragliche Gestaltungsmöglichkeiten zugunsten des Gläubigers kaum denkbar.

IV. Fazit

Im Ergebnis reichen weder die Hinweise auf Rechnungen noch die Vereinbarung von Abschlagszahlungen aus, um den Verzugseintritt zugunsten des Gläubigers zu beschleunigen. Die Verbindung von Mahnung und Rechnung ist zwar nicht denknotwendig ausgeschlossen. Allerdings birgt sie jedenfalls ein großes Risiko, weil die Verbindung – wie gezeigt – nur in (bisher höchstrichterlich nicht konkretisierten) Ausnahmefällen zulässig wäre. Ganz abgesehen davon wäre eine solche Vorgehensweise wohl auch aus unternehmerischer Sicht unvernünftig. Der Gläubiger müsste schon auf der Rechnung durch explizite Mahnung und Fristsetzung zur Zahlung auffordern. Dies dürfte im geschäftlichen Verkehr als deutliche Misstrauensbekundung verstanden werden.

Auch die Tatbestände der „Verweigerung“ (§ 286 Abs. 2 Nr. 3 BGB) und der „besonderen Umstände“ (§ 286 Abs. 2 Nr. 4 BGB) sind wegen ihres sehr restriktiven Verständnisses kaum geeignet, dem Werkunternehmer die Geltendmachung von Verzugsschäden zu erleichtern.

Formularmäßige Gestaltungsmöglichkeiten bestehen aufgrund der ebenfalls strikten Rechtsprechung zu §§ 307, 309 Nr. 4 BGB gleichfalls nicht. Jedenfalls wären sie derart riskant, dass ein bedachter Unternehmer das Risiko einer Unwirksamkeit und ggf. gerichtlicher Feststellung hierzu scheuen dürfte.

Die 30-Tages-Grenze aus § 286 Abs. 3 BGB hilft ebenfalls nur begrenzt. Zum einen muss die Frist gegenüber Verbrauchern gesondert erklärt werden, was sicher in einem Großteil der Fälle nicht passiert. Zum anderen dürfte auch dann ein Zuwarten von einem knappen Monat nach Fälligkeit für kleinere Betriebe oft keine ernsthafte Alternative sein. Wenn der Handwerker dann erst nach 30 Tagen einen Anwalt beauftragen darf, um dann noch einmal die außergerichtliche Geltendmachung einschließlich entsprechender Fristsetzung zu betreiben, ist auch dies keine zeitnahe Regulierung, wie

⁴⁹ Grüneberg (Fn. 1), § 309 Rn. 22.

⁵⁰ BGHZ 110, 97; BGH NJW 1986, 843.

⁵¹ Vgl. BGHZ 110, 97 Rn. 23.

⁵² BGH BB 2013, 909 (913).

⁵³ BGH NJW 2007, 1581 (1582).

sie der Kleinunternehmer auch zur Deckung seiner Auslagen erwartet.

Es bleibt im Endeffekt nichts anderes übrig, als auch dem Kleinunternehmer zuzumuten, ein zügiges und professionelles Mahnwesen zu betreiben. Der Anwalt ist im Zweifel gehalten, bei Bedenken im Hinblick auf die Ersatzfähigkeit seiner Gebühren dem Mandanten zunächst zu einer eigenen Mahnung unter Einhaltung der Voraussetzungen des § 286 Abs. 1 BGB zu raten und ihn gegebenenfalls ergänzend über die Ratsamkeit der Bestimmung einer Frist zu belehren. Hierfür kann er im Zweifel wohl nur eine Ratsgebühr oder Erstberatungsgebühr nach § 34 RVG abrechnen. Erst wenn der Schuldner auch auf die Mahnung nicht zahlt, wird der Anwalt den außergerichtlichen Schriftverkehr aufnehmen und die Forderung geltend machen. Der Hinweis auf die 30-Tagesfrist des § 286 Abs. 3 BGB sollte vom Unternehmer aber zumindest genutzt werden und seinen Platz am Ende jeder Rechnung finden.

Der Lebenszyklus politischer Parteien – Eine „evolutionäre“ Einführung in das Parteienrecht – Teil 1/6

Von Prof. Dr. **Julian Krüper**, Bochum, Dr. **Hana Kühr**, Düsseldorf

Dieser Beitrag eröffnet eine Reihe von insgesamt sechs Beiträgen, die sich dem Recht der politischen Parteien in „lebenszyklischer“ Perspektive zuwenden. In Analogie zu einer natürlichen Person werden das Entstehen, Aufbauen, Entwickeln und Abwickeln politischer Parteien thematisiert und typische rechtliche Konflikte, in denen politische Parteien sich finden, systematisch erörtert. Dabei nehmen die Beiträge gezielt auch die Erkenntnisse der politikwissenschaftlichen Parteienforschung in den Blick. Eine Übersicht über die Folgebeiträge findet sich unter IV.

I. Einführung

1. Allgegenwart politischer Parteien

Politische Parteien sind allgegenwärtig. Sie begegnen uns in Zeitungsartikeln und Fernsehberichten, an Wahlkampfständen und in Buchhandlungen,¹ durch ihre Vertreter in Parlament und Regierung ebenso wie in Institutionen des öffentlichen Lebens, z.B. in den Steuerungsgremien der Rundfunkanstalten.² Nicht selten scheint es dabei, als seien die Parteien die eigentlichen Machtzentren des politischen Systems der Bundesrepublik Deutschland, deren Wille nur noch durch die Verfassungsorgane vollstreckt wird. Erst jüngst wurde aufgrund der SPD-Mitgliederbefragung zum Koalitionsvertrag zwischen CDU/CSU und SPD die Frage nach dem verfassungsrechtlichen Einfluss politischer Parteien erneut und besonders scharf gestellt.³ Fast könnte man glauben, dass sich die Idee des Verfassungsrechtlers und ehemaligen Richters des Bundesverfassungsgerichts *Gerhard Leibholz* (1901-1982) vom *Parteienstaat*, in dem allein die politischen Parteien die legitimen Repräsentanten des politischen Willens des Volkes sind,⁴ verwirklicht hat. Politische Parteien erscheinen uns vor

* *Julian Krüper* ist Inhaber der Professur für Öffentliches Recht, Verfassungstheorie und interdisziplinäre Rechtsforschung an der Ruhr-Universität Bochum; *Hana Kühr* ist Rechtsreferendarin am Landgericht Düsseldorf und war bis 2012 Mitarbeiterin am Institut für deutsches und europäisches Parteienrecht und Parteienforschung (PRuF) an der HHU Düsseldorf; Stud. iur. *Ozan M. Imrek* hat bei der Manuskriptredaktion wertvolle Hilfe geleistet.

¹ Z.B. bei *Decker*, Parteien und Parteiensysteme in Deutschland, 2011; v. *Arnim*, Politische Parteien im Wandel, 2011; *Detterbeck*, Parteien und Parteiensystem, 2011; *Zehetmair*, Das deutsche Parteiensystem, 2005.

² Siehe dazu die gegenwärtig beim BVerfG anhängigen Verfahren gegen den ZDF-Rundfunkstaatsvertrag 1 BvF 1/11 und 4/11.

³ Verfassungsrechtliche Bedenken äußern *Degenhardt/Horn*, FAZ v. 13.12.2013, S. 7.

⁴ Für die Differenzierung zwischen Parteiendemokratie und Parteienstaat vgl. *Decker*, in: *Decker/Neu* (Hrsg.), Handbuch der deutschen Parteien, 2. Aufl. 2013, S. 21 (S. 36 ff.); eingehend zum Parteienstaatskonzept jüngst *Kaiser* (Hrsg.), *Der Parteienstaat*, 2013.

allem als tatsächliche Phänomene des politischen Lebens, sie egegnen uns als aktive Spieler auf dem Feld der Politik, als Machtfaktoren und Interessenverbände, aber nicht (oder jedenfalls nicht vorrangig) als Rechtspersonen. Aus der Perspektive der Wissenschaft formuliert ließe sich sagen, politische Parteien müssten danach allein Gegenstand der politikwissenschaftlichen Parteienforschung, aber nicht Gegenstand rechtswissenschaftlicher Betrachtung sein. Das stimmt natürlich nicht: Mit der Schaffung des Art. 1 GG sind die politischen Parteien auch zum Erkenntnisgegenstand von Juristen avanciert. Ihre spezifische Stellung als politische Machtfaktoren büßen sie dadurch jedoch nicht ein. Was sie ausmacht – ‚what makes them tick‘ – ist mit ihrer Beschreibung als Rechtspersonen kaum adäquat ausgedrückt; sie sind vielmehr ‚personnes politiques‘, deren rechtliche Verfassung nur einer von mehreren Aspekten ist, den es nachzuvollziehen gilt, wenn man Parteien verstehen will.⁵ Wer sich also als Jurist mit politischen Parteien befasst, muss die starke Prägung der Parteien als Akteure des politischen Prozesses in seine juristischen Überlegungen gewissermaßen einpreisen.⁶

2. Parteienrecht als politisches Recht

Das Parteienrecht ist als Teil des Verfassungsrechts insgesamt zu verstehen (s. dazu auch unter II. 4. b).⁷ Das Verfassungsrecht insgesamt, und hier insbesondere das Staatsorganisationsrecht, ist dabei sinnvoll nur zu begreifen als politisches Recht,⁸ als ein „Recht der Politik“. Bereits in *Jean-Jacques Rousseaus* (1712-1778) grundlegender Schrift über den Gesellschaftsvertrag findet sich dieser Gedanke im Untertitel „Principes Du Droit Politique“, was ins Deutsche gemeinhin als „Prinzipien des Staatsrechts“ übersetzt wird. Was damit gemeint ist, wird deutlich, wenn man sich den schillernden Begriff der Politik näher vor Augen führt und wie ihn die dazugehörige Fachwissenschaft versteht: Die Politikwissenschaft zerlegt den Politikbegriff in die drei Elemente von *polity*, *policy* und *politics*.⁹ Während *policy* die inhaltliche Dimension – also das „Programm“ der Politik – beschreibt und *politics* den durch Konflikt und Kompromiss gekennzeichneten politischen Durchsetzungsprozess dieses Programms (z.B. in Koalitionsverhandlungen, im Vermitt-

⁵ Für eine Betrachtung der Parteien aus ideologietheoretischer Perspektive siehe etwa *Lucardie*, in: *Decker/Neu* (Fn. 4), S. 61 ff.

⁶ Für eine politikwissenschaftliche Perspektive siehe etwa *Jun*, in: *Helms/Jun* (Hrsg.), Politische Theorie und Regierungslehre, 2004, S. 163 ff.

⁷ Zur Unterscheidung von formellem und materiellem Verfassungsrecht siehe *Volkmann*, Grundzüge einer Verfassungslehre der Bundesrepublik Deutschland, 2013, S. 12 f. (dort als „formelle“ und „materielle Verfassung“).

⁸ Näher dazu *Morlok*, Was heißt und zu welchem Ende studiert man Verfassungstheorie?, 1988, S. 178 ff.

⁹ Z.B. bei *Rohe*, Politik, 1994, S. 67.

lungsausschuss usw.) bezeichnet, bezieht sich *polity* auf das (verfassungsrechtliche) Gefüge von Institutionen und Verfahren der Politik. Es geht der Politik also um die allgemeinverbindliche Durchsetzung (*politics*) eines bestimmten politischen Programms (*policy*) mithilfe und in bestimmten Verfahren und Institutionen (*polity*).

Eine solche Durchsetzung von politischen Programmen geschieht in einem Rechtsstaat wie der Bundesrepublik nicht allein, aber besonders oft in Gestalt von Rechtsnormen. Der politische Anspruch der Allgemeinverbindlichkeit des durchgesetzten (Partei-)Programms spiegelt sich auf der Seite des Rechts im Anspruch auf Allgemeinverbindlichkeit des geltenden Rechts, der „Allgemeinheit des Gesetzes“¹⁰ wider: Dass alle Menschen vor dem Gesetz gleich sein sollen, wie es Art. 3 Abs. 1 GG fordert, ist also nicht nur ein Postulat der Gerechtigkeit, sondern auch Voraussetzung dafür, dass sich politischer Streit um die Durchsetzung von Programmen überhaupt lohnt. Denn wer ihn gewinnt, übt eben keine bloß partikulare, sondern eine allgemeinverbindliche Macht aus, die im Verfassungsstaat rechtlich gebunden ist und dadurch zur legitimen Herrschaft wird. Politische Macht ist eine attraktive Ressource, von der politische Parteien und die in ihnen handelnden Politiker sich gewissermaßen „nähren“ und an der sie teilhaben wollen. Der amerikanische Politikwissenschaftler *Anthony Downs* (*1930), der international berühmt geworden ist für seine „Ökonomische Theorie der Demokratie“¹¹, formuliert dies so: „Wir nehmen an, daß sie [die Parteimitglieder] nur handeln, um das Einkommen, das Prestige und die Macht zu erlangen, die mit öffentlichen Ämtern verbunden sind. [...] Die Parteien treten mit politischen Konzepten hervor, um Wahlen zu gewinnen; sie gewinnen nicht die Wahlen, um mit politischen Konzepten hervortreten zu können“.¹² Was uns heute auf den ersten Blick wie die Zusammenfassung eines verbreiteten Gefühls von Politik- und Parteienverdrossenheit erscheinen mag, ist bei *Downs* aber gerade das Gegenteil. Dass die Amtsträger eigene Zwecke verfolgten, müsse für das Funktionieren des politischen Systems (für seine „soziale Funktion“¹³ wie *Downs* es nennt) gar nicht schädlich sein: Soziale (hier also: politische) Funktionen würden in aller Regel immer nur als Nebenprodukt von für diese Funktion irrelevanten (hier etwa: privaten) Motiven erfüllt. Weil die private Eigennutzmaximierung der Politiker regelmäßig auf bestimmte Grenzen (des Rechts, der Verfassung, der Parteiinteressen) stoße, sei ein Versagen des politischen Systems nicht zu befürchten.¹⁴ Im Kern, wenn auch nicht im Mittelpunkt dieser These, steht bei *Downs* also das nutzenmaximierende Individuum, das sich den politischen Prozess für seine Interessen zunutze macht. Es handelt sich erkennbar um eine ökonomisch grundierte *politikwissenschaftliche Perspektive* auf die Mechanismen des politischen Prozesses. Dies

¹⁰ Umfassend dazu *Kirchhof*, Die Allgemeinheit des Gesetzes, 2009.

¹¹ *Downs*, Ökonomische Theorie der Demokratie, 1968 (Nachdruck 2013).

¹² *Downs* (Fn. 11), S. 27 f.

¹³ *Downs* (Fn. 11), S. 28.

¹⁴ *Downs* (Fn. 11), S. 29.

regt aus rechtswissenschaftlicher Sicht zu der Überlegung an, ob das Recht, namentlich das Verfassungsrecht, ein ähnliches Verständnis von der Rolle des Einzelnen im politischen Prozess hat und wie eine solche Rolle sich zu den „Rechtspersonen“ der politischen Parteien verhält. Mit anderen Worten: Findet das Politikmodell der ökonomischen Theorie der Demokratie in den Grundannahmen des Verfassungsrechts eine Entsprechung, oder müssen sie als Opponenten verstanden werden?

II. Der Einzelne im Zentrum des politischen Prozesses

1. Liberaler Kommunitarismus unter dem Grundgesetz

Im Mittelpunkt der Verfassungsordnung des Grundgesetzes steht der einzelne Mensch; das Grundgesetz versteht sich „anthropozentrisch“.¹⁵ Das bedeutet selbstverständlich nicht, dass sich alle Vorschriften des Grundgesetzes auf den Einzelnen und seine Rechte beziehen; noch weniger bedeutet es, dass die Vorschriften des Grundgesetzes allein darauf zielen, dem einzelnen Menschen Freiheiten und Rechte zu geben. Der anthropozentrische Grundbezug des Grundgesetzes äußert sich darin, dass die von ihm errichtete Ordnung *im Letzten* dazu dienen muss, der Entfaltung des Einzelnen förderlich zu sein.¹⁶ Gemeint ist damit erkennbar keine radikalautonome Entfaltung des einzelnen Menschen um jeden Preis, sondern eine Entfaltung in der Gemeinschaft anderer gleichfalls mit Rechten ausgestatteter Bürger. In einer berühmten Formulierung des BVerfG: „Das Menschenbild des Grundgesetzes ist nicht das eines isolierten souveränen Individuums; das Grundgesetz hat vielmehr die Spannung zwischen Individuum und Gemeinschaft im Sinne der Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit der Person entschieden, ohne deren Eigenwert anzutasten“.¹⁷ In den Begriffen der politischen Theorie bedeutet dies, dass das Grundgesetz weder Ausdruck eines reinen liberalen Denkens ist, das die individuelle Freiheit absolut setzt, noch ist es Ausdruck eines strengen Kommunitarismus, bei dem die Zwecke der Verbände, in die die Menschen eingebunden sind (Familie, Religion, Staatsverband, Sportverein, Gewerkschaft usw.), ihrer persönlichen Freiheit notwendig vorgehen.¹⁸

2. Politische Grundrechte als individuelle Freiheitsrechte

Ausdruck und Ausgangspunkt dieser Rechtsstellung des Einzelnen sind die (politischen) Grundrechte, namentlich Art. 5 Abs. 1, 8 Abs. 1 und 9 Abs. 1 GG. Mittelbar kann aber auch anderen Grundrechten, zum Beispiel dem Grundrecht aus

¹⁵ Z.B. bei *Schmitt Glaeser*, Der freiheitliche Staat des Grundgesetzes, 2. Aufl. 2012, S. 29 ff.

¹⁶ Siehe dazu etwa *Häberle*, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. 2, 3. Aufl. 2004, § 22 Rn. 7 (m.w.N.).

¹⁷ BVerfGE 4, 7 (15); jüngst auch BVerfGE 109, 133 (151); zur Bedeutung dieser Formel für die Grundrechtsinterpretation siehe *Volkman* (Fn. 7), S. 226 f.

¹⁸ Siehe aus der Perspektive einer Legitimationstheorie für das Grundgesetz *Brugger*, Liberalismus, Pluralismus, Kommunitarismus, 1999; für ein Beispiel etwa *Krüper*, Gemeinwohl im Prozess, 2009, S. 316 ff.

Art. 4 Abs. 1 GG, eine politische Dimension zu wachsen, etwa dann, wenn einem religiösen Bekenntnis im forum externum aufgrund äußerer Umstände eine politische Aussage beigelegt wird oder das Bekenntnis gerade so gemeint ist. So wird bisweilen das Tragen eines muslimischen Kopftuchs als politische Stellungnahme gewertet.

In der berühmten Formel von der „schlechthin konstituierenden Bedeutung“¹⁹ der Meinungsfreiheit für eine freiheitlich-demokratische Staatsordnung, die das BVerfG im Lüth-Urteil prägte,²⁰ scheint ein Menschenbild auf, für das nicht nur die basalen Freiheitsgarantien von *life* und *liberty* schlechthin konstituierend sind, sondern die auf soziale Interaktion angelegten Kommunikationsgrundrechte in gleichem Maße. Ob sich das BVerfG dabei von der These *Aristoteles'* über den Menschen als einem (im weiteren Sinne) politischen Wesen (*zōon politikón*)²¹ hat inspirieren lassen oder nicht, kann dahinstehen: Ein Bekenntnis zur notwendigen kommunikativen Gemeinschaftsverwiesenheit des Einzelnen auch in (im engeren Sinne) politischer Hinsicht kann man dem Lüth-Urteil hingegen doch entnehmen.

3. Gemeinschaftliche Grundrechtsausübung

Es ist daher wenig erstaunlich, dass die Grundrechte des Grundgesetzes auch die Dimension ihrer gemeinschaftlichen Ausübung umfassen. Meinungsäußerung muss daher nicht notwendig die Meinungsäußerung Einzelner sein, sondern kann auch in der Gruppe erfolgen. Versteht man Meinungsäußerung sinnvoll nicht als bloße Deklaration von Meinung, sondern als einen auf Austausch angelegten kommunikativen Vorgang, so scheint die wesensprägende Gemeinschaftsverwiesenheit der Kommunikationsgrundrechte deutlich auf. *Walter Schmitt Glaeser* hat dies auf ein anschauliches Bild gebracht: „Argumentieren als Lebensluft der Demokratie“.²² Die Vorschrift des Art. 8 Abs. 1 GG trägt dem kollektiven Element von Kommunikationsvorgängen dadurch Rechnung, dass sie gerade das Versammeln und gemeinsame Verfolgen kommunikativer Zwecke gegenüber der Meinungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 GG nochmals gesondert schützt. „Schlechthin konstituierend“ ist im Sinne des Lüth-Urteils eben nicht allein das Haben und Äußern von Meinungen, sondern auch das *gemeinsame* Äußern. Dass Art. 8 Abs. 1 GG neben dieser politischen Dimension zudem auch Schutz für das Bestehen sozialer Begegnungen unabhängig von ihrem Zweck entfaltet, steht dem nicht entgegen.²³

4. Die institutionelle „Verfestigung“ der Grundrechtsausübung

a) Allgemeiner und besonderer Grundrechtsschutz für Korporationen

In dieser Perspektive ist es nur folgerichtig, dass das Grundgesetz auch noch weitergehende, institutionelle Verfestigungen von Grundrechtsträgern durch die Vereinigungsfreiheit schützt. Während Art. 9 Abs. 1 GG dabei als eine Art *korporationsrechtliches Auffanggrundrecht* fungiert, schützt etwa Art. 9 Abs. 3 GG mit der Koalitionsfreiheit eine spezifische Form des Zusammenschlusses. Aber auch über Art. 9 Abs. 3 GG hinaus erkennt das Grundgesetz die Schutzbedürftigkeit von Korporationen als Träger einer kollektiven Grundrechtsverwirklichung an. Nur angedeutet wird das in Art. 4 Abs. 2 GG, wenn man den Begriff der Religionsausübung dort religionstypisch als *gemeinsame* Religionsausübung versteht. Deutlicher noch wird dies in Art. 140 GG/137 Abs. 2 WRV, nach dem die Freiheit der Vereinigung zu Religionsgesellschaften verfassungsrechtlich gewährleistet wird. Dass Korporationen selbst und nicht nur die in ihnen organisierten individuellen Grundrechtsträger verfassungsrechtlichen Schutzes bedürfen, bringt schließlich Art. 19 Abs. 3 GG zum Ausdruck, der die Grundrechtsfähigkeit juristischer Personen festlegt.

Der Schutz gemeinschaftlicher Grundrechtsverfolgung durch das Grundgesetz erklärt sich aus der Autonomie des Individuums, das sich für den Modus, in dem es seine Rechte realisieren will, frei entscheiden kann. Ob allein, zu zweit oder in einem großen Personalverband gearbeitet, geforscht oder gebetet wird, mag jeder Mensch frei entscheiden. Wie diese Entscheidung des Einzelnen jeweils ausfällt, hat auch damit zu tun, dass gerade erst die *gemeinschaftliche* Verfolgung von (grundrechtlichen) Zwecken einen Mehrwert erzeugen kann. Der Zusammenschluss zu Vereinen, Verbänden und anderen Institutionen generiert nämlich häufig erst das soziale oder ökonomische Kapital, um bestimmte Ziele überhaupt effektiv erreichen zu können. Besonders deutlich wird dies im Bereich der wirtschaftlichen Betätigung, die unter den heutigen Umständen regelmäßig sinnhaft nur in der hochgradigen persönlichen, organisatorischen und ökonomischen „Verdichtungsstruktur“ juristischer Personen des Privatrechts denkbar ist. Dies gilt nicht allein für die Verfolgung ökonomischer Interessen, sondern in gleichem Maße für die Verfolgung politischer Zwecke. Hier kommt Art. 21 GG ins Spiel.

b) Art. 21 GG als Spezialfall korporativen Grundrechtsschutzes

Sieht man von der systematischen Sonderstellung der Weimarer Staatskirchenartikel im Grundgesetz einmal ab, die immerhin aber über ihren sachlichen Zusammenhang mit Art. 4 GG erkennbar einen „Fuß in den Grundrechten“ haben, so nimmt Art. 21 GG eine Sonderrolle ein: Zwar schützt er einen korporationsrechtlichen Zusammenschluss von Bürgern verfassungsrechtlich, er „tut“ dies aber im Grundlagenteil des Staatsorganisationsrechts, nämlich im Abschnitt II des Grundgesetzes über den „Bund und die Länder“. Entstehungsge-

¹⁹ BVerfGE 7, 198 (208).

²⁰ Lesenswert (nicht allein) dazu *Frenzel*, Zugänge zum Verfassungsrecht, 2009, S. 19 ff.

²¹ *Aristoteles*, Politik, 1253a.

²² *Schmitt Glaeser* (Fn. 15), S. 134 f.

²³ *Michael/Morlok*, Grundrechte, 3. Aufl. 2012, Rn. 268.

schichtlich schien diese systematische Stellung des Art. 21 im Grundgesetz keineswegs zwingend; so wurde im Zuge der Genese des Grundgesetzes auch eine Stellung im unmittelbaren Zusammenhang zu den Vorschriften über den Deutschen Bundestag erwogen, um der besonderen Bedeutung der Parteien im parlamentarischen System verfassungsrechtlich Ausdruck zu verleihen.²⁴ Durch die „Hochzönung“ in den II. Abschnitt des Grundgesetzes dokumentierte der Parlamentarische Rat dann aber die Bedeutung der politischen Parteien für den politischen Prozess in *Bund und Ländern* gleichermaßen. Ohne dass man sich zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Grundgesetzes über die Konsequenzen schon im letzten Detail im Klaren gewesen wäre, adelte man die Parteien zu verfassungsrechtlichen Institutionen der jungen Bundesrepublik und vollzog damit verfassungsrechtlich nach, was bis zum politischen Ende der Weimarer Republik schon politische Tatsache gewesen war.²⁵ Ob die Parteien dadurch aber Organe des Staates oder der Verfassung werden sollten, welche Rechtsform²⁶ sie haben sollten und wie ihre Rolle überhaupt rechtlich auszugestalten war, all das blieb der wissenschaftlichen Diskussion und dem Handeln des Gesetzgebers vorbehalten. Der verfassungsrechtliche Grundstein für die Entstehung des Parteienrechts, wie wir es heute kennen, war damit aber jedenfalls gelegt.

Das Recht der politischen Parteien ist zu verstehen als materielles Verfassungsrecht. Dessen Inhalte sind verfassungsrechtlicher Natur, weil sie bestimmte *Funktionen des Verfassungsrechts* übernehmen, nämlich die Funktion der Konstituierung einer politischen Ordnung. Da sich abseits des Art. 21 GG aber keine weiteren verfassungsunmittelbaren Regelungen zu den politischen Parteien finden, sondern alle wesentlichen weiteren Regelungen in einfachen Gesetzen (dem PartG, dem BGB, dem BWahlG²⁷ usw.) getroffen sind, das Parteienrecht also überwiegend nicht die „Form“ von Grundgesetzvorschriften gefunden hat, ist es nur der Sache, der Materie nach Verfassungsrecht. Als materielles Verfassungsrecht ist es in den formellen und materiellen Gesamtzusammenhang der verfassungsmäßigen Ordnung eingebunden. Seine Funktion und seine konkrete Ausgestaltung sind daher insbesondere im Hinblick auf die verfassungsrechtliche Gestaltung des politischen Prozesses zu beurteilen.

5. Organisatorische Notwendigkeit von Parteien

Neben die (unter 4. a) bereits thematisierte *grundrechtliche Nützlichkeit* einer gemeinschaftlichen Grundrechtsverfolgung tritt aber auch eine *verfassungsorganisationsrechtliche Not-*

²⁴ Siehe dazu die Beratungen des Parlamentarischen Rates, JöR 1 (1951) [2. Aufl. 2010], S. 202 ff.

²⁵ Zur nachvollziehenden Anerkennung der Parteien als „empirisch bekannte[r] Größe“ etwa *Wißmann*, in: Kersten/Rixen (Hrsg.), Parteiengesetz, 2009, § 2 Rn. 10.

²⁶ Siehe aus politikwissenschaftlicher Perspektive etwa *Bukow*, Die professionalisierte Mitgliederpartei, 2013, S. 112: „[...] das Parteiengesetz [enthält] keine klare organisationsstrukturell wirksame normative Zielbestimmung“.

²⁷ Siehe dazu etwa *Merten*, in: Decker/Neu (Fn. 4), S. 77 (S. 102 ff.).

wendigkeit politischer Parteien. Die Verfassung trennt in Art. 20 Abs. 2 GG zwischen der Trägerschaft der Staatsgewalt, die beim Volk liegt, und den Staatsorganen, die diese Gewalt ausüben. Da also „die Verfassung staatliche Herrschaft zwar auf das Volk zurückführt, aber nicht von ihm ausüben läßt, stellt sich das Problem der Vermittlung“.²⁸ Die damit notwendigen (werdenden) Institutionen der Vermittlung zwischen Rechtsträger Volk und dem politischen System übernehmen die Parteien, die kraft ihrer verfassungsrechtlichen Aufgabe der „Mitwirkung an der politischen Willensbildung“ sowohl kompatibel sein müssen mit ihrer gesellschaftlichen „Andockstelle“ wie auch mit dem politischen System. Sie nehmen eine tatsächliche sowie rechtliche Zwischenstellung ein, die es bis heute überaus schwierig macht, ihre rechtliche Natur genau zu fixieren. Sie sind – obwohl als privatrechtliche Vereine organisiert – mehr als ein beliebiger Sportverein oder eine schlichte Vereinigung von Bürgern, wie § 2 Abs. 1 PartG es formuliert.²⁹ Sie sind – obwohl ihre politische Gestaltungsmacht immens ist – kein echtes Staatsorgan. Dies führt zu einigen durchaus praktischen Problemen, auf die im Rahmen dieser Beitragsreihe noch im Einzelnen zurückzukommen sein wird.

III. Verfassungsrechtliche Anforderungen an den politischen Prozess

Es ist eine Grundfunktion der Verfassung, handlungsfähige Organe und taugliche Verfahren der Entscheidungsfindung zu konstituieren. Verfahren und Akteure der politischen Willensbildung des Volkes müssen also verfassungsrechtlich „ins Werk gesetzt werden“. Dazu zählen die politischen Parteien. Ihre Aufgabe ist die Teilhabe und Gestaltung des politischen Prozesses, in den Worten des Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG die „Mitwirkung an der politischen Willensbildung“.³⁰

Grundbezug in einem politischen System, das sich als Demokratie versteht, ist dabei der Grundsatz der Volkssouveränität, der den „Kern der Demokratie“³¹, also des demokratischen Prinzips bildet. Daraus sind für die Gestaltung des Systems der politischen Willensbildung verschiedene Forderungen abzuleiten. Zunächst muss es darum gehen, dass Entscheidungen des politischen Systems *demokratisch legitimiert* sind. Damit verbunden, aber nicht gleichbedeutend ist, dass innerhalb des Systems *Partizipation der Staatsbürger* als Träger der Volkssouveränität möglich ist. In beiden Dimensionen spielen politische Parteien eine wichtige Rolle.

1. Legitimation verbindlicher Entscheidungen garantieren

a) Verfahren

Die Legitimation staatlicher Entscheidungen setzt voraus, dass sie in Verfahren getroffen worden sind, die dazu geeignet sind, Legitimation zu vermitteln. Dabei argumentiert ein

²⁸ *Grimm*, Die Zukunft der Verfassung, 1991, S. 265.

²⁹ Dazu auch *Schmitt Glaeser* (Fn. 15), S. 122 f.

³⁰ Für eine politikwissenschaftliche Funktionsbestimmung politischer Parteien vgl. etwa *Jun*, in: Niedermayer (Hrsg.), Handbuch Parteienforschung, 2013, S. 119 ff.

³¹ *Morlok/Michael*, Staatsorganisationsrecht, 2012, Rn. 128 ff.

klassisches Legitimationsmodell mit dem Bild der ununterbrochenen Kette, über die jede staatliche Entscheidung auf das Volk rückführbar sein muss. Es beschreibt den Weg der Legitimation vom Volk ausgehend „hinein“ in das politische System, also etwa das Parlament. Man spricht in diesem Zusammenhang von Input-Legitimation.³² Maßgeblicher – und bundesverfassungsrechtlich einziger³³ – Vermittlungsvorgang ist die Wahl, die in einem Staat wie der Bundesrepublik ohne die Vorformung des politischen Willens des Volkes durch Vermittlungseinheiten wie Parteien kaum möglich wäre. Wie anders, als durch Bündelung und Konzentration politischer Grundauffassungen, soll eine Wahl möglich sein, bei welcher der politische Wille von vielen Millionen Menschen (bei der Bundestagswahl 2013 wählten 44.309.925 Menschen) auf eine Gruppe von wenigen hundert Mandatsträgern (aktuell 631) abgebildet werden muss? *Wahlermöglichkeithung* ist also aus Perspektive der Verfassung eine wesentliche Funktion politischer Parteien. Damit die besondere Rolle, die Parteien bei der Ermöglichung von Wahlen spielen, die demokratische Legitimation staatlicher Macht nicht konterkariert, verpflichtet Art. 21 Abs. 1 S. 3 GG die Parteien auch in ihrem Inneren auf Grundsätze des demokratischen Prinzips. Das gilt insbesondere für innerparteiliche Verfahren der Kandidatenaufstellung zu Wahlen, die demokratischen Anforderungen in besonderer Weise gerecht werden müssen.³⁴

b) Maßstäbe

Gleichzeitig muss nach heutigem Verständnis die Verfassung Maßstäbe bereitstellen, an denen sich politische Entscheidungen orientieren müssen. Sie bildet eine „Gerechtigkeitsreserve“ für politische Entscheidungen.³⁵ Angesprochen sind hier vor allem die Grundrechte und die Verfassungsprinzipien des Art. 20 Abs. 1 GG. Der Zugriff der politischen Parteien auf diese Grundentscheidungen ist begrenzt. Zwar wirken sie über ihre Parlamentsfraktionen an der politischen Willensbildung auch im Hinblick auf Verfassungsänderungen mit; jüngere Beispiele aus dem Bereich der Grundrechte sind Art. 13 GG und Art. 16a GG. Indes erweisen sich die Grundrechte, wie auch Art. 20 GG, im Vergleich zu anderen Bereichen des Verfassungsrechts als vergleichsweise änderungsfest. Der Einfluss der Parteien ist hier also sehr begrenzt.

c) Akteure

Politische Entscheidungsverfahren werden von bestimmten Akteuren betrieben. Dabei ist die Zuweisung definierter Kompetenzen und klarer Befugnisse an staatliche Organe ein Charakteristikum gerade des demokratischen Rechtsstaats.

³² Morlok/Michael (Fn. 31), Rn. 37.

³³ Zur schwachen demokratischen Inklusionsstruktur des Grundgesetzes vgl. Unger, Das Verfassungsprinzip der Demokratie, 2008, S. 32 f., der den „Blick auf das grundgesetzliche Legitimationsgefüge“ zu Recht als „ernüchternd“ beschreibt.

³⁴ Eingehende Darstellung bei Lenski, Parteiengesetz und Recht der Kandidatenaufstellung, 2011.

³⁵ Morlok (Fn. 8), S. 91 f.

Nur so werden klare Verantwortlichkeiten und damit auch politische Zurechnung hoheitlichen Handelns möglich. Klarheit darüber, wer für welche Entscheidungen unter welchen Voraussetzungen einzustehen hat, ist Kennzeichen des demokratischen Rechtsstaats. Deshalb kommt im Verfassungsrecht den *akteurskonstituierenden Vorschriften* eine besondere Bedeutung zu. Wie dargelegt, hält sich das Grundgesetz in dieser Hinsicht bedeckt, wenn es um die politischen Parteien geht.³⁶ Ihre Stellung wird durch Vorschriften des einfachen Rechts und wesentlich auch durch die Rechtsprechung des BVerfG ausgeformt. Es besteht ein starkes quantitatives Gefälle zwischen formell-verfassungsrechtlichen Vorgaben für die politischen Parteien und einfachgesetzlichem Parteienrecht. Letzterem kommt in besonderem Maße die Aufgabe zu, offenes Verfassungsrecht zu konkretisieren. Daher sind die Praxis des politischen Prozesses einerseits und die Parteienrechtswissenschaft und -rechtsprechung andererseits intensiv damit beschäftigt, formelles Verfassungsrecht – Art. 21 GG – und einfaches Parteienrecht zueinander ins Verhältnis zu setzen. Weil das BVerfG zudem den Parteienbegriff des § 2 Abs. 1 PartG auch als Verfassungsbegriff der politischen Parteien „doppeltverwendet“ (was zweckmäßig, aber keineswegs zwingend ist), wird die Verflechtung von Art. 21 GG mit dem einfachen Recht besonders eng und damit auch konfliktträchtig, da aus einer schlichten PartG-Auslegungsfrage schnell eine aufgeladene Verfassungsfrage werden kann. Dieser enge Zusammenhang wurde etwa im Vorfeld der Bundestagswahl 2013 im neuen Verfahren der Nichtanerkennungsbeschwerde nach § 18 Abs. 4a BWahlG deutlich.

2. Partizipation ermöglichen

Die demokratische politische Ordnung versucht dem Postulat des Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG dadurch gerecht zu werden, dass sie Partizipationsmöglichkeiten für das Individuum bereitstellt, um jenseits rein formaler Legitimation auch für hinreichende Akzeptabilität staatlicher Entscheidungen in der Sache zu sorgen, also die Output-Legitimation zu steigern. Die seit Jahrzehnten geführte Diskussion um die Einführung von Elementen direkter Demokratie auf Bundesebene hat hier ihren Ort.

a) Individuelle Partizipation

Wesentliches Mittel für den Einzelnen sind auch hier die Grundrechte, die freilich nur eine relativ ungeformte, pauschale Partizipationsmöglichkeit eröffnen, etwa in Gestalt von Meinungs- und Pressefreiheit oder der Versammlungsfreiheit. Weiterreichend und vergleichsweise feinsteuernd sind verwaltungsrechtliche Partizipationsmöglichkeiten, etwa in Gestalt von Einwendungsrechten (als „Jedermannrecht“ z.B. im Immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren, § 10 Abs. 3 S. 4 BImSchG) oder verfahrensrechtlichen Befugnissen als Drittbetroffener, etwa im Baurecht.

³⁶ Grimm (Fn. 28), S. 265 zu den wissenschaftlichen Folgen dieser Unbestimmtheit.

b) Kollektive Partizipation

Wirksamer kann individuelle Partizipation indes durch die Mitwirkung in Institutionen verschiedener Art erfolgen.

aa) Vereine und Verbände

Zu denken ist hier etwa an die Mitwirkung in Vereinen oder Interessenverbänden, die über Stellungnahmen, Öffentlichkeitsarbeit oder Anhörungen in Normsetzungs- oder Verwaltungsverfahren gezielten Einfluss auf staatliche Entscheidungen nehmen können.³⁷ So werden etwa im parlamentarischen Gesetzgebungsverfahren regelmäßig Anhörungen mit Vertretern von durch ein Gesetz betroffenen Interessenverbänden durchgeführt und auf diesem Wege Einflusschancen eröffnet. Während individuelle und kollektive Partizipation über Vereine und Verbände regelmäßig auf ein bestimmtes Sachgebiet bezogen sind (etwa: Verkehrs- oder Energiepolitik), ist die Funktionslogik politischer Parteien etwas anders gelagert.³⁸

bb) Politische Parteien als Spezialorganisationen

Auch das Feld der Politik ist in verschiedene Teilbereiche gegliedert: Innen- und Außenpolitik, Wirtschafts- und Umweltpolitik, Sozial- und Kulturpolitik usw. Und obwohl einzelne Parteien, man denke etwa an Bündnis'90/Die Grünen, vorrangig mit bestimmten Feldern verbunden werden, geht ihr Anspruch doch in aller Regel darauf aus, umfassend an der politischen Willensbildung mitzuwirken. Parteioorganisationen sind politische Generalisten, um für möglichst viele Wähler attraktiv zu sein. Die Gliederung der Politik in Teilfelder spiegelt sich dann in der Binnenstruktur der Parteien, die je nach Interesse und Kompetenz Fachpolitiker produzieren, welche sich in den einzelnen Teilbereichen auskennen. Der demgegenüber weitergehende politische Gestaltungsanspruch, den Parteien erheben, führt notwendig dazu, dass sie ihr spezifisches Profil – ihr Programm³⁹ – an abstrakteren Ordnungsmodellen der Politik und des menschlichen Zusammenlebens ausrichten: Sie verstehen sich als konservativ oder progressiv, als liberal oder (demokratisch-)sozialistisch, als egalitär oder elitär und so fort.⁴⁰ In ihrem Profil zeigen sich unmittelbar weniger politische Detailfragen, als vielmehr eine Tendenz zu bestimmten, an allgemeineren politischen Kriterien ausgerichteten Präferenzentscheidungen. Deswegen bezeichnet man Parteien mit einem Begriff aus dem Arbeitsrecht auch als „Tendenzorganisationen“⁴¹, die gerade in Deutschland hohe Bedeutung von Parteiprogrammen spiegelt sich im Parallelbegriff der „Programmparteien“⁴². Die Eigenschaft als Tendenzorganisation führt zu einem Anspruch auf *Tendenzreinheit*, woraus sich im Verhältnis zu den Mitgliedern

etwa die Möglichkeit des Parteiausschlusses ergibt, wenn diese sich nicht parteikonform verhalten. Als tendenzgesteuerte Organisationen zur Gestaltung der politischen Willensbildung lassen sich Parteien als „Spezialorganisationen zur Nutzung der demokratischen Input-Strukturen“⁴³ verstehen, vor allem derjenigen des Parlaments.

IV. Ausblick auf die weiteren Beiträge

Welche Rolle Parteien im politischen Gefüge des Grundgesetzes einnehmen, ist damit bereits in Umrissen skizziert. Sie sind Spezialorganisationen, derer sich Menschen bedienen, um Einfluss auf die politische Willensbildung zu nehmen und eigene politische Richtigkeitsvorstellungen durchzusetzen. Zwischen den die Parteien als Organisationen betreibenden Individuen und den Parteien als Institutionen selbst besteht also eine besonders enge Beziehung, die es nahelegt, sich die Partei selbst als eine Einzelperson vorzustellen.⁴⁴ Das unterschlägt zwar, dass innerhalb der Parteien fortwährend Machtkämpfe um politische Ziele und Strategien ausgetragen werden, so dass diese Analogie für die Betrachtung der Funktionen politischer Parteien und ihrer rechtlichen Ausformung nur begrenzt anschaulich ist. Allerdings ähnelt die Partei in ihrer Interessengebundenheit, den damit verbundenen Konfliktslagen und notwendigen dauerhaften Interaktionen mit Mitgliedern, Konkurrenten und Verfassungsorganen durchaus einem um Durchsetzung seiner Interessen bemühten *Individuum*.

Die weiteren Beiträge dieser Reihe folgen also einer am Bild eines natürlichen Lebenszyklus orientierten Chronologie. Beitrag 2 befasst sich mit der *Gründung politischer Parteien* als spezifischen Organisationen mit spezifischen Zielen. Dabei wird es um eine Reihe praktischer Rechtsfragen gehen, etwa die Satzungsgebung und Mitgliedschafts- und Namensrechte. Beitrag 3 wird sich der Entwicklung, dem Auf- und Ausbau der Parteiorganisationsstruktur zuwenden (zum Beispiel ihrer überregionalen Ausbreitung) und dem Zusammenschluss politischer Parteien. Auch die medial dauerpräsenten Fragen der Parteienfinanzierung werden dabei angesprochen. Beitrag 4 wendet sich gewissermaßen dem „Beruf“ der politischen Parteien zu. Es geht also darum, wie Parteien welche Ziele verwirklichen und inwiefern dies rechtlich gesteuert ist. Dabei wird sich zeigen, dass „Parteienrecht“ eine *rechtliche Querschnittsmaterie* ist, sich also aus einer Vielzahl von Rechtsquellen speist, die äußerlich als eigenständige, nicht genuin parteirechtliche Gebiete erscheinen: An erster Stelle sind hier das Wahlrecht und das Parlamentsrecht zu nennen.⁴⁵ Anhand beider Materien wird die „Schnittstellenfunktion“ der Parteien zwischen Gesellschaft und Staat in besonderer Weise deutlich. Beitrag 5 wendet sich dann spezifischen Konfliktsituationen, also gewissermaßen den „Krankheiten“ politischer Parteien zu. Angesprochen sind hier zunächst

³⁷ Kritisch zur Macht von Parteien, Verbänden und Medien aber etwa *Schmitt Glaeser* (Fn. 15), S. 208 ff.

³⁸ Zum Verhältnis von Parteien und anderen Verbänden vgl. v. *Winter*, in: *Niedermayer* (Fn. 30), S. 387 ff.

³⁹ *Merz/Regel*, in: *Niedermayer* (Fn. 30), S. 211 ff.

⁴⁰ Siehe dazu insgesamt die Beiträge von *Lucardie* (Fn. 5); *Jun* (Fn. 30).

⁴¹ *Morlok/Michael* (Fn. 31), Rn. 246.

⁴² *Merz/Regel* (Fn. 39), S. 211.

⁴³ *Morlok/Michael* (Fn. 31), Rn. 233; eine Vertiefung der These von den Parteien als Spezialorganisationen folgt im zweiten Beitrag dieser Reihe.

⁴⁴ So etwa bei *Downs* (Fn. 11), S. 25.

⁴⁵ Siehe für diesen Bereich auch *Decker*, in: *Niedermayer* (Fn. 30), S. 295 ff.

Konflikte „nach Innen“, die zwischen Parteien und ihren Mitgliedern entstehen und oft als Folge der Tendenzorientierung der Parteien erscheinen. Aber auch Konflikte zwischen Parteien und dem Staat, hier vor allem im Bereich der Parteienfinanzierung, spielen hier eine Rolle. Beitrag 6, der die Reihe beschließt, widmet sich schließlich den verschiedenen Arten, in denen das politische Leben einer Partei zu Ende gehen kann. Angesprochen sind hier das verfassungsgerichtliche Verbot, die ökonomische Insolvenz und die parteiautonome Entscheidung zur Auflösung. Hier wie dort stellen sich komplexe Rechtsfragen, nicht nur im Hinblick auf die Beendigungstatbestände an sich (Wann kann verboten werden? Wann ist eine Partei insolvent?), sondern auch im Hinblick auf die dann notwendige Abwicklung (Was geschieht mit Parlamentsmandaten einer verbotenen Partei? Ist ihre Neugründung möglich?).

Die rechtmäßige Alternative zur Trunkenheitsfahrt

Zugleich eine Besprechung von BGH, Beschl. v. 6.12.2012 – 4 StR 369/12

Von Wiss. Assistent Dr. Mohamad El-Ghazi, Bremen*

I. Problemhinführung

Anlass für diesen Beitrag ist ein am 6.12.2012 ergangener Beschluss des 4. Strafsenats des Bundesgerichtshofs.¹ Die Sachverhaltsproblematik, die sich in der Rechtsprechung schon zum wiederholten Male stellt, ist – für den hiesigen Bearbeitungszweck – schnell geschildert: Ein alkoholbedingt (absolut) fahruntüchtiger Kraftfahrer befährt nachts mit einer Geschwindigkeit zwischen 40 und 50 km/h eine Hauptstraße und erfasst dabei einen unerwartet die Straße überquerenden, obendrein noch dunkel gekleideten Passanten, der aufgrund des Zusammenstoßes erhebliche körperliche Verletzungen erleidet. Die Kollision wäre auch für einen nüchternen Kraftfahrer nicht zu vermeiden gewesen – zumindest berief sich der Angeklagte hierauf. Dass der Angeklagte seine Fahrt nach dem Unfall unvermittelt fortsetzte, soll hier nicht weiter interessieren.²

Während das Landgericht für das strafrechtlich relevante Geschehen bis zur Kollision die Verwirklichung der § 229 und 315c StGB ablehnte und lediglich eine Strafbarkeit nach § 316 Abs. 2 StGB annahm, meinte der 4. Strafsenat, den Angeklagten könne es bezüglich § 229 StGB nicht entlasten, dass der Zusammenprall mit dem Passanten auch für einen nüchternen Kraftfahrer unvermeidbar gewesen wäre.³ Trotz anhaltender Kritik rekurriert der 4. Senat dabei erneut auf eine – in der Tat streitbare – Prämisse: Die Bestimmung des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs bei § 229 (bzw. § 222) StGB habe sich *nicht* danach auszurichten, ob der Unfall zu vermeiden gewesen wäre, wenn die Person des Angeklagten in einem fahruntüchtigen Zustand am Straßenverkehr teilgenommen hätte. Vielmehr sei zu fragen, ob der Unfall ganz vermieden worden wäre oder mindestens einen abgeschwächten Verlauf genommen hätte, wenn der Fahruntüchtige, der schon gar nicht am Straßenverkehr hätte teilnehmen dürfen, (immerhin) seiner Pflicht nachgekommen wäre, seine Fahrgeschwindigkeit an seinen Zustand anzupassen.⁴

Auf diesen Maßstab hat der 4. Strafsenat bereits in seinem Judikat aus BGHSt 24, 31 abgestellt.⁵ Das BayObLG hat den Gedanken später internalisiert und ist damit ebenso wie der 4. Strafsenat auf lauten Widerhall gestoßen.⁶ Heute fällt

die Kritik von Seiten der Literatur ähnlich deutlich aus.⁷ Der Ausgang des Streits hängt dabei (vermeintlich) an der Frage, welches rechtmäßige Alternativverhalten bei der Bewertung des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs zugrunde zulegen ist.⁸ Da auch der BGH – zumindest implizit – zu Recht eine Strafbarkeit nach § 315c Abs. 1 Nr. 1 StGB verneint, soll an dieser Stelle hierzu nur folgender Hinweis genügen: Dieser Tatbestand verlangt bereits explizit („und dadurch“), dass die konkrete Gefahr ihren Grund gerade in dem Fehlverhalten (hier die Fahruntüchtigkeit) haben muss,⁹ sodass hier auch die Rechtsprechung danach fragt, ob die Gefahr ohne die alkoholbedingte Fahruntüchtigkeit ebenfalls aufgetreten wäre.¹⁰ Dies war offensichtlich zu bejahen.

II. Grundlage des Sorgfaltsverstoßes und das Alternativverhalten nach der Rechtsprechung

Dabei erkennt auch der 4. Strafsenat sowohl in dem hier zu besprechenden Beschluss als auch in seiner Entscheidung aus dem 24. Band – unter impliziter Berufung auf die Theorie vom rechtmäßigen Alternativverhalten¹¹ – generell an, dass der zurechnungsbegründende Zusammenhang zwischen pflichtwidrigem Verhalten und dem Erfolg dann nicht begründbar ist, wenn der gleiche Erfolg auch bei pflichtgemäßem Verhalten (möglicherweise) eingetreten wäre.¹² In diesen Fällen mangelt es an einer Realisierung der durch die Pflichtwidrigkeit gesetzten Gefahr¹³ und damit auch an einer Verursachung durch das die Gefahr setzende Tatsubjekt.¹⁴ Die Prüfung des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs soll nach Meinung des 4. Strafsenats vielmehr „erst mit dem Eintritt der konkret kritischen Verkehrslage“ einsetzen, die unmittelbar zum schädlichen Erfolg geführt hat. Dabei sei von dem wirklichen, nicht von einem nur gedachten Sachverhalt auszugehen.¹⁵ Die Frage nach dem verkehrsgerechten Verhalten sei damit also im Hinblick auf die Verkehrswidrigkeit zu entscheiden. Unter Anwendung dieser Grundsätze könne dem-

Lüttger (Hrsg.), Festschrift für Eduard Dreher zum 70. Geburtstag am 29. April 1977, 1977, S. 437.

⁷ Vgl. Hecker, JuS 2013, 466; Jäger, JA 2013, 393; Foth, DAR 2013, 276.

⁸ Vertiefend Maiwald (Fn. 6), S. 444 ff.

⁹ Vgl. nur Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2011, § 315c Rn. 22 m.w.N.

¹⁰ Zur Problematik in diesem Sachverhalt BayObLG NStZ 1997, 388 (389); Jäger, JA 2013, 393 (395); Freund, JuS 1990, 213 (215).

¹¹ Vgl. Gropp, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2005, § 12 Rn. 48 ff.; Beck, JA 2009, 268; Kretschmer, Jura 2000, 267 (273 ff.).

¹² Zur Rechtsprechung vgl. BGHSt 11, 1.

¹³ Kühl, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2012, § 17 Rn. 47 ff.

¹⁴ Gropp (Fn. 11), § 12 Rn. 48.

¹⁵ BGH NStZ 2013, 231 (234).

* Der Autor ist Wissenschaftlicher Assistent am Lehrstuhl für Straf- und Strafprozessrecht von Frau Prof. Dr. Ingeborg Zerbe (Universität Bremen).

¹ BGH NStZ 2013, 231.

² Zum Geschehen nach dem Unfall vgl. Jäger, JA 2013, 393 (394).

³ BGH NStZ 2013, 231 (232).

⁴ BGH NStZ 2013, 231 (232).

⁵ BGHSt 24, 31 (34); diesem Judikat folgend BayObLG NStZ 1997, 388; OLG Celle VRS 36, 276; OLG Koblenz DAR 1974, 25; OLG Zweibrücken VRS 41, 113 (114).

⁶ BayObLG NStZ 1997, 388, m. Anm. Puppe; Möhl, JR 1971, 249; Knauber, NJW 1971, 627; Maiwald, in: Jescheck/

nach nicht danach gefragt werden, ob der Angeklagte den Unfall auch im nüchternen Zustand nicht hätte abwenden können. Entscheidend sei hingegen, so der 4. Strafsenat unter Verweis auf § 3 Abs. 1 StVO n.F. (§ 9 StVO a.F.), ob die Rechtsgutsverletzungen ausgeblieben oder minder erheblich ausgefallen wären, wenn er – „abgesehen davon, dass er als Fahruntüchtiger überhaupt nicht am Verkehr teilnehmen durfte“ – seine Geschwindigkeit so eingerichtet hätte, dass er jederzeit in der Lage gewesen wäre, seinen Verpflichtungen im Verkehr Genüge zu tun.¹⁶ Ein Fahrer, dessen Wahrnehmungs- und Reaktionsfähigkeit durch den Konsum von Alkohol beeinträchtigt ist, dürfe daher nicht mit der Geschwindigkeit fahren, die für ihn im nüchternen Zustand angemessen gewesen wäre.¹⁷ Setzte sich der Fahruntüchtige über das gesetzliche Verbot hinweg, dürfe er die abstrakte Gefahr nicht noch dadurch steigern, dass er übermäßig schnell fahre (und dadurch gegen § 3 Abs. 1 StVO verstoße). Bereits in seiner Entscheidung aus dem 24. Band wies der 4. Strafsenat ergänzend darauf hin, dass die die Zurechnung begründende Verantwortlichkeit aber noch nicht allein aus der verbotenen Teilnahme am Straßenverkehr hergeleitet werden könne. Eine Verantwortlichkeit bestehe nur, „wenn und soweit“ der Fahruntüchtige in seiner Fahrweise seinen persönlichen Mängeln nicht hinreichend Rechnung trägt und dadurch einen Unfall herbeiführt.¹⁸

III. Einwände und ihre Berechtigung

Die Literatur überzeugt(e) die Argumentation der Rechtsprechung damals wie heute nicht.¹⁹ Die Einwände sind in methodischer Hinsicht vielfältig, stützen sich jedoch integral auf die Behauptung, dass die Rechtsprechung bei der Konstituierung des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs die Figur des rechtmäßigen Alternativverhaltens fehlerhaft zur Anwendung bringe. Vereinzelt wird ergänzend auf die These abgestellt, in derartigen Konstellationen beruhe die Vermeidbarkeit des Erfolges bei Beachtung der von der Rechtsprechung beanspruchten Verhaltensnorm (§ 3 Abs. 1 StVO) lediglich auf einem Schutzreflex.²⁰ Die folgenden Ausführungen sollen sich auf diese beiden Kritikpunkte beschränken.

1. Die rechtmäßige Alternative zur unangepassten Trunkenheitsfahrt

a) Der Vergleich mit dem nüchternen Kraftfahrer

Der Haupteinwand richtet sich gegen das Vorgehen der Rechtsprechung bei der Anwendung der Figur des rechtmäßigen Alternativverhaltens – genauer: die Anknüpfung an die

Pflicht, seine Geschwindigkeit an seine situative Wahrnehmungs- und Reaktionsfähigkeit anzupassen. Ein normativer Rückgriff auf § 3 Abs. 1 StVO stehe dabei schon im Widerspruch zu § 316 StGB, der das Fahren im fahruntüchtigen Zustand auch ohne eine konkrete Gefährdung verbiete.²¹ Es sei daher auch widersinnig, danach zu fragen, wie dieses Verhalten, also das unerlaubte Fahren im fahruntüchtigen Zustand, ausgestaltet sein muss, um erlaubt zu sein.²² Im Rahmen der Anwendung der Figur des rechtmäßigen Alternativverhaltens ersetze die Rechtsprechung damit in Wahrheit kein rechtswidriges Verhalten durch ein alternatives rechtmäßiges, sondern gegen ein alternativ rechtswidriges bzw. ein alternativ weniger rechtswidriges Verhalten.²³ Dies sei aber deshalb nicht statthaft, weil stets derjenige Gesichtspunkt zu eliminieren sei, der die Gefahr zu einer unerlaubten macht.²⁴ Dies sei aber nicht die Geschwindigkeit, sondern in Wahrheit die Trunkenheit, da die Zurechnung bei einem nüchternen Fahrer ausgeschlossen sei.²⁵

b) Die richtige Substitution des Pflichtverstoßes

Die (bisherigen) Einwände, die gegen die Vorgehensweise der Rechtsprechung erhoben werden, vermögen aber nicht zu überzeugen. In der Tat mutet es auf den ersten Blick überraschend an, wenn die Rechtsprechung bei der Evaluierung des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs den Fahruntüchtigen auf ein *rechtmäßiges* Alternativverhalten verweist, welches selbst unter Strafe steht. Denn auch die Befolgung des Normbefehls aus § 3 Abs. 1 StVO hätte den betrunkenen Fahrer nicht von seiner strafrechtlichen Verantwortung nach § 316 StGB befreien können. Dennoch geht die Rechtsprechung m.E. dogmatisch schlüssig vor, wenn sie bei der Anwendung der Figur vom rechtmäßigen Alternativverhalten gerade den Sorgfaltsverstoß eliminiert, den sie zur Grundlage ihrer Prüfung einer möglichen strafrechtlichen Verantwortlichkeit gemacht hat.²⁶ Wer die Frage aufwirft, ob zwischen einer Sorgfaltsverletzung x_1 und dem Taterfolg y ein Pflichtwidrigkeitszusammenhang besteht, der täte fehl daran, wenn er bei der Anwendung der Figur vom rechtmäßigen Alternativverhalten nicht auch die gefahrschaffende Handlung x_1 , sondern ein anderes, vielleicht ebenfalls gefahrschaffendes Moment x_2 durch die pflichtgemäße Handlung substituierte. Eine solche Verschiebung erwiese sich schon deshalb als inkohärent, weil damit auch nicht mehr nach dem Pflichtwidrigkeitszusammenhang zwischen Handlung x_1 und dem Erfolg y , sondern vielmehr nach dem zwischen Handlung x_2 und Erfolg y gefragt würde. Wer das Alkoholtrinken wegdenkt, der fragt in Wahrheit danach, ob der (vermeintliche) Pflichtverstoß des

¹⁶ BGHSt 24, 31 (35); BGH NStZ 2013, 231 (232).

¹⁷ BGHSt 24, 31 (35).

¹⁸ BGHSt 24, 31 (36).

¹⁹ Vgl. Puppe, NStZ 1997, 389 f.; Möhl, JR 1971, 249; Knauber, NJW 1971, 627; Schünemann, JA 1971, 185 (188); Maiwald (Fn. 6), S. 437 ff.; Jakobs, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972, S. 95 Fn. 183a; Freund, JuS 1990, 213 (214 f.); Hecker, JuS 2013, 466; Jäger, JA 2013, 393; Foth, DAR 2013, 276.

²⁰ Am deutlichsten Freund, JuS 1990, 213 (214 f.).

²¹ Puppe, NStZ 1997, 389 (390); Hecker, JuS 2013, 466 (468); Jäger, JA 2013, 393 (394).

²² Puppe, NStZ 1997, 389 (390).

²³ Hecker, JuS 2013, 466 (468); Jäger, JA 2013, 393 (394).

²⁴ So insbesondere Jäger, JA 2013, 393 (394).

²⁵ Jäger, JA 2013, 393 (394 f.).

²⁶ So im Grundsatz auch Duttge, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2. Aufl. 2011, § 15 Rn. 168; Otto, Grundkurs Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2004, § 10 Rn. 20; Puppe, JZ 1985, 295.

Alkoholtrinkens zurechenbar zum Erfolg geführt hat. Dies ist aber eine andere Fragestellung.

b) Die tatbestandliche Offenheit der fahrlässigen Erfolgsdelikte

Damit ist aber die Problematik aufgeworfen, ob der BGH zu Recht den Verstoß gegen § 3 Abs. 1 StVO als Anknüpfungspunkt für eine Fahrlässigkeitshaftung heranzieht. Auch hiergegen bestehen, legt man die anerkannten Grundsätze der Fahrlässigkeitsdogmatik zugrunde, jedoch keine Bedenken. Für die Verwirklichung eines fahrlässigen Erfolgsdeliktes genügt es, dass „ein Erfolg verursacht worden und diese Verursachung sorgfaltswidrig geschehen ist; es bedarf einer im Hinblick auf den eingetretenen Erfolg sorgfaltswidrigen Handlung – aber mehr nicht!“²⁷ Verhält sich eine Person in mehrfacher Hinsicht sorgfaltswidrig, so erlaubt es die Doktrin der Fahrlässigkeit, jede dieser Sorgfaltspflichtverletzungen zum Substrat der strafrechtlichen Verantwortlichkeit zu machen.²⁸ Die Entfernung zwischen pflichtwidrigem Verhalten und Erfolg spielt – anders als im Bereich der Vorsatzdelikte²⁹ – (nach bislang nur vereinzelt widersprochener Meinung) im Grundsatz keine Rolle.³⁰ Diese Maxime ist der Rechtsprechung nicht fremd.³¹ Literatur und Rechtsprechung bauen hierauf ihre Prämisse auf, dass sich die Problematik um die fahrlässige *actio libera in causa* auch mit den konventionellen Instrumentarien der Fahrlässigkeitsdoktrin überzeugend einer Lösung zuführen lässt.³²

Es ist einzig eine Frage der Zweckmäßigkeit, welcher Sorgfaltsverstoß zur Begründung des Fahrlässigkeitsvorwurfs herangezogen wird.³³ Es liegt dabei aber in der Natur der Sache, dass mit dem Anwachsen der zeitlichen oder räumlichen Distanz zwischen Sorgfaltsverstoß und tatbestandmäßigem Erfolg die Relation zwischen ihnen immer fraglicher wird. Denn je größer die Distanz ausfällt, umso wahrscheinlicher wird es, dass der Erfolg außerhalb des Vorhersehbaren liegt. Zum anderen können vermehrt Friktionen bei der Begründung des Schutzzweckzusammenhangs auftreten. Auch hier gilt: Je größer die zeitlich-räumliche Distanz zwischen

der Sorgfaltspflichtverletzung und dem Erfolg ausfällt, desto eher besteht die Wahrscheinlichkeit, dass der eingetretene Erfolg nicht mehr vom Schutzzweck der den Sorgfaltsverstoß konstituierenden Norm umfasst ist. Auf dieses Phänomen wird noch an späterer Stelle näher einzugehen sein.

Erkennt man das Dogma von der tatbestandlichen Offenheit der fahrlässigen Erfolgsdelikte an, dann lassen sich in den hier behandelten Sachverhaltskonstellationen in der Tat gleich mehrere Sorgfaltspflichtverletzungen konstatieren, die das Potenzial besitzen, einen Zurechnungszusammenhang zum Erfolg zu konstruieren. Abhängig davon, welche Sorgfaltspflichtverletzung man zum Gegenstand seiner strafrechtlichen Betrachtung macht, muss auch das rechtmäßige Alternativverhalten, das als Gegenprobe für die Bestätigung des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs dient, bestimmt werden. Als unstatthaft erweist es sich hingegen, wenn nicht die auf ihren Zurechnungszusammenhang untersuchte, sondern eine vom Täter zu einem anderen Zeitpunkt begangene Sorgfaltspflichtverletzung bei der Anwendung der Figur des rechtmäßigen Alternativverhaltens substituiert wird.

c) Mögliche Anknüpfungspunkte für die Fahrlässigkeitsstrafbarkeit

In den typischen Trunkenheitsfällen im Straßenverkehr kommen grundsätzlich mindestens vier Sorgfaltspflichtverletzungen für die strafrechtliche Anknüpfung einer Fahrlässigkeits-tat im Sinne von § 229 bzw. § 222 StGB in Betracht.³⁴

- Nr. 1: Der Betroffene frönt dem Alkohol, obwohl die vorhersehbare Möglichkeit besteht, dass er im angetrunkenen Zustand zum PKW greifen wird.³⁵
- Nr. 2: Der Betrunkene nimmt – entgegen § 316 StGB – im fahruntüchtigen Zustand mit seinem PKW am Straßenverkehr teil.³⁶
- Nr. 3: Obwohl die Wahrnehmungs- und Reaktionsfähigkeiten des Fahrers durch den Konsum von Alkohol beeinträchtigt sind, passt der Fahrer seine Geschwindigkeit nicht seinem Zustand an.
- Nr. 4: Der fahruntüchtige Fahrer begeht unmittelbar vor der Rechtsgutsverletzung einen Fahrfehler.

Ein Vorrangigkeitsverhältnis zwischen den (möglichen) Sorgfaltspflichtverletzungen in dem Sinne, dass die Fahrlässig-

²⁷ So Horn, GA 1969, 289.

²⁸ Puppe, JuS 1980, 346 (350); Ranft, JA 1983, 193 (195); Otto, Jura 1986, 426 (433); Jescheck/Weigend, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, S. 448; Freund, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2008, § 5 Rn. 40 f.; Hartung, NZV 1997, 97 (101 f.); Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 20 Rn. 58.

²⁹ Paeffgen, ZStW 97 (1985), 513 (524 m.w.N.).

³⁰ Horn, GA 1969, 289; Puppe, JuS 1980, 346 (350); Ranft, JA 1983, 193 (195); Otto, Jura 1986, 426 (433); Jescheck/Weigend (Fn. 28), S. 448; Freund (Fn. 28), § 5 Rn. 40 f.; Hartung, NZV 1997, 97 (101 f.); Roxin (Fn. 28), § 20 Rn. 58; anders aber Horn, StV 1997, 264 (265 f.); Fellenberg, Zeitliche Grenzen der Fahrlässigkeitshaftung, 2000, S. 17 ff.

³¹ Aus der Rechtsprechung vgl. nur BGHSt 42, 235 (236 ff.); 40, 341.

³² Vgl. nur BGH NStZ 1997, 228, und Puppe, JuS 1980, 346 (350); Ranft, JA 1983, 193 (195).

³³ Horn, GA 1969, 289.

³⁴ Schlüchter (Jura 1984, 673 [678 f.]) geht in BGHSt 24, 31 von zwei möglichen Sorgfaltspflichtverletzungen aus, nämlich dem Führen des Fahrzeugs trotz alkoholbedingter Fahruntüchtigkeit und einem Verstoß gegen § 3 Abs. 1 StVO. Den Letzteren verneint sie jedoch ohne nähere Begründung.

³⁵ Ähnlich die Begründung der Sorgfaltspflichtverletzung in BGHSt 42, 235 (236). Der 4. Strafsenat warf dem Angeklagten hier vor, dass „er Alkohol zu sich nahm und sich in einen Rausch versetzte, obwohl er noch keine Unterkunft gefunden hatte und deswegen damit rechnen mußte, anschließend noch ein Kraftfahrzeug im Straßenverkehr zu führen“.

³⁶ Duttge ([Fn. 26], § 15 Rn. 175) bestreitet hingegen bereits die „Verletzungserfolg bezogene Sorgfaltspflichtverletzung“, hierzu unten III. 2. a).

keitsstrafbarkeit stets auf den unmittelbarsten Sorgfaltswidrigkeitsakt aufzubauen wäre, besteht – wie gesagt – aber nicht. Ein mögliches Regressverbot hätte andernfalls zur Folge, dass derjenige, der bereits einen den Pflichtwidrigkeitszusammenhang begründenden Sorgfaltspflichtverstoß begangen hat, durch einen weiteren, zeitlich nachgelagerten Sorgfaltspflichtverstoß, der keine Zurechnung des Erfolges erlaubt, entlastet wäre. Zugleich würde er dadurch eine günstigere Behandlung erfahren als derjenige, der die zweite Sorgfaltspflichtverletzung vermeiden konnte.

Aber auch umgekehrt muss dieser Gedanke Geltung beanspruchen. Derjenige, der einen Verstoß gegen § 3 Abs. 1 StVO begeht, weil er seine Fahrweise nicht an sein individuelles Leistungsvermögen ausrichtet, wird nicht dadurch von dieser Normverletzung exkulpiert, weil er zuvor einen grundsätzlicheren Normverstoß begangen hat. Der Normbefehl des § 3 Abs. 1 StVO wird nicht dadurch suspendiert, weil es dem Betroffenen aufgrund seiner Fahruntüchtigkeit überhaupt untersagt war, mit einem Fahrzeug am Verkehr teilzunehmen. Die Anpassungspflicht bezüglich der Fahrweise beansprucht für diesen Fahrer erst recht Geltung, da von ihm auch eine größere Gefahr für andere Verkehrsteilnehmer ausgeht.

Erkennt man auch diese Schlussfolgerung an und erblickt in Nr. 3 der oben aufgeführten Verhaltensweisen eine eigenständige (weitere) Sorgfaltspflichtverletzung, dann muss die Figur des rechtmäßigen Alternativverhaltens auch in der Weise angewendet werden, dass dabei diese Pflichtverletzung selbst zu eliminieren ist. Die Stimmen, die den 4. *Strafsenat* in seiner Vorgehensweise kritisieren, substituieren hingegen zu Unrecht das Fehlverhalten aus Nr. 3 durch das rechtmäßige Alternativverhalten zum (vermeintlichen) Fehlverhalten aus Nr. 1, indem sie nur Letzteres ihrer korrelativen Betrachtung zugrunde legen. Damit stellen sie aber (unintendiert) *nur* die Frage nach dem Pflichtwidrigkeitszusammenhang zwischen dem (vermeintlichen) Fehlverhalten aus Nr. 1 und dem Erfolg. Natürlich kann (bzw. muss) auch diese Beziehung untersucht werden – jedoch an ihrem dogmatisch richtigen Topos. Schon aus diesem Grund vermag der Einwand der Literatur *an dieser Stelle* nicht zu überzeugen.

d) Keine Substitution rechtmäßigen Verhaltens durch ein anderes rechtmäßiges Verhalten

Ohnehin wäre der in der Literatur präferierte Vergleichsmaßstab in dem hier besprochenen Fall schon aus anderen Gründen zurückzuweisen. Denn die vom 4. *Strafsenat* mitgeteilten Feststellungen belegen schon gar keinen Sorgfaltspflichtverstoß im Sinne der Nr. 1. Solange aber ein solcher Verstoß nicht festgestellt ist, darf an dieser Stelle auch keine Ersetzung vorgenommen werden. Dem Grunde nach würde sonst nicht ein rechtswidriges durch ein anderes rechtmäßiges, sondern (bislang) nur ein rechtmäßiges durch ein anderes rechtmäßiges Verhalten ersetzt werden. Der Konsum von alkoholischen Getränken stellt für sich jedoch keine unerlaubte Risikoschaffung dar, solange der Trinkende nicht die Schwelle zum § 323a StGB überschreitet oder weitere Umstände hinzukommen, die den Konsum im Einzelfall unerlaubt machen

können.³⁷ In der Bundesrepublik Deutschland existiert zwar keine Verhaltensnorm, die den Konsum von alkoholhaltigen Substanzen kategorisch untersagt. Sorgfaltswidrig verhält sich der Alkoholkonsumierende – und zwar unabhängig von § 323a StGB – aber dann, wenn er schon zum Zeitpunkt des Konsums die Möglichkeit einer späteren Rechtsverletzung vorhersehen konnte. Weiß der Trinkende z.B., dass er ab einem gewissen Grad an Alkoholisierung zu Aggressivitäten gegenüber Menschen und fremden Sachen oder generell zu ungesetzlichem Verhalten neigt, kann ihm schon der Konsum selbst zum Vorwurf gereichen.³⁸

Anders verhält es sich aber, wenn beim Konsum keine Anhaltspunkte für ein späteres trunkenheitsbedingtes Fehlverhalten vorhanden sind oder der Betroffene schon zuvor Schutzvorkehrungen ergriffen hat. Entsprechendes muss auch in den hier besprochenen Fallkonstellationen gelten. Schon hinsichtlich des Alkoholkonsums kann dem späteren Fahrer nur dann ein (erster) Vorwurf gemacht werden, wenn er schon zu diesem Zeitpunkt damit hätte rechnen müssen, dass er im alkoholisierten Zustand nicht auf die Annehmlichkeiten der Nutzung des eigenen PKW verzichten können. Wer diesen beispielsweise in der heimischen Garage hat stehen lassen oder sich zumindest fest vorgenommen hat, sein Fahrzeug am Ort des Trinkgelages zurückzulassen und stattdessen mit dem Taxi nach Hause zu fahren oder zu Fuß den Heimweg anzutreten, den trifft in der Regel kein Vorwurf schon beim Konsum des Alkohols. Ein solcher trifft ihn erst, wenn er sich später tatsächlich im betrunkenen Zustand an das Steuer setzt. An eine Sorgfaltspflichtverletzung im Sinne der oben beschriebenen Nr. 1 lässt sich in einem solchen Fall damit nicht anknüpfen, um eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit für eine spätere Rechtsgutsverletzung im Straßenverkehr zu begründen.

So aber auch in dem Sachverhalt, der dem aktuellen Beschluss des 4. *Senats* zugrunde liegt: Die vom Revisionsgericht mitgeteilten Feststellungen verhalten sich mit keinem Wort dazu, wie es dazu kam, dass der Angeklagte mitten in der Nacht im fahruntüchtigen Zustand seinen PKW nutzte. Damit liegt nach den mitgeteilten Feststellungen aber auch hier schon kein Sorgfaltspflichtverstoß im Sinne der Nr. 1 vor. Wer nun aber bei der Anwendung der Figur des rechtmäßigen Alternativverhaltens den Alkoholkonsum eliminiert und dann vergleicht, ob der Verkehrsunfall auch durch den gedachten nüchternen Fahrer verursacht worden wäre, den trifft der oben formulierte Vorwurf. Substituiert wird hier nur ein *rechtmäßiges* durch ein anderes rechtmäßiges Verhalten. Nichts anderes erreichte man, würde man die Frage auf, ob der Unfall vermieden worden wäre, wenn der Fahrer sich am

³⁷ BGHSt 42, 235 (236). In dieser Entscheidung wirft der BGH dem Angeklagten daher auch nicht alleine vor, dass er Alkohol konsumiert hat, sondern dass er dies tat, obwohl er noch keine Unterkunft gefunden hatte.

³⁸ Vergleichbare Argumentation bei BGHSt 10, 247 (249); Paeffgen, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 3, 4. Aufl. 2013, § 323a Rn. 50; Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 61. Aufl. 2014, § 20 Rn. 51 m.w.N. (zur fahrlässigen alic).

Morgen desselben Tages dazu entschieden hätte, die Wohnung gar nicht zu verlassen. Das Verlassen der Wohnung ist – genauso wenig wie der Konsum von Alkohol – für sich nicht unerlaubt. Auch hier würde ein erlaubtes (Wohnung verlassen) durch ein anderes erlaubtes Risiko (Wohnung nicht verlassen) ersetzt werden. Diese Ersetzung hat mit der Frage nach dem Pflichtwidrigkeitszusammenhang nichts zu tun, da überhaupt noch keine Pflichtwidrigkeit verifiziert ist. Der Alkoholkonsum selbst darf daher auch nicht ausgeklammert werden. Die von der Literatur vorgenommene Ersetzung des fahruntüchtigen durch einen fahrtüchtigen Kraftfahrer ist nur gestattet, falls der Sorgfaltsverstoß in dem Trinken selbst gesehen wird. Ist dies nicht der Fall, kann ein Sorgfaltsverstoß frühestens im anschließenden Verhalten, nämlich in der Nutzung des PKW im betrunkenen Zustand (Nr. 2), erblickt werden. Bei der Anwendung der Figur des rechtmäßigen Alternativverhaltens darf aber auch hier nur das sorgfaltswidrige durch das sorgfaltsgemäße Verhalten ersetzt werden. Hätte der Angeklagte auf die Nutzung verzichtet, wäre der konkrete Unfall selbstverständlich nicht aufgetreten.

e) Verstoß gegen § 3 Abs. 1 StVO und sein Pflichtwidrigkeitszusammenhang zum Erfolg

Entsprechendes gilt aber auch für die Beziehung der Sorgfaltspflichtverletzung in Nr. 3 und dem Erfolg. Die von der Rechtsprechung für die Begründung dieses Ergebnisses beanspruchten Thesen kongruieren offenkundig mit den Gesetzen der Physik. Es kann Fälle geben, in denen die Verletzungen mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit „glimpflich“ ausgefallen wären, wenn der fahruntüchtige Fahrer seine Geschwindigkeit (deutlich) reduziert hätte, um seinen Pflichten aus § 3 Abs. 1 StVO zu genügen. Das Ausmaß der Kollisionsfolgen (Tod, lebensgefährliche Verletzungen, Knochenbrüche, Quetschungen, Risse, Wunden etc.) steht in Abhängigkeit zu der Kraft, die auf den Körper des Passanten beim Zusammenstoß einwirkt. Die Kraft wiederum variiert abhängig von der Geschwindigkeit (und der Masse) des PKW.³⁹

Die geringere Geschwindigkeit hätte ferner zur Folge haben können, dass die Kollision zwischen PKW und Passant sogar insgesamt ausgeblieben wäre. Dies liegt auf den ersten Blick nicht nahe. § 3 StVO dient dazu, dass der in seiner Wahrnehmungs- und Reaktionsfähigkeit Beeinträchtigte durch die Geschwindigkeitsreduktion in die Lage versetzt werden soll, die Leistungen zu erbringen, die ein durchschnittlicher Fahrer ohne persönliche oder mechanische Mängel erbringen könnte.⁴⁰ Die Verlangsamung soll insbesondere zur Folge haben, dass auch der betrunkene Fahrer trotz seiner eingeschränkten Wahrnehmungs- und Reaktionsfähigkeiten den durchschnittlichen Anhalteweg⁴¹ erreicht, der auch von einem

unbeeinträchtigten Fahrer zu erreichen gewesen wäre. In der Konsequenz bedeutet dies, dass der Anhalteweg für den fahruntüchtigen Fahrer nicht kürzer wird und damit auch er – trotz seiner Geschwindigkeitsreduktion – die Kollision im Normalfall nicht vermeiden kann.⁴² Der Anhalteweg bleibt konstant. Dies ist aber nur eine Seite der Medaille. Auf der anderen Seite steht der Passant, der durch die Geschwindigkeitsreduktion des PKW eine größere Chance bekommt, der Kollision aus dem Weg zu gehen, weil ihm eine größere Zeitspanne verbleibt, um das Fahrzeug wahrzunehmen und auf die Gefahrenlage zu reagieren. In bestimmten Fällen kann es also doch sein, dass der Unfall insgesamt ausgeblieben wäre, und zwar dann, wenn es dem Passanten aufgrund der reduzierten Geschwindigkeit gelungen wäre, die Straße vor dem Eintreffen des PKW zu verlassen.

f) Zwischenfazit

Insgesamt bleibt festzuhalten, dass in den hier besprochenen Fallkonstellationen nicht nur zwischen dem Fehlverhalten Nr. 1, 2 und 4, sondern auch bei Nr. 3 ein Pflichtwidrigkeitszusammenhang zum Erfolg bestehen kann. Jedes Fehlverhalten ist individuell auf seine Beziehung zum Erfolg hin zu untersuchen. Die Figur vom rechtmäßigen Alternativverhalten ist in Bezug auf das Fehlverhalten aus Nr. 3 deshalb fehlerhaft angewendet, wenn dabei dieses Fehlverhalten durch das rechtmäßige Alternativverhalten zum (möglichen) Sorgfaltsverstoß aus Nr. 1, nämlich auf den Konsum von Alkohol zu verzichten, substituiert würde. Im hier besprochenen Fall waren Pflichtverletzungen im Sinne der Nr. 1 und 4 jedoch nicht festgestellt.

2. Notwendigkeit einer Schutzzweckbetrachtung

a) Der Schutzzweck des § 3 Abs. 1 S. 2 StVO

Nun endet damit aber noch nicht die Kritik der Literatur an dem Ansatz der Rechtsprechung. Bereits früh tauchte hin und wieder der Vorwurf auf, dass die Vermeidbarkeit der Kollision auf einem bloßen *Schutzreflex* der anderweitig legitimierten Norm beruhe,⁴³ sofern auch ein nüchterner Fahrer bei nicht zu beanstandender Geschwindigkeit den Unfall nicht hätte vermeiden können. Nicht jede planmäßig vermeidbare Schädigung könne als Realisierung gerade eines missbilligten Risikos angesehen werden.⁴⁴ Die Norm, trunkenheitsangepasst zu fahren, könne allein die legitime Funktion aufweisen, trunkenheitsbedingte Risiken zu kompensieren.⁴⁵ In den angesprochenen Fällen habe sich aber weder die Gefährlichkeit des betrunkenen Autofahrers im Erfolg aufgezeigt noch sei eine spezifisch strafrechtliche Verantwortlichkeit des betrunkenen Fahrers gerade für das konkrete erfolgsverursa-

³⁹ $F \text{ (Kraft)} = m \text{ (Masse)} * a \text{ (Beschleunigung)}$.

⁴⁰ Vgl. König, in: Hentschel/König/Dauer (Hrsg.), Straßenverkehrsrecht, Kommentar, 42. Aufl. 2013, § 3 StVO Rn. 17; Xanke, in: Xanke (Hrsg.), Praxiskommentar zum Straßenverkehrsrecht, 2009, § 3 StVO Rn. 22 und 54.

⁴¹ Dieser setzt sich aus dem Wahrnehmungs-, dem Reaktions- und dem Bremsweg zusammen, vgl. Burmann, in: Burmann/

Heß/Jahnke/Janker (Hrsg.), Straßenverkehrsrecht, Kommentar, 22. Aufl. 2012, § 3 StVO Rn. 13 ff.

⁴² So auch Möhl, JR 1971, 249 (250).

⁴³ So insbesondere Freund, JuS 1990, 213 (215), m.E. zu Unrecht unter Verweis auf Jakobs (Fn. 19), S. 95 Fn. 183a; Puppe, NSTZ 1997, 389 (391).

⁴⁴ Freund, JuS 1990, 213 (215).

⁴⁵ Freund, JuS 1990, 213 (215).

chende Geschehen aufweisbar.⁴⁶ Die Möglichkeit der Unfallvermeidung bei trunkenheitsangepasster Fahrweise beruhe vielmehr lediglich auf einer „zufälligen Überkompensation sonst tolerierter Risiken des Straßenverkehrs“.⁴⁷ Ähnlich, jedoch deutlich knapper, fällt die Kritik von *Schünemann* aus: Der 4. Strafsenat habe in BGHSt 24, 31 den Sorgfaltspflichten des angetrunkenen Kraftfahrers einen ausgedehnteren Schutzbereich zugeschrieben als denen des nüchternen Kraftfahrers, [...]“.⁴⁸ An anderer Stelle verankert, dennoch in dieselbe Richtung gehend, ist auch der Einwand von *Duttge*, der bereits eine „auf den konkrete(n) Verletzungserfolg bezogene spezifische Sorgfaltspflichtverletzung“ negiert, wobei sich seine Ausführungen jedoch nur auf das Fehlverhalten beim Antritt der Fahrt (Nr. 2) beziehen.⁴⁹ Dieses sei zwar zweifelsohne pflichtwidrig, dies jedoch nicht im Hinblick auf die *sedes materiae*, nämlich die §§ 222 bzw. 229 StGB.⁵⁰

Im Ergebnis ist damit aber das wahre Problem der hier behandelten Konstellationen angesprochen. Eine Begrenzung erfährt die Fahrlässigkeitshaftung durch den Schutzzweck der die Verhaltenspflicht begründenden Norm. Es reicht im Allgemeinen nicht aus, wenn Sorgfaltsverstoß und der darauf beruhende Erfolg koinzident gegeben sind. Fast einhellig wird bei den Fahrlässigkeitsdelikten noch ein weiteres Verbindungselement vorausgesetzt.⁵¹ Eine Zurechnung des Erfolges gelingt nur dann, wenn zwischen diesem und der zur Begründung der Sorgfaltspflichtverletzung herangezogenen Norm ein sog. Schutzzweckzusammenhang besteht.⁵² Der konkrete eingetretene Erfolg muss gerade der Gruppe von Erfolgen zugehörig sein, deren Verwirklichung durch die Beachtung der Norm verhindert werden soll. Der eingetretene Schaden muss mithin vom Schutzzweck der missachteten Norm in der Form umfasst sein, dass ihre Einhaltung zumindest auch dazu dienen sollte, die Verwirklichung gerade des realisierten Schadens zu vermeiden. Mit anderen Worten: Zwischen dem *unerlaubten* Risiko, welches sich anhand des Schutzzwecks der Norm definieren lässt, und dem verwirklichten Risiko

muss Konkordanz bestehen. Dies wäre dann nicht der Fall, wenn das Tatsubjekt ein unerlaubtes Risiko schafft, sich im Erfolg aber dann ein erlaubtes Risiko verwirklicht, obwohl ohne die Risikoschaffung der Erfolg ausgeblieben wäre. Wer beispielsweise ein Rattengift in Sichtweite von Kleinkindern aufbewahrt, macht sich nicht wegen einer fahrlässigen Körperverletzung strafbar, wenn das Kind bei dem Versuch, nach dem Rattengift zu greifen, von dem zu Hilfe genommenen Stuhl stürzt und sich dabei verletzt. Das Gebot, Gift außerhalb der Sichtweite von Kleinkindern aufzubewahren, dient wahrlich nicht dazu, Verletzungen zu vermeiden, die beim Kind auf dem Weg zum Ergreifen des Giftes auftreten können. Obwohl ein unerlaubtes Risiko geschaffen wurde – verwirklicht hat sich ein erlaubtes Risiko, nämlich, in einem Haushalt, in dem sich Kleinkinder aufhalten, Stühle zu besitzten.

Für die Frage, ob der notwendige Schutzzweckzusammenhang in dem hier besprochenen Fall anzunehmen ist, kommt es demnach entscheidend darauf an, welche Risiken durch die Statuierung der Verhaltensnorm des § 3 Abs. 1 S. 2 StVO vermieden werden sollen.⁵³ Dabei können wir teilweise auf das oben bereits Angeführte zurückgreifen. Der Führer eines Fahrzeugs hat seine Geschwindigkeit nicht nur den Straßen-, Verkehrs-, Sicht- und Wetterverhältnissen, sondern auch seinen persönlichen Fähigkeiten und den Eigenschaften seines Fahrzeugs oder der Ladung anzupassen. Dabei verfolgt die Geschwindigkeitsanpassungspflicht für den in seinen persönlichen Fähigkeiten beschränkten Fahrer das Ziel, seine persönlichen Defizite zu kompensieren. Die alkoholbedingt verringerte Wahrnehmungs- und Reaktionsfähigkeit hätte ohne eine solche Geschwindigkeitsanpassung insbesondere eine Verlängerung des Anhalteweges zur Folge, sodass die ohnehin bereits bestehende Gefahr, die von dem in Bewegung befindlichen PKW ausgeht, sich weiter potenzierte. Hinzu kommt, dass die Zeitspanne, die der Fahrer „unter Normalbedingungen“ für ein eventuelles Ausweichen, Hupen oder eine sonstige Vermeidehandlung benötigt, ebenfalls weiter anwächst, sodass hierdurch auch die ohnehin bestehenden (erlaubten) Gefahren weiter steigen. Der Ordnungsgeber hat mit § 3 Abs. 1 S. 2 StVO für diese Probleme eine schlüssige Lösung formuliert. Da die Gefahren des Straßenverkehrs ihren Ursprung nämlich integral in der Geschwindigkeit des Fahrzeugs finden, erweist sich das Gebot der Geschwindigkeitsreduktion als sinnvolles Mittel, um auf die drohende Gefahrenextensivierung zu reagieren. Die durchschnittlichen Wahrnehmungs-, Reaktions-, Ausweich- und Anhaltezeiten können durch diese Verlangsamung auch von dem unter einem Defekt leidenden Fahrer erreicht werden. Dadurch kann auch er die Schäden abwenden, die ein persönlich unbeeinträchtigter Fahrer unter den gleichen Bedingungen hätte abwenden können. Natürlich verfolgt § 3 Abs. 1 S. 2 StVO damit den Zweck, Rechtsgutsverletzungen im Straßenverkehr zu vermeiden, dieser Schutzzweck muss jedoch – unter Zugrundelegung der bisherigen Ausführungen – quantitativ beschränkt werden. Er kann nicht die Vermeidung sämtlicher

⁴⁶ *Freund*, JuS 1990, 213 (215).

⁴⁷ *Freund*, JuS 1990, 213 (215).

⁴⁸ *Schünemann*, JA 1971, 185 (188).

⁴⁹ *Duttge* (Fn. 26), § 15 Rn. 175. Die Negation der spezifischen Sorgfaltspflichtverletzung dürfte bei *Duttge* aber darauf zurückzuführen sein, dass er den Schutzzweckzusammenhang schon auf der Ebene der Sorgfaltspflichtverletzung berücksichtigt, vgl. a.a.O. Rn. 183.

⁵⁰ *Duttge* (Fn. 26), § 15 Rn. 175.

⁵¹ *Roxin* (Fn. 28), § 11 Rn. 84 ff.; *Otto* (Fn. 26), § 10 Rn. 27; *Gropp* (Fn. 11), § 12 Rn. 58 ff.; *Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2010, § 15 Rn. 157 ff.; *Krümpelmann*, in: Kaufmann (Hrsg.), Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dez. 1978, 1979, S. 443 (S. 447 ff.), *Otto*, in: *Duttge* (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Ellen Schlüchter, 2002, S. 77 (S. 84); *Schünemann*, GA 1999, 207 (209); aus der Rechtsprechung RGSt 63, 392; a.A. *Frisch*, Das Fahrlässigkeitsdelikt und das Verhalten des Verletzten, 1973, S. 80 ff.

⁵² Beispiele für diese Figur bei *Roxin* (Fn. 28), § 11 Rn. 84 ff. und § 24 Rn. 39 ff.

⁵³ Allgemein zur Bestimmung des Schutzzweckes *Krümpelmann* (Fn. 51), S. 447 ff.

Rechtsgutsverletzungen bezwecken, die beim Autofahren eintreten können. Die Vorschrift kann sinnvollerweise nur die Risiken vermeiden wollen, die auch für den Durchschnittsfahrer vermeidbar sind. Die Vermeidung anderer Risiken, also solcher, die auch für einen Durchschnittsfahrer unvermeidbar gewesen wären, kann die Vorschrift nicht bezwecken. Andernfalls wäre die in der Straßenverkehrsgesetzgebung implizit enthaltene Wertung, dass bestimmte Risiken für andere Verkehrsteilnehmer zugunsten der Mobilität hingenommen werden sollen, demnach also erlaubt sind, konterkariert. Wenn aber § 3 Abs. 1 S. 2 StVO nur gewährleisten will, dass der beeinträchtigte Fahrer nur das leisten können soll, was auch der unbeeinträchtigte Fahrer leisten kann, dann kann der Schutzzweck nicht darauf ausgerichtet sein, auch die Rechtsgutsverletzungen zu vermeiden, die Letzterer nicht vermeiden kann. Die im Gesetz enthaltene Grundwertung muss vielmehr auch bei der Bestimmung des Schutzzweckes des § 3 Abs. 1 S. 2 StVO weiterhin Geltung beanspruchen. Wenn die Vorschrift hingegen wirklich auch die Abwendung sonst erlaubter Risiken bezwecken würde, müsste sie dem beeinträchtigten Fahrer nicht nur auferlegen, seine Geschwindigkeit *anzupassen*, sondern für ihn gleich abweichende Maßstäbe formulieren. Diese Maßstäbe müssten dann darauf ausgerichtet sein, mehr Schäden zu vermeiden, als es ein unbeeinträchtigter Fahrer unter den Normalbedingungen könnte. Dies wäre der Fall, wenn die Vorschrift verlangen würde, dass der in seiner Wahrnehmungs- und Reaktionsfähigkeit beeinträchtigte Fahrer seine Geschwindigkeit so auszurichten hätte, dass er sogar mehr leisten kann als ein Durchschnittsfahrer ohne die Geschwindigkeitsreduktion. Hierfür enthält die Vorschrift jedoch keine Hinweise.

Der Schutzzweck des § 3 Abs. 1 S. 2 StVO ist damit *nur* auf die Vermeidung solcher Schäden begrenzt, die auch unter normalen Bedingungen von einem unbeeinträchtigten Fahrer vermieden werden können. An dessen Leistungsfähigkeit soll sich der betrunkene Fahrer nämlich anpassen. Die hier eingetretenen Rechtsgutsverletzungen unterfallen damit – wie die oben genannten Autoren (mehr oder weniger deutlich) einwenden – nicht dem Schutzzweck der Sorgfaltspflichtverletzung begründenden Norm.

b) Der Schutzzweck des absoluten Verbotes, einen PKW zu führen

Es bleibt letztendlich die Frage, ob das aus § 316 StGB und § 24a StVG abgeleitete Verbot, ab einer bestimmten Menge Blut- bzw. Atemalkohol ein Kraftfahrzeug im Straßenverkehr zu führen (Sorgfaltsverstoß Nr. 2), einen im Vergleich zu § 3 Abs. 1 S. 2 StVO breiteren Schutzzweck aufweist. Dies dürfte zu verneinen sein.⁵⁴ Der im Rahmen der vorherigen Schutzzweckbetrachtung angeführte Gedanke lässt sich insgesamt verallgemeinern. Wenn bestimmte Risiken im Straßenverkehr hingenommen werden sollen, dann können die Verbotsnormen, die bestimmte Personen vom Straßenverkehr ausschließen, weil diese nicht die hinreichende Gewähr dafür bieten, dass sie durch ihre Fahrweise nur die allgemein hingenommenen Risiken erzeugen, nur dazu dienen, solche Rechts-

gutsverletzungen zu vermeiden, die unter regulären Umständen auch vermeidbar sind. Das Führen von Kraftfahrzeugen ist diesem Personenkreis nämlich nicht deshalb untersagt, weil sie Risiken erzeugen, die sonst hingenommen werden, sondern weil ihre Fahruntüchtigkeit erhöhte Risiken mit sich bringt.⁵⁵ Es sind also die im Vergleich zum Normalfall erhöhten Risiken, die das Verbot rechtfertigen.

Hierauf muss sich dann aber auch der Schutzzweck beschränken. Dieser liegt darin, das Auftreten solcher Rechtsgutsverletzungen zu vermeiden, die über das erlaubte Ausmaß hinausgehen; mithin die, die ein durchschnittlicher Fahrer hätte vermeiden können.

Beschränkt sich der Schutzzweck des absoluten Teilnahmeverbotes demnach auf die Vermeidung der unter normalen Bedingungen vermeidbaren Rechtsgutsverletzungen, ist auch der Schutzzweckzusammenhang zwischen der Pflichtverletzung aus Nr. 2 und dem Erfolg zu negieren.

IV. Fazit

Die an der Rechtsprechung geübte Kritik der Literatur vermochte nur partiell zu überzeugen. Die im Rahmen der Pflichtwidrigkeitsbetrachtung präferierte Substitution des fahruntüchtigen durch einen nüchternen Fahrer überzeugt jedoch nicht. Entscheidend bleibt, welches Fehlverhalten zum Ausgangspunkt für die Fahrlässigkeitsstrafbarkeit gemacht worden ist. Lediglich dieses Fehlverhalten ist durch das rechtmäßige Alternativverhalten zu ersetzen. Dennoch ist im Ergebnis der Literatur zuzustimmen. Der 4. Strafsenat hat erneut übersehen, dass der im konkreten Fall eingetretene Erfolg außerhalb des Schutzzweckes der von ihm zur Begründung der Sorgfaltspflichtverletzung herangezogenen Norm (§ 3 Abs. 1 S. 2 StVO) liegt.

⁵⁴ So wohl auch *Duttge* (Fn. 26), § 15 Rn. 175.

⁵⁵ Für den Fall, dass ein unvermeidbarer Unfall durch eine Person ohne Fahrerlaubnis verursacht wird vgl. *Roxin*, in: *Lackner* (Hrsg.), *Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag* am 22. Juli 1973, 1973, S. 241 (S. 242); *Krümpelmann* (Fn. 51), S. 447.

Vollstreckungsschutz nach § 712 ZPO und einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung nach § 719 ZPO

Von Wiss. Mitarbeiter **Martin Wintermeier**, stud. jur. **Nathalie Langbehn**, München

Zweifelsfrei beinhaltet das Zwangsvollstreckungsrecht einige schwer zu überblickende Regelungsbereiche. Während der Zivilprozessordnung im Studium noch eine eher geringe Bedeutung zukommt, kann eine eingehende Beschäftigung, auch mit dem Zwangsvollstreckungsrecht, im Referendariat nicht ausbleiben. Im Hinblick auf eine spätere anwaltliche Tätigkeit ist dies jedenfalls geboten. Dennoch fällt im Dialog mit jungen, aber auch mit erfahrenen Praktikern auf, dass gerade die vermeintlich einfachen Bereiche des Zwangsvollstreckungsrechts oftmals nachlässig behandelt werden. So scheint vermehrt die genaue Differenzierung zwischen dem Begriff „Vollstreckungsschutz“ und „einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung“ im Sinne der §§ 712, 719 ZPO Probleme zu bereiten. Dieses Phänomen führt dann nicht selten zu unangenehmen Haftungsfällen. Bei dem Studium zwangsvollstreckungsrechtlicher Literatur fällt auf, dass kaum eine übersichtliche Darstellung der Unterschiede, Gemeinsamkeiten und vor allem Abhängigkeiten zwischen dem Vollstreckungsschutz nach § 712 ZPO und der einstweiligen Einstellung der Zwangsvollstreckung nach § 719 ZPO existiert. Der nachfolgende Beitrag versucht diese Lücke zu schließen, indem er in komprimierter Form die wichtigsten Punkte abhandelt.

I. Allgemeines

Zunächst gilt es sich bewusst zu machen, was mit den oben genannten Anträgen bewirkt werden soll. Gemeinsam ist beiden, dass Sie die Möglichkeit der Zwangsvollstreckung verhindern oder zumindest (begrenzt) behindern sollen.¹ Beide Anträge richten sich gegen die Zwangsvollstreckung aus vorläufig vollstreckbaren Urteilen.² Bereits der mögliche Zeitpunkt der Antragstellung ist aber ein wesentlicher Unterschied zwischen dem Antrag nach § 712 ZPO und dem nach § 719 ZPO. Der Antrag gem. § 712 Abs. 1 S. 1, 1. Hs. ZPO wird dabei in der ersten oder der Berufungsinstanz gestellt, um für das in der jeweiligen Instanz zu erlassende vorläufig vollstreckbare Urteil Vollstreckungsschutz zu erlangen.³ Die Anträge nach § 719 Abs. 1 und 2 ZPO hingegen richten sich

gegen bereits existierende vorläufig vollstreckbare Urteile.⁴ Wichtig wird diese Unterscheidung vor allem bei der Versäumnis der Antragstellung gem. § 712 ZPO in erster oder zweiter Instanz. Diese kann nämlich dazu führen, dass Anträge nach § 719 ZPO unzulässig sind, was zur Anwaltshaftung in voller Höhe des Vollstreckungsschadens führen kann.

II. Antrag auf Vollstreckungsschutz gemäß § 712 Abs. 1 ZPO

1. Anwendungsbereich

Der Antrag auf Vollstreckungsschutz gem. § 712 Abs. 1 S. 1, 1. Hs. ZPO kann nur in erster oder in der Berufungsinstanz gestellt werden. Dieser hat zum Ziel, dass der Gläubiger die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung abwenden kann, vgl. § 712 Abs. 1 S. 1, 1. Hs. ZPO. Sollte der Schuldner tatsächlich nicht in der Lage sein Sicherheit zu leisten, so gewährt ihm § 712 Abs. 1 S. 2 ZPO dennoch Vollstreckungsschutz, sofern die sonstigen Voraussetzungen erfüllt sind. Ist der Antrag zulässig und begründet, so wird diesem in der Urteilsformel stattgegeben.⁵

2. Voraussetzungen

a) Formelle Voraussetzungen

Zunächst muss ein Antrag des Schuldners vorliegen. Dieser kann in allen Verfahren gestellt werden, bei welchen das zu erwartende Urteil gem. §§ 708, 709 ZPO für vorläufig vollstreckbar zu erklären ist.⁶ Der Schuldner hat den Antrag gem. § 712 Abs. 1 S. 1, 1. Hs. ZPO unter den (zeitlichen) Voraussetzungen des § 714 Abs. 1 ZPO bis zum Schluss der letzten mündlichen Verhandlung zu stellen. Die tatsächlichen Voraussetzungen sind dabei glaubhaft zu machen, § 714 Abs. 2 ZPO. Ob die versäumte Antragsstellung gemäß § 712 Abs. 1 S. 1 ZPO in der Berufungsinstanz mit Wirkung für das erstinstanzliche Urteil nachgeholt werden kann ist umstritten.⁷ Die Möglichkeit einer einstweiligen Anordnung im Sinne der §§ 707, 719 Abs. 1 ZPO verdrängt grundsätzlich nicht die Möglichkeit des Vollstreckungsschutzantrags nach § 712 Abs. 1 S. 1, 1. Hs. ZPO.⁸

b) Materielle Voraussetzungen

Materiell ist vorausgesetzt, dass die Vollstreckung dem Schuldner einen nicht zu ersetzenden Nachteil bringt (§ 712 Abs. 1 S. 1, 1. Hs. ZPO) und kein überwiegendes Interesse

¹ Vgl. zu den jeweiligen Wirkungen, *Kroppenberg*, in: Prütting/Gehrlein/Kroppenberg, Kommentar zur ZPO, 4. Aufl. 2012, § 712 Rn. 1 f.; *Seiler*, in: Thomas/Putzo, Kommentar zur ZPO, 34. Aufl. 2013, § 712 Rn. 12 ff.; *Giers*, in: Kindl u.a., Zwangsvollstreckung Handkommentar, 2. Aufl. 2013, § 719 Rn. 1; *Schuschke*, in: Schuschke/Walker, Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz Kommentar, 5. Aufl. 2011, § 719 Rn. 1.

² *Giers* (Fn. 1), § 712 Rn. 2; *Ulrici*, in: Beck'scher Online-Kommentar zur ZPO, Ed. 10, Stand: 15.7.2013, § 712 Rn. 1; *Kroppenberg* (Fn. 1), § 719 Rn. 1 f.

³ *Hartmann*, in: Baumbach u.a., Kommentar zur ZPO, 72. Aufl. 2014, § 712 Rn. 5.

⁴ *Ulrici* (Fn. 2), § 719 Rn. 2; vgl. *Schuschke* (Fn. 1), § 719 Rn. 1 und 9.

⁵ *Kroppenberg* (Fn. 1), § 712 Rn. 5; *Seiler* (Fn. 1), § 712 Rn. 6.

⁶ *Seiler* (Fn. 1), § 712 Rn. 1.

⁷ Dagegen insbesondere und ausführlich OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 5.11.2008 – 4 U 208/8; m.w.N. *Seiler* (Fn. 1), § 714 Rn. 5; *Kroppenberg* (Fn. 1), § 712 Rn. 2.

⁸ BGH NJW-RR 2008, 1038 (1039).

des Gläubigers entgegensteht (§ 712 Abs. 2 S. 1 ZPO). Außerdem muss das zu erlassende Urteil rechtsmittelfähig sein, da eine Anordnung nach § 712 ZPO sonst nicht ergehen kann, vgl. § 713 ZPO.

Die Voraussetzungen in Bezug auf den nicht zu ersetzenden Nachteil sind dieselben wie bei § 719 Abs. 2 ZPO (vgl. insoweit auch unter III. 3.). Ein nicht zu ersetzender Nachteil liegt nur dann vor, wenn der durch die Vollstreckung eintretende Schaden nachträglich nicht mehr wiedergutmacht werden kann. Das ist im Allgemeinen der Fall, wenn die Vollstreckung die wirtschaftliche Existenz des Schuldners zerstören würde.⁹ In diesem Fall muss die Interessensabwägung grundsätzlich zugunsten des Schuldners ausfallen.

Das Gericht nimmt die beiderseitige Interessensabwägung von Amts wegen vor. Ausgehend von Sinn und Zweck der Vorschriften und der rechtlichen Situation (Gläubiger hält vorläufig vollstreckbaren Titel in Händen) überwiegt im Zweifel das Gläubigerinteresse.¹⁰ Dennoch hat der Gläubiger im Falle der Stellung des Vollstreckungsschutzantrages durch den Schuldner sein überwiegendes Interesse geltend zu machen, wenn die Voraussetzung des Antrages nach § 712 ZPO vorliegen.¹¹

Das allgemeine Vollstreckungsinteresse des Gläubigers ist dafür grundsätzlich ungenügend und rechtfertigt die Ablehnung des Schutzantrags nicht.¹² Allerdings überwiegt das Gläubigerinteresse bereits dann, wenn die Nachteile der Vollstreckung für den Schuldner nicht größer sind als die Nachteile für den Gläubiger bei Verzögerung der Vollstreckung.¹³

3. Mögliche Rechtsfolgen

Hat der Schuldner erfolgreich glaubhaft gemacht, dass die Vollstreckung für ihn zu einem nicht abwendbaren Nachteil führt, kann das Gericht dem Schuldner die Abwendung der Vollstreckung durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung gestatten (§ 712 Abs. 1 S. 1, 1. Hs. ZPO). Ausnahmsweise muss der Schuldner keine Sicherheit leisten, wenn er im Sinne des § 712 Abs. 1 S. 2 ZPO dazu nicht in der Lage ist. Dies ist der Fall bei nachgewiesener Vermögenslosigkeit und Kreditunfähigkeit.¹⁴ Dass eine Sicherheitsleistung oder Hinterlegung für den Schuldner mit erheblichen Nachteilen verbunden ist, genügt nicht.¹⁵ Wenn der Schuldner danach tatsächlich nicht in der Lage ist, Sicherheit zu leisten, kann das Gericht die vorläufige Vollstreckbarkeit insgesamt ausschließen oder auf eine Sicherungsvollstreckung gem. § 720a Abs. 1 und 2 ZPO beschränken, vgl. § 712 Abs. 1 S. 2 ZPO. Im Rahmen der Sicherungsvollstreckung nach § 720a ZPO ist

es dem Gläubiger möglich, die Vollstreckung ohne Sicherheitsleistung zu betreiben; jedoch beschränkt sich die Zwangsvollstreckung hierbei auf Maßnahmen mit Beschlagnahmecharakter bzw. auf solche, die der Sicherung oder Rangwahrung, nicht aber der Befriedigung dienen.¹⁶ Das Gericht übt sein dahingehendes Ermessen unter Abwägung von Schuldner- und Gläubigerinteressen aus.¹⁷ Für Fälle des § 708 ZPO kann das Gericht anordnen, dass das Urteil (trotzdem) nur gegen Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar ist, § 712 Abs. 2 S. 2 ZPO. Dem Antrag des Schuldners ist aber jedenfalls dann nicht zu entsprechen, wenn dagegen ein überwiegendes Gläubigerinteresse steht, vgl. § 712 Abs. 2 ZPO.

III. Anträge auf einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung gem. § 719 ZPO

Mit den Anträgen auf einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung kann das Ziel verfolgt werden, die Zwangsvollstreckung aus einem bereits bestehenden vorläufig vollstreckbaren Urteil zu verhindern. Das Gericht entscheidet per Beschluss über diese Anträge.¹⁸

1. Allgemeines & Anwendungsbereiche

Der Antrag nach § 719 Abs. 1 S. 1 ZPO betrifft die Einstellung der Zwangsvollstreckung aus vorläufig vollstreckbaren Urteilen, gegen welche Einspruch oder Berufung eingelegt wurde.¹⁹ Das Berufungsgericht stellt bei Erfolg des Antrags die Zwangsvollstreckung entsprechend § 707 ZPO einstweilen ein bzw. beschränkt diese.²⁰ Handelt es sich bei dem vorläufig vollstreckbaren Urteil um ein Versäumnisurteil, werden die möglichen Einstellungsmodalitäten des § 707 ZPO beschränkt, § 719 Abs. 1 S. 2 ZPO.²¹ Der Antrag nach § 719 Abs. 2 ZPO normiert für die Revisionsinstanz strengere Voraussetzungen für eine einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung. Dies lässt sich nach Sinn und Zweck der Anträge nach § 719 ZPO damit rechtfertigen, dass bereits zwei Instanzen über den Prozessstoff entschieden haben.²²

2. Antrag gem. § 719 Abs. 1 S. 1 ZPO in Verbindung mit § 707 Abs. 1 S. 1 ZPO

a) Voraussetzungen

aa) Formelle Voraussetzungen

Damit ein Antrag auf einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung gem. § 719 Abs. 1 S. 1 ZPO in Verbindung mit § 707 Abs. 1 S. 1 ZPO gestellt werden kann, muss gemäß § 719 Abs. 1 S. 1 ZPO (gleichzeitig) Berufung gegen das vorläufig vollstreckbare Urteil eingelegt sein. Ein Rechts-

⁹ Götz, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 4. Aufl. 2012, § 707 Rn. 17; Kroppenberg (Fn. 1), § 712 Rn. 3.

¹⁰ Vgl. Kroppenberg (Fn. 1), § 712 Rn. 1; Giers (Fn. 1), § 712 Rn. 4.

¹¹ Vgl. Lackmann, in: Musielak, Kommentar zur ZPO, 10. Aufl. 2013, § 712 Rn. 2.

¹² Giers (Fn. 1), § 712 Rn. 4; Kroppenberg (Fn. 1), § 712 Rn. 4.

¹³ Schuschke (Fn. 1), § 712 Rn. 4.

¹⁴ Giers (Fn. 1), § 712 Rn. 9; Seiler (Fn. 1), § 712 Rn. 8.

¹⁵ vgl. Götz (Fn. 9), § 712 Rn. 5.

¹⁶ Kroppenberg (Fn. 1), § 720a Rn. 1; Seiler (Fn. 1), § 720a Rn. 1; Kindl, in: Saenger, Handkommentar zur ZPO, 5. Aufl. 2013, § 720a Rn. 1.

¹⁷ Götz (Fn. 9), § 712 Rn. 5.

¹⁸ Kroppenberg (Fn. 1), § 719 Rn. 1 f.; Giers (Fn. 1), § 719 Rn. 3.

¹⁹ Giers (Fn. 1), § 719 Rn. 2.

²⁰ Schuschke (Fn. 1), § 719 Rn. 1.

²¹ Kroppenberg (Fn. 1), § 719 Rn. 1.

²² Schuschke (Fn. 1), § 719 Rn. 9.

schutzbedürfnis für den Antrag besteht mit Vorliegen eines vorläufig vollstreckbaren Titels²³ bzw. ab Erteilung der Klausel²⁴ und endet mit Beendigung der Zwangsvollstreckung.²⁵ Ob das Urteil mit oder ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar ist, spielt dabei keine Rolle.²⁶ Der Antrag ist – unter Beachtung des § 78 ZPO – schriftlich, zu Protokoll oder in der mündlichen Verhandlung zu stellen.²⁷ Zudem muss er auf eine bestimmte Anordnung gerichtet sein.²⁸ Bereits bei dem Antrag nach § 719 Abs. 1 ZPO folgt die Rechtsprechung teilweise der Ansicht, dass das Unterlassen der (begründbaren) Antragstellung gemäß § 712 Abs. 1 S. 1, 1. Hs. ZPO zur Unzulässigkeit des Antrags führt.²⁹ Dem stehen jedoch gewichtige Literaturstimmen entgegen.³⁰ Bei wertungsmäßiger Betrachtung ist hier dem Großteil der Literatur zu folgen. Die Abhängigkeit des Antrages nach § 719 Abs. 1 ZPO von einem erstinstanzlichen Antrag nach § 712 Abs. 1 S. 1, 1. Hs. ZPO würde den potenziellen Vollstreckungsschuldner zu sehr beeinflussen. Schließlich ist in Bezug auf das erstinstanzliche Urteil eine Aufhebung desselben noch ohne weiteres möglich.³¹ Der Prozessstoff wurde unter Umständen noch nicht hinreichend behandelt und möglicherweise falsch beurteilt. Würde man der anderen Ansicht folgen, so könnte man das diesbezüglich als eine gewisse Relativierung der nachfolgenden Instanzen ansehen. Im Ergebnis ist ein Haftungsrisiko an dieser Stelle, gegen Teile der Rechtsprechung, grundsätzlich auszuschließen.

bb) Materielle Voraussetzungen

In materieller Hinsicht sind in entsprechender Anwendung die Voraussetzungen des § 707 ZPO zu beachten, vgl. § 719 Abs. 1 S. 1 ZPO. Da das Gericht eine Abwägung der Interessen des Schuldners und Gläubigers vornimmt, ist das Überwiegen der Schuldnerinteressen zu begründen.³² Dazu muss die Berufung bei summarischer Prüfung Aussicht auf Erfolg versprechen,³³ wobei die Erfolgsaussichten nicht überwiegen müssen.³⁴ Eine Einstellung ohne Vortrag zu den Erfolgsaussichten kommt nicht in Betracht, da diese zwingend zu prüfen

sind.³⁵ Weiter müssen wirtschaftliche Faktoren dargelegt werden, welche eine Einstellung rechtfertigen.³⁶ Das müssen solche Faktoren sein, für deren Ausgleich eine mögliche Sicherheitsleistung nicht ausreicht.³⁷ Hier ist außerdem zu beachten, dass der Schuldner möglicherweise noch durch die §§ 709-714 ZPO geschützt ist. In diesem Fall ist das Überwiegen der Schuldnerinteressen tendenziell nicht anzunehmen.³⁸ Das Schuldnerinteresse überwiegt in diesen Fällen nur ausnahmsweise.³⁹

b) Mögliche Rechtsfolgen

Die Wirkung eines auf den Antrag hin positiv erlassenen Beschlusses lässt nicht etwa die vorläufige Vollstreckbarkeit des Urteils entfallen, sondern schiebt diese bis zur Erledigung des Einstellungsbeschlusses hinaus.⁴⁰ Die konkrete Wirkung des Einstellungsbeschlusses richtet sich nach den in § 707 Abs. 1 ZPO vorgegebenen Möglichkeiten. Der Beschluss kann also eine einstweilige Einstellung gegen oder ohne Sicherheitsleistung, eine Vollstreckung nur gegen Sicherheitsleistung oder eine Aufhebung von Vollstreckungsmaßnahmen beinhalten.⁴¹

2. Modifikation gem. § 719 Abs. 1 S. 2 ZPO bei Versäumnisurteil

Die Vorschrift des § 719 Abs. 1 S. 2, 1. Hs. ZPO enthält eine modifizierende Regelung für die Art und Weise der Vollstreckungseinstellung bei Vorliegen eines Versäumnisurteils. Die Einstellung erfolgt hiernach grundsätzlich nur gegen Sicherheitsleistung. Das erscheint nach Sinn und Zweck des Antrages nach § 719 Abs. 1 ZPO auch sinnvoll. Der Schuldner ist aufgrund seiner eigenen Säumnis offensichtlich weniger schutzwürdig.⁴² Im Übrigen ist über den Antrag unter den Voraussetzungen der §§ 719 Abs. 1 S. 1 ZPO in Verbindung mit § 707 ZPO zu entscheiden.⁴³ Die Rückausnahme zu § 719 Abs. 1 S. 2, 1. Hs. ZPO ist in Hs. 2 geregelt. Danach entfällt die Schutzwürdigkeit des Schuldners nicht, wenn das Versäumnisurteil nicht in gesetzlicher Weise erging oder der Schuldner glaubhaft macht, dass seine Säumnis unverschuldet ist.⁴⁴ Umstritten ist dabei, ob in den Fällen des § 719 Abs. 1 S. 2, 2. Hs. ZPO ohne Sicherheitsleistung eingestellt

²³ Götz (Fn. 9), § 707 Rn. 9.

²⁴ Vgl. Seiler (Fn. 1), § 707 Rn. 7.

²⁵ Seiler (Fn. 1), § 707 Rn. 7.

²⁶ Seiler (Fn. 1), § 707 Rn. 3.

²⁷ Lackmann (Fn. 11), § 707 Rn. 4.

²⁸ Seiler (Fn. 1), § 707 Rn. 6.

²⁹ So OLG Frankfurt NJW 1984, 2955; OLG Frankfurt NJW-RR 1986, 486 (487); a.A. z.B. OLG Düsseldorf NJW-RR 1987, 702.

³⁰ Kroppenberg (Fn. 1), § 719 Rn. 4; Seiler (Fn. 1), § 719 Rn. 3; dem entsprechend, aber mit zahlreichen Nachweisen der a.A. aus der Rechtsprechung, vgl. Götz (Fn. 9), § 719 Rn. 6.

³¹ Anders aber, wenn der Prozessstoff bereits von zwei Instanzen beurteilt wurde.

³² Vgl. Lackmann (Fn. 11), § 707 Rn. 6.

³³ Vgl. etwa BGH NJW-RR 2002, 1090; OLG Bremen MDR 2008, 1065.

³⁴ Lackmann (Fn. 11), § 707 Rn. 7 m.w.N.

³⁵ OLG Bremen MDR 2008, 1065 (1066).

³⁶ Vgl. Götz (Fn. 9), § 707 Rn. 13; vgl. OLG Frankfurt NJW 1976, 2137 (2138).

³⁷ Götz (Fn. 9), § 707 Rn. 13.

³⁸ Vgl. Götz (Fn. 9), § 707 Rn. 11; Lackmann (Fn. 4), § 707 Rn. 7.

³⁹ Vgl. Götz (Fn. 9), § 707 Rn. 11.

⁴⁰ Seiler (Fn. 1), § 719 Rn. 4.

⁴¹ Seiler (Fn. 1), § 707 Rn. 10 ff.

⁴² So auch Ulrici (Fn. 2), § 719 Rn. 10 f.

⁴³ Kroppenberg (Fn. 1), § 719 Rn. 5; Ulrici (Fn. 2), § 719 Rn. 10.

⁴⁴ Ulrici (Fn. 2), § 719 Rn. 11.

werden muss⁴⁵ oder ob zusätzlich die Voraussetzungen des § 707 Abs. 1 S. 2 ZPO vorliegen müssen.⁴⁶

3. Antrag gem. § 719 Abs. 2 ZPO

a) Voraussetzungen

aa) Formelle Voraussetzungen

Der Antrag gem. § 719 Abs. 2 ZPO zielt auf die einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung aus dem vorläufig vollstreckbaren Berufungsurteil. Der Antrag kann nur von einem beim BGH zugelassenen Anwalt gestellt werden. Damit der Antrag zulässig ist, muss eine nicht offensichtlich aussichtslose Revision oder Nichtzulassungsbeschwerde eingelegt sein.⁴⁷ Insoweit läuft der Antrag dem nach § 719 Abs. 1 ZPO in Verbindung mit § 707 ZPO – mit dem Unterschied des eingelegten Rechtsmittels – gleich.

Weiterhin erfordert ein erfolgreicher Antrag gemäß § 719 Abs. 2 ZPO, dass zuvor in der Berufungsinstanz ein Schutzantrag des Schuldners nach § 712 Abs. 1 S. 1, 1. Hs. ZPO gestellt wurde, um die Nachteile aus der Vollstreckung des vorläufig vollstreckbaren Berufungsurteils abzuwenden.⁴⁸ Die Voraussetzungen des Antrags nach § 712 Abs. 1 S. 1, 1. Hs. ZPO sind dieselben wie bei § 719 Abs. 2 ZPO. Allerdings ist der Antrag des § 712 Abs. 1 S. 1 ZPO durch § 714 ZPO zeitlich begrenzt. Beachtlich ist, dass diese Begrenzung ins Leere ginge, wenn der Schuldner mit der Stellung des Antrages nach § 719 Abs. 2 ZPO dasselbe Ergebnis erreichen könnte. Der Antrag nach § 712 Abs. 1 S. 1, 1. Hs. ZPO soll daher vorrangig sein, wenn er möglich und zumutbar ist.⁴⁹ Die Voraussetzung ist danach grundsätzlich anzuerkennen. Im Ergebnis kann die Versäumnis zu einem Haftungsfall führen.

Das kann aber nur dann gelten, wenn der Antrag nach § 712 Abs. 1 S. 1, 1. Hs. ZPO in der Berufungsinstanz begründet gestellt werden konnte, der Schuldner also die Voraussetzungen darlegen und gemäß § 714 Abs. 2 ZPO glaubhaft machen konnte. Gleiches muss gelten, wenn der Schutzantrag nach § 712 Abs. 1 S. 1, 1. Hs. ZPO gestellt wurde und mangels entsprechender Glaubhaftmachung zurückgewiesen wurde, obwohl diese möglich gewesen wäre. Danach ist ein Antrag gem. § 719 Abs. 2 ZPO ohne vorherigen Antrag gemäß § 712 Abs. 1 S. 1, 1. Hs. ZPO in der Berufungsinstanz jedenfalls dann möglich, wenn der Antrag nach § 719 Abs. 2 ZPO auf neue Gründe gestützt wird, welche in der Beru-

fungsinstanz nicht vorgebracht werden konnten.⁵⁰ Anders gesagt darf der Antrag nach § 719 Abs. 2 ZPO – unabhängig von der Erfüllung der sonstigen Voraussetzungen – nicht wegen Nichtstellung eines Antrages nach § 712 Abs. 1 S. 1, 1. Hs. ZPO abgelehnt werden, soweit dieser gar nicht mit Erfolg hätte gestellt werden können.

Hiernach darf eine in der Praxis häufig zu pauschal erscheinende Ablehnung des Antrags nach § 719 Abs. 2 ZPO durch das Revisionsgericht nicht hingenommen werden. Wurde der Antrag nach § 712 Abs. 1 S. 1, 1. Hs. ZPO nicht gestellt, weil er aussichtslos war, sind die übrigen Voraussetzungen des Antrags nach § 719 Abs. 2 ZPO zu prüfen. Weiter ist das Szenario denkbar, dass das Gericht einen unklar bezeichneten Antrag nach § 712 Abs. 1 S. 1, 1. Hs. ZPO übergeht. In diesem Fall kann die Einstellung der Zwangsvollstreckung nach § 719 Abs. 2 ZPO verweigert werden, wenn es der Schuldner versäumt hat, die Ergänzung einer nicht vollständigen Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit nach §§ 716, 321 ZPO zu beantragen.⁵¹

Auch in diesem Fall ist also Vorsicht geboten, um nicht in eine Haftungsfalle zu laufen.

bb) Materielle Voraussetzungen

Materiell verlangt § 719 Abs. 2 ZPO das Bestehen einer positiven Erfolgsaussicht der Revision oder der Nichtzulassungsbeschwerde.⁵² Es bedarf zudem der Glaubhaftmachung (§ 719 Abs. 2 S. 2 ZPO), dass es dem Schuldner einen nicht zu ersetzenden Nachteil bringen würde, wenn der Gläubiger die Zwangsvollstreckung betreibt und dass nicht ein überwiegendes Interesse des Gläubigers entgegensteht. Für diese Voraussetzungen gelten dieselben Maßstäbe wie bei einem Antrag nach § 712 Abs. 1 S. 1, 1. Hs. ZPO (vgl. dazu bereits unter I.).

Ein nicht zu ersetzender Nachteil liegt auch hier nur vor, wenn der durch die Vollstreckung eintretende Schaden nachträglich nicht mehr wiedergutmacht werden kann. Im Allgemeinen ist das der Fall, wenn die Vollstreckung die wirtschaftliche Existenz des Schuldners zerstören würde (dazu schon oben).⁵³ Sollte das der Fall sein, so muss auch hier die Interessensabwägung zugunsten des Schuldners ausfallen. Insgesamt ist die Einstellung gem. § 719 Abs. 2 ZPO jedoch ein seltener Ausnahmefall.⁵⁴

b) Mögliche Rechtsfolgen

Liegen die Voraussetzungen des § 719 Abs. 2 S. 1 ZPO vor, so ist die Zwangsvollstreckung einstweilen mit Sicherheits-

⁴⁵ So OLG Stuttgart NJW-RR 2003, 713 (714 f.); ebenso OLG Celle NJW-RR 2000, 1017; vgl. dazu *Lackmann* (Fn. 11), § 719 Rn. 6; vgl. auch *Seiler* (Fn. 1), § 719 Rn. 5; vgl. auch *Herget*, in: Zöller, Kommentar zur ZPO, 30. Aufl. 2014, § 719 Rn. 2.

⁴⁶ So *Ulrici* (Fn. 2), § 719 Rn. 12.1; zur Verfassungsmäßigkeit BVerfG NJW-RR 2004, 934; differenzierend *Götz* (Fn. 9), § 719 Rn. 7 ff.

⁴⁷ *Seiler* (Fn. 1), § 719 Rn. 8.

⁴⁸ Vgl. BGH NJW 1983, 455 (456); BGH NJW 1996, 1970; BGH NJW 1996, 2103; BGH NJW-RR 2000, 746; *Kroppenberg* (Fn. 1), § 719 Rn. 8.

⁴⁹ Vgl. *Götz* (Fn. 9), § 719 Rn. 13.

⁵⁰ Vgl. zu *Götz* (Fn. 9), § 719 Rn. 13.

⁵¹ BGH, Beschl. v. 16.7.2013 – VIII ZR 34/13; m.w.N. BGH, Beschl. v. 24.3.2003 – IX ZR 243/02; BGH NJW-RR 2000, 746; a.A. *Seiler* (Fn. 1), § 719 Rn. 9; *Ulrici* (Fn. 2), § 719 Rn. 17.

⁵² BGH, Beschl. v. 22.10.2013 – VIII ZR 214/13; m.w.N. *Götz* (Fn. 9), § 719 Rn. 11.

⁵³ Vgl. etwa BGH NJW 1955, 1635; zu alledem *Götz* (Fn. 9), § 707 Rn. 17.

⁵⁴ *Götz* (Fn. 9), § 719 Rn. 12; *Kindl* (Fn. 16), § 719 Rn. 5.

leistung einzustellen.⁵⁵ Da § 719 Abs. 2 ZPO das „Ob“ der Einstellung regelt, nicht aber das „Wie“ gilt hier, ebenso wie für § 719 Abs. 1 ZPO, die Verweisung auf die Voraussetzungen des § 707 ZPO. Danach ist die Einstellung ohne Sicherheitsleistung nur ausnahmsweise möglich.⁵⁶ Die einstweilige Einstellung darf jedoch nicht weitergehend sein als zum Schutze des Schuldners erforderlich und ist ausgeschlossen wenn andere Maßnahmen zur Verfügung stehen, die nicht allein den Gläubiger belasten.⁵⁷ Die Einstellung kann nämlich auf bestimmte Vollstreckungsmaßnahmen, auf einzelne Gegenstände oder auf Teile des Titels beschränkt werden.⁵⁸ Der Schuldner wird in diesen Fällen nur bzgl. derjenigen Vermögenswerte von der Zwangsvollstreckung befreit, von denen ihm durch die Vollstreckung ein nicht zu ersetzender Schaden droht.⁵⁹

IV. Zusammenfassung

Abschließend lässt sich die genaue Unterscheidung der dargestellten Anträge anmahnen. Allzu schnell kann man durch die begriffliche Vermischung von Vollstreckungsschutz und einstweiliger Einstellung der Zwangsvollstreckung Gefahr laufen, einem Antragsversäumnis zu unterliegen. Es sollte zur Vermeidung von Haftungsrisiken demnach in jeder Instanz sorgfältig geprüft werden, ob mögliche Anträge auf Vollstreckungsschutz oder einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung zu stellen sind. Dabei muss aber auch klar sein, dass es keinen Sinn macht, Anträge auf Vollstreckungsschutz zu stellen, die offensichtlich nicht erfolgreich wären. Denn eine aussichtslose Antragstellung im Sinne des § 712 ZPO, kann nicht mehr als Voraussetzung eines erfolgreichen Antrags auf einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung in der Revision gefordert werden.

⁵⁵ BGH NJW 2010, 1081 (1082); m.w.N. *Götz* (Fn. 9), § 719 Rn. 15; a.A. *Lackmann* (Fn. 11), § 719 Rn. 6.

⁵⁶ *Götz* (Fn. 9), § 719 Rn. 15; BGH NJW 2010, 1081 (1082).

⁵⁷ *Schuschke* (Fn. 1), § 719 Rn. 18.

⁵⁸ Vgl. etwa BGH NJW 1955, 1635; m.w.N. *Götz* (Fn. 9), § 719 Rn. 15.

⁵⁹ *Schuschke* (Fn. 1), § 719 Rn. 7.

Der ärztliche Abrechnungsbetrug

Von Wiss. Mitarbeiter **Sebastian Braun**, Leipzig*

Spätestens seit dem Beschluss des BGH zum Abrechnungsbetrug des privatliquidierenden Arztes vom 25.1.2012¹ und den darauf folgenden zahlreichen Reaktionen im Schrifttum ist zu erwarten, dass diese Materie auch in Examensklausuren und insbesondere im Schwerpunktbereich Strafrecht oder Medizin- und Gesundheitsrecht abgeprüft wird. Der vorliegende Beitrag stellt daher die Grundlagen des ärztlichen Abrechnungsbetruges dar und geht dabei auf vier wesentliche Fallgestaltungen ein. In diesem Rahmen wird berücksichtigt, was als Pflichtfachstoff und was bereits als medizinstrafrechtliches und sozialrechtliches Spezialwissen zu erachten ist. Allerdings wird die Kenntnis von der Struktur des § 263 StGB bei der Darstellung vorausgesetzt.

I. Einordnung und Begriffsklärungen

Die Behandlung des ärztlichen Abrechnungsbetruges richtet sich wie gewohnt nach § 263 StGB. Eine Strafbarkeit kommt daher nur in Betracht, wenn der objektive und subjektive Tatbestand des § 263 StGB verwirklicht ist. Dies bedeutet, dass objektiv die Merkmale Täuschung, Irrtum, Vermögensverfügung und Vermögensschaden verwirklicht sein müssen. Subjektiv ist neben dem Vorsatz (vgl. § 15 StGB) die Bereicherungsabsicht notwendig, da es sich bei § 263 StGB um einen Tatbestand mit überschießender Innentendenz handelt. Daran lässt sich bereits erkennen, dass sich der Student nicht von Besonderheiten des Medizinstrafrechts verwirren lassen muss, da man mit dem üblichen Handwerkszeug in Verbindung mit etwas Spezialwissen die Probleme des § 263 StGB im Rahmen einer Arztstrafrechtsklausur in den Griff bekommen kann. Allerdings können insbesondere die objektiven Tatbestandsmerkmale je nach Fallgruppe eine gesonderte Ausprägung erfahren, wie im Folgenden dargestellt werden soll. Die Relevanz für Ausbildung und Wissenschaft lässt sich ferner auch daran erkennen, dass nunmehr alle gängigen Kommentare und Lehrbücher Passagen zu dieser Materie aufgenommen haben² und bereits einschlägige Monographien und Aufsätze existieren.³

* Der Autor ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Deutsches und Internationales Wirtschaftsrecht an der Universität Leipzig bei Prof. Dr. Reinhard Welter und Doktorand am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Kriminologie, Jugendstrafrecht und Strafvollzugsrecht von Prof. Dr. Hendrik Schneider, Universität Leipzig.

¹ BGH NJW 2012, 1377.

² Beispielfhaft *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 36. Aufl. 2013, Rn. 580; *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 61. Aufl. 2014, § 263 Rn. 36, 60, 109a; *Kraatz*, Arztstrafrecht, 2013, § 11 Rn. 267 f.

³ Beispielfhaft seien genannt *Luig*, Vertragsärztlicher Abrechnungsbetrug und Schadensbestimmung, 2009; *Freitag*, Ärztlicher und zahnärztlicher Abrechnungsbetrug im deutschen Gesundheitswesen, 2009; *Schneider*, in: *Wienke/Janke/Kramer* (Hrsg.), *Der Arzt im Wirtschaftsstrafrecht*, 2011, S. 57; *Sal-*

Unter dem Begriff des ärztlichen Abrechnungsbetruges sind Manipulationsvorgänge bei der Abrechnung privat- oder vertragsärztlicher Leistungen zu verstehen.⁴ Als Anknüpfungspunkt für eine Strafbarkeit kommt dann in Betracht, dass der Arzt mittels seiner (Ab-)Rechnung Geld einfordert, obwohl dies gar nicht oder nicht in vollem Umfang geschuldet ist.⁵ Tauglicher Täter des Delikts kann sowohl der Vertrags- als auch der Privatarzt sein. Unter einem *Vertragsarzt* versteht man in Anwendung von §§ 72 Abs. 1, 95 Abs. 1 SGB V den innerhalb der gesetzlichen Krankenversicherung an der Versorgung der Versicherten mitwirkenden nieder- und zugelassenen Arzt.⁶ Der *Privatarzt* ist hingegen für die Behandlung von privatversicherten Personen zuständig. Beiden gemein ist jedoch deren Stellung als Freiberufler (vgl. nur § 1 Abs. 2 Hs. 2 Bundesärzteordnung).⁷

II. Abrechnungssysteme

Die Polizeiliche Kriminalstatistik (PKS) aus dem Jahr 2012 weist 4379 erfasste Fälle des Abrechnungsbetruges im Gesundheitswesen auf.⁸ Oftmals wird im Schrifttum als Grund für solch eine hohe Kriminalitätsrate auch die Kompliziertheit und Unübersichtlichkeit des Abrechnungssystems und die damit verbundene Missbrauchsanfälligkeit angeführt.⁹ Da die Feinheiten der Abrechnungssysteme jedoch nicht durchweg zum examens- bzw. prüfungsrelevanten Stoff gehören, soll an dieser Stelle eine auf die absoluten Grundzüge beschränkte Darstellung¹⁰ erfolgen, die allerdings für ein besseres Verständnis des Abrechnungsbetruges unerlässlich ist.

1. Das Abrechnungssystem in der Gesetzlichen Krankenversicherung (GKV)

Mit seiner Zulassung zur vertragsärztlichen Versorgung wird der Arzt gemäß § 95 Abs. 3 SGB V Mitglied der Kassenärzt-

ger/Tsambikakis, MedR 2013, 284; *Ellbogen/Wichmann*, MedR 2007, 10; *Volk*, NJW 2000, 3385.

⁴ *Frister/Lindemann/Peters*, Arztstrafrecht, 2011, S. 113.

⁵ *Suhr*, in: *Spickhoff* (Hrsg.), *Medizinrecht*, Kommentar, 2011, § 263 StGB Rn. 3.

⁶ *Quaas/Zuck*, *Medizinrecht*, 2. Aufl. 2008, § 17 Rn. 3; *Hartmannsgruber*, in: *Ratzel/Luxenburger* (Hrsg.), *Handbuch Medizinrecht*, 2. Aufl. 2011, § 7 Rn. 3.

⁷ *Lipp*, in: *Laufs/Katzenmeier/Lipp* (Hrsg.), *Arztrecht*, 6. Aufl. 2009, S. 32; *Quaas/Zuck* (Fn. 6), § 12 Rn. 9.

⁸ BMI, *Polizeiliche Kriminalstatistik 2012*, Stand: Mai 2013, S. 57 – Im Internet abrufbar unter:

http://www.bmi.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/Broschuren/2013/PKS2012.pdf;jsessionid=78A4BED883B5E0BOCF6BF839071241B5.2_cid364?_blob=publicationFile (18.1.2014).

⁹ *Schneider* (Fn. 3), S. 58; *Schroth/Jost*, in: *Roxin/Schroth* (Hrsg.), *Handbuch des Medizinstrafrechts*, 4. Aufl. 2010, S. 182; *Kraatz*, *NSZ-RR* 2013, 35.

¹⁰ Einen ausführlichen Überblick findet man bei *Frister/Lindemann/Peters* (Fn. 4), S. 116 f.

lichen Vereinigung (KV). Bei der für ihn zuständigen KV reicht nun der Arzt pro Quartal seine Abrechnungsunterlagen in Form sogenannter *Sammelerklärungen* ein.¹¹ Bei der Sammelerklärung handelt es sich um eine Erklärung des Arztes, mittels derer versichert wird, dass die getätigten Abrechnungen sachlich korrekt und zudem vom Arzt persönlich erbracht worden sind.¹² Anschließend erfolgt seitens der KV, in Zusammenarbeit mit der jeweiligen Krankenkasse, eine Prüfung dieser Abrechnungen, §§ 106a Abs. 1, 75 Abs. 2 S. 2 SGB V. Ist dies geschehen, vollzieht die KV die Vergütung des Vertragsarztes.¹³ Wie hoch diese Vergütung ausfällt, richtet sich nach dem Einheitlichen Bewertungsmaßstab (EBM). In diesem sind alle abrechenbaren Leistungen festgelegt und mit einem bestimmten Punktwert beziffert, § 87 Abs. 2 SGB V. Dieser wird herangezogen, um zu ermitteln, welchen konkreten Betrag der einzelne Arzt am Ende ausgeschüttet bekommt. Die Gelder, mit denen der Arzt honoriert wird, erhält die KV von den Krankenkassen in Form der Gesamtvergütung, §§ 85, 87a Abs. 3 S. 1 SGB V. Man sollte sich also letztendlich vor Augen führen, dass die Vergütung des Arztes auf einem komplexen Zusammenspiel von KV, Krankenkasse und Vertragsarzt beruht und dafür die Normen des SGB V maßgeblich sind.

2. Das Abrechnungssystem in der Privaten Krankenversicherung (PKV)

Zwischen Arzt und Patient kommt es zum Abschluss eines Behandlungsvertrages.¹⁴ Mit dem Inkrafttreten des Patientenrechtegesetzes ist dieser Vertragstypus nunmehr in §§ 630a ff. BGB normiert. Dadurch ist auch weitestgehend der Streit obsolet geworden, ob es sich beim Behandlungsvertrag um einen Dienst- oder einen Werkvertrag handelt, da § 630b BGB klarstellt, dass die Vorschriften des Dienstvertragsrechts Anwendung finden. § 630a Abs. 1 BGB regelt, dass der Patient die Vergütung der Behandlung schuldet, sofern nicht ein Dritter zur Zahlung verpflichtet ist. Wie gezeigt, ist genau dies in der GKV der Fall – der Arzt nimmt nicht den Patienten, sondern die KV in Anspruch. Der wesentliche Unterschied zwischen PKV und GKV bezüglich der Abrechnung liegt demnach in der Tatsache, dass der Arzt in der PKV den Patienten *direkt* in Anspruch nimmt und dieser auch gemäß § 630a Abs. 1 BGB zur Vergütung verpflichtet ist.¹⁵ Die Höhe der Vergütung bemisst sich hier nicht nach dem SGB V, sondern nach der Gebührenordnung für Ärzte (GOÄ).¹⁶ Somit kann auch die GOÄ Anknüpfungspunkt für einen Missbrauch seitens des Arztes sein. Die an den Arzt geleisteten Zahlungen kann sich der Privatversicherte nun im Wege

des Kostenerstattungsprinzips von seiner Krankenversicherung zurückholen¹⁷ (vgl. § 192 VVG).

III. Relevante Fallgruppen im Überblick

Sämtliche potenzielle Fallgestaltungen aufzuführen, ist an dieser Stelle nicht möglich, da diesbezüglich eine kaum überschaubare Vielfalt vorliegt.¹⁸ Ziel der Darstellung ist vielmehr, bedeutsame und klausurrelevante Bereiche zu erörtern. Zunächst werden an dieser Stelle vier Fallgruppen einzeln vorgestellt. Im Anschluss werden sie gesondert in den Kontext zum objektiven Tatbestand des § 263 StGB gesetzt.

1. Abrechnung von nicht bzw. nicht vollständig erbrachten Leistungen

Als Grundfall des ärztlichen Abrechnungsbetruges kann die Abrechnung von nicht bzw. nicht vollständig erbrachter Leistungen – sogenannte „Luftleistungen“ oder „fingierte Leistungen“¹⁹ – bezeichnet werden.²⁰ Diese kann sowohl im vertrags- als auch im privatärztlichen Bereich auftreten. Beispiele aus der Praxis sind die Abrechnung bestimmter Leistungen, obwohl dem Arzt dafür die Praxisausstattung fehlt²¹ oder wenn eine Leistung noch erneut unter einem anderen Datum abgerechnet wird, obwohl sie bereits erbracht worden ist.²² Vor allem im Bereich der GKV kann es zudem dazu kommen, dass der Arzt Leistungen für bereits verstorbene Patienten abrechnet.²³ Dass dies möglich ist, ist darauf zurückzuführen, dass die KV seitens der Krankenkasse keine Mitteilung darüber erhält, ob ein Versicherter gestorben ist.²⁴ Die KV nimmt dann die Honorar ausschüttung zugunsten des Arztes vor, ohne zu ahnen, dass der Patient bereits tot ist.

2. Abrechnung nicht eigenständig erbrachter Leistungen

Anknüpfungspunkt für eine evtl. Strafbarkeit kann auch die Tatsache sein, dass der Arzt eine Leistung nicht eigenständig erbracht hat, sie aber dennoch als solche gegenüber der KV oder dem Patienten abrechnet.

a) Delegationsfälle in der GKV

Insbesondere im vertragsärztlichen Sektor hat die Konstellation, dass der Arzt die eigenständige Leistungserbringung schuldet, sie aber z.B. durch Dritte wie dem nichtärztlichen Praxispersonal durchführen lässt (Delegationsfälle),²⁵ die Rechtsprechung beschäftigt.²⁶ Grundsätzlich besteht die Ver-

¹¹ Vgl. *Frister/Lindemann/Peters* (Fn. 4), S. 117.

¹² *Steinhilper*, in: Schnapp/Wigge (Hrsg.), Handbuch des Vertragsarztrechts, 2. Aufl. 2006, § 17 Rn. 8.

¹³ *Frister/Lindemann/Peters* (Fn. 4), S. 117, 124.

¹⁴ Vgl. A. Schneider, JuS 2013, 104; *Olzen/Kaya*, Jura 2013, 661; *Katzenmeier*, NJW 2013, 817.

¹⁵ *Olzen/Kaya*, Jura 2013, 661 (662).

¹⁶ Für Zahnärzte ist die GOZ einschlägig. Vgl. auch *Frister/Lindemann/Peters* (Fn. 4), S. 139.

¹⁷ *Frister/Lindemann/Peters* (Fn. 4), S. 141.

¹⁸ Umfassend dazu *Freitag* (Fn. 3), S. 89 ff.; vgl. auch *Volk*, NJW 2000, 3386.

¹⁹ *Kraatz* (Fn. 2), § 11 Rn. 273; *Frister/Lindemann/Peters* (Fn. 4), S. 145.

²⁰ *Schroth/Jost* (Fn. 9), S. 187.

²¹ *Ulsenheimer*, in: Laufs/Kern (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, 4. Aufl. 2010, § 151 Rn. 7.

²² *Krüger/Burgert*, ZWH 2012, 213 (215).

²³ *Badle*, NJW 2008, 1032.

²⁴ *Badle*, NJW 2008, 1032.

²⁵ *Krüger/Burgert*, ZWH 2012, 213 (216).

²⁶ Grundlegend dazu BGH NSTZ 1995, 85.

pflichtung des Arztes, seine geschuldete Leistung auch persönlich zu erbringen, vgl. §§ 15, 28 SGB V. Der Patient soll ein Recht darauf haben, von demjenigen behandelt zu werden, auf dessen konkrete Fähigkeiten er vertraut.²⁷ Allerdings ist es unter Umständen möglich, Leistungen zu delegieren, sofern die Befähigungen Dritter eine Aufgabenverteilung zulassen.²⁸ §§ 15 Abs. 1 S. 2, 28 Abs. 1 S. 2 SGB V räumen diese Möglichkeit explizit ein. Überträgt der Arzt eine bestimmte Tätigkeit auf nicht ärztliches Personal, ist allerdings zu beachten, dass es sich um eine grundsätzlich delegierbare Leistung handelt, eine hinreichende fachliche Qualifikation gewährleistet ist und der Arzt die anderweitige Leistungserbringung korrekt angeordnet hat.²⁹ Sind diese Kriterien erfüllt, kann der Arzt die Leistung noch immer als eigens erbracht abrechnen.³⁰ Operationen, die Untersuchung und Aufklärung des Patienten oder das Stellen einer Diagnose gehören zum Kernbereich der ärztlichen Tätigkeit und sind als höchstpersönlich zu erbringende Leistungen nicht delegierbar.³¹ In der Praxis kann es allerdings zu Fehlern bei der korrekten Anordnung kommen. Eine solche ist nur dann gegeben, wenn der Arzt die Leistung stets bei jedem Einzelfall und jeder Maßnahme gesondert delegiert, er also nicht lediglich eine Generalanweisung ausspricht.³² Eine klassische Konstellation ist dabei die Generalanweisung an das Praxispersonal, jedem Patienten Blut abzunehmen.³³ In einem solchen Fall sind die Voraussetzungen einer rechtmäßigen Delegation nicht erfüllt, da es an einer Einzelanordnung fehlt.

b) Persönliche Leistungserbringung nach der GOÄ

Die Pflicht der persönlichen Leistungserbringung hat ihren Platz mit § 4 GOÄ auch im Gebührenrecht der Privatärzte gefunden.³⁴ Gemäß § 4 Abs. 2 GOÄ darf der Privatarzt nur solche Leistungen abrechnen, die er persönlich erbracht hat oder die unter seiner Aufsicht nach entsprechend fachlicher Weisung durchgeführt worden sind. Der BGH hat in seiner jüngsten Grundsatzentscheidung zum Abrechnungsbetrug des Privatärztes eine Strafbarkeit für den Fall angenommen, dass der Arzt Laborleistungen als eigene abgerechnet hat, obwohl er sie durch einen Spezialisten vornehmen ließ.³⁵ Damit habe er gegen die Vorschriften der GOÄ verstoßen, was im Ergebnis zu einer Strafbarkeit führe. Im Übrigen gelten auch hier die Anforderungen an eine Delegationsfähigkeit wie in der GKV. Eine Ausnahme besteht allerdings, wenn Arzt und Patient eine von der GOÄ abweichende Gebührenvereinbarung treffen, vgl. § 2 GOÄ. In diesem Fall darf die Leistung

niemals von einem Dritten erbracht werden, selbst dann nicht, wenn die Voraussetzung einer Delegation gegeben wären.³⁶ In dem Maß wie sich der Patient verpflichtet, für die Behandlung und Arbeit des konkreten Arztes höhere Unkosten in Kauf zu nehmen, muss die Leistung von letzterem auch höchstpersönlich erbracht werden.³⁷

3. Abrechnung unwirtschaftlicher Leistungen

Eine weitere Variante ist die Abrechnung unwirtschaftlicher Leistungen. Die Besonderheit dieser Fallgruppe liegt oftmals darin, dass der Arzt eine Leistung tatsächlich und auch lege artis selbst erbracht, allerdings dabei das Wirtschaftlichkeitsgebot der GKV missachtet hat. Besonders in § 12 Abs. 1 SGB V tritt dieses zu Tage, wonach die Leistungen ausreichend, zweckmäßig und wirtschaftlich sein müssen. § 12 Abs. 1 S. 2 SGB V stellt klar, dass unwirtschaftliche Leistungen nicht bewirkt werden dürfen. Eine Leistung ist dann als unwirtschaftlich zu bewerten, wenn die für sie aufgewandten Kosten und der erzielte Heilungserfolg nicht in angemessener Relation zueinander stehen.³⁸ Rechnet der Arzt jedoch solch eine Leistung ab, kann nach der Rechtsprechung aufgrund des damit verbundenen Verstoßes gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot eine Strafbarkeit nach § 263 StGB in Betracht kommen. Dies ist z.B. der Fall, wenn der Arzt eine Behandlung durchführt und auch abrechnet, die aber aufgrund mangelnder Symptome überhaupt nicht medizinisch indiziert ist.³⁹ Hierher gehört auch die Variante, dass die angewandte Maßnahme zwar indiziert gewesen ist, aber auch eine kostengünstigere Alternative zur Verfügung gestanden hätte.⁴⁰ Allerdings muss auch der privatliquidierende Arzt, für den § 12 SGB V nicht gilt, den Kerngedanken des Gebotes beachten, da § 1 Abs. 2 GOÄ die Abrechnung von Leistungen, die über das medizinisch notwendige Maß hinausgehen, verbietet. Daraus folgt, dass der Privatarzt seinen Patienten möglichst kostengünstig zu behandeln hat.⁴¹

4. Abrechnung unter Verstoß gegen zulassungsrechtliche und berufsrechtliche Bestimmungen

Abschließend soll auf die Fallvarianten innerhalb der GKV eingegangen werden, in denen der Arzt eine Leistung abrechnet, es jedoch in seiner Person an den zulassungsrechtlichen Voraussetzungen für ein Tätigwerden als Vertragsarzt fehlt oder gegen Berufsrecht verstoßen worden ist.⁴² Die besondere Brisanz dieser Fälle liegt darin, dass der Arzt meist eine medizinisch indizierte Leistung lege artis erbringt und abrechnet und dies auch unter Beachtung von § 12 SGB V geschieht. Die Rechtsprechung geht jedoch davon aus, dass dennoch ein Betrug anzunehmen ist, wenn der Arzt zu der

²⁷ Peikert, MedR 2000, 352 (353).

²⁸ Frister/Lindemann/Peters (Fn. 4), S. 145.

²⁹ Frister/Lindemann/Peters (Fn. 4), S. 150.

³⁰ Frister/Lindemann/Peters (Fn. 4), S. 150.

³¹ Freitag (Fn. 3), S. 130, mit weiteren Beispielen auch zu delegationsfähigen Leistungen.

³² Freitag (Fn. 3), S. 131.

³³ BGH NStZ 1995, 85.

³⁴ Taupitz/Neikes, MedR 2008, 121.

³⁵ BGH NJW 2012, 1377; kritisch Geiger/Schneider, GesR 2013, 7; Dann, NJW 2012, 2001; Lindemann, NZWiSt 2012, 334; als Klausur aufbereitet von Braun, ZJS 2013, 188.

³⁶ Frister/Lindemann/Peters (Fn. 4), S. 177.

³⁷ Frister/Lindemann/Peters (Fn. 4), S. 177.

³⁸ Freitag (Fn. 3), S. 28.

³⁹ Vgl. OVG Münster NJW 2007, 3300.

⁴⁰ Frister/Lindemann/Peters (Fn. 4), S. 159.

⁴¹ Hermanns/Filler/Roscher, GOÄ 2013, 7. Aufl. 2013, S. 5.

⁴² Krüger/Burgert, ZWH 2012, 213 (217).

Abrechnung an sich, aufgrund eines Verstoßes gegen Normen des SGB V oder des Berufsrechts, nicht berechtigt ist.

Als Beispiel zur Verdeutlichung dient der „Strohmann-Fall“. Gemeint ist damit die Konstellation, dass ein nicht in der GKV zugelassener Arzt Kassenpatienten behandelt und seine erbrachten Leistungen nicht selbst, sondern durch einen zugelassenen Kollegen abrechnen lässt.⁴³ Ein Betrug läge darin, dass der Arzt ohne vertragsärztliche Zulassung nicht berechtigt ist, am Vergütungssystem der GKV teilzuhaben.⁴⁴

Letztendlich lässt sich hier u.a. auch die bereits erläuterte Delegationsproblematik verorten, da der Arzt schließlich durch eine fehlerhafte Delegation neben dem SGB (§§ 15 Abs. 1 S. 2, 28 Abs. 1 S. 2 SGB V) auch gegen das ärztliche Berufsrecht verstößt, vgl. § 19 Musterberufsordnung für Ärzte (MBO-Ä). Ebenso verstößt der Privatarzt, selbst wenn die Behandlung komplett ordnungsgemäß durchgeführt wurde, gegen § 4 Abs. 2 GOÄ, wenn er sie nicht im Sinne der GOÄ selbst erbracht hat.

IV. Die Fallgruppen im Lichte der Tatbestandsmerkmale

Im Folgenden wird dargelegt, inwieweit die objektiven Tatbestandsmerkmale des § 263 StGB durch die jeweiligen Fallgruppen eine besondere Ausprägung erfahren.

1. Täuschung

Als Täuschung bezeichnet man das Einwirken auf das Vorstellungsbild eines anderen, wobei dem Verhalten des Täters ein bestimmter Erklärungswert zukommen muss.⁴⁵ Getäuscht wird über Tatsachen, d.h. Zustände aus Vergangenheit oder Gegenwart, die dem Beweis zugänglich sind.⁴⁶ Bei der Frage, ob eine bestimmte Leistung erbracht worden ist oder nicht, handelt es sich um eine Tatsache. Somit bedarf es auch beim Abrechnungsbetrug zunächst einer Täuschungshandlung, die eine konkrete Erklärung in sich trägt. Innerhalb der GKV kommt daher als Täuschungshandlung das Einreichen der Abrechnungsunterlagen in Form der Sammelerklärung bei der KV in Betracht.⁴⁷ Gegenüber Privatpatienten ist sie im Zusenden der Rechnung zu erblicken. Rechtsprechung und Literatur gehen davon aus, dass der Arzt mit der Abrechnung ausdrücklich erklärt, alle aufgeführten Leistungen auch tatsächlich erbracht zu haben.⁴⁸ Hat er dies wie bei der Fallgruppe der Luftleistungen nicht getan, liegt somit eine Täuschung vor.

Allgemein ist anerkannt, dass eine Täuschung auch konkludent erfolgen kann. Auch im Rahmen des Abrechnungsbetruges wird von der herrschenden Meinung davon ausgegangen, dass der Arzt mit seiner Abrechnung bestimmte Inhalte *konkludent miterklärt*. Grundlegend für solch eine Annahme ist eine Entscheidung des BGH aus dem Jahr 1993

gewesen. In dem Urteil ist angenommen worden, dass der Arzt in der GKV mit seiner Abrechnung konkludent erkläre, dass seine Leistung zu den vertragsärztlichen Versorgungsleistungen gehört und nach dem EBM abrechenbar ist.⁴⁹ Davon ausgehend wird auch in den Fällen, in denen es an einer ausdrücklichen Erklärung fehlt, ein konkludenter Erklärungsinhalt angenommen. Für die Delegationsfälle bedeutet dies, dass der Arzt konkludent erklärt, die Leistung persönlich erbracht bzw. sie ordnungsgemäß delegiert zu haben. Auf die Fallgruppe der unwirtschaftlichen Leistungserbringung übertragen, liegt die Täuschung darin, dass der Arzt konkludent zum Ausdruck bringt, dass er das Wirtschaftlichkeitsgebot des § 12 SGB V beachtet hat. Auch in der Entscheidung des BGH vom 25.1.2012 ging der *Senat* davon aus, dass der Arzt mit dem Einfordern der Vergütung zugleich konkludent erklärt, dass er die der Abrechnung zugrunde liegenden *Rechtsvorschriften eingehalten* hat und dies sowohl für den Vertrags- als auch für den Privatarzt gelte.⁵⁰ Dies bedeutet, dass nach dem BGH u.a. im „Strohmann-“ und im „Scheingesellschaftler-Fall“⁵¹ eine Täuschung darin zu sehen ist, dass der Arzt gegen Vorschriften des SGB V und des ärztlichen Berufsrecht verstoßen hat, die jedoch zur Grundlage der Abrechnung gehören. Aufgrund der gleichen Prämisse erklärt auch der Privatarzt konkludent, dass sein Anspruch bestehe, weil er die Vorschriften der GOÄ eingehalten hat.⁵² Teilweise wird diese Rechtsprechung kritisch betrachtet,⁵³ jedoch auch begrüßt.⁵⁴ Für die Klausur sollte es jedoch genügen, wenn man sie kennt und auf den jeweiligen Fall anwenden kann.

2. Irrtum

Ein Irrtum ist die Fehlvorstellung über Tatsachen.⁵⁵ Im *vertragsärztlichen* Bereich kommt der Irrtum auf Seiten der KV in Betracht. Da diese jedoch eine Körperschaft des öffentlichen Rechts ist (vgl. § 77 Abs. 5 SGB V), muss auf den die Abrechnung jeweils prüfenden Sachbearbeiter als potenziell Irrenden abgestellt werden.⁵⁶ Bei der *Privatarztabrechnung* kann sowohl der Patient als auch der Bearbeiter der Krankenversicherung, der den Antrag des Patienten auf Kostenerstattung prüft, Irrender sein. In letzterer Konstellation fungiert jedoch der Patient meist als Werkzeug des Arztes, sodass eine mittelbare Täterschaft zu prüfen ist.⁵⁷ In beiden Bereichen kann der Patient oder der Sachbearbeiter durchaus Zweifel an der Abrechnung hegen.⁵⁸ Allerdings wird insbe-

⁴⁹ BGH NStZ 1993, 388 (389).

⁵⁰ BGH NJW 2012, 1377 (1379).

⁵¹ Vgl. zu letzterem *Schneider* (Fn. 3), S. 63.

⁵² BGH NJW 2012, 1377 (1379).

⁵³ *Geiger/Schneider*, GesR 2013, 7 (8 f.); vgl. auch *Kraatz*, in: Geisler (Hrsg.), Festschrift für Klaus Geppert zum 70. Geburtstag am 10. März 2011, 2011, S. 269.

⁵⁴ *Dann*, NJW 2012, 2001 (2002); *Lindemann*, NZWiSt 2012, 334 (335).

⁵⁵ *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 15. Aufl. 2013, § 13 Rn. 39.

⁵⁶ *Frister/Lindemann/Peters* (Fn. 4), S. 183.

⁵⁷ *Braun*, ZJS 2013, 188 (190).

⁵⁸ Dazu *Braun*, ZJS 2013, 188 (190).

⁴³ *Schneider* (Fn. 3), S. 63; ausf. dazu *Idler*, JuS 2004, 1037.

⁴⁴ BGH NJW 2003, 1198.

⁴⁵ *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 2), Rn. 496.

⁴⁶ *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 2), Rn. 493.

⁴⁷ *Ellbogen/Wichmann*, MedR 2007, 10 (11).

⁴⁸ OLG Hamm NStZ 1997, 131; *Frister/Lindemann/Peters* (Fn. 4), S. 144; *Freitag* (Fn. 3), S. 92.

sondere innerhalb der GKV aufgrund der massenhaft eingehenden Abrechnungen davon ausgegangen, dass sich der Sachbearbeiter nicht positiv vorstellen muss, dass jede einzelne Rechnungsposition korrekt ist.⁵⁹ Vielmehr wird im Zuge eines sachgedanklichen Mitbewusstseins der Irrtum bereits dann bejaht, wenn der Bearbeiter davon ausgeht, dass die Abrechnung insgesamt in Ordnung ist.⁶⁰ Selbiges soll erst recht für den Privatpatienten gelten, der das komplexe Vergütungssystem nicht kennt.⁶¹

3. Vermögensverfügung

Eine Vermögensverfügung ist jedes Verhalten, das sich unmittelbar vermögensmindernd auswirkt.⁶² Problematisch im Rahmen des Abrechnungsbetruges ist die Frage, wessen Vermögen in der GKV gemindert wird.⁶³ Für den Pflichtfachstoff genügt es jedoch davon auszugehen, dass in den meisten Fällen mit dem Erlass des Honorarbescheides zugunsten des Vertragsarztes eine Vermögensminderung auf Seiten der übrigen ordnungsgemäß abrechnenden Ärzte als Mitglieder der KV einhergeht.⁶⁴ Beahlt der Privatpatient die Rechnung des Arztes, mindert er damit unmittelbar sein eigenes Vermögen. In der Konstellation der mittelbaren Täterschaft liegt die Vermögensverfügung zu Lasten der privaten Krankenversicherung in der Bewilligung der Kostenerstattung.⁶⁵

4. Vermögensschaden

Ein Vermögensschaden ist nach der Gesamtsaldierungslehre dann gegeben, wenn nach der Vermögensverfügung das Vermögen gemindert ist, ohne dass durch ein entsprechendes wirtschaftliches Äquivalent ein Ausgleich erfolgt.⁶⁶ Die Fallgestaltung der Luftleistungen ist daher auch ohne arztstrafrechtliches Wissen gut in den Griff zu bekommen: Die Vermögensminderung durch die Vergütung des Arztes wird nicht durch dessen erbrachte Leistung ausgeglichen, da er sie nicht bzw. nicht vollständig erbracht hat. Es bleibt somit ein Minus stehen, der Schaden liegt vor. Bei den übrigen in diesem Beitrag behandelten Fällen greift die Rechtsprechung zur Schadensfeststellung auf die erstmals auf die Delegationsfälle angewandte *streng formale Betrachtungsweise des Sozialversicherungsrechts* zurück. Nach dieser ist eine Leistung bereits dann nicht erstattungsfähig, wenn sie in Teilbereichen nicht den gestellten Anforderungen genügt.⁶⁷ Das bedeutet, dass ein Schaden bereits dann vorliegt, wenn gegen zulassungs- oder berufsrechtliche Voraussetzungen verstoßen worden ist. Begründet wird dies damit, dass die in realiter erbrachte ärzt-

liche Leistung aufgrund des Verstoßes gegen einschlägige Rechtsvorschriften im System der gesetzlichen Krankenversicherung als wertlos zu erachten ist und sie damit nicht als Äquivalent für die erlittene Vermögenseinbuße in Betracht kommen kann.⁶⁸ Daher soll auch unabhängig von einer doch eventuell bestehenden Werthaltigkeit der Leistung beim „Strohmann-Fall“ ein Vermögensschaden vorliegen.⁶⁹ Dies gilt seit 2012 auch für den Privatarzt, der gegen das Gebührenrecht verstößt – insoweit hat der BGH auch hier die Grundsätze der streng formalen Betrachtungsweise angewandt.⁷⁰

Allerdings sieht sich diese Linie der Rechtsprechung seit jeher starker Kritik aus dem Schrifttum ausgesetzt. Es wird angeführt, dass dadurch die Grundsätze der Gesamtsaldierung unterlaufen werden, da die ärztliche Leistung sehr wohl als Äquivalent fungiere.⁷¹ Zu fragen ist somit, ob dem System der gesetzlichen Krankenversicherung durch die ärztliche Leistung ein wirtschaftliches Gegenstück zum ausgeschütteten Honorar zufließt. Insbesondere *Schneider* zeigt auf, dass eine medizinisch korrekt erbrachte Leistung im System der GKV dazu führt, dass ein Vermögensschaden verneint werden muss.⁷² Anknüpfungspunkt dafür ist die Tatsache, dass der Patient vor der ärztlichen Behandlung gegenüber seiner Krankenkasse gemäß §§ 2, 23 Abs. 1, 27 SGB V einen Anspruch auf die Erbringung der erforderlichen medizinischen Leistungen hat.⁷³ Hat der Patient nun eine *lege artis* erbrachte Leistung erhalten, wird die Krankenkasse von dieser Verbindlichkeit befreit.⁷⁴ Gerade dieser für das System der gesetzlichen Krankenversicherung bedeutende Fakt ist im Rahmen der Gesamtsaldierung zu berücksichtigen. Schließlich spielt es für die Korrektheit und damit medizinische Werthaltigkeit der ärztlichen Leistung keine Rolle, ob im Rahmen einer Delegation lediglich eine Generalanweisung ausgesprochen oder die Leistung von einem Arzt erbracht worden ist, dem lediglich der berufsrechtliche Status eines Vertragsarztes fehlt.⁷⁵ Überdies würde den gesetzlich Versicherten auch kein Anspruch zustehen, die gleiche Leistung noch einmal von einem ordnungsgemäß abrechnenden Arzt erbringen zu lassen.⁷⁶ Dies lässt sich damit begründen, dass durch die bereits medizinisch korrekt erbrachte Behandlung das Merkmal der Notwendigkeit in §§ 23, 27 SGB V entfallen würde.⁷⁷ Ferner kann sich vor Augen geführt werden, dass in solchen Konstellationen gar ein Vorteil auf Seiten des GKV-Systems

⁶⁸ *Frister/Lindemann/Peters* (Fn. 4), S. 204.

⁶⁹ OLG Koblenz MedR 2001, 144; BGH NJW 2003, 1198.

⁷⁰ BGH NJW 2012, 1377 (1383).

⁷¹ *Schneider* (Fn. 3), S. 64; vgl. auch *Braun*, ZJS 2013, 188 (194).

⁷² *Schneider* (Fn. 3), S. 64; vgl. auch *ders.*, in: Duttge (Hrsg.), *Tatort Gesundheitsmarkt, Rechtswirklichkeit – Strafwürdigkeit – Prävention*, 2011, S. 35 (S. 39 f.).

⁷³ *Schneider* (Fn. 3), S. 64.

⁷⁴ *Schneider* (Fn. 3), S. 64; *Saliger/Tsambikakis*, MedR 2013, 284 (286); *Gaidzik*, wistra 1998, 329 (332); ausf. dazu *Luig* (Fn. 3), S. 97 f.

⁷⁵ *Schneider* (Fn. 3), S. 64.

⁷⁶ *Schneider* (Fn. 3), S. 64.

⁷⁷ *Schneider* (Fn. 3), S. 64.

⁵⁹ *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 2), Rn. 511.

⁶⁰ *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 2), Rn. 511.

⁶¹ BGH NJW 2012, 1377 (1382).

⁶² *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 2), Rn. 515.

⁶³ Vgl. dazu *Freitag* (Fn. 3), S. 113 f.

⁶⁴ *Frister/Lindemann/Peters* (Fn. 4), S. 200.

⁶⁵ *Frister/Lindemann/Peters* (Fn. 4), S. 202.

⁶⁶ *Satzger*, Jura 2009, 518 (521); *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 2), Rn. 538.

⁶⁷ BGH NStZ 1995, 85 (86); BGH NJW 2003, 1198; zustimmend *Beckemper/Wegner*, NStZ 2003, 315 (316).

vorliegen kann: Denn selbst wenn der Arzt die Vergütung erhält, hat er darauf keinen Anspruch, wenn er gegen die sozialrechtlichen Vorschriften verstößt.⁷⁸ Die Folge ist, dass die Vergütung zurückverlangt werden kann, während hingegen der Patient dennoch eine medizinisch tadellose Behandlung erfahren hat, wodurch sein Anspruch gegenüber der Versicherung erlischt.⁷⁹ Ebenso muss auch im privatärztlichen Sektor der lege artis erbrachten Leistung ein wirtschaftlicher Wert beigemessen werden. Selbst wenn der Arzt z.B. eine solche als eigene abrechnet, obwohl er sie nicht durchgeführt hat, kann darin zwar ein Verstoß gegen § 4 Abs. 2 S. 1 GOÄ liegen. Dennoch erhält der Patient für sein Geld eine korrekte Leistung, deren wirtschaftlicher Wert nicht durch eine Missachtung von Vorschriften genommen wird, die lediglich gebührenpolitische Zwecke verfolgen.⁸⁰ Seine ökonomische Vermögenseinbuße ist dann ausgeglichen. Anderenfalls würde der Schaden nur danach beurteilt werden, ob die Leistung nach sozial- bzw. ärztlichem Gebührenrecht abrechenbar ist. Dadurch würde § 263 StGB auch der Bestand des gesetzlichen bzw. privaten Krankenversicherungssystems als Schutzgut untergeschoben werden, obwohl dieser nach einhelliger Auffassung nur das Vermögen schützt.⁸¹ Für die Sanktionierung der vom Arzt begangenen Abrechnungsmanipulationen bildet zudem das Disziplinar- und Berufsrecht die richtige Grundlage⁸² ohne dass damit eine Bejahung des strafrechtlichen Vermögensschadens einhergeht.

Zudem ist diese Betrachtungsweise auch angesichts der neueren Rechtsprechung des BVerfG zum Vermögensschaden anzuzweifeln. Bereits im Juni 2010 hatte sich das BVerfG in einem Beschluss zum Untreuetatbestand mit dem Merkmal des Vermögensschadens und den Anforderungen an die Schadensbestimmung auseinandergesetzt.⁸³ Mit Beschluss vom 7.12.2011 hatte das BVerfG sodann in seiner AI Quaida-Entscheidung klargestellt, dass die im Juni 2010 festgelegten Grundsätze zur Handhabung des Schadensmerkmals genauso für § 263 StGB gelten.⁸⁴ Es ist dabei dargelegt worden, dass das Merkmal des Vermögensschadens der Begrenzung des Betrugstatbestandes dient.⁸⁵ Um daher, auch im Hinblick auf die Einhaltung des Bestimmtheitsgebotes (Art. 103 Abs. 2 GG),⁸⁶ einer Überdehnung des Tatbestandes entgegenzuwirken, fordert das BVerfG, dass auch im Rahmen des § 263 StGB der Schaden der Höhe nach beziffert werden muss.⁸⁷ Richtungsweisend führt es zudem aus: „Normative Gesichts-

punkte können bei der Bewertung von Schäden eine Rolle spielen; sie dürfen die wirtschaftliche Betrachtung allerdings nicht überlagern oder verdrängen“⁸⁸. Wenn jedoch nun der BGH schon allein aufgrund der streng formalen Betrachtungsweise vom Vorliegen eines Vermögensschadens ausgeht, wird diesem Erfordernis allerdings keine Rechnung getragen.⁸⁹ Aufgrund der verfassungsrechtlichen Distanzierung bzgl. einer Normativierung des § 263 StGB, kann die Anwendung der streng formalen Betrachtungsweise nicht (mehr) als hinreichende Methode betrachtet werden, um das Vorliegen eines Schadens bejahen zu können. Schließlich basiert die bisherige Haltung der Rechtsprechung, dass eine Leistung aufgrund eines Abrechnungsmangels komplett als wertlos angesehen wird, auf einer rein normativen Erwägung,⁹⁰ die den tatsächlichen wirtschaftlichen Gehalt der Leistung außer Acht lässt. Anstatt dass durch die Gerichte untersucht wird, ob der Leistung ein solcher Wert inne wohnt, stellt *Schneider* fest, dass mit der streng formalen Betrachtungsweise lediglich ein Schluss von Täuschung auf Schaden einhergeht.⁹¹ Damit wird allerdings der tatsächliche Sachverhalt nicht mehr unter den Begriff der Schadens subsumiert⁹² und es mangelt an der vom BVerfG geforderten wirtschaftlich bezifferbaren Schadensermittlung.

Es zeigt sich, dass man in der Klausur daher mit guten Argumenten die Linie der Rechtsprechung ablehnen und sich auch an die Grundsätze der Gesamtsaldierung halten kann. Allerdings bringt bereits die Kenntnis dieser etwas exotischeren Rechtsprechung Punkte.

V. Fazit

Es ist zu erkennen, dass man sich auch bei der Bearbeitung einer Abrechnungsbetrugsklausur im gewohnten Umfeld von § 263 StGB befindet. Beherrscht man dessen Grundlagen, kann an den entsprechenden Problempunkten des objektiven Tatbestandes das zusätzliche medizinstrafrechtliche Wissen eingeflochten werden. Zu empfehlen ist dabei die Ausformulierung verschiedener Fallkonstellationen, um einschätzen zu können, wie viel Zeit die Verortung der aufgezeigten Besonderheiten beim Schreiben des Gutachtens in Anspruch nimmt. Der Student ist zudem gut beraten, auch einen Blick auf die aktuellen Rechtsprechungsentwicklungen des Medizinstrafrechts zu werfen und sich zu überlegen, wie diese mit potenziellem Prüfungsstoff verwoben werden könnten.

⁷⁸ *Schneider* (Fn. 3), S. 64.

⁷⁹ *Schneider* (Fn. 3), S. 64.

⁸⁰ *Saliger/Tsambikakis*, MedR 2013, 284 (286); *Gaßner/Strömer*, NSTZ 2013, 621 (628).

⁸¹ *Volk*, NJW 2000, 3385; *Frister/Lindemann/Peters* (Fn. 4), S. 205; *Fischer* (Fn. 2), § 263 Rn. 3.

⁸² *Kratz* (Fn. 2), § 11 Rn. 295.

⁸³ BVerfG NJW 2010, 3209; besprochen durch *Beckemper*, ZJS 2011, 88.

⁸⁴ BVerfG NJW 2012, 907 (916); vgl. *Jahn*, JuS 2012, 266; *Kudlich*, JA 2012, 230.

⁸⁵ BVerfG NJW 2012, 907 (916).

⁸⁶ *Mahler*, wistra 2013, 44 (46).

⁸⁷ BVerfG NJW 2012, 907 (916).

⁸⁸ BVerfG NJW 2012, 907 (916).

⁸⁹ So auch *Saliger/Tsambikakis*, MedR 2013, 284 (286).

⁹⁰ *Krüger/Burgert*, ZWH 2012, 213 (215).

⁹¹ *Schneider* (Fn. 3), S. 65.

⁹² *Schneider* (Fn. 3), S. 65.

Übungsfall: Steig mir aufs Dach!

Übungshausarbeit für Anfänger/Übungsfall für Fortgeschrittene

Von Prof. Dr. **Matthias Weller**, Wiesbaden, Mag. rer. publ., Ref. Jur. **Tanja Stooß**, Heidelberg*

Sachverhalt

Rentner R wohnt in einer Wohnung eines Hauses des E zur Miete. Die übrigen Wohnungen des Hauses stehen derzeit leer. Bei einem Unwetter am 26. Oktober wurde das Dach beschädigt, sodass in unregelmäßigen Abständen Dachziegel auf das Hausgrundstück fielen. Nachdem R zwei Tage vergeblich versucht hatte, den E zu erreichen, und Postbote P beinahe durch einen herabfallenden Ziegel verletzt wurde, suchte er in den „Gelben Seiten“ nach einem Dachdecker. Er kontaktierte schließlich Dachdeckermeister D und schilderte ihm seine Situation. Nachdem D das Dach besichtigt hatte, erklärte er R, dass keine Wasserschäden drohen, weil die unter den Ziegeln liegende Dachpappe unbeschädigt ist. D bot an, die Reparatur der Unwetterschäden für (angemessene) € 1.500,- durchzuführen. R äußerte Bedenken, ohne Wissen des E Handwerker zu beauftragen. Auf Ds Einwand hin, dass jederzeit weitere Ziegel herabstürzen könnten, war R schließlich von der Notwendigkeit sofortigen Handelns überzeugt und unterschrieb den Vertrag mit D. Als am 2. November die Reparatur abgeschlossen war, erreichte R den E, der zur Entfernung von Gallensteinen eine Woche im Krankenhaus gelegen hatte. E ist froh, dass niemand zu Schaden kam. Dennoch teilt er R mit, die Rechnung könne er nicht begleichen, da er sich derzeit in finanziellen Schwierigkeiten befinde. R ist verärgert. Es sei schon schlimm genug, dass E seinen Pflichten als Vermieter und Eigentümer nicht nachkomme, sodass er selbst notgedrungen einspringen musste. Da sei der Ersatz seiner Aufwendungen doch selbstverständlich. Schließlich profitiere ausschließlich E, auf dessen Gebäude die neuen Dachziegel nun liegen, von der Reparatur.

Aufgabe 1

Hat D gegen R einen Anspruch auf Zahlung von € 1.500,-?

Aufgabe 2

Angenommen der Anspruch aus Aufgabe 1 besteht: Hat R gegen E einen Anspruch auf Befreiung von der gegenüber D eingegangenen Verbindlichkeit i.H.v. € 1.500,- oder hilfsweise auf Zahlung von € 1.500,-?

* Prof. Dr. *Matthias Weller*, Mag. rer. publ. ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Zivilverfahrensrecht und internationales Privatrecht an der EBS Universität für Wirtschaft und Recht Wiesbaden; Ref. Jur. *Tanja Stooß*, Universität Heidelberg, hat an der Erstellung der Hausarbeit mitgewirkt. Die Hausarbeit ist für eine Bearbeitungszeit von einer Woche konzipiert und wurde in der Anfängerübung zum BGB des *Erstverfassers* als Wiederholungsarbeit gestellt. Die Aufgabe ist zugleich als Übungsklausur für Fortgeschrittene geeignet.

Fortsetzung

Aus Angst, auf den Kosten „sitzen zu bleiben“, teilt R dem D mit, er bedauere sehr, die Rechnung nicht zahlen zu können, obwohl D ordentliche Arbeit geleistet habe. D solle sich an E halten, der als Eigentümer für das Gebäude verantwortlich sei. Auf eine Zahlungsaufforderung des D reagiert E jedoch nicht.

Aufgabe 3

Angenommen die Ansprüche aus Aufgabe 1 und 2 bestehen: Hat D gegen E einen Anspruch auf Zahlung von EUR 1.500,-?

Lösung Aufgabe 1

I. Anspruch D gegen R auf Zahlung von € 1.500,- aus Werkvertrag

D könnte gegen R einen Anspruch auf Zahlung von € 1.500,- aus Werkvertrag haben, § 631 Abs. 1 Hs. 2 BGB.

1. Anspruch entstanden

Indem D und R sich am 29. Oktober einigten, dass D für € 1.500,- die Unwetterschäden am Dach reparieren sollte, haben sie einen wirksamen Werkvertrag im Sinne des § 631 Abs. 1, Abs. 2 BGB geschlossen.

2. Anspruch durchsetzbar

Der Vergütungsanspruch des Werkunternehmers wird gemäß § 641 Abs. 1 S. 1 BGB mit Abnahme des Werkes nach § 640 BGB fällig. Die Abnahme nach § 640 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 BGB erfordert, dass der Besteller das Werk ausdrücklich oder konkludent als vertragsgemäß billigt.¹ R hat gegenüber D bestätigt, dass die Arbeit „ordentlich“ ausgeführt sei. Darin ist eine Abnahme nach § 640 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 BGB zu sehen. Der Vergütungsanspruch des D ist folglich fällig. Rechtshemmende Einreden des R sind nicht ersichtlich, sodass der Anspruch durchsetzbar ist.

II. Ergebnis

D hat gegen R einen Anspruch auf Zahlung von € 1.500,- aus Werkvertrag, § 631 Abs. 1 Hs. 2 BGB.

Aufgabe 2

I. Anspruch R gegen E auf Befreiung von der Verbindlichkeit i.H.v. € 1.500,- aus §§ 536a Abs. 2, 257 S. 1 BGB

R könnte gegen E einen Anspruch auf Befreiung von der gegenüber D eingegangenen Verbindlichkeit i.H.v. € 1.500,- aus §§ 536a Abs. 2, 257 S. 1 BGB haben.

¹ *Busche*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 640 Rn 6.

1. Mietverhältnis

Zwischen R und E besteht ein wirksamer Mietvertrag.

2. Mangel der Mietsache

Der Mietsache müsste ein Sachmangel im Sinne des § 536 BGB anhaften, der ihre Tauglichkeit zum vertragsgemäßen Gebrauch aufhebt. Zum vertragsgemäßen Gebrauch einer Wohnung gehört, dass das Gebäude und die Wohnung gefahrlos zugänglich sind. Die Tauglichkeit zum vertragsgemäßen Gebrauch war folglich nach dem Unwetter eingeschränkt, als herannahende Personen von herabfallenden Dachziegeln verletzt zu werden drohten.

3. Beseitigung des Mangels durch den Mieter, § 536a Abs. 2 BGB

Indem R den D mit der Reparatur des Daches beauftragte und D die Reparatur ausführte, beseitigte R den Mangel.

4. Verzug des Vermieters, § 536a Abs. 2 Nr. 1 BGB

Die Aufwendungen des Mieters zur Beseitigung des Mangels sind nach § 536a Abs. 2 Nr. 1 BGB nur ersatzfähig, wenn der Vermieter mit der Beseitigung des Mangels im Verzug war. Der Schuldner kommt nach § 286 Abs. 1 BGB in Verzug, wenn er eine fällige Leistung trotz Mahnung des Gläubigers schuldhaft nicht erbringt.

Die aus § 535 Abs. 1 S. 2 BGB resultierende Pflicht des Vermieters zur Beseitigung von während der Mietzeit auftretenden Mängeln an der Mietsache wird in dem Moment fällig, in dem der Mangel auftritt. Problematisch ist vorliegend, dass R den E nicht mahnte, den Mangel zu beseitigen. Allerdings könnte die Mahnung nach § 286 Abs. 2 Nr. 4 BGB entbehrlich sein, wenn aus besonderen Gründen unter Abwägung der beiderseitigen Interessen der sofortige Eintritt des Verzugs gerechtfertigt ist. Bei sogenannten „Eilmaßnahmen“ ist anerkannt, dass der Mieter diese vornehmen und nach § 536a Abs. 2 Nr. 1 BGB Ersatz verlangen darf, ohne dass eine Benachrichtigung des Vermieters und eine Mahnung erforderlich sind.² Eilmaßnahmen sind von den Notmaßnahmen in § 536a Abs. 2 Nr. 2 BGB zu unterscheiden. Während letztere zum Schutz der Substanz der Mietsache, deren Erhalt und Wiederherstellung dringend erforderlich sind, handelt es sich bei Eilmaßnahmen um Maßnahmen, die keinen Aufschub dulden, um erhebliche Schäden an den Rechtsgütern des Mieters zu verhindern.³ Aufgrund der erheblichen Gefahr für Leben und Gesundheit des R bei Betreten und Verlassen des Gebäudes, ist die Reparatur des Unwetterschadens eine solche Eilmaßnahme. Mithin ist die Mahnung im vorliegenden Fall entbehrlich.

Allerdings kommt der Vermieter auch im Falle einer entbehrlichen Mahnung nur dann in Verzug, wenn er das Aus-

bleiben der Mängelbeseitigung nach §§ 286 Abs. 4, 276 Abs. 1, Abs. 2 BGB zu vertreten hat. Da der Vermieter jederzeit mit Mängeln an der Mietsache rechnen muss, sorgt ein nach Maßstab des § 276 Abs. 2 BGB sorgfältiger Vermieter auch bei kurzfristiger Abwesenheit für seine Erreichbarkeit oder Vertretung. Das Entfernen von Gallensteinen ist zudem kein plötzlicher medizinischer Notfall, sondern wird üblicherweise im Voraus geplant und terminiert. E hat den Verzug folglich auch zu vertreten.⁴

5. Anspruchsinhalt

Der Ersatzanspruch nach § 536a Abs. 2 Nr. 1 BGB erfasst alle Aufwendungen, die der Mieter nach sorgfältiger und verständiger Prüfung sowie gegebenenfalls nach fachmännischem Rat für geeignet und notwendig halten durfte.⁵ Die Reparatur des Daches war geeignet und auch erforderlich, um die Verletzungsgefahr durch herabfallende Dachziegel zu beseitigen.

Nach § 536a Abs. 2 in Verbindung mit § 257 S. 1 BGB kann R von E verlangen, dass dieser ihn im Umfang von € 1.500,- von der Verbindlichkeit gegenüber D befreit.

II. Ergebnis

R hat einen Anspruch gegen E auf Befreiung von der gegenüber D eingegangenen Verbindlichkeit im Umfang von € 1.500,- aus §§ 536a Abs. 2 Nr. 1, 257 S. 1 BGB.

Aufgabe 3**I. Anspruch D gegen E auf Zahlung von € 1.500,- aus abgetretenem Recht, §§ 536a Abs. 2, 257 S. 1, 398 BGB**

D könnte gegen E einen Anspruch auf Zahlung von € 1.500,- aus abgetretenem Recht haben, wenn R seinen Anspruch gegen E in dieser Höhe an D abgetreten hat.

1. Abtretung

Voraussetzung hierfür ist, dass sich R und D zumindest konkludent über die Forderungsabtretung geeinigt haben, § 398 S. 1 BGB. Fraglich ist, ob die Aufforderung des R an D, dieser solle sich wegen der € 1.500,- an E halten, dahingehend zu verstehen ist, dass R seinen Anspruch gegen E auf den D übertragen wollte. Maßgeblich für die Auslegung ist der objektive Empfängerhorizont, §§ 133, 157 BGB. Führt der Wortlaut zu keinem klaren Ergebnis, ist insbesondere

⁴ A.A. nur mit guter Argumentation vertretbar; zu diskutieren wäre dann, ob der Vermieter nicht gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB) verstößt, wenn er sich mit dem Argument seiner Abwesenheit der Ersatzpflicht entzieht, obwohl die Maßnahmen zum Schutz von Leben und Gesundheit des Mieters und Dritter objektiv dringend erforderlich waren, dazu *Eisen-schmid*, in: Schmidt-Futterer, Kommentar zum Mietrecht, 11. Aufl. 2013, § 536a Rn. 124.

⁵ Allg. anerkannt, vgl. *Bieber*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 539 Rn. 4; *Weidenkaff*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 72. Aufl. 2013, § 536a Rn. 18.

² *Blank*, in: Blank/Börstinghaus, Kommentar zum Mietrecht, 3. Aufl. 2008, § 536a Rn. 44; *Ehlert*, in: Bamberger/Roth, Kommentar zum BGB, 3. Aufl. 2012, § 536a Rn. 28; *Häublein*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 536a Rn. 26.

³ *Blank* (Fn. 2), § 536a Rn. 44; *Ehlert* (Fn. 2), § 536a Rn. 28.

auch die Interessenlage der Parteien zu berücksichtigen.⁶ Aus der Äußerung wird jedenfalls deutlich, dass R nicht an D zahlen und sich anschließend bei E um Regress bemühen möchte, sondern es vorzöge, wenn D sich direkt bei E befriedigte. Durch die Abtretung seines Anspruches erfüllungshalber oder an Erfüllung statt könnte R dem D rechtlich ermöglichen, diesen Weg zu beschreiten. Nach § 364 Abs. 1 BGB erlischt der Anspruch auf die ursprünglich Leistung, wenn der Gläubiger eine andere als die geschuldete Leistung als Erfüllung akzeptiert. D würde dadurch zwar einen Anspruch gegen E erwerben, gleichzeitig aber seinen Anspruch gegen R nach § 364 Abs. 1 BGB verlieren. Bei der Leistung erfüllungshalber bleibt der ursprüngliche Anspruch dagegen bestehen. Der Gläubiger verpflichtet sich, vorrangig Befriedigung aus dem erfüllungshalber überlassenen Gegenstand zu suchen. Gelingt ihm dies, so erlischt der Anspruch auf die geschuldete Leistung. Anderenfalls kann er weiterhin die geschuldete Leistung verlangen.⁷ D würde sich verpflichten, zunächst aus dem abgetretenen Anspruch gegen E vorzugehen. Sollte dies nicht gelingen, könnte er aber weiterhin von R Zahlung der geschuldeten € 1.500,- verlangen. D erhielte ohne wesentliche Nachteile oder Risiken eine zusätzliche Möglichkeit zur Befriedigung, was in seinem Interesse liegt. Auch für R entstünden keine Nachteile. Sollte D bei dem zahlungsunwilligen E Erfolg haben, wäre R befreit. Sollte D scheitern, stünde R nicht schlechter als zuvor: er erhielte seinen erfüllungshalber überlassenen Anspruch gegen E zurück und müsste selbst € 1.500,- an D zahlen. Naheliegend ist daher, die Aufforderung des R an D, er solle sich an E wenden, als konkludente Abtretungserklärung zu verstehen. Dass D anschließend tatsächlich selbst mit einer Zahlungsaufforderung an E herantrat, ist ein Anhaltspunkt dafür, dass D das in seinem Interesse liegende Angebot zur Abtretung annahm.

Im Ergebnis ist das Verhalten des R und des D daher als konkludente Einigung über die Abtretung des Anspruches, der R gegen E zusteht, zu verstehen.⁸

2. Änderung des Anspruchsinhalts, § 399 BGB

Gemäß § 399 BGB kann eine Forderung nicht abgetreten werden, wenn die Leistung an einen anderen Gläubiger nicht ohne Inhaltsänderung der Forderung möglich wäre. Der Anspruch des R gegen E war auf Befreiung des R von der gegenüber D eingegangenen Verbindlichkeit in Höhe von € 1.500,- gerichtet, § 257 S. 1 BGB. Der Befreiungsanspruch ist damit an die Person des ursprünglichen Gläubigers gebunden, der mit Eingehung der Verbindlichkeit zum Schuldner eines Drit-

ten wurde.⁹ Der Befreiungsanspruch wird daher grundsätzlich als nach § 399 Var. 1 BGB nicht abtretbar angesehen.¹⁰ Eine Ausnahme gilt aber gegenüber dem Gläubiger der Verbindlichkeit: Mit Abtretung an ihn wandelt sich der Befreiungsanspruch in einen Anspruch auf die ihm geschuldete Leistung um.¹¹ Nach der Abtretung an D ist der Anspruch deshalb nicht mehr darauf gerichtet, dass E den R auf beliebige Weise von dessen Verbindlichkeit gegenüber D befreit. Stattdessen kann D von E unmittelbar die von R geschuldete Leistung verlangen, nämlich Zahlung von € 1.500,-.

3. Ergebnis

D hat gegen E einen Anspruch auf Zahlung von € 1.500,- aus abgetretenem Recht, §§ 536a Abs. 2, 398 BGB.

II. Anspruch D gegen E auf Zahlung von € 1.500,- aus §§ 670, 683 S. 1, 677 BGB

D könnte gegen E einen Anspruch auf Zahlung von € 1.500,- aus berechtigter Geschäftsführung ohne Auftrag nach §§ 670, 683 S. 1, 677 BGB haben.

1. Geschäftsführung des D

D müsste ein Geschäft geführt haben. Geschäftsführung ist jede Tätigkeit, die für einen anderen erledigt werden kann,¹² z.B. wie hier die Reparatur eines Daches.

2. D als vertraglich pflichtengebundener Geschäftsführer

Problematisch ist, dass der Gegenstand der Geschäftsführung, nämlich die Reparatur des Daches, bereits Gegenstand des Werkvertrages zwischen R und D ist. D ist deshalb ein sogenannter vertraglich pflichtengebundener Geschäftsführer. Welche Auswirkung die vertragliche Verpflichtung zur Vornahme der Geschäftsführung auf das Verhältnis zwischen (pflichtengebundenem) Geschäftsführer und Geschäftsherrn hat, ist umstritten. Es lassen sich im Wesentlichen drei Ansichten unterscheiden.

a) Erste Ansicht: Anwendbarkeit der §§ 677 ff. BGB und Vermutung des Fremdgeschäftsführungswillens

Nach einer Ansicht gelten für den vertraglich pflichtengebundenen Geschäftsführer keine grundsätzlichen Besonderheiten.¹³

⁶ BGH NJW 2000, 2099; BGH NJW-RR 2006, 338; *Ellenberger*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 72. Aufl. 2013, § 133 Rn. 18.

⁷ Ausführlich zur Leistung erfüllungshalber und an Erfüllung statt z.B. *Looschelders*, Schuldrecht AT, 11. Aufl. 2013, Rn. 403 ff.; *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht AT, 20. Aufl. 2012, Rn. 281 ff.

⁸ A.A. gut vertretbar. Ohne Einigung zwischen R und D scheidet ein Anspruch aus abgetretenem Recht aus; § 399 BGB wäre lediglich hilfsweise zu prüfen.

⁹ *Bittner*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearb. 2009, § 257 Rn. 11.

¹⁰ Allgemeine Meinung: RGZ 121, 303 (305); BGHZ 12, 136 = NJW 1954, 795; *Grüneberg*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 72. Aufl. 2013, § 399 Rn. 4; *Bittner* (Fn. 9), § 257 Rn. 11.

¹¹ Allgemeine Meinung: RGZ 121, 303 (305); BGHZ 12, 136 = NJW 1954, 795; BGHZ 189, 45 (49) = NJW 2011, 2351 (2352); *Grüneberg* (Fn. 10), § 399 Rn. 4; *Bittner* (Fn. 9), § 257 Rn. 11.

¹² *Wandt*, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 5. Aufl. 2012, § 4 Rn. 1.

¹³ So vor allem die frühere Rechtsprechung des BGH, vgl. BGHZ 39, 261 (265) = NJW 1963, 1401 (1402); BGHZ 61, 359 (363) = NJW 1974, 96 (97); zum aufgrund eines unwirk-

Ein Anspruch aus berechtigter oder unberechtigter GoA wäre dem Grunde nach gegeben, wenn das Geschäft für D fremd war und D im Zeitpunkt der Geschäftsbesorgung mit Fremdgeschäftsführungswillen handelte.

aa) Fremdheit

Die Dachreparatur müsste für D ein fremdes Geschäft gewesen sein. Die vertragliche Verpflichtung des Geschäftsherrn schließt nach dieser Ansicht die Fremdheit des Geschäfts nicht aus, denn ein Geschäft könne auch dann fremd sein, wenn der Geschäftsführer vorrangig eigene Pflichten wahrnimmt.¹⁴ Fremd sei ein Geschäft bereits dann, wenn es nicht ausschließlich eine eigene Angelegenheit des Geschäftsführers beinhaltet, sondern zumindest auch in den Interessenbereich eines anderen fällt (sog. auch-fremdes Geschäft).¹⁵

Mit der Durchführung der Reparatur erfüllt D zwar in erster Linie seine eigene, aus dem Werkvertrag mit R resultierende Pflicht. Gleichzeitig fällt die Reparatur und Instandhaltung eines Gebäudes aber auch in die Zuständigkeit des Gebäudeeigentümers E, sodass die Fremdheit des Geschäfts im Sinne eines auch-fremden Geschäfts gegeben ist.

bb) Fremdgeschäftsführungswille

D müsste mit Fremdgeschäftsführungswille gehandelt haben. Fremdgeschäftsführungswille setzt voraus, dass der Geschäftsführer im Zeitpunkt der Geschäftsbesorgung die Fremdheit des Geschäfts kannte und mit dem Willen handelte, im Interesse des Geschäftsherrn tätig zu werden.¹⁶ Der Fremdgeschäftsführungswille muss als subjektives Tatbestandsmerkmal an sich nicht nach außen in Erscheinung treten. Da D's Gedanken während der Reparatur nicht bekannt sind, könnte nur aufgrund anderer Anhaltspunkte auf einen Fremdgeschäftsführungswillen geschlossen werden.¹⁷

Generell wird der Fremdgeschäftsführungswille sowohl beim objektiv fremden als auch beim auch-fremden Geschäft vermutet. Nach der hier dargestellten Ansicht soll diese Vermutung auch für das auch-fremde Geschäft des vertraglich pflichtengebundenen Geschäftsführers gelten.¹⁸ Allein die Tatsache, dass der Geschäftsführer einem Dritten vertraglich verpflichtet ist, sei gerade nicht geeignet, die Vermutung für den Fremdgeschäftsführungswillen zu widerlegen. Der Sach-

samen Vertrages nur vermeintlich pflichtengebundenen Geschäftsführer BGH NJW 1993, 3196; zum aus sonstigen Gründen pflichtengebundenen Geschäftsführer BGHZ 16, 12 (16) = NJW 1955, 257 (258); BGHZ 110, 313 (315) = NJW 1990, 2058 (2059).

¹⁴ BGHZ 40, 28 (30) = NJW 1963, 1825 (1826).

¹⁵ BGHZ 16, 12 = NJW 1955, 257; BGHZ 110, 313 = NJW 1990, 2058.

¹⁶ BGH NJW 2000, 72; *Wandt* (Fn 12), § 4 Rn. 24.

¹⁷ Zur Unterscheidung zwischen materiell-rechtlichen und beweisrechtlichen Anforderungen an den „Willen“ *Wandt* (Fn 12), § 4 Rn. 28 f.

¹⁸ BGHZ 16, 12 (16) = NJW 1955, 257 (258); BGHZ 40, 28 (31) = NJW 1963, 1825 (1826); BGHZ 110, 313 = NJW 1990, 2058; BGH NJW 2007, 63.

verhalt liefert keine zusätzlichen Anhaltspunkte, um diese Vermutung zu widerlegen, sodass von Fremdgeschäftsführungswillen des D auszugehen ist.

cc) Zwischenergebnis nach der erstgenannten Ansicht

Eine Geschäftsführung ohne Auftrag liegt vor.

b) Zweite Ansicht: Unanwendbarkeit der §§ 677 ff. BGB

Nach anderer Ansicht sind die §§ 677 ff. BGB im Falle des vertraglich pflichtengebundenen Geschäftsführers von vornherein nicht anwendbar, sofern der Vertrag zwischen dem vermeintlichen Geschäftsführer und dem Dritten deren gegenseitige Rechte und Pflichten, insbesondere die Vergütung, abschließend und umfassend regelt.¹⁹ Der von R und D geschlossene Werkvertrag regelt umfassend und abschließend, welche Leistungen D zu erbringen hat und welche Vergütung er dafür von R als Vertragspartner erhält.

Nach dieser Ansicht sind Ansprüche des D gegen R aus §§ 677 ff. BGB ausgeschlossen.

c) Dritte Ansicht: Anwendbarkeit der §§ 677 ff. BGB, aber keine Vermutung des Fremdgeschäftsführungswillens

Schließlich wird vertreten, dass die §§ 677 ff. BGB zwar nicht schon dem Grundsatz nach ausgeschlossen sind, dass aber im Falle des vertraglich pflichtengebundenen Geschäftsführers die Tatbestandsmerkmale regelmäßig nicht vorliegen. Die beim objektiv fremden Geschäft angewandte Vermutung für den Fremdgeschäftsführungswillen könne für den vertraglich pflichtengebundenen Geschäftsführer nicht aufrecht erhalten werden.²⁰ Für dessen auch-fremdes Geschäft müsse stattdessen – wie bei einem neutralen Geschäft – im Einzelfall anhand besonderer Anhaltspunkte positiv nachgewiesen werden, dass er tatsächlich im fremden Interesse handelte.

Der Sachverhalt liefert keine Anhaltspunkte dafür, dass D nicht lediglich seine vertraglichen Pflichten gegenüber R erfüllen wollte, sondern darüber hinaus noch den Willen hatte, die Reparatur als Geschäft für E auszuführen, ihm die Geschäftsführung nach § 681 S. 1 BGB anzuzeigen, dessen Entschließung abzuwarten und sich gegebenenfalls dessen Weisungen zu unterwerfen. D nahm E als von der Reparatur begünstigten Grundstückseigentümer zwar zur Kenntnis, hielt sich ansonsten aber ausschließlich an R. Folglich muss davon ausgegangen werden, dass D nicht mit dem Willen handelte, das Geschäft als fremdes Geschäft für E zu führen, sondern

¹⁹ BGH NJW-RR 2004, 81 (83); BGH NJW-RR 2004, 956; BGH, Urt. v. 28.6.2011 – VI ZR 184/10; *Gehrlein*, in: Bamberger/Roth, Kommentar zum BGB, 3. Aufl. 2012, § 677 Rn. 16; *Seiler*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 677 Rn. 20; *Weishaupt*, NJW 2000, 1002 (1003).

²⁰ OLG Koblenz NJW 1992, 2367 (2368); OLG Saarbrücken NJW 1998, 828; LG Landau NJW 2000, 1046; LG Köln 1992, 2354; *Martinek*, in: Staudinger Eckfelder des Zivilrechts, Kommentar zum BGB, Neubearb. 2012, Kap. S Rn. 114; *ders./Theobald*, JuS 1997, 992; *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht, 24. Aufl. 2013, Rn. 414.

ausschließlich im eigenen Interesse zur Vertragserfüllung handelte.

Nach der dritten Ansicht ist daher im vorliegenden Fall keine Geschäftsführung ohne Auftrag gegeben.

d) Diskussion und Entscheidung

Tritt neben die vertragliche Beziehung zwischen Geschäftsführer und Vertragspartner noch eine weitere, vertragsähnliche Beziehung zwischen Geschäftsführer und Geschäftsherrn, so führt dies zu mehreren Problemen: Die Annahme, dass wann immer eine innerhalb eines Vertragsverhältnisses erbrachte Leistung auch einem Dritten zu Gute kommt, zu diesem Dritten eine zusätzliche Rechtsbeziehung in Form der Geschäftsführung ohne Auftrag entsteht, missachtet den Vorrang der Privatautonomie und verstößt damit gegen das gesetzliche Ordnungsgefüge des Privatrechts.²¹ Wenn Vertragspartner im Verhältnis zueinander ausführlich ihre gegenseitigen (Vergütungs-)Rechte und (Leistungs-)Pflichten regeln, so ist der Ausgleich der gegenseitigen Interessen abschließend geregelt. Dies gilt auch im Verhältnis zu außerhalb der Vertragsbeziehung stehenden Dritten, denen die Leistung zufällig einen Vorteil beschert.²² Die Entscheidung des Gesetzgebers gegen die Versionsklage²³ zeigt deutlich, dass der Ausgleich für die erbrachten Leistungen ausschließlich innerhalb des jeweiligen Vertragsverhältnisses stattzufinden hat und allein die zufällige Begünstigung eines Dritten gerade nicht zu einem zusätzlichen Direktanspruch gegen diesen führen soll.²⁴ Dies ist auch dann nicht unbillig, wenn der Vertragspartner zahlungsunfähig ist.²⁵ Das Insolvenzrisiko haftet jedem Vertragsschluss an und kann durch die freie Auswahl des Vertragspartners gesteuert werden. Ein direkter Zugriff auf den Geschäftsherrn wäre hingegen eine grundlose Privilegierung des Geschäftsführers, welche die Wertentscheidung des Gesetzgebers zu Gunsten des Vorrangs der Privatautonomie und gegen den direkten Durchgriff auf einen zufällig begünstigten Dritten

²¹ Gursky, AcP 185 (1985), 13 (37); Martinek (Fn. 20), Kap. S Rn. 114; Martinek, JuS 1997, 992 (993 ff.); Schubert, AcP 178 (1978), 425 (442); Weishaupt, NJW 2000, 1002 (1003).

²² BGH NJW-RR 2003, 81 (83); Gehrlein in: Bamberger/Roth, Kommentar zum BGB, 3. Aufl. 2012, § 677 Rn. 16.

²³ Die gemeinrechtliche Versionsklage war ursprünglich als allgemeine Verwendungsklage auf die Erstattung von Vermögenswerten gerichtet, die zum Nutzen eines Dritten verwendet wurden. Ihr Anwendungsbereich wurde aber zunehmend ausgedehnt, sodass für den Durchgriff letztlich ausreichend war, wenn durch ein Rechtsgeschäft zufällig ein Dritter bereichert wurde; Bergmann, Die Geschäftsführung ohne Auftrag als Subordinationsverhältnis, 2010, S. 195 f.; Martinek (Fn. 20), Kap. S Rn. 13.

²⁴ OLG Koblenz NJW 1992, 2367 (2368); Gursky, AcP 185 (1985), 13 (38); Martinek (Fn. 20), Kap. S Rn. 114; Medicus/Petersen (Fn. 20), Rn. 414; Weishaupt, NJW 2000, 1002 (1003).

²⁵ BGH NJW-RR 2003, 81 (83); Martinek, JuS 1997, 992 (994 f.); Weishaupt, NJW 2000, 1002 (1003).

konterkariert.²⁶ Die Geschäftsführung ohne Auftrag würde dadurch zum Instrument der Insolvenzabsicherung zu Lasten vertragsfremder Dritter gemacht.

Weiterhin ist problematisch, dass der Geschäftsführer in eine Pflichtenkollision gerät, indem er einerseits an die Absprachen mit seinem Vertragspartner gebunden ist, sich andererseits aber dem Willen und den Anweisungen des Geschäftsherrn zu unterwerfen hat.²⁷ Der vertraglich pflichtengebundene Geschäftsführer ist notwendigerweise mit dem permanenten Risiko belastet, in einem der beiden Rechtsverhältnisse eine Pflichtverletzung zu begehen. Insbesondere angesichts dieser fast unvermeidlichen Pflichtenkollision kann die Vermutung der ersten Ansicht, auch der pflichtengebundene Geschäftsführer handle regelmäßig mit Fremdgegeschäftsführungswillen, nicht überzeugen. Nach der Lebenswirklichkeit scheint eher das Gegenteil der Fall zu sein, nämlich dass der Geschäftsführer sich zur Sicherung seiner vertraglichen Vergütung und zur Vermeidung von Schadensersatzansprüchen regelmäßig ausschließlich nach seiner eigenen vertraglichen Verpflichtung richtet und höchstens im Ausnahmefall auch den Willen hat, gleichzeitig als Geschäftsführer für einen nicht am Vertrag beteiligten Dritten zu handeln.

Auf Grund der angeführten Erwägungen ist die erste Ansicht in jedem Fall abzulehnen. Da ein Fremdgegeschäftsführungswille des D im vorliegenden Fall nicht positiv nachweisbar ist, bedarf es keiner Entscheidung zwischen den verbleibenden Ansichten. Im Ergebnis liegt eine Geschäftsführung ohne Auftrag des D zu Gunsten des E nicht vor.

3. Ergebnis

D hat keinen Anspruch gegen E auf Zahlung von € 1.500,- aus §§ 670, 683 S. 1, 677 BGB.

III. Anspruch D gegen E auf Zahlung von € 1.500,- aus §§ 951 Abs. 1, 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB

D könnte gegen E einen Anspruch auf Zahlung von € 1.500,- aus §§ 951 Abs. 1, 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB haben.

1. Rechtsverlust nach §§ 946-950 BGB

In Betracht kommt der Verlust des Eigentums an den verwendeten Dachziegeln durch Verbindung mit einem Grundstück nach § 946 BGB. Voraussetzung ist, dass die Dachziegel im Zuge der Reparatur des Daches wesentlicher Bestandteil des Grundstücks nach § 94 BGB geworden sind. Nach § 94 Abs. 1 BGB sind wesentliche Bestandteile eines Grundstücks die darauf errichteten, fest mit dem Grundstück verbundenen Gebäude. Die zur Herstellung eines Gebäudes eingefügten Sachen gehören nach § 94 Abs. 2 BGB zu dessen wesentlichen Bestandteilen und sind damit gleichzeitig wesentlicher Bestandteil des Grundstücks, sofern sie nicht nur

²⁶ BGH NJW-RR 2003, 81 (83); Gursky, AcP 185 (1985), 13 (38); Martinek (Fn. 20), Kap. S Rn. 114; Martinek, JuS 1997, 992 (994 f.); Weishaupt, NJW 2000, 1002 (1003).

²⁷ Martinek, JuS 1997, 992 (994); Schubert, AcP 178 (1978), 425 (437 ff.); Wandt (Fn 12), § 8 Rn. 5 a.E.; Weishaupt, NJW 2000, 1002 (1003).

zu vorübergehendem Zweck mit dem Grundstück verbunden sind, § 95 BGB. Zur Herstellung eingefügt ist eine Sache, wenn das Gebäude ohne sie nach Verkehrsanschauung noch nicht fertiggestellt ist. Eine feste Verbindung der Sache mit dem Gebäude im Sinne des § 93 BGB ist dabei nicht erforderlich.²⁸ Nach der Verkehrsanschauung ist ein Gebäude ohne Dacheindeckung noch nicht fertiggestellt,²⁹ sodass die Dachziegel mit dem Auflegen auf das Dach wesentliche Bestandteile des Gebäudes und gleichzeitig auch des Grundstücks des E wurden. Sie gingen nach § 946 BGB in dessen Eigentum über.

2. Rechtsfolge der Verweisung in § 951 Abs. 1 BGB

Für den Ausgleich verweist § 951 Abs. 1 BGB auf die Vorschriften des Bereicherungsrechts. Dabei handelt es sich um eine Rechtsgrundverweisung.³⁰ Umstritten ist jedoch, ob nur auf die Nichtleistungskondition oder auch auf die Leistungskondition verwiesen wird.³¹ Dieser Streit könnte dahinstehen, wenn eine Leistungskondition mangels Leistung ohnehin nicht in Betracht käme. D hätte die Materialien an E geleistet, wenn er durch Auflegen der Dachziegel das Vermögen des E bewusst und zweckgerichtet gemehrt hätte, mithin einen Leistungszweck gegenüber E verfolgt hätte. D wollte aber den vertraglichen Anspruch des R erfüllen und leistete folglich zum Zwecke der Erfüllung (*solvendi causa*) an R. Der Sachverhalt liefert, wie bereits festgestellt, keine Anhaltspunkte dafür, dass D zusätzlich noch einen Leistungszweck gegenüber E verfolgt haben könnte. Mangels Leistung des D an E kann also nur eine Nichtleistungskondition in Betracht kommen. Es kann daher hier dahinstehen, ob § 951 Abs. 1 BGB auch auf die Leistungskondition verweist.

3. Voraussetzungen des § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB

Fraglich ist, ob die Tatbestandsvoraussetzungen des § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB im Verhältnis von D zu E gegeben sind.

a) Etwas erlangt

D hat nach § 946 BGB Eigentum an den Dachziegeln durch Verbindung mit dem Gebäude erlangt.

b) Vorrang der Leistungskondition

Eine Nichtleistungskondition scheidet aus, wenn das Eigentum an den Dachziegeln Gegenstand einer vorrangigen Leistungsbeziehung ist. Die Nichtleistungskondition ist nicht nur ausgeschlossen, wenn der Bereicherungsgläubiger selbst den Bereicherungsgegenstand an den Bereicherungsschuldner geleistet hat, sondern bereits dann, wenn der Bereicherungsschuldner den Bereicherungsgegenstand überhaupt durch Leistung (eines Dritten) erlangt hat.³²

aa) Leistung des R an E

E könnte das Eigentum an den Dachziegeln durch Leistung des R erlangt haben. Sofern man nicht unterstellt, D habe die Dachziegel konkludent an R übereignet, bevor er diese auf dem Dach verlegte, war R selbst niemals Eigentümer der Dachziegel. Der Leistende muss jedoch nicht selbst Eigentümer sein, um Eigentum zu leisten. Ausreichend ist, wenn der Leistende den dritten Eigentümer anweist, dem Leistungsempfänger direkt Eigentum zu verschaffen und der Leistende damit aus Sicht des Leistungsempfängers einen Leistungszweck ihm gegenüber verfolgt. Selbst wenn R nicht vorübergehend Eigentum an den Dachziegeln erworben hatte, sondern diese nach § 946 BGB direkt in das Eigentum des E übergangen, ist entscheidend, ob R diese Eigentumsverschaffung veranlasst hat, um einen eigenen Leistungszweck gegenüber E zu verfolgen. Leistungszweck kann jedes mit der Vermögensverschiebung verfolgte und von der Rechtsordnung erlaubte Ziel sein.³³ R war E gegenüber nicht zur Veranlassung der Reparatur verpflichtet. Insbesondere resultiert aus § 536c Abs. 1 BGB regelmäßig keine Pflicht des Mieters zur Selbstvornahme der Mängelbeseitigung.³⁴ R handelte daher nicht zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit (*solvendi causa*) gegenüber E. Als Leistungszweck kommt aber die Begründung einer Verbindlichkeit (*obligandi causa*) in Frage.³⁵ R veranlasste die Vermögensmehrung des E, um ein gesetzliches Schuldverhältnis in Form der Geschäftsführung ohne Auftrag zu begründen und daraus einen Aufwendungsersatzanspruch gegen ihn zu erwerben. Eine Direktkondition des D gegen E ist folglich aufgrund einer vorrangigen Leistungsbeziehung zwischen R und E ausgeschlossen.

bb) Leistung des D an R

Möglicherweise besteht auch im Verhältnis von D zu R eine vorrangige Leistungsbeziehung. Eine Direktkondition des Zuwendenden D gegen den Zuwendungsempfänger E scheidet auch dann aus, wenn der Zuwendende die Zuwendung als

²⁸ BGH NJW 1978, 1311; *Ellenberger* in: Palandt, Kommentar zum BGB, 72. Aufl. 2013, § 94 Rn. 6.

²⁹ Vgl. zu Dachziegeln als wesentlichen Bestandteilen nach § 94 BGB FG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 19.3.2007 – 5 K 1639/05.

³⁰ G.h.M. und st. Rspr.: BGHZ 40, 272 (276) = NJW 1964, 399 (Elektroherd-Fall); BGHZ 55, 176 (177) = NJW 1971, 612 (613) – Jungbullen-Fall; *Füller*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 951 Rn. 3; *Kindl*, in: Bamberger/Roth, Kommentar zum BGB, 3. Aufl. 2012, § 951 Rn. 2 m.w.N.

³¹ Vgl. *Füller* in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 951 Rn. 3, zu beiden Ansichten.

³² BGHZ 40, 272 (278) = NJW 1964, 399 (400); BGHZ 69, 186 (189) = NJW 1977, 2210; *Wandt* (Fn. 12), § 9 Rn. 18 m.w.N.

³³ *Wandt* (Fn. 12), § 10 Rn. 17 mit Verweis auf *Reuter/Martinek*, Ungerechtfertigte Bereicherung, Handbuch des Schuldrechts, Bd. 4, 1983, § 4 II. 2. a).

³⁴ *Weidenkaff* in: Palandt, Kommentar zum BGB 72. Aufl. 2013, § 536c Rn. 5.

³⁵ Zur Typologie der Leistungszwecke *Reuter/Martinek* (Fn. 33), § 4 II. 2. b) auf S. 89 f.

Leistung an einen Dritten, hier R, vornahm.³⁶ D führte den gesetzlichen Eigentumserwerb des E herbei, um dadurch seine eigene vertragliche Pflicht im Verhältnis zu R zu erfüllen. Die Zuwendung an E war zugleich eine Leistung *solvendi causa* an R. Diese vorrangige Leistungsbeziehung zwischen D und R schließt eine Nichtleistungskondition des D gegen E bezüglich desselben Bereicherungsgegenstandes ebenfalls aus.

4. Ergebnis

Wegen einer vorrangigen Leistungsbeziehung scheidet ein Anspruch des D gegen R aus §§ 951 Abs. 1, 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB aus.

³⁶ BGH, Urt. v. 18.1.1962 – VII ZR 181/60; OLG Hamm NJW-RR, 1992, 1105; LG Stuttgart NJW-RR 1988, 1171; *Bassenge*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 72. Aufl. 2013, § 951 Rn. 6; *Schwab*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 812 Rn. 58 a.E.

Übungsklausur im Zivilrecht: Familie Heininger*

Von Wiss. Mitarbeiter **Tilman Schultheiß**, Leipzig**

Sachverhalt

Dr. med. Georg Heininger (G) und seine Ehefrau Dipl. Stom. Helga Heininger (H) sind als Zahnärzte in Leipzig niedergelassen. Da sich ihre praktische Tätigkeit im Jahr 2012 dem Ende nähert und der geplante Verkauf ihrer renommierten Praxis in der Innenstadt einen stattlichen Erlös verspricht, entschließen sie sich, ihren arbeitsfreien Lebensabend mit dem Erwerb einer luxuriösen Immobilie zu krönen.

Ein befreundeter Arzt empfiehlt dem Ehepaar den Rechtsanwalt Dr. Jacques Defraude (D), der ihnen bei der Abwicklung eines Immobilienkaufs behilflich sein könne. Darauf angesprochen bietet D sogleich an, sämtliche Geschäfte für G und H treuhänderisch zu erledigen und lässt sich umfassend bevollmächtigen. Die lediglich von G im eigenen und im Namen der H unterzeichnete Bevollmächtigung zur eigenverantwortlichen Abgabe erforderlicher Erklärungen wird daraufhin notariell beurkundet. H hatte zuvor gegenüber dem G mündlich geäußert, dass er sie jeweils mit in die abzuschließenden Verträge einbeziehen könne. Allerdings kam es beiden nicht darauf an, auch gemeinsam Vertragspartner entsprechender Verträge zu werden.

D fasst eine dem Prospekt nach exklusive, im Eigentum der Immo-GmbH (I) stehende Immobilie für 2,8 Millionen € ins Auge, deren Beschreibung auch G und H sehr zusagt. Allerdings können sie lediglich 1,8 Millionen € aus Eigenmitteln aufbringen, so dass sie für den übrigen Teil eine Finanzierung anstreben. D schließt deshalb im Namen von G und H einen entsprechenden Kreditvertrag über den ausstehenden Teil des Kaufpreises mit der Mammon-Bank AG (M) ab, die von der Vertragsgestaltung im Übrigen keine Kenntnis erlangen konnte. Aufgrund des Verdienstes des G ist es der M gleichgültig, dass die H ebenfalls als Darlehensnehmerin benannt wird. Nach dem Vertrag soll der Betrag von 1.000.000 € über fünf Jahre mit jeweils Anfang des Monats fälliger Tilgungsrate zu einem festen Zinssatz von 2,5 % p.a. zurückgezahlt werden. Außerdem wird der M das Recht eingeräumt, den Darlehensvertrag im Falle des Verzuges des Darlehensnehmers mit der Tilgungs- und Zinszahlung außerordentlich zu kündigen. Der Kredit soll laut Vertrag durch eine in gleicher Höhe valutierende Grundschuld an der finanzierten Immobilie gesichert werden. Die Darlehensvaluta in Höhe von 1.000.000 € überweist die M im Dezember 2012 vereinbarungsgemäß auf ein Konto der I.

Die anfängliche Euphorie über die vermeintliche Luxusimmobilie verfliegt bei G und H schnell, als ein Gutachter den realen Marktwert der Immobilie auf 1.500.000 € taxiert. Daraufhin erklärt G wirksam gegenüber der I den Widerruf

des Grundstückskaufvertrages. Außerdem setzt er im Februar 2013 wortlos die Tilgung des Darlehens aus. Auf die Mahnungen der M, in der sie dem G unter anderem eine zweiwöchige Zahlungsfrist setzt und für den Fall der Nichtzahlung die Fälligkeit der gesamten Restschuld androht, reagiert er erst im Juni 2013 und beauftragt wegen seiner permanent hohen Arbeitsbelastung seinen Sohn Ferdinand Heininger (F), sich der Sache anzunehmen. F meldet sich daraufhin per E-Mail bei M und erklärt, dass sich sein Vater an seine im Zusammenhang mit dem Darlehen abgegebenen Erklärungen nicht mehr gebunden sehe. F sei befugt, sämtliche Geschäfte in diesem Zusammenhang zu beenden, was er hiermit auch erkläre. M, die den F nicht kennt und die von dessen Bevollmächtigung nicht durch G informiert wurde, äußert daraufhin, dass sie dessen Erklärungen nicht anerkenne, da er sich nicht legitimiert habe. F hält diesen Einwand für unbeachtlich und unternimmt in der Folgezeit nichts.

Als sich die rückständigen Raten im Juli 2013 auf mehr als 100.000 € belaufen, kündigt die M das Darlehen im August 2013 per E-Mail und verlangt von G und H die Rückzahlung der Darlehensvaluta abzüglich bereits gezahlter 50.000 €. Daneben verlangt M von G und H Verzugszinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz für die von Februar bis Juli 2013 ausstehenden Raten.

Daraufhin wendet sich G an einen Rechtsanwalt. Dieser meint, ein Darlehensvertrag sei schon nicht wirksam zustande gekommen, da die Formvorschriften nicht eingehalten seien. Verzugszinsen kämen schon deshalb nicht in Betracht, weil G den Darlehensvertrag durch Einstellung der Zahlungen im Februar 2013 konkludent, spätestens aber im Juni 2013 vertreten durch den F wirksam widerrufen habe. Außerdem sei der Verzugszinssatz viel zu hoch. Auch eine Verpflichtung der H scheide aus, da diese – was zutrifft – den G nicht schriftlich bevollmächtigt habe. Auch stehe der M kein Kündigungsrecht zu.

Frage

Stehen der M die geltend gemachten Ansprüche gegen G und H zu?

Bearbeitungsvermerk

Die Bedingungen des Darlehensvertrages sind für grundpfandrechtlich abgesicherte Verträge und deren Zwischenfinanzierung üblich.

Lösungsvorschlag

I. Anspruch der M auf Rückzahlung der 950.000 €

I. Anspruch aus § 488 Abs. 1 S. 2 BGB

M könnte ein Anspruch auf Rückzahlung der 950.000 € gegen G und H aus § 488 Abs. 1 S. 2 BGB zustehen. Dies setzt zunächst voraus, dass ein wirksamer Darlehensvertrag zwischen M sowie G und H geschlossen wurde.

* Die Klausur auf dem Niveau der Ersten Juristischen Staatsprüfung behandelt mit dem Verbraucher- und Immobiliendarlehensrecht eher unbekanntere Fragen des Besonderen Teils des BGB. Innerhalb dieser Materie finden sich zahlreiche bekannte Probleme aus dem Allgemeinen Teil des BGB.

** Der Verf. ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl von Prof. Dr. Reinhard Welter an der Universität Leipzig.

a) Wirksamer Darlehensvertrag

Ein Darlehensvertrag besteht als Konsensualvertrag¹ aus zwei korrespondierenden Willenserklärungen, Angebot und Annahme (§§ 145 ff. BGB).² Dass die M, gemäß § 164 Abs. 1 BGB vertreten durch einen ihrer vertretungsbefugten Mitarbeiter, eine entsprechende Willenserklärung abgegeben hat, ist mangels entgegenstehender Angaben zu unterstellen.

G und H haben selbst keine Erklärung abgegeben. Möglicherweise sind sie aber beim Vertragsschluss gemäß §§ 164 ff. BGB durch D vertreten worden. Dies setzt voraus, dass er eine eigene Willenserklärung im fremden Namen abgegeben und mit Vertretungsmacht für H und G gehandelt hat.

aa) Eigene Willenserklärung

Da D die Verhandlungen mit der M mit Entscheidungsspielraum („eigenverantwortlich“) sollte führen dürfen, hatte er nicht als Übermittler einer fremden Willenserklärung lediglich eine Botenstellung inne, sondern gab eine eigene Willenserklärung ab.³

bb) Im fremden Namen

D handelte laut Sachverhalt im Namen von G und H und wahrte so das Erfordernis der Offenkundigkeit, § 164 Abs. 2 BGB.

cc) Mit Vertretungsmacht

Fraglich ist, ob D auch mit Vertretungsmacht handelte. Darunter versteht man die Macht, Rechtsgeschäfte mit Wirkung für und gegen einen anderen abzuschließen.

(1) Bevollmächtigung gem. § 167 Abs. 2 BGB

Eine Vertretungsmacht des D könnte infolge einer (Innen-)Bevollmächtigung⁴ (§ 167 Abs. 1 Alt. 1 BGB) begründet worden sein. Unter einer Vollmacht ist – in Abgrenzung zur gesetzlichen Vertretungsmacht – die durch Rechtsgeschäft begründete Vertretungsmacht zu verstehen, § 166 Abs. 2 BGB. Am rechtsgeschäftlichen Willen des G, dem D eine Vollmacht für seine eigene Person zu erteilen, bestehen keine Zweifel; eine entsprechende Erklärung hat der G gegenüber D abgegeben.

Allerdings erfolgte die Bevollmächtigung hier allein durch G, während die H selbst keine Erklärung abgab. Somit ist fraglich, ob hierdurch auch eine Vertretungsmacht des D hinsichtlich der H begründet werden konnte. Dies setzt wiederum voraus, dass G seinerseits gem. § 164 Abs. 1 BGB als Vertreter der H agierte; andernfalls würde aus § 180 S. 1

¹ Zur durch § 488 BGB überholten früheren Lehre vom sog. Realvertrag vgl. *Milbert*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2011, § 488 Rn. 9 ff.

² Eine Differenzierung zwischen Angebot und Annahme ist hier nicht erforderlich, da der Sachverhalt keine Angaben hierzu macht.

³ Zur Abgrenzung des Vertreters zum Boten und zum sog. Vertreter mit gebundener Marschroute vgl. *Bork*, Allgemeiner Teil des BGB, 3. Aufl. 2011, Rn. 1346.

⁴ BGH NJW 2010, 1203, zur Innenvollmacht.

BGB die Nichtigkeit der Bevollmächtigung folgen.⁵ An der Abgabe einer eigenen Willenserklärung im Namen der H bestehen insoweit keine Zweifel.

Fraglich ist allerdings, ob G auch mit Vertretungsmacht der H handelte. Womöglich ergibt sich eine Vertretungsmacht des G hier schon aus § 1357 Abs. 1 BGB (sog. Schlüsselgewalt).⁶ § 1357 Abs. 1 BGB führt neben einer Eigenverpflichtung auch zu einer gesetzlichen Vertretungsmacht, wenn ein Ehegatte unter Offenlegung seines Status gegenüber dem Erklärungsempfänger auftritt.⁷ G handelte offen. Fraglich ist damit, ob die übrigen Voraussetzungen des § 1357 Abs. 1 BGB erfüllt sind. Dies setzt voraus, dass es sich um ein Rechtsgeschäft handelt, das zur angemessenen Deckung des Lebensbedarfs der Familie diene. Dies ist dann der Fall, wenn das Geschäft einen Bezug zur familiären Konsumgemeinschaft aufweist und sich innerhalb der durchschnittlichen Verbrauchsgewohnheiten von Familien in vergleichbaren sozialen Lagen hält.⁸

Darunter können zwar im Grundsatz auch Kreditgeschäfte fallen.⁹ Auch die zwingenden Regelungen des Verbraucherschutzes schließen eine Anwendung des § 1357 BGB nach der h.M. nicht aus, da die Norm andernfalls eines erheblichen Teils ihres Anwendungsbereichs beraubt würde.¹⁰ Allerdings ist zweifelhaft, ob vorliegend im Angesicht des Kreditvolumens von 1.000.000 € noch von einer Angemessenheit ausgegangen werden kann, da trotz der offenbar guten wirtschaftlichen Situation der Eheleute nicht anzunehmen ist, dass einer der beiden Ehegatten derlei Geschäfte üblicherweise allein abzuwickeln pflegt. Vielmehr handelte es sich bei der Darlehensaufnahme zur Finanzierung eines Grundstückserwerbs um ein grundlegendes Geschäft, das nicht mehr als angemessenes Geschäft für die Bedarfsdeckung angesehen werden kann.¹¹

Allerdings hat sie dem G gegenüber geäußert, dass er sie jeweils als Vertragspartnerin angeben dürfe. Darin kann auch die konkludente Bevollmächtigung gem. § 167 Abs. 1 Alt. 1 BGB zur Vornahme entsprechender Rechtsgeschäfte gesehen werden.

(2) Form gem. § 492 Abs. 4 S. 1 BGB

Fraglich ist, ob die Vollmachterteilung hier formgerecht erfolgte. Grundsätzlich bedarf die Erteilung einer Vollmacht

⁵ Dazu BAG NZA 2011, 683 m. Bespr. *Boemke*, JuS 2011, 1030.

⁶ § 1357 BGB ist auf sämtliche Güterstände anwendbar, so dass eine Erörterung hier nicht erforderlich war.

⁷ *Brudermüller*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 72. Aufl. 2013, § 1357 Rn. 3; einschränkend BGH JuS 2004, 630. Bespr. *Hohloch*: Rechtsmacht sui generis.

⁸ *Brudermüller* (Fn. 7), § 1357 Rn. 11, 12.

⁹ OLG Brandenburg NJW-RR 2007, 221; LG Saarbrücken NJW 1971, 626; ebenso *Lüke*, AcP 178 (1978), 21.

¹⁰ Vgl. dazu *Voppel*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2012, § 1357 Rn. 71 ff.

¹¹ So auch *Brudermüller* (Fn. 7), § 1357 Rn. 13; vgl. BGH NJW 2004, 1593 m. Bespr. *Hohloch*, JuS 2004, 630.

keiner besonderen Form, § 167 Abs. 2 BGB.¹² Allerdings ordnet die spezielle Regelung in § 492 Abs. 4 S. 1 BGB auch für die Erteilung einer Vollmacht die Einhaltung der Schriftform gemäß § 126 BGB an, wenn die Voraussetzungen der Norm erfüllt sind. § 492 Abs. 4 S. 1 BGB sieht vor, dass die Erteilung der Vollmacht zum Abschluss eines Verbraucherdarlehensvertrages der Schriftform bedarf. Damit wird sichergestellt, dass die Anforderungen des § 492 Abs. 1 S. 1 BGB, die zum Schutz des Verbrauchers die Schriftform vorsehen, nicht durch eine entsprechende Vertragsgestaltung umgangen werden.

Für die Anwendbarkeit des § 492 Abs. 4 S. 1 BGB müsste der Vertrag zwischen einem Verbraucher (§ 13 BGB) als Darlehensnehmer und einem Unternehmer (§ 14 BGB) als Darlehensgeber geschlossen worden sein (vgl. § 491 Abs. 1 BGB). Verbraucher ist jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu einem Zwecke abschließt, der weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann, § 13 BGB. Dies ist dann der Fall, wenn G und H hier privat handelten, da es bei Personennmehrheiten auf die jeweils individuelle Zwecksetzung ankommt.¹³ Privat im Sinne des § 13 BGB sind alle Geschäfte, die der Daseinsvorsorge, dem Urlaub, der Freizeitgestaltung, sportlicher Betätigung oder ähnlichen Zwecken dienen.¹⁴ Dabei spricht die Formulierung des § 13 BGB („Zweck, der weder“) dafür, dass im Grundsatz von der Verbrauchereigenschaft einer natürlichen Person auszugehen ist, wenn aus Sicht des Vertragspartners nicht Anhaltspunkte für ein gewerbliches oder selbständiges berufliches Handeln gegeben sind.¹⁵ Hier wollten G und H das Darlehen nicht etwa zum Erwerb einer Praxis oder zum Zwecke des Erwerbs einer Immobilie zur Vermietung, sondern zum Erwerb eines Alterssitzes und damit zum Zwecke ihrer eigenen Daseinsvorsorge im Alter verwenden. Damit handelten sie als Verbraucher. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der Tatsache, dass G und H als Ärzte selbständige Freiberufler (vgl. § 1 Abs. 2 PartGG) sind; der Verbraucherbegriff ist kein statischer (von juristischen Personen abgesehen existiert keine Verbraucher- oder Unternehmereigenschaft per se), so dass es darauf ankommt, in welcher Funktion die natürliche Person jeweils handelt.

Das Darlehen wurde auch entgeltlich gewährt (vgl. § 491 Abs. 1 BGB), nämlich gegen Zahlung eines Zinses in Höhe von 2,5 % p. a.¹⁶

Damit war die Erteilung der Vollmacht formbedürftig im Sinne des § 492 Abs. 4 S. 1 BGB. Mit Blick auf die von G dem D für seine eigene Person erteilte Vollmacht muss allerdings nicht geklärt werden, ob diese entsprechend den Anforderungen des § 492 Abs. 1, 2 BGB erteilt wurde.¹⁷ Denn die

notarielle Beurkundung (§ 128 BGB) führt dazu, dass das Formerfordernis insoweit nicht gilt, § 492 Abs. 4 S. 2 BGB. Der Grund dafür liegt in der Gewährleistung der Warnfunktion der Schriftform durch das Erfordernis der Belehrung durch den beurkundenden Notar im Rahmen der notariellen Beurkundung (vgl. § 17 BeUrK).

Allerdings ist fraglich, ob die von H dem G gegenüber lediglich mündlich erteilte Vollmacht zur Bevollmächtigung des D dem Formerfordernis unterlag. Zunächst gilt auch für diese Erklärung wieder der Grundsatz der Formfreiheit gem. § 167 Abs. 2 BGB. Allerdings ist § 492 Abs. 4 S. 1 BGB teleologisch extensiv dahingehend auszulegen, dass sich das Formerfordernis nicht allein auf die Bevollmächtigung zum unmittelbaren Vertragsschluss beschränkt, sondern auch die Zwischenschaltung eines weiteren Vertreters, mithin die Bevollmächtigung zur Erteilung einer entsprechenden Abschlussvollmacht erfasst. Andernfalls könnte das besondere Formerfordernis des § 492 Abs. 4 S. 1 BGB ohne weiteres durch die Zwischenschaltung weiterer Vertreter umgangen werden. Dafür spricht auch, dass § 494 Abs. 4 BGB nach h.M. auch auf die Bevollmächtigung zum Abschluss von Darlehensvermittlungsverträgen (§ 655a BGB) angewendet wird.¹⁸ Damit war die mündliche Vollmachterteilung formnichtig gem. §§ 494 Abs. 1,¹⁹ 126 BGB. Folglich konnte G seine Ehefrau H nicht wirksam vertreten, so dass auch D wiederum nicht mit Vertretungsmacht der H handelte.

Der Mangel der Form konnte vorliegend auch nicht durch § 494 Abs. 2 S. 1 BGB geheilt werden; dabei kann die Frage dahinstehen, ob von einem Empfang bzw. einer Inanspruchnahme des Darlehens in diesem Sinne ausgegangen werden kann. Denn der Wortlaut des § 494 Abs. 2 S. 1 BGB nimmt im systematischen Unterschied zu § 494 Abs. 1 BGB explizit nur Bezug auf die Gültigkeit des Verbraucherdarlehensvertrages und nicht auf die formnichtige Vollmacht.²⁰ Schließlich hat H das Geschäft auch nicht nachträglich genehmigt gem. §§ 182, 184 BGB.²¹

Die Anwendung der Vermutung des § 139 BGB könnte insoweit zur Gesamtnichtigkeit der Vollmachterteilung führen mit der Folge, dass zum einen auch die von G erteilte Vollmacht nichtig und damit zum anderen der abgeschlossene Darlehensvertrag unwirksam ist.²² Zweifel hieran bestehen aber bereits insoweit, als die beiden Vollmachterteilungen ein einheitliches Rechtsgeschäft bilden müssten. Allerdings genügt insofern regelmäßig bereits die äußerlich erkennbare

¹² Zu gewohnheitsrechtlichen Einschränkungen siehe *Medicus*, Allgemeiner Teil des BGB, 10. Aufl. 2010, Rn. 929.

¹³ Sog. Einzelbetrachtung, vgl. m.w.N. *Weidenkaff*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 72. Aufl. 2013, § 491 Rn. 6.

¹⁴ *Schmidt-Räntsch*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 29, Stand: 1.2.2012, § 13 Rn. 9; *Schultheiß*, ZJS 2013, 67 (68) m.w.N.

¹⁵ BGH NJW 1009, 3780 m. Bespr. *Faust*, JuS 2010, 254.

¹⁶ Für die Entgeltlichkeit genügt auch eine Einmalzahlung in Form einer Gebühr o.Ä.

¹⁷ Andernfalls müsste der Sachverhalt auch entsprechende Angaben darüber enthalten.

¹⁸ Vgl. *Schürmbrand*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 492 Rn. 45.

¹⁹ Bei § 494 Abs. 1 BGB handelt es sich um eine inhaltlich partiell von § 125 S. 1 BGB abweichende (keine Totalnichtigkeit) Spezialnorm.

²⁰ *Weidenkaff* (Fn. 13), § 494 Rn. 3.

²¹ Eine solche soll sogar formlos möglich sein, vgl. BGH NJW 1994, 1344.

²² § 139 BGB erfasst nach h.M. neben der Nichtigkeit auch die Unwirksamkeit, vgl. BGH NJW 1974, 2234.

Einheit des Zustandekommens.²³ Vorliegend ist die Vermutung des § 139 BGB indes dadurch widerlegt, dass es sämtlichen Parteien gleichgültig war, ob die H mitverpflichtet wird.²⁴ Denn es kam weder den Eheleuten noch dem Erklärungsempfänger M darauf an, dass H wirksam als Darlehensnehmerin verpflichtet wird.

Für eine Anwendbarkeit der §§ 171 ff. BGB auf die H ist ebenfalls nichts ersichtlich.

Damit bestand Vertretungsmacht mit Blick auf den G, nicht aber mit Blick auf die H.

(3) Nichtigkeit gem. § 134 BGB

Die st. Rspr. des BGH sah in den Treuhandgestaltungen wie der vorliegenden Art seinerzeit einen Verstoß gegen das Rechtsberatungsgesetz (Art. 1 § 1 Abs. 1).²⁵ Nunmehr würde sich ein Verbot in konsequenter Fortschreibung dieser BGH-Rspr. aus § 3 RDG ergeben.²⁶ Damit wollte der BGH vergleichbaren Gestaltungen die Attraktivität als Geschäftsmodell nehmen, um Anleger und Verbraucher vor den mitunter gefährlichen Folgen zu schützen (Stichwort: Schrottimmobilien). Dies gilt jedenfalls für das Grundgeschäft (Geschäftsbesorgung, § 675 BGB). Gleichwohl sollte die diesbezüglich abstrakte Vollmacht in Anwendung von § 139 BGB ebenfalls nichtig sein.²⁷

Diese strenge Sanktion wurde indes weitgehend dadurch relativiert, dass die faktische Wirksamkeit der Vollmacht in aller Regel über §§ 171 ff. BGB hergestellt wurde.²⁸ Da auch die M im Fall keinerlei Kenntnis von der Gestaltung im Innenverhältnis der Vertragspartner hatte, konnte sie sich auch bei Annahme einer Nichtigkeit der Vollmacht auf die Wirksamkeit der ihr vorgelegten Urkunde gemäß § 172 Abs. 1 BGB verlassen.²⁹

Der D handelte demnach mit Vertretungsmacht für G. Allerdings konnte die H durch seine Erklärung gegenüber M nicht verpflichtet werden.

b) Valutierung

Für den Anspruch aus § 488 Abs. 1 S. 2 BGB müsste das Darlehen auch valuiert, d.h. zur Verfügung gestellt worden sein.³⁰ Dies setzt voraus, dass der Darlehensgegenstand aus dem Vermögen des Darlehensgebers ausgeschieden und dem

Vermögen des Darlehensnehmers zugeführt wird.³¹ Dies kann – wie vorliegend – auch durch eine Überweisung geschehen, zumal es praktisch mittlerweile unüblich ist, Geschäfte dieser Art und Größenordnung bar abzuwickeln.

Hier erfolgte die Zahlung nicht an G oder H, sondern unmittelbar an die I. Allerdings bedeutet die Auszahlung an Dritte dann eine Valutierung, wenn dies so vereinbart wurde (vgl. auch § 362 Abs. 2 BGB). Hier wurde vereinbart, dass das Darlehen zur Tilgung der Kaufpreisforderung der I aus § 433 Abs. 2 BGB unmittelbar an diese weitergeleitet wird, so dass das Darlehen zur Verfügung gestellt worden ist.

c) Fortbestehende Wirksamkeit des Darlehensvertrages

Hinweis: Die folgende Reihenfolge der Prüfung ist nicht zwingend. Auch die praktische Auswirkung eines wirksamen Widerrufs ist begrenzt: Der Anspruch ergäbe sich dann aus § 346 Abs. 1 in Verbindung mit § 357 Abs. 1 S. 1 BGB und nicht aus § 488 Abs. 1 S. 2 BGB.

Der Anspruch aus § 488 Abs. 1 S. 2 BGB setzt ferner voraus, dass der Darlehensvertrag zum Zeitpunkt der Beurteilung überhaupt noch wirksam ist.³² Hier könnte sich die Unwirksamkeit aus einem Widerruf oder aus einer Kündigung ergeben.

aa) Konkludenter Widerruf durch Einstellung der Ratenzahlung

Ein konkludenter Widerruf durch die Einstellung der Ratenzahlung kommt ungeachtet der Frage, ob überhaupt ein Widerrufsrecht bestand, wegen §§ 355 Abs. 1 S. 2, 126b, 125 S. 1 BGB mangels Formwirksamkeit der Widerrufserklärung nicht in Betracht.

bb) Widerruf durch den F

Möglicherweise hat F den Darlehensvertrag wirksam widerrufen. An der Formwirksamkeit der Widerrufserklärung bestehen insoweit keine Zweifel, da eine E-Mail dem Textformanfordernis des § 355 Abs. 1 S. 2, 126b BGB entspricht.³³

Ein Widerrufsrecht ergibt sich vorliegend aus § 495 Abs. 1 BGB, da es sich um einen Verbraucherdarlehensvertrag handelt (s.o.).

Auch handelte der F als ordnungsgemäß bevollmächtigter Stellvertreter des G gemäß § 164 Abs. 1 BGB, so dass die Erklärung nicht wegen § 180 S. 1 BGB nichtig ist. Allerdings könnte die Widerrufserklärung des F wegen § 174 S. 1 BGB unwirksam sein. Bei der Widerrufserklärung handelt es sich um ein einseitiges Rechtsgeschäft (Gestaltungsrecht). Auch hat F als Bevollmächtigter keine Vollmachtsurkunde des G vorgelegt; denn selbst für den Fall, dass – wofür der Sachverhalt keinerlei Anhaltspunkte enthält – der F im Anhang eine

²³ *Medicus* (Fn. 12), Rn. 501; vgl. BGH NJW 2002, 66 (67), zu einer weiteren Konstellation.

²⁴ Vgl. auch BGH NJW-RR 2008, 1050 m. Bespr. *Faust*, JuS 2008, 932.

²⁵ BGH NJW 2004, 2736 m. Bespr. *Emmerich*, JuS 2004, 917; BGH NJW 2005, 664 m. Bespr. *Emmerich*, JuS 2005, 369.

²⁶ Vgl. dazu AG Schwäbisch Gmünd BeckRS 2011, 06624.

²⁷ Ausführungen hierzu konnten nicht erwartet werden und gehen über das Examenswissen hinaus.

²⁸ BGH NJW 2005, 664 m. Bespr. *Emmerich*, JuS 2005, 369.

²⁹ Mit Blick auf die H konnte § 172 BGB nicht angewendet werden, da die H zu keiner Zeit eine Originalvollmacht in Gestalt einer Urkunde ausgegeben hat.

³⁰ Vgl. den Wortlaut des § 488 Abs. 1 S. 2 BGB: „... das zur Verfügung gestellte Darlehen“.

³¹ BGH NJW 2006, 1788.

³² *Weidenkaff* (Fn. 13), § 488 Rn. 9. Andernfalls kämen Ansprüche wohl nur aus § 346 Abs. 1 BGB in Betracht.

³³ OLG Hamburg NJW-RR 2007, 839; *Ellenberger*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 72. Aufl. 2013, § 126b Rn. 3.

Vollmachturkunde des G mit übersendete, würde dies nicht dem Erfordernis der Vorlage einer Urkunde genügen (keine Originalvollmacht).³⁴ M wiederum hat die Erklärung des F auch aus diesem Grunde unverzüglich (§ 121 Abs. 1 S. 1 BGB) zurückgewiesen. § 174 S. 2 BGB ist nicht einschlägig, da G als Vollmachtgeber die M nicht in Kenntnis von der Bevollmächtigung gesetzt hat.

cc) Umwandlung gemäß §§ 358 Abs. 2, 357 Abs. 1 S. 1 BGB

Der Darlehensvertrag könnte infolge des wirksamen Widerrufs der auf den Grundstückskaufvertrag gerichteten Willenserklärung des G in ein Rückabwicklungsschuldverhältnis gemäß §§ 357 Abs. 1 S. 1, 358 Abs. 2, 346 ff. BGB umgewandelt worden sein.³⁵ Dies setzt voraus, dass es sich bei dem Darlehens- und dem Kaufvertrag um verbundene Verträge im Sinne des § 358 BGB handelt. Dies ist im Grundsatz der Fall, wenn das Darlehen ganz oder teilweise der Finanzierung des anderen Vertrages dient und beide Verträge eine wirtschaftliche Einheit bilden, § 358 Abs. 3 S. 1 BGB.³⁶ Eine wirtschaftliche Einheit ist insbesondere unter den Voraussetzungen des § 358 Abs. 3 S. 2 BGB anzunehmen. Dass von dem Begriff der „anderen Leistung“³⁷ im Sinne des § 358 Abs. 3 S. 1 BGB auch Grundstückskaufverträge erfasst sind, ergibt sich aus § 358 Abs. 3 S. 3 BGB, der für solche Verträge Sonderregeln vorsieht. Allerdings ist eine wirtschaftliche Einheit bei der Finanzierung eines Grundstückskaufvertrages demnach nur unter restriktiven Bedingungen anzunehmen: Die M hat das Grundstück weder selbst verschafft noch den Erwerbsvorgang durch ihr Verhalten in besonderer Weise gefördert, § 358 Abs. 3 S. 3 BGB.³⁸ Damit hat der Widerruf des Grundstückskaufvertrages keinerlei Auswirkungen auf den parallel abgeschlossenen Darlehensvertrag.

dd) Anfechtung

Möglicherweise kann das Verhalten des G auch als Anfechtung des Darlehensvertrages interpretiert werden.³⁹ Ungeachtet der Frage, ob den Erklärungen gemäß §§ 133, 157 BGB aus Perspektive eines objektiven Empfängers entnommen werden kann, ist hier kein Anfechtungsrecht des G erkennbar. § 119 BGB scheidet aus, da er keinem entsprechenden Irrtum unterlag; insbesondere ist die Eigenschaft des finanzierten

Grundstücks keine Eigenschaft, die für den Darlehensvertrag wesentlich ist („Vertragswesentlichkeit“).⁴⁰ Auch aus § 123 Abs. 1 BGB lässt sich kein Anfechtungsrecht begründen, da schon nicht ersichtlich ist, dass über den realen Wert der Immobilie getäuscht wurde.

d) Fälligestellung

Schließlich müsste die Darlehensvaluta auch zur Rückzahlung fällig sein. Bei Darlehen mit bestimmter Laufzeit ist dies dann der Fall, wenn die Laufzeit zu Ende ist oder eine der Vertragsparteien den Darlehensvertrag kündigt. Ein Laufzeitende war hier noch nicht gegeben, so dass die Fälligkeit von der Kündigung abhängt.

aa) Kündigung durch den G

Möglicherweise liegt in dem Verhalten des G eine konkludente Kündigung. Eine solche konkludente Kündigung ist auch mit Blick auf den Darlehensvertrag möglich.⁴¹ Allerdings müsste dann der bloßen Nichtzahlung aus Sicht eines objektiven Empfängers der potentiellen konkludenten Erklärung überhaupt ein Erklärungswert zukommen (§§ 133, 157 BGB). Das schlüssige Verhalten muss zweifelsfrei erkennen lassen, dass der Vertragspartner das Vertragsverhältnis beenden möchte.⁴² Ohne weitere Umstände kann der bloßen Einstellung der Ratenzahlung allerdings noch kein Erklärungswert beigemessen werden; denn es ist immerhin ebenso gut möglich, dass die Zahlung aus anderen Gründen nicht bei M eingeht (falscher Überweisungsadressat etc.) oder dass G schlichtweg nicht solvent ist, und die Zahlung daher verzögert. Aufgrund der Vielzahl an denkbaren Gründen für eine Nichtzahlung kann daher nicht ohne weiteres auf den Willen zu einer Kündigung geschlossen werden.

bb) Kündigung durch die M

Möglicherweise hat die M das Darlehen im August 2013 wirksam gekündigt. An einer Kündigungserklärung der M bestehen hier keinerlei Zweifel; insbesondere ist die für Verbraucherdarlehensverträge gem. § 492 Abs. 5 BGB erforderliche Textform gem. § 126b BGB durch die E-Mail gewahrt.

Fraglich ist, ob ihr ein Kündigungsrecht zustand. § 488 Abs. 3 S. 1 BGB ist nicht einschlägig, da es sich gerade nicht um ein Darlehen mit unbestimmter Laufzeit handelte. § 489 BGB ist personell auf den Darlehensnehmer beschränkt. Ob die Voraussetzungen des § 490 Abs. 1 BGB gegeben sind, ist zweifelhaft. Dass sich die Vermögensverhältnisse des G verschlechtert haben, ist nicht ersichtlich; es ist mangels entgegenstehender Anhaltspunkte vielmehr davon auszugehen, dass diese gleich geblieben sind. Allein die fehlende Zahlungsbereitschaft begründet keine Verschlechterung der Vermögensverhältnisse, da andernfalls die speziellen Regelungen über einen Verzug des Darlehensnehmers in § 498 BGB (dazu gleich) obsolet wären.

³⁴ Vgl. BGH NJW 1981, 1210.

³⁵ Ansprüche auf Rückzahlung des Darlehens könnten dann nur aus § 346 Abs. 1 BGB, nicht aber aus § 488 Abs. 1 S. 2 BGB resultieren.

³⁶ Vgl. BGH NJW 2006, 2099 m. Bespr. *Emmerich*, JuS 2006, 871.

³⁷ Ein Vertrag über die Lieferung einer Ware kommt nicht in Betracht.

³⁸ § 358 Abs. 3 S. 3 BGB geht zurück auf die sog. Heiningers-Entscheidung, vgl. EuGH NJW 2002, 281 m. Bespr. *Edelmann/Frisch*, BKR 2002, 76; vgl. zu § 358 Abs. 3 S. 3 BGB auch LG Tübingen BeckRS 2009, 20951.

³⁹ Vgl. BGH NJW 2008, 886 m. Bespr. *Faust*, JuS 2009, 178, zu den Besonderheiten und Einschränkungen der Anfechtung von Dauerschuldverhältnissen.

⁴⁰ Dazu *Medicus* (Fn. 12), Rn. 768.

⁴¹ BGH WM 1965, 767.

⁴² BGH NJW-RR 2002, 8 (9).

Die reale Wertschätzung des Gutachters begründet keine wesentliche Verschlechterung der Werthaltigkeit der Immobilie. Denn zum einen impliziert die Gesetzesformulierung, dass eine anfänglich realiter mit einer bestimmten Werthaltigkeit ausgestatteten Immobilie in ihrem Wert fällt und nicht bereits anfänglich wesentlich weniger wert war. § 490 Abs. 1 BGB dient nicht dazu, der kreditierenden Bank das Risiko einer falschen Wertschätzung abzunehmen – im konkreten Fall hatte die M schließlich die Möglichkeit, die Immobilie selbst begutachten zu lassen. Zum anderen ist davon auszugehen, dass die Grundsuld ohnehin mit nur einem Betrag von 1.000.000 € auf dem Grundstück lastete, so dass ein Wert von unter 1.500.000 € noch immer das Sicherungsinteresse der M hinreichend wahrte. Schließlich ist die Norm ohnehin restriktiv anzuwenden.⁴³

Ein Kündigungsrecht ergibt sich aber womöglich aus der vertraglichen Regelung in Verbindung mit § 498 BGB. Dies setzt voraus, dass die Vereinbarung eines außerordentlichen Kündigungsrechts möglich ist. Dem könnte § 499 Abs. 1 BGB entgegenstehen. Zwar ist zweifelhaft, ob § 499 Abs. 1 BGB auch die Vereinbarung eines außerordentlichen Kündigungsrechts ausschließen soll;⁴⁴ schließlich handelt es sich hierbei um ein bereits jedem Dauerschuldverhältnis immanentes Institut (vgl. §§ 313, 314 BGB) und das Recht zur außerordentlichen Kündigung ergibt sich ohnehin aus dem Gesetz (§§ 490 Abs. 1, 3, 313 f. BGB). Diese Frage kann aber dahinstehen, wenn § 499 BGB wegen § 503 Abs. 1 BGB ohnehin nicht anwendbar ist. Dies setzt voraus, dass es sich um einen Immobiliendarlehensvertrag gemäß § 503 BGB handelt. Immobiliendarlehensverträge sind Darlehensverträge, bei welchen die Zurverfügungstellung des Darlehens von der Sicherung durch ein Grundpfandrecht abhängig gemacht wird. Bei der Grundsuld, die an der zu finanzierenden Immobilie bestellt werden sollte, handelt es sich um ein Grundpfandrecht. Entscheidend ist allein, dass die Gewährung des Darlehens vertraglich von der Sicherung durch ein Grundpfandrecht abhängig gemacht wird; nicht erforderlich ist die Bestellung des Grundpfandrechts.⁴⁵

Die zweite Voraussetzung des § 503 Abs. 1, 1. Hs. BGB (Bedingungen des Darlehensvertrages) ist laut Bearbeitungsvermerk erfüllt.

Damit handelte es sich um einen Immobiliendarlehensvertrag und § 499 BGB gilt nicht. Fraglich ist des Weiteren, ob die Voraussetzungen des vertraglichen Kündigungsrechts gegeben sind. Demnach ist erforderlich, dass sich der Darlehensnehmer im Verzug befindet. Die Wahl der Terminologie des § 286 BGB impliziert, dass auch auf dessen Tatbestandsvoraussetzungen Bezug genommen wird. Derlei Vereinbarungen sind praktisch auch üblich.

(1) Nichtleistung trotz Möglichkeit, Fälligkeit, Einredefreiheit

Der M stand ein Anspruch auf Zahlung der vereinbarten Darlehensraten sowie des Darlehenszinses aus § 488 Abs. 1 S. 2 BGB zu. Dieser Anspruch war nach der getroffenen Vereinbarung monatlich fällig (sowohl die Zins- als auch die Tilgungsrate). Eine Einrede des G ist nicht ersichtlich; insbesondere lässt sich keine Einrede aus § 359 S. 1 BGB (sog. Einwendungsdurchgriff)⁴⁶ gewinnen, da es sich gerade nicht um einen verbundenen Vertrag im Sinne des § 358 BGB handelt (s.o.). Schließlich leistete G auf diese Forderungen der M nicht.

(2) Mahnung oder Mahnungssurrogat

M müsste den G auch zur Zahlung gemahnt haben, § 286 Abs. 1 S. 1 BGB. Dies ist nicht geschehen. Allerdings ist die Mahnung hier wegen § 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB entbehrlich, da für die Tilgungs- und Zinsleistungen eine Zeit nach dem Kalender vertraglich⁴⁷ bestimmt war („dies interpellat pro homine“). Hierfür ist nicht erforderlich, dass ein konkreter Kalendertag bestimmt wird, sondern es genügt die mittelbare Bezeichnung des jeweiligen Termins (hier: Anfang des Monats).⁴⁸

(3) Vertretenmüssen

G müsste seinen Zahlungsverzug auch zu vertreten haben, § 286 Abs. 4 BGB. Allerdings wird dies bereits vermutet (§ 292 ZPO). Da G keine Tatsachen vorgetragen hat, die ihn exkulpieren können, hat er seinen Verzug auch zu vertreten. Es ist auch nicht erkennbar, wie er sich exkulpieren könnte. Selbst wenn man annimmt, dass der „gescheiterte“ finanzierte Vertrag eine gewisse Legimitation hierfür bietet, kann die wortlose Einstellung der Zahlung nicht genügen.

(4) Weitere Voraussetzungen des § 498 in Verbindung mit § 503 Abs. 3 BGB

Des Weiteren müsste G zur Zeit der Kündigung auch mit zwei aufeinander folgenden Raten ganz oder teilweise und dabei mit mindestens 2,5 % des Nennbetrages (hier 25.000 €) im Verzug sein, §§ 503 Abs. 3, 498 S. 1 Nr. 1 BGB. § 498 BGB ist anwendbar, da es sich um einen Verbraucherdarlehensvertrag handelt (s.o.), der in Teilzahlungen zu tilgen ist.

Beides ist der Fall, da er seit Februar 2013 keinerlei Raten mehr zahlte und mit über 100.000 € im Rückstand ist. M hat dem G auch eine zweiwöchige Frist gesetzt und die Fälligkeit der gesamten Restschuld für den Fall der Nichtzahlung angedroht, § 498 S. 1 Nr. 2 BGB. Das Gesprächsangebot gemäß § 498 S. 2 BGB hingegen ist keine obligatorische Voraussetzung einer wirksamen Kündigung („soll“).

M konnte den Darlehensvertrag wirksam kündigen. Auf die gemäß § 490 Abs. 3 BGB ebenfalls anwendbaren allge-

⁴³ Mülbart, WM 2002, 465.

⁴⁴ Dagegen Kessal-Wulf, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2012, § 499 Rn. 1.

⁴⁵ Vgl. Weidenkaff (Fn. 13), § 503 Rn. 2.

⁴⁶ Dazu BGH NJW 2002, 137 m. Bespr. Emmerich, JuS 2002, 297.

⁴⁷ Die einseitige Festlegung durch den Gläubiger genügt nicht, vgl. BGH NJW 2008, 50 m. Bespr. Faust, JuS 2008, 373.

⁴⁸ BGH NJW-RR 1999, 593.

meinen Regelungen in §§ 313, 314 BGB muss daher nicht zurückgegriffen werden.

2. Ergebnis A

M kann von G die Rückzahlung von 950.000 € aus § 488 Abs. 1 S. 2 BGB verlangen.

II. Anspruch auf Zahlung von Verzugszinsen

Daneben könnte der M ein Anspruch auf Zahlung von Verzugszinsen aus §§ 286, 288, 497 Abs. 1 S. 1 BGB zustehen. Aus den oben bereits genannten Gründen kann sich ein solcher Anspruch allein gegen den G richten.

1. Darlehensvertrag

Zwischen M und G bestand ein wirksamer Darlehensvertrag (s. o.).

2. Verzug

Die Verzugsvoraussetzungen liegen vor (s.o.).

3. Anspruchshöhe

Als gesetzlicher Normalfall resultiert hieraus ein Zinssatz von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz, §§ 286 Abs. 1 S. 2, 247 BGB. Bei G handelt es sich auch nicht um einen Unternehmer, so dass § 288 Abs. 2 BGB nicht einschlägig ist.⁴⁹ Damit ist die geltend gemachte Höhe der Verzugszinsen (8 %) schon in dieser Hinsicht unberechtigt.

Ferner könnte selbst dieser Anspruch wegen der speziellen Regelung in § 503 Abs. 2 BGB für den vorliegenden Fall auf maximal 2,5 Prozentpunkte über dem Basiszinssatz herabgesetzt sein. § 503 BGB modifiziert die sonstigen Vorschriften des Darlehensrechts für Immobiliendarlehensverträge. Um einen solchen handelt es sich vorliegend (s.o.).

Damit können als Verzugszinssatz maximal 2,5 Prozentpunkte über dem Basiszinssatz verlangt werden.

⁴⁹ Dies folgt auch schon aus dem Verweis in § 497 Abs. 1 BGB allein auf § 288 Abs. 1 BGB.

Fortgeschrittenenklausur Baurecht: „Es kann der Brävste nicht in Frieden leben ...“

Von Akad. Rätin a.Z. Ass. iur. **Michaela Tauschek**, Erlangen*

Die Klausur ist an ein Urteil des OVG Lüneburg v. 21.8.2002 – 1 LB 140/02 angelehnt. Sie vereint die – in baurechtlichen Prüfungsarbeiten beliebte – Konstellation der (Nachbar-)Anfechtungsklage mit neuerer prüfungsrelevanter Rechtsprechung.

Sachverhalt

Klaus Klagewohl (K) ist stolzer Eigentümer eines Grundstücks in der kreisangehörigen bayerischen Gemeinde Altersruh (A) im Landkreis Cham (Regierungsbezirk Oberpfalz), auf welchem – weit zurückgesetzt von der Straße (ca. 50 m) – sein liebevoll gepflegter Bungalow steht. Eigentümerin des südwestlich und südlich zum Grundstück des K gelegenen – und direkt an dieses anschließenden – Grundstücks ist die Belastungsfreies-Leben GmbH (B). Sowohl das Grundstück des K als auch das Grundstück der B liegen in einem ortsrannahen Teil von A am Nordhang des Isderhoch-Bergs; auf den umliegenden Grundstücken befindet sich Wohnbebauung. Ein Bebauungsplan existiert nicht. Einziger Wermutstropfen im sonst so beschaulichen Leben des K sind die Vorgänge auf dem Grundstück der B.

Die B hat bereits 1996 ein zweigeschossiges Gebäude für Altenwohnungen errichtet, dessen Nordwand in ca. 16 m Abstand zur Südwand des K'schen Bungalows entfernt liegt. In den Altenwohnungen können ältere Menschen weiterhin selbständig, ohne Betreuung oder dergleichen, wohnen. Doch B hat noch weitergehende Pläne: Sie will ein sogenanntes „Wohnheim für desorientierte und pflegebedürftige alte Menschen“ errichten. Dieses soll – ebenfalls auf dem Grundstück der B – ohne mit dem vorhandenen Komplex verbunden zu sein ca. 9 m östlich von diesem errichtet werden. Das zweigeschossige Gebäude soll mit seiner Schmalseite (Nordwand) etwa 8,5 m an das Grundstück des K heranreichen. Da das „Wohnheim“ – hanglagenbedingt – etwas höher liegen wird als der Bungalow des K, ist baulich eine entsprechende optische Anpassung geplant, dank derer – und dank der dichten Begrünung zwischen den Gebäuden des K und der B sowie der dem Grundstück der B abgewandten Ausrichtung des K'schen Häuschens – das „Wohnheim“ rein optisch nicht störend auffallen wird. Nach der Betriebsbeschreibung soll in dem geplanten für ca. 20-30 Bewohner ausgelegten Wohnheim eine „geronto-psychiatrische Abteilung“ mit insgesamt zwei Stationen untergebracht werden, in der je zehn verwirrte oder teilverwirrte Personen nach Art von Großfamilien in Gruppen (je sechs bis zehn Personen) betreut und gepflegt werden. Das Pflegepersonal übernimmt bei dieser Konstellation – zusätzlich zu seinen normalen Pflegeaufgaben – eine Art Führungsaufgabe; die Bewohner werden durch ihre Hausärzte medizinisch betreut. Nach den Bauzeichnungen steht

jedem der Bewohner ein 15 bis 20 m² großer Raum mit anschließendem Duschbad zur Verfügung. Möbliert wird dieser – mit Ausnahme des Pflegebettes – vom Bewohner. In der Mitte beider Stockwerke befinden sich jeweils Wohn- und Essraum mit Küche, außerdem Pfleger/-innen-Zimmer und Abstellraum.

Weil sich B nicht sicher ist, ob dieses Vorhaben bauplanungsrechtlich zulässig ist, will sie diese Frage vor Einreichung eines Bauantrags klären lassen. B stellt daher einen entsprechenden Antrag bei der Gemeinde A. Dieser und sonstige erforderliche Unterlagen gehen bei der Gemeinde A am 2.12.2011 ein, welche – unter Erteilung ihres Einvernehmens – eine Weiterleitung an das Landratsamt Cham vornimmt. B erhält daraufhin am 26.2.2012 vom Landratsamt Cham ein Schreiben mit folgendem Inhalt: „Es wird festgestellt, dass das Vorhaben ‚Wohnheim für desorientierte und alte pflegebedürftige Menschen mit geronto-psychiatrischer Abteilung‘ der Antragstellerin planungsrechtlich zulässig ist.“ K wird am 1.3.2012 eine Ausfertigung des Schreibens mit Rechtsbehelfsbelehrung vom Landratsamt Cham zugestellt; er ist hierüber entsetzt – immerhin habe er „diesem Wahnsinn“ ja nicht ohne Grund nicht zugestimmt und extra nicht die ihm vorgelegten Unterlagen unterschrieben. Seiner Auffassung nach handle es sich bei einem „Wohnheim mit geronto-psychiatrischer Abteilung“ der Art nach um eine Klinik, quasi um eine Art „Langzeitkrankenhaus“. Eine solche sei in so einer Umgebung überhaupt nicht zulässig. Als nichts anderes als ein „reines Wohngebiet“ stelle die maßgebliche Umgebung sich dar; daran können, so findet K, auch die bisherigen Nutzungen auf dem Grundstück der B nichts ändern. K findet außerdem, dass das Vorhaben der B ganz schön rücksichtslos sei: Mit einem Wohnheim für desorientierte alte Menschen in der geplanten Art seien nächtliche Ruhestörungen vorprogrammiert. Das Vorhaben sei außerdem total erdrückend. Die von Art. 6 BayBO geforderten Abstände seien schließlich nicht eingehalten.

Die B versteht Ks Aufregung nicht. Es sei doch ihr gutes Recht, ihren Betrieb zu erweitern. Sie werde schon dafür Sorge tragen, dass der K im konkreten Fall seinen Nachtschlaf nicht einbüße. K ist über derartig abwiegelnde Äußerungen der B erbost und will auf jeden Fall etwas unternehmen. Da er laut eigener Aussage „sich mit rechtlichen Dingen nicht auskennt“, will er von Rechtsanwalt Rainer Recht-Redlich (R) wissen, ob eine Klage „gegen das Schreiben“ Aussicht auf Erfolg hätte.

Bearbeitervermerk

Erstellen Sie das Gutachten des R zu den Erfolgsaussichten einer Klage des K.

Hinweis: Es ist von der formellen Rechtmäßigkeit des Schreibens auszugehen. Ausführungen zur Klagefrist sind nicht erforderlich. Auf Ausnahmen und Befreiungen im Sinne des § 31 BauGB ist nicht einzugehen.

* Die Autorin ist als Akad. Rätin a.Z. an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg, Lehrstuhl für Öffentliches Recht Prof. Dr. Funke tätig. Die Klausur wurde (leicht abgewandelt) im Rahmen der Übung im Öffentlichen Recht für Fortgeschrittene im Sommersemester 2013 gestellt.

Schwerpunkte und Bewertung der Klausur

Die Schwerpunkte der Klausur sind in der folgenden Gliederung mit dem Zusatz (P) gekennzeichnet.

Für ein Gelingen der Bearbeitung unverzichtbar ist insbesondere ein konsequenter, in sich schlüssiger Aufbau. Vor allem in Konstellationen des Nachbarrechtsschutzes sind hier vom Bearbeiter „Entscheidungen“ zu treffen: Bspw. kann die Prüfung der Schutznormqualität mit Auswirkungen auf die weitere Prüfung (vgl. hierzu ausführlich den Hinweis unter A. III.) entweder unter „Klagebefugnis“ oder unter „subjektive Rechtsverletzung“ erfolgen. Erkannt und beachtet werden muss auch der eingeschränkte Prüfungsumfang beim Bauvorbescheid (vgl. hierzu C. II. 3.). Aus Sicht der Klausurerstellerin ist es in der vorliegenden Klausur grundlegend – und von daher sind insoweit gemachte Fehler auch schwerwiegend – mit der Gesamtkonstellation „Nachbarschutz im Bau-recht“ souveränen Umgang zu beweisen. Das (Er-)Kennen eines Bauvorbescheides ist ebenfalls essentiell, auch wenn vom durchschnittlichen Bearbeiter nicht zwingend eine ausführliche Abgrenzung zu anderen baurechtlichen Instrumentarien erwartet werden kann. In der Prüfung des § 34 BauGB, insbesondere bei der Inbezugnahme des § 3 Abs. 4 BauNVO, besteht viel Spielraum zur Notendifferenzierung: Neben dem Auffinden der einschlägigen Normen müssen diese für ein Bestehen der Klausur zumindest korrekt in Bezug gesetzt und eine Subsumtion vorgenommen werden. Höhere Notenstufen lassen sich durch Argumentation an den geeigneten Stellen (vgl. Lösungsvorschlag) gut erreichen. Freilich können auch von guten Bearbeitungen – allein schon aufgrund der Bearbeitungszeit – keine Ausführungen im Umfang nachstehender „Musterlösung“ erwartet werden.

In der Prüfung wurde ein Notendurchschnitt von 4,8 Punkten erreicht. 38,8 % der Teilnehmer haben die Klausur nicht bestanden.

Gliederung

- A. Zulässigkeit der Klage
 - I. Verwaltungsrechtsweg
 - II. Statthafte Klageart
 - (P): Erkennen der behördlichen Maßnahme als Verwaltungsakt, genauer als Vorbescheid i.S.d. Art. 71 BayBO; Abgrenzung zu anderen Instrumentarien
 - III. Klagebefugnis
 - (P) Klagebefugnis des Grundstücksnachbarn
 - IV. Vorverfahren
 - V. Beteiligten- und Prozessfähigkeit
 - VI. Sonstiges
 - VII. Zwischenergebnis
- B. Erfordernis der Beiladung der B-GmbH
- C. Begründetheit
 - I. Passivlegitimation
 - II. Rechtswidrigkeit des Vorbescheids
 - 1. Rechtsgrundlage
 - 2. Formelle Rechtmäßigkeit des Vorbescheids
 - 3. Materielle Rechtmäßigkeit des Vorbescheids
 - (P) Klärung des Prüfungsumfangs im Fall der Nachbarklage gegen einen Vorbescheid
 - a) Genehmigungsbefähigung des Vorhabens

- b) Genehmigungsfähigkeit des Vorhabens
 - aa) Verstoß gegen Bauplanungsrecht, hier: § 34 BauGB
 - (P) homogener Innenbereich, § 34 Abs. 2 BauGB
 - (P) „Wohngebäude“ i.S.d. § 3 Abs. 4 Bau-NVO
 - (P) Rücksichtnahme-Gebot
 - bb) Bauordnungsrechtliche Zulässigkeit des Vorhabens
 - c) Zwischenergebnis zur materiellen Rechtmäßigkeit

III. Verletzung des Klägers in subjektiv-öffentlichen Rechten

IV. Zwischenergebnis zur Begründetheit

D. Gesamtergebnis

Lösung

Eine Klage des K hat Aussicht auf Erfolg, wenn sie zulässig und begründet ist.

A. Zulässigkeit

I. Verwaltungsrechtsweg

Mangels aufdrängender Verweisung richtet sich die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs nach § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO. Vorliegend handelt es sich – da streitentscheidende Normen solche des BauGB und der BauNVO und damit des öffentlichen Rechts sind – um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit. Diese ist nichtverfassungsrechtlicher Art. Abdrängende Sonderzuweisungen sind nicht ersichtlich. Der Verwaltungsrechtsweg ist daher eröffnet.

II. Statthafte Klageart

1. Anfechtungsklage

Die statthafte Klageart richtet sich nach Klagebegehren, § 88 VwGO, und Klagegegenstand, § 79 VwGO. Vorliegend geht es K um die Aufhebung des Schreibens der Behörde an B; hierbei müsste es sich um einen noch nicht erledigten Verwaltungsakt handeln.

2. (Noch nicht erledigter) Verwaltungsakt

Problematisch am Vorliegen eines Verwaltungsaktes im Sinne des § 35 S. 1 VwVfG könnte das Kriterium der „Regelungswirkung“ sein, da Inhalt des Schreibens nur – im Rahmen der vom Bauherrn gestellten Fragen – die Feststellung der Vereinbarkeit des Vorhabens mit den öffentlich-rechtlichen Vorschriften, die Gegenstand der Prüfung sind, ist.

Abzugrenzen gilt es daher den sog. „feststellenden Verwaltungsakt“ (Voraussetzung einer „Regelung“ wird dabei durch „regelnde Feststellung“ erfüllt¹) von sog. „Wissensbekundungen“,² sowie den Vorbescheid von sonstigen Instrumentarien des Bauzulassungsrechts.

¹ BVerwGE 72, 226 (232).

² Kopp/Ramsauer, VwVfG, 13. Aufl., München 2012, § 35 Rn. 92.

Eine solche Abgrenzung erfolgt v.a. via Wortlaut und Kontext der Feststellung.³

Ein Vorbescheid, Art. 71 BayBO⁴, ist die verbindliche Erklärung der Bauaufsichtsbehörde, dass einem Vorhaben in bestimmter Hinsicht (nach dem zur Zeit der Entscheidung geltenden öffentlichen Recht) keine öffentlich-rechtlichen Hindernisse entgegenstehen; mit ihm wird über einen Teil des Gegenstandes der Baugenehmigung vor Stellung eines Bauantrags und vor Erteilung der Baugenehmigung endgültig entschieden, so dass der Vorbescheid einen Teil der sachlichen Prüfung des bauaufsichtlichen Genehmigungsverfahrens vorwegnimmt⁵ und ein vorweggenommener, feststellender Teil der Baugenehmigung ist.⁶

Von einem solchen ist v.a. die Baugenehmigung gem. Art. 68 BayBO⁷ zu unterscheiden, welche die Vereinbarkeit mit allen im Baugenehmigungsverfahren zu prüfenden, öffentlich-rechtlichen Vorschriften beinhaltet, vgl. Art. 68 Abs. 1 S. 1 Hs. 1, Art. 59 S. 1/Art. 60 S. 1 BayBO. Da es im vorliegenden Fall nur um die Beantwortung einzelner, konkreter Fragen geht, liegt keine Baugenehmigung vor.

Eine Teilbaugenehmigung, Art. 70 BayBO⁸, hat zwar mit dem Vorbescheid gemeinsam, dass sie nur einen Teil des Vorhabens betrifft, setzt aber einen Bauantrag voraus und gibt die teilweise Ausführung des Vorhabens frei.⁹ Sie ist hier bereits deshalb nicht einschlägig, weil ein Bauantrag entgegen Art. 70 BayBO noch nicht eingereicht wurde.

Eine Zusicherung, Art. 38 BayVwVfG¹⁰, ist die verbindliche Zusage über die Erteilung der Baugenehmigung;¹¹ es muss der eigentlich begehrte Verwaltungsakt aber erst noch erteilt werden; Teile der Baugenehmigung werden durch sie noch nicht vorweggenommen.¹² Vorliegend wurde der Verwaltungsakt mit Schreiben vom 26.2.2012 hingegen bereits erteilt.

Bei der unverbindlichen Rechtsauskunft fehlt schließlich die rechtsverbindliche Feststellung,¹³ welche hier aber gerade gegeben ist.

Indiz für die „generelle“ Verwaltungsakts-Qualität ist auch, ob die Feststellung im Gesetz vorgesehen ist.¹⁴ Dies ist beim Vorbescheid mit Art. 71 BayBO der Fall.

³ Vgl. z.B. BVerwGE 34, 353 (354).

⁴ Parallelvorschriften z.B.: § 71 BauO NRW; § 57 LBO BW; § 73 NBauO; § 66 HBO.

⁵ Decker, in: Simon/Busse (Hrsg.), Bayerische Bauordnung, 114. EL Stand: Dezember 2013, Art. 71 Rn. 21 unter Verweis auf z.B. BVerwG DVBl. 1989, 673.

⁶ OVG Greifswald, Urt. v. 17.1.2007 – 3 L 231/99, Rn. 23 ff. (juris).

⁷ Parallelvorschriften z.B.: § 75 BauO NRW; § 58 LBO BW; § 70 (v.a. Abs. 1) NBauO; § 64 HBO.

⁸ Parallelvorschriften: § 76 BauO NRW; § 61 LBO BW; § 70 Abs. 3 NBauO; § 67 HBO.

⁹ Decker (Fn. 5), Art. 71 Rn. 29.

¹⁰ Parallelvorschriften z.B.: § 38 VwVfG NRW; § 38 LVwVfG BW; § 38 HVwVfG.

¹¹ Decker (Fn. 5), Art. 71 Rn. 25.

¹² BayVGH BayVBl. 1993, 749 (751).

¹³ Vgl. OVG Münster NVwZ 1986, 579 (580).

Zudem folgt aus dem Zweck des Vorbescheides, Klarheit über bestimmte Fragen zu schaffen (bevor z.B. kostspielige Investitionen im Hinblick auf ein Vorhaben vom Bauherrn getätigt werden), dass er nicht nur eine unverbindliche Information für den Bürger sein kann; denn nur auf eine verbindliche Entscheidung kann der Bürger auch vertrauen.¹⁵

Das Schreiben der Behörde ist daher als Vorbescheid nach Art. 71 BayBO einzuordnen; dieser ist ein sog. „feststellender Verwaltungsakt“.

Es greift hier der Sonderfall einer sog. „Bebauungsgenehmigung“; diese ist ein Vorbescheid, in welchem allein über die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit eines Vorhabens nach §§ 29 ff. BauGB materiell vorweg entschieden wird.¹⁶

Da laut Sachverhalt eine Baugenehmigung (noch) nicht erteilt wurde, ist der Verwaltungsakt unproblematisch noch nicht erledigt, Art. 43 Abs. 2 BayVwVfG.

Klausur-Hinweis: Die Abgrenzung des Vorbescheids zu anderen „Instrumentarien“ des Baurechts ist hier recht breit angelegt und kann bei der Bearbeitung etwas knapper ausfallen.

Achtung: Problematisch sind Fälle, in denen nach Anfechtung eines noch nicht bestandskräftigen Vorbescheids durch einen Dritten noch eine Baugenehmigung ergeht, die angefochten wird. Zu klären sind dann sowohl das Problem, ob ein nicht bestandskräftiger Vorbescheid sich mit Erteilung einer Baugenehmigung erledigt,¹⁷ als auch Fragen hinsichtlich des Rechtsschutzbedürfnisses.¹⁸

III. Klagebefugnis

Klausur-Hinweis: Die Frage nach der Schutznormqualität der möglicherweise verletzten Norm kann bereits unter dem Prüfungspunkt „Klagebefugnis“ erörtert werden (so hier!), so dass in der Begründetheit lediglich noch zu prüfen ist, ob tatsächlich ein Verstoß gegen die vorher als Schutznorm erkannte¹⁹ Norm vorliegt (Voraussetzung wiederum: Norm gehört zum Prüfungsumfang beim Bauvorbescheid!).

Möglich wäre auch, sich im Rahmen der Prüfung der Klagebefugnis auf die Feststellung zu beschränken, dass die als verletzt in Betracht kommende Vorschrift nur möglicherweise drittschützenden Charakter entfaltet. In der Begründetheit sind dann ausführlich die Verletzung dieser Norm sowie die tatsächliche Schutznormqualität (letzteres unter dem Punkt „subjektive Rechtsverletzung“) zu prüfen. Letzte Vorgehensweise entzieht sich dem Vorwurf der „Kopflastigkeit“ und öffnet die Tür für eine (zu-

¹⁴ Kopp/Ramsauer (Fn. 2), § 35 Rn. 92a.

¹⁵ Ibler, Öffentliches Baurecht, 2006, Fall 3 Rn. 6 ff.

¹⁶ Zuletzt BVerwG NVwZ 1989, 863.

¹⁷ Hierzu ausführlich Decker (Fn. 5), Art. 71 Rn. 116 f.

¹⁸ OVG Lüneburg, Urt. v. 21.8.2002 – 1 LB 140/02, Rn. 18 (juris).

¹⁹ Rspr. beschränkt bei Drittbetroffenenklagen Prüfung der Begründetheit teils auf Normen, die subjektiv-öffentliche Rechte gewähren, z.B. BVerwG 84, 209 (213 ff.).

nächst) umfassende Rechtmäßigkeits-Prüfung, was aus klausurtaktischen Erwägungen sinnvoll sein kann.

K müsste gem. § 42 Abs. 2 VwGO geltend machen können, durch den B erteilten Vorbescheid möglicherweise in eigenen subjektiven Rechten verletzt zu sein. Da der Kläger (Nachbar!) nicht Adressat des erlassenen Verwaltungsakts ist, ist seine Klagebefugnis gegen den dem Bauherrn erteilten Verwaltungsakt fraglich. „Nachbar“ im öffentlichen Baurecht ist jedenfalls der Eigentümer des Nachbargrundstücks.²⁰ Die Adressatentheorie (Ableitung aus Art. 2 Abs. 1 GG) hilft nicht weiter, da der Nachbar am Rechtsverhältnis zwischen Behörde und Antragsteller nicht unmittelbar beteiligt ist.²¹ Weiter führt die Anwendung der sog. *Schutznormtheorie*: Drittschutz ist nach ihr zu bejahen, wenn die Norm nicht nur den Interessen der Allgemeinheit, sondern zumindest auch privaten Interessen einzelner (bestimmbarer) Individuen zu dienen bestimmt ist;²² dies ergibt sich aus der Vorschrift selbst oder aus deren Auslegung.²³

Für den Vorbescheid heißt das konkret: Eine Anfechtung durch den Nachbarn ist nur insoweit möglich, als sich die Baugenehmigungsbehörde hinsichtlich einer Fragestellung, die subjektive Rechte des Nachbarn berührt, bindet, so dass bei der Erteilung der nachfolgenden Baugenehmigung eine den nachbarschützenden Normen gerecht werdende Entscheidung nicht mehr möglich ist;²⁴ dies wiederum ist abhängig von der Frage, die der Antragsteller durch den Vorbescheid geklärt haben möchte. Keine Klagebefugnis besteht daher, wenn es schon an den Nachbarn überhaupt tangierenden Feststellungen fehlt.²⁵

Als nachbarschützende Vorschrift kommt § 34 Abs. 2 BauGB (in Verbindung mit § 3 BauNVO) in Betracht. Der nachbarschützende Gehalt im Rahmen des § 34 Abs. 2 BauGB ist – wegen der Erwägung des Gesetzgebers, dass es keinen Unterschied machen kann, ob sich die Art der baulichen Nutzung aus dem Bebauungsplan oder tatsächlich vorhandener Bebauung ergibt – wie im Plangebiet zu beurteilen.²⁶ Soweit daher eine Festsetzung im Plan drittschützend ist, muss dies auch für § 34 Abs. 2 BauGB in Verbindung mit BauNVO gelten.²⁷ Es ist daher hier zu klären, ob Drittschutz bejaht werden kann, wenn das faktisch gewachsene reine Wohngebiet durch Plan festgesetzt worden wäre. Insoweit besteht eine Besonderheit, was Festsetzungen hinsichtlich der Nutzungsart angeht: Gebietsartfestsetzungen sind für jeden Grundeigentümer im Plangebiet stets nachbarschützend, da jeder Eigentümer, der durch derartige Festsetzungen in der

Art der Nutzung seines Grundstücks eingeschränkt wird, sich darauf verlassen können muss, dass auch die anderen im Plangebiet diese Vorgaben einhalten (sog. *Gebietserhaltungsanspruch*²⁸). Die Vermittlung subjektiver Rechte durch § 34 Abs. 2 BauGB in Verbindung mit § 3 BauNVO ist daher zu bejahen. K fällt als Eigentümer des unmittelbaren Nachbargrundstücks im faktischen Plangebiet auch in den subjektiven Schutzbereich der Norm.

Die Vorschrift ist im vorliegenden Fall möglicherweise verletzt, da sich eventuell das „Wohnheim mit gerontopsychiatrischer Abteilung“ (der Art nach) nicht in die gemäß Sachverhalt beschriebene Umgebung einfügt und somit ein „gebietsfremdes Vorhaben“ sein könnte.

Klausur-Hinweis: Die Klärung dessen ist eine Frage der Begründetheit! Die Klagebefugnis des K ist bereits an dieser Stelle zu bejahen. Lediglich ergänzend sind daher hier folgende Ausführungen zum Rücksichtnahme-Gebot zu verstehen:

Schließlich kommt als nachbarschützende Vorschrift § 15 Abs. 1 S. 2 BauNVO in Verbindung mit § 34 Abs. 2 BauGB – als Ausprägung des Gebots der Rücksichtnahme – in Betracht. Das Gebot der Rücksichtnahme ist aus einfachgesetzlichen Bestimmungen abzuleiten, deren Bestandteil es ist.²⁹ Hier ist Anknüpfungsnorm § 15 Abs. 1 S. 2 BauNVO, der auch im faktischen Baugebiet gem. § 34 Abs. 2 BauGB Anwendung findet. Möglicherweise ist auch eine Verletzung zu bejahen, da die Lärmimmissionen etc. durch das geplante Vorhaben eventuell eine unzumutbare Belästigung/Störung des K darstellen.

Klausur-Hinweis: Eine entsprechende Abwägung ist Frage der Begründetheit!

Nachbarschutz kann insoweit bejaht werden, wenn in qualifizierter und individualisierter Art und Weise auf schützenswerte Interessen eines von der Allgemeinheit zu unterscheidenden Kreises Dritter Rücksicht zu nehmen ist, und so dem objektivrechtlichen Gebot der Rücksichtnahme drittschützende Wirkung zukommt³⁰ (Subjektivierungsformel des BVerwG).

²⁰ Manssen, in: Becker/Heckmann/Kempfen/Manssen, Öffentliches Recht in Bayern, 5. Aufl. 2011, S. 516, Rn. 484 f.

²¹ Manssen (Fn. 20), S. 517, Rn. 487.

²² Kopp/Schenke, VwGO, 19. Aufl. 2013, § 42 Rn. 71; siehe z.B. auch BVerwGE 61, 256.

²³ Manssen (Fn. 20), S. 517, Rn. 488.

²⁴ BayVGH, Beschl. v. 27.1.2005 – 14 ZB 04.2619, Rn. 4 (juris).

²⁵ Decker (Fn. 5), Art. 71 Rn. 150.

²⁶ Manssen (Fn. 20), S. 529, Rn. 541.

²⁷ BVerwGE 94, 151 (155).

²⁸ Zu den diversen Herleitungen und Anknüpfungspunkten für den Gebietserhaltungsanspruch vgl. umfassend: Stühler, Der allgemeine und besondere Gebietserhaltungsanspruch und seine Abgrenzung zum Gebot der Rücksichtnahme nach § 15 Abs. 1 S. 1 BauNVO, <http://www.jura.uni-konstanz.de/der-fachbereich/lehrbeauftragte/download-dr-stuehler/>, Stand: 7.6.2013 (aufgerufen am 11.6.2013).

²⁹ BVerwG DVBl. 1999, 786; a.A. Dürr, NVwZ 1985, 719 (722 f.).

³⁰ BVerwGE 52, 122.

Klausur-Hinweis: Nach h.M.³¹ besteht i.d.R. kein nachbarlicher Drittschutz direkt über Art. 14 GG. Durch verfassungskonforme Ausgestaltung von Bauberechtigungen und Abwehrrechten durch den Gesetzgeber beansprucht das einfache Gesetz als von Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG vorausgesetzter Gestaltungsmaßstab Anwendungsvorrang. Das bedeutet, Nachbarschutz ist nur zu bejahen, wenn der Gesetzgeber ihn selbst normiert hat. Auch die Möglichkeit einer Verletzung des Art. 6 BayBO wäre – unabhängig von Fragen des Drittschutzes – vorliegend von vornherein zu verneinen, da Bauordnungsrecht vorliegend nicht vom Prüfungsumfang des Vorbescheides erfasst ist und eine Anfechtung durch K insoweit von vornherein ins Leere ginge. Diese Erwägungen haben jedoch nur Hilfscharakter und können in der Klausur getrost weggelassen werden.

Ausführungen zur Schutznormqualität von § 36 BauGB³² erscheinen ebenfalls unnötig, da sich Anhaltspunkte für einen Normverstoß bei der Erteilung des gemeindlichen Einvernehmens laut Sachverhalt nicht bieten.

Im Ergebnis ist K daher klagebefugt.

Da der Nachbar K dem Vorbescheid nicht durch seine Unterschrift bereits vorbehaltlos zugestimmt hat (Art. 71 S. 4 in Verbindung mit Art. 66 Abs. 1 Satz 2 BayBO) und der Vorbescheid nicht auf Antrag des Bauherrn ohne Nachbarbeteiligung erteilt wurde (Art. 71 S. 4 Hs. 2 BayBO; in diesem Fall keine Bindungswirkung gegenüber dem Nachbarn), liegt auch keine Präklusion vor.³³

IV. Vorverfahren

In Bayern entfällt wegen § 68 Abs. 1 S. 2 Hs. 1 VwGO in Verbindung mit Art. 15 Abs. 2 AGVwGO das Vorverfahren nach § 68 VwGO.³⁴

V. Beteiligten- und Prozessfähigkeit

Kläger K ist nach § 61 Nr. 1 Alt. 1 VwGO, der beklagte Freistaat Bayern nach § 61 Nr. 1 Alt. 2 VwGO beteiligtenfähig. Die beizuladende B-GmbH ist gemäß § 63 Nr. 3 in Verbindung mit § 65 Abs. 2 VwGO beteiligt und als juristische Per-

son des Privatrechts gem. § 61 Nr. 1 Alt. 2 VwGO auch beteiligtenfähig.

Kläger K ist nach § 62 Abs. 1 Nr. 1 VwGO in Verbindung mit §§ 104 ff. BGB prozessfähig. Der beklagte Freistaat Bayern ist selbst als juristische Person des Öffentlichen Rechts nicht prozessfähig; wird aber durch Landratsamt oder Landes-anwaltschaft vertreten, § 62 Abs. 3 VwGO in Verbindung mit § 16 S. 1, 2 AGVwGO, § 3 LABV.³⁵ Im vorliegend anzustrebenden Verfahren vor dem Verwaltungsgericht, vgl. § 45 VwGO, wäre daher eine Vertretung durch das Landratsamt als Ausgangsbehörde nötig, § 62 Abs. 3 VwGO in Verbindung mit Art. 16 S. 1, 2 AGVwGO, § 3 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 Nr. 1 LABV. Die B-GmbH ist als juristische Person des Privatrechts nicht prozessfähig, kann aber durch den Geschäftsführer vertreten werden, § 62 Abs. 3 VwGO in Verbindung mit § 35 Abs. 1 GmbHG.

VI. Sonstiges

Die Voraussetzungen einer ordnungsgemäßen Klageerhebung gemäß §§ 81 f. VwGO wären im Fall tatsächlicher Klageerhebung zu beachten. Ausführungen zur Klagefrist gemäß § 74 VwGO sind laut Bearbeitervermerk entbehrlich. Die sachliche und örtliche Zuständigkeit läge beim Verwaltungsgericht Regensburg, § 45 und § 52 Nr. 1 VwGO, Art. 1 Abs. 2 Nr. 2 AGVwGO³⁶.

VII. Zwischenergebnis

Eine Anfechtungsklage wäre zulässig.

B. Erfordernis der Beiladung der B-GmbH

Im Fall der Anfechtungsklage des Nachbarn gegen den dem Bauherrn erteilten Vorbescheid ist der Bauherr als Adressat des Verwaltungsakts notwendig beizuladen (da ihn die Entscheidung in unmittelbar gestaltender Weise betrifft³⁷), § 65 Abs. 2 VwGO.

C. Begründetheit

Die Anfechtungsklage wäre begründet, wenn sich die Klage gegen den richtigen Beklagten richtet (§ 78 VwGO), der angegriffene Verwaltungsakt rechtswidrig ist und der Kläger dadurch in seinen subjektiven Rechten verletzt wird (§ 113 Abs. 1 S. 1 VwGO).

³¹ Vgl. exemplarisch *Seidel*, in: *Seidel/Reimer/Möstl*, Besonderes Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 2009, S. 73 m.w.N. sowie mit Nachweisen zur a.A.

³² Dagegen *Kaplonek/Mittag*, JA 2006, 664 (665).

³³ Landesrechtliche Vorschriften zur Nachbarbeteiligung beim Vorbescheid z.B.: § 71 Abs. 2 i.V.m. § 74 BauO NRW; § 57 Abs. 2 i.V.m. § 55 LBO BW; § 73 Abs. 2 i.V.m. § 68 NBauO; § 73 Abs. 2 S. 2 i.V.m. §§ 68, 69 Abs. 5; § 70 Abs. 5 NBauO; § 66 Abs. 2 i.V.m. §§ 62 f. HBO.

³⁴ In einigen Ländern wurde das Widerspruchsverfahren für den Regelfall abgeschafft, siehe neben Art. 15 Abs. 2 Bay-AGVwGO auch (befristet) § 6 Abs. 1 AG VwGO NRW oder § 8a Abs. 1 Nds. AGVwGO. Bereichsspezifische Ausschlüsse finden sich z.B. in § 15 AGVwGO BW oder § 16a Hess-AGVwGO.

³⁵ Die Länder werden in der Regel durch den zuständigen (Landes-)Minister vertreten, vgl. *Kopp/Schenke* (Fn. 22), § 62 Rn. 14. Es kann aber durch Landesrecht die Vertretung des Landes im Prozess dem sog. „Vertreter des öffentlichen Interesses“ übertragen sein (§ 36 Abs. 1 S. 2 VwGO; so vgl. als Regelfall in Art. 16 BayAGVwGO: Landes-anwaltschaft).

³⁶ Parallelvorschriften: § 1 Abs. 2 AG VwGO NRW; § 1 Abs. 2 AGVwGO BW; § 1 Abs. 2 Nds. AG VwGO; § 1 Abs. 2 HessAGVwGO etc.

³⁷ *Konrad*, BayVBl. 1982, 481 (487).

I. Passivlegitimation

Klausur-Hinweis: In Bayern wird § 78 VwGO als Frage der Begründetheit³⁸ unter dem Stichwort „Passivlegitimation“ behandelt; inhaltlich geht es um die Frage nach dem richtigen Beklagten. In anderen Bundesländern wird § 78 VwGO mehrheitlich als Frage nach der „passiven Prozessführungsbefugnis“ der Zulässigkeit zugeordnet.³⁹

Bei Erteilung des Vorbescheids hat das Landratsamt (untere Bauaufsichtsbehörde) gem. Art. 53 Abs. 1, Art. 54 Abs. 1 Hs. 1 BayBO, Art. 37 Abs. 1 S. 2 LKrO als Staatsbehörde – nicht als Behörde des Landkreises – gehandelt.⁴⁰ Rechtsträger des Landratsamts Cham ist der Freistaat Bayern. Nach § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO (Rechtsträgerprinzip⁴¹) ist die Klage daher gegen den Freistaat Bayern zu richten.

II. Rechtswidrigkeit des Vorbescheids

Hinweis: Maßgeblicher Beurteilungszeitpunkt ist die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der Erteilung des Bescheides;⁴² nachträgliche Änderungen zu Lasten des Bauherrn und zugunsten des Nachbarn lassen den erteilten Vorbescheid nicht rechtswidrig werden.⁴³

1. Rechtsgrundlage

Rechtsgrundlage für den Vorbescheid ist Art. 71 S. 1, S. 4 in Verbindung mit Art. 68 BayBO.⁴⁴

2. Formelle Rechtmäßigkeit des Vorbescheids

Der Vorbescheid ist laut Sachverhalts-Angaben formell rechtmäßig, vgl. hierzu Art. 71 S. 4 in Verbindung mit Art. 64 bis 67 BayBO.

3. Materielle Rechtmäßigkeit des Vorbescheids

Aus Art. 71 S. 1 BayBO ergibt sich, dass der Vorbescheid nur einzelne Fragen des Bauherrn beantworten soll. Im Übrigen verweist Art. 71 BayBO u.a. auf Art. 68 BayBO, der materielle Voraussetzungen für eine Baugenehmigung nennt. Diese Verweisung lässt den Rückschluss zu, dass ein Bauvorbescheid – wie auch die Baugenehmigung – ein genehmigungsbedürftiges Vorhaben voraussetzt.⁴⁵ Bezüglich der „öf-

fentlich-rechtlichen Vorschriften“, die dem Vorhaben nicht „entgegenstehen dürfen“ ist zu beachten, dass beim Vorbescheid nur die Übereinstimmung mit denjenigen öffentlich-rechtlichen Vorschriften gemeint sein kann, die für die Beantwortung der vom Antragsteller gestellten Frage(n) relevant sind.⁴⁶ „Frage“ im Sinne des Art. 71 S. 1 BayBO ist hier diejenige nach der Vereinbarkeit des Vorhabens „Wohnheim“ mit dem Bauplanungsrecht. Zu untersuchen ist daher vorliegend (nur) die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit dieses Vorhabens, welche auch im Baugenehmigungsverfahren unproblematisch vom Prüfungsumfang der Baugenehmigungsbehörde umfasst ist.⁴⁷

a) Genehmigungsbedürftigkeit des Vorhabens

Das Wohnheim ist als Gebäude eine bauliche Anlage und dessen Errichtung grundsätzlich genehmigungsbedürftig im Sinne des Art. 55 Abs. 1 BayBO in Verbindung mit Art. 2 Abs. 1 S. 1, 4 BayBO.⁴⁸ Ausnahmen sind nicht einschlägig.

b) Genehmigungsfähigkeit des Vorhabens

aa) Verstoß gegen Bauplanungsrecht, hier: § 34 BauGB

(1) Prüfungsmaßstab und Anwendbarkeit des Bauplanungsrechts

Bei einem Heim für alte Menschen (Altenheim, Altenpflegeheim, Altenwohnheim) handelt es sich um einen Sonderbau gem. Art. 2 Abs. 4 Nr. 9 BayBO.⁴⁹ Der Prüfungsumfang im Genehmigungsverfahren richtet sich daher grundsätzlich nach Art. 60 BayBO. Da es sich vorliegend aber um einen Vorbescheid handelt, sind nur die von der Fragestellung erfassten bauplanungsrechtlichen Fragen zu erörtern, §§ 29 ff. BauGB.

Das Vorhaben der B müsste die Errichtung einer baulichen Anlage im Sinne des BauGB zum Inhalt haben, § 29 Abs. 1 BauGB. Die Errichtung eines solchen Gebäudes fällt unter den bauplanungsrechtlichen Vorhaben-Begriff⁵⁰, so dass

⁴⁶ Ebenda.

⁴⁷ Auch für Studenten außerhalb Bayerns ist vorliegende Prüfung der materiellen Rechtmäßigkeit des Vorbescheids lehrreich: Sowohl in – exemplarisch genannt – §§ 71 Abs. 1, 2 i.V.m. § 75 Abs. 1 BauO NRW, § 57 i.V.m. § 58 Abs. 1 LBO BW; § 73 i.V.m. § 70 Abs. 1 NBauO; § 66 i.V.m. § 64 Abs. 1 HBO soll der Vorbescheid gerade einzelne Fragen des Bauherrn beantworten. Es wird durchgehend auf die jeweilige Landesnorm zur Baugenehmigung verwiesen, so dass stets die Prüfung von Genehmigungsbedürftigkeit und Genehmigungsfähigkeit des Vorhabens anschließt, wobei das hier zu überprüfende Bauplanungsrecht nach allen genannten Landesnormen unter den Prüfungsumfang der Genehmigungsbehörde fällt.

⁴⁸ Landesrechtliche Parallelvorschriften zur Genehmigungsbedürftigkeit z.B.: § 63 (i.V.m. § 2) BauO NRW; § 49 (i.V.m. § 2) LBO BW; § 59 (i.V.m. § 2 [beachte v.a. Abs. 13]) NBauO; § 54 (i.V.m. § 2) HBO.

⁴⁹ Lechner, in: Simon/Busse (Fn. 5), Art. 2 Rn. 977, 995.

⁵⁰ Zu diesem vgl. Seidel/Möstl, in: Seidel/Reimer/Möstl (Fn. 31), S. 9.

³⁸ BayVGH BayVBl. 1988, 628 (630).

³⁹ So z.B. – teils unter dem Stichwort „Klage-/Antragsgegner“ – in Nordrhein-Westfalen und Baden-Württemberg. Erkundigen Sie sich nach der für Ihr Bundesland üblichen Vorgehensweise!

⁴⁰ Wer untere Bauaufsichtsbehörde ist, ergibt sich aus den Landesbauordnungen; z.B.: § 60 BauO NRW; § 46 LBO BW; § 57 NBauO; § 52 HBO.

⁴¹ Exemplarisch Seidel (Fn. 31), S. 81.

⁴² Zuletzt BayVGH BayVBl. 2008, 728 (729).

⁴³ BayVGH BayVBl. 2005, 726.

⁴⁴ Zu den jeweiligen landesrechtlichen Parallelvorschriften zum Vorbescheid siehe bereits Fn. 4.

⁴⁵ Ibler (Fn. 15), Fall 3 Rn. 133 ff.

die Zulässigkeitsvoraussetzungen gemäß §§ 30 ff. BauGB als Prüfungsmaßstab zur Anwendung kommen.

§ 30 Abs. 1 bis 3 BauGB (und § 33 BauGB) sind mangels (in Aufstellung befindlichen) Bebauungsplans nicht einschlägig. Zu prüfen ist daher eine Zulässigkeit des Vorhabens im unbeplanten Innenbereich nach § 34 BauGB.

(2) Vorliegen eines im Zusammenhang bebauten Ortsteils im Sinne des § 34 Abs. 1 S. 1 BauGB

Ein Ortsteil ist eine komplexartige Bebauung von gewissem zahlenmäßigen Gewicht im Sinne einer organischen Siedlungsstruktur.⁵¹ Vermittelt die Bebauung trotz vorhandener Baulücken den Eindruck der Geschlossenheit (Zusammengehörigkeit), spricht man vom Bebauungszusammenhang.⁵² Laut Sachverhalt liegen zwar sowohl das Grundstück des K als auch das der B in einem ortsrannahen Teil von A am Nordhang des Bergs; auf den umliegenden Grundstücken befindet sich jedoch Wohnbebauung, so dass (mangels Anhaltspunkten für eine bloße Splittersiedlung/Streubebauung) von einem im Zusammenhang bebauten Ortsteil auszugehen ist. Einen bebauten Teil einer Gemeinde unter den Außenbereich nach § 35 BauGB zu subsumieren, liefe jeder Verkehrsauffassung zuwider. Eine Satzung nach § 34 Abs. 4 BauGB existiert nicht.

(3) Sich-Einfügen des Vorhabens in die Eigenart der näheren Umgebung, § 34 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 BauGB

(a) Einhaltung des durch die Eigenart der näheren Umgebung vorgegebenen Rahmens

Das geplante Vorhaben „Wohnheim mit geronto-psychiatrischer Abteilung“ ist nur zulässig, wenn es sich nach der Art der baulichen Nutzung in die Eigenart der näheren Umgebung einfügt.

Hinsichtlich der Art der baulichen Nutzung ist vorliegend § 34 Abs. 2 BauGB einschlägig.

§ 34 Abs. 2 regelt den Sonderfall des sog. „homogenen Innenbereichs“⁵³: Entspricht der im Zusammenhang bebaute Ortsteil faktisch einem Baugebiet nach der BauNVO (§§ 2 bis 15 BauNVO), richtet sich die Beurteilung hinsichtlich der Art der baulichen Nutzung allein nach der BauNVO.

Vorliegend entspricht die Umgebung nach ihrer Eigenart faktisch einem reinen Wohngebiet gemäß § 3 BauNVO, denn die Bebauung im relevanten Ortsbereich besteht ausschließlich aus Wohnhäusern sowie den vorhandenen Altenwohnungen der B.

Einzigster Anknüpfungspunkt für eine andere als die Einordnung der vorhandenen Umgebung als faktisch „reines Wohngebiet“ sind diese Altenwohnungen der B. In einem reinen Wohngebiet allgemein zulässig sind nämlich nur Wohngebäude, § 3 Abs. 2 BauNVO. Wohngebäude sind Gebäude,

die dem dauernden Wohnen dienen.⁵⁴ Wohnen im planungsrechtlichen Sinne ist dabei eine auf gewisse Dauer angelegte, eigenständige Gestaltung des häuslichen Lebens auf der Grundlage eines freiwilligen Aufenthalts.⁵⁵ Die Altenwohnungen der B sind normale Wohnungen, welche zwar für alte Menschen angedacht sind, sich jedoch sonst nicht von „normalen“ Wohnungen unterscheiden. Insbesondere gibt es keine Anhaltspunkte für etwaige Besonderheiten wie Gemeinschaftsverpflegung, Reglementierung der Tagesabläufe der Bewohner oder Flächen für Betreuungszwecke. Das Gebäude mit den Wohnungen ist also „Wohngebäude“, so dass die Umgebung sich tatsächlich als „reines Wohngebiet“ darstellt und es keine Anhaltspunkte für die Annahme z.B. eines „allgemeinen Wohngebiets“ gibt.

Im reinen Wohngebiet sind – wie erörtert – grundsätzlich nur Wohngebäude zulässig, § 3 Abs. 2 BauNVO. Das geplante Vorhaben ist zwar ein Wohnheim, d.h. es leben Menschen darin, jedoch sind diese zum einen pflegebedürftig und zum anderen hat das Wohnheim eine „geronto-psychiatrische Abteilung“ mit insgesamt zwei Stationen, in der je zehn verwirrte oder teilverwirrte Personen nach Art von Großfamilien in Gruppen (je sechs bis zehn Personen) betreut werden. Das Pflegepersonal übernimmt bei dieser Konstellation – zusätzlich zu seinen normalen Aufgaben – eine Art Führungsaufgabe.

Zu klären ist daher, ob ein solches Vorhaben tatsächlich als „Wohngebäude“ einzuordnen ist.

Zur Definition von Wohngebäuden/Wohnen sei auf Vorstehendes verwiesen. Zu beachten gilt, dass ein Wohngebäude nicht unbedingt Wohnungen enthalten muss.⁵⁶ Da im „Wohnheim“ der B das Leben der Bewohner in Gruppen organisiert und betreut werden soll, wobei das Pflegepersonal sowohl Aufgaben der Pflege als auch die Führungsaufgabe übernimmt, könnte sich das Vorhaben aber auch als Klinik oder wie von K vorgetragen als „Langzeitkrankenhaus“ darstellen. Abzugrenzen ist es auch zu einem „Gewerbebetrieb“. Aufgrund der besonderen Struktur des Zusammenlebens ist jedoch vorliegend die Erweiterung nach § 3 Abs. 4 BauNVO zu beachten. Nach dieser sind allgemein zulässig im reinen Wohngebiet auch solche Wohngebäude, die ganz oder teilweise der Betreuung und Pflege ihrer Bewohner dienen.

Fraglich ist, ob das geplante Vorhaben unter § 3 Abs. 4 BauNVO fällt.

Vertreten wird zwar, dass Wohnheime für verwirrte alte Menschen mit Pflege nicht zu den Wohngebäuden im Sinne des § 3 Abs. 4 BauNVO zählen würden, da der Begriff des Wohnens mangels Eigengestaltung der Haushaltsführung und des häuslichen Wirkungskreises nicht den dauerhaften Aufenthalt altersverwirrter Menschen, deren gesundheitlicher Zustand allenfalls zeitweise stabilisiert werden könne, erfasse.⁵⁷

⁵⁴ Stock, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Hrsg.), Baugesetzbuch, 106. EL Stand: September 2012, § 3 BauNVO, Rn. 34.

⁵⁵ So z.B. auch BVerwG NVwZ 1996, 893 (894).

⁵⁶ Stock (Fn. 54), § 3 BauNVO Rn. 34.

⁵⁷ Fickert/Fieseler/Determan/Stühler, BauNVO, 11. Aufl. 2008, § 3 Rn. 20.2.

⁵¹ BVerwGE 31, 20 (21).

⁵² BVerwGE 31, 20 (21).

⁵³ Manssen (Fn. 20), S. 438, Rn. 102.

Die überzeugende Gegenansicht⁵⁸ zählt generell Wohnheime für pflegebedürftige verwirrte alte Menschen sehr wohl zu den Wohngebäuden im Sinne des § 3 Abs. 4 BauNVO, da solche Heime der Pflege und Betreuung und eben nicht einer Behandlung der Bewohner dienen. Dass eine Eigengestaltung der Haushaltsführung und des häuslichen Wirkungskreises gegenüber Betreuung und Pflege der Bewohner in den Hintergrund treten oder sogar aufgegeben werden, stehe einer Einordnung als Wohngebäude im Sinne des § 3 Abs. 4 BauNVO nicht entgegen.⁵⁹

Im konkreten Fall lässt die Bezeichnung des Vorhabens als „Wohnheim“ vermuten, dass zumindest teilweiser Zweck des dortigen Aufenthalts das „Wohnen“ sein soll.

Abzugrenzen ist jedoch für eine derartige Einordnung eine „wohnartige“ zu einer krankenhaushausartigen/-ähnlichen bloßen „Unterbringung“: Krankenhäuser und Kliniken stehen unter ärztlicher Leitung und dienen der Erkennung und Behandlung von Krankheiten inklusive Nachsorge.⁶⁰ Das Wohnheim für desorientierte alte Menschen mit geronto-psychiatrischer Abteilung könnte eine solche krankenhaushausartige Unterbringung sein. Gegen das Vorliegen eines klinikartigen Betriebs mit bloßer „Unterbringung“ statt „Wohnen“ sprechen hier jedoch gewichtige Argumente: Die Aufnahme in die Einrichtung sowie der Aufenthalt sind freiwillig. Die Bewohner wohnen (abgesehen von einem Pflegebett) in eigenen Zimmern mit eigenen Möbeln, was ein Mindestmaß an Selbstbestimmtheit und Rückzugsmöglichkeit gewährleistet. (Eine Gemeinschaftsküche und ein gemeinsamer Aufenthaltsraum stehen dem „Wohnen“ nicht grundsätzlich entgegen.⁶¹) Dass die Bewohner auf Betreuung und Pflege angewiesen sind, steht einer selbständigen Lebensführung nicht entgegen. Dies vor allem, da das geplante Wohnheim keine medizinische Leitung und Aufsicht hat; vielmehr erfolgt eine Betreuung der Bewohner durch ihre jeweiligen Hausärzte.

Abzugrenzen ist auch von einem Betrieb des Beherbergungsgewerbes: „Beherbergungsgewerbe“ meint Betriebe, die einem ständig wechselnden Kreis von Gästen zu gewerblichen Zwecken gegen Entgelt vorübergehende Übernachtungsmöglichkeiten zur Verfügung stellen, ohne dass die Gäste in den Räumen unabhängig eine eigene Häuslichkeit begründen können.⁶² Als Beherbergungsbetriebe gelten z.B. Hotels, Pensionen, Hospize, Gasthöfe, Fremdenheime und Erholungsheime, wenn diese der Unterbringung im Urlaub und nicht der Heilbehandlung dienen.⁶³ Das geplante Vorhaben hat zwar einen privaten Träger, die B-GmbH, allerdings ist der Aufenthalt der Bewohner nicht als „vorübergehende Übernachtung“ einzuordnen, sondern dauerhaft angelegt, was sich v.a. in dem kleingruppenartigen festen Zusammenleben

(„Großfamilie“) und der Möblierung mit eigenen Möbeln äußert.

Das geplante Wohnheim für desorientierte Menschen ist daher nach § 3 Abs. 4, Abs. 2 BauNVO im reinen Wohngebiet allgemein zulässig.

Klausur-Hinweis: Im Gegensatz zu Wohn- und Altenheimen, die seit jeher als Wohngebäude im Sinne des § 3 Abs. 2 BauNVO angesehen wurden, waren Altenpflegeheime/Heime mit überwiegenden Betreuungs- und Pflegeaufgaben nach den früheren Fassungen der BauNVO keine Wohngebäude, sondern Anlagen für gesundheitliche und/oder soziale Zwecke. Unter der Geltung der BauNVO 1990 sind nun Pflegeheime unter den Voraussetzungen des § 3 Abs. 4 BauNVO ebenfalls als Wohngebäude nach § 3 Abs. 2 BauNVO allgemein zulässig.⁶⁴

Für die Klausur ist daher primär das Auffinden des § 3 Abs. 4 BauNVO im Gesetz wichtig. Damit ist es aber nicht getan: Auch unter Anwendung von § 3 Abs. 4 BauNVO (dessen Voraussetzung „Wohngebäude“ sind) bleibt es Aufgabe des Bearbeiters, ein „Wohnen mit Betreuung und Pflege“ von einer „Unterbringung mit Behandlung“ abzugrenzen. Mehr als das Aufwerfen des Problems und eine kurze Begründung der Einordnung im konkreten Fall wird man in der Klausur aber kaum verlangen können (Stichwort: Zeit!).

Auf § 3 Abs. 3 BauNVO in Verbindung mit § 34 Abs. 2 Hs. 2, § 31 Abs. 1 BauGB war laut Bearbeitervermerk nicht einzugehen. § 3 Abs. 3 Nr. 1 BauNVO (kleiner Betrieb des Beherbergungsgewerbes) und Nr. 2 (Anlage für soziale Zwecke) würden hier aber ohnehin ausscheiden, da ein „Wohnen“ ja gerade bejaht wurde. Nr. 2 (den Bedürfnissen der Bewohner des Gebiets dienende Anlage für gesundheitliche Zwecke) scheitert überdies daran, dass das Vorhaben nicht nur den Bewohnern des Gebiets dient und gerade nicht auf Gesundheit/Heilbehandlung ausgerichtet ist.

Trotz der allgemeinen Zulässigkeit des Vorhabens als Wohngebäude im Sinne des § 3 Abs. 4 BauNVO ist § 15 Abs. 1 S. 1 BauNVO zu prüfen. Nach diesem könnte das Vorhaben ausnahmsweise unzulässig sein, wenn es nach seinem *Umfang* der Eigenart des Gebiets widerspricht, siehe § 15 Abs. 1 S. 1 BauNVO. Ein solcher Widerspruch zur Eigenart des Gebiets ergibt sich v.a. dann, wenn ein Vorhaben den Gebietscharakter durch eine „auf seinem Umfang beruhende dominierende Wirkung verändert“⁶⁵. Vorliegend enthält der Sachverhalt keine genauen Angaben zu Größe der Anlage oder Zu- und Abfahrtsverkehr sowie zur Größe der umliegenden Wohnbebauung; eine Unzulässigkeit nach § 15 Abs. 1 S. 1 BauNVO ist daher abzulehnen.

Das geplante Vorhaben fügt sich daher gemäß § 3 Abs. 4 in Verbindung mit Abs. 2 BauNVO in Verbindung mit § 34 Abs. 1, 2 BauGB seiner Art nach in die Eigenart der näheren

⁵⁸ OVG Lüneburg, Urt. v. 21.8.2002 – 1 LB 140/02, Rn. 21 (juris).

⁵⁹ Stock (Fn. 54), § 3 BauNVO Rn. 64 f.

⁶⁰ OVG Lüneburg, Urt. v. 21.8.2002 – 1 LB 140/02, Rn. 21 (juris).

⁶¹ BayVGH VwRR BY 2000, 230.

⁶² BVerwGE 90, 140 (143).

⁶³ Stock (Fn. 54), § 3 BauNVO Rn. 76.

⁶⁴ Stock (Fn. 54), § 3 BauNVO Rn. 76.

⁶⁵ BVerwG NVwZ 1991, 1078 (1079).

Umgebung (welche faktisch einem reinen Wohngebiet entspricht) ein.

Das Vorhaben müsste sich zudem nach Maß der baulichen Nutzung, Bauweise und überbaubarer Grundstücksfläche in die Eigenart der näheren Umgebung einfügen. Maßgeblich ist insoweit § 34 Abs. 1 BauGB in Verbindung mit §§ 16 ff., §§ 22 f. BauNVO, wobei die BauNVO-Vorschriften nicht unmittelbar anwendbar, die entsprechenden Maßstäbe jedoch grundsätzlich heranziehbar sind. Mangels anderer Anhaltspunkte im Sachverhalt sind jedenfalls die Voraussetzungen der §§ 22 und 23 BauNVO als eingehalten zu unterstellen. Zu beurteilen ist schließlich, ob sich das Vorhaben der B auch hinsichtlich des „Maß[es] der baulichen Nutzung“ im Sinne des § 34 Abs. 1 BauGB innerhalb des sich aus seiner Umgebung ergebenden Rahmens hält. Zwar ist eine grobe Orientierung an den §§ 16, 18 bis 20 BauNVO auch im Fall des § 34 Abs. 1 BauGB sinnvoll, letztlich muss aber als Maßstab primär die vorhandene Bebauung dienen.⁶⁶ Umliegend befinden sich (vom Sachverhalt nicht näher beschriebene) Wohnbebauung sowie die zweigeschossigen Altenwohnungen der B. Insbesondere da auch das neue Vorhaben der B nur zwei Geschosse (Höhe!) hat, ist der Rahmen hier als eingehalten einzuschätzen.

(b) Verstoß des Vorhabens gegen das Rücksichtnahmegebot

Obwohl das Vorhaben sich in jeder Hinsicht (Art, Maß, Bauweise, überbaubare Grundstücksfläche) innerhalb des durch die Bebauung seiner Umgebung geprägten Rahmens hält, kann ausnahmsweise das *Rücksichtnahmegebot* verletzt sein.⁶⁷ Dieses fungiert als „zusätzlicher Ausgleich“, wo die schematische Anwendung des Zulässigkeitsrechts zu nicht hinnehmbaren Beeinträchtigungen führen würde. Das Gebot der Rücksichtnahme bezieht sich auf sämtliche Zulässigkeitsmerkmale: Art, Maß der baulichen Nutzung, Bauweise und überbaubare Grundstücksfläche.⁶⁸ Richtet sich die Beurteilung der Art der baulichen Nutzung im Fall des § 34 Abs. 2 BauGB nach §§ 2 ff. BauNVO, ist das Gebot der Rücksichtnahme insofern im Rahmen des anzuwendenden § 15 Abs. 1 S. 2 BauNVO zu prüfen.⁶⁹ Die „Reichweite“ ist zwar begrenzt auf die „nähere Umgebung“ im Sinne des § 34 Abs. 1 BauGB;⁷⁰ das unmittelbare Nachbargrundstück des K ist hiervon aber jedenfalls erfasst. Die Berücksichtigung des Rücksichtnahmegebots erfolgt durch eine Interessenabwägung der beiderseitigen Belange (Grenze: Zumutbarkeit anhand objektiver Verhältnisse): Sind unter Berücksichtigung der grundsätzlichen Zulässigkeit des Vorhabens überwiegende „berechtignte Nachbarinteressen“ städtebaulicher Art entgegenzuhalten?⁷¹

Anknüpfungspunkt für eine Abwägung der nachbarlichen Interessen des K mit den berechtigten Interessen des Bauherrn B an der Durchführung sind zunächst potentielle Lärm-

emissionen durch das geplante Vorhaben „Wohnheim“ (nächtliche Ruhestörung). Da dies die „Art der baulichen Nutzung“ betrifft, ist § 34 Abs. 2 BauGB in Verbindung mit § 15 Abs. 1 BauNVO zu beachten. Zwar sind mit dem Vorhaben „Wohnheim“ unweigerlich Betriebs- und Verkehrslärm verbunden, z.B. bei Außenaktivität oder Zu- und Abgangsverkehr auf und um das Betriebsgelände. Dies sind auch berücksichtigungsfähige Belange.⁷² Jedoch hält sich – im Vergleich zu anderen Nutzungen – speziell bei einem Wohnheim für pflegebedürftige, alte Menschen der Lärm in einem dem Nachbar wohl durchaus zumutbarem Umfang, und dies auch unter der Berücksichtigung der Eigenart des Gebiets. Bei objektiver Verkehrsanschauung sind alte Menschen nicht übermäßig laut. Selbst wenn einige verwirrte Bewohner – gerade da sie vielleicht nicht mehr zwischen Tag- und Nachtzeit unterscheiden können – auch zur Nachtzeit lautere Tätigkeiten ausführen könnten, kann dies nicht überzeugen: hiervor ist man im reinen Wohngebiet zumindest nicht umfassend geschützt. Überdies bestünde die Möglichkeit notwendiger schützender Maßnahmen durch den Heimbetreiber: schallisolierende, abspernbare Fenster (die nachts auch abgesperrt werden) oder im Ausnahmefall, sofern ein Bewohner eine „Gefahr“ darstellt, die Möglichkeit der Gabe beruhigender Medikation etc. Mit extremem Verkehrsaufkommen ist zudem nicht zu rechnen, insbesondere nicht in der Nacht. Bei planungsrechtlicher Beurteilung von Wohnheimen für verwirrte, pflegebedürftige, alte Menschen kann daher nicht angenommen werden, dass diese typischerweise mit übermäßigen Lärmbelastigungen für die Nachbarschaft verbunden sind. Persönliche Empfindlichkeiten des K sind nicht berücksichtigungsfähig. Außerdem ist K gegenüber tatsächlichen Störungen nicht schutzlos, da B im Einzelfall voraussehbaren Störungen der Nachtruhe vorbeugen kann und muss.

Weiterer Anknüpfungspunkt für eine Interessenabwägung ist eine mögliche erdrückende Wirkung des Vorhabens „Wohnheim“. Die „übermäßige Bebauung“ eines Vorhaben-Grundstücks ist zwar grundsätzlich beachtlicher Gesichtspunkt, da die Gefahr einer „erdrückenden Wirkung“ besteht.⁷³ Vorliegend ist eine erdrückende Wirkung des Vorhabens aber zu verneinen: Abgesehen davon, dass sich das „Maß der baulichen Nutzung“ im Sinne des § 34 Abs. 1 BauGB innerhalb des Rahmen hält (s.o.), insbesondere das Vorhaben nur zweigeschossig ist, ist extra eine bauliche Anpassung des leicht höher gelegenen Vorhabens an die Hanglage vorgesehen. Die Ausrichtung der Gebäude des K und der B ist entgegengesetzt. Zudem existiert eine dichte Eingrünung, die die Sicht auf das Vorhaben beschränkt. Hinzu kommt die dazwischenliegende Entfernung. Zudem zu berücksichtigen ist auch das Interesse der B an der Bebaubarkeit ihres Grundstücks sowie an der Erweiterung ihres Betriebs in Übereinstimmung mit der Umgebungsbebauung. Das Vorhaben „Wohnheim“ ist demnach bereits objektiv nicht rücksichtslos.

⁶⁶ Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Fn. 54), § 34 BauGB Rn. 40.

⁶⁷ BVerwGE 55, 369.

⁶⁸ BVerwG NVwZ 1987, 33.

⁶⁹ Söfker (Fn. 66), § 34 BauGB Rn. 48.

⁷⁰ BVerwG NVwZ 2004, 1244 (1246).

⁷¹ Söfker (Fn. 66), § 34 BauGB Rn. 49 f.

⁷² Söfker (Fn. 66), § 34 BauGB Rn. 49.

⁷³ Söfker (Fn. 66), § 34 BauGB Rn. 49.

(c) Zwischenergebnis zum „Einfügen“

Das Vorhaben fügt sich in den vorgegebenen Rahmen ein und ist auch nicht rücksichtslos.

(4) Anforderungen des § 34 BauGB im Übrigen

Die Einhaltung der übrigen Anforderungen des § 34 BauGB ist mangels anderer Anhaltspunkte zu unterstellen.

bb) Bauordnungsrechtliche Zulässigkeit des Vorhabens

Eine Unvereinbarkeit des Vorhabens mit Bauordnungsrecht (z.B. Abstandsflächen, Art. 6 BayBO) kann nicht die Rechtswidrigkeit des Vorbescheids begründen, da der Prüfungsumfang vorliegend auf die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit des Vorhabens beschränkt ist.

c) Zwischenergebnis zur materiellen Rechtmäßigkeit

Der Vorbescheid zum Vorhaben „Wohnheim“ ist materiell rechtmäßig. Insbesondere ist das Vorhaben „Wohnheim“ hinsichtlich des (nur) zu prüfenden Bauplanungsrechts genehmigungsfähig.

III. Verletzung des Klägers in subjektiv-öffentlichen Rechten, § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO

Der Vorbescheid ist rechtmäßig (s.o.). Durch einen rechtmäßigen Vorbescheid kann K jedoch nicht in subjektiven Rechten verletzt sein.

Klausur-Hinweis: Falls der Bearbeiter zu dem Ergebnis kommt, der Vorbescheid sei rechtswidrig, kann K als Dritter die Aufhebung eines rechtswidrigen Verwaltungsakts nur verlangen, soweit seine subjektiv-öffentlichen Rechte reichen und verletzt sind. Wegen des oben im Rahmen der Klagebefugnis dargelegten drittschützenden Charakters des § 34 Abs. 2 BauGB (in Verbindung mit § 3 BauNVO bzw. § 15 Abs. 1 S. 2 BauNVO) zugunsten des Nachbarn K im betroffenen faktischen Plangebiet läge dann gleichzeitig (mit der objektiven Rechtsverletzung) eine subjektive Rechtsverletzung des K vor.

IV. Zwischenergebnis zur Begründetheit

Eine Klage wäre unbegründet.

Klausur-Hinweis: A.A. vertretbar, wenn der Vorbescheid als rechtswidrig eingeordnet wird!

D. Gesamtergebnis

Eine Klage wäre zulässig aber nicht begründet und hätte daher keine Aussicht auf Erfolg.

Hausarbeit Öffentliches Recht: Bahnhofs-Demo mit Hindernissen

Von Wiss. Mitarbeiterin **Gabriele Buchholtz**, LL.B., Hamburg

Sachverhalt

Die rechtsextremistische Gruppierung X plant eine groß angelegte Demonstration am Pfingstmontag (20.5.) 2013, die mit einer Kundgebung rechtsradikalen Gedankenguts in der Hamburger Innenstadt enden soll. Dass die zuständige Behörde diesen rechtmäßigen Aufzug nicht verbieten kann, ärgert die Mitglieder von „Peace e.V.“ (P). Der deutschlandweit agierende Verein verfolgt das Ziel, die Verbreitung rechtsextremistischen Gedankenguts zu verhindern. Vor allem will er „Naziaufmärsche“ durch Massenblockaden unterbinden. In der Vergangenheit hat sich P darauf beschränkt, Aufmärsche von Rechtsradikalen durch Gegendemonstrationen zu blockieren. Wegen zunehmender rechter Gewalt hält es der Verein nunmehr für erforderlich, sich schon im Vorfeld effektiver „gegen Rechts“ zu organisieren. Zu diesem Zweck veranstaltet P „Blockadetrainings“. Mit seinem Engagement findet P breite Unterstützung in der Gesellschaft: Zu den Vereinsmitgliedern zählen nicht nur antifaschistische Gruppierungen, sondern auch Politiker, Sportler und Geistliche.

Um die Demonstration von X am Pfingstmontag zu verhindern, möchte P am späten Nachmittag des 15.4.2013 vor und im Hamburger Hauptbahnhof der Deutschen Bahn AG ein „Blockadetraining“ durchführen. Zunächst soll es auf dem Bahnhofsvorplatz kleinere Reden geben, um die Öffentlichkeit auf das Anliegen aufmerksam zu machen und zum Mittun zu motivieren. Danach sollen „Blockadetrainer“ Einzelheiten zu einer Demonstration erklären und Blockaden durchspielen. Zum Abschluss ist ein friedlicher, aber „musikalisch“ unterlegter Marsch durch die „Wandelhalle“¹ des Hamburger Hauptbahnhofs geplant. Unter Einsatz von Trompeten, Trillerpfeifen und Trommeln möchte P sein Engagement „gegen Rechts“ deutlich zum Ausdruck bringen und dabei den Hauptbahnhof als zentralen Knotenpunkt nutzen. Dabei will man auch den Kontakt mit Reisenden und Passanten suchen, um über das Anliegen aufzuklären. Der Aufenthalt in der „Wandelhalle“ wird nach Schätzungen von P etwa eine Stunde dauern. Nachdrücklich betont P seine friedliche Zielsetzung. Es solle ein gewaltfreies Einschreiten gegen X geübt werden. Provokation oder ein Vorgehen gegen die Polizei seien nicht intendiert – weder beim „Blockadetraining“ noch bei der späteren Blockade der „Nazidemonstration“.

Der Verein kündigt das „Blockadetraining“ am 4.3.2013 als Versammlung mit etwa 300 Teilnehmern bei der zuständigen Versammlungsbehörde an. Der zum Versammlungsleiter ernannte Vereinsvorstand V erscheint am selben Tag zu einem „Kooperationsgespräch“. Dabei bringt der zuständige Beamte seine Befürchtung zum Ausdruck, wonach das „Blockadetraining“ eine „öffentliche Aufforderung“ zu „groben Störungen“ einer rechtmäßigen Versammlung darstellen könnte. Im Übrigen werde der reibungslose Betrieb der in der „Wandelhalle“ ansässigen Läden und Restaurants durch den

anschließenden Marsch unzumutbar beeinträchtigt. Daher macht der Beamte die Versammlung von folgenden „Auflagen“ abhängig:

1. Es ist allen Verantwortlichen untersagt, den Versammlungsteilnehmern Techniken zu vermitteln, die allein das Ziel verfolgen, nicht verbotene künftige Aufzüge zu verhindern.

2. Der anschließende, musikalische begleitete Marsch durch den Hauptbahnhof hat zu unterbleiben.

Dabei erklärt der Beamte beiläufig, P könne ja gegen die Auflagen „auf dem Gerichtsweg“ vorgehen. Per Post ordnet er drei Tage später – allerdings ohne nähere Einlassung – die sofortige Vollziehung der Auflagen an.

V legt am 11.4.2013 Widerspruch gegen die Auflagen ein und beantragt beim zuständigen Verwaltungsgericht einstweiligen Rechtsschutz. Im Namen von P beruft er sich auf die Grundrechte, die es erlaubten, sich auch mit lautstarker Untermauerung „gegen Rechts“ zu bekennen. Der Hauptbahnhof mit seiner „Forumsfunktion“ eigne sich besonders, um dieses Anliegen öffentlichkeitswirksam zum Ausdruck zu bringen.

Im Rahmen des Beschlussverfahrens vor dem Verwaltungsgericht bringt die Versammlungsbehörde schriftlich vor, dass der Marsch durch den Hauptbahnhof auch deshalb zu untersagen sei, weil nicht nur die Geschäftsleute, sondern auch der öffentliche Verkehrsbetrieb erheblich gestört würden – sowohl durch den Aufmarsch von 300 Personen als auch durch die laute Musik und die geplante Kontaktaufnahme mit Reisenden und Passanten. Zur Begründung der sofortigen Vollziehung verweist die Behörde auf das besondere öffentliche Interesse an einem reibungslosen Verkehrsbetrieb, auf die Interessen der in der „Wandelhalle“ ansässigen Geschäftsleute und auf die Schutzwürdigkeit des rechtmäßigen Aufzugs von X. Angesichts der Hochwertigkeit dieser Rechtsgüter habe der Eintritt der Bestandskraft der Auflagen nicht abgewartet werden können.

Fallfrage

Hat der Antrag von P im einstweiligen Rechtsschutz Aussicht auf Erfolg? Es ist auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen – ggf. hilfsgutachterlich – einzugehen. Die Verfassungsmäßigkeit des Versammlungsgesetzes (VersG) ist zu unterstellen.

Bearbeitungshinweise

Der vorliegende Sachverhalt ist als Hausarbeit im Öffentlichen Recht im Frühjahr 2013 an der Bucerius Law School gestellt worden. Der Durchschnitt lag bei 6,7 Punkten. Der Sachverhalt ist von mittlerem Schwierigkeitsgrad. Die Aufgabe könnte durchaus auch als fünfstündige Klausur gestellt werden.

Für die Bewertung sind vor allem die Schwerpunktsetzung, die Sachverhaltsauswertung, die saubere Subsumtion und die strukturierte Argumentation wichtig. Abweichungen von den Lösungshinweisen können vertretbar sein. Entscheidend ist stets die Qualität der Argumentation. Inhaltlich sollte bei der Rechtmäßigkeitsprüfung zwischen den einzelnen Auflagen differenziert werden. Ferner sollten die Bearbeiter er-

¹ Empfangshalle des Hamburger Hauptbahnhofs mit Restaurants, Imbissen und diversen Einkaufsmöglichkeiten.

kennen, dass strafrechtliche Vorschriften (§ 111 StGB und § 21 VersG) im Lichte der einschlägigen Grundrechte auszu-legen sind.

Lösungsvorschlag

Der Antrag von P hat Aussicht auf Erfolg, soweit er zulässig und begründet ist.

A. Zulässigkeit

I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs, § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO

Man streitet um versammlungsrechtliche Auflagen (§ 15 VersG), wie sie ausschließlich von einer Versammlungsbehörde als einem Träger öffentlicher Gewalt erteilt werden können. Damit liegt nach der modifizierten Subjektstheorie eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vor. Der Verwaltungsrechtsweg ist nach § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO eröffnet, da diese Streitigkeit nicht-verfassungsrechtlicher Art und keinem anderen Gericht zugewiesen ist.

II. Beteiligten- und Prozessfähigkeit, §§ 61, 62 VwGO

P und die Freie und Hansestadt Hamburg sind als juristische Personen nach § 61 Nr. 1 Var. 2 VwGO beteiligungsfähig, allerdings sind sie als solche nicht prozessfähig. Sie müssen sich vertreten lassen. Die Vertretung von P erfolgt durch den Vorstand V gemäß § 62 Abs. 3 VwGO in Verbindung mit § 26 Abs. 1 BGB. Die Freie und Hansestadt Hamburg wird nach § 62 Abs. 3 VwGO in Verbindung mit § 4 Abs. 1, 2 Nr. 8, § 6 Abs. 1 HVerwBehG durch die Versammlungsbehörde vertreten.

III. Statthafte Antragsart, vgl. §§ 88, 122 VwGO

Die statthafte Antragsart richtet sich nach dem Begehren des Antragsstellers (vgl. §§ 88, 122 Abs. 1 VwGO). Vorliegend begehrt P einstweiligen Rechtsschutz gegen die Auflagen der Versammlungsbehörde. In Betracht kommen die Verfahren nach § 80 Abs. 5 VwGO und § 123 VwGO. Wie sich aus § 123 Abs. 5 VwGO ergibt, ist der einstweilige Rechtsschutz nach § 80 Abs. 5 VwGO vorrangig, wenn eine Anfechtungssituation besteht. Dies ist hier der Fall. Anders als der Wortlaut („Auflage“) anmuten lässt, kommt es hier nicht auf den Streit an, ob Nebenbestimmungen isoliert angreifbar sind.² Die „Auflagen“ der Versammlungsbehörde sind vielmehr selbstständige Verwaltungsakte im Sinne des § 35 S. 1 HmbVwVfG, gegen die in der Hauptsache eine Anfechtungsklage nach § 42 Abs. 1 Var. 1 VwGO statthaft ist.³ Damit ist das Verfahren nach § 80 Abs. 5 VwGO einschlägig. Da der Ausschluss des Suspensiveffekts auf einer (versammlungs-)behördlichen Anordnung im Sinne des § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4

² Zur isolierten Anfechtung von Nebenbestimmungen Ehlers, in: Ehlers/Schoch (Hrsg.), Rechtsschutz im Öffentlichen Recht, 2009, § 22 Rn. 19 ff.

³ Wache, in: Erbs/Kohlhaas (Hrsg.), Strafrechtliche Nebengesetze, 195. EL, Stand: Juli 2013, § 15 VersG Rn. 10; vgl. OVG Bautzen, Urt. v. 9.11.2001 – 3 BS 257/01 = NVwZ-RR 2002, 435.

VwGO beruht, ist der Antrag gemäß § 80 Abs. 5 S. 1 Var. 2 VwGO auf die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung gerichtet.

IV. Antragsbefugnis, § 42 Abs. 2 VwGO analog

Da der einstweilige Rechtsschutz nicht weiter gehen kann als im Hauptsachverfahren, müsste P nach § 42 Abs. 2 VwGO analog geltend machen, in einem subjektiv-öffentlichen Recht verletzt zu sein. Hier besteht die Möglichkeit, dass P durch die erteilten Auflagen in seinen Grundrechten aus Art. 8 GG (Versammlungsfreiheit) und Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 GG (Meinungsfreiheit) verletzt ist. Dass P als eingetragener Verein (§ 21 BGB) eine juristische Person ist, steht seiner Grundrechtsfähigkeit nicht entgegen, da der Schutz der genannten Grundrechte nicht an Eigenschaften, Äußerungsformen oder Beziehungen anknüpft, die nur natürlichen Personen wesens-eigen sind (Art. 19 Abs. 3 GG).⁴

Hinweis: An dieser Stelle kann bereits geprüft werden, ob P in der vorliegenden Konstellation die Voraussetzungen einer Versammlung erfüllt. Um eine „kopflastige“ Prüfung zu vermeiden, ist es aber sinnvoller, erst in der Begründetheit auf diese Frage einzugehen.

V. Rechtsschutzinteresse

Für das Rechtsschutzinteresse eines Eilantrags nach § 80 Abs. 5 VwGO bestehen gegenüber dem Hauptsachverfahren einige prozessuale Besonderheiten.⁵ Dass P noch keine Anfechtungsklage erhoben hat, steht dem Rechtsschutzinteresse nach der ausdrücklichen Festlegung in § 80 Abs. 5 S. 2 VwGO allerdings nicht entgegen. Jedoch könnte das Rechtsschutzinteresse wegen offensichtlicher Unzulässigkeit des Widerspruchs (1.) oder wegen eines fehlenden Antrags bei der Versammlungsbehörde (2.) entfallen.

1. Keine offensichtliche Unzulässigkeit des Widerspruchs

Gemäß § 70 Abs. 1 S. 1 VwGO ist der Widerspruch innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe des Verwaltungsaktes zu erheben. Ausweislich des Sachverhalts hat V für P am 11.4.2013 Widerspruch eingelegt. Allerdings hatte die Behörde bereits am 4.3.2013 die Auflagen erlassen. An deren Wirksamkeit gemäß §§ 41 Abs. 1, 43 Abs. 1 S. 1 HmbVwVfG bestehen keine Zweifel. Insbesondere sind die Auflagen gemäß § 37 Abs. 2 S. 1 HmbVwVfG auch nicht deshalb unwirksam, weil sie mündlich erlassen wurden. Der mehr als einen Monat später eingelegte Widerspruch am 4.3.2013 könnte daher offensichtlich unzulässig sein.⁶ Bei einem offensichtlich unzulässigen Rechtsmittel entfällt das Rechtsschutzinteresse.

⁴ Vgl. BVerfG, Urt. v. 9. 10. 2002 – 1 BvR 1611/96, 1 BvR 805/98 = NJW 2002, 3619 (3622).

⁵ Schoch, in: Schoch/Schneider/Bier (Hrsg.), VwGO, 25. EL, Stand: Mai 2013, § 80 VwGO Rn. 498.

⁶ Diff. Bostedt, in: Fehling/Kastner/Störmer (Hrsg.), Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 2013, § 80 VwGO Rn. 29 ff.

Es kommt also darauf an, ob der Widerspruch von P tatsächlich verfristet war. Die Monatsfrist des § 70 Abs. 1 S. 1 VwGO ist zwar überschritten. Allerdings verlängert sich die Widerspruchsfrist gemäß §§ 58 Abs. 2, 70 Abs. 2 VwGO auf ein Jahr, wenn die Rechtsbehelfsbelehrung gar nicht oder fehlerhaft erteilt wurde. Ausweislich des Sachverhalts erklärte der zuständige Beamte im Rahmen des „Kooperationsgesprächs“, P könne ja gegen die Auflagen „auf dem Gerichtsweg“ vorgehen. Eine ordnungsgemäße Rechtsbehelfsbelehrung verlangt aber gemäß § 58 Abs. 1 VwGO, dass der Beteiligte über den Rechtsbehelf, die Verwaltungsbehörde oder das Gericht, bei denen der Rechtsbehelf anzubringen ist, den Sitz und die einzuhaltende Frist schriftlich oder elektronisch belehrt worden ist. An alledem fehlt es hier. Der von V innerhalb der Jahresfrist eingelegte Widerspruch steht dem Rechtsschutzinteresse von P daher nicht entgegen.

2. Vorheriger Antrag auf Aussetzung der sofortigen Vollziehung bei der Behörde

Strittig ist auch, ob das Rechtsschutzbedürfnis fehlt, wenn vorher keine behördliche Aussetzungsentscheidung nach § 80 Abs. 4 VwGO beantragt wurde. Einen entsprechenden Antrag hat P bzw. V nicht gestellt. Für ein derartiges Erfordernis spräche die Entlastung der Gerichte. Dagegen lässt sich allerdings der Wortlaut des § 80 Abs. 6 S. 1 VwGO anführen, der das Antragserfordernis auf die Anforderung von Abgaben und Kosten nach § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 VwGO beschränkt.⁷ Im Übrigen ist es unwahrscheinlich, dass eine Behörde bei Zweifeln an der Rechtmäßigkeit ihrer Anordnung der sofortigen Vollziehung von der Befugnis nach § 80 Abs. 4 S. 1 VwGO Gebrauch machen wird.⁸ Die Beschreitung des Rechtswegs würde damit nur unnötig hinausgezögert, was mit der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG nicht vereinbar wäre.

VI. Richtiger Antragsgegner, § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO analog

Richtige Antragsgegnerin ist nach § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO analog die Freie und Hansestadt Hamburg als Rechtsträgerin der handelnden Versammlungsbehörde.

B. Kumulative Antragshäufung

Die Behörde hat zwei „Auflagen“ erteilt, die jeweils die Qualität eines belastenden Verwaltungsaktes (§ 35 S. 1 HmbVwVfG) aufweisen und selbstständig anzugreifen sind. Nach § 44 VwGO besteht allerdings die Möglichkeit, mehrere Klagebegehren kumulativ in einer Klage zu verfolgen, wenn sie sich gegen denselben Beklagten richten, im Zusammenhang stehen und dasselbe Gericht zuständig ist. Diese Regelung ist auf die Kombination von Eilverfahren entsprechend anzuwenden.⁹ Vorliegend ist das Verwaltungsgericht für alle

⁷ Bostedt (Fn. 6), § 80 VwGO Rn. 108; Puttler, in: Sodan/Ziekow (Hrsg.), VwGO, 3. Aufl. 2010, § 80 VwGO Rn. 133; Schoch, in: Ehlers/Schoch (Fn. 2), § 29 Rn. 128.

⁸ Bostedt (Fn. 6), § 80 Rn. 108.

⁹ Terhechte, in: Fehling/Kastner/Störmer (Fn. 6), § 44 VwGO Rn. 3.

Anträge von P zuständig, welche sich gegen die Freie und Hansestadt Hamburg richten. Der rechtliche Zusammenhang ergibt sich aus dem einheitlichen Lebensvorgang. Die Anträge können daher verbunden werden.

Hinweis: Da die Voraussetzungen des § 44 VwGO problemlos zu bejahen sind, fällt es nicht besonders schwer ins Gewicht, wenn der Bearbeiter diesen Prüfungspunkt auslässt. Der Vollständigkeit halber ist aber darauf hinzuweisen, dass es sich bei den beiden versammlungsbehördlichen Auflagen um unterschiedliche Verwaltungsakte (§ 35 S. 1 HmbVwVfG) handelt, die separat angegriffen werden müssen.

C. Begründetheit

Der Antrag von P auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs nach § 80 Abs. 5 S. 1 Var. 2 VwGO ist begründet, soweit das Aussetzungsinteresse von P das Vollziehungsinteresse der Behörde überwiegt. Dies ist der Fall, wenn die Anordnung der sofortigen Vollziehung formell rechtswidrig ist. Ferner richtet sich die Begründetheit des Antrags nach den Erfolgsaussichten des Hauptsacheverfahrens. Demnach ist der Antrag begründet, soweit der angegriffene Verwaltungsakt bei summarischer Prüfung offensichtlich rechtswidrig ist und P dadurch in seinen Rechten verletzt ist. Denn an der Vollziehung eines offensichtlich rechtswidrigen Verwaltungsaktes kann kein öffentliches Interesse bestehen. Selbst wenn der Verwaltungsakt nicht offensichtlich rechtswidrig ist, ist der Antrag begründet, wenn kein besonderes Dringlichkeitsinteresse an der Vollziehung besteht. Bleibt die Frage der Rechtmäßigkeit bei summarischer Prüfung offen, so ist der Antrag begründet, wenn das öffentliche Interesse am Sofortvollzug das Aussetzungsinteresse des Antragstellers nicht überwiegt.¹⁰

I. Formelle Rechtmäßigkeit der Anordnung der sofortigen Vollziehung

Zu prüfen ist zunächst, ob die behördliche Anordnung der sofortigen Vollziehung formell rechtmäßig ist. Die Versammlungsbehörde ist als diejenige Behörde, welche die angegriffenen Verwaltungsakte erlassen hatte, gemäß § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO für die Anordnung der sofortigen Vollziehung

¹⁰ Zur Frage, wann der Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO begründet ist, werden drei Modelle vertreten: Nach der Einheitslösung wird eine reine Interessenabwägung zwischen dem Vollzugs- und dem Aussetzungsinteresse durchgeführt, die materiell-inakzessorisch ist. Hingegen beruht die Entscheidungsfindung bei einer rein akzessorischen Herangehensweise auf einer materiell-akzessorischen Prüfung; maßgeblich sind allein die Erfolgsaussichten in der Hauptsache. Nach dem hier befürworteten Stufenmodell findet eine Kombination beider Modelle statt. Vorrangig werden die Erfolgsaussichten in der Hauptsache untersucht. Sofern diese offen bleiben, wird auf einer zweiten Stufe eine Interessenabwägung durchgeführt; Näheres dazu siehe Schoch (Fn. 5), § 80 VwGO Rn. 369 ff.

zuständig. Fraglich ist allerdings, ob die Behörde auch die Verfahrens- (1.) und Formvorgaben (2.) eingehalten hat.

1. Rechtmäßigkeit des Verfahrens

Laut Sachverhalt ordnete der zuständige Beamte drei Tage nach Erlass der Verwaltungsakte per Post die sofortige Vollziehung an, ohne P die Möglichkeit zu einer separaten Stellungnahme einzuräumen. Fraglich ist, ob der Antragsteller vor der Anordnung der sofortigen Vollziehung angehört werden musste. Eine direkte Anwendung des § 28 Abs. 1 HmbVwVfG scheidet aus, da es sich bei der Anordnung der sofortigen Vollziehung nicht um einen Verwaltungsakt im Sinne des § 35 S. 1 HmbVwVfG handelt, der in Bestandskraft erwachsen kann.¹¹ Möglicherweise führt aber § 28 Abs. 1 HmbVwVfG in analoger Anwendung zu einem Verfahrensfehler – eine Ausnahme nach § 28 Abs. 2 oder 3 HmbVwVfG käme hier nämlich nicht in Betracht. Voraussetzungen für eine analoge Anwendung sind eine planwidrige Regelungslücke und eine vergleichbare Interessenlage.

Gegen die Planwidrigkeit der Regelungslücke lässt sich anführen, dass die formellen Voraussetzungen für die Anordnung der sofortigen Vollziehung abschließend in § 80 Abs. 3 VwGO geregelt sind. Dort ist aber ausdrücklich nur ein Begründungs-, nicht aber ein Anhörungserfordernis genannt.¹² Ferner kann man argumentieren, dass die Interessenlage nicht vergleichbar ist, weil sich die Anordnung der sofortigen Vollziehung im Verfahren des § 80 Abs. 4 S. 1 und Abs. 5 S. 1 VwGO leichter und schneller korrigieren lässt als ein Verwaltungsakt, der nur durch Widerspruchs- und Klageverfahren aufgehoben werden kann; die Vollziehungsanordnung kann im Gegensatz zum Verwaltungsakt nicht bestandskräftig werden, sodass der Betroffene nicht Gefahr läuft, durch Fristversäumung seine Rechtsposition einzubüßen.¹³ Dagegen wird geltend gemacht, dass § 80 Abs. 3 VwGO die Verfahrensvoraussetzungen für die Anordnung der sofortigen Vollziehung nur fragmentarisch, nicht aber abschließend, regelt. Ferner kann man argumentieren, § 28 HmbVwVfG sei Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens, wonach Grundrechtsschutz durch Verfahren zu gewährleisten ist (Art. 20 Abs. 3 GG).¹⁴ Selbst wenn man der letztgenannten Ansicht folgen will, so ist allerdings zu beachten, dass dem Rechtsschutzbedürfnis des Betroffenen bereits Genüge getan ist, wenn er zum Erlass des Verwaltungsaktes angehört wurde und die Anordnung der sofortigen Vollziehung in zeitlich engem Zusammenhang nachfolgt.¹⁵ In diesem Fall ist es ausreichend, wenn der Betroffene Gelegenheit hatte, sich zu dem Verwaltungsakt selbst zu äußern, da er auch mit einer

sofortigen Vollziehung hat rechnen müssen.¹⁶ Laut Sachverhalt lagen zwischen Erlass der Verwaltungsakte und der Anordnung der sofortigen Vollziehung drei Tage. V hat bereits im „Kooperationsgespräch“ davon ausgehen können, dass es in nächster Zeit zu einer Anordnung der sofortigen Vollziehung kommen wird und hätte sich entsprechend äußern können. Auch bei einer analogen Anwendung des § 28 Abs. 1 HmbVwVfG wäre ein Verfahrensfehler daher zu verneinen.

Hinweis: Hier ist mit guter Begründung auch eine andere Ansicht vertretbar. Wichtig ist, dass der Bearbeiter den Unterschied zwischen der Anhörung bei Erlass des Verwaltungsaktes und bei Anordnung der sofortigen Vollziehung erkennt. Positiv ist es zu bewerten, wenn der Bearbeiter bei der Argumentation auf die Ratio des Anhörungserfordernisses (Rechtsstaatsprinzip) Bezug nimmt.

2. Rechtmäßigkeit der Form

Ferner ist fraglich, ob die Anordnung der sofortigen Vollziehung an einem Formfehler leidet. Nach § 80 Abs. 3 S. 1 VwGO ist das besondere Interesse an der sofortigen Vollziehung schriftlich zu begründen. Der auf dem Postweg erklärten Anordnung der sofortigen Vollziehung war allerdings keine Begründung beigefügt. Die Behörde erklärte erst später im verwaltungsgerichtlichen Beschlussverfahren schriftlich, dass die Anordnung der sofortigen Vollziehung wegen des öffentlichen Interesses an einem reibungslosen Verkehrsbetrieb, den Interessen der in der „Wandelhalle“ ansässigen Geschäftsleute und wegen der Schutzwürdigkeit des rechtmäßigen Aufzugs von X erfolgt sei. Diese Erklärung erschöpfte sich nicht nur in formelhaften Ausführungen, sondern war hinreichend substantiiert.¹⁷ Allerdings fragt sich, ob der ursprüngliche Formfehler mit einer *nachträglichen* Begründung überhaupt geheilt werden konnte. Eine Möglichkeit zur heilenden Nachholung einer fehlenden Begründung eines Verwaltungsaktes ergibt sich aus § 45 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 HmbVwVfG.¹⁸

Da es sich bei der Anordnung der sofortigen Vollziehung aber nicht um einen Verwaltungsakt handelt, könnte diese Vorschrift allenfalls analog anwendbar sein. Dies setzt wiederum eine planwidrige Regelungslücke und eine vergleichbare Interessenlage voraus. Die Befürworter einer Analogie berufen sich auf die Prozessökonomie. Der Behörde müsse ein Nachholen der Begründung ermöglicht werden, da es reiner Formalismus sei, die Vollzugsanordnung aufzuheben, nur damit die Behörde danach die Anordnung der sofortigen Vollziehung erneut und mit vollständiger Begründung erlassen könne.¹⁹ Gegen eine planwidrige Regelungslücke spricht

¹¹ Schmalz, DVBl. 1992, 230 (232).

¹² OVG Lüneburg, Urt. v. 28.4.1989 – 1 B 114/88 = DVBl. 1989, 888; Schmalz, DVBl. 1992, 230 (232).

¹³ OVG Lüneburg, Urt. v. 28.4.1989 – 1 B 114/88 = DVBl. 1989, 888.

¹⁴ OVG Lüneburg, Urt. v. 10.6.1992 – 7 M 3839/91 = NVwZ-RR 1993, 585 (586); Pünder, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl. 2010, § 14 Rn. 28.

¹⁵ OVG Lüneburg, Urt. v. 10.6.1992 – 7 M 3839/91 = NVwZ-RR 1993, 585 (586).

¹⁶ Schwarz, in: Fehling/Kastner/Störmer (Fn. 6), § 28 VwVfG Rn. 13.

¹⁷ OVG Weimar, Urt. v. 25.11.2011 – 2 EO 289/11 = LVK 2012, 425 (426); Puttler (Fn. 7), § 80 VwGO Rn. 97; Schoch (Fn. 7), § 29 Rn. 67.

¹⁸ Diese Vorschriften finden auch im Eilverfahren nach § 80 Abs. 5 VwGO Anwendung; Pünder (Fn. 14), § 14 Rn. 61.

¹⁹ OVG Greifswald, Urt. v. 20.11.1998 – 3 M 67-98 = NVwZ-RR 1999, 409; VG Berlin, Urt. v. 16.4.2008 – 3 S

aber, dass § 80 Abs. 3 VwGO eine Heilungsmöglichkeit gerade nicht vorsieht. Auch Sinn und Zweck der Vorschrift sperren sich gegen eine analoge Anwendung des § 45 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 HmbVwVfG: Die Begründungspflicht hat nicht nur eine formelle Dimension, sondern dient dem Rechtsschutz des Bürgers (Art. 19 Abs. 4 GG). Mit der Begründung soll ihm die erforderliche Kenntnis verschafft werden, die ihm eine effektive Rechtswahrnehmung und eine Beurteilung der Erfolgsaussichten seines Rechtsbehelfs ermöglicht. Ferner hat § 80 Abs. 3 S. 1 VwGO eine Warnfunktion für die Behörde, die sie zu einer besonders sorgfältigen Prüfung der Vollzugsanordnungsvoraussetzungen zwingt. Diesen verfassungsrechtlich verankerten Zwecken kann durch eine nachträgliche Begründung nicht entsprochen werden.²⁰ Die fehlende ursprüngliche Begründung der Anordnung der sofortigen Vollziehung stellt daher einen beachtlichen Formfehler dar, der zur Rechtswidrigkeit der Anordnung der sofortigen Vollziehung führt (a.A. vertretbar).

II. Erfolgsaussichten der Hauptsache

Der Antrag von P ist darüber hinaus begründet, wenn sich im Rahmen einer summarischen Prüfung herausstellt, dass das Hauptsachverfahren Aussichten auf Erfolg hat.

1. Ermächtigungsgrundlage

Gemäß § 15 Abs. 1 VersG kann die zuständige Behörde eine Versammlung von Auflagen abhängig machen, wenn nach den zur Zeit des Erlasses der Verfügung erkennbaren Umständen die öffentliche Sicherheit oder Ordnung bei Durchführung der Versammlung unmittelbar gefährdet ist. Voraussetzung ist zunächst, dass das „Blockadetraining“ von P überhaupt eine öffentliche Versammlung im Sinne des § 1 Abs. 1 VersG ist.

a) Vorliegen einer Versammlung

Zur näheren Definition des einfachgesetzlichen Versammlungsbegriffs in § 1 Abs. 1 VersG ist auf die verfassungsrechtliche Versammlungsfreiheit (Art. 8 Abs. 1 GG) zurückzugreifen, welche die ungestörte Zusammenkunft mehrerer Personen zum Zweck der gemeinsamen Meinungsbildung und Meinungsäußerung schützt.²¹ Eine Versammlung ist die örtliche Zusammenkunft mehrerer Personen zur Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks.²² Die Zusammenkunft muss friedlich und ohne Waffen erfolgen.

aa) Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks

Das „Blockadetraining“ von P ist eine örtliche Zusammenkunft vor und im Hamburger Hauptbahnhof. Um diese Zu-

sammenkunft von einer bloßen Ansammlung abzugrenzen, müsste sie allerdings auch von einer inneren Verbindung d.h. einer gemeinsamen Zweckbestimmung getragen sein.²³ Nach der restriktivsten Ansicht des BVerfG muss der Zweck auf die Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung bzw. Kundgebung gerichtet sein.²⁴ Der Zweck von P besteht darin, „Naziaufmärsche“ durch Massenblockaden deutschlandweit zu verhindern, um der Verbreitung rechtsradikalen Gedankenguts Einhalt zu gebieten. Von dieser Motivation ist auch das „Blockadetraining“ geleitet, welches P am 15.4.2013 durchführen möchte. Geschützt sind auch solche Versammlungen, bei denen die Meinungskundgabe zusätzlich oder ausschließlich auf andere Art und Weise, etwa in Form einer Blockade, zum Ausdruck gebracht werden soll.²⁵ P will allerdings nicht nur „Blockadetaktiliken“ üben, sondern auch Reden abhalten lassen, um die Öffentlichkeit auf das Anliegen aufmerksam zu machen und ggf. zum Mittun zu motivieren. Mit anderen Worten soll eine gemeinsame politische Meinungsbildung und -äußerung erfolgen.

bb) Friedlichkeit und Gewaltfreiheit

Ferner müssten die Voraussetzung der Friedlichkeit und Gewaltfreiheit erfüllt sein (Art. 8 Abs. 1 GG). Mit Blick auf die besondere Bedeutung des Art. 8 GG für den demokratischen Rechtsstaat ist eine restriktive Auslegung dieses Merkmals geboten. Eine Versammlung wird nicht bereits unfriedlich, wenn ein Rechtsbruch erfolgt,²⁶ sondern erst bei gewalttätigen Ausschreitungen gegen Personen oder Sachen. Es muss ein gewalttätiges aufrührerisches Verhalten vorliegen.²⁷ Dabei dürfen auch Blockaden eingesetzt werden, um öffentliche Aufmerksamkeit zu erzielen und dadurch an der öffentlichen Meinungsbildung teilzuhaben.²⁸ Dass – worauf später einzugehen sein wird – beim „Blockadetraining“ möglicherweise zu „grobe Störungen“ einer rechtmäßigen Versammlung aufgefordert wird (§ 111 StGB in Verbindung mit § 21 VersG), macht das „Blockadetraining“ nicht von vorneherein unfriedlich. Vielmehr betont P seine friedliche Zielsetzung. Es solle ein gewaltfreies Einschreiten gegen X geübt werden. Provokation oder ein Vorgehen gegen Polizeikräfte seien nicht intendiert.

b) Unter freiem Himmel

Die Anwendbarkeit des § 15 VersG setzt – wie sich aus der systematischen Stellung der Vorschrift im dritten Abschnitt des Gesetzes – voraus, dass es sich um eine „Versammlung

106/07 = NVwZ-RR 2008, 727 f.; Tietje, DVBl. 1998, 124 (129).

²⁰ Puttler (Fn. 17), § 80 VwGO Rn. 96; Schoch (Fn. 7), § 29 Rn. 68.

²¹ BVerwG, Urt. v. 22.8.2007 – 6 C 22/06 = NVwZ 2007, 1434.

²² BVerfG, Urt. v. 24.10.2001 – 1 BvR 1190/90 u. a. = NJW 2002, 1031.

²³ Wache, in: Erbs/Kohlhaas (Hrsg.), Strafrechtliche Nebengesetze, 195. EL, Stand: Juli 2013, § 1 VersG Rn. 20.

²⁴ BVerfG, Urt. v. 24.10.2001 – 1 BvR 1190/90 u. a. = NJW 2002, 1031.

²⁵ OVG Münster, Urt. v. 18.9.2012 – 5 A 1701/11 = NVwZ-RR 2013, 38 (39).

²⁶ Depenheuer, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 69. EL, Stand: Mai 2013, Art. 8 GG Rn. 79.

²⁷ Wache (Fn. 23), § 1 VersG Rn. 3.

²⁸ OVG Münster, Urt. v. 18.9.2012 – 5 A 1701/11 = NVwZ-RR 2013, 38 (39).

unter freiem Himmel“ handelt. Soweit ein Marsch durch die „Wandelhalle“ des Hamburger Hauptbahnhofs geplant ist, könnte sich dieses Kriterium als problematisch erweisen. Allerdings darf der Begriff der „Versammlung unter freiem Himmel“ nicht im restriktiven Sinne als Verweis auf einen nicht überdachten Veranstaltungsort missverstanden werden. Maßgeblich ist, dass die Versammlung in einem öffentlich zugänglichen Raum, d.h. inmitten eines allgemeinen Publikumsverkehrs stattfindet.²⁹ Als Knotenpunkt des öffentlichen Verkehrs erfüllt auch der Hamburger Hauptbahnhof diese Voraussetzung.³⁰

c) Ort der Versammlung

Zu klären bleibt die Frage, ob der im Eigentum der Deutschen Bahn AG stehende Hamburger Hauptbahnhof überhaupt als Versammlungsort genutzt werden darf. Die Versammlungsfreiheit des Art. 8 Abs. 1 GG umfasst zwar auch das Recht, selbst zu bestimmen, wann und wo eine Versammlung stattfinden soll.³¹ Die Versammlungsfreiheit vermittelt aber kein allgemeines Zutrittsrecht zu beliebigen Orten. Versammlungen sollen nur dort ermöglicht werden, wo ein „öffentlicher Verkehr“ eröffnet ist. Dies kann durch Widmung geschehen.³² Die „Wandelhalle“ des Hamburger Hauptbahnhofs erfüllt diese Voraussetzung jedoch nicht.

Nach den Grundsätzen des BVerfG³³ gilt die Versammlungsfreiheit jedoch auch für Stätten außerhalb des öffentlichen Straßenraums, an denen in ähnlicher Weise ein öffentlicher Verkehr eröffnet ist und Orte der allgemeinen Kommunikation entstehen. Erforderlich ist zweierlei: Zunächst können nur solche Orte erfasst werden, die der Öffentlichkeit allgemein zugänglich sind, weil der Zugang nicht individuell kontrolliert und an keinen bestimmten Zweck gebunden wird.³⁴ Wie bereits festgestellt, erfüllt der Hamburger Hauptbahnhof als allgemein zugänglicher Knotenpunkt des öffentlichen Verkehrs diese Voraussetzung. Zugleich muss es sich um einen öffentlichen Kommunikationsraum nach dem Leitbild des „öffentlichen Forums“ handeln und die Verfolgung verschiedenen Tätigkeiten und Anliegen ermöglichen. Orte, die von der Allgemeinheit ihrem äußeren Erscheinungsbild nach nur zu bestimmten Zwecken genutzt werden können, fallen nicht darunter.³⁵ Anders gestaltet sich die Lage wiederum, wenn Ladengeschäfte, Dienstleistungsanbieter, Restaurants und Erholungsflächen einen Ort des Verweilens und der

Begegnung entstehen lassen.³⁶ Diese Voraussetzungen hat das BVerfG beispielsweise für den Frankfurter Flughafen bejaht.³⁷

Fraglich ist, ob auch der Hamburger Hauptbahnhof diese Voraussetzungen erfüllt. Dies ist anhand aller Umstände des Einzelfalls zu untersuchen.³⁸ Gegenüber dem Frankfurter Flughafen mit einem Marktplatz von 4000 Quadratmetern sind die räumlichen Dimensionen des Hamburger Hauptbahnhofs deutlich beschränkter. Allerdings finden sich im Hamburger Hauptbahnhof – wenngleich in kleinerem Ausmaß – entsprechende Einkaufs-, Gastronomie- und Dienstleistungsangebote. Nicht nur Schnellimbisse, sondern auch Restaurants mit Sitzmöglichkeiten laden zum Verweilen ein und ermöglichen Begegnung sowie Kommunikation. Dies gilt vor allem für die „Wandelhalle“, die für den Aufzug von P genutzt werden soll. Was die örtlichen Gegebenheiten der „Wandelhalle“ anbelangt, so zeigt die räumliche Abgrenzung von den Gleisen, dass der Zweck dieser Halle nicht auf die Abwicklung des Reiseverkehrs beschränkt ist. Vielmehr macht die architektonische Gestaltung deutlich, dass neben dem Reisebetrieb ein Ort der Kommunikation und des Verweilens geschaffen werden soll. Anders als dies etwa bei Kopfbahnsteighallen der Fall sein mag, dominiert in der „Wandelhalle“ die Bahnhofsfunktion gerade nicht.³⁹ Die Örtlichkeit erfüllt daher die vom BVerfG geforderte Eigenschaft des „öffentlichen Forums“.

II. Formelle Rechtmäßigkeit

Laut Sachverhalt handelte die zuständige Behörde. Ferner wurde dem V im Rahmen des „Kooperationsgesprächs“ die Möglichkeit zur Stellungnahme eingeräumt, so dass damit die Anhörungsvoraussetzungen gemäß § 28 Abs. 1 HmbVwVfG gewahrt wurden. Auch formelle Mängel sind nicht ersichtlich.

III. Materielle Rechtmäßigkeit

Die beiden versammlungsbehördlichen Auflagen müssten auch die materiellen Voraussetzungen des § 15 Abs. 1 VersG erfüllen.

1. Tatbestand des § 15 Abs. 1 VersG

Versammlungsrechtliche Auflagen können gemäß § 15 Abs. 1 VersG erteilt werden, wenn nach den zur Zeit des Erlasses

²⁹ BVerfG, Urt. v. 22.2.2011 – 1 BvR 699/06 = NJW 2011, 1201 (1205).

³⁰ VG Stuttgart, Urt. v. 2.3.2012 – 5 K 691/12, Rn. 7 (juris).

³¹ *Depenheuer* (Fn. 26), Art. 8 GG Rn. 74.

³² BVerfG, Urt. v. 22.2.2011 – 1 BvR 699/06 = NJW 2011, 1201 (1210).

³³ BVerfG, Urt. v. 22.2.2011 – 1 BvR 699/06 = NJW 2011, 1201 (1204).

³⁴ BVerfG, Urt. v. 22.2.2011 – 1 BvR 699/06 = NJW 2011, 1201 (1205).

³⁵ BVerfG, Urt. v. 22.2.2011 – 1 BvR 699/06 = NJW 2011, 1201 (1205).

³⁶ BVerfG, Urt. v. 22.2.2011 – 1 BvR 699/06 = NJW 2011, 1201 (1205).

³⁷ BVerfG, Urt. v. 22.2.2011 – 1 BvR 699/06 = NJW 2011, 1201 (1205); allerdings ist zu beachten, dass es bei der „Frappant“-Entscheidung um die Ausübung des Hausrechts ging, während es vorliegend um behördliche Maßnahmen geht. Ferner steht die Deutsche Bahn AG im Alleineigentum des Staates, während es sich beim Frankfurter Flughafen um ein gemischtwirtschaftliches Unternehmen handelt.

³⁸ Vgl. VG Stuttgart, Urt. v. 2.3.2012 – 5 K 691/12, Rn. 11 (juris).

³⁹ Vgl. die unterschiedlichen Gegebenheiten des Stuttgarter Hauptbahnhofs: VG Stuttgart, Urt. v. 2.3.2012 – 5 K 691/12, Rn. 12 (juris).

der Verfügung erkennbaren Umständen die öffentliche Sicherheit oder Ordnung bei Durchführung der Versammlung oder des Aufzuges unmittelbar gefährdet ist. Der Begriff der öffentlichen Sicherheit umfasst den Schutz individueller Rechtsgüter wie Leben, Gesundheit, Freiheit, Ehre, Eigentum und Vermögen des Einzelnen sowie die Unversehrtheit der Rechtsordnung und der staatlichen Einrichtungen. Die öffentliche Ordnung tritt als subsidiär zurück, wenn das Schutzgut der öffentlichen Sicherheit betroffen ist.⁴⁰ Eine unmittelbare Gefährdung setzt eine Sachlage voraus, die bei ungehindertem Geschehensablauf mit hoher Wahrscheinlichkeit zu einem Schaden für die der Versammlungsfreiheit entgegenstehenden Interessen führt.⁴¹ Mit Blick auf die rechtsstaatliche Bedeutung des Art. 8 GG sind besonders restriktive Anforderungen zu stellen. Bloße Vermutungen genügen nicht. Erforderlich sind konkrete und nachvollziehbare Anhaltspunkte.⁴²

Hinweis: Um eine unsaubere Argumentation zu vermeiden, empfiehlt es sich dringend, klar zwischen der ersten und der zweiten Auflage abzugrenzen.

a) Erste Auflage

In der ersten Auflage wurde es den Verantwortlichen unter sagt, „Techniken zu vermitteln, die allein das Ziel verfolgen, nicht verbotene künftige Aufzüge zu verhindern“. Es könnte wegen einer drohenden Verletzung von Strafnormen die öffentliche Sicherheit gefährdet sein. § 21 VersG stellt „grobe Störungen“ einer Versammlung, die in Verhinderungsabsicht erfolgen, unter Strafe. Das „Blockadetraining“ selbst erfüllt den Tatbestand des § 21 VersG nicht, da es bereits am 15.4.2013 friedlich und ohne unmittelbare Konfrontation mit der Gruppierung X erfolgen soll. Allerdings könnte das Training eine Aufforderung zu einer Straftat nach § 111 StGB in Verbindung mit § 21 VersG darstellen, weil es darauf ausgerichtet ist, den nicht verbotenen Aufzug von X am Pfingstmontag zu verhindern. Nach § 111 StGB ist strafbar, wer öffentlich, in einer Versammlung oder durch Verbreiten von Schriften zu einer rechtswidrigen Tat auffordert, auch wenn die Aufforderung erfolglos bleibt. Die öffentliche Aufforderung zu Straftaten setzt Äußerungen und Verhaltensweisen voraus, die den öffentlichen Frieden konkret gefährden, weil sie ausdrücklich eine rechtsgutsgefährdende Handlung hervorrufen. Es muss sich um Meinungsäußerungen handeln, die beim Adressaten eine Handlungsbereitschaft auslösen, Hemmungen abbauen und Dritte einschüchtern.⁴³

Zu beachten ist allerdings, dass diese Strafnormen im Lichte der grundgesetzlichen Wertentscheidungen der Versammlungs- und der Meinungsfreiheit auszulegen sind. Ins-

⁴⁰ BVerfG, Urt. v. 26.1.2001 – 1 BvQ 9/01 = NJW 2001, 1409.

⁴¹ OVG Münster, Urt. v. 18.9.2012 – 5 A 1701/11 = NVwZ-RR 2013, 38.

⁴² BVerfG, Urt. v. 4.9.2009 – 1 BvR 2147/09 = NJW 2010, 141 (142).

⁴³ BVerfG, Urt. v. 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08 = NJW 2010, 47 (53); OVG Münster, Urt. v. 18.9.2012 – 5 A 1701/11 = NVwZ-RR 2013, 38 (39).

besondere bedarf es bei strafbewehrten Meinungsäußerungen einer Abwägung zwischen der nach Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 GG geschützten Meinungsfreiheit und dem zu schützenden Rechtsgut. Liefert die umstrittene Äußerung einen Beitrag zu einer die Öffentlichkeit wesentlich berührenden Frage, spricht eine Vermutung zu Gunsten der Meinungsfreiheit.⁴⁴ In den Worten des BVerfG vertraut das Grundgesetz auf die Kraft der freien Auseinandersetzung als „wirksamste Waffe auch gegen die Verbreitung totalitärer und menschenverachtender Ideologien“. P leistet daher mit seinem Engagement „gegen Rechts“ einen aner kennenswerten Beitrag zur öffentlichen Meinungsbildung in der rechtsstaatlichen Demokratie. Sowohl das „Blockadetraining“ als auch die spätere Blockade sollten also in grundrechtlich geschützter Ausübung kommunikativer Grundrechte erfolgen.⁴⁶ In diesem Lichte sind auch die Strafvorschriften der § 111 StGB und § 21 VersG auszulegen – insbesondere der Begriff der „grobe Störungen“.⁴⁷

Eine strafbare Aufforderung zu „grobe Störungen“ des künftigen Aufzugs von X könnte in der motivierenden Wirkung des „Blockadetrainings“ liegen.⁴⁸ Dafür müsste sich aber die geplante Blockade als strafbar erweisen. Auch hier ist allerdings nur ein friedliches Vorgehen geplant. Die Strafbarkeitsgrenzen des § 21 VersG wären erst überschritten, wenn eine unüberwindliche Blockade von nicht unerheblicher Dauer hätte errichtet werden sollen und diese nicht ohne weiteres hätte umgangen werden können.⁴⁹ Allerdings wollten die Teilnehmer der künftigen Blockade lediglich durch friedliche Anwesenheit verhindern, dass die Gruppierung X ihr rechtsextremistisches Gedankengut bei ihrem Aufmarsch am Pfingstmontag verbreitet. Angesichts der besonderen Bedeutung der kommunikativen Grundrechte kann die Blockade auch nicht als eine zu unterlassende „Störung“ im Sinne des § 2 Abs. 2 VersG bezeichnet werden. Es ist nicht ersichtlich, dass die Blockade über das Maß sozialadäquater Behinderungen hinausgeht, das auch von § 2 Abs. 2 VersG geduldet wird. Es liegen daher keine hinreichenden Anhaltspunkte vor, die darauf schließen lassen, dass es bei dem Blockadetraining zu einer Verletzung von § 111 StGB in Verbindung mit § 21 VersG kommen wird.

Hinweis: Der Bearbeiter sollte in seiner Argumentation auf die Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 GG) abstellen und die Beurteilung der Strafbarkeit nach § 111

⁴⁴ BVerfG, Urt. v. 10.10.1995 – 1 BvR 1476/91, 1 BvR 1980/91, 1 BvR 102/92 u. 1 BvR 221/92 = NJW 1995, 3303 (3305).

⁴⁵ BVerfG, Urt. v. 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08 = NJW 2010, 47 (49).

⁴⁶ Vgl. OVG Münster, Urt. v. 18.9.2012 – 5 A 1701/11 = NVwZ-RR 2013, 38 (40).

⁴⁷ Vgl. OVG Münster, Urt. v. 18.9.2012 – 5 A 1701/11 = NVwZ-RR 2013, 38 (40).

⁴⁸ Vgl. OVG Münster, Urt. v. 18.9.2012 – 5 A 1701/11 = NVwZ-RR 2013, 38 (40).

⁴⁹ OLG Hamm, Urt. v. 17.2.2011 – 4 RVs 12/11 = NStZ 2012, 457.

StGB in Verbindung mit § 21 VersG im Lichte der grundrechtlichen Gewährleistung vornehmen.

b) Zweite Auflage

In der zweiten Auflage heißt es, dass der anschließende, musikalisch begleitete Marsch durch den Hauptbahnhof zu unterbleiben habe. Wie bereits festgestellt, ist die Nutzung der „Wandelhalle“ des Hamburger Hauptbahnhofs zu Versammlungszwecken grundsätzlich zulässig. Angesichts der konkreten Umstände des Falls könnte allerdings eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit vorliegen – und zwar mit Blick auf den Geschäftsbetrieb der in der „Wandelhalle“ ansässigen Läden und Restaurants (Art. 12 GG)⁵⁰ sowie mit Blick auf den reibungslosen öffentlichen Verkehrsbetrieb (Art. 2 Abs. 1 GG)⁵¹. Zu beachten ist dabei, dass etwa 300 Versammlungsteilnehmer an dem einstündigen Marsch durch die „Wandelhalle“ beteiligt sind und dabei Trompeten, Trillerpfeifen und Trommeln einsetzen. P ist die Nutzung der „Forumsfunktion“ des Hauptbahnhofs besonders wichtig, um sich öffentlichkeitswirksam „gegen Rechts“ zu bekennen.

Zunächst hat die Behörde nur auf die Gefährdung der Geschäftsbetriebe in der „Wandelhalle“ des Hamburger Hauptbahnhofs hingewiesen. Der Geschäftsbetrieb könnte unter dem Massenaufmarsch von 300 Leuten und der großen Lautstärke leiden. Dabei ist zu beachten, dass nicht nur Musikinstrumente (Trommeln und Trompeten), sondern auch Instrumente (Trillerpfeifen) eingesetzt werden, die vor allem den Zweck verfolgen, Lärm zu machen. Allerdings ist zu beachten, dass die „Wandelhalle“ gerade auf einen hohen Publikumsverkehr ausgerichtet ist. Im Übrigen sind die Läden und Restaurants so angeordnet, dass ein Durchmarsch ohne eine unmittelbare Behinderung der einzelnen Betriebe möglich ist. Eine Gefahrenprognose lässt sich mit Blick auf die Läden und Restaurants daher nicht rechtfertigen (a.A. vertretbar).

Allerdings könnte eine Gefahrenprognose auf die Gefährdung des reibungslosen Verkehrsbetriebs gestützt werden. Dabei ist zu beachten, dass gerade am späten Nachmittag wegen des Pendlerverkehrs im Bahnhof ein reges Treiben herrscht. Zwar soll der Marsch nicht im Gleisbereich, sondern nur durch die „Wandelhalle“ führen. Eine Beeinträchtigung des Reisebetriebs kann aber auch dort erfolgen, weil es wegen des Lärms u.U. unmöglich wird, Lautsprecheransagen zu hören. Ferner sollen Reisende gezielt angesprochen werden. Dadurch droht die Funktionsfähigkeit des Bahnhofs als zentralem Verkehrsknotenpunkt beeinträchtigt zu werden (a.A. vertretbar). Diesem Interesse ist auch mit Blick auf die Versammlungsfreiheit ein erhebliches Gewicht beizumessen.

⁵⁰ Es kann auch auf Art. 14 GG abgestellt werden, der das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb schützt (Scholz, in: Maunz/Dürig [Fn. 26], Art. 12 GG Rn. 130).

⁵¹ Das VG Stuttgart ist in seiner Entscheidung nicht darauf eingegangen, welches Schutzgut konkret betroffen ist. In Betracht kommt zum einen das Eigentumsrecht der Deutschen Bahn AG am Hauptbahnhof, welches über Art. 14 GG geschützt ist. Zum anderen ist der Bahnhof als „Einrichtung des Staates“ geschützt, da die Deutsche Bahn zu 100% in Staats-eigentum steht.

Entsprechend strenger dürfen versammlungsbeschränkende Maßnahmen ausfallen.⁵² Angesichts der drohenden Lärmeinträchtigungen, der Zahl von mindestens 300 Versammlungsteilnehmern – weitere sollen außerdem zum Mittag an-geregt werden – und dem hohen Verkehrsaufkommen zur Mittagszeit liegen ausreichend konkrete Anhaltspunkte vor, die eine Gefahrenprognose rechtfertigen. Hinzu kommt, dass das Anliegen von P auch ohne den Marsch durch die „Wandelhalle“ – mehr oder minder – öffentlichkeitswirksam vor dem Bahnhof verfolgt werden kann.

Hinweis: Wichtig ist an dieser Stelle, dass zwei unterschiedliche Begründungsansätze für die zweite Auflage bestehen: zum einen die Beeinträchtigung der in der „Wandelhalle“ ansässigen Geschäftsbetriebe und zum anderen der die Beeinträchtigung des Verkehrsbetriebs.

2. Rechtsfolge

Auf Rechtsfolgenseite räumt § 15 Abs. 1 VersG der Behörde Ermessen ein. Die gerichtliche Kontrolle ist gemäß § 114 VwGO in Verbindung mit § 40 HmbVwVfG auf Ermessensfehler beschränkt. In Betracht kommt hier eine Ermessensüberschreitung, weil die Behörde die Versammlungsfreiheit gegenüber den Belangen der in der „Wandelhalle“ ansässigen Geschäftsleute unzureichend gewichtet hat. Allerdings hat die Behörde im gerichtlichen Verfahren nachträglich auf das öffentliche Interesse an einem reibungslosen Verkehrsbetrieb hingewiesen. Mildere Mittel – wie etwa eine zeitliche Beschränkung des Marschs durch die „Wandelhalle“ – würden den reibungslosen Verkehrsbetrieb nicht in gleicher Weise gewährleisten. Die zweite Auflage ist auch im Übrigen frei von Ermessensfehlern.

Fraglich ist allerdings, ob die von der Behörde erst im Beschlussverfahren angeführten Erwägungen überhaupt berücksichtigt werden können. Aus § 114 S. 2 VwGO ergibt sich, dass die Behörde ihre Ermessenserwägungen hinsichtlich des Verwaltungsaktes auch noch im verwaltungsgerichtlichen Verfahren ergänzen kann. Diese Regelung ist im Verfahren nach § 80 Abs. 5 VwGO entsprechend anzuwenden.⁵³ § 114 S. 2 VwGO betrifft nicht die verwaltungsverfahrenrechtliche Seite der nachgeholten Begründungen, sondern den materiellrechtlichen Aspekt der Heilung rechtswidrigen Verwaltungshandelns.⁵⁴ Zwar ist das Nachschieben von Ermessensgründen unzulässig, wenn die Behörde anfangs gar keine Ermessenserwägungen (Ermessensausfall) angestellt hat. Eine solche Situation liegt hier aber nicht vor, da die Ermessenserwägungen der Versammlungsbehörde lediglich unvollständig waren.

⁵² BVerfG, Urt. v. 22.2.2011 – 1 BvR 699/06 = NJW 2011, 1201 (1206).

⁵³ Schoch (Fn. 7), § 29 Rn. 141; Wolff, in: Sodan/Ziekow (Fn. 7), § 114 VwGO Rn. 206; OVG Lüneburg, Urt. v. 7.3.2008 – 7 ME 24/08 = NVwZ-RR 2008, 776 (777).

⁵⁴ Gerhardt, in: Schoch/Schneider/Bier (Fn. 5), § 114 VwGO Rn. 112c.

Hinweis: Es ist positiv zu bewerten, wenn der Bearbeiter erkennt, dass § 114 S. 2 VwGO analog angewendet werden muss.

Voraussetzung des § 114 S. 2 VwGO ist allerdings, dass die Ermessensgründe schon bei Erlass des Verwaltungsaktes vorlagen, dass durch das Nachschieben keine Wesensänderung eintritt und dass die Rechtsverteidigung nicht beeinträchtigt wird.⁵⁵ Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt, so dass die von der Behörde nachträglich angeführten Erwägungen zur drohenden Verkehrsbeeinträchtigung berücksichtigt werden können. Damit ist die zweite Auflage rechtmäßig.

3. Subjektive Rechtsverletzung

Durch die rechtswidrige erste Auflage ist P in seinem Grundrecht aus Art. 8 GG verletzt. Da die Auflage außerdem mit Hinweis auf eine drohende Verletzung von § 111 StGB in Verbindung mit § 21 VersG erteilt wurde, liegt ferner eine Verletzung der durch Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 GG gewährleisteten Meinungsfreiheit vor. Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 GG und Art. 8 GG können hier insoweit nebeneinander stehen, als zentraler Anknüpfungspunkt für die Auflagen gerade die auf dem „Blockadetraining“ geäußerten Meinungen sein sollten.⁵⁶

IV. Ergebnis

Der Antrag von P ist zulässig und teilweise begründet. Zum einen ist die Anordnung der sofortigen Vollziehung formell rechtswidrig und zum anderen ist die erste Auflage materiell rechtswidrig und verletzt P in seinen Rechten aus Art. 8 GG und Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 GG. Die zweite Auflage ist hingegen rechtmäßig. Der Antrag wird damit teilweise erfolgreich sein.

Hinweis: Sollte der Bearbeiter zu dem Ergebnis kommen, dass beide Auflagen rechtmäßig sind, so ist die Frage zu thematisieren, wie das Gericht im Eilrechtsverfahren entscheiden wird, wenn der Antrag nur wegen formeller Rechtswidrigkeit der Anordnung der sofortigen Vollziehung begründet ist. Es kommen mehrere Möglichkeiten in Betracht. Denkbar ist, dass das Gericht auch bei bloß formeller Rechtswidrigkeit der Anordnung der sofortigen Vollziehung eine Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung anordnen wird. Dann ist die Behörde wegen der Bindungswirkung der gerichtlichen Entscheidung an einer erneuten Anordnung der sofortigen Vollziehung gehindert. Sie kann allenfalls einen Antrag nach § 80 Abs. 7 VwGO stellen, der aber nur im Ausnahmefall erfolgreich sein wird. Allerdings ist die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung allein aus formellen Gründen nicht sachgerecht, weil die Behörde umgehend einen neuen Verwaltungsakt erlassen und diesen für sofort vollziehbar erklären kann.

Die Rspr. räumt der Behörde daher die Möglichkeit ein, trotz der Begründetheit des Eilantrags sogleich eine neue Vollziehungsanordnung – ohne formelle Fehler – zu erlassen. Dies kann zum einen dadurch erreicht werden, dass das Gericht nicht die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ausspricht, sondern nur die Vollziehungsanordnung aufhebt. Zum anderen kann die Bindungswirkung der gerichtlichen Entscheidung insoweit begrenzt werden, als das Gericht auch eine materiell-rechtliche Interessenabwägung vollzogen hat.⁵⁷

⁵⁵ Wolff (Fn. 53), § 114 VwGO Rn. 205.

⁵⁶ Vgl. BVerfG, Urt. v. 5.9.2003 – 1 BvQ 32/03 = NVwZ 2004, 90 (91); Weber, KommJur 2009, 97 (98).

⁵⁷ Dazu Bostedt (Fn. 6), § 80 VwGO Rn. 159.

Examensübungsklausur: Die streikende Beamtin

Von Wiss. Angestellter Dr. **Holger Kremser**, Göttingen*

Die gekürzte Klausur wurde im Sommersemester 2013 im Klausurenkurs der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Georg-August-Universität zu Göttingen als Probeexamensklausur zur Bearbeitung gestellt und besprochen. Ein Schwerpunkt der Klausur ist das Verhältnis von Grundgesetz und Europäischer Menschenrechtskonvention sowie die Frage, ob und inwieweit bei der Interpretation des Grundgesetzes Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) nach dem Grundsatz der völkerrechtsfreundlichen Auslegung zu berücksichtigen sind. Hierfür ist die Kenntnis der Rechtsprechung des BVerfG zum Fall Görgülü (BVerfGE 111, 307) und zur Sicherungsverwahrungproblematik (BVerfGE 128, 326) sehr hilfreich. Der zuvor genannte Problemkreis war in jüngster Zeit häufig Gegenstand in Examensklausuren. Von den 92 abgegebenen Klausuren wurden 56,92 % mit mangelhaft bewertet, 26,09 % erhielten die Note ausreichend, 11,95 % der Arbeiten waren befriedigend und 5,43 % der Klausuren wurden mit vollbefriedigend bewertet. Etliche Bearbeiter erkannten nicht, dass Art. 9 Abs. 3 GG auch für Beamte gilt. Darüber hinaus bereitete die rechtliche Fundierung des Beamtenstreikverbots nicht selten Schwierigkeiten. Schließlich hatten viele Bearbeiter Probleme mit der Handhabung des Grundsatzes der völkerrechtsfreundlichen Auslegung. Spezielle Kenntnisse zur neuen EGMR-Rechtsprechung über das Streikrecht wurden nicht vorausgesetzt.

Sachverhalt¹

R ist auf Lebenszeit verbeamtete Realschullehrerin im Schuldienst des Landes Niedersachsen. Sie übt keine Schulleitungsfunktion aus und erhält Dienstbezüge nach der Besoldungs-

gruppe A 13. Am 25.2.2009 nahm R an einem Warnstreik und an einer Kundgebung der Gewerkschaft Erziehung und Wissenschaft (GEW) im Zusammenhang mit damals stattfindenden Tarifverhandlungen zwischen der Tarifgemeinschaft deutscher Länder und der GEW teil. Ziel dieser Protestveranstaltung war im Wesentlichen die Übertragung der Tarifvereinbarungen für Arbeiter und Angestellte auf die Beamtinnen und Beamten des Landes Niedersachsen. R blieb an diesem Tag dem Dienst fern und kam ihrer Unterrichtsverpflichtung von vier Stunden nicht nach. Sie war zuvor vom Schulleiter darüber informiert worden, dass sie als Beamtin nicht streiken dürfe.

Demgegenüber wurde R von der GEW dazu ermuntert, dem Dienst in Ausübung des „mensenrechtlich verbürgten Streikrechts“ fernzubleiben. Denn der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) sieht das Streikrecht als ein Ausfluss der Vereinigungsfreiheit im Sinn von Art. 11 EMRK an. In einem Verfahren gegenüber der Türkei habe der EGMR entschieden, dass jedenfalls ein allgemeines Streikverbot für Beamte menschenrechtswidrig sei, was tatsächlich zutrifft. Lediglich für Angehörige der Gruppen des öffentlichen Dienstes, die im Namen des Staates Hoheitsgewalt ausüben, soll nach dem EGMR ein Streikverbot nach Art. 11 Abs. 2 S. 2 EMRK möglich sein. Von dieser Ausnahmeregelung soll der Beruf des Lehrers nach der Ansicht der GEW nicht erfasst sein. Das ergebe sich bereits aus der Tatsache, dass andere Bundesländer Lehrer teilweise nicht verbeamteten. Aufgrund der rechtlichen Beratung der GEW war sich R sicher, durch die Teilnahme am Warnstreik der GEW nicht ihre beamtenrechtlichen Dienstpflichten zu verletzen.

In der Folgezeit stellte die zuständige Landesschulbehörde nach Anhörung der R wegen unerlaubten Fernbleibens vom Dienst den Verlust der Dienstbezüge für die Zeit während der Teilnahme am Warnstreik fest. Zudem leitete die Behörde gegen R ein Disziplinarverfahren ein und erließ nach Anhörung am 11.1.2011 eine Geldbuße in Höhe von 100 EUR.

Gegen die Entscheidungen der Schulbehörde klagte R erfolglos beim zuständigen Verwaltungsgericht. Dieses führte aus, R habe sich nicht auf die Juristen der GEW verlassen dürfen. Einem Streikrecht für Beamte stehe entgegen, dass die Beamtenbesoldung einseitig durch Gesetz und nicht durch Tarifverträge festgelegt werde. Das Streikverbot der Beamten gehöre zum Kernbestand des deutschen Berufsbeamtentums. Aufgrund der zahlreichen Vorteile der Beamten bedürften sie eines Streikrechts nicht. Ein Streikrecht für Beamte laufe auf ein „Rosinenpicken“ hinaus, das dem Beamtenrecht fremd sei. Beamte, die sich unterbezahlt fühlten, hätten die Möglichkeit, eine amtsangemessene Besoldung gerichtlich einzuklagen. Das durch die Treuepflicht gebundene Berufsbeamtentum diene insbesondere in demokratischen Staaten mit beweglichen Mehrheiten der Stabilisierung des Staates. Das Streikverbot für Beamte sei namentlich im Hinblick auf die unkündbare Stellung und den sicheren Arbeitsplatz nicht unverhältnismäßig und müsse wegen seines grundlegenden Charakters beachtet werden. Der Grundsatz der völkerrechts-

* Tätig am Institut für Völkerrecht der Universität Göttingen.

¹ Der Klausuraufgabe liegt die Entscheidung des OVG Lüneburg NdsVBl. 2012, 266 zugrunde. Über einen Parallelfall hatte das VG Osnabrück (Urt. v. 19.8.2011 – 9 A 1/11) zu entscheiden. Das Urteil des VG Osnabrück und die Studienrelevanz der streitentscheidenden Rechtsnormen wurde bereits von *Wißmann*, ZJS 2011, 395 instruktiv erläutert. Über einen weiteren Parallelfall aus Nordrhein-Westfalen hatte das OVG Münster zu entscheiden, OVG Münster NWVBl. 2012, 306 mit einer Anm. von *Sachs*. Das Urteil des OVG Münster ist nicht rechtskräftig, weil das BVerwG der Nichtzulassungsbeschwerde der GEW stattgab (BVerwG, Beschl. v. 2.1.2013 – 2 C 1/13 = AuR 2013, 104 [Kurzzusammenfassung]). Das BVerwG stellte fest, dass in dem Revisionsverfahren geklärt werden kann, ob der Rechtsprechung des EGMR zum Streikrecht für Angehörige des öffentlichen Dienstes Bedeutung für die Geltung des verfassungsrechtlichen Streikverbots für Beamte oder für die disziplinarrechtliche Sanktionierung von Verstößen gegen das Streikverbot zukommt. Ferner hatte das VG Kassel (ZBR 2011, 386) über einen Parallelfall aus Hessen zu urteilen; das Urteil des VG Kassel ist allerdings noch nicht rechtskräftig und die Entscheidung des VGH Kassel steht noch aus.

freundlichen Auslegung könne daran nichts ändern. Denn dieser Grundsatz werde durch den verfassungsrechtlich geschützten Kernbestand des Art. 33 Abs. 4 und 5 GG begrenzt. Ohne eine Änderung des Grundgesetzes oder zumindest der Rechtsprechung des BVerfG sei folglich am Beamtenstreikverbot festzuhalten. Rechtsmittel der R bei den Fachgerichten blieben ohne Erfolg.

R ist über die Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte sehr empört. Es könne doch nicht sein, dass sie als Beamtin in Niedersachsen schlechter gestellt sei als Beamte in der Türkei, wo im Gefolge der Rechtsprechung des EGMR ein Streikrecht für Beamte verfassungsrechtlich verankert wurde. R beauftragt Rechtsanwalt Dr. S damit, form- und fristgerecht eine Verfassungsbeschwerde gegen die verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen hinsichtlich der Geldbuße zu erheben.

Bearbeitervermerk

Prüfen Sie gutachtlich, ob die Verfassungsbeschwerde Aussicht auf Erfolg hat.

Anhang

Niedersächsisches Beamtengesetz (NBG) – Auszug

§ 1 Geltungsbereich

Dieses Gesetz gilt ergänzend zum Beamtenstatusgesetz (BeamtStG) für die Beamtinnen und Beamten

1. des Landes (Landesbeamtinnen und Landesbeamte)
2. ...

§ 67 Fernbleiben vom Dienst

(1) Die Beamtin oder der Beamte darf dem Dienst nur mit Genehmigung fernbleiben, es sei denn, dass sie oder er wegen Krankheit oder aus einem anderen wichtigen Grund gehindert ist, ihre oder seine Dienstpflichten zu erfüllen.

- (2) ...

Lösung

Die Verfassungsbeschwerde der R hat nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG in Verbindung mit §§ 13 Nr. 8a, 90 ff. BVerfGG Aussicht auf Erfolg, wenn sie zulässig (A.) und begründet (B.) ist.

A. Zulässigkeit

I. Beschwerdefähigkeit

R ist als natürliche Person „jedermann“ im Sinne von § 90 Abs. 1 BVerfGG und somit beschwerdefähig.

II. Beschwerdegegenstand

Beschwerdegegenstand ist nach § 90 Abs. 1 BVerfGG jeder Akt der öffentlichen Gewalt. Im Hinblick auf Art. 1 Abs. 3 GG unterfallen alle drei Staatsgewalten dem Begriff öffentliche Gewalt in § 90 Abs. 1 BVerfGG. R kann somit eine Urteilsverfassungsbeschwerde erheben. Diese kann sich gegen alle Entscheidungen der Fachgerichte und auch gegen die gerichtlich bestätigte Entscheidung der Schulbehörde richten.

III. Beschwerdebefugnis

R muss ferner nach § 90 Abs. 1 BVerfGG beschwerdebefugt sein.

1. Behauptung einer Grundrechtsverletzung

R behauptet substantiiert, durch die angegriffenen Gerichtsentscheidungen in den Grundrechten aus Art. 9 Abs. 3 GG und Art. 3 Abs. 1 GG verletzt zu sein.

2. Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung

Fraglich ist, ob eine Grundrechtsverletzung der R überhaupt denkbar ist.

a) Problem der Geltung der Grundrechte in einem Sonderstatusverhältnis

Der Beamte hat aufgrund seines Beamtenstatus Aufgaben der öffentlichen Verwaltung grundrechtsgebunden zu erfüllen. Nach der früheren Lehre vom besonderen Gewaltenverhältnis ist der Beamte in den Staat eingegliedert. Als Teil des grundrechtsverpflichteten Staates ist der Beamte danach nicht grundrechtsberechtigt. Diese Sichtweise verkennt, dass ein Beamter nicht nur grundrechtsverpflichteter Staatsdiener ist. Vielmehr ist der einzelne Beamte auch ein Bürger und als solcher Träger von Grundrechten. Die Grundrechte gelten folglich grundsätzlich auch im Beamtenverhältnis. Allerdings kommt es für den Grundrechtsschutz des Beamten darauf an, ob er durch staatliche Maßnahmen in seiner dienstlichen Stellung oder nur in seiner Eigenschaft als Person betroffen wird.² Fraglich ist folglich, wie die Teilnahme eines Beamten an einem Streik zu bewerten ist. Ein Beamtenstreik wirkt sich auf seine Dienstausbübung und damit auf seine dienstliche Stellung aus. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass sich das grundrechtlich verbürgte Streikrecht aus der Natur der Sache heraus auf die Dienstausbübung des streikenden Beamten auswirkt. Zur Vermeidung von Schutzlücken ist folglich von einer Geltung des Art. 9 Abs. 3 GG für R auszugehen. Auch die Rechtsprechung³ geht davon aus, dass der persönliche Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG auch für Beamte eröffnet ist. Hierfür spricht der Wortlaut des Art. 9 Abs. 3 S. GG, wonach die Koalitionsfreiheit „für jedermann und für alle Berufe gewährleistet“ ist.

b) Grundrechtsverletzung auf der Grundlage der Möglichkeitstheorie

Weiterhin ist zu fragen, ob eine Grundrechtsverletzung der R auf der Grundlage der Möglichkeitstheorie bejaht werden kann. Voraussetzung dafür ist, dass eine Verletzung des sachlichen Schutzbereichs von Art. 9 Abs. 3 GG durch das Beamtenstreikverbot nicht von vornherein ausgeschlossen ist. Zwar ist nach der Rechtsprechung des BVerfG⁴ das Streikverbot für Beamte gem. Art. 33 Abs. 5 GG ein hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums. Jedoch stellt sich die Frage, ob an der bisherigen Einschränkung des Art. 9 Abs. 3 GG durch

² Volkmann, Staatsrecht II, 2. Aufl. 2011, § 9 Rn. 19.

³ BVerwGE 57, 29 (35 ff.).

⁴ BVerfGE 8, 1 (17); 44, 249 (264).

Art. 33 Abs. 5 GG festgehalten werden kann. Denn das BVerfG hat auch entschieden, dass die Gewährleistungen der EMRK die Auslegung der Grundrechte beeinflussen. Zudem hat das BVerfG⁵ betont, dass die Entscheidungen des EGMR bei der Auslegung der Grundrechte des Grundgesetzes zu berücksichtigen sind. Das gilt auch für Entscheidungen des EGMR gegenüber anderen Staaten, die die EMRK ratifiziert haben, wozu auch die Türkei zählt. Denn das BVerfG⁶ berücksichtigt die gegenüber Drittstaaten ergangenen Entscheidungen des EGMR aufgrund der zumindest faktischen Präsenz Wirkung, um Konflikte zwischen den völkerrechtlichen Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland und dem nationalen Recht nach Möglichkeit zu vermeiden.

Allerdings wird die Höhe der Beamtenbesoldung durch Gesetz und nicht durch einen Tarifvertrag geregelt. Dies ergibt sich nach allgemeiner Ansicht aus Art. 33 Abs. 4 GG, wonach das Beamtenverhältnis ein „Dienst- und Treueverhältnis“ ist. Jedoch schließt die Festsetzung der Höhe der Beamtenbesoldung durch Gesetz nicht per Definition aus, dass Beamte zur Durchsetzung einer höheren Besoldung von dem Streikrecht Gebrauch machen können. Denn auch gegen Entscheidungen des Gesetzgebers ist ein Protest durch Streikmaßnahmen von Verfassungen wegen nicht ausgeschlossen.

Im Hinblick auf die neue Rechtsprechung des EGMR zur Menschenrechtswidrigkeit eines allgemeinen Beamtenstreikverbots ist im vorliegenden Fall von der Möglichkeit einer Verletzung des Art. 9 Abs. 3 GG auszugehen. Die Möglichkeit der Grundrechtsverletzung folgt allerdings nicht aus Art. 11 EMRK unmittelbar, sondern aus einer denkbaren unzureichenden Berücksichtigung der EMRK und der Rechtsprechung des EGMR bei der Grundrechtsauslegung der einschlägigen Grundrechte des Grundgesetzes. Die Nichtberücksichtigung der EMRK und der Rechtsprechung des EGMR kann als ein Verstoß gegen das in seinem Schutzbereich berührte Grundrecht in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip im Verfassungsbeschwerdeverfahren gerügt werden.⁷

3. Selbstbetroffenheit (eigene Beschwer)

R macht eine eigene Grundrechtsverletzungen geltend, weshalb eine Selbstbetroffenheit im Sinne von § 90 Abs. 1 BVerfGG vorliegt.

4. Unmittelbare Betroffenheit

R ist als Adressatin der angegriffenen belastenden Entscheidungen der Fachgerichte unmittelbar betroffen.

5. Gegenwärtige Betroffenheit

R ist auch gegenwärtig betroffen. Denn die angegriffenen Entscheidungen wurden nicht aufgehoben.

IV. Rechtswegerschöpfung und Subsidiarität

Aufgrund der Angaben im Sachverhalt ist der Rechtsweg nach § 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG erschöpft. Sonstige Mög-

lichkeiten, den Grundverstoß anderweitig überprüfen zu lassen, sind nicht ersichtlich, weshalb der Grundsatz der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde nicht entgegensteht.

V. Form und Frist

Die Verfassungsbeschwerde der R ist schriftlich und begründet zu erheben (§ 23 BVerfGG). Ferner ist die Monatsfrist in § 93 Abs. 1 S. 1 BVerfGG zu beachten.

VI. Verfahrensvertretung

R kann sich nach § 22 Abs. 1 S. 1, 1. Hs. BVerfGG durch Rechtsanwalt Dr. R vertreten lassen. Kommt es im Rahmen des Verfassungsbeschwerdeverfahrens zu einer mündlichen Verhandlung vor dem BVerfG, muss sich R nach § 22 Abs. 1 S. 1 letzter Hs. BVerfGG durch einen Rechtsanwalt oder einen Rechtslehrer vertreten lassen.

VII. Ergebnis

Die Verfassungsbeschwerde ist zulässig.

B. Begründetheit

Die Verfassungsbeschwerde ist nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG in Verbindung mit §§ 13 Nr. 8a, 90 ff. BVerfGG begründet, wenn R tatsächlich in einem Grundrecht oder in einem grundrechtsgleichen Recht verletzt ist.

I. Prüfungsmaßstab

Das BVerfG ist keine Superrevisionsinstanz. Es prüft nur, ob die angegriffenen fachgerichtlichen Entscheidungen spezifisches Verfassungsrecht verletzen. Abweichend vom herkömmlichen Maßstab hält das BVerfG⁸ es für geboten, die Anwendung und Auslegung völkerrechtlicher Verträge wie die EMRK durch die Fachgerichte zu überprüfen. Das BVerfG⁹ begründet dies damit, dass es im Rahmen seiner Zuständigkeit auch dazu berufen sei, Verletzungen des Völkerrechts, die in der fehlerhaften Anwendung oder Nichtbeachtung völkerrechtlicher Verpflichtungen durch die deutschen Gerichte liegen und eine völkerrechtliche Verantwortlichkeit Deutschlands begründen können, nach Möglichkeit zu verhindern und zu beseitigen. Das BVerfG¹⁰ steht damit mittelbar im Dienst der Durchsetzung des Völkerrechts und vermindert damit das Risiko der Nichtbeachtung internationalen Rechts.

II. Art. 12 Abs. 1 GG

Zwar sind auch Beamte Träger der grundgesetzlichen Berufsfreiheit. Allerdings wird Art. 12 Abs. 1 GG durch Art. 33 Abs. 4 und 5 GG überlagert. Zudem ist fraglich, ob Streikmaßnahmen noch der beruflichen Tätigkeit zuzurechnen sind. Denn ein Streik zeichnet sich per Definition dadurch aus, dass nicht gearbeitet wird. Da das Streikrecht speziell in

⁵ BVerfGE 128, 326 (368).

⁶ BVerfGE 128, 326 (368 f.).

⁷ BVerfGE 111, 307 (316).

⁸ BVerfGE 111, 307 (328).

⁹ BVerfGE 111, 307 (328).

¹⁰ BVerfGE 111, 307 (328).

Art. 9 Abs. 3 GG verankert ist, wird Art. 12 Abs. 1 GG insofern weit jedenfalls verdrängt.

III. Art. 9 Abs. 1 GG

Der EGMR leitet das Streikrecht aus der Vereinigungsfreiheit in Art. 11 Abs. 1 EMRK ab. Das BVerfG verortet das Streikrecht demgegenüber in Art. 9 Abs. 3 GG und nicht in Art. 9 Abs. 1 GG, wo die grundgesetzliche Vereinigungsfreiheit verankert ist. Im Hinblick darauf, dass Völkerrecht und Landesrecht jeweils zwei selbständige Rechtskreise sind, besteht trotz der neuen Rechtsprechung des EGMR keine Notwendigkeit das Streikrecht auf der innerstaatlichen Grundrechtsebene in Art. 9 Abs. 1 GG zu verorten. Denn es steht dem nationalen Verfassungsgesetzgeber frei, wie er internationale Verpflichtungen innerstaatlich erfüllen möchte.

IV. Art. 9 Abs. 3 GG

1. Eingriff in den Schutzbereich

a) Schutzbereich

aa) Persönlicher Schutzbereich

Der persönliche Schutzbereich der grundgesetzlichen Koalitionsfreiheit ist für jedermann eröffnet, der Angehöriger eines Berufes ist. Art. 9 Abs. 3 GG ist ein sozial qualifiziertes Grundrecht, da es sich an alle Menschen in ihrer Eigenschaft als Berufsangehörige richtet.¹¹ Welcher Beruf ausgeübt wird, ist irrelevant, weshalb auch für Beamte der persönliche Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG eröffnet ist. R kann sich somit auch als Beamtin auf die individuelle Koalitionsfreiheit berufen. Daneben steht der GEW die kollektive Koalitionsfreiheit zu, die im vorliegenden Fall für R mittelbar eine Rolle spielt, da der Warnstreik von der GEW organisiert wurde.

bb) Sachlicher Schutzbereich

In sachlicher Hinsicht schützt Art. 9 Abs. 3 GG die Koalitionsfreiheit. Der Begriff Koalition meint im Zusammenhang mit Art. 9 Abs. 3 GG Vereinigungen, die zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen gebildet werden. Dieses Grundrecht steht sowohl der Arbeitgeberseite als auch der Arbeitnehmerseite zu. Allerdings gehört zum Begriff der Koalition auch, dass sie „gegnerfrei“ sein muss. Das bedeutet in einer Vereinigung dürfen die Mitglieder entweder nur Arbeitnehmer oder Arbeitgeber sein. Art. 9 Abs. 3 GG schützt die individuelle und die kollektive Koalitionsfreiheit. Die individuelle Koalitionsfreiheit schützt die Gründung einer Koalitionsvereinigung, den Beitritt zu einer Koalition und die Teilnahme an der geschützten Tätigkeit der Koalition. Die kollektive Koalitionsfreiheit bezieht sich insbesondere auf das Recht zum Aushandeln und zum Abschluss von Tarifverträgen. Das schließt auch die Führung von Arbeitskämpfen mit ein. Ein Streik ist als letztes Mittel zur Erzwingung eines Tarifvertrags zulässig. Auch Warnstreiks sind zulässig. Sie sollen lediglich die Kampfbereitschaft

manifestieren. Für Warnstreiks gilt nicht das Ultima Ratio-Prinzip.

Bei der Beamtenbesoldung ist allerdings strittig, ob es ein legitimes Streikziel gibt. Die aktuelle obergerichtliche Rechtsprechung¹² verneint dies entschieden und gelangt auf diese Weise zu dem Ergebnis, dass aus Art. 9 Abs. 3 GG kein Beamtenstreikrecht abzuleiten sei. Für diese Auffassung spricht, dass die Besoldung für Beamte einseitig durch Gesetz und nicht durch einen ausgehandelten Tarifvertrag festgelegt wird. Es fehlt aufgrund des Über- und Unterordnungsverhältnisses im Beamtenrecht an dem für Art. 9 Abs. 3 GG typischen Gleichgewicht der Kräfte.¹³ Gegen diese Argumentation spricht, dass auch Beamte gewerkschaftlich organisiert sein können und dass die Vertreter der Beamtengewerkschaften mit dem Dienstherrn in einen Dialog über die Höhe der Besoldung treten können. Ein Streikrecht für Beamte würde die Position der Beamten gegenüber dem Dienstherrn stärken. Zwar ist der Hinweis der obergerichtlichen Rechtsprechung¹⁴ auf die Zuständigkeit des Gesetzgebers für die Besoldung durchaus zutreffend. Allerdings ist es rechtlich möglich und auch vorstellbar, dass eine Beamtengewerkschaft mit der Arbeitgeberseite eine Besoldungserhöhung vertraglich vereinbart, die anschließend in Gesetzesform gegossen wird.

Gegen ein Streikrecht der Beamten aus Art. 9 Abs. 3 GG spricht, dass dieses Grundrecht durch Art. 33 Abs. 5 GG und den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums überlagert wird. Nach der bislang nicht veränderten Rechtsprechung des BVerfG¹⁵ ist das Streikverbot für Beamte ein hergebrachter Grundsatz im Sinne des Art. 33 Abs. 5 GG. Dem kann man entgegenhalten, dass die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums einer Neuinterpretation zugänglich sind, ohne dass es dafür eines Gesetzes im Sinne von Art. 79 Abs. 1 S. 1 GG bedarf.¹⁶

Ernst zu nehmen ist der Einwand, wonach wichtige Aufgabenbereiche des Staates durch die Tätigkeit von Beamten aufrechterhalten bleiben müssen, was ein Streikrecht ausschließt.¹⁷ Das Argument der Aufrechterhaltung wichtiger Staatsaufgaben relativiert sich jedoch dadurch, dass es im

¹¹ Höfling, in: Sachs (Hrsg.), Kommentar zum GG, 6. Aufl. 2011, Art. 9 Rn. 111 m.w.N.

¹² OVG Lüneburg NdsVBl. 2012, 266 (267); OVG Münster NWVBl. 2012, 306 (308) – nicht rechtskräftig.

¹³ OVG Münster NWVBl. 2012, 306 (308) – nicht rechtskräftig.

¹⁴ OVG Lüneburg NdsVBl. 2012, 266 (267); OVG Münster NWVBl. 2012, 306 (308) – nicht rechtskräftig.

¹⁵ BVerfGE 8, 1 (17); 44, 249 (264).

¹⁶ In der Tat hat das VG Kassel (ZBR 2011, 386 [387]) – nicht rechtskräftig) in einem Parallellfall aus Hessen die Forderung der Beamten nach einer höheren Besoldung als ein grundsätzlich streikfähiges Ziel i.S.v. Art. 9 Abs. 3 GG anerkannt. Allerdings betont das VG Kassel, dass ein Streikrecht für Beamte nur im nicht hoheitlichen Bereich und dort auch nur „unter bestimmten Voraussetzungen“ rechtlich möglich sei. Eine solche Neuinterpretation böte den Vorteil, dass eine Harmonisierung von nationalem Recht und der EMRK ohne eine Änderung des Grundgesetzes möglich wäre.

¹⁷ So OVG Münster NWVBl. 2012, 306 (309) – nicht rechtskräftig.

vorliegenden Fall allein um ein Streikrecht für Beamte in einem nicht hoheitlichen Bereich geht, weshalb hier der Auffassung gefolgt wird, wonach der sachliche Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG ein Streikrecht für nicht hoheitlich tätige Beamte umfasst.¹⁸ Denn die wichtigen Aufgabenbereiche des Staates zeichnen sich dadurch aus, dass sie in jedem Fall hoheitlich erfüllt werden müssen. Das ist bei Lehrern in nicht leitender Funktion nicht der Fall.

b) Eingriff

Die angegriffene Entscheidung greift im vorliegenden Fall gezielt in Art. 9 Abs. 3 GG ein, da die Teilnahme der R an einem Warnstreik einer Gewerkschaft disziplinarrechtlich geahndet wurde.¹⁹

2. Rechtfertigung (Schranken)

a) Kein ausdrücklicher Schrankenvorbehalt

Art. 9 Abs. 3 GG enthält keine ausdrückliche Schrankenregelung. Allerdings soll nach einer Auffassung im Schrifttum²⁰ die Schrankenregelung in Art. 9 Abs. 2 GG auch für die Koalitionsfreiheit gelten. Begründet wird dies damit, dass die Koalitionsfreiheit ein Unterfall der Vereinigungsfreiheit in Art. 9 Abs. 1 GG sei. Gegen diese Auffassung spricht die Systematik des Art. 9 GG, der die Koalitionsfreiheit als eine eigenständige Verbürgung ansieht. Demzufolge geht das BVerfG²¹ davon aus, dass Art. 9 Abs. 3 GG durch die verfassungsimmanenten Schranken beschränkt wird. Folglich sind die Grundrechte Dritter und andere mit Verfassungsrang ausgestattete Rechtsgüter in der Lage, Art. 9 Abs. 3 GG zu beschränken. Die Funktionsfähigkeit des Berufsbeamtentums hat im Hinblick auf Art. 33 Abs. 4 und 5 GG Verfassungsrang und ist somit für die Koalitionsfreiheit in Art. 9 Abs. 3 GG eine immanente Grundrechtsschranke.

Allerdings bedarf es einer rechtlichen Grundlage, die die immanenten Verfassungsschranken konkretisiert. Das allgemeine Streikverbot für Beamte ist in den meisten Landesbeamtengesetzen – so auch in Niedersachsen – nicht ausdrücklich gesetzlich normiert.²² Jedoch dürfen Beamte nach

¹⁸ Auch im Schrifttum wird die Zulässigkeit eines Beamtenstreikrechts kontrovers diskutiert, siehe hierzu die Entscheidungsanmerkung zu OVG Münster von *Sachs*, NWVBl. 2012, 306 (317 f. m.w.N. zu den unterschiedlichen Auffassungen in der Literatur).

¹⁹ Zwar ist auch die Feststellung des Verlusts der Dienstbezüge für die Zeit während der Teilnahme am Warnstreik ein Eingriff. Allerdings richtet sich die Verfassungsbeschwerde aufgrund der Angaben im Sachverhalt allein gegen die disziplinarrechtliche Geldbuße.

²⁰ *Kemper*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Kommentar zum GG, 6. Aufl. 2010, Art. 9 Rn. 195 f.; *Löwer*, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), Kommentar zum GG, 6. Aufl. 2012, Art. 9 Rn. 110; *Bauer*, in: H. Dreier (Hrsg.), Kommentar zum GG, 2. Aufl. 2004, Art. 9 Rn. 93.

²¹ BVerfGE 103, 293 (306).

²² Anders dagegen in Rheinland-Pfalz (§ 50 LBG) und im Saarland (Art. 115 Abs. 5 SVerf), wo ausdrücklich im Landes-

§ 67 Abs. 1 NBG²³ dem Dienst nur mit Genehmigung fernbleiben. Eine Genehmigung für die Teilnahme an Streikmaßnahmen erhalten die Beamten nicht, da das BVerfG²⁴ das allgemeine Beamtenstreikverbot als einen hergebrachten Grundsatz des Berufsbeamtentums im Sinne von Art. 33 Abs. 5 GG ansieht. Zudem wird das allgemeine Beamtenstreikverbot aus den bundesgesetzlichen Bestimmungen über die rechtliche Stellung des Beamten in §§ 33 f. BeamStG abgeleitet. Denn danach ist der Beamte dem Allgemeinwohl und der uneigennütigen Amtsführung verpflichtet und hat eigene Interessen zurückzustellen (§§ 33 Abs. 1 S. 2, 34 S. 2 BeamStG). Ferner haben sich Beamte nach § 34 S. 1 BeamStG mit vollem persönlichen Einsatz ihrem Beruf zu widmen. Auch soll das Berufsbeamtentum den Gesetzesvollzug institutionell jederzeit absichern und dadurch das Rechtsstaatsprinzip verwirklichen.²⁵

Aus dem zuvor Gesagten leitet die aktuelle Rechtsprechung in der Verwaltungsgerichtsbarkeit trotz der neuen Rechtsprechung des EGMR zum Beamtenstreikrecht überwiegend²⁶ ab, dass es den Beamten nicht gestattet sei, Berufsinteressen durch Streikmaßnahmen durchzusetzen. Die Teilnahme eines Beamten an einem Streik ist somit ein Dienstvergehen im Sinne von § 47 BeamStG. Das aus den oben genannten beamtenrechtlichen Bestimmungen abgeleitete allgemeine Beamtenstreikverbot ist folglich eine hinreichend gesetzlich konkretisierte immanente Beschränkung des Art. 9 Abs. 3 GG, die in Art. 33 Abs. 5 GG ihre verfassungsrechtliche Stütze findet.

b) Verfassungsmäßigkeit des allgemeinen Beamtenstreikverbots

aa) Formelle Verfassungsmäßigkeit

(1) Gesetzgebungszuständigkeit

Der niedersächsische Landesgesetzgeber war nach Art. 30, 70 GG für den Erlass des NBG zuständig. Das NBG ergänzt gemäß § 1 NBG das BeamStG des Bundes. Der Bund hat nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 27 GG eine konkurrierende Gesetzgebungszuständigkeit allein für die Statusrechte und -pflichten der Beamten der Länder, Gemeinden und der anderen Körperschaften des öffentlichen Rechts. Die Erforderlichkeitsprüfung für eine bundeseinheitliche Regelung nach Art. 72

beamtenrecht bzw. in der Landesverfassung geregelt ist, dass das Streikrecht mit dem Beamtenverhältnis unvereinbar ist.

²³ § 68 Abs. 1 LBG BW; Art. 95 Abs. 1 S. 1 BayBG; § 59 Abs. 1 S. 1 LBG BLN; § 61 Abs. 1 S. 1 LBG Bgb; § 67 Abs. 1 BremBG; § 67 Abs. 1 HmbBG; § 68 Abs. 1 S. 1 HBG; § 55 Abs. 1 LBG M-V; § 62 Abs. 1 S. 1 LBG NW; § 81 Abs. 1 LBG Rh-Pf. und § 50 LBG Rh-Pf. (ausdrückliches Streikverbot); § 81 Abs. 1 S. 1 SBG; § 92 Abs. 1 S. 1 SächsBG; § 70 Abs. 1 S. 1 LBG LSA; § 67 Abs. 1 S. 1 LBG S-H; § 79 Abs. 1 S. 1 ThürBG.

²⁴ BVerfGE 44, 249 (264).

²⁵ OVG Lüneburg NdsVBl. 2012, 266 (267).

²⁶ OVG Lüneburg NdsVBl. 2012, 266 (267) m.w.N. der Rspr.; a.A. allerdings VG Kassel ZBR 2011, 386 – nicht rechtskräftig.

Abs. 2 GG erstreckt sich nach dem Wortlaut der Bestimmung nicht auf Gesetze nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 27 GG.

(2) Gesetzgebungsverfahren

Mangels entgegenstehender Angaben im Sachverhalt ist davon auszugehen, dass das Gesetzgebungsverfahren beim Erlass des NBG und des BeamtStG beachtet wurde.

bb) Materielle Verfassungsmäßigkeit

(1) Verhältnismäßigkeit

In materieller Hinsicht stellt sich zunächst die Frage, ob ein generelles Beamtenstreikverbot verhältnismäßig ist.

(a) Legitimer Zweck und legitimes Mittel

Das Beamtenstreikverbot soll den Gesetzesvollzug sicherstellen und damit das demokratische Staatswesen stabilisieren. Auch Lehrer sind am Gesetzesvollzug beteiligt. Denn aufgrund der gesetzlichen Schulbesuchspflicht schulpflichtiger Kinder hat das Land Niedersachsen dafür zu sorgen, dass der Unterricht an den Schulen tatsächlich stattfindet und nicht aufgrund von Streikmaßnahmen ausfallen muss. Ein generelles Streikverbot für Beamte ist zumindest nach der bisherigen Rechtsprechung des BVerfG ein legitimes Mittel zur Sicherung der Funktionsfähigkeit des Berufsbeamtentums und des demokratischen Staatswesens. Zudem stellt ein Beamtenstreikverbot den Vollzug des Landesschulgesetzes in besonderer Weise sicher. Dadurch wird das grundgesetzliche Rechtsstaatsprinzip verwirklicht.²⁷

(b) Geeignetheit

Das allgemeine Beamtenstreikverbot ist auch geeignet, den gewünschten legitimen Zweck zu realisieren. Denn die Teilnahme von Beamten an einer Streikmaßnahme kann disziplinarrechtlich geahndet werden, weshalb Beamte in der Regel dem Dienst nicht unerlaubt fernbleiben.

(c) Erforderlichkeit

Mildere und gleich effektive Mittel zur Durchsetzung des legitimen Zwecks sind nicht ersichtlich.

(d) Angemessenheit ausschließlich im Lichte des nationalen Rechts

Im Rahmen der Angemessenheitsprüfung des allgemeinen Beamtenstreikverbots ist einerseits zu berücksichtigen, dass die Bürger ein sehr großes Interesse am Funktionieren der staatlichen Einrichtungen haben. Das gilt namentlich auch für den Schulbetrieb. Für viele Eltern ist es sehr wichtig, dass der Schulunterricht planmäßig stattfindet, weil häufig beide Elternteile berufstätig sind und sie oft nur schwer eine Aufsicht für ihre Kinder organisieren können, wenn der Unterricht plötzlich aufgrund von Streikmaßnahmen ausfällt. Andererseits ist zu beachten, dass das generelle Streikverbot für Beamte ein intensiver Eingriff in Art. 9 Abs. 3 GG ist. Berücksichtigt man jedoch die Besonderheiten des Beamtenstatus

relativiert sich der Grundrechtseingriff in Art. 9 Abs. 3 GG. Denn Beamte sind grundsätzlich unkündbar. Sie erhalten eine Beihilfe im Krankheitsfall und sind im Alter aufgrund der relativ hohen Pensionsansprüche gut abgesichert. In der Regel werden zwar die Tariferhöhungen für die Arbeiter und Angestellten im öffentlichen Dienst mit einer geringen zeitlichen Verzögerung auf die Beamten übertragen, jedoch geschieht dies in jüngster Zeit in manchen Bundesländern nur noch mit Einschränkungen.²⁸ Falls sich Beamte unterbezahlt fühlen, haben sie allerdings die Möglichkeit, eine amtsangemessene Besoldung bei den Verwaltungsgerichten und auch beim BVerfG einzuklagen. Das Argument, wonach das deutsche Beamtenrecht kein „Rosinenpicken“ vorsehe, kann man gut vertreten. Unter Berücksichtigung der oben dargelegten Aspekte ist somit ein allgemeines Beamtenstreikverbot durchaus angemessen.

(e) Angemessenheit im Lichte der EMRK und der Rechtsprechung des EGMR nach dem grundgesetzlichen Grundsatz der völkerrechtsfreundlichen Auslegung

Im Rahmen der Angemessenheitsprüfung des allgemeinen Beamtenstreikverbots ist allerdings auch der Grundsatz der völkerrechtsfreundlichen Auslegung zu beachten. Er wird aus einer Zusammenschau von der Präambel des Grundgesetzes sowie von den Art. 1 Abs. 2; 9 Abs. 2; 23; 24; 25; 26; 59 Abs. 2 und 100 Abs. 2 GG abgeleitet.

(aa) Inhalt und Auswirkungen des Grundsatzes der völkerrechtsfreundlichen Auslegung

Der Grundsatz der völkerrechtsfreundlichen Auslegung besagt, dass das nationale Recht, wozu auch das Verfassungsrecht zählt, nach Möglichkeit so auszulegen ist, dass die Bundesrepublik Deutschland ihre völkerrechtlichen Verpflichtungen erfüllen kann.

Wie sich der Grundsatz der völkerrechtsfreundlichen Auslegung im Verhältnis von Grundgesetz und EMRK auswirkt, hat das BVerfG im Fall Görgülü²⁹ und im Fall der Sicherungsverwahrungproblematik³⁰ ausführlich dargelegt. Danach hat die EMRK innerstaatlich den Rang eines einfachen Bundesgesetzes. Ein Beschwerdeführer kann daher vor dem BVerfG nicht unmittelbar die Verletzung eines in der EMRK enthaltenen Menschenrechts mit einer Verfassungsbeschwerde rügen. Gleichwohl besitzen die Gewährleistungen der Europäischen Menschenrechtskonvention verfassungsrechtliche Bedeutung, insoweit sie die Auslegung der Grundrechte beeinflussen. Sowohl der Text der EMRK als auch die Rechtsprechung des EGMR dienen nach der Rechtsprechung des BVerfG³¹ als Auslegungshilfen für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite von Grundrechten und rechtsstaatlichen Grundsätzen

²⁷ So OVG Lüneburg NdsVBl. 2012, 266 (267).

²⁸ *Burger*, FAZ v. 2.5.2013, S. 4.

²⁹ BVerfGE 111, 307.

³⁰ BVerfGE 128, 326.

³¹ BVerfGE 128, 326 (367 f.).

des Grundgesetzes.³² Mithin ist die EMRK und die Rechtsprechung des EGMR bei der Auslegung des Grundrechts aus Art. 9 Abs. 3 GG zu berücksichtigen. Dies gilt auch für Art. 33 Abs. 5 GG, weil dieser zumindest nach der Rechtsprechung des BVerfG³³ eine grundrechtsgleiche Qualität hat, soweit ein hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums die persönliche Rechtsstellung des Beamten regelt. Genau das ist hinsichtlich des Beamtenstreikverbots der Fall. Denn die augenblickliche Anwendung des Art. 33 Abs. 5 GG zur Legitimation eines Beamtenstreikverbots führt nach der überwiegenden Meinung im Ergebnis dazu, dass ein wesentlicher Bereich der Koalitionsfreiheit in Art. 9 Abs. 3 GG den Beamten vorenthalten wird.

Fraglich ist, ob auch der Inhalt von EGMR-Entscheidungen für die Auslegung der Grundrechte von Bedeutung ist, die Streitgegenstände anderer Mitgliedstaaten der EMRK wie z.B. die Türkei betreffen. Das BVerfG³⁴ berücksichtigt auch solche Entscheidungen als Auslegungshilfe. Das beruht auf der jedenfalls faktischen Orientierungs- und Leitfunktion, die der Rechtsprechung des EGMR auch über den konkret entschiedenen Einzelfall hinaus zukommt.³⁵ Denn das Grundgesetz will vor dem Hintergrund der zumindest faktischen Präcedenzwirkung der Entscheidungen internationaler Gerichte Konflikte zwischen den völkerrechtlichen Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland und dem nationalen Recht nach Möglichkeit vermeiden.³⁶ Die Gewährleistungen der EMRK und die Entscheidungen des EGMR müssen von den deutschen Gerichten zur Kenntnis genommen werden und in den Willensbildungsprozess des zu einer Entscheidung berufenen Gerichts aber auch der zuständigen Behörden oder des Gesetzgebers einfließen.³⁷ Solange im Rahmen geltender methodischer Standards Auslegungs- und Abwägungsspielräume eröffnet sind, trifft deutsche Gerichte die Pflicht, der konventionsgemäßen Auslegung den Vorrang zu geben.³⁸

(bb) Grenzen bei der Berücksichtigung der EMRK und der Rechtsprechung des EGMR

Die Berücksichtigung der EMRK und der Entscheidungen des EGMR hat zwar stets zu erfolgen, wenn dies notwendig ist. Allerdings kann dies nicht dazu führen, dass gegen höherrangiges Recht, insbesondere gegen das Verfassungsrecht verstoßen wird.³⁹ Die Möglichkeit einer konventionsfreundlichen Auslegung des nationalen Rechts endet dort, wo diese nach den anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung und der Verfassungsinterpretation nicht mehr vertretbar erscheint.⁴⁰

Eine absolute Grenze ist auch der Kerngehalt der Verfassungsidentität des Grundgesetzes gemäß Art. 79 Abs. 3 GG.⁴¹

(cc) Neue Rechtsprechung des EGMR zum Streikrecht

Der EGMR⁴² gelangte bereits in 2008/2009 in zwei Entscheidungen gegenüber der Türkei zu einer neuen Interpretation des Art. 11 EMRK. Aufgrund einer dynamischen Interpretation des Art. 11 EMRK unter Berücksichtigung von internationalen Empfehlungen gelangt der EGMR⁴³ zu dem Ergebnis, dass ein Streik für die Gewerkschaften und ihrer Mitglieder zur Interessensdurchsetzung wichtig ist. Ein Streikverbot ist nach dem EGMR⁴⁴ gem. Art. 11 Abs. 2 S. 2 EMRK nur für bestimmte Gruppen von Angehörigen des öffentlichen Dienstes, aber nicht insgesamt für den öffentlichen Dienst möglich. Voraussetzung für ein gruppenbezogenes Streikverbot ist, dass es sich um Angehörige des öffentlichen Dienstes handelt, die im Namen des Staates Hoheitsgewalt ausüben. Die vom Streikverbot betroffenen Gruppen des öffentlichen Dienstes müssen dem EGMR⁴⁵ zufolge so eindeutig und begrenzt wie möglich in gesetzlichen Bestimmungen genannt werden. Zudem muss eine Beschränkung des Streikrechts in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sein (Art. 11 Abs. 2 S. 1 EMRK).⁴⁶

(dd) Einpassung der neuen Rechtsprechung des EGMR zum Streikrecht in das innerstaatliche Recht

Aufgrund der bereits dargelegten Rechtsprechung des BVerfG zum Verhältnis von Grundgesetz und der EMRK muss bei der Auslegung von Art. 9 Abs. 3 GG und von Art. 33 Abs. 5 GG Art. 11 EMRK und die entsprechende Rechtsprechung des EGMR als Auslegungshilfe im Rahmen der Angemessenheitsprüfung herangezogen werden. Dieser Vorgang wird als „Einpassung“ der EMRK und der Rechtsprechung des EGMR in das nationale Rechtssystem bezeichnet.⁴⁷

Man wird mit guten Gründen sagen können, dass das allgemeine Beamtenstreikverbot in Deutschland mit der zuvor dargelegten neuen Rechtsprechung des EGMR zu Art. 11 EMRK nicht in Einklang zu bringen ist. Zwar dürfen die Tarifangestellten (Arbeiter und Angestellte) des öffentlichen Dienstes streiken. Allerdings kommt es darauf nicht an. Denn entscheidend ist, ob die in Deutschland verbeamteten Perso-

³² Paulus/Kremser/Mattheis/J. Müller, Staatsrecht III mit Bezügen zum Völker- und Europarecht, 2010, Fall 9 Rn. 46 (S. 155 f.).

³³ BVerfGE 117, 330 (344).

³⁴ BVerfGE 128, 326 (368).

³⁵ Wißmann, ZJS 2011, 395 (399 f. m.w.N. im Schrifttum).

³⁶ BVerfGE 128, 326 (368 f.).

³⁷ BVerfGE 111, 307 (324).

³⁸ BVerfGE 111, 307 (329).

³⁹ BVerfGE 111, 307 (329).

⁴⁰ BVerfGE 128, 326 (371).

⁴¹ BVerfGE 128, 326 (371).

⁴² EGMR (Große Kammer), Urt. v. 12.11.2008 – 34503/97 (Demir u. Baykara/Türkei) = NZA 2010, 1425; EGMR (III. Sektion), Urt. v. 21.4.2009 – 68959/01 (Enerji Yapi-Yol Sen/Türkei) = NZA 2010, 1423.

⁴³ EGMR (III. Sektion), Urt. v. 21.4.2009 – 68959/01 (Enerji Yapi-Yol Sen/Türkei) = NZA 2010, 1423 (1424).

⁴⁴ EGMR (III. Sektion), Urt. v. 21.4.2009 – 68959/01 (Enerji Yapi-Yol Sen/Türkei) = NZA 2010, 1423 (1424 f.).

⁴⁵ EGMR (III. Sektion), Urt. v. 21.4.2009 – 68959/01 (Enerji Yapi-Yol Sen/Türkei) = NZA 2010, 1423 (1425).

⁴⁶ EGMR (III. Sektion), Urt. v. 21.4.2009 – 68959/01 (Enerji Yapi-Yol Sen/Türkei) = NZA 2010, 1423 (1425).

⁴⁷ Paulus/Kremser/Mattheis/J. Müller (Fn. 32), Fall 9 Rn. 46 (S. 155).

nen im Namen des Staates Hoheitsgewalt ausüben. Das wird man namentlich für den Beruf des Lehrers nicht generell sagen können. Zwar ist das Ausstellen eines Schulzeugnisses ein Hoheitsakt. Jedoch hat dieser Umstand nicht zur Folge, dass alle Lehrer staatliche Hoheitsgewalt ausüben, sondern die Ausübung der staatlichen Hoheitsgewalt beschränkt sich vielmehr auf den Schulleiter bzw. auf die Schulleiterin. Zudem ist zu berücksichtigen, dass es Bundesländer gibt, die Lehrer nicht verbeamen.⁴⁸ Dadurch gibt das jeweilige Bundesland selbst zu erkennen, dass Lehrer keine nennenswerte Hoheitsgewalt ausüben. All dies spricht dafür, dass das Streikrecht nach Art. 11 EMRK und nach der Rechtsprechung des EGMR zumindest auf diejenigen Beamten zu erstrecken ist, die keine staatliche Hoheitsgewalt ausüben.

Fraglich ist, ob die Erstreckung des Streikrechts auf verbeamtete Lehrer im Sinne einer konventionsfreundlichen Auslegung im nationalen Rechtskreis auslegungsmethodisch möglich ist. Voraussetzung dafür ist, dass ein Streikrecht für nicht mit staatlicher Hoheitsgewalt handelnde Beamte nicht gegen höherrangiges Recht verstößt. Ausdrücklich ist im Grundgesetz kein Beamtenstreikverbot verankert.⁴⁹ Allerdings sieht das BVerfG in nunmehr ständiger Rechtsprechung das allgemeine Streikverbot für Beamte als einen hergebrachten Grundsatz des Berufsbeamtentums an. Der Wortlaut des Art. 33 Abs. 5 GG ist jedoch durchaus offen für eine Begrenzung des Beamtenstreikverbots auf diejenigen Beamten, die im Namen des Staates Hoheitsgewalt ausüben. Auch Art. 33 Abs. 4 GG steht einem partiellen Beamtenstreikrecht nicht entgegen, weil das Streikrecht die grundsätzliche Treuepflicht des Beamten nicht aufhebt. Zwar haben die Beamten im Vergleich zu anderen Berufsgruppen sehr viele Vorteile. Allerdings kann man durchaus der Ansicht sein, dass die Vorteile des Beamtenstatus kein generelles Beamtenstreikverbot legitimieren können. Auch ist der Hinweis auf die Möglichkeit der Einklagbarkeit einer amtsangemessenen Besoldung kein adäquater Ersatz für ein Streikrecht. Schließlich nimmt weder das Demokratieprinzip noch das Rechtsstaatsprinzip einen Schaden, wenn die nicht mit staatlicher Hoheitsgewalt ausgestatteten Beamten als letztes Mittel zum Streik zur Durchsetzung ihrer Ziele greifen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass ein längerer Streik nur unter vorher genau fest gelegten Bedingungen rechtlich zulässig ist. Aus diesen Gründen steht die Ewigkeitsgarantie in Art. 79 Abs. 3 GG einer Ausdehnung des Streikrechts auf Beamte ohne staatliche Hoheitsgewalt nicht entgegen.

Vertretbar ist allerdings auch die Gegenansicht, wonach das allgemeine Beamtenstreikverbot nicht durch eine konven-

tionskonforme Auslegung aufgeweicht werden kann. Denn eine Einpassung der Rechtsprechung des EGMR zum Verbot eines generellen Streikverbots für Beamte in das innerstaatliche Rechtssystem der Bundesrepublik Deutschland würde massive Folgeprobleme mit sich bringen.⁵⁰ So kennen die Beamtengesetze des Bundes und der Länder keine funktionsbezogenen Beamtenkategorien mit unterschiedlichen Rechten und Pflichten.⁵¹ Genau darauf würde eine Einpassung der neuen EGMR-Rechtsprechung in das innerstaatliche Recht hinauslaufen, da das Streikrecht aus Art. 11 EMRK an die jeweilige Funktion der Beamten anknüpft. Zudem entspricht das zurzeit praktizierte generelle Beamtenstreikverbot einer Interpretation des Art. 33 Abs. 5 GG, die sich immerhin auf die ständige Rechtsprechung des BVerfG berufen kann (s.o.). Für ein Festhalten an dem generellen Streikverbot für Beamte spricht auch folgendes: Das umfassende Beamtenstreikrecht leistet einen wichtigen Beitrag für die Umsetzung der demokratisch legitimierten Rechtsnormen. Auf diese Weise wird dem Demokratieprinzip und dem Rechtsstaatsprinzip Geltung verschafft. Hierbei handelt es sich um Staatsstrukturprinzipien, die aufgrund der Erfahrungen mit dem NS-Unrechtsregime nach Art. 79 Abs. 3 GG mit einer Ewigkeitsgarantie versehen wurden und die zum Identitätskern der gesamtdeutschen Verfassung gehören, was der EGMR bei einer Entscheidung gegen Deutschland im Hinblick auf nationale und historische Besonderheiten würdigen könnte.

Gegen eine Einbeziehung des allgemeinen Beamtenstreikverbots in die Ewigkeitsgarantie aus Art. 79 Abs. 3 und Art. 20 GG kann man allerdings einwenden, dass ein Beamtenstreikverbot kaum zum Kernbereich der Prinzipien des Art. 20 GG zählt. Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass das Verfassungsrecht und das Beamtenrecht Neuinterpretationen und Änderungen zugänglich sind, um den Anforderungen des Art. 11 Abs. 2 EMRK Genüge zu leisten.⁵² Eine Gefahr für das Berufsbeamtentum droht aus einem anderen Grund: Es würde sich, wenn den Beamten ein Streikrecht zustünde, überflüssig machen können, weil es sich im Wesentlichen nicht mehr grundlegend von privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen unterscheidet.⁵³ Das wird man jedenfalls für diejenigen Beamten sagen können, die keine Hoheitsgewalt ausüben. Eine innerstaatliche Einpassung der EMRK und der Rechtsprechung des EGMR zum Beamtenstreikrecht wird folglich sehr wahrscheinlich dazu führen, dass sich der Personenkreis mit einem Beamtenstatus auf den Kernbereich staatlichen Hoheitshandelns reduzieren wird. Das ist allerdings keine ganz neue Entwicklung, wenn man sich vor Augen führt, dass namentlich die Privatisierung von Bahn und Post eine massive Reduzierung der verbeamteten Personen mit sich brachte.

⁴⁸ In Bayern haben Lehrer an öffentlichen Schulen allerdings nach Art. 133 BV in jedem Fall den Status eines „Staatsbeamten“.

⁴⁹ Zwar ist in Rheinland-Pfalz (§ 50 LBG) und im Saarland (Art. 115 Abs. 5 SVerf) ausdrücklich im Landesbeamtenrecht bzw. in der Landesverfassung geregelt, dass das Streikrecht mit dem Beamtenverhältnis unvereinbar ist. Allerdings hat Art. 11 EMRK den Rang eines einfachen Bundesgesetzes und steht folglich über einfachen Landesgesetzen und über dem Landesverfassungsrecht.

⁵⁰ So zu Recht *Wißmann*, ZJS 2011, 395 (401).

⁵¹ OVG Münster NWVBl. 2012, 306 (310) – nicht rechtskräftig.

⁵² So z.B. *Sachs*, Anm. zu OVG Münster NWVBl. 2012, 306 (317 f.) – nicht rechtskräftig – und VG Kassel ZBR 2011, 386 (387 f.) – nicht rechtskräftig.

⁵³ Hierauf weist ausdrücklich das OVG Münster NWVBl. 2012, 306 (309) – nicht rechtskräftig – hin.

(3) *Zwischenergebnis*

Das allgemeine Beamtenstreikverbot ist nicht angemessen und damit unverhältnismäßig (a.A. vertretbar – s.o.).

c) *Verfassungsmäßigkeit des Einzelaktes*

Aus dem zuvor Gesagten folgt, dass auch der angegriffene Einzelakt unverhältnismäßig ist. Denn R übt keine Schulleitungsfunktion aus. Folglich gehört sie nicht zu der Gruppe der Beamten, die im Namen des Staates Hoheitsfunktionen ausübt. Somit folgt aus Art. 9 Abs. 3 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip und unter Berücksichtigung von Art. 11 EMRK sowie der Rechtsprechung des EGMR als Auslegungshilfe zur Bestimmung der Reichweite der grundgesetzlichen Koalitionsfreiheit, dass R streiken durfte (a.A. vertretbar – s.o.).

3. *Ergebnis*

Art. 9 Abs. 3 GG ist verletzt (a.A. vertretbar – s.o.).

V. Art. 33 Abs. 5 GG

R kann zwar auch die Verletzung des grundrechtsähnlichen Art. 33 Abs. 5 GG im Verfassungsbeschwerdeverfahren rügen. Allerdings ist das für R nicht zielführend. Denn das Streikrecht ist kein hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums. Die neu eingefügte Fortentwicklungsklausel erstreckt sich nach der Rechtsprechung des BVerfG⁵⁴ allein auf das einfache Beamtenrecht und nicht auf die verfassungsrechtlich tradierten Grundsätze des Berufsbeamtentums.

Selbst wenn man der Ansicht ist, dass die Fortentwicklungsklausel in Art. 33 Abs. 5 GG einer Rezeption der EMRK und der Rechtsprechung des EGMR zugänglich ist, führt dies im Ergebnis nur zu einer Anwendung des Art. 9 Abs. 3 GG, da allein dort das Streikrecht verortet ist und da Art. 9 Abs. 3 GG auch für Beamte gilt. Insoweit kommt der Grundsatz der Spezialität zum Tragen.

VI. Art. 3 Abs. 1 GG

R rügt ferner eine Verletzung von Art. 3 Abs. 1 GG. Sie wird als Beamtin des Landes Niedersachsen gegenüber den Beamten in der Türkei ungleich behandelt. Denn die Türkei hat mittlerweile aufgrund der neuen Rechtsprechung des EGMR zu Art. 11 EMRK ein umfassendes Streikrecht in der Verfassung verankert,⁵⁵ worauf der Sachverhalt ausdrücklich hinweist. Gleichwohl liegt keine verfassungsrechtlich relevante Ungleichbehandlung vor. Denn eine verfassungsrechtlich relevante Ungleichbehandlung ist nur gegeben, wenn sie der gleichen Stelle zugerechnet werden kann. Daran fehlt es, wenn die beiden Sachverhalte von zwei verschiedenen Träger öffentlicher Gewalt gestaltet werden. Der Gleichheitssatz bindet jeden Träger der öffentlichen Gewalt allein in dessen

konkreten Zuständigkeitsbereich.⁵⁶ Folglich ist es für den niedersächsischen Gesetzgeber im Lichte von Art. 3 Abs. 1 GG irrelevant, dass die Türkei mittlerweile ein Beamtenstreikrecht verfassungsrechtlich verankert hat. Entscheidend ist allein, dass niedersächsische Stellen alle niedersächsischen Beamten hinsichtlich des Streikverbots gleich behandeln.

Demgegenüber liegt eine verfassungsrechtlich relevante Ungleichbehandlung von Landesbeamten in Niedersachsen und Tarifangestellten in Niedersachsen vor. Denn die zuletzt genannte Vergleichsgruppe darf streiken. Allerdings ist die Ungleichbehandlung sachlich gerechtfertigt. Die Rechtfertigung ergibt sich aus den dargelegten Besonderheiten des Berufsbeamtentums (s.o.).

Art. 3 Abs. 1 GG ist folglich vorliegend nicht verletzt.

VII. Endergebnis

Die Verfassungsbeschwerde der R hat Aussicht auf Erfolg (a.A. vertretbar).

⁵⁴ BVerfGE 121, 205 (232).

⁵⁵ Siehe Art. 53 Abs. 3 und Art. 54 Abs. 1 Verfassung Türkei, Fundstelle für die deutsche Übersetzung der Verfassung der Republik Türkei von RA Prof. Dr. Christian Rumpf: www.tuerkei-recht.de/downloads/verfassung.pdf.

⁵⁶ Jarass, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), Kommentar zum GG, 12. Aufl. 2012, Art. 3 Rn. 9 m.w.N.

Übungsfall: Der falsche Schuldschein*

Von Prof. Dr. Holm Putzke, LL.M., Passau

Diese Klausur wurde im Sommersemester 2013 an der Universität Passau im Probeexamen gestellt. Die durchschnittliche Punktzahl lag bei 5,78, die Durchfallquote bei 16 %. Die Schwerpunkte der Klausur sind angesiedelt bei der Urkundenfälschung (Rechtfertigung nach § 229 BGB und § 34 StGB), beim Betrug (Irrtum bei Zweifeln, Vermögensbegriff), dem Meineid, bei der Unterscheidung von Tatsachen- und Rechtsirrtum (untauglicher Versuch, Wahndelikt), der Amtsanmaßung, dem Problem des fehlenden Vollendungsvorsatzes bei der Anstiftung (agent provocateur) sowie der Beschlagnahme von Verteidigungsunterlagen und der Frage eines daraus ggf. folgenden Beweisverwertungsverbots.

Sachverhalt

Teil 1

A und B, zwei junge Männer, sind eng befreundet und führen bei unregelmäßigem Einkommen ein aufwendiges Leben. Als B wieder einmal kein Geld hat, bittet er A um 2.500 Euro. A hat in letzter Zeit gut verdient und gibt B das Geld als zinsloses Darlehen. B verspricht per Handschlag, das Geld so früh wie möglich, spätestens in sechs Monaten, zurückzuzahlen.

Zwei Wochen später kommt B bei einem Motorradunfall ums Leben. Alleinerbin ist seine Mutter M. A kennt M gut und weiß, dass sie ohne Beweis nicht zahlen wird. Weil er keinen Zeugen hat, erstellt er mit dem Computer einen dem Vertrag entsprechenden „Schuldschein“ und setzt darunter handschriftlich Vor- und Zunamen des B, wobei er die ihm vertraute Unterschrift des B nachzuahmen versucht. Dies gelingt ihm so gut, dass er überzeugt ist, M werde ihm glauben und die Unterschrift für echt halten. Als er ein halbes Jahr nach Bs Tod M von dem Darlehen berichtet und zum Beweis das Papier vorlegt, hat M jedoch Zweifel. Sie hält für möglich, dass A die Wahrheit spricht, aber ebenso, dass er sich die ganze Sache nur ausgedacht oder das Geld zwar gegeben, den „Schuldschein“ aber gefälscht hat. M spricht das offen aus und lehnt die Zahlung ab. Nach einigem Hin und Her macht sie den Vorschlag, gemeinsam die Rechtsanwältin R aufzusuchen. Diese solle ihn eindringlich befragen und auf etwaige strafrechtliche Konsequenzen hinweisen. Danach werde sie sich entscheiden, ob sie zahle. A erklärt sich einverstanden.

Während des Gespräches zu dritt kommt R der Gedanke, A durch das Verlangen nach Beeidigung unter besonderen Druck zu setzen. Sie weiß, dass Rechtsanwälte nach geltendem Recht keinesfalls zur Abnahme von Eiden befugt sind. Trotzdem belehrt sie A, als ein „Organ der Rechtspflege“ habe sie nach der Bundesrechtsanwaltsordnung das Recht, Eide abzunehmen, wenn dies zur Vermeidung gerichtlicher Streitigkeiten tunlich sei. A glaubt dies und beschwört mit erhobener Hand, dass er das Darlehen gegeben und dass B den „Schuldschein“, den R vor sich liegen hat, unterschrieben

* Dank gilt meinem akademischen Lehrer Prof. Dr. Rolf Dietrich Herzberg sowie meinen Wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen Jadwiga Loiko und Nikola König.

habe. Obwohl M immer noch zweifelt, zahlt sie daraufhin A 2.500 Euro aus.

Teil 2

Wegen Fluchtgefahr befindet R sich in U-Haft. Dort macht sie sich, um ihre Verteidigung vorzubereiten, Notizen, aus denen sich unter anderem der Tathergang rekonstruieren lässt. Als mögliches Beweismittel werden diese Unterlagen beschlagnahmt. In der Hauptverhandlung widerspricht R ordnungsgemäß der geplanten Verlesung.

Vermerk für die Bearbeiter

Beide Teile der Aufgabe sind zu bearbeiten. In einem Gutachten, das auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen eingeht, sind in der vorgegebenen Reihenfolge folgende Fragen zu beantworten:

Zu Teil 1

Wie haben A und R sich nach dem Strafgesetzbuch (StGB) strafbar gemacht? Nicht zu prüfen sind die §§ 240, 356 StGB. Eventuell erforderliche Strafanträge gelten als gestellt.

Zu Teil 2

Besteht mit Blick auf die aus den beschlagnahmten Unterlagen gewonnenen Erkenntnisse ein Beweisverwertungsverbot?

Lösungsvorschlag

Teil 1

A. Strafbarkeit des A

I. § 267 Abs. 1 Var. 1, Var. 3 StGB

Anmerkung: Der Einleitungssatz¹ muss das strafrechtlich relevante Verhalten enthalten und eine Information darüber, wonach eine Strafbarkeit in Betracht kommt. Wer die einschlägigen Paragrafen bereits in der Überschrift nennt, sollte darauf aus ökonomischen Gründen im Obersatz verzichten. Es geht natürlich auch andersherum, also z.B. in der Überschrift „Urkundenfälschung“ und im Obersatz „... könnte sich nach § 267 Abs. 1 Var. 1, Var. 3 StGB strafbar gemacht haben.“ Der Verzicht auf Doppelungen spart bei den im Strafrecht üblicherweise zahlreich zu prüfenden Tatbeständen einige Zeit, wofür spätestens dann jeder dankbar ist, wenn sie am Ende der Klausur noch zur Verfügung steht.

¹ Üblicherweise „Obersatz“ genannt, was genau genommen nicht korrekt ist, jedenfalls aber irreführend sein kann, weil dieser Terminus vergeben ist für die erste Prämisse in einem Syllogismus (dazu Putzke, Juristische Arbeiten erfolgreich schreiben, 4. Aufl. 2012, Rn. 71b): Alle Menschen sind sterblich (= Obersatz). Alle Könige sind Menschen (= Untersatz). Deshalb sind alle Könige sterblich (= Konklusion).

A könnte sich einer Urkundenfälschung schuldig gemacht haben, indem er den „Schuldschein“ mit dem Vor- und Zunamen des B unterschrieb und diesen M und R vorlegte.

Anmerkung: Sprachlich korrekt sind im Obersatz (und spiegelbildlich im Ergebnis) nur die Formulierungen „schuldige des/eines [z.B. Totschlags]“ oder „schuldige der/einer [z.B. Nötigung]“ und „strafbar wegen/nach [z.B. wegen Totschlags bzw. nach § 212 StGB]“. ² Aber Achtung: Die Formulierung des Einleitungssatzes in der Form von „X könnte sich wegen Totschlags strafbar gemacht haben, indem er ...“ empfiehlt sich nicht, wenn es einen konkurrierenden Tatbestand gibt, der den zu prüfenden verdrängt.

Beispiel: Man beginnt mit der Prüfung des § 212 StGB und sieht voraus, dass im Anschluss daran noch § 211 StGB zu prüfen ist. Ungeschickt wäre dann die Formulierung „X hat sich wegen Totschlags strafbar gemacht.“ Denn wenn die Voraussetzungen mehrerer Straftatbestände erfüllt sind (z.B. von § 212 StGB und § 211 StGB), steht vor Klärung der Konkurrenzen gerade nicht fest, aus welchem Straftatbestand sich die Strafbarkeit ergibt. ³ Wird im o.g. Beispiel § 211 StGB bejaht, erwiese sich die bei § 212 StGB gewählte Formulierung („X hat sich wegen Totschlags strafbar gemacht“) nachträglich als falsch, denn zu bestrafen wäre X allein aus § 211 StGB.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

Dazu müsste A eine unechte Urkunde hergestellt haben. Eine Urkunde ist jede verkörperte Gedankenerklärung, die geeignet und bestimmt ist, im Rechtsverkehr Beweis zu erbringen und ihren Aussteller erkennen lässt. ⁴

Anmerkung: Die soeben wiedergegebene übliche Definition einer Urkunde ist nur die Definition der echten Urkunde; nur sie lässt wirklich „ihren Aussteller“ erkennen. Die unechte Urkunde tut das gerade nicht; sie lässt nur jemanden als Aussteller erscheinen, der in Wahrheit gar nicht der Aussteller ist. Man sollte deshalb die gängige Urkundsdefinition viel deutlicher, als das üblicherweise getan wird, als Definition nur der echten Urkunde ausweisen. ⁵ Noch besser wäre es, die Definition der Urkunde so als Oberbegriff zu fassen, dass sie die echten und die unechten Urkunden erfasst. Man sollte also sagen: „Eine Urkunde ist eine verkörperte Gedankenerklärung, die zum Beweis im Rechtsverkehr geeignet und bestimmt ist und jemanden als Aussteller erscheinen lässt.“ ⁶

² Dazu *Horn*, Jura 1984, 499.

³ Siehe *Rotsch*, Strafrechtliche Klausurenlehre, 2013, Rn. 193.

⁴ Siehe nur *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 61. Aufl. 2014, § 267 Rn. 2.

⁵ Zutreffend *Rotsch* (Fn. 3), Rn. 580.

⁶ Vgl. *Hardtung/Putzke*, Lehrskript Strafrecht Besonderer Teil, 23. Abschnitt: Urkundenfälschung (§§ 267-274 StGB), Rn. 2 und 63 (Stand: 25.11.2012).

Das von A verfasste Schriftstück belegt die Zahlungspflicht des B aus dem mit A geschlossenen Darlehensvertrag gemäß § 488 Abs. 1 S. 2 BGB, ist also geeignet, im Rechtsverkehr darüber Beweis zu erbringen, und dient auch der Beweisführung. Zudem weist die nachgeahmte Unterschrift des B auf diesen als Aussteller hin. Das Schriftstück stellt daher eine Urkunde dar.

Diese müsste unecht sein. Unecht ist eine Urkunde, die jemanden als Aussteller erscheinen lässt, der nicht ihr wirklicher Aussteller ist. ⁷ Das Schriftstück rührt nicht von B her, den es als Aussteller erscheinen lässt. Es liegt somit eine unechte Urkunde vor, die A durch das Unterzeichnen mit dem Namen des B hergestellt hat.

Dadurch, dass A das Schriftstück M und R vorlegte, hat er es den zu Täuschenden so zugänglich gemacht, dass diese die Möglichkeit der Kenntnisnahme hatten, ⁸ die unechte Urkunde mithin jeweils auch nach § 267 Abs. 1 Var. 3 StGB gebraucht.

b) Subjektiver Tatbestand

A kannte alle Umstände, die zum gesetzlichen Tatbestand gehören, und wollte die Tatbestandsverwirklichung auch, handelte mithin vorsätzlich (§ 15 StGB).

Zudem müsste A „zur Täuschung im Rechtsverkehr“ gehandelt haben. Hierfür genügt *dolus directus* 2. Grades. ⁹ Ob A dieses Merkmal erfüllt, könnte deshalb zweifelhaft sein, weil er gehandelt hat, um einen Anspruch durchzusetzen, der ihm nach §§ 488 Abs. 1 S. 2, 1922, 1967 BGB tatsächlich gegen M zustand und dessen Bestehen er daher nicht vortäuschen musste. Allerdings wollte A die M mithilfe des Schriftstücks zur Erfüllung eines Zahlungsanspruchs veranlassen, die Urkunde also „im Rechtsverkehr“ einsetzen. ¹⁰ Zudem wollte er mit ihr der M vorspiegeln, B habe den „Schuldschein“ unterschrieben, also die M über die Echtheit der Urkunde täuschen, die Urkunde mithin „zur Täuschung“ nutzen. ¹¹ Nach dem Wortlaut ist § 267 StGB somit erfüllt. Sachgründe für ein restriktives Verständnis des Merkmals sind nicht ersichtlich.

2. Rechtswidrigkeit

A müsste rechtswidrig gehandelt haben.

⁷ Siehe *Weidemann*, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, Stand: 22.7.2013, § 267 Rn. 19.

⁸ BGHSt 36, 64 (65); *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 14. Aufl. 2013, § 33 Rn. 31; *Freund*, Urkundenstraftaten, 2. Aufl. 2010, Rn. 205a.

⁹ H.M., vgl. *Fischer* (Fn. 4), § 267 Rn. 42; *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2011, § 267 Rn. 25.

¹⁰ In diesem Sinne auch *Cramer/Heine*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2010, § 267 Rn. 87b; *Lackner/Kühl* (Fn. 9), § 267 Rn. 25.

¹¹ Siehe zu dieser Konstellation *Cramer/Heine* (Fn. 10), § 267 Rn. 86; vertiefend *Freund* (Fn. 8), Rn. 224.

a) § 229 BGB

Gerechtfertigt sein könnte er durch das Selbsthilferecht nach § 229 BGB. Zwar stand ihm tatsächlich ein fälliger und durchsetzbarer Zahlungsanspruch gegen M zu, doch war ihm die Inanspruchnahme staatlicher Hilfe weder zeitlich unmöglich, noch begründen mit der Zeitverzögerung zusammenhängende Beweisschwierigkeiten die Gefahr, den Anspruch nicht verwirklichen zu können.¹² Eine Rechtfertigung nach § 229 BGB scheidet daher aus.

b) § 34 StGB

Möglicherweise ist A aber aufgrund eines rechtfertigenden Notstandes nach § 34 StGB gerechtfertigt. Voraussetzung dafür ist eine Gefahr, d.h. ein drohender Schaden für ein geschütztes Rechtsgut. Hier bestand aufgrund objektiver Anhaltspunkte die Wahrscheinlichkeit, dass M ohne die Vorlage eines Beweises auf die Forderung des A nicht zahlen und deshalb das Vermögen¹³ des A geschädigt wird. Die Zahlungsverweigerung durch M stand auch bevor, die Gefahr konnte also alsbald in einen Schaden umschlagen, so dass sie auch gegenwärtig war.

Darüber hinaus müsste diese Gefahr nicht anders abwendbar gewesen sein. Die Vorlage des gefälschten Schuldscheins war geeignet, die M zur Zahlung zu bewegen. Mangels eines ebenso effektiven, mildereren Mittels war sie zudem erforderlich; insbesondere die Inanspruchnahme staatlicher Stellen versprach angesichts der ungünstigen Beweislage keine ebenso wirksame Abhilfe.

Zweifel bestehen aber daran, ob das Interesse des A, seine berechnete Forderung durchzusetzen, d.h. die wahre materielle Rechtslage zu verwirklichen, tatsächlich wesentlich überwiegt im Vergleich zum beeinträchtigten Interesse, konkret der Sicherheit und Zuverlässigkeit des Beweisverkehrs mit Urkunden.¹⁴ Mit Blick auf die Angemessenheitsklausel des § 34 S. 2 StGB kann dies aber letztlich offenbleiben: Der Staat hat in den Prozessordnungen abschließend festgelegt, auf welche Art und Weise die Durchsetzung eigener Rechte zu erfolgen hat und wer dabei welche Beweisrisiken tragen soll. Dem widerspricht die eigenmächtige Rechtsdurchsetzung durch Herstellung und Verwendung einer unechten Urkunde.¹⁵ Es ist insoweit unbeachtlich, dass die Urkunde inhaltlich

¹² Vgl. Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2013, § 21 Rn. 12.

¹³ Für die Anerkennung des Vermögens als notstandsfähiges Rechtsgut etwa Erb, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2. Aufl. 2011, § 34 Rn. 57; anders Neumann, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 4. Aufl. 2013, § 34 Rn. 28.

¹⁴ Dazu Rengier (Fn. 8), § 33 Rn. 1; Lackner/Kühl (Fn. 9), § 267 Rn. 1.

¹⁵ Hoyer, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 131. Lfg., Stand: März 2012, § 267 Rn. 112; Puppe, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, 4. Aufl. 2013, § 267 Rn. 107.

wahr ist.¹⁶ Daher fehlt es jedenfalls an der Angemessenheit der Notstandshandlung. Eine Rechtfertigung nach § 34 StGB scheidet somit aus.

A handelte mithin rechtswidrig.

3. Schuld

Zudem hatte er Unrechtsbewusstsein und war steuerungsfähig, hat die Tat mithin auch schuldhaft verwirklicht.

4. Konkurrenzen

A plante bei der Herstellung der unechten Urkunde bereits den Gebrauch gegenüber M. Daher liegt in der Herstellung und dem anschließenden Gebrauch gegenüber M nur eine einzige Urkundenfälschung.¹⁷ Die Verwendung gegenüber R hat A jedoch nicht von Anfang an ins Auge gefasst, weshalb insoweit Realkonkurrenz besteht.¹⁸

Anmerkung: In welchem Konkurrenzverhältnis die Fälschung zum Gebrauchen steht, ist umstritten. Da in der Literatur so ziemlich alles vertreten wird, darf keine bestimmte Lösung erwartet werden.

5. Ergebnis

A hat sich tatmehrheitlich in zwei Fällen nach §§ 267 Abs. 1 Var. 3, 53 StGB strafbar gemacht.

II. §§ 263 Abs. 1, Abs. 2, 22 StGB

Anmerkung: Die Bearbeiter stehen zunächst vor der Frage, ob das Geschehen bei M und R als ein vollendeter Betrug durch „dieselbe Handlung“ im Sinne des § 52 StGB zu prüfen ist oder in „mehrere Straftaten“ im Sinne des § 53 StGB zerlegt werden muss, nämlich in einen Versuch beim erstmaligen Vorlegen der Urkunde und eine neue Tat durch das Beschwören der Echtheit. Für eine Zweiteilung spricht, dass es dadurch, dass M sich wider As Erwartungen von der Urkunde unbeeindruckt zeigt, zu einer Zäsur kommt. Erst Ms Vorschlag, R aufzusuchen, ermöglicht es A, sein Ziel weiterzuverfolgen.

A könnte sich wegen versuchten Betrugs gegenüber und zum Nachteil der M strafbar gemacht haben, indem er ihr das Schriftstück vorlegte.

¹⁶ Vgl. Heinrich, in: Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht, Besonderer Teil, 2. Aufl. 2009, § 31 Rn. 39; Cramer/Heine (Fn. 10), § 267 Rn. 81; Zieschang, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch Bd. 9/2, 12. Aufl. 2009, § 267 Rn. 245.

¹⁷ H.M., vgl. Freund (Fn. 8), Rn. 230.

¹⁸ BGHSt 5, 291, 293; Fischer (Fn. 4), § 267 Rn. 58; Freund (Fn. 8), Rn. 231; Wessels/Hettinger, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 37. Aufl. 2013, Rn. 853; Puppe (Fn. 15), § 267 Rn. 108.

Auf das erste Vorlegen hin hat M das Geld nicht ausgezahlt; der Betrug ist nicht vollendet. Die Strafbarkeit des Versuchs ergibt sich aus § 263 Abs. 2 StGB.

1. Tatentschluss

A hat sich vorgestellt, die M zu täuschen, indem er ihr durch Vorlage des Schriftstücks vorspiegelt, B habe dieses unterschrieben. Dadurch wollte A bei M einen Irrtum über die Echtheit der Urkunde hervorrufen.

Anmerkung: Dass M Zweifel an der Echtheit hatte, spielt an dieser Stelle keine Rolle. Denn es kommt allein auf die Vorstellung des A an, der nicht damit rechnete, dass A die Echtheit bezweifeln würde.

Weiterhin müsste A sich vorgestellt haben, dass M irrtumsbedingt über Vermögen verfügen werde. Eine Vermögensverfügung ist jedes Handeln, Dulden oder Unterlassen, das unmittelbar eine Vermögensminderung bei dem Getäuschten oder einem Dritten herbeiführt.¹⁹ A ging davon aus, M werde ihm erst wegen des von ihm vorgelegten „Beweises“ 2.500 Euro zahlen; es sollte also aufgrund des Irrtums zu einer Vermögensverfügung der M kommen.

Korrekturhinweis: Weil die Zahlung eine Vermögensverfügung ist, dürfen die Bearbeiter nicht problematisieren, ob der Tatbestand ein solches ungeschriebenes Merkmal enthält.

A müsste sich zudem vorgestellt haben, dass die Vermögensverfügung bei M einen Vermögensschaden verursachen werde. Ein Vermögensschaden liegt vor, wenn der Gesamtwert des Vermögens infolge der Vermögensverfügung im Ergebnis vermindert wird.²⁰ Fraglich ist, wie es sich auswirkt, dass die Zahlung des Geldes zum Erlöschen der Zahlungsverpflichtung geführt hat.

Nach dem juristischen Vermögensbegriff gehören zum Vermögen alle Vermögensrechte einer Person.²¹ Die Vermögensminderung der M sollte durch ihr gleichzeitiges Freiwerden von der Zahlungsverpflichtung gegenüber A kompensiert werden, so dass auf Basis dieser Ansicht A sich nicht vorgestellt hat, einen Vermögensschaden zu verursachen.

Dagegen sind nach dem rein wirtschaftlichen Vermögensbegriff zum Vermögen alle Güter zu zählen, denen ein wirtschaftlicher Wert beigemessen werden kann.²² Bei konsequent wirtschaftlicher Betrachtung ist der Besitz einer Sache höherwertiger als die Befreiung von einer Verpflichtung.²³

¹⁹ Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 15. Aufl. 2013, § 13 Rn. 63.

²⁰ Küper, Strafrecht, Besonderer Teil, 8. Aufl. 2012, S. 375.

²¹ Lackner/Kühl (Fn. 9), § 263 Rn. 33; Wessels/Hillenkamp, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 36. Aufl. 2013, Rn. 531.

²² Cramer/Perron, in: Schönke/Schröder (Fn. 10), § 263 Rn. 80.

²³ Tiedemann, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 9/1,

weshalb das Erlöschen der Schuld den Abfluss von Geld nicht in voller Höhe kompensiert. Auf Basis dieser Ansicht hatte A daher die Vorstellung, einen Vermögensschaden bei M herbeizuführen.

Schließlich sind nach dem juristisch-ökonomischen Vermögensbegriff unter den Begriff „Vermögen“ alle geldwerten Güter einer Person zu fassen, die ihr ohne Missbilligung der Rechtsordnung zustehen.²⁴ Die Zahlungsverpflichtung ist zwar weniger belastend als die Zahlung selbst; doch würde es einen Wertungswiderspruch darstellen, einen Schaden anzunehmen, wenn jemand, der zur Erfüllung eines fälligen und durchsetzbaren Anspruchs verpflichtet ist, diese Pflicht erfüllt.²⁵ Davon ausgehend hat A sich keine Umstände vorgestellt, die einen Vermögensschaden begründen.

Eine Streitentscheidung kann jedoch dahingestellt bleiben, wenn A sich nicht vorgestellt hat, sich einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen.

Anmerkung: In einer Streitentscheidung zu den Vermögensbegriffen könnte etwa gegen den wirtschaftlichen Vermögensbegriff eingewendet werden, dass er zu Widersprüchen in der Gesamtrechtsordnung führt.²⁶ Eine Streitentscheidung zwischen dem rein juristischen und dem juristisch-ökonomischen Vermögensbegriff könnte unterbleiben. Wer dagegen dem wirtschaftlichen Vermögensbegriff folgt und As Vorstellung von einem Vermögensschaden der M bejaht, hat mit der zum Teil²⁷ geforderten „unbewussten Selbstschädigung“ der M keine Probleme: M soll den Zahlungsanspruch für urkundlich belegt, deshalb gut beweisbar und gerichtlich durchsetzbar, also für wirtschaftlich wertvoller halten; sie soll folglich an eine durch Erlöschen der Forderung eintretende Kompensation glauben, die stärker wäre als bei einer unbeweisbaren Forderung.

Diese Absicht hat nach allgemeiner Auffassung nicht, wer – wie A – die Erfüllung eines fälligen und einredefreien Anspruchs durchsetzen will.²⁸

Korrekturhinweis: Bei der Prüfung des Tatentschlusses dürfen Bearbeiter sogleich mit der Frage beginnen, ob A die Absicht hatte, sich einen „rechtswidrigen“ Vermögensvorteil zu verschaffen. Sämtliche sonstigen Ausführungen können sie sich dann sparen. Vielen Bearbeitern

12. Aufl. 2011, § 263 Rn. 166; Cramer/Perron (Fn. 22), § 263 Rn. 116.

²⁴ Tiedemann (Fn. 23), § 263 Rn. 132; Wessels/Hillenkamp (Fn. 21), Rn. 532.

²⁵ BGHSt 20, 136 (137 f.); Tiedemann (Fn. 23), § 263 Rn. 132; Kindhäuser, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 15), § 263 Rn. 249.

²⁶ Cramer/Perron (Fn. 22), § 263 Rn. 83.

²⁷ Cramer/Perron (Fn. 22), § 263 Rn. 41; Lackner/Kühl (Fn. 9), § 263 Rn. 55; a.A. Rengier (Fn. 19), § 13 Rn. 148; Wessels/Hillenkamp (Fn. 21), Rn. 526.

²⁸ BGHSt 3, 160 (162 f.); Tiedemann (Fn. 23), § 263 Rn. 265; Fischer (Fn. 4), § 263 Rn. 192.

wird dazu aber wohl der Mut fehlen, weil sie sich keine Probleme „abschneiden“ wollen. Das ist zu tolerieren. Ökonomisches Arbeiten gebietet es allerdings, in einem Gutachten an geeigneten Stellen zu springen.²⁹ Insoweit gilt generell Folgendes: „Sprünge in den subjektiven Tatbestand und in die Gesetzeskonkurrenz werden meist geduldet, oft sogar gewünscht; Sprünge in Rechtswidrigkeit und Schuld werden meist mißbilligt.“³⁰

2. Ergebnis

A hat sich nicht nach §§ 263 Abs. 1 und 2, 22 StGB strafbar gemacht.

III. § 263 Abs. 1 StGB

A könnte sich wegen eines Betrugs gegenüber und zulasten der M strafbar gemacht haben, indem er nach Einschaltung der R die Echtheit des „Schuldscheins“ beschwor.

1. Tatbestand

A müsste bei M durch Täuschung einen Irrtum, also eine Fehlvorstellung über Tatsachen, hervorgerufen haben. Durch den Schwur hat er aber nur erreicht, dass M für möglich hielt, der „Schuldschein“ stamme von B. Fraglich ist, ob dies für einen Irrtum im Sinne des § 263 StGB genügt.

Nach einer Ansicht schließen Zweifel des zu Täuschenden die Annahme eines Irrtums nicht aus, sofern er die vorgebrachten Tatsachen lediglich für möglicherweise wahr hält und sich dadurch zur Vermögensverfügung motivieren lässt. Nach dieser Ansicht lag daher ein relevanter Irrtum der M vor. Nach einer modifizierten Sichtweise, die nur bei konkreten Zweifeln des Getäuschten einen Irrtum verneinen will, müsste hier mangels konkreter Anhaltspunkte der M für ihr Misstrauen ebenfalls ein Irrtum bejaht werden.

Nach einer anderen Ansicht ist danach zu unterscheiden, ob das Opfer die behauptete Tatsache grob fahrlässig für möglicherweise wahr hält. Nach Einschaltung der R und As Eid war Ms Fürmöglichhalten aber allenfalls leicht fahrlässig, so dass auch dieser Ansicht zufolge ein täuschungsbedingter Irrtum vorlag. Andere differenzieren schließlich danach, ob M die Echtheit des Schriftstücks für wahrscheinlicher hielt als seine Unechtheit.³¹ Dem Sachverhalt lässt sich nicht entnehmen, dass dies hier der Fall war, weshalb sich ein Irrtum der M nach dieser Ansicht verneinen lässt. Allerdings schützt das Strafrecht gerade auch den Leichtgläubigen und verlangt kein Sichvergewissern vom Opfer;³² die letztgenannte Ansicht führt somit zu einer unangemessenen Verkürzung des strafrechtlichen Schutzes. Demnach ist mit den zuerst genannten ein täuschungsbedingter Irrtum der M zu bejahen; eine Streitentscheidung ist insoweit nicht erforderlich.

²⁹ Ausführlich dazu *Klaas/Scheinfeld*, Jura 2010, 542 (549).

³⁰ *Hardtung*, JuS 1996, 807 (811).

³¹ Zum Meinungsstand insgesamt siehe *Hoyer* (Fn. 15), § 263 Rn. 68 ff. (60. Lfg., Stand: März 2004).

³² *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 21), § 13 Rn. 512.

Zwar führte der Irrtum dazu, dass M 2.500 Euro an A zahlte, doch bewirkte diese Vermögensverfügung keinen Vermögensschaden auf Seiten der M (s.o.).

Korrekturhinweis: Wer einen Betrug des A am Vermögensschaden scheitern lässt oder an der Absicht, sich einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, darf auch sofort auf diese Tatbestandsmerkmale eingehen und die Frage nach Ms Irrtum überspringen.

2. Ergebnis

A hat sich nicht nach § 263 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

IV. §§ 154 Abs. 1, 22 StGB

A könnte sich wegen versuchten Meineids strafbar gemacht haben, indem er beschwor, dass B das Schriftstück unterschrieben habe.

R war zur Abnahme von Eiden nicht befugt, weshalb es an einer Vollendung fehlt. Die Strafbarkeit des Versuchs ergibt sich aus § 154 Abs. 1 StGB in Verbindung mit §§ 23 Abs. 1, 12 Abs. 1 StGB.

1. Tatenschluss

A müsste in der Vorstellung gehandelt haben, vor einer zur Abnahme von Eiden zuständigen Stelle falsch zu schwören.

Er ging davon aus, dass seine Aussage, B habe das Schriftstück unterschrieben, weder der tatsächlichen Sachlage (objektive Theorie) noch seiner subjektiven Vorstellung (subjektive Theorie) oder dem von ihm sorgfältig gemäß reproduzierbaren Erinnerungsbild (Pflichttheorie)³³ entsprach. A hatte damit auf Basis aller genannten Theorien die Vorstellung, eine falsche Aussage zu beschwören.

Fraglich ist, ob A die Vorstellung hatte, vor einer zur Abnahme von Eiden zuständigen Stelle falsch zu schwören. A glaubte, dass R nach der BRAO zur Abnahme von Eiden berechtigt sei. Dies genügt nach einer Ansicht zur Bejahung der erforderlichen Vorstellung und also zur Bejahung der Versuchsstrafbarkeit.³⁴

Andere verweisen darauf, dass der Schwörende sich keine konkreten, die Zuständigkeit begründenden Umstände vorstellt, sondern lediglich rechtlich falsch gewertet habe, weswegen ein strafloses Wahndelikt vorliege.³⁵ Die Vertreter dieser Ansicht würden den Wortlaut der BRAO, auf den R sich beruft, nicht als konkreten Umstand ansehen. R hätte sich danach nicht strafbar gemacht.

³³ Vgl. *Rengier* (Fn. 8), § 49 Rn. 7.

³⁴ BGHSt 3, 248 (254 f.); 12, 56 (58) m.w.N.; zustimmend damals noch *Herzberg*, JuS 1980, 469 (474 ff.); anders inzwischen *Herzberg*, in: *Joecks/Miebach*, Bd. 1, 2003, § 22 Rn. 91 ff.; siehe auch BGHSt 1, 13 im Gegensatz zu BGHSt 3, 248.

³⁵ *Lenckner/Bosch*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 10), § 154 Rn. 15; *Roxin*, *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale*, 2. Aufl. 1970, S. 164 ff.; *Rudolphi*, in: *Wolter* (Fn. 15), § 154 Rn. 11 (48. Lfg., Stand: August 1999).

Gegen letztere Sicht lässt sich anführen, dass sie auf die Unterscheidung zwischen Rechts- und Tatsachenirrtum hinausläuft; diese kann aber nicht konsequent praktiziert werden und erweist sich insofern als wenig tragfähig.

Anmerkung: So ist z.B. unstrittig, dass eine auf bürgerlich-rechtlicher Unkenntnis beruhende Fehlbeurteilung der Eigentumslage den Vorsatz hinsichtlich der Fremdheit (etwa in § 246 StGB) sowohl entfallen lassen kann (§ 16 StGB) wie umgekehrt auch begründen kann (§ 22 StGB, untauglicher Versuch).

Dagegen ließe sich wiederum einwenden, dass das Tatbestandsmerkmal „zuständige Stelle“ ein Merkmal ist, für das man wie bei jedem anderen (z.B. „Urkunde“, „Angehöriger“) seine Definition einsetzen darf. Genau wie beim Merkmal „Angehöriger“ wäre das hier eine Aufzählungsdefinition, worin Rechtsanwälte, weil unter keinen Umständen vereidigungskompetent, nicht auftauchen würden. Deshalb fehlt A die entsprechende „Vorstellung der Verwirklichung des Tatbestandes“.³⁶

Anmerkung: Wer die Lösung nicht streng aus § 22 StGB heraus entwickelt, sondern die dogmatische Alternative „Untauglicher Versuch oder Wahndelikt?“ zum Ausgangspunkt nimmt, gerät in die Gefahr, den untauglichen Versuch mit der hier verworfenen Unterscheidung zwischen Rechts- und Tatsachenirrtum zu verneinen. Denn der Begriff „Wahndelikt“ wird oft plakativ und ungenau erklärt als eine Straftatvorstellung, die auf rechtlicher Falschbeurteilung beruht. Immerhin führt diese Lösung aber auf den herrschenden Standpunkt, weshalb man sie akzeptieren darf.

Korrekturhinweis: Wer den „Tatentschluss“ (d.h. die Vorstellung der Verwirklichung des Tatbestandes) bejaht, wird bei der weiteren Versuchsprüfung auf keine Probleme mehr stoßen.

2. Ergebnis

A hat sich nicht nach §§ 154 Abs. 1, 22 StGB strafbar gemacht.

³⁶ Der Irrtum des A erweist sich also bei näherem Hinsehen als ein sog. (umgekehrter) Subsumtionsirrtum (treffender: Definitionsirrtum). Zum Vergleich: Wenn jemand mit verstellter Hand den Namen eines anderen Klubmitgliedes unter die „Ehrenurkunde“ schreibt, die jemanden zum „Kegelkönig auf Lebenszeit“ ernennt, und das für eine Urkundenfälschung hält, so begeht er ein bloßes Wahndelikt; er weiß in der Sache Bescheid, verkennt lediglich das Definitionselement „im Rechtsverkehr“ und erliegt einem bloßen Definitionsirrtum. Es fehlt also bei exakter Betrachtung an der „Vorstellung der Verwirklichung des Tatbestandes“.

B. Strafbarkeit der R

I. § 132 StGB

R könnte sich durch die Abnahme des Eides wegen Amtsmaßnahme strafbar gemacht haben.

1. Objektiver Tatbestand

Sie hat jedoch nicht vorgegeben, etwas anderes zu sein als eine Rechtsanwältin. Daher hat sie sich nicht gemäß § 132 Alt. 1 StGB unbefugt mit der Ausübung eines öffentlichen Amtes befasst.

R könnte aber gemäß § 132 Alt. 2 StGB unbefugt eine Handlung vorgenommen haben, die nur kraft eines öffentlichen Amtes vorgenommen werden darf. Eide dürfen nur kraft eines öffentlichen Amtes abgenommen werden; R war dazu nicht befugt. Fraglich ist aber, ob die Handlung so abstrakt bestimmt werden muss oder sich auch konkreter fassen lässt als Abnahme eines Eides in einem außergerichtlichen Gespräch bei einem Rechtsanwalt. Zu einer solchen Handlung gibt kein öffentliches Amt die Befugnis, so dass R im letzteren Fall den Tatbestand nicht erfüllt hätte. Gegen eine so weitgehende Konkretisierung spricht aber der Zweck des § 132 StGB, solche Handlungen zu erfassen, die geeignet sind, das Vertrauen der Bürger in die Echtheit staatlichen Handelns zu erschüttern; das sind alle Handlungen, die den Anschein hoheitlicher Tätigkeit erwecken.³⁷ Auch die Abnahme des Eides durch R in der konkreten Situation hatte den Anschein einer Amtshandlung, so dass der objektive Tatbestand des § 132 Alt. 2 StGB erfüllt ist.

Korrekturhinweis: Dieser Zweck wird, so oder ähnlich formuliert, dem § 132 StGB allgemein beigelegt. Wer ihn nicht bloß behaupten will, sondern dafür eine Begründung sucht, hat in der Klausur allerdings einen schweren Stand. Historisches Material steht ihm nicht zur Verfügung, und Wortlaut sowie Systematik helfen nicht weiter. Deshalb muss man es auch gelten lassen, wenn die Bearbeiter das Vorliegen einer „Handlung ..., welche nur kraft eines öffentlichen Amtes vorgenommen werden darf“, verneinen, z.B. mit der Begründung, R gebe ja nicht vor, etwa zu gerichtlichen Eidesabnahmen befugt zu sein, sondern sie behaupte eine nicht existente rechtsanwaltschaftliche Kompetenz, maße sich also weder Amt noch Amtsbefugnis an, sondern erfinde schlicht eine Rechtsmacht für ihre Person.

2. Subjektiver Tatbestand

R handelte auch vorsätzlich.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

Rechtswidrigkeit und Schuld sind zu bejahen.

4. Ergebnis

R hat sich nach § 132 StGB strafbar gemacht.

³⁷ Rudolphi/Stein, in: Wolter (Fn. 15), § 132 Rn. 8 f. (111. Lfg., Stand: November 2007); Wessels/Hettinger (Fn. 18), Rn. 607, 611.

II. §§ 154 Abs. 1, 22, 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB

R könnte sich durch das Verlangen nach Beeidigung und die Belehrung des A wegen versuchten Meineids in mittelbarer Täterschaft strafbar gemacht haben.

Ein vollendeter Meineid liegt nicht vor; die Strafbarkeit des Versuchs folgt aus § 154 Abs. 1 StGB in Verbindung mit §§ 23 Abs. 1, 12 Abs. 1 StGB.

1. Tatentschluss

R müsste sich vorgestellt haben, durch einen anderen die Straftat des versuchten Meineids zu begehen, d.h. durch A vor einer zur Abnahme von Eiden zuständigen Stelle zu schwören. Sie hat sich jedoch gerade nicht vorgestellt, zuständige Stelle zu sein. Darüber hinaus handelt es sich beim Meineid um ein eigenhändiges Delikt, also um einen Tatbestand, den man nur selbst und nicht durch einen anderen begehen kann.³⁸

Korrekturhinweis: Da die Strafbarkeit der R nach §§ 154 Abs. 1, 22, 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB klar zu verneinen ist, ist es vertretbar, mittelbare Täterschaft gar nicht erst in Betracht zu ziehen.

2. Ergebnis

R ist daher nicht nach §§ 154 Abs. 1, 22, 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB strafbar.

III. §§ 160 Abs. 1, Abs. 2, 22 StGB

R könnte sich durch die Einwirkung auf A wegen versuchter Verleitung zum Meineid strafbar gemacht haben. § 160 Abs. 1 StGB ist nicht vollendet; der Versuch strafbar gemäß § 160 Abs. 2 StGB.

R müsste sich vorgestellt haben, einen anderen zur Ableistung eines falschen Eides zu verleiten. Sie ging jedoch nicht davon aus, eine zur Abnahme von Eiden zuständige Stelle zu sein. Daher handelte sie nicht in der Vorstellung, A werde den objektiven Tatbestand des § 154 StGB verwirklichen. R hat sich mithin nicht nach §§ 160 Abs. 1, Abs. 2, 22 StGB strafbar gemacht.

Korrekturhinweis: Es ist nicht kritikwürdig, wenn Bearbeiter die Prüfung einer Strafbarkeit nach §§ 160 Abs. 1, Abs. 2, 22 StGB weglassen.

IV. §§ 154 Abs. 1, 30 Abs. 1 StGB

R wusste, dass sie keine zur Abnahme von Eiden zuständigen Stelle war, so dass sie sich nicht vorgestellt hat, A zu einer vorsätzlichen und rechtswidrigen Verwirklichung des § 154 Abs. 1 StGB anzustiften, weshalb sie sich nicht nach §§ 154 Abs. 1, 30 Abs. 1 StGB strafbar gemacht hat.

Korrekturhinweis: Es ist nicht kritikwürdig, wenn Bearbeiter die Prüfung einer Strafbarkeit nach §§ 154 Abs. 1, 30 Abs. 1 StGB weglassen.

V. §§ 154 Abs. 1, 22, 26 StGB

Korrekturhinweis: Nur wer bei A einen versuchten Meineid bejaht hat, steht vor der Frage, ob R ihn dazu angestiftet hat.

Durch das Einwirken auf A könnte R sich wegen Anstiftung zum versuchten Meineid strafbar gemacht haben.

*1. Tatbestand**a) Objektiver Tatbestand*

A hat durch das Schwören einen (untauglichen) Versuch zum Meineid begangen. Den diesbezüglichen Tatentschluss hat R durch das Verlangen nach Beeidigung und die Belehrung hervorgerufen, mithin den A zu einer vorsätzlichen und rechtswidrigen Tat bestimmt.

b) Subjektiver Tatbestand

Sowohl hinsichtlich der vorsätzlichen und rechtswidrigen Haupttat als auch bezüglich des Bestimmens handelte R vorsätzlich. Fraglich ist, wie es sich auswirkt, dass R auch die Untauglichkeit seines Versuchs kannte. Überwiegend wird in solchen Konstellationen darauf verwiesen, dass der Anstiftersvorsatz Vollendungswillens beim Anstifter voraussetze, er sich also vorgestellt haben müsse, der Haupttäter verwirkliche den tatbestandsmäßigen Erfolg.³⁹ Wie bei der Konstellation des „agent provocateur“ wolle der Veranlasser aber gerade keine Verletzung des tatbestandlich geschützten Rechtsguts, wenn er sich der Untauglichkeit des Versuchs bewusst sei. Es fehle der Rechtsgutsangriff, mithin die Legitimation der Teilnahme strafbarkeit. Danach hätte A mangels Vollendungswillens nicht den Tatbestand einer Anstiftung verwirklicht.

Korrekturhinweis: In einer Klausur genügt der Hinweis auf den fehlenden Vollendungswillen, bestenfalls unter Bezugnahme auf die Figur des „agent provocateur“. Streng genommen beschreibt das Schlagwort aber nur diesen Falltypus, nicht aber begründet es eigentlich, weshalb der Lockspitzel nicht als Anstifter zu bestrafen ist. Auch die Erklärung, dass der Anstifter den „doppelten Anstiftersvorsatz“ haben müsse und dass dieser bei R fehle, muss man gelten lassen, obwohl auch das in Wahrheit nicht mehr ist als eine begründungsbedürftige These.

Der Sache nach geht die Lehre von der Straflosigkeit des agent provocateur von der ungeschriebenen Regel aus, die auf derselben Linie liegt wie § 28 StGB: Wenn das Fehlen des Vollendungsvorsatzes beim Haupttäter die Bestrafung wegen des Vorsatzdeliktes verbietet, dann muss der Vorsatzmangel des Teilnehmers zu dessen Gunsten dieselbe Wirkung haben. Da

³⁸ Lackner/Kühl (Fn. 9), Vor § 153 Rn. 7; näher Rudolphi (Fn. 35), Vor § 153 Rn. 9.

³⁹ H.M., vgl. Schünemann, in: Lauffhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann, Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, § 26 Rn. 60 m.w.N.; Kühl, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2012, § 20 Rn. 201; Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 26 Rn. 151.

diese Regel aber ungeschrieben ist und § 28 StGB nach h.M.⁴⁰ auf den angeblich „tatbezogenen“, kein persönliches Merkmal bildenden Vorsatz nicht angewandt wird, muss man wohl auch die streng akzessorische Lösung (Strafbarkeit der R) hinnehmen, wenn der Bearbeiter sich mit der (im Ergebnis) einhelligen Gegenauffassung auseinandersetzt. Sofern man eine Anstiftung mit der Begründung verneinen will, R habe nicht gewusst, dass A lügen werde, kann man das nicht gelten lassen, denn R hielt – bei lebensnaher Auslegung des Sachverhaltes – eine Lüge des A jedenfalls für möglich.

2. Ergebnis

R hat sich nicht nach §§ 154 Abs. 1, 22, 26 StGB strafbar gemacht.

Ergebnis zu Teil 1

A hat sich in zwei Fällen tatmehrheitlich strafbar gemacht nach §§ 267 Abs. 1 Var. 3, 53 StGB; R nach § 132 StGB.

Teil 2

Ein (unselbständiges) Beweisverwertungsverbot könnte sich aus einem Verstoß gegen ein Beweiserhebungsverbot ergeben.

I. Beweiserhebungsverbot

Ein Beweiserhebungsverbot liegt vor, wenn die Beschlagnahme der Unterlagen rechtswidrig war.

1. Formelle Rechtmäßigkeit

Mangels gegenteiliger Anhaltspunkte ist davon auszugehen, dass die Beschlagnahme ordnungsgemäß durch die nach § 98 Abs. 1 S. 1 StPO zuständige Stelle angeordnet wurde.

2. Materielle Rechtmäßigkeit

a) Ein Anfangsverdacht im Sinne von § 152 Abs. 2 StPO lag vor.⁴¹ Darüber hinaus waren die von R angefertigten Notizen auch geeignet, im Verfahren als Beweismittel zu dienen, § 94 Abs. 1, Abs. 2 StPO.

b) Fraglich ist aber, ob ein Beschlagnahmeverbot nach § 97 Abs. 1 Nr. 1 StPO eingreift, es sich bei den von R angefertigten Unterlagen also um beschlagnahmefreie Gegenstände handelt.

aa) Dies könnte zunächst deshalb zweifelhaft sein, weil die Notizen sich entgegen § 97 Abs. 2 S. 1 StPO nicht im Gewahrsam des Verteidigers, sondern bei R selbst befanden. Doch gestattet § 148 StPO dem Beschuldigten grundsätzlich unkontrollierten schriftlichen und mündlichen Verkehr mit dem Verteidiger, so dass es keinen Unterschied machen kann, ob sich die Mitteilungen zufällig beim Verteidiger oder beim Beschuldigten befinden. Folglich ist § 97 StPO entsprechend anzuwenden, wenn es um die Beschlagnahme von im Ge-

wahrsam des Beschuldigten befindlichen Mitteilungen des Verteidigers geht.⁴²

bb) Problematisch könnte aber sein, dass es sich im vorliegenden Fall nicht um Mitteilungen im Sinne von § 97 Abs. 1 Nr. 1 StPO handelt, sondern um Aufzeichnungen, die R als Beschuldigte zur Vorbereitung der bevorstehenden Verhandlung angefertigt hat. Für eine Beschlagnahmefreiheit auch in diesem Fall spricht aber das Recht des Beschuldigten auf eine effektive Verteidigung.⁴³ Die Beschlagnahme der Unterlagen verstößt somit gegen § 97 Abs. 1 Nr. 1 StPO (analog) und ist daher rechtswidrig.

Anmerkung: Nach a.A. besteht für solche Unterlagen, die der Beschuldigte selbst zu Verteidigungszwecken angefertigt hat, kein Beschlagnahmeverbot, sondern ein (dann selbstständiges) Beweisverwertungsverbot. Zur Begründung wird darauf verwiesen, dass die Unverwertbarkeit als Beweismittel erst nach Kenntnis des Inhalts festgestellt werden kann.⁴⁴

II. Beweisverwertungsverbot

Fraglich ist, welche Folgen die Rechtswidrigkeit der Beschlagnahme für die Verwertbarkeit der aus den Unterlagen gewonnenen Erkenntnisse hat.

Verstöße bei der Beweiserhebung führen nicht zwingend zu einem Beweisverwertungsverbot. Mangels eines ausdrücklich gesetzlich geregelten Verwertungsverbot ist vielmehr das staatliche Strafverfolgungsinteresse gegen die entgegenstehenden Interessen des Beschuldigten abzuwägen.⁴⁵ Gemäß Art. 6 Abs. 3 EMRK hat jeder Beschuldigte das Recht auf eine effektive Verteidigung. Darüber hinaus ist Art. 2 Abs. 1, Art. 20 Abs. 3 GG das rechtsstaatliche Gebot zu entnehmen, jedem Beschuldigten in ausreichendem Maße die Möglichkeit zu einer effektiven Verteidigung zu geben. Dieses Gebot und das Interesse des Beschuldigten überwiegen das staatliche Ahndungsinteresse. Weil R der Verlesung ordnungsgemäß widersprochen hat,⁴⁶ besteht daher ein Beweisverwertungsverbot.⁴⁷

⁴⁰ Siehe nur Heine, in: Schönke/Schröder (Fn. 10), § 28 Rn. 20; Kudlich, in: v. Heintschel-Heinegg (Fn. 7), § 28 Rn. 7 (Stand: 22.7.2013).

⁴¹ Näher dazu Putzke/Scheinfeld, Strafprozessrecht, 5. Aufl. 2013, Rn. 33.

⁴² Engländer, Examens-Repetitorium Strafprozessrecht, 6. Aufl. 2013, Rn. 137; Beulke, Strafprozessrecht, 12. Aufl. 2012, Rn. 248.

⁴³ BGH NStZ 1998, 309 (310); Engländer (Fn. 42), Rn. 137.

⁴⁴ Beulke (Fn. 42), Rn. 249; Satzger, JA 1998, 632 (635).

⁴⁵ Putzke/Scheinfeld (Fn. 41), Rn. 361.

⁴⁶ Zur sogenannten Widerspruchslösung Putzke/Scheinfeld (Fn. 41), Rn. 391 ff.

⁴⁷ BGH NStZ 2006, 300 (301); BGH NStZ 1998, 309 (310); Wohlers, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, 4. Aufl. 2010, § 97 Rn. 95; Engländer (Fn. 42), Rn. 137.

E n t s c h e i d u n g s b e s p r e c h u n g

Die Reichweite des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter

1. Vertragspartei einer tierärztlichen Ankaufsuntersuchung eines Pferdes wird der im Vertrag nicht namentlich benannte Käufer nicht schon deshalb, weil in erster Linie er an einer korrekten Ermittlung des Gesundheitszustandes des Pferdes interessiert ist.

2. Die Haftung des Gutachters für ein unrichtiges Gutachten ergibt sich nicht aus § 311 Abs. 3 BGB, sondern weiterhin aus den von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter.

3. Ob und welche Dritte die Vertragsparteien in den Schutzbereich des von ihnen geschlossenen Vertrages einbeziehen, unterliegt im Rahmen der Vertragsfreiheit grundsätzlich ihrer freien Disposition. Auch eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen vorgesehene Haftungsbeschränkung, nach der die Haftung des Verwenders gegenüber nicht namentlich im Vertrag genannten Dritten ausgeschlossen ist, begegnet deshalb keinen rechtlichen Bedenken.

(Amtliche Leitsätze des OLG Hamm)

4. Ein auf Untersuchung eines Pferdes gerichteter Vertrag, den der Verkäufer des Pferdes mit einem Tierarzt schließt, entfaltet keine Schutzwirkung zugunsten des Käufers, wenn im Vertrag zwischen Verkäufer und Tierarzt die Haftung gegenüber Dritten ausgeschlossen ist. Der Haftungsausschluss in dem Vertrag zwischen Verkäufer und Tierarzt ist nicht nach § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB unwirksam. Das gilt auch dann, wenn im Kaufvertrag zwischen Verkäufer und Käufer die Gewährleistung ausgeschlossen ist.

(Amtlicher Leitsatz des OLG Karlsruhe)

BGB § 311 Abs. 3

*OLG Hamm, Urt. v. 29.5.2013 – 12 U 178/12 (LG Bochum)*¹;
*OLG Karlsruhe, Urt. v. 14.8.2013 – 7 U 63/13 (LG Heidelberg)*²

Inhalt und Reichweite des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter sind schon seit Langem Gegenstand lebhafter Diskussionen. Die vorliegenden Entscheidungen des OLG Hamm und des OLG Karlsruhe streifen allerdings eine bislang vergleichsweise wenig beachtete Problematik, nämlich die Frage, inwieweit es den Parteien im Rahmen der Privat-

autonomie gestattet ist, die Geltung der Grundsätze zum Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter gänzlich auszuschließen. Zudem werfen die zugrunde liegenden Fallkonstellationen die Frage auf, nach welchem normativen Prüfungsmaßstab ein solcher Ausschluss zu kontrollieren ist.

I. Einleitung

Das OLG Hamm und das OLG Karlsruhe hatten sich jeweils mit einer „fehlerhaften Ankaufsuntersuchung“ zu befassen – eine Fallkonstellation, welche die Rechtsprechung in letzter Zeit häufiger beschäftigt hat.³ Während es jedoch bislang meist um die Frage ging, ob ein Gutachter für die Erstellung eines fehlerhaften Gutachtens haftet, wenn er vom Käufer mit der Untersuchung beauftragt wurde, lag der Fall in den beiden vorliegenden Konstellationen anders: Der Kläger erwarb ein Pferd von einem Verkäufer, der den Beklagten mit einer gutachterlichen Untersuchung des Tieres beauftragte. In den vom Beklagten gestellten AGB des Gutachervertrags war bestimmt, dass eine Haftung gegenüber Dritten ausgeschlossen wird. Der Beklagte kam bei der Untersuchung jeweils zu dem Ergebnis, dass keine gesundheitlichen Beeinträchtigungen festzustellen seien. Mit der Behauptung, die Ankaufsuntersuchung des Beklagten sei fehlerhaft, verlangt der Kläger von dem Beklagten jeweils Schadensersatz.

II. Die Entscheidungen des OLG Hamm und des OLG Karlsruhe

Beide Gerichte haben einen Schadensersatzanspruch des Klägers – also des Käufers – verneint. Zunächst wurde festgestellt, dass dem Kläger keine direkten vertraglichen Ansprüche gegen den Beklagten zustehen. Denn der Untersuchungsvertrag habe ausschließlich zwischen dem Beklagten und dem Verkäufer bestanden.⁴ Anschließend wurde eine Haftung aus § 311 Abs. 3 BGB mit dem Hinweis abgelehnt, die Haftung für fehlerhafte Gutachten bestimme sich ausschließlich nach den Grundsätzen über den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter.⁵ Aber auch eine Haftung nach diesen Grundsätzen besteht nach Ansicht des OLG Hamm und des OLG Karlsruhe deshalb nicht, weil die Haftung für nicht benannte Dritte in den Vertragsbedingungen ausdrücklich ausgeschlossen worden war. Dieser Ausschluss sei wirksam; auch AGB-rechtliche Bedenken bestünden nicht, da keine Kardinalpflicht als solche, sondern nur der von einer Haftung begünstigte Personenkreis eingeschränkt werde. Der Beklagte habe als Verwender der AGB ein schutzwürdiges Interesse an einer derartigen Einschränkung, da eine Inanspruchnahme durch mögliche Erwerber zu einer uferlosen Haftung führen

³ Examensrelevant sind insbesondere die Entscheidungen BGHZ 192, 182 = NJW 2012, 1071; BGH NJW-RR 2012, 540, und BGH NJW 2012, 1071.

⁴ OLG Hamm, Urt. v. 29.5.2013 – 12 U 178/12, Rn. 29 (zit. nach juris), und OLG Karlsruhe, Urt. v. 14.8.2013 – 7 U 63/13, Rn. 15 (zit. nach juris).

⁵ OLG Hamm, Urt. v. 29.5.2013 – 12 U 178/12, Rn. 30 (zit. nach juris), und OLG Karlsruhe, Urt. v. 14.8.2013 – 7 U 63/13, Rn. 16 (zit. nach juris).

¹ Die Entscheidung ist im Internet abrufbar unter: http://www.justiz.nrw.de/nrwe/olgs/hamm/j2013/12_U_178_12_Urteil_20130529.html (4.1.2013).

² Die Entscheidung ist im Internet abrufbar unter: http://lrbw.juris.de/cgi-bin/laender_rechtsprechung/document.py?Gericht=bw&nr=17170 (4.1.2013).

würde.⁶ Überdies sei der Kläger auch nicht schutzbedürftig, da er einen eigenen vertraglichen Anspruch aus §§ 437 ff. BGB gegen den Verkäufer habe.⁷

III. Die Bewertungen der Entscheidungen

Den Entscheidungen ist zwar im Ergebnis beizupflichten. Sie vermögen jedoch hinsichtlich ihrer Begründung nicht zu überzeugen.

1. Kein Anspruch des Klägers auf Schadensersatz gegen den Beklagten

Der Kläger hätte zwar als Käufer gegen den Verkäufer selbstverständlich die Mängelrechte nach §§ 437 ff. BGB. Diese hat er jedoch in casu gerade nicht geltend gemacht. Und ein Anspruch auf Schadensersatz gegen den beklagten Gutachter steht ihm im Ergebnis nicht zu.⁸ Zutreffend gehen das OLG Hamm und das OLG Karlsruhe davon aus, dass der Kläger nicht Vertragspartner des Beklagten geworden ist.

Auch über die Grundsätze des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter lässt sich eine Haftung des Beklagten nicht konstruieren. Eine solche bestünde nur, sofern die Voraussetzungen des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter, nämlich Leistungsnähe, Verantwortlichkeit des Gläubigers für den Dritten („Wohl und Wehe“),⁹ Erkennbarkeit und Zumutbarkeit der Haftung für den Schuldner und Schutzbedürftigkeit des Dritten,¹⁰ vorliegen. Das ist hier aber nicht der

Fall. Zwar kommt der Kläger mit der Leistung bestimmungsgemäß in Berührung und die Gefahr, dass er durch die Verletzung einer Schutzpflicht verletzt wird, ist nicht wesentlich geringer als beim Verkäufer, sodass sich die erforderliche Leistungsnähe noch bejahen ließe.¹¹ Auch wenn keine Verantwortlichkeit des Verkäufers für den Käufer vorliegt, so ist dies schon deshalb unschädlich, da die „Wohl und Wehe“-Formel in der Rechtsprechung meist ohnehin nur noch bei Personenschäden angewendet wird¹² und bei der Wahrung von Vermögensinteressen ein Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter selbst dann in Betracht kommt, wenn die Interessen von Vertragsgläubiger und Drittem gegensätzlich sind.¹³ Hinsichtlich der Erkennbarkeit und der Zumutbarkeit der Haftung des Beklagten erscheint es durchaus überzeugend, wenn das OLG Hamm diese mit dem Hinweis auf das Risiko, dass die Sache nach der Rückabwicklung des ersten Kaufvertrags erneut weiterveräußert wird und der Gutachter so von mehreren potenziellen Erwerbern in Anspruch genommen werden könnte,¹⁴ verneint. Eine Haftung über die Grundsätze des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter scheidet zudem deshalb aus, weil der Kläger einen eigenen vertraglichen und somit gleichwertigen Anspruch gegen den Verkäufer hat. Es ist dem Kläger nämlich unbenommen, nach §§ 437 ff. BGB gegen den Beklagten vorzugehen.¹⁵

2. Die unzutreffende Prüfung des § 307 BGB durch die Oberlandesgerichte

Soweit in den zitierten Entscheidungen geprüft wird, ob der Haftungsausschluss zulasten des Klägers einer Prüfung nach § 307 BGB standhält, so können diese Ausführungen im Wesentlichen nicht überzeugen:

a) Das OLG Karlsruhe meint, der Kläger genieße nicht den Schutz des § 307 BGB, da er nicht Vertragspartner des

⁶ OLG Hamm, Urt. v. 29.5.2013 – 12 U 178/12, Rn. 37 (zit. nach juris). Das OLG Karlsruhe, Urt. v. 14.8.2013 – 7 U 63/13, Rn. 30 ff. (zit. nach juris), hält § 307 BGB von vornherein nicht für einschlägig.

⁷ OLG Hamm, Urt. v. 29.5.2013 – 12 U 178/12, Rn. 38 ff. (zit. nach juris), und OLG Karlsruhe, Urt. v. 14.8.2013 – 7 U 63/13, Rn. 34 ff. (zit. nach juris).

⁸ Im Examen ließen sich beide Entscheidungen mit einem prozessrechtlichen Einschlag kombinieren. Denn in beiden Fällen ist die Klage bereits nicht schlüssig. Das bedeutet zum einen, dass über die Behauptung des Klägers, die Untersuchung durch den Beklagten sei fehlerhaft durchgeführt worden, kein Beweis erhoben werden muss. Denn selbst wenn man die Behauptung als wahr unterstellt, führt sie nicht zu einem Anspruch des Klägers. Zum anderen wird die Klage gemäß § 331 Abs. 2 Hs. 2 ZPO auch dann abgewiesen, wenn der Beklagte im Prozess säumig ist. Sollte gleichwohl ein Versäumnisurteil ergehen, so wäre dem Beklagten zum Einspruch nach §§ 338 ff. ZPO zu raten. Dieser hätte nicht nur Erfolg, der Beklagte müsste nicht einmal die Kosten seiner Säumnis tragen, da das Versäumnisurteil nicht i.S.d. § 344 ZPO in gesetzlicher Weise ergangen ist.

⁹ Vgl. hierzu aber die Ausführungen sogleich und in Fn. 12.

¹⁰ Zu den grundsätzlichen Voraussetzungen des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter BGHZ 181, 12 = JZ 2010, 414; BGHZ 133, 168 = NJW 1996, 2927; Gottwald, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 328 Rn. 161 ff.; Stadler, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 14. Aufl.

2011, § 328 Rn. 23 ff.; Jagmann, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2009, § 328 Rn. 96.

¹¹ So auch OLG Karlsruhe, Urt. v. 14.8.2013 – 7 U 63/13, Rn. 24 (zit. nach juris), und OLG Hamm, Urt. v. 29.5.2013 – 12 U 178/12, Rn. 36 (zit. nach juris).

¹² Für die „zweispurige“ Prüfung (zum Begriff Lorenz, EWiR 2001, 571) eines Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter allerdings BGH NJW 2002, 3625 (Anmerkung von Gsell in: LMK 2003, 24): Nach Auffassung des BGH kann eine Haftung nach den Grundsätzen des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter daraus resultieren, dass die Vertragsleistung erkennbar für den Dritten bestimmt ist und dieser auf die besondere Sachkunde vertraut. Sofern diese Voraussetzung nicht vorliegt, kann sich eine Haftung wiederum aus der „Wohl und Wehe“-Formel ergeben.

¹³ BGH NJW 2001, 3115 (3116); BGH NJW 1984, 355.

¹⁴ OLG Hamm, Urt. v. 29.5.2013 – 12 U 178/12, Rn. 37 (zit. nach juris).

¹⁵ Zu Recht sieht das OLG Karlsruhe (OLG Karlsruhe, Urt. v. 14.8.2013 – 7 U 63/13, Rn. 36 [zit. nach juris]) auch einen vereinbarten Gewährleistungsausschluss als unbeachtlich an, da den Parteien nicht die Möglichkeit offenstehen kann, privat-autonom die Haftung zulasten eines Dritten zu verschieben.

Verwenders sei. Zwar sei nach der Rechtsprechung des BGH ausnahmsweise auch der Dritte in den Schutzbereich des § 307 BGB einbezogen, sofern er aus dem Vertrag Rechte herleiten könne oder unmittelbar berechtigt sei. Das setze aber voraus, dass der Dritte bereits im Schutzbereich des Vertrages stehe und nicht erst stünde, wenn die Klausel unwirksam wäre.¹⁶

Diese Argumentation ist kaum plausibel. Geht man wie das OLG davon aus, dass Dritte unter Umständen aus § 307 BGB Rechte herleiten können, so müsste die Vorschrift selbstverständlich erst recht zur Anwendung gelangen, wenn der Dritte durch die Klausel nicht nur benachteiligt, sondern wenn ihm sogar sämtliche Rechte abgeschnitten werden.

b) Im Ergebnis ist allerdings tatsächlich fragwürdig, ob es sich bei § 307 BGB im vorliegenden Fall um die passende Vorschrift handelt. Die Rechtsprechung des BGH gibt hierfür nicht viel her.¹⁷ Anerkannt ist nämlich nur, dass – sofern der Dritte in den Schutzbereich des Vertrages einbezogen ist – dessen Interessen bei einer Abwägung nach § 307 BGB zu berücksichtigen sind.¹⁸ Auch bei einer solchen Berücksichtigung stehen jedoch stets vorrangig die Interessen des eigentlichen Vertragspartners in Rede.¹⁹ Die Anwendung des § 307 BGB auf den Fall, dass die Klausel ausschließlich die Rechte des Dritten aufhebt und die Interessen des Vertragspartners unberührt lässt, wird von der Rechtsprechung zumindest bislang nicht befürwortet.²⁰ Und im Grundsatz entspricht es der ganz herrschenden Auffassung, dass entsprechend dem Wortlaut des § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB lediglich der Vertragspartner des Verwenders geschützt ist.²¹

¹⁶ OLG Karlsruhe, Urt. v. 14.8.2013 – 7 U 63/13, Rn. 30 (zit. nach juris).

¹⁷ Das OLG Karlsruhe beruft sich auf BGHZ 142, 103 (107). In diesem Fall ging es allerdings um eine Satzung der Versorgungsanstalt des Bundes und der Länder, aus welcher der Versicherungsnehmer unmittelbar berechtigt war. Einen anderen Vertragspartner des Verwenders, auf dessen Interessen vorrangig hätte abgestellt werden können, gab es in diesem Fall nicht.

¹⁸ BGH NJW 1989, 2750 (2751).

¹⁹ Nach Coester, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2013, § 307 Rn. 146, werden „die Interessen Dritter denen des Vertragspartners integriert“.

²⁰ Nicht ergiebig ist daher auch der in OLG München NJW-RR 2008, 1233 (1234) entschiedene Fall: Das OLG München entschied, dass eine Gültigkeitsbefristung von Geschenkgutscheinen auf ein Jahr gegen § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB verstößt und dass sich auf die Unwirksamkeit auch ein Dritter berufen kann, an den der Geschenkgutschein weitergereicht wurde. Das Besondere an diesem Fall ist aber wiederum, dass durch das Weiterreichen des Geschenkgutscheins der Dritte eine ausschließliche Rechtsposition erhält und nicht neben dem Vertragspartner des Verwenders Rechte geltend macht.

²¹ BGH NJW 1982, 178 (180); Wurmnest, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 307 Rn. 50; Coester (Fn. 19), § 307 Rn. 145; Fuchs, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 11. Aufl. 2011, § 307 Rn. 133; H. Schmidt, in:

c) Eine Anwendung des § 307 BGB auf die vorliegende Fallkonstellation ist nach hier vertretener Auffassung auch nicht sachgerecht. Denn eine Korrektur des klaren Wortlauts von § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB, der ausschließlich den „Vertragspartner des Verwenders“ benennt, ist nicht notwendig, wenn sich auch ohne eine solche Korrektur stets sachgerechte Ergebnisse erzielen lassen. Und genau das ist der Fall: Sofern eine Klausel auch einen Dritten unangemessen benachteiligt, so ist jedenfalls dann eine unangemessene Benachteiligung im Sinne des § 307 BGB anzunehmen, wenn hierin zugleich eine Benachteiligung des Vertragspartners liegt.²² Sofern ausschließlich der Dritte und nicht auch der Vertragspartner benachteiligt wird, so ist zu prüfen, ob die betreffende Rechtsposition überhaupt zur Disposition der Vertragsparteien steht. Denn Verträge zulasten Dritter sind ohnehin unwirksam.²³ Einer gesonderten Prüfung nach § 307 BGB bedarf es dann überhaupt nicht.

3. Keine Abdingbarkeit der Grundsätze über den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter

Entscheidend ist demnach ausschließlich, ob die Grundsätze über den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter abdingbar sind. Das OLG Hamm²⁴ und das OLG Karlsruhe²⁵ nehmen die grundsätzliche Möglichkeit, die Haftung gegenüber Dritten auszuschließen, ohne nähere Begründung an.²⁶

a) Die Argumentation der Oberlandesgerichte ist zumindest im konkreten Fall bereits widersprüchlich. Denn wenn es tatsächlich so sein sollte, dass die Parteien eine Haftung gegenüber Dritten unproblematisch abbedingen können, so käme es auf die Voraussetzungen des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter doch überhaupt nicht mehr an. Deshalb ergibt es keinen Sinn, wenn das OLG Hamm zunächst meint, eine Haftung sei in den AGB wirksam ausgeschlossen, anschließend jedoch die AGB-rechtliche Wirksamkeit mit einem schutzwürdigen Interesse des Verwenders an der Vermeidung einer uferlosen Haftung und mit der mangelnden Schutzbe-

Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 29, Stand: 1.11.2013, § 307 Rn. 25.

²² Deutlich H. Schmidt (Fn. 21), § 307 Rn. 25: „...dabei geht es bestenfalls um einen Drittschutz als Reflex des Vertragspartnerschutzes...“.

²³ Coester (Fn. 19), § 307 Rn. 143.

²⁴ OLG Hamm, Urt. v. 29.5.2013 – 12 U 178/12, Rn. 37 (zit. nach juris): „...Ob und welche Dritte sie in den Schutzbereich des von ihnen geschlossenen Vertrages einbeziehen, unterliegt im Rahmen der Vertragsfreiheit grundsätzlich der freien Disposition der Vertragsschließenden.“.

²⁵ OLG Karlsruhe, Urt. v. 14.8.2013 – 7 U 63/13, Rn. 29 (zit. nach juris), wirft immerhin die Frage auf, ob die Vertragsbestimmungen „unter dem Gesichtspunkt der protestatio facta contraria“ unbeachtlich sind.

²⁶ Anders nunmehr allerdings der 21. Zivilsenat des OLG Hamm. Nach OLG Hamm, Urt. v. 5.9.2013 – I-21 U 143/12, 21 U 143/12, Rn. 60 f., soll eine isolierte Haftungsfreizeichnung zulasten des Dritten unzulässig sein. Allerdings begründet auch der 21. Zivilsenat diese Unwirksamkeit mit § 309 bzw. § 307 BGB.

dürftigkeit des Klägers begründet.²⁷ Hierbei handelt es sich nämlich um Kriterien, welche zur Begründung eines Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter herangezogen werden.

Sofern die Oberlandesgerichte aber tatsächlich davon ausgegangen wären, dass eine Haftung des Beklagten gegenüber dem Kläger schon aufgrund der Haftungsfreizeichnung im Vertrag ausscheidet, hätten sie die Voraussetzungen des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter an sich gar nicht mehr prüfen dürfen.

b) Bei näherer Betrachtung erscheint eine Ausschlussmöglichkeit für die Vertragsparteien zulasten des Dritten überdies nicht sachgerecht.

aa) In der Literatur wird die Frage nach der Abdingbarkeit nur selten behandelt. Sofern sie aufgeworfen wird, wird meist davon ausgegangen, dass eine Haftungsbeschränkung allein zulasten des Dritten unzulässig sein soll.²⁸ Nur vereinzelt wird eine solche Freizeichnung durch die Parteien für zulässig gehalten.²⁹

Die Rechtsprechung ist demgegenüber nicht einheitlich. In einem obiter dictum hat der BGH zwar einmal ausgesprochen, dass die Parteien auch dann, wenn der Vertragsgläubiger für das Wohl und Wehe des Dritten verantwortlich sein soll, die Haftung diesem gegenüber ausschließen können.³⁰ Andererseits hat der BGH im „Lastschriftfall“, in dem die Frage tatsächlich entscheidungserheblich war, eine derartige Freizeichnung für unbeachtlich gehalten.³¹

²⁷ OLG Hamm, Urt. v. 29.5.2013 – 12 U 178/12, Rn. 37 f. (zit. nach juris).

²⁸ Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Teil I, 14. Aufl. 1987, § 17 II. (S. 229); Ostrowicz, Vertragshaftung und Drittschutz, 1980, S. 122 ff.; Hadding, in: Soergel, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 2009, Anh. § 328 Rn. 20; Zenner, NJW 2009, 1030 (1033); nach Papanikolaou, Schlechterfüllung bei Verträgen zugunsten Dritter, 1977, S. 93 f., sollen die Parteien zwar prinzipiell die Möglichkeit der Freizeichnung haben, meist liege einem Ausschluss jedoch eine „sittenwidrige Farbe“ bei; ähnlich Gernhuber, in: Festschrift für Arthur Nikisch, 1958, S. 249 (S. 265).

²⁹ Bydlinksi, JBl. 1960, 359 (363); Gerhardt, JZ 1970, 535 (538).

³⁰ BGH, Urt. v. 23.1.1985 – IVa ZR 66/83, Rn. 28 (zit. nach juris).

³¹ BGH NJW 1977, 1916 (1917). In diesem Fall enthielt der Vertrag zwischen Gläubiger und Schuldner die Vertragsbedingung, dass das Abkommen „nur Rechte und Pflichten zwischen den beteiligten Kreditinstituten“ begründen sollte. Der BGH meinte jedoch, die Schutzpflicht beruhe „nicht auf dem Abkommen, sondern auf den dargelegten Rechtsverhältnissen, ihrem Vertragszweck und dem Grundsatz von Treu und Glauben“. Der BGH hat seine Rechtsprechung zum Drittschutz beim Lastschriftverfahren zwar in BGH NJW 2008, 2245 aufgegeben, dies jedoch nicht mit einem vertraglichen Ausschluss, sondern mit der Erwägung begründet, dass die Voraussetzungen des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter nicht vorlägen.

Es ist daher durchaus erstaunlich, dass die erkennenden Gerichte ohne Auseinandersetzung mit entgegenstehenden Stimmen die Möglichkeit einer Freizeichnung angenommen haben.³²

bb) Die Möglichkeit eines isolierten Haftungsausschlusses zulasten des Dritten ist aus den folgenden Gründen abzulehnen:

(1) Erstens sprechen Sinn und Zweck des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter dagegen, ihn zur freien Disposition der Vertragsparteien zu stellen. Das Rechtsinstitut wurde entwickelt, weil man es in bestimmten Situationen als unbillig empfand, den Dritten auf deliktische Ansprüche zu verweisen.³³ Da man sich durchaus über die zusätzlichen Risiken für den Schuldner im Klaren war, wurde das Bestehen eines Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter unter enge Voraussetzungen gestellt, um eine Übervorteilung des Dritten und eine nicht mehr interessengerechte Haftung des Schuldners zu vermeiden. Bevor eine Haftung nach den Grundsätzen des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter im Einzelfall bejaht werden kann, erfolgt daher immer eine Interessenabwägung im Einzelfall, aus der sich dann auch per se ergibt, ob der Schuldner ein „schutzwürdiges Interesse an einer Haftungsbeschränkung hat“. Wenn die Parteien nun die Haftung des Schuldners zulasten des Dritten einfach ausschließen könnten, so würde dies bedeuten, ein fein abgestimmtes System mit einer immanenten Interessenabwägung außer Kraft zu setzen.³⁴

(2) Zweitens sind die praktischen Konsequenzen einer Freizeichnungsmöglichkeit zu bedenken. In den vom OLG Hamm und OLG Karlsruhe entschiedenen Fällen mag man zwar dazu neigen, das Abbedingen der Haftung zulasten des Dritten nicht als unbillig zu empfinden. Das liegt aber nicht daran, dass eine solche Möglichkeit generell bestünde, sondern dass in casu auch nach den Grundsätzen über den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter keine Haftung des Beklagten konstruiert werden kann, weil die entsprechenden Voraussetzungen nicht vorliegen. Man stelle sich dagegen vor, ein Vermieter, der einen Mietvertrag zwar nur mit einem

³² Noch deutlicher die Vorinstanz des OLG Hamm, LG Bochum, Urt. v. 8.11.2012 – 2 O 521/11, Rn. 15 (zit. nach juris): „Gesetzliche Gründe, warum die Parteien des Untersuchungsvertrages im Rahmen ihrer Privatautonomie gehindert sein sollten, die Haftung des Beklagten gegenüber nicht namentlich aufgeführten Dritten auszuschließen, erschließen sich der Kammer nicht.“

³³ Deliktische Ansprüche haben bekanntlich drei Nachteile: Es findet keine Zurechnung fremden Verschuldens nach § 278 BGB statt, die Beweislastumkehr nach § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB gilt im Deliktsrecht nicht und es werden zumindest im Rahmen des § 823 Abs. 1 BGB keine Schäden ersetzt, die aus der alleinigen Verletzung des Rechtsguts „Vermögen“ resultieren.

³⁴ So weist Gottwald (Fn. 10), § 328 Rn. 165 f., zutreffend darauf hin, dass nicht der konkrete Wille der Vertragsparteien, sondern typische soziale Interessen sowie Aspekte der Billigkeit den Ausschlag geben.

Vertragspartner abschließt, der jedoch weiß, dass dessen Familie ebenfalls in die Wohnung einzieht, zeichnet sich im Mietvertrag von der Haftung gegenüber den übrigen Familienmitgliedern frei. In diesem „Paradefall“ des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter erschiene das Verhalten des Vermieters ersichtlich rechtsmissbräuchlich. Würde man es zulassen, so fände sich eine entsprechende Klausel bald standardmäßig in allen Mietverträgen und auch in allen anderen Vertragswerken wieder, in denen man eine Haftung des Schuldners nach den Grundsätzen über den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter gerade als interessengerecht empfand.

(3) Drittens lässt sich schwerlich abstreiten, dass die Schaffung eines bestimmten Haftungssystems nicht ausschließlich dem Zweck dient, im Einzelfall einen Interessenausgleich zwischen den Beteiligten herbeizuführen, sondern dass hierdurch auch Verhaltensanreize gesetzt werden sollen.³⁵ So ist es ein durchaus wünschenswerter Effekt, dass der Vermieter – um eine Haftung auch gegenüber den übrigen Familienmitgliedern zu vermeiden – entsprechende Sorgfaltsmaßnahmen ergreift, um einen Schaden gar nicht erst entstehen zu lassen.³⁶

(4) Viertens muss die Einbeziehung des Dritten in den Schutzbereich des Vertrags nach neuerer Rechtsprechung noch nicht einmal im Sinne des Vertragsgläubigers liegen. Ein Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter soll nämlich prinzipiell auch dann vorliegen können, wenn die Interessen des Dritten und die des Vertragsgläubigers gegenläufig sind.³⁷ Selbst in den Fällen, in denen der Vertragsgläubiger an sich für das „Wohl und Wehe“ des Dritten verantwortlich ist, kann für den Vertragsgläubiger ein Interesse daran bestehen, die Haftung des Schuldners gegenüber dem Dritten auszuschließen. Gesetzt den Fall, der Vermieter bietet dem Familienvater einen niedrigeren Mietzins für den Fall an, dass er für Schäden, die dessen Kinder erleiden, nicht haftet, so besteht durchaus ein Anreiz, zulasten der Kinder auf dieses Angebot einzugehen. Diese Beispiele zeigen, dass die Haftung des Schuldners gegenüber dem Dritten nicht zur Disposition der Vertragsparteien stehen darf.

(5) Die zum Teil vorgebrachten Gegenargumente vermögen nicht zu überzeugen. Der Hinweis, es sei widersprüchlich, wenn der Vertragsgläubiger die Haftung zu seinen eigenen, nicht aber zulasten des Dritten beschränken dürfe,³⁸ verfängt nicht. Denn hier wird zunächst verkannt, dass die Disponibilität nur beim Haftungsausschluss zu eigenen Lasten von vornherein gegeben ist. Außerdem liegen die Voraussetzungen für einen solchen „Erst-Recht-Schluss“ gar nicht vor: Es geht nämlich vorliegend um die Konstellation einer Haftungsfreizeichnung, die *isoliert* zulasten des Dritten wirkt und nicht um eine Haftungsfreizeichnung, die auch den Vertrags-

gläubiger betrifft. Nur dann wäre ein Erst-Recht-Schluss auch gerechtfertigt.³⁹

4. Die Rechtsgrundlage für den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter

Die vorstehenden Erwägungen zeigen außerdem, dass der Streit um die Rechtsgrundlage für den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter nicht rein akademischer Natur ist.⁴⁰ Sofern man nämlich – wie vielfach vertreten – die ergänzende Vertragsauslegung nach §§ 133, 157 BGB als Rechtsgrundlage heranzieht,⁴¹ lässt sich auch nur schwer begründen, warum die Vertragsparteien die Haftung nicht zulasten des Dritten ausschließen können sollen. Denn für eine ergänzende Vertragsauslegung ist dann kein Raum, wenn die Parteien den entsprechenden Punkt explizit geregelt haben.⁴² Es geht nicht an, den Parteien über die ergänzende Vertragsauslegung einen anderen Willen aufzuzwingen, selbst wenn dieser interessengerechter sein sollte.⁴³ Sieht man es daher mit der hier vertretenen Auffassung als verfehlt an, den Parteien eine Freizeichnungsmöglichkeit zulasten des Dritten zuzubilligen, ist auch für die ergänzende Vertragsauslegung nach §§ 133, 157 BGB als Rechtsgrundlage kein Raum. Die ergänzende Vertragsauslegung erweist sich auch vor folgendem Hintergrund als verfehlt: Wie bereits dargestellt, hat die Rechtsprechung einen Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter auch in Konstellationen bejaht, in denen die Interessen von Gläubiger und Drittem gegenläufig waren.⁴⁴ In solchen Fällen wäre es deshalb nur schwer erklärbar, warum sich aus ergänzender Vertragsauslegung eine Schutzwirkung zugunsten des Dritten ergeben soll. Der Vertragsgläubiger ist doch in einem solchen Fall an der Einbeziehung des Dritten überhaupt nicht interes-

³⁹ Abgesehen davon erweist sich die These, es sei widersprüchlich, wenn der Vertragsgläubiger die Haftung zu seinen eigenen, nicht aber zulasten des Dritten beschränken könne, auch in der Sache als unrichtig, vgl. unten unter 5.

⁴⁰ Zutreffend *Zenner*, NJW 2009, 1030 (1033).

⁴¹ BGHZ 159, 1 (4) = NJW 2004, 3035 (3036); BGH NJW 2004, 3630 (3632); BGH NJW 2001, 3115; BGHZ 133, 168 (170) = NJW 1996, 2927 (2928); BGHZ 138, 257 (261) = NJW 1998, 1948 (1949); BGHZ 126, 297 (303) = NJW 1994, 2417 (2419); *Grüneberg*, in Palandt: Kommentar zum BGB, 72. Aufl. 2013, § 328 Rn. 14; *Jagmann* (Fn. 10), § 328 Rn. 93 ff.; *Zugehör*, NJW 2000, 1601 (1603); *ders.*, NJW 2008, 1105 (1110). Die Rechtsprechung hat die Frage nach der Rechtsgrundlage allerdings zum Teil auch ausdrücklich offengelassen (z.B. in BGHZ 56, 269 [273] = NJW 1971, 1931 [1932] und in BGH NJW 1975, 867) und zuweilen auch als unerheblich angesehen (BGH NJW 1977, 2073 [2074]).

⁴² *Ellenberger*, in Palandt, Kommentar zum BGB, 72. Aufl. 2013, § 157 Rn. 3; *Roth*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2010, § 157 Rn. 19.

⁴³ BGHZ 77, 301 (304); 40, 91 (103); BGH NJW 2004, 1873.

⁴⁴ BGH NJW 2001, 3115 (3116); BGH NJW 1984, 355. Instrukтив auch die Fallkonstellation in BGH NJW 2002, 3625: warum sollten Versicherung und Gutachter daran interessiert sein, den Versicherten in den Schutzbereich des Gutachtervertrages aufzunehmen?

³⁵ Vgl. *Wagner*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2013, Vorb. § 823 Rn. 47 ff.

³⁶ Nicht umsonst rekuriert *Neuner*, JZ 1999, 126 (128), auf den sozialen Schutz des Dritten.

³⁷ Vgl. BGH NJW 2001, 3115 (3116); BGH NJW 1984, 355.

³⁸ *Bydlinksi*, JBl. 1960, 359 (363).

siert. Daran zeigt sich, dass der Vertrag zugunsten Dritter grundsätzlich als ein Konstrukt institutioneller Natur anzusehen⁴⁵ und der Disposition der Vertragsparteien jedenfalls insoweit entzogen ist, als eine Vereinbarung zu einer gegenüber dem Vertragsgläubiger isolierten Schlechterstellung des Dritten führt. Noch weitergehend lässt sich sagen, dass es sich beim Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter nicht um eine vertragliche, sondern funktionell um eine deliktische Haftung des Schuldners handelt,⁴⁶ die bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen die Privilegien einer vertraglichen Haftung genießt.

5. Haftungsbeschränkungen gegenüber dem Gläubiger, die sich zulasten des Dritten auswirken

Von der Frage der *isolierten* Abdingbarkeit zulasten des Dritten zu unterscheiden ist die Frage, inwieweit eine Haftungsbeschränkung des Schuldners *gegenüber dem Vertragsgläubiger* auch die Haftung gegenüber dem Dritten tangiert. Sofern beispielsweise der Schuldner die Haftung für einfache Fahrlässigkeit gegenüber dem Vertragsgläubiger wirksam ausgeschlossen hat: Kann er diese Haftungsbeschränkung auch gegenüber dem Dritten geltend machen? Die ganz überwiegende Auffassung bejaht dies.⁴⁷

Argumentiert wird hierbei mit der Überlegung, der Dritte könne vernünftigerweise nicht mehr Rechte aus dem Vertrag herleiten als der Vertragsgläubiger selbst. Wenn die Rechtsordnung dem Schuldner gestatte, seine Haftung gegenüber dem Vertragspartner einzuschränken, dann müsse dies erst recht gegenüber (unbekannten) Dritten möglich sein.

Dass dies jedoch nicht ausnahmslos gelten kann,⁴⁸ mag folgendes Beispiel illustrieren: Eine Krankenversicherung macht ihre Entscheidung, dem Versicherungsnehmer vermögenswerte Leistungen zukommen zu lassen, von einem Gutachten zum Gesundheitszustand des Versicherungsnehmers ab-

hängig.⁴⁹ Der Gutachter gibt im Gutachten eine falsche Einschätzung ab, wodurch dem Versicherungsnehmer Leistungen der Krankenkasse entgehen.⁵⁰ Wenn sich in diesem Fall der Schuldner – also der Gutachter – zumindest partiell von der Haftung für den Fall freigezeichnet hat, dass er eine bestehende Krankheit des Versicherungsnehmers verkennt, dann kann diese Haftungsfreizeichnung doch nicht zulasten des Versicherungsnehmers wirken. Für den Vertragsgläubiger – die Versicherung – besteht in dieser Konstellation nämlich überhaupt kein Anreiz, einer Haftungsfreizeichnung nicht zuzustimmen. Denn die Folgen eines fehlerhaften Gutachtens können ja von vornherein nur bei dem Dritten – dem Versicherungsnehmer – eintreten.⁵¹

Das Problematische an der Argumentation ist nämlich wiederum, dass sie mit der unzutreffenden Prämisse arbeitet, der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter basiere auf einer Parteiabrede. Wenn dem so wäre, könnte der Dritte in der Tat nicht mehr Rechte aus der Vereinbarung herleiten als der Vertragsgläubiger selbst. Vergegenwärtigt man sich aber, dass die Interessen von Vertragsgläubiger und Drittem – wie auch im genannten Beispielfall – keineswegs immer gleichläufig sind, so ergibt es auch keinen Sinn, eine gleichzeitige Haftungsfreizeichnung gegenüber Gläubiger und Drittem der Parteiabrede zu überantworten. Zu sachgerechten Ergebnissen führt auch hier nur die Erkenntnis, dass es sich beim Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter funktionell um eine deliktische Haftung des Schuldners handelt. Zwar kann auch eine deliktische Haftung grundsätzlich vertraglich ausgeschlossen werden. Ein Haftungsausschluss kann aber nur dann zulasten des Dritten wirken, wenn die Interessen von Vertragsgläubiger und Drittem als so gleichläufig angesehen werden können, dass der Vertragsabschluss durch den Vertragsgläubiger materiell einer rechtsgeschäftlichen Vertretung des Dritten nahekommt.

IV. Fazit

Die Entscheidungen des OLG Hamm und des OLG Karlsruhe erweisen sich zwar im Ergebnis als richtig, da in den konkret entschiedenen Fällen die Voraussetzungen eines Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter nicht gegeben waren. Ihre Begründungen sind jedoch widersprüchlich und unzutreffend. Insbesondere die These, eine Haftung des Schuldners über die Grundsätze des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter sei durch die Vertragsparteien frei abdingbar, erscheint nicht haltbar. Aus diesem Grund kann als dogmatische Grundlage für den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter auch die ergänzende Vertragsauslegung nicht herhalten. Der

⁴⁵ So ohnehin die in der Literatur vorherrschende Auffassung, Brox/Walker, Allgemeines Schuldrecht, 37. Aufl. 2013, § 33 Rn. 6; Zenner, NJW 2009, 1030 (1033); Neuner, JZ 1999, 126 (128); Bayer, JuS 1976, 475; Larenz (Fn. 28), § 17 II.; Stadler (Fn. 10), § 328 Rn. 21; Gottwald (Fn. 10), § 328 Rn. 165 f.; Esser/Schmidt, Schuldrecht, Bd. 1, 8. Aufl. 1999, S. 270.

⁴⁶ Zu Recht weist Gsell, LMK 2003, 42, darauf hin, dass die Handhabung des Kriteriums des hypothetischen Parteiwillens durch den BGH zu inkonsequenten Ergebnissen führt. Auch Esser/Schmidt (Fn. 45), betonen, dass der Drittschutz „kein rechtsgeschäftliches Problem darstellt“.

⁴⁷ BGHZ 56, 272; OLG Hamm, Urt. v. 5.9.2013 – 21 U 143/12, Rn. 60 (zit. nach juris); Gottwald (Fn. 10), § 328 Rn. 244 ff., 257; Jagmann (Fn. 10), § 328 Rn. 17; Schulze, in: Schulze, Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2012, § 328 Rn. 19; Ebke, JZ 1998, 991 (996).

⁴⁸ Differenzierend auch Fikentscher/Heinemann, Schuldrecht, 10. Aufl. 2006, Rn. 307, die betonen, „dass die Schutzpflicht gegenüber den Dritten wesentlich stärker sein kann als gegenüber dem Vertragspartner“.

⁴⁹ Die sozialrechtliche Zulässigkeit dieses Vorgehens im konkreten Fall unterstellt.

⁵⁰ Nach BGH, Urt. v. 17.9.2002 – X ZR 237/01, Rn. 15 (zit. nach juris), soll ein Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter in dieser Konstellation denkbar sein.

⁵¹ Dieses Kriterium bemüht auch OLG Hamm, Urt. v. 5.9.2013 – 12, 21 U 143/12, Rn. 60, wenn auch nur im Zusammenhang mit einem isoliert zulasten des Dritten wirkenden Haftungsausschluss.

Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter ist vielmehr als Konstrukt institutioneller Natur anzusehen, welches einer funktionell deliktischen Haftung des Schuldners unter bestimmten Voraussetzungen die Privilegien des Vertragsrechts zukommen lässt. Hieraus folgt weiterhin, dass nicht nur eine isoliert zulasten des Dritten wirkende Haftungsfreizeichnung des Schuldners unzulässig ist, sondern auch eine Haftungsfreizeichnung gegenüber dem Vertragsgläubiger nicht zulasten des Dritten wirken kann, sofern die Interessen von Vertragsgläubiger und Dritten nicht gleichläufig sind.

Wiss. Mitarbeiter Dr. Matthias Fervers, München

E n t s c h e i d u n g s b e s p r e c h u n g

Europarechtskonforme Auslegung und Anwendung von § 34 Abs. 1 BauGB

Der Begriff des „angemessenen Abstands“ im Sinne des Art. 12 Abs. 1 der Richtlinie 96/82/EG ist ein zwar unbestimmter, aber anhand störfallspezifischer Faktoren technisch-fachlich bestimmbarer Rechtsbegriff. Die behördliche Festsetzung des angemessenen Abstands unterliegt der vollen gerichtlichen Überprüfung; ein Beurteilungs- oder Ermessensspielraum kommt der Genehmigungsbehörde insoweit nicht zu.

[...]

Das in § 34 Abs. 1 BauGB enthaltene Rücksichtnahmegebot bietet für die unionsrechtlich geforderte „nachvollziehende“ Abwägung eine geeignete Anknüpfung. [...]
(Amtliche Leitsätze.)

BauGB § 34 Abs. 1

Richtlinie 96/82/EG („Seveso-II“) Art. 12 Abs. 1

BVerwG (4. Senat), Urt. v. 20.12.2012 – 4 C 11/11 (VG Darmstadt, VGH Kassel)¹

I. Problemstellung und Examensrelevanz

Die Entscheidung hat in ihren ausbildungsrelevanten Teilen vor allem (neben im Hintergrund bleibenden prozessualen Fragen) Grundprobleme des öffentlichen Baurechts (besonders das Gebot der Rücksichtnahme betreffend) und dessen richtlinienkonforme Auslegung zum Gegenstand. Die Einwirkung des Unionsrechts auf das nationale Verwaltungsrecht und dabei vor allem die Frage, wie sich europarechtliche Anforderungen in die deutsche Rechtsdogmatik integrieren lassen, gewinnt auch für Studium und Examen immer mehr an Bedeutung.

Diese Aspekte treten freilich im Urteilstext nicht allzu prominent hervor, sondern verbergen sich zwischen schwierigen Überlegungen zur Interpretation der einschlägigen EU-Richtlinie, zu der gewiss kein Studierender für das Examen irgendwelche Kenntnisse benötigt. Insoweit geht es darum, wie der von Art. 12 Abs. 1 der sog. Seveso-II-Richtlinie² ge-

¹ Die Entscheidung ist online abrufbar unter <http://www.bverwg.de/entscheidungen/pdf/201212U4C11.11.0.pdf> sowie abgedruckt in BVerwGE 145, 290.

² Art. 12 Abs. 1 der Richtlinie 96/82/EG des Rates zur Beherrschung der Gefahren bei schweren Unfällen mit gefährlichen Stoffen vom 9.12.1996 (ABl. EG Nr. L 10 v. 14.1.1997, S. 13) lautet auszugsweise:

„Die Mitgliedstaaten sorgen dafür, dass in ihren Politiken der Flächenausweisung oder Flächennutzung und/oder anderen einschlägigen Politiken das Ziel, schwere Unfälle zu verhüten und ihre Folgen zu begrenzen, Berücksichtigung findet. Dazu überwachen sie

a) die Ansiedlung neuer Betriebe

b) [...]

c) [...]

forderte „angemessene Abstand“ zu bemessen ist, den ein sog. Störfallbetrieb von „öffentlich genutzten“ Gebäuden einzuhalten hat und inwieweit dieser im Einzelfall möglicherweise unterschritten werden darf.

Für das Studium bedeutsam wird der Fall durch die an die Richtlinienauslegung anschließende Frage, wie die Abstands-Anforderungen der EU-Richtlinie bei der Entscheidung über eine Baugenehmigung im Prüfprogramm des § 34 Abs. 1 BauGB – beim Merkmal des „Einfügens“ des Bauvorhabens in die „nähere Umgebung“ – verarbeitet werden können. Dies spaltet sich in zwei, freilich eng miteinander verwobene Aspekte auf. Erstens sind dies Möglichkeiten und Grenzen (insbesondere: die Wortlautgrenze) der europarechtskonformen Auslegung des nationalen Rechts: Wie weit reicht der Spielraum für eine richtlinienkonforme Auslegung des § 34 Abs. 1 BauGB angesichts der Tatsache, dass diese Norm im Wortlaut nur auf die „nähere Umgebung“ abstellt, im konkreten Fall der Störfallbetrieb aber gut 250 m vom streitgegenständlichen Grundstück, für das eine Baugenehmigung begehrt wurde, entfernt war? Zweitens geht es um Dogmatik und Ausprägungen des baurechtlichen Rücksichtnahmegebots: Inwieweit lassen sich für die europarechtskonforme Auslegung und Anwendung des in § 34 Abs. 1 BauGB verankerten Rücksichtnahmegebots dogmatische Strukturen und Überlegungen aus anderen bauplanungsrechtlichen Vorschriften, hinter denen ebenfalls das Gebot der Rücksichtnahme steht, nutzbar machen?

Ganz allgemein illustriert die vorliegende Entscheidung schließlich die im Verwaltungsrecht typische Aufgabe, (scheinbare oder auch tatsächliche) Spezialprobleme auf allgemeine ausbildungsrelevante Fragen zurückzuführen.

II. Inhalt der Entscheidung

1. Sachverhalt³

B will in einem im Zusammenhang bebauten Stadtteil (ohne Bebauungsplan) von Darmstadt ein großflächiges Gartencenter mit ausgedehnten Freiverkaufsflächen errichten. Er beantragt und erhält dafür einen Bauvorbescheid (auf die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit des Vorhabens bezogen).

In dem Viertel befinden sich – neben einem Hotel – zahlreiche Gewerbe- und Büronutzungen; des weiteren ist es von großflächigen Einzelhandelsbetrieben (etwa von Baumärkten und Möbelhäusern) durchsetzt, die zum Teil auch über dem Verkauf dienende Außengelände verfügen. Gut 250 m vom Grundstück des B entfernt betreibt N eine Schrott- und Metallrecyclinganlage, die als sogenannter Störfallbetrieb unter die

Die Mitgliedstaaten sorgen dafür, dass in ihrer Politik der Flächenausweisung oder Flächennutzung [...] sowie dem Verfahren für die Durchführung der Politiken langfristig dem Erfordernis Rechnung getragen wird, dass zwischen den unter diese Richtlinie fallenden Betrieben einerseits und Wohngebieten, öffentlich genutzten Gebäuden und Gebieten, [...] andererseits ein angemessener Abstand gewahrt bleibt [...].“

³ Für eine ausführlichere Schilderung der örtlichen Gegebenheiten siehe die erstinstanzliche Entscheidung des VG Darmstadt v. 27.11.2007 – 9 E 2454/05 (juris).

EU-Richtlinie 96/82/EG (kurz: „Seveso-II-Richtlinie“) fällt. Im Fall einer Betriebsstörung können nämlich Chlor-, Chlorwasserstoff- oder Ammoniakgase austreten. N legt gegen den Bauvorbescheid Widerspruch ein, denn er befürchtet für sein Unternehmen Nachteile (etwa durch Betriebsbeschränkungen), wenn und weil er mit seiner Recyclinganlage nicht den von Art. 12 der Richtlinie wegen des Störfallrisikos geforderten „angemessenen Abstand“ zu dem öffentlich genutzten Gartenbaucenter des B einhält. Deshalb füge sich das Gartencenter entgegen § 34 Abs. 1 BauGB nicht in die Umgebung ein.

Nach Auffassung von B verstößt sein Bauvorhaben dagegen nicht gegen das Gebot, auf den Recyclingbetrieb hinreichend Rücksicht zu nehmen. Art. 12 Abs. 1 der Richtlinie belasse dabei Wertungsspielräume. Insoweit sei zu berücksichtigen, dass sich innerhalb der gutachtlich ermittelten „Achtungsgrenzen“ ohnehin bereits verschiedene gewerbliche Nutzungen (etwa Baumärkte) befänden, die ebenfalls einen Unfallrisiko besonders ausgesetzte Freiverkaufsflächen besäßen und nur unwesentlich weiter von dem Störfallbetrieb entfernt seien als sein geplantes Gartencenter.

Über den Widerspruch des N wurde bislang nicht entschieden. B begehrt deshalb mit der Untätigkeitsklage (§ 75 VwGO) die Zurückweisung des Widerspruchs. Die Instanzgerichte (VG Darmstadt, VGH Kassel) haben der Klage stattgegeben. Das beklagte Land Hessen und N als Beigeladener legten Revision ein. Das Bundesverwaltungsgericht hat im Vorfeld des hier besprochenen Urteils eine Vorabentscheidung (Art. 267 AEUV) des EuGH zur Auslegung des Art. 12 der „Seveso-II“-Richtlinie eingeholt.⁴

2. Entscheidungsgründe

Das BVerwG erachtet die Revisionen für begründet und verweist die Sache zur abschließenden Entscheidung über die Untätigkeitsklage des B (zu den prozessualen Fragen näher unten III. 1.) an die Vorinstanz zurück, um Einzelheiten des „angemessenen“ Abstandes weiter aufzuklären.⁵

Dazu setzt sich das Gericht zunächst einmal unter Verarbeitung der EuGH-Vorabentscheidung⁶ ausführlich mit den Anforderungen des Art. 12 Abs. 1 der Richtlinie auseinander. In einem ersten Schritt müsse die zuständige Genehmigungsbehörde ermitteln, welcher Abstand im jeweiligen Einzelfall zur Bewältigung der Störfallrisiken „angemessen“ sei. Dies sei als technisch-fachliche Einschätzung gerichtlich voll überprüfbar.⁷ In einem zweiten Schritt ist zu prüfen, wie „langfristig dem Erfordernis [eines angemessenen Abstands] Rechnung getragen“ werden kann. Im Rahmen dieser sogenannten Berücksichtigungspflicht haben die nationalen Behörden ei-

nen gewissen Wertungsspielraum, so dass im Einzelfall der angemessene Abstand aus „sozioökonomischen Gründen“ gegebenenfalls unterschritten werden kann. Allein die Tatsache, dass bereits schutzbedürftige Gebäude innerhalb des angemessenen Abstands existieren (Vorbelastung, wie im vorliegenden Fall durch mehrere Baumärkte), führt jedoch nicht automatisch dazu, dass auch bei einer Neuansiedlung (wie im vorliegenden Fall mit dem Gartencenter beabsichtigt) der eigentlich angemessene Abstand unterschritten werden darf.⁸ Über die Einzelheiten wird im bau- und umweltrechtlichen Schrifttum derzeit intensiv diskutiert.⁹ Mangels besonderer Ausbildungsrelevanz muss dies hier jedoch nicht vertieft werden.

Damit stellte sich die Frage, wie diesen richtlinienrechtlichen Anforderungen im Rahmen der von § 34 Abs. 1 BauGB geforderten Prüfung, ob sich das Gartencenter in die nähere Umgebung einfügt, Rechnung zu tragen ist. Das Gericht hält insoweit eine richtlinienkonforme Auslegung des in § 34 Abs. 1 BauGB enthaltenen Rücksichtnahmegebots für möglich, einer unmittelbaren Anwendung der Richtlinie selbst sei daher nicht notwendig (näher dazu unten III. 3.). Dabei lassen sich drei gedankliche Schritte identifizieren.

Erstens legt das BVerwG – teilweise noch im Rahmen der Erläuterung der Richtlinienanforderungen¹⁰ – dar, dass die gebotene Wertung hinsichtlich einer möglicherweise zulässigen Unterschreitung des Abstandes nicht notwendig im Rahmen einer planerischen Abwägung mit Planungsermessen¹¹ (wie bei § 1 Abs. 7 BauGB) vorgenommen werden müsse. Es genüge auch eine bloße nachvollziehende Abwägung, wie im Rahmen der gebundenen Baugenehmigungsentscheidung in Anwendung des § 34 Abs. 1 BauGB erfolgen könne¹² (dabei eine dogmatischen Figur aus § 35 BauGB übertragend¹³, näher dazu unten III. 4.). Diese Flexibilität bei der dogmatischen Ausgestaltung der Abwägung trägt dem Umsetzungsspielraum der nationalen Stellen bei Richtlinien Rechnung, die nur hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich sind (Art. 288 Abs. 3 AEUV).

Zweitens sieht das Gericht keine Schwierigkeiten, das Gartencenter des noch als Teil der „näheren Umgebung“ (Wortlaut des § 34 Abs. 1 BauGB!) des Recyclingbetriebs

⁸ BVerwGE 145, 290 (296 ff. Rn. 21-24).

⁹ Zur Umsetzung der wertungsoffenen Berücksichtigungspflicht im Rahmen der gebundenen Genehmigungsentscheidung *Uechtritz*, BauR 2012, 1039 (1047 f.), und *Berkemann*, ZfBR 2010, 18 (28). Zum Prüfprogramm *Hellriegel/Farsbotter*, NVwZ 2013, 1117 (1120 ff. m.w.N.), und *Teichmann*, IR 2013, 314 (315 f.). Die Vertretbarkeitskontrolle wird überwiegend als gerichtlich voll überprüfbar angesehen, siehe *Schröer/Kulick*, NZBau 2013, 291 (292), und *Otting/Olgemöller*, NVwZ 2013, 1396 (1399), kritisch dagegen *Uechtritz*, BauR 2012, 1039 (1050 f.).

¹⁰ BVerwGE 145, 290 (298 f. Rn. 25; ferner 302 f. Rn. 33).

¹¹ BVerwGE 145, 290 (299 Rn. 26) spricht von „rechtsgleiteter politischer Deziision“.

¹² Ähnlich schon die vom BVerwG zitierte Entscheidung OVG Münster, Beschl. v. 21.2.2012 – 2 B 15/12 (juris).

¹³ Angedeutet in BVerwGE 145, 290 (301 f. Rn. 33).

⁴ EuGH UPR 2011, 443.

⁵ Näher BVerwGE 145, 290 (303 ff. Rn. 36-40).

⁶ Zu den Voraussetzungen des Art. 267 AEUV, unter denen ein letztinstanzliches nationales Gericht die Vorabentscheidung des EuGH über Auslegungsfragen des Unionsrechts einholen muss, siehe im Überblick *Streinz*, Europarecht, 9. Aufl. 2012, Rn. 682 ff.; *Wernsmann*, in: Ehlers/Schoch (Hrsg.), Rechtsschutz im öffentlichen Recht, 2009, § 11 Rn. 18, 24 ff.

⁷ BVerwGE 145, 290 (294 ff. Rn. 16-20).

des N einzustufen, auch wenn der Abstand „über den unmittelbaren Nahbereich hinausreich[e]“. ¹⁴ Darauf ist zurückzukommen (unten III. 3.).

Drittens schließlich setzt sich der *Senat* mit den Leistungsgrenzen einer solchen bloßen nachvollziehenden Abwägung im Rahmen des Einfügens und damit des Rücksichtnahmegebots bei § 34 Abs. 1 BauGB auseinander. Dieses Rücksichtnahmegebot könne nur die „gegenseitigen Interessenbeziehungen zwischen Rücksichtnahmebegünstigtem einerseits“ – hier: Recyclingbetrieb – „und Rücksichtnahmeverpflichteten andererseits“ – hier: ansiedlungswilliges Gartencenter – abbilden. Die Verarbeitung darüber hinausreichender (sozioökonomischer) Faktoren, etwa besonderer städtebaulicher Gründe für die Zulassung des Vorhabens in der Gefahrenzone oder möglicher Alternativstandorte, sei dagegen „zur rechtsfehlerfreien Konfliktbewältigung auf das Festsetzungsinstrumentarium der Bauleitplanung angewiesen“. Denn dabei werde „ein Koordinierungsbedarf aus[ge]löst, dem nicht das Konditionalprogramm der Vorhabenzulassung, sondern nur eine förmliche Planung Rechnung zu tragen vermag“. ¹⁵ Diese dogmatische Figur der Planungsbedürftigkeit ist ebenfalls noch näher zu betrachten (unten III. 4.).

III. Einordnung und kritische Würdigung der ausbildungsrelevanten Aspekte

1. Verfahrenshintergrund

Der Ausgangspunkt des Falles war ein Nachbar-Anfechtungswiderspruch (§ 68 Abs. 1 VwGO). Die Antragsbefugnis des N analog § 42 Abs. 2 VwGO fußte in der aus dem Ordnungsrecht bekannten Figur des latenten Störers. ¹⁶ Als Störfallbetrieb ist die Recyclinganlage potentiell gefährlich. Das zunächst nur latente Risiko wird relevant, wenn sich ein anderes Vorhaben (hier das Gartencenter) in zu geringem Abstand ansiedelt. Dann drohen dem Störfallbetrieb gegebenenfalls Betriebseinschränkungen zum Schutz eines solchen neuen Nachbarn, möglicherweise auf Grundlage von § 17 BImSchG; die Priorität des Störfallbetriebs gewährleistet ihm keinen absoluten Bestandschutz. ¹⁷

Da über den Nachbarwiderspruch in angemessener Frist nicht entschieden worden war, hätte man auf Grundlage von § 75 VwGO eine Anfechtungs-Untätigkeitsklage des N erwarten können. Doch hat hier stattdessen atypischerweise B eine (Verpflichtungs-)Untätigkeitsklage erhoben. Seine Klagebefugnis (§ 42 Abs. 2 VwGO) gründet sich dabei auf Folgendes: Der erhaltene Bauvorbescheid (z.B. § 71 Abs. 1 BauO NRW, § 57 LBO BW, Art. 71 BayBauO) gestattet

zwar noch nicht die Verwirklichung des Bauvorhabens, stellt aber für ein anschließendes Baugenehmigungsverfahren verbindlich fest, dass sein Gartencenter-Vorhaben (nach § 34 BauGB) bauplanungsrechtlich zulässig ist. ¹⁸ Die Bindungswirkung des Vorbescheids wird jedoch durch den schwebenden Nachbarwiderspruch diesem gegenüber gehemmt (§ 80 Abs. 1 VwGO); ¹⁹ eine später erteilte Baugenehmigung wäre damit bei einer von N zu erwartenden Anfechtungsklage uneingeschränkt überprüfbar. ²⁰ Zur Verwirklichung seiner Baufreiheit kann daher B eine endgültige Klärung der Rechtmäßigkeit des Vorbescheides verlangen, nach Klärung der Streitpunkte dürfte dann seine Baugenehmigung wohl keine weiteren Rechtsprobleme mehr aufwerfen.

2. Bauplanungsrechtliche Grundlagen in § 34 BauGB

Die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit eines Vorhabens richtet sich nach § 34 BauGB, wenn, wie hier, kein Bebauungsplan existiert (sonst § 30 BauGB) und das Vorhaben in einem Bebauungszusammenhang ²¹ und damit nicht im Außenbereich (sonst § 35 BauGB) liegt. Für die hier allein streitgegenständliche Art der baulichen Nutzung – in Abgrenzung zum Maß der baulichen Nutzung (§§ 16 ff. BauNVO) und zur (offenen bzw. geschlossenen) Bauweise (§ 22 BauNVO) sowie der überbaubaren Grundstücksfläche (§ 23 BauNVO) ²² – ist § 34 Abs. 2 BauGB einschlägig, wenn die Eigenart der prägenden Umgebung einem Baugebiet nach §§ 2 ff. BauNVO entspricht. Nach dem mitgeteilten Sachverhalt weist die Bebauung des Stadtviertels Elemente eines Kerngebietes (§ 7 BauNVO), eines Gewerbegebietes (§ 8 BauNVO) und eines Industriegebietes (§ 9 BauNVO) auf. Die Bebauung ist jedoch insgesamt zu heterogen, um sie einem der genannten Kataloge eindeutig zuzuordnen und einen faktischen Gebietstyp anneh-

¹⁸ Zur Wirkung eines Bauvorbescheids in Abgrenzung zur (Teil-)Baugenehmigung siehe z.B. *Erbguth*, Öffentliches Baurecht, 5. Aufl. 2009, § 13 Rn. 41 ff.; *Kaiser*, in: Ehlers/Fehling/Pünder (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Bd. 2, 3. Aufl. 2013, § 41 Rn. 60.

¹⁹ Mangels Gestattungswirkung ist der Bauvorbescheid keine „bauaufsichtliche Zulassung“, bei der gemäß § 212a BauGB die aufschiebende Wirkung entfällt; siehe VGH München NVwZ 1999, 1363.

²⁰ So BVerwG NVwZ 1989, 863 (864); kritisch *Redeker*, NVwZ 1998, 589 f., der für ein gänzliches Entfallen der Bindungswirkung plädiert; *Engisch*, NordÖR 2013, 49 (51, m.w.N.), zufolge tritt diese hingegen bereits mit Bekanntgabe des Vorbescheides ein. Im hier besprochenen Verfahren thematisiert lediglich der VGH Kassel das Problem, dies allerdings nur andeutungsweise und im Rahmen der Statthaftigkeit der Untätigkeitsklage, Urt. v. 4.12.2008 – 4 A 882/08, Rn. 49 (juris).

²¹ Dazu grundlegend BVerwGE 31, 20; Überblick z.B. bei *Erbguth* (Fn. 18), § 8 Rn. 33. *Wickel*, in: Ehlers/Fehling/Pünder (Fn. 18), § 40 Rn. 225.

²² Zu diesen Unterscheidungen siehe *Finkelburg/Ortloff/Kment*, Öffentliches Baurecht, Bd. 1: Bauplanungsrecht, 6. Aufl. 2011, § 26 Rn. 27 ff. (bei § 34 BauGB), § 9 Rn. 3 ff.; 121 ff. (bei der Bauleitplanung).

¹⁴ BVerwGE 145, 290 (300 f. Rn. 30).

¹⁵ BVerwGE 145, 290 (303 f. Rn. 35).

¹⁶ Dazu allgemein *Schenke*, Polizei- und Ordnungsrecht, 8. Aufl. 2013, Rn. 249 f.; als eigenständige Kategorie für entbehrlich gehalten von *Denninger*, in: Lisken/Denninger (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts, 5. Aufl. 2012, Teil D Rn. 66.

¹⁷ Vgl. *Jarass*, BImSchG, Kommentar, 10. Aufl. 2013, § 17 Rn. 23 (zur heranrückenden Bebauung) und Rn. 38 (zur Beschränkung des Bestandsschutzes auf die Unverhältnismäßigkeit).

men zu können. Dementsprechend war subsidiär § 34 Abs. 1 BauGB auch für die zulässige Art der baulichen Nutzung einschlägig.

Ein Vorhaben fügt sich in die nähere Umgebung ein, nimmt also auf seine Umgebung gebührende Rücksicht, wenn es – so die erste Möglichkeit – den Rahmen der vorhandenen, die Eigenart der Umgebung prägenden Bebauung nicht überschreitet, es sei denn, das Vorhaben verursacht ausnahmsweise dennoch städtebaulich erhebliche Konflikte. Ein Vorhaben fügt sich zweitens aber auch dann ein, wenn es zwar aus dem Rahmen der vorhandenen Bebauung hinausfällt, aber ausnahmsweise dennoch keine städtebaulich relevanten Spannungen hervorruft.²³ Hier gab es in der Umgebung bereits andere Gewerbebetriebe und, in Form von Baumärkten, auch großflächige Einzelhandelsbetriebe (zu dieser Sonderform von Gewerbebetrieben vgl. 11 Abs. 3 Nr. 2 BauNVO). Das Gartencenter des B hält sich damit im Rahmen des Vorhandenen. Die Frage war damit, ob es dennoch wegen zu geringen Abstands zum Störfallbetrieb im Lichte des Unionsrechts bodenrechtlich relevante Spannungen hervorruft.

3. Möglichkeiten und Grenzen der richtlinienkonformen Auslegung

Die maßgebliche „Seveso-II“-Richtlinie bedurfte nach Art. 288 Abs. 3 AEUV der Umsetzung in das nationale deutsche Recht. Grundsätzlich ist dazu zwar ein ausdrücklicher gesetzlicher Umsetzungsakt erforderlich, doch ausnahmsweise kann schon das vorhandene Recht genügen, wenn es so ausgelegt werden kann, dass damit die für Deutschland verbindlichen Ziele der Richtlinie in vollem Umfang erreicht werden.²⁴

Das BVerwG sieht in dem Merkmal des „Sich-Einfügens“ in § 34 Abs. 1 BauGB und in dem darin zum Ausdruck kommenden Gebot der gegenseitigen Rücksichtnahme²⁵ insoweit ein wertungsoffenes, planerisches Korrektiv,²⁶ das den vorgegebenen Wertungen des Europarechtes zugänglich ist und damit einen geeigneten dogmatischen Anknüpfungspunkt²⁷ für die Anwendung des Art. 12 der Richtlinie bildet. Dies ist keineswegs zweifelsfrei;²⁸ allerdings überzeugt zunächst noch

die Einschätzung, auch eine bloß nachvollziehende Abwägung ohne Ermessen²⁹ (dazu näher unten 4.) in Rahmen des § 34 Abs. 1 BauGB könne in gewissem Umfang den Wertungsanforderungen bei der Abstandsbestimmung gem. Art. 12 Abs. 1 der Richtlinie Rechnung tragen. Einer solchen gebundenen Abwägung im Baugenehmigungsverfahren fehlen zwar die besondere demokratische Legitimation und der Grundrechtsschutz durch Verfahren, wie sie der planerischen Abwägung durch die Zuständigkeit des gewählten Gemeinderats (§ 10 Abs. 1 BauGB in Verbindung mit der GemO des jeweiligen Bundeslands) und die zweistufige Bürgerbeteiligung (§ 3 Abs. 1 und 2 BauGB)³⁰ zukommen. Dem trägt das Gericht aber dadurch Rechnung, dass es diese nachvollziehende Abwägung unter den Vorbehalt der Planungsbedürftigkeit bei besonders weitreichenden, über das enge Prüfprogramm des Rücksichtnahmegebots hinausgehenden Wertungen stellt (dazu näher unten 4.).

Problematischer erscheint die Annahme, das Grundstück des B gehöre auch bei gut 250 m Entfernung noch zur „näheren Umgebung“ der Recyclinganlage. Nach allgemeinem Verständnis ist beim Einfügen „auf diejenige Umgebung abzustellen, auf die sich die Ausführung des Vorhabens auswirken kann und die ihrerseits den bodenrechtlichen Charakter des Baugrundstücks prägt oder doch beeinflusst“.³¹ Aufgrund des Abstandsgebots des Art. 12 Abs. 1 der Richtlinie kann der Störfallbetrieb grundsätzlich durchaus eine Fernwirkung besitzen, die noch das Grundstück des B prägt. Doch unabhängig davon ist nach dem Wortlaut eben nur die *nähere* Umgebung maßgeblich. Entgegen dem BVerwG kann die Einbeziehung weiterreichender Fernwirkungen nicht auf den Vergleich des § 34 Abs. 1 mit Abs. 3 BauGB gestützt werden.³² Vielmehr gilt das Gegenteil: § 34 Abs. 3 BauGB wurde im EAG Bau 2004 gerade geschaffen, um über § 34 Abs. 1 BauGB hinaus auch (ökonomische) Fernwirkungen von Bauvorhaben auf andere Gemeindeteile oder Gemeinden erfassen zu können.³³ Zwar kann eine Norm und damit auch hier der

1039 (1040 ff. und 1047 ff.) und *Hendler*, DVBl. 2012, 532 (538 f.).

²⁹ Zum Begriff der nachvollziehenden Abwägung BVerwGE 115, 17 (24 f.); zur Gegenüberstellung von planerisch-gestaltender Abwägung und nachvollziehender Abwägung als sachgeleiteter Wertung mit voller gerichtlicher Kontrolle vgl. *Bönker* (Fn. 23), § 8 Rn. 186.

³⁰ Zur (grundrechtsschützenden) Bedeutung der Öffentlichkeitsbeteiligung im Bauleitplanungsverfahren siehe *Battis*, in: *Battis/Krautzberger/Löhr*, BauGB, Kommentar, 12. Aufl. 2014, § 3 Rn. 4.

³¹ BVerwGE 145, 290 (300 f. Rn. 30), im Anschluss an BVerwGE 55, 369 (380); dazu im Überblick *Mitschang/Reidt*, in: *Battis/Krautzberger/Löhr* (Fn. 30), § 34 Rn. 21.

³² Wie das BVerwG jedoch *Kraus*, ZfBR 2012, 324 (329).

³³ BT-Drs. 15/2250, S. 33; *Mitschang/Reidt* (Fn. 31), § 34 Rn. 66, vgl. auch Rn. 56. Nach BVerwGE 68, 360 (368) reicht die „nähere Umgebung“, in die sich ein großflächiger Einzelhandelsbetrieb einfügen muss, nicht so weit, wie die in der BauNVO (heute § 15) bezeichneten städtebaulichen Auswirkungen des Betriebs reichen können.

²³ Grundlegend BVerwGE 55, 369 (385 ff.); Überblick z.B. bei *Bönker*, in: *Hoppe/Bönker/Grotefels*, Öffentliches Baurecht, 4. Aufl. 2010, § 8 Rn. 143 ff.; *Erbguth* (Fn. 18), § 8 Rn. 36.

²⁴ Siehe *Streinz* (Fn. 6), Rn. 481; mit kritischer Tendenz wegen mangelnder Klarheit und Bestimmtheit EuGH, Urt. v. 10.5.2001 – C-144/99 = Slg. 2001, I-3541 (3565 Rn. 17) – Kommission/Niederlande.

²⁵ Zum „Einfügen“ als eine andere Formulierung für „hinreichend Rücksicht nehmen“ siehe schon BVerwGE 55, 359 (386 f.); Überblick z.B. bei *Finkelnburg/Orloff/Kment* (Fn. 22), § 26 Rn. 33; vgl. auch *Voßkuhle/Kaufhold*, JuS 2010, 497.

²⁶ *Berkemann*, ZfBR 2010, 18 (30).

²⁷ Alternative Vorschläge aus Literatur und Rechtsprechung (Nachw. dazu unten Fn. 36 und 48) wurden von BVerwGE 145, 290 (300 Rn. 29) mit einem knappen Verweis auf die Leistungsfähigkeit des Rücksichtnahmegebotes abgelehnt.

²⁸ Zu den unterschiedlichen Lösungsmöglichkeiten im Rahmen der bauaufsichtlichen Zulassung *Uechtritz*, BauR 2012,

Terminus „nähere Umgebung“ richtlinienkonform auch extensiv ausgelegt werden. Doch ähnlich wie eine verfassungskonforme Auslegung³⁴ ist eine richtlinienkonforme Auslegung nur in den methodischen Grenzen der Auslegung zulässig.³⁵

Andere wollen das richtlinienrechtliche Abstandsgebot im Rahmen von § 34 Abs. 1 S. 2 BauGB bei der weiteren Tatbestandsvoraussetzung berücksichtigen, dass das Vorhaben die Anforderungen an gesunde Wohn- und Arbeitsverhältnisse wahren muss.³⁶ Das Merkmal setzt jedoch voraus, dass die Wahrscheinlichkeit eines Schadens einer konkreten Gefahr nahekommmt; von einem Störfallbetrieb geht lediglich eine abstrakte Gefahr aus.³⁷ Ohnehin beschränkt dieser Ansatz die Lösung des Problems unnötigerweise auf den Anwendungsbereich des § 34 Abs. 1 BauGB; das Rücksichtnahmegebot erlaubt es dagegen, das richtlinienrechtliche Erfordernis des „angemessenen Abstandes“ auch im Geltungsbereich eines Bebauungsplanes (§ 31 Abs. 2 Nr. 3 BauGB, § 15 Abs. 1 S. 2 BauNVO) oder im Außenbereich (§ 35 Abs. 3 Nr. 3 BauGB, bzw. als unbenannten Belang nach § 35 Abs. 3 BauGB) zu berücksichtigen.³⁸

Wären die Grenzen richtlinienkonformer Auslegung überschränkt, so ließe sich noch daran denken, Art. 12 Abs. 1 der Richtlinie mangels hinreichender Umsetzung unmittelbar anzuwenden. Doch setzt die unmittelbare Anwendbarkeit zusätzlich dreierlei voraus: die Richtlinie muss hinreichend bestimmt und unbedingt sein, außerdem ist eine unmittelbare Anwendung zu Lasten des Bürgers unzulässig.³⁹ Hier ist Art. 12 der „Seveso-II“-Richtlinie zwar unbedingt formuliert, doch schon an der hinreichenden Bestimmtheit kann gezweifelt werden, da Art. 12 viele äußerst interpretationsoffene unbestimmte Rechtsbegriffe enthält.⁴⁰ Jedenfalls würde sich die unmittelbare Anwendung der Richtlinie zu Lasten des B

auswirken (sein Gartencenter wäre ggf. wegen Verstoßes gegen Art. 12 Abs. 1 der Richtlinie nicht genehmigungsfähig), dem dann mangels Einfügens für sein Gartencenter keine Baugenehmigung erteilt werden dürfte. Damit kann hier der Konflikt zwischen dem Wortlaut des § 34 Abs. 1 BauGB und den Anforderungen des Art. 12 der Richtlinie nicht durch dessen unmittelbare Anwendung gelöst werden.

4. Elastizität des Rücksichtnahmegebots in § 34 BauGB und Grenze der Planungsbedürftigkeit im System des deutschen Bauplanungsrechts

Um das Rücksichtnahmegebot in § 34 Abs. 1 BauGB für die Implementierung der Anforderungen des Art. 12 Abs. 1 der Richtlinie zu öffnen, bietet sich ein Blick auf andere baurechtliche Vorschriften an, die ebenfalls ein Rücksichtnahmegebot enthalten. Möglicherweise lassen sich dort dogmatische Anleihen machen. Solche Überlegungen klingen an mehreren Stellen der Entscheidung an, werden dort jedoch nicht vertieft.

Als erstes wäre dabei an § 50 S. 1 BImSchG zu denken,⁴¹ der gerade im Hinblick auf Störfallbetriebe in ausdrücklicher Umsetzung der „Seveso-II“-Richtlinie 96/82/EG ein weiträumigeres, nicht auf die nähere Umgebung beschränktes Abstandsgebot enthält.⁴² Maßstab für die gebotene Trennung ist dabei allein, dass schädigende Auswirkungen vermieden werden, unabhängig davon, wie weit Störfallbetrieb und schutzwürdige öffentlich genutzte Gebiete konkret voneinander entfernt sind. Wie aber schon die amtliche Überschrift deutlich macht, ist der Anwendungsbereich des § 50 BImSchG auf die Planung beschränkt. Er erfasst nicht die Zulassung einzelner Bauvorhaben.⁴³ Zwar spricht der Gesetzeswortlaut eingangs nicht allein von „raumbedeutsamen Planungen“, sondern es werden auch „Maßnahmen“ genannt. Doch die weitere Formulierung der Norm macht wiederum in Übereinstimmung mit der Überschrift deutlich, dass es sich um eine an die (Bauleit-) Planung gerichtete Vorschrift handelt. Überdies wird eine in planerischer Gestaltungsfreiheit

³⁴ Zur methodischen Parallelität von verfassungskonformer und richtlinienkonformer Auslegung siehe *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Bd. 1, 11. Aufl. 2013, S. 451 ff. m.w.N. und *Lutter*, JZ 1992, 593 (604 f.).

³⁵ Mit Kritik an einer zum Teil extensiven Handhabung *Streinz* (Fn. 6), Rn. 499 ff.; ausführlich *Halter*, Europarecht, 2. Aufl. 2007, Rn. 709 ff.; zur Problematik einer weiterreichenden richtlinienkonformen Rechtsfortbildung *Pötters/Christensen*, JZ 2011, 387 (391 f.).

³⁶ OVG Münster, Beschl. v. 21.2.2012 – 2 B 15/12, Rn. 8 f.; *Schröder/Kullick*, NZBau 2012, 691 (692).

³⁷ *Kraus*, ZfBR 2012, 324 (329).

³⁸ *Kukk*, ZfBR 2012, 219 (220); zur geringen Bedeutung der Wahrung gesunder Wohn- und Arbeitsverhältnisse neben dem Rücksichtnahmegebot vgl. allg. *Mitschang/Reidt* (Fn. 31), § 34 Rn. 39.

³⁹ Zum Verbot einer solchen sog. umgekehrt vertikalen Wirkung EuGH, Urt. v. 8.10.1987 – 80/86 = Slg. 1987, 3969 (3985 f. Rn. 8 ff.) – Kolpinghuis Nijmegen; allg. zu den Voraussetzungen der unmittelbaren Anwendung von Richtlinien im Überblick z.B. bei *Streinz* (Fn. 6), Rn. 486 ff.; *Bieber/Epiney/Haag*, Die Europäische Union, 10. Aufl. 2013, § 6 Rn. 61.

⁴⁰ So auch *Berkemann*, ZfBR 2010, 18 (30).

⁴¹ Für eine Heranziehung des § 50 BImSchG im Rahmen der Auslegung des § 34 Abs. 1 BauGB plädiert *Weidemann*, DVBl. 2006, 1143 (1148 f.); wohl auch *Hendler*, DVBl. 2012, 532 (538 f.); *Jarass* (Fn. 17), § 50 Rn. 8 f.

⁴² In der Ausbildung häufiger relevant wird die andere Alternative des § 50 Satz 1 BImSchG, dass nämlich bei raumbedeutsamen Planungen schädliche Umweltauswirkungen (§ 3 Abs. 1 BImSchG) auf Gebiete, die ausschließlich oder überwiegend dem Wohnen dienen, so weit wie möglich zu vermeiden sind. Ein Verstoß gegen dieses Optimierungsgebot (zum Begriff kritisch *Wickel* [Fn. 21], § 40 Rn. 154 f.) führt beim Bebauungsplan zu Abwägungsdisproportionalität und damit zu einem Verstoß gegen § 1 Abs. 7 BauGB; siehe z.B. BVerwG ZfBR 2005, 71; *Erbguth* (Fn. 18), § 8 Rn. 158, 164 f.

⁴³ BVerwG ZUR 2010, 139 (141); kritisch *Jarass* (Fn. 17), § 50 Rn. 8. BVerwGE 145, 290 (299 Rn. 26) erwähnt den § 50 BImSchG auch nur beiläufig im Zusammenhang mit dem Abwägungsgebot des § 1 Abs. 7 BauGB, von dem die bloße nachvollziehende Abwägung bei § 34 Abs. 1 BauGB abgegrenzt wird.

ergehende Entscheidung des zuständigen öffentlichen Planungsträgers vorausgesetzt. Die Entscheidung nach § 34 Abs. 1 BauGB ist jedoch keine derartige planerische, sondern eine gebundene Entscheidung.⁴⁴

Für die Zulassung einzelner Bauvorhaben findet sich ein Rücksichtnahmegebot ferner in § 15 Abs. 1 S. 2 BauNVO, dort auf den Geltungsbereich eines Bebauungsplans bezogen.⁴⁵ Auch dieses Rücksichtnahmegebot ist im Gegensatz zu § 34 Abs. 1 BauGB nicht auf die nähere Umgebung beschränkt, sondern erfasst nach dem Wortlaut das ganze „Baugebiet selbst“ und „dessen Umgebung“.⁴⁶ Allerdings liegt im Kontext des § 15 BauNVO erneut, wenn auch mittelbar, eine demokratisch-planerische Entscheidung im förmlichen Verfahren zu Grunde. Denn es geht ja um die Feinsteuerung bei der Anwendung eines Bebauungsplans. Immerhin findet jedoch § 15 Abs. 1 BauNVO analog auch im faktischen Baugebiet gem. § 34 Abs. 2 BauGB Anwendung⁴⁷ und wird in diesem Kontext unabhängig von einer demokratischen Planungsentscheidung aktiviert. Vor diesem Hintergrund erscheint es nicht gänzlich ausgeschlossen, den Rechtsgedanken des § 15 BauNVO im Rahmen des § 34 Abs. 1 BauGB bei der Ausdehnung der zu berücksichtigenden Umgebung fruchtbar zu machen.

Das Rücksichtnahmegebot ist schließlich auch als unbenannter öffentlicher Belang (die Aufzählung ist wegen des Worts „insbesondere“ nicht abschließend) in § 35 Abs. 3 BauGB anerkannt⁴⁸ und kann insoweit die Unzulässigkeit eines Bauvorhabens im Außenbereich begründen. Auch insoweit ist die Umgebung, auf die Rücksicht zu nehmen ist, nicht auf den näheren Bereich begrenzt. Wie im unbeplanten Innenbereich ist auch im Außenbereich keine demokratisch-planerische Grundentscheidung getroffen worden. Wichtiger als das dortige Rücksichtnahmegebot sind indes zwei weitere dogmatische Figuren, die das BVerwG ausdrücklich⁴⁹ oder implizit⁵⁰ aus § 35 BauGB übernimmt: Erstens bedarf es bei privilegierten Vorhaben im Sinne von § 35 Abs. 1 BauGB – anders als bei sonstigen Vorhaben nach dem dortigen Abs. 2⁵¹ – einer nachvollziehenden Abwägung, ob im Einzelfall die

Privilegierung des Vorhabens oder aber der durch dieses Vorhaben im Einzelfall beeinträchtigte öffentliche Belang überwiegt.⁵² Zweitens ist bei § 35 Abs. 3 BauGB als weiterer unbenannter Belang in gewissen Ausnahmesituationen auch noch die Planungsbedürftigkeit anerkannt; ein Vorhaben kann nicht aufgrund einer bloßen nachvollziehenden Abwägung aufgrund von § 35 Abs. 1/Abs. 2 BauGB zugelassen werden, wenn es bodenrechtliche Konflikte verursacht, die sich nur durch einen Bebauungsplan lösen lassen.⁵³ Diese Gedanken werden vom BVerwG auf § 34 Abs. 1 BauGB übertragen. Bewirkt ein Neuansiedlungsvorhaben wie hier möglicherweise das Gartencenter des B im Hinblick auf den Störfallbetrieb des N städtebauliche Spannungen, die im Wege einer nachvollziehenden Abwägung nicht beseitigt werden können, sondern einer planerischen Bewältigung bedürfen, ist also eine rechtsfehlerfreie Konfliktbewältigung auf das Festsetzungsinstrumentarium der Bauleitplanung mit Öffentlichkeitsbeteiligung angewiesen, so ist das Rücksichtnahmegebot in § 34 Abs. 1 BauGB verletzt.⁵⁴ In einem solchen Fall kann und muss dann dem Abstandsgebot gem. § 50 BImSchG durch Bauleitplanung (Erlass eines Bebauungsplans) Rechnung getragen werden, das Konditionalprogramm des Rechts der Vorhabenzulassung wäre damit überfordert.

Mit dieser kreativen Verknüpfung von dogmatischen Figuren, die in verwandten Bereichen des Bauplanungsrechts bereits anerkannt waren – Stichworte: weites Verständnis des Rücksichtnahmegebots, nachvollziehende Abwägung, Planungsbedürftigkeit – gelingt es dem BVerwG letztlich doch weitgehend, seine richtlinienkonforme Auslegung des „Einfügens“ bei § 34 Abs. 1 BauGB hinreichend an das Gesetz zurückzubinden und so dem Vorwurf der Rechtsfortbildung *praeter legem* zu entgehen.⁵⁵

IV. Fazit und Ausblick: Verarbeitungsmöglichkeiten in Prüfungsfällen

Die besprochene Entscheidung macht exemplarisch deutlich, welche herausragende Bedeutung das Systemverständnis im öffentlichen Recht besitzt, um auch auf den ersten Blick exotische Probleme kreativ lösen zu können.

Für eine Verwertung als Prüfungsfall (wegen der Schwierigkeit wohl nur auf Examensniveau möglich) müssten die Spezialfragen der Auslegung und Anwendung von Art. 12 Abs. 1 der „Seveso-II“-Richtlinie ausgeklammert werden, etwa indem im Sachverhalt als feststehend vorgegeben würde, dass der nach der Richtlinie einzuhaltende Abstands unterschritten wird. Zusätzliche baurechtliche Standardprobleme ließen sich in einen Klausur- oder Hausarbeitsfall z.B. dadurch einbauen, dass ein Bebauungsplan existiert, dessen Wirksamkeit zunächst

⁴⁴ Betont etwa von *Uechtritz*, *BauR* 2012, 1039 (1041).

⁴⁵ Grundlegend BVerwGE 98, 235 (243); Überblick z.B. bei *Finkelnburg/Ortloff/Kment* (Fn. 22), § 23 Rn. 18, 21.

⁴⁶ Näher *Roeser*, in: König/Roeser/Stock, *BauNVO*, Kommentar, 2. Aufl. 2003, § 15 Rn. 27.

⁴⁷ *Finkelnburg/Ortloff/Kment* (Fn. 22), § 26 Rn. 43.

⁴⁸ BVerwG NVwZ 2005, 328 (329); *Wickel* (Fn. 21), § 40 Rn. 254.

⁴⁹ Zur nachvollziehenden Abwägung vgl. BVerwGE 145, 290 (297 Rn. 23).

⁵⁰ Zur Planungsbedürftigkeit verweist BVerwGE 145, 290 (303 Rn. 35) unter anderem auf BVerwGE 117, 25 (29 f.), was § 35 BauGB zum Gegenstand hatte.

⁵¹ Dazu und zum daraus resultierenden Unterschied bei der Wirkung kollidierender öffentlicher Belange gemäß § 35 Abs. 3 BauGB im Rahmen des § 35 Abs. 1 einerseits und Abs. 2 BauGB andererseits im Überblick *Wickel* (Fn. 21), § 40 Rn. 251; *Erbguth* (Fn. 18), § 8 Rn. 59; vgl. bereits BVerwGE 48, 109 (114).

⁵² BVerwGE 124, 132 (142 f.); *Wickel* (Fn. 21), § 40 Rn. 249.

⁵³ Grundlegend BVerwGE 117, 25 (30); *Erbguth* (Fn. 18), § 8 Rn. 91.

⁵⁴ Überblick zur Planungsbedürftigkeit bei § 34 Abs. 1 BauGB bei *Mitschang/Reidt* (Fn. 31), § 34 Rn. 35.

⁵⁵ Das auch im Unionsrecht anerkannte Verbot der Auslegung *contra legem* bezieht sich nämlich nicht auf eine Wortlautgrenze, sondern ist funktionell zu verstehen; dazu allgemein *Manthey/Unselde*, *DÖV* 2011, 921 (924 ff.).

inzident zu prüfen wäre, bevor die Bearbeiter nach festgestellter Unwirksamkeit des Plans zu § 34 Abs. 1 BauGB und damit zu den hier besprochenen Problemen des Bundesverwaltungsgerichtsurteils gelangen.⁵⁶

Prof. Dr. Michael Fehling, LL.M. (Berkeley), Wiss. Mitarbeiter Paolo Ramadori, LL.M. (University College London), Hamburg

⁵⁶ Ein solcher Sachverhalt wurde vom erstgenannten *Autor* im Examensklausurenkurs der Bucerius Law School am 22.11.2013 zur Bearbeitung gestellt.

Entscheidungsbesprechung

Rechtsbeugung durch nachträgliche Urteilsergänzung

1. Der Tatbestand der Rechtsbeugung erfordert, dass sich der Richter bei der Leitung und Entscheidung einer Rechtssache bewusst und in schwerwiegender Weise von Recht und Gesetz entfernt und sein Handeln stattdessen an eigenen Maßstäben ausrichtet.

2. Die Abfassung der schriftlichen Gründe eines Strafurteils gehört noch zur Leitung und Entscheidung der Rechtssache.

3. Eine Verletzung von Verfahrensvorschriften stellt einen Rechtsbruch im Sinne des § 339 StGB dar, wenn darin allein oder unter Berücksichtigung der Motive des Täters ein elementarer Rechtsverstoß gesehen werden kann.

(Leitsätze des Verf.)

StGB §§ 339, 267 Abs. 3 Nr. 4
StPO § 275 Abs. 1

BGH, Urt. v. 18.7.2013 – 4 StR 84/13 (LG Halle)¹

I. Einführung

Während dem Tatbestand der Rechtsbeugung (§ 339 StGB²) im Schrifttum über eine lange Zeit hinweg große Aufmerksamkeit zuteil wurde,³ blieb er in der Praxis bis vor 20 Jahren nahezu bedeutungslos. Bis Anfang der 1990er Jahre gab es nur wenige verurteilende Entscheidungen;⁴ darunter betraf keine einzige einen Richter der NS-Justiz.⁵ Das änderte sich mit der Wiedervereinigung und der folgenden justiziellen Aufarbeitung des DDR-Justizrechts.⁶ Erst in ihrem Gefolge wurde die Rechtsbeugung gewissermaßen salonfähig und es folgten nunmehr auch Aburteilungen „normaler“ Richter.⁷

¹ Veröffentlicht in NStZ 2013, 655 m. Anm. Nestler; die Entscheidung ist ferner abrufbar unter:

<http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=6d4e23c8aa357322ae43ba8fb4ba69a3&nr=65050&pos=0&anz=1> (20.1.2014).

² Bis 1997: § 336 StGB; neue Nummerierung durch das Korruptionsbekämpfungsgesetz 1997, BGBl. I 1997, S. 2038.

³ Vgl. nur die umfangreiche Zusammenstellung bei Kühlen, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafrecht, Bd. 3, 4. Aufl. 2013, § 339 vor Rn. 1.

⁴ U.a. BGHSt 32, 357 (Jugendstaatsanwalt); 35, 224 (Rechtspfleger in Nachlasssachen).

⁵ BGHSt 41, 317 (339); eingehend zu der Thematik Freudiger, Die juristische Aufarbeitung von NS-Verbrechen, 2002, S. 294 ff.

⁶ Vgl. die einschlägigen Entscheidungen BGHSt 40, 169; 40, 272; 41, 157; 41, 317; 44, 275; BGH NJ 1997, 547; BGH NStZ-RR 1998, 171; BGH NStZ-RR 1999, 42; BGH NStZ 1999, 455.

⁷ BGHSt 42, 343; 47, 105; BGH NStZ 2010, 92; BGH NStZ 2013, 106; BGH NStZ 2013, 648.

Eine solche Entscheidung stellt diejenige des 4. Strafsenats dar, die Fehlverhalten des Vorsitzenden einer Berufungsstrafkammer thematisiert und sich besonders eignet, die Eigenheiten der Rechtsbeugung (die nicht in allen, aber einigen Bundesländern zum Prüfungsstoff gehört) aufzuzeigen.

II. Der Sachverhalt

Die Strafkammer des LG Halle hatte den Angeklagten, einen vorläufig des Dienstes enthobenen Vorsitzenden Richter am LG Dessau-Roßlau, vom Vorwurf der Rechtsbeugung in Tateinheit mit Urkundenfälschung in fünf Fällen⁸ freigesprochen.⁹ Der Angeklagte war 1996 zum Vorsitzenden Richter ernannt und später mit der Leitung einer kleinen (Berufungs-) Strafkammer betraut worden. In den Jahren 1999, 2002 und 2006 wurde er disziplinarisch belangt, weil er mehrfach Strafurteile erst mit erheblicher Verspätung (von bis zu einem Jahr!) hatte zustellen lassen. Unter anderem wegen der verfahrensgegenständlichen Tatvorwürfe ist er seit 2008 vorläufig des Dienstes enthoben.¹⁰

Die jetzt abzuurteilenden Vorwürfe ähneln nach den Feststellungen der Strafkammer offenbar dem früheren Fehlverhalten des angeklagten Richters. In allen fünf Fällen hatte die kleine Strafkammer unter seinem Vorsitz Berufungen von Angeklagten verworfen und diese hatten daraufhin Revision eingelegt.¹¹ Nach § 275 Abs. 1 S. 1 und 2 StPO hätte der Vorsitzende daraufhin das vollständige schriftliche Urteil binnen fünf Wochen nach Urteilsverkündung abzufassen und zur Akte zu bringen gehabt; den Zeitpunkt, zu welchem dies geschieht, hat die Geschäftsstelle zu vermerken (§ 275 Abs. 1 S. 5 StPO), was üblicherweise durch einen entsprechenden Datumsvermerk auf der ersten Seite des für die Akte bestimmten Urteilsoriginals geschieht. Nach diesem Zeitpunkt dürfen die Urteilsgründe prinzipiell¹² nicht mehr geändert werden (§ 275 Abs. 1 S. 3 StPO). Tatsächlich verfasste der Angeklagte in der Fünfwochenfrist lediglich höchst unvollständige schriftliche Urteile. Diese enthielten zwar regelmäßig Rubrum, Tenor, Feststellungen zur Person, Prozessgeschichte und Kostenentscheidung – also die einfachsten Ab-

⁸ In einem Fall war zudem Tateinheitlich Strafreitelung im Amt angeklagt. Aus einem Beschwerdebeschluss des OLG Naumburg in dieser Sache (OLG Naumburg NStZ 2013, 533 [535]) lässt sich ersehen, dass es insoweit um die verzögerte Vollstreckungseinleitung nach Revisionsrücknahme geht (vgl. dazu die betreffende Fallschilderung im Urteil des BGH, Urt. v. 18.7.2013 – 4 StR 84/13, Rn. 9); der Tatbestand wird vom Senat in der Folge allerdings nicht weiter erwähnt und daher auch hier ausgeblendet.

⁹ BGH, Urt. v. 18.7.2013 – 4 StR 84/13, Rn. 1.

¹⁰ BGH, Urt. v. 18.7.2013 – 4 StR 84/13, Rn. 3.

¹¹ BGH, Urt. v. 18.7.2013 – 4 StR 84/13, Rn. 5-10.

¹² Die Ausnahme des § 267 Abs. 4 S. 4 StPO (Ergänzung eines zunächst zulässigerweise abgekürzten Urteils auf nachträgliche Rechtsmitteleinlegung hin) lag in den abzuurteilenden Fällen nicht vor. Darüber hinaus dürfen nur noch offensichtliche Schreib- und sonstige Versehen im Urteil berichtigt werden, vgl. Meyer-Goßner, Strafprozessordnung, Kommentar, 56. Aufl. 2013, § 267 Rn. 39.

schnitte des Urteils –, aber keine Feststellungen zur Sache, keine Beweiswürdigung und keine Strafzumessungsgründe. In zwei Fällen war der Angeklagte sogar so weit gegangen, Feststellungen zur Sache in seine Urteile zu bringen, die mit den abzuurteilenden Verfahren überhaupt nichts zu tun hatten, sondern andere Strafverfahren betrafen¹³ – offenbar hatte er also ältere Urteile als Vorlagen genommen und diese nur unvollständig umgearbeitet. Die jeweils ersten Seiten der Urteile enthielten aber immerhin alles, was dort hingehörte, weshalb er – regelmäßig kurz vor Ablauf der Frist des § 275 Abs. 1 S. 2 StPO – auf ihnen den Eingangsvermerk der Geschäftsstelle hatte anbringen lassen können.

Nun mussten die Urteile freilich noch den die Revision führenden Angeklagten der fünf Berufungsverfahren zugestellt werden (§ 343 Abs. 2 StPO), aber das ging selbstverständlich nicht, weil sie sich in einem Zustand befanden, der wegen des Fehlens bzw. der falschen Tatfeststellungen auf jede Sachrüge hin zur Urteilsaufhebung durch das Revisionsgericht geführt hätte. Folglich veranlasste der Angeklagte erst einmal gar nichts, und zwar in den Anklagefällen zwischen sieben und fünfzehn Monate lang! Offenbar auf Mahnungen hin, den Verfahren endlich Fortgang zu geben, tat er dann, was er keinesfalls durfte: Um die Urteilsaufhebung zu vermeiden und zugleich seine Pflichtvergessenheit zu verdecken, schrieb er die Urteile nunmehr in einer vorzeigbaren Fassung von Neuem nieder. Sodann tauschte er heimlich deren erste Seite mit der ersten Seite der jeweils in den Akten befindlichen Altversion aus, auf welcher sich der Eingangsvermerk der Geschäftsstelle befand, und veranlasste anschließend die Zustellung von Ausfertigungen dieser so veränderten Urteilsurkunden.¹⁴

In den folgenden Revisionsverfahren wurden drei der Revisionen gegen die (neuen) Urteile des Angeklagten vom Oberlandesgericht Naumburg ganz oder teilweise verworfen, mit der Folge einer Rechtskraft der jeweiligen Schuldsprüche.¹⁵ In einem weiteren Fall hatte der Revisionsführer die Revision zwischenzeitlich zurückgenommen¹⁶ und nur in einem der Verfahren hob das Oberlandesgericht das Urteil des Angeklagten insgesamt auf und verwies die Sache an eine andere kleine Strafkammer des Landgerichts Dessau-Roßlau zurück.¹⁷

Den Freispruch des Angeklagten von den Tatvorwürfen begründete die Strafkammer damit, er habe nicht gehandelt, um die jeweiligen Revisionsführer im Sinne von § 339 StGB zu benachteiligen, sondern um den Anschein eigener Leistungsfähigkeit aufrecht zu erhalten und weiteren Disziplinarmaßnahmen zu entgehen. Wenn aber sein Verhalten deshalb keine Rechtsbeugung darstelle, so könne wegen der Sperrwirkung von § 339 StGB auch keine Strafbarkeit wegen Urkundenfälschung vorliegen.¹⁸

III. Die Entscheidung des Senats

Der *Senat* hielt diese rechtliche Bewertung für fehlerhaft, weshalb er das freisprechende Urteil aufhob und die Sache an eine andere Strafkammer des LG Halle zurückverwies. Im Mittelpunkt seiner Ausführungen steht die Subsumtion unter § 339 StGB, während die Urkundenfälschung nur am Rande Erwähnung findet.

1. Verhalten bei Leitung oder Entscheidung einer Rechtssache

Die Rechtsbeugung in der hier interessierenden Variante verlangt im Tatbestand eine „Beugung des Rechts“, die „zum Nachteil einer Partei“ durch einen Richter „bei der Entscheidung oder Leitung einer Rechtssache“ geschieht. Als erstes Problem taucht dabei die Frage auf, ob das Verhalten des Angeklagten noch die Entscheidung oder Leitung der Rechtssache¹⁹ „Strafverfahren“ betraf. Denn Absetzen und zur Akte Bringen der unvollständigen Urteile geschahen zwar entgegen den Vorschriften über den notwendigen Urteilsinhalt (insb. § 267 Abs. 1 Sätze 1 und 2 StPO), aber nicht zum Nachteil der jeweiligen Revisionsführer, die im Gegenteil sogar – was keineswegs der Intention des Angeklagten entsprach – einen Vorteil erlangt hatten; immerhin waren damit „ihre“ Urteile durch die Revision höchst angreifbar geworden. Angeklagt war daher die nachträgliche Urteilsänderung, also ein Verhalten nach Abschluss des eigentlichen Geschehens in der Berufungsinanz. Gleichwohl bejaht der *Senat* ein Geschehen noch während der „Leitung einer Rechtssache“. Leitung sei „der Inbegriff aller Maßnahmen, die auf die Erledigung der Sache abzielen“.²⁰ Die folgende Subsumtion geschieht allerdings ein wenig ungenau, denn der *Senat* argumentiert, das *Abfassen* der Urteilsgründe gehöre zur originären Aufgabe des Richters, vor allem bei Anfechtung des Urteils im Wege der Revision.²¹ Das ist unbestreitbar, allerdings betraf das Verhalten des Angeklagten nicht das Abfassen der Urteile, sondern den nachträglichen Austausch der bereits abgefassten Urteile. Dennoch ist dem *Senat* im Ergebnis zuzustimmen, denn auch die Zustellung des Urteils gehört zur Rechtssache, solange die endgültige Entscheidung in der Revision noch aussteht, die ihrerseits auf der Urteilszustellung fußt. Denn diese setzt die Revisionsbegründungsfrist in Gang (§ 345 Abs. 1 S. 2 StPO) und die notwendige Begründung der Revision wie die Prüfung des Revisionsgerichts erstreckt sich allein auf das Urteil in seiner schriftlichen, zugestellten Fassung.²² Folglich kann die richterlich angeordnete Zustellung eines verfälschten Urteils prinzipiell unter § 339 StGB fallen.

¹³ BGH, Ur. v. 18.7.2013 – 4 StR 84/13, Rn. 8 f.

¹⁴ BGH, Ur. v. 18.7.2013 – 4 StR 84/13, Rn. 5 ff., 10.

¹⁵ BGH, Ur. v. 18.7.2013 – 4 StR 84/13, Rn. 5, 7 f.

¹⁶ BGH, Ur. v. 18.7.2013 – 4 StR 84/13, Rn. 9.

¹⁷ BGH, Ur. v. 18.7.2013 – 4 StR 84/13, Rn. 6.

¹⁸ BGH, Ur. v. 18.7.2013 – 4 StR 84/13, Rn. 11.

¹⁹ Zum – hier völlig unproblematischen – Begriff der Rechtssache vgl. *Stein/Rudolphi*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 128. Lfg., Stand: September 2011, § 339 Rn. 6 ff.; *Kuhlen* (Fn. 3), § 339 Rn. 22 ff.

²⁰ BGH, Ur. v. 18.7.2013 – 4 StR 84/13, Rn. 14; ähnlich bereits BGHSt 12, 191 (192).

²¹ BGH, Ur. v. 18.7.2013 – 4 StR 84/13, Rn. 14.

²² *Meyer-Gößner* (Fn. 12), § 337 Rn. 22; BGHSt 35, 238 (241).

2. Beugung des Rechts

Zur Frage, ob eine Beugung des Rechts vorliegt, verwendet der *Senat* die vom BGH in letzter Zeit stetig wiederholte Formel, der Richter müsse sich „bewusst und in schwerwiegender Weise von Recht und Gesetz entfernt und sein Handeln [stattdessen] [...] an eigenen Maßstäben“ ausgerichtet haben.²³ Er verlangt demnach sowohl ein objektives Element (schwerwiegende Rechtsverletzung) als auch ein subjektives (Bewusstsein der Rechtsverletzung). Beide sieht er als gegeben an, wobei er das Rechtsbeugungsbewusstsein ersichtlich aus der Heimlichkeit des Vorgehens des Angeklagten schließt.²⁴

Im Schrifttum haben sich demgegenüber – ähnlich den Aussagetheorien – eine objektive, eine subjektive und eine Pflichtverletzungslehre herausgebildet.²⁵ Vertreter der objektiven Lehre begnügen sich im Kern mit einem objektiven Rechtsbruch in Gestalt einer unververtretbaren richterlichen Vorgehensweise.²⁶ Demgegenüber verlangt die (heute wohl von niemandem mehr vertretene) subjektive Theorie nur eine Entscheidung, die im Widerspruch zur eigenen Überzeugung des Richters ergeht. Ob sie in der Sache letztlich richtig ist, bleibt dabei irrelevant.²⁷ Eine Zwischenstellung nimmt die Pflichtverletzungslehre ein, die ein Handeln unter Missachtung rechtlicher Regelungen, insb. aus sachfremder Motivation heraus, verlangt, das zu einer veränderten Entscheidung geführt hat, mag diese auch objektiv noch vertretbar erscheinen.²⁸ Im Fall des *Senats* kämen freilich alle diese Theorien in gleicher Weise zur Strafbarkeit des Angeklagten. Selbst wenn man sich deshalb eine nähere Positionierung an sich ersparen könnte, so erscheint doch im Hinblick auf die Vermengung objektiver und subjektiver Elemente in der Begründung des *Senats* der Versuch einer Klarstellung angebracht.

Das Merkmal der Beugung des Rechts gehört zum objektiven Tatbestand und die Strafvorschrift des § 339 StGB verlangt seit dem EGStGB 1974²⁹ im Prinzip nur noch bedingten Vorsatz,³⁰ während die vorherige Fassung³¹ von der Rspr. so

interpretiert wurde, dass sie mindestens mit *dolus directus* 2. Grades begangen werden müsste.³² Die Normgenese spräche daher an sich für die objektive Theorie. Das „Beugen“ des Rechts (im Sinne eines Verbiegens oder Verdrehens³³) bezeichnet indes ein Verhalten, welches offenkundig mehr beinhaltet als eine noch so gravierend falsche Rechtsanwendung (sonst hätte der Gesetzgeber diesen Begriff verwenden können) und ebenso offenkundig etwas anderes ist als ein schlichter Rechtsbruch. Deswegen kann eine ausschließlich an objektiven Erfolgskriterien orientierte Definition der „Rechtsbeugung“ im Sinne der objektiven Theorie nicht gelingen. Denn alle möglichen Schattierungen einer verfehlten richterlichen Entscheidung sind bereits durch Begriffe wie Rechtswidrigkeit, Rechtsfehler oder Rechtsbruch besetzt und ein eigenständiger Bereich der Rechtsbeugung wäre von daher nicht vorstellbar. Er kann erst durch Einbeziehung zusätzlicher Verhaltens- oder subjektiver Kriterien konstruiert werden.³⁴

Von daher wäre es an sich durchaus konsequent, wenn der *Senat* einen „bewussten Rechtsverstoß“ verlangt.³⁵ Zwar befremden Sätze wie „Für den objektiven Tatbestand reicht der bewusste Rechtsverstoß“³⁶ jeden, der in starren Systemkategorien eines objektiven und davon separaten subjektiven Tatbestandes denkt. Indes ist die subjektive Aufladung objektiver Tatbestandsmerkmale nichts ganz Ungewöhnliches (z.B. bei der Heimtücke in § 211 StGB, der Täuschung in § 263 StGB oder der Verkehrsfremdheit in § 315b StGB); die vollständige Subsumtion des fraglichen Merkmals unter Einschluss subjektiver Elemente muss dann notgedrungen im objektiven Tatbestand stattfinden und darf nicht auseinander gerissen werden.

Allerdings ist das zitierte „Bewusstsein“ von einem *dolus directus* 2. Grades praktisch kaum noch zu unterscheiden,³⁷ womit sich der *Senat* den Vorwurf gefallen lassen muss, den gesetzgeberischen Willen zu ignorieren. Ein subjektiver Bedeutungsinhalt des „Beugens“ geht von daher notwendigerweise in eine andere Richtung. Spürt man dazu dem Wortsinn des „Beugens“ nach, so beschreibt dieses ein Verhalten, welches das Recht in seinen Dienst nimmt (statt, wie es richtig wäre, sich vom Recht leiten zu lassen). Nicht mehr das Recht liefert den Maßstab für die richterliche Vorgehensweise, sondern andere Motive und Kriterien bestimmen, warum der Richter seine Entscheidung so und nicht anders trifft. Die Rechtsbeugung wird also durch ein Verhalten charakterisiert, bei welchem der Richter nicht auf die Regeln der Rechtsan-

²³ BGH, Urt. v. 18.7.2013 – 4 StR 84/13, Rn. 13; ebenso bereits zuvor BGHSt 38, 381 (383); 40, 272 (283 f.); 41, 247 (251); 47, 105 (108 f.).

²⁴ BGH, Urt. v. 18.7.2013 – 4 StR 84/13, Rn. 17.

²⁵ *Maurach/Schroeder/Maiwald*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 9. Aufl. 2005, § 77 Rn. 8.

²⁶ *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 60. Aufl. 2013, § 339 Rn. 15c; *Heine*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2010, § 339 Rn. 5a f.; *Maurach/Schroeder/Maiwald* (Fn. 25), § 77 Rn. 10.

²⁷ Vgl. *Sarstedt*, in: Lüttger u.a. (Hrsg.), Festschrift für Ernst Heinitz zum 70. Geburtstag, 1972, S. 427 (S. 433 ff.); v. *Weber*, NJW 1950, 275.

²⁸ *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 14. Aufl. 2013, § 61 Rn. 14, 17; *Wessels/Hettinger*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 37. Aufl. 2013, Rn. 1134a; *Stein/Rudolphi* (Fn. 19), § 339 Rn. 11 ff.

²⁹ BGBI. I 1974, S. 469.

³⁰ Vgl. den Bericht des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform, BT-Drs. 7/1261, S. 22 f., nachdem der Entwurf des EStGB zuvor noch absichtliches oder wesentliches Handeln verlangt hatte (BT-Drs. 6/3250, S. 265 f.).

³¹ § 336 StGB a.F. lautete in der fraglichen Passage wie folgt: „[...] welcher sich bei der Leitung oder Entscheidung einer Rechtssache *vorsätzlich* zugunsten oder zum Nachteil einer Partei einer Beugung des Rechts schuldig macht, ...“ (*Hervorhebung des Verf.*).

³² BGHSt 10, 294; *Lehmann*, NSTZ 2006, 127 (127 f.).

³³ *Wessels/Hettinger* (Fn. 28), Rn. 1133.

³⁴ *Kuhlen* (Fn. 3), § 339 Rn. 65, spricht treffend von einer „finalen Prägung des Begriffs Beugung des Rechts“.

³⁵ BGH, Urt. v. 18.7.2013 – 4 StR 84/13, Rn. 20.

³⁶ BGH, Urt. v. 18.7.2013 – 4 StR 84/13, Rn. 20.

³⁷ *Lehmann*, NSTZ 2006, 127 (130 f.).

wendung hört, sondern sich entweder subjektiv von sachfremden Erwägungen oder objektiv von unjuristischer Methodik leiten lässt (indem er z.B. das Ergebnis erwürfelt). Sein Vorgehen ist dann nur noch scheinbare Rechtsanwendung und stellt in Wahrheit ein Rechtvortäuschen um anderer Ziele willen dar.

Diese Deutung (die weitgehend der Pflichtverletzungslehre entspricht) vermeidet nicht nur den Widerspruch zur Intention des Gesetzgebers, auf ein Wissen um den Rechtsverstoß verzichten zu wollen. Sie öffnet den Tatbestand zugleich für Verhaltensweisen, die zwar aus sachfremden Erwägungen erfolgen, dabei aber den Boden des im Ergebnis noch Vertretbaren nicht verlassen (und daher objektiv insofern keinen „Rechtsverstoß“ darstellen) und mit denen die Rspr. bislang nicht konsequent umzugehen versteht.³⁸ Der objektive Rechtsbeugungserfolg braucht sich deshalb keineswegs in einer geradezu unvertretbaren Entscheidung zu manifestieren;³⁹ es genügt vielmehr eine Abweichung des Ergebnisses von demjenigen, welches der fragliche Richter unter Zugrundelegung rechtlicher Maßstäbe nach seiner bisherigen Entscheidungspraxis gewonnen hätte.⁴⁰ Ein solches Abweichen wiederum hat der Täter als Möglichkeit zu erkennen und in Kauf zu nehmen; insoweit genügt folglich dolus eventualis.

Im Fall des *Senats* handelte der Angeklagte, um seine Dienstverfehlungen zu decken, also aus sachfremden Motiven. Ohne diese Motivation hätte er dem Recht gehorchend den Dingen ihren Lauf gelassen, womit die Angeklagten aus den jeweiligen Berufungsverfahren wegen der dann unvollständig gebliebenen Berufungsurteile in der Revisionsinstanz vollständigen Erfolg gehabt hätten.

3. Handeln zum Nachteil einer Partei

Mit dem Handeln (zu Gunsten oder) zum Nachteil einer Partei enthält § 339 StGB daneben eine zweite Erfolgskomponente. Der Begriff der „Partei“ ist hier nicht zivilprozessual zu verstehen, sondern umfasst alle im Verfahren einander mit unterschiedlichen Interessen gegenüberstehenden Rechtssubjekte.⁴¹ Angeklagte und Staatsanwaltschaft sind daher ebenfalls Parteien im Sinne von § 339 StGB.⁴² Der „Nachteil“ wiederum ist nicht im Vergleich zur „richtigen“ Endentscheidung zu bestimmen, sondern es genügt auch nach der Entscheidung des *Senats* jede unmittelbare Schlechterstellung

einer Partei innerhalb der Instanz⁴³ und selbst bei Zwischenentscheidungen.⁴⁴ Da die Manipulationen des Angeklagten den bereits eingelegten Revisionen die andernfalls erfolgreiche Rüge unvollständiger und den Schuldspruch nicht tragender Tatfeststellungen nahmen, war ein solcher Nachteil evident; völlig gleichgültig bleibt demgegenüber, ob das Berufungsurteil in der Sache zutrifft oder ob die Revisionen ohnehin aus anderen Gründen durchdringen würden.⁴⁵ Für den – auch insoweit genügenden – bedingten Vorsatz spielt es deshalb keine Rolle, ob der Angeklagte von der sachlichen Richtigkeit seiner gefällten Urteile überzeugt war, sondern allein, ob er die prozessualen Folgen seiner manipulativen Handlung überblickte; davon ist bei einem erfahrenen Strafrichter indes zweifelsfrei auszugehen. Auf die offenbar von der Strafkammer zusätzlich geforderte (und beim Angeklagten vermisste) Absicht, Nachteil zuzufügen, konnte es deshalb überhaupt nicht ankommen.

4. Urkundenfälschung und Sperrwirkung des § 339 StGB

Durch den Austausch der jeweils ersten Urteilsseiten hatte der Angeklagte zugleich eine Urkundenfälschung nach § 267 StGB in Gestalt eines besonders schweren Falles nach Abs. 3 Nr. 4 begangen. Er hatte dabei nicht etwa die eigene Erklärung verändert,⁴⁶ sondern vor allem den Bezugsinhalt der von der Geschäftsstellenkraft erstellten Urkunde über den Eingang des Urteils. Dieses Delikt erwähnt der *Senat* nur am Rande,⁴⁷ da insoweit schon die Strafkammer richtigerweise von einer Tatbestandserfüllung ausgegangen war. Allerdings hatte sie sich an einem entsprechenden Schuldspruch wegen der Sperrwirkung des § 339 StGB gehindert gesehen.⁴⁸ In einem obiter dictum widerspricht der *Senat* auch dem; er neige zu der Annahme, angesichts der Sachverhaltskonstellation werde die Urkundenfälschung von einer Sperrwirkung der Rechtsbeugung nicht erfasst.⁴⁹

Die von Rspr. und h.M. angenommene Sperrwirkung tritt ein, sobald ein Richter zwar in der tatbestandlichen Situation des § 339 StGB handelt, dabei aber gerade nicht den Tatbestand der Rechtsbeugung erfüllt. Alle in diesem Kontext denkbaren weiteren Straftaten (u.a. Freiheitsberaubung, Untreue, Strafveteilung im Amt) sollen dann ebenfalls nicht bestrafbar sein, denn erst wenn der Richter das Recht beuge, verlasse er den ihm im Interesse seiner sowie der Unabhängigkeit der Rechtspflege zugestandenem Raum freier Entscheidung.⁵⁰

³⁸ Vgl. BGHSt 47, 105: an sich noch vertretbare Verzögerung aus sachfremden Motiven heraus; BGHSt 44, 258 (261: begründbare Verfahrenseinstellung aus sachfremden Gründen); dazu eingehend *Kuhlen* (Fn. 3), § 339 Rn. 54 f., 62.

³⁹ Enger wohl *Stein/Rudolphi* (Fn. 19), § 339 Rn. 13 ff. Meine frühere, hierzu anderslautende Auffassung (*Heghmanns*, Strafrecht für alle Semester – Besonderer Teil, 2009, Rn. 2073) gebe ich auf.

⁴⁰ *Wessels/Hettinger* (Fn. 28), Rn. 1134a.

⁴¹ RGSt 25, 276 (277); *Kuhlen* (Fn. 3), § 339 Rn. 72.

⁴² *Stein/Rudolphi* (Fn. 19), § 339 Rn. 18a; vgl. BGHSt 42, 343 (351).

⁴³ BGH, Urt. v. 18.7.2013 – 4 StR 84/13, Rn. 18 f., 21; *Stein/Rudolphi* (Fn. 19), § 339 Rn. 9, 18b.

⁴⁴ *Stein/Rudolphi* (Fn. 19), § 339 Rn. 18b.

⁴⁵ BGH, Urt. v. 18.7.2013 – 4 StR 84/13, Rn. 21.

⁴⁶ Die Fälschbarkeit eigener Urkunden wird zwar von der Rspr. und Teilen der Literatur angenommen, ist jedoch abzulehnen. Vgl. zu der Thematik eingehend *Heghmanns* (Fn. 39), Rn. 1379 f. m.w.N.

⁴⁷ BGH, Urt. v. 18.7.2013 – 4 StR 84/13, Rn. 17.

⁴⁸ BGH, Urt. v. 18.7.2013 – 4 StR 84/13, Rn. 2.

⁴⁹ BGH, Urt. v. 18.7.2013 – 4 StR 84/13, Rn. 22.

⁵⁰ *Heine* (Fn. 26), § 339 Rn. 10a; *Kuhlen* (Fn. 3), § 339 Rn. 90 ff.; *Fischer* (Fn. 26), § 339 Rn. 21; BGHSt 10, 294

Überschreitet er allerdings die Grenzen zur Rechtsbeugung, so entfällt auch jede Sperrwirkung; der Richter kann dann zugleich wegen anderer Straftaten zur Verantwortung gezogen werden. Die praktische Bedeutung der Sperrwirkung sinkt freilich, soweit man für § 339 StGB bedingten Vorsatz genügen lässt (s.o. unter 2.)⁵¹ und dadurch die Strafbarkeitsgrenzen gewöhnlicher Vorsatzdelikte derjenigen der Rechtsbeugung angleicht. Relevanz behält sie immerhin dort, wo Fahrlässigkeitsdelikte denkbar wären (z.B. § 229 StGB durch die fahrlässig rechtswidrige Anordnung einer Blutentnahme nach § 81a StPO⁵²).

Ausnahmen von einer Sperrwirkung hat die Rspr. bislang dann anerkannt, wenn sich das Verhalten des Richters sachlich „so weit von einer Maßnahme der ‚Leitung oder Entscheidung einer Rechtssache‘ [entfernt], daß sie rechtlich nicht [mehr] als eine solche gewertet werden kann“.⁵³ Mit seinem obiter dictum deutet der *Senat* offenbar an, der Angeklagte habe sich mit seiner Urteilsfälschung ebenfalls zu weit von einer richterlichen Tätigkeit entfernt, um noch deren privilegierenden Schutz genießen zu können. Das mag zwar zutreffen, stünde dann indes im Widerspruch zur vorherigen Bejahung einer Rechtsbeugung anlässlich der Leitung einer Rechtssache. Man kann dieses Merkmal im Rahmen des § 339 StGB nicht bejahen, um es – falls § 339 StGB aus anderen Gründen nicht erfüllt ist – gewissermaßen nach Belieben im anderen Zusammenhang zu verneinen. Wie so häufig bei obiter dicta wäre es daher klüger gewesen, über das Thema Sperrwirkung gänzlich zu schweigen.

IV. Bewertung

Der Entscheidung des *Senats* ist von ihrem Ergebnis her uneingeschränkt beizupflichten. Mit seiner Begründung verfestigt er allerdings die Fehlentwicklung einer Rückkehr zum Erfordernis eines direkten Rechtsbeugungsvorsatzes, indem er – ohne Not – das Erfordernis eines bewussten Rechtsverstoßes betont. Hintergrund mag der Wunsch sein, die Richterschaft durch eine Ausdehnung des Strafbarkeitsbereichs nicht zu verunsichern. *Lehmann* hat dies treffend so ausgedrückt: „Um die Souveränität des Richters zu wahren, nimmt man manche Seltsamkeit in Kauf.“⁵⁴ Tatsächlich dürfte die Sorge um die richterliche Unabhängigkeit unbegründet sein, denn wenn man § 339 StGB im Ergebnis auf Entscheidungen aus sachfremden Motiven oder unter Verwendung unjuristischer Methodik reduziert, so träfe dies keinen Richter, der ehrlich um Antworten auf Rechtsfragen ringt und dabei Entscheidungen fällt, von deren völliger Richtigkeit er – bei selbstkritischer Reflexion – im Grunde niemals gänzlich überzeugt sein dürfte. Es spräche also nichts dagegen, dem Willen des Gesetzgebers folgend von dem Kriterium des bewussten Rechtsverstoßes Abschied zu nehmen.

Prof. Dr. Michael Heghmanns, Münster

(298); OLG Karlsruhe NStZ-RR 2005, 12 (13); ablehnend *Stein/Rudolphi* (Fn. 19), § 339 Rn. 1c ff.

⁵¹ In dieser Richtung auch *Heine* (Fn. 26), § 339 Rn. 10a.

⁵² Beispiel nach *Stein/Rudolphi* (Fn. 19), § 339 Rn. 1i.

⁵³ BGHSt 32, 357 (365).

⁵⁴ *Lehmann*, NStZ 2006, 127 (131).

Entscheidungsanmerkung

Auskunfts- und Wertermittlungsansprüche des Pflichtteilsberechtigten bei dürftigen Nachlässen

Dürftigkeitseinrede gegenüber dem Anspruch auf Auskunftserteilung durch Vorlage eines notariellen Bestandsverzeichnisses gem. § 2314 Abs. 1 S. 3 BGB. (Redaktioneller Leitsatz)

BGB §§ 1990 Abs. 1, 2314 Abs. 1 S. 3, 2328

OLG München, Beschl. v. 17.6.2013 - 44 O 344/12 (LG Landshut)¹

I. Sachverhalt (vereinfacht)

Die Parteien streiten gerichtlich um Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungsansprüche nach dem Tod der Erblasserin (E). Die E war in erster Ehe verheiratet. Aus der Ehe sind drei Kinder A, B und C hervorgegangen. Weitere Abkömmlinge hatte E nicht. Ihr Sohn A ist vorverstorben. Die Klägerin ist die Tochter des vorverstorbenen A. Der Beklagte ist der Ehemann der E und aufgrund eines im Jahr 1986 geschlossenen Erbvertrages Alleinerbe.

Der Beklagte und die E waren Eigentümer zu je ½ von zwei bebauten Grundstücken.

Noch zu Lebzeiten haben die E und der Beklagte ihre Eigentumsanteile an den Grundstücken an ihre Kinder B und C übereignet. Es handelte sich insoweit um gemischte Schenkungen. B und C hatten sich verpflichtet, die auf den Grundstücken lastenden Verbindlichkeiten zu übernehmen und eine Leibrente an die E und den Beklagten zu zahlen. Ferner wurden der E und dem Beklagten Wohnrechte an den Grundstücken eingeräumt. Zahlungen aufgrund der vereinbarten Leibrente wurden nicht geleistet. Die Erwerber mussten aufgrund finanzieller Probleme die Grundstücke weiterveräußern. Sowohl die E und der Beklagte haben auf das ihnen zustehende Wohnrecht verzichtet.

Der Nachlass der E ist überschuldet - die Nachlass- und Erbfallverbindlichkeiten übersteigen den Aktivnachlass. Der Beklagte hat im Rechtsstreit mit der Klägerin die Dürftigkeitseinrede gemäß § 1990 BGB erhoben und das ihm zustehende Leistungsverweigerungsrecht aus § 2328 Abs. 1 BGB ausgeübt. Zwischen den Parteien war unstrittig, dass der Nachlass überschuldet war. Zwar waren einzelne Positionen der „einfachen“ Auskunft streitig (da nicht belegbar). Aber bereits die unstrittigen Bestattungskosten überstiegen den vorhandenen Aktivnachlass.

Nachdem der Beklagte der Klägerin außergerichtlich keine (bzw. keine ausreichende) Auskunft über den Nachlass erteilt hat, hat die Klägerin den Beklagten im Wege der Stufenklage (§ 254 ZPO)² auf Auskunft durch Vorlage eines notari-

ellen Nachlassverzeichnisses, Wertermittlung durch Einholung eines Sachverständigengutachtens bezüglich der durch die E verschenkten Eigentumsanteile und auf Zahlung der sich aus der Auskunft ergebenden Pflichtteilsansprüche (nicht Pflichtteilsergänzungsansprüche!) verklagt.³

II. Entscheidung in erster Instanz

Der Beklagte wurde im Wege des Teilurteils (§ 301 ZPO)⁴ verurteilt, Auskunft durch die Vorlage eines notariellen Bestandsverzeichnisses zu erteilen.

Das erkennende Gericht begründete die Verurteilung zur Auskunftserteilung durch Vorlage eines notariellen Bestandsverzeichnisses damit, dass die Dürftigkeitseinrede nach § 1990 Abs. 1 BGB nicht dem Anspruch auf Auskunftserteilung durch ein notarielles Nachlassverzeichnis entgegenstehe. Sinn und Zweck der Regelung des § 2314 Abs. 1 S. 3 BGB widerspreche der Anwendung des § 1990 Abs. 1 BGB bereits auf der Auskunftsebene. Ein negativer Aktivnachlass führe nicht dazu, dass durch den Pflichtteilsberechtigten kein notarielles

geltend machen können. Nach der erfolgreichen Auskunfts-klage hätte sie sodann eine sich aus der Auskunft ergebende Leistungsklage erheben können. Die Klägerin kann nicht zugleich Leistungsklage erheben, da sie die Auskunft benötigt, um einen bestimmten Klageantrag (§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO) zu stellen. Dies ist jedoch nicht prozessökonomisch, da mehrere isolierte Prozesse - welche aber tatsächlich inhaltlich eng verzahnt sind - geführt werden müssen. § 254 ZPO ermöglicht, mittels einer Stufenklage die Ansprüche auf Auskunft und Leistung gleichzeitig geltend zu machen. Es muss nur ein Prozess geführt werden. Die Stufenklage ist damit ein Sonderfall der objektiven Klagehäufung. Mit der Stufenklage können gleichzeitig bis zu 3 Klagen (1. Auskunft, 2. eidesstattliche Versicherung, 3. Leistungsklage) erhoben werden. Der Leistungsantrag muss sodann erst präzisiert werden, wenn der Auskunftsanspruch erfüllt wurde, sodass die Leistungsklage zunächst unbestimmt erhoben werden kann. Sämtliche mit der Stufenklage geltend gemachten Ansprüche werden mit Klageerhebung rechtshängig, sodass auch hinsichtlich des noch unbestimmten Leistungsanspruches die Verjährung gehemmt wird. Zur Stufenklage: *Schäuble*, JuS 2011, 506; *Foerste*, in: Musielak, Kommentar zur ZPO, 10. Aufl. 2013, § 254 Rn. 1; Für Referendare: *Brünjes*, JuS 2002, 598.

³ Praktischer Hinweis: Vorliegend hätte die Klägerin keine Stufenklage erheben sollen. Zwischen den Parteien war unstrittig, dass der Nachlass überschuldet war. Es ging lediglich um fiktive Nachlassgegenstände, hinsichtlich deren wegen § 2328 Abs. 1 BGB kein durchsetzbarer Anspruch gegen den Beklagten bestand. Eine Leistungsklage gegen den Erben war von vornherein unbegründet.

⁴ § 301 Abs. 1 ZPO ermöglicht es dem Gericht, dass hinsichtlich spruchreif gewordener Teile des Streitgegenstandes ein Urteil gesprochen werden kann. Es handelt sich hierbei um ein Endurteil. Dadurch wird die Möglichkeit eingeräumt den Prozessstoff zu beschränken und zu vereinfachen, da nur noch über einen Teil des Prozessstoffes verhandelt werden muss. Vgl. hierzu: *Musielak*, in Musielak, Kommentar zur ZPO, 10. Aufl. 2013, § 301 Rn. 1.

¹ Bisher nicht veröffentlicht. Die wesentlichen rechtlichen Ausführungen des Beschlusses sind unter Ziff. III wörtlich wiedergegeben.

² Exkurs zur Stufenklage (§ 254 ZPO): Die Klägerin hätte vorliegend die Auskunftsansprüche prozessual eigenständig

Nachlassverzeichnis verlangt werden kann. Ein notarielles Verzeichnis habe eine höhere Richtigkeitsgewähr und würde man die Dürftigkeitseinrede bereits im Vorfeld der Auskunftserteilung gelten lassen, würde dies dazu führen, dass der Pflichtteilsberechtigte nicht klären könnte, ob der Aktivnachlass tatsächlich überschuldet ist oder Nachlassgegenstände nicht angegeben wurden.⁵

III. Entscheidung des OLG München

Gegen das Urteil hat der Beklagte Berufung eingelegt. Da der Beklagte mittellos ist, hat er vor Einlegung der Berufung innerhalb der Berufungseinlegungsfrist zunächst Prozesskostenhilfe beantragt. Die Prozesskostenhilfe wurde nach Ablauf der Berufungseinlegungsfrist gewährt. Der Beklagte hat nach Gewährung der Prozesskostenhilfe erfolgreich Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beantragt und zulässig Berufung eingelegt.⁶

⁵ LG Landshut, Urteil v. 2.5.2013 - 44 O 344/12.

⁶ Grundsätzlich ist die Berufung binnen eines Monats ab Zustellung des Urteils einzulegen, § 517 ZPO. Eine mittellose Partei hat jedoch ein Interesse daran, dass sie die Berufung erst einlegt, wenn sichergestellt ist, dass auch in zweiter Instanz Prozesskostenhilfe gewährt wird, da ansonsten der Prozess wegen der möglichen Kostenbelastung nicht geführt werden kann. Prozesskostenhilfe ist in jeder Instanz neu zu gewähren, § 119 ZPO. Die Berufung kann nicht unter der Bedingung eingelegt werden, dass Prozesskostenhilfe gewährt wird. Die Berufungseinlegung ist eine Prozesshandlung. Diese sind grundsätzlich bedingungsfeindlich, außer es handelt sich um rein innerprozessuale Bedingungen. Durch Prozesshandlungen soll das Verfahren gestaltet werden und dem Prozessgegner die Möglichkeit gegeben werden, entsprechend reagieren zu können. Eine bedingte Prozesshandlung kann das Verfahren nicht gestalten, da sie nur vorläufig ist und das Verfahren damit in der „Schwebe“ bleibt. Die Prozessbeteiligten haben nicht die Möglichkeit angemessen zu reagieren (*Reichhold* in: Thomas/Putzo, Kommentar zur ZPO, 34. Aufl. 2013, Einl. III Rn. 14). Die mittellose Partei kann jedoch nach Gewährung der Prozesskostenhilfe Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beantragen; dies hat unverzüglich zu erfolgen. Aufgrund der gewährten Prozesskostenhilfe ist die Wiedereinsetzung zu gewähren. Auch wenn Prozesskostenhilfe nicht gewährt wurde, besteht die Möglichkeit der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Achtung: Es ist zunächst bei dem zuständigen Berufungsgericht nur Prozesskostenhilfe zu beantragen. Eine Einlegung der Berufung unter der Bedingung der Gewährung von Prozesskostenhilfe ist dogmatisch falsch, wenn in der Praxis auch unschädlich. Das Berufungsgericht darf die bedingte Berufung nicht als unzulässig verwerfen, sondern hat zunächst über den Prozesskostenhilfeantrag zu entscheiden. Dies folgt aus dem Grundrecht auf Gewährung wirkungsvollen Rechtsschutzes (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. dem Rechtsstaatsprinzip), wonach der Zugang zu einer in der Verfahrensordnung eingeräumten Instanz in unzumutbarer, aus Sachgründen nicht zu rechtfertigender Weise, nicht erschwert werden darf. Dies wäre aber der Fall, wenn die bedingte Berufung ohne Entscheidung

Die beantragte Prozesskostenhilfe wurde dem Beklagten mit folgender Begründung gewährt:

„[...] Vielmehr bestehen gegen die im angefochtenen Urteil vertretene Rechtsauffassung aus Sicht des Senats erhebliche Bedenken. Es trifft zwar zu, dass vorliegend Unklarheiten über die möglicherweise schenkweise Übertragung von Grundstücksanteilen an die Kinder der Erblasserin bestehen, sodass ein etwaiger Pflichtteilergänzungsanspruch der Klägerin ohne Auskunft nicht berechnet werden kann. Allerdings hat das Landgericht übersehen, das unter Berücksichtigung des prozessualen Vorbringens beider Parteien davon ausgegangen werden muss, dass – unabhängig von einem fiktiven Nachlass – der reale Nachlass wertlos ist (§ 2311 BGB). Die Klägerin hat neben den Grundstücksschenkungen nur einige vom Beklagten aufgeführte Passiva infrage gestellt, nicht aber die Angaben zu den Aktiva. Sie hat insbesondere nicht bestritten, dass Aktiva, die über die angegebenen 2.220,44 EUR hinausgehen, nicht vorhanden sind. Einige Passiva hat sie zwar deshalb infrage gestellt, weil Belege nicht vorgelegt seien. Es verblieben dann aber immer noch die Posten Bestattungskosten in Höhe von 4.004,52 EUR, Leichenschmaus in Höhe von 218 EUR und Rückzahlung Rente in Höhe von 531,97 EUR. Insoweit hat die Klägerin sich lediglich darauf berufen, dass die Rechnung für die Bestattungskosten an die Tochter der Erblasserin gerichtet war. Dies ist jedoch rechtlich unbeachtlich, weil diese an der Natur einer Nachlassverbindlichkeit nichts ändert. Damit steht fest, dass es einen Aktivnachlass nicht gibt. [...]

In einem solchen Fall hat der Beklagte als Erbe (und Pflichtteilsberechtigter) aber sowohl die Einrede nach § 1990 BGB als auch das Leistungsverweigerungsrecht nach § 2328 BGB. Auf beide Einreden hat er sich berufen. Damit steht jetzt schon fest, dass die Klägerin einen Pflichtteils(ergänzungs)anspruch nicht mit Erfolg geltend machen kann, sodass

über den Prozesskostenhilfeantrag als unzulässig verworfen würde. Wie bereits dargestellt, kann die mittellose Partei zunächst einen isolierten Prozesskostenhilfeantrag stellen und nach positiver Entscheidung über den Prozesskostenhilfeantrag (und auch wenn der Antragsteller vernünftigerweise nicht mit der Ablehnung seines Antrags wegen fehlender Bedürftigkeit rechnen musste) Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beantragen und sodann noch wirksam Berufung einlegen. Hierdurch soll auch der mittellosen Partei effektiver Rechtsschutz gewährt werden, ohne sie einem Kostenrisiko auszusetzen. Aus dem Grundrecht auf Gewährung wirkungsvollen Rechtsschutzes folgt, dass die unwirksame, weil bedingte Einlegung der Berufung - vor der Entscheidung über den gleichzeitig eingereichten Prozesskostenhilfeantrag - nicht daran hindert, nach der Entscheidung des Berufungsgerichts über den Prozesskostenhilfeantrag wirksam Berufung einzulegen. Das Berufungsgericht hat die unzulässig bedingte eingelegte Berufung dahingehend auszulegen, dass der Antragsteller zunächst die Entscheidung über den gestellten Prozesskostenhilfeantrag begehrt (BGH, Beschl. v. 5.2.2013 - VIII ZB 38/12). Vgl. hierzu: *Ball*, in Musielak, Kommentar zur ZPO, 10. Aufl. 2013, § 519 Rn. 26.

auch kein Anspruch auf Auskunft und Wertermittlung besteht (Palandt, BGB, 72. Auflage 2013, § 2314 BGB Rn. 2).

Abgesehen davon neigt der Senat der Auffassung zu, dass in einem solchen Fall die Erstellung eines notariellen Nachlassverzeichnisses schon deshalb nicht verlangt werden kann, weil die Kosten hierfür nicht aus dem wertlosen Nachlass bestritten werden können (vgl. § 2314 Abs. 2 BGB; OLG Schleswig FamRZ 2011, 148; Palandt aaO., § 2314 Rn. 18). [...].⁷

Der Senat hatte in der Hauptsache keine Entscheidung getroffen. In der mündlichen Verhandlung hat der Senat darauf hingewiesen, dass er an dieser Rechtsauffassung festhalte und zur Klagerücknahme rate. Die Klage wurde sodann zurückgenommen.

IV. Problemstellung

1. Der dem OLG München als Berufungsinstanz zur Entscheidung vorgelegte Sachverhalt betrifft zwei praxisrelevante Problembereiche des Erbrechts:⁸

a) Kann durch die Erben die Einholung eines Wertermittlungsgutachtens gem. § 2314 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 BGB verweigert werden, wenn der Nachlass überschuldet oder dürftig ist?

b) Kann in diesem Fall auch die Vorlage eines notariellen Nachlassverzeichnisses verweigert werden?

Während die erste Frage bereits durch den BGH entschieden wurde,⁹ ist die zweite Frage bisher höchstrichterlich nicht entschieden und in der Rechtswissenschaft umstritten.¹⁰ Es handelt sich hierbei um ein in der Praxis nicht selten auftretendes Problem.

Zwar besteht bei einem dürftigen oder überschuldeten Nachlass die Möglichkeit der Ausschlagung (§ 1944 BGB), es kommt aber immer wieder vor, dass auch bei dürftigen oder überschuldeten Nachlässen eine Ausschlagung nicht erfolgt und eine spätere Anfechtung der Annahme (§ 1954 BGB) nicht mehr möglich ist. Häufig erfolgt aus emotionalen Gründen keine Ausschlagung, obwohl dies wirtschaftlich sinnvoll wäre. Die Erben wollen das Andenken des Erblassers bewahren. Auch sind nicht selten Fälle anzutreffen, bei denen zwar ein geringer Nachlass vorhanden ist, dieser aber nicht ausreicht um die Kosten der Auskunft oder Wertermittlung nach § 2314 Abs. 1 BGB zu tragen.

2. Es stellt sich die Frage, inwieweit der mit einem überschuldeten oder dürftigen Nachlass „beschwerte“ Erbe mit weiteren Kosten belastet werden darf. Grundsätzlich sieht das Erbrecht vor, dass der Erbe vor einer persönlichen und nicht durch den Nachlass gedeckten Kostenbelastung geschützt werden soll.

Einmal steht ihm nach § 1990 Abs. 1 BGB die Möglichkeit zu, die Befriedigung von Nachlassgläubigern zu verweigern, sofern der Nachlass hierfür nicht ausreicht. Die Dürftigkeitseinrede schützt den Erben davor, dass er auf sein Eigenvermögen zur Befriedigung von Nachlassgläubigern zugrei-

fen muss.¹¹ Die Dürftigkeitseinrede setzt nicht voraus, dass der Nachlass überschuldet ist, es genügt, dass der Aktivbestand „dürftig“ ist.¹²

Daneben treffen § 2319 BGB und § 2328 BGB weitere Regelungen zum Schutz des pflichtteilsberechtigten (Mit-)Erben.¹³ § 2319 BGB statuiert den Grundsatz, dass dem pflichtteilsberechtigten Erben sein eigener Pflichtteil verbleiben muss.¹⁴ Der Pflichtteilsberechtigte soll davor geschützt werden, dass er durch die Befriedigung anderer Pflichtteilsansprüche seinen eigenen Pflichtteil verliert.¹⁵

§ 2328 BGB trifft eine analoge Regelung für die Erfüllung von Pflichtteilergänzungsansprüchen und räumt dem pflichtteilsberechtigten Erben ein Leistungsverweigerungsrecht ein.¹⁶ Der pflichtteilsberechtigte Erbe kann die Pflichtteilergänzung soweit verweigern, dass ihm sein eigener Pflichtteil verbleibt. Der Pflichtteilergänzungsberechtigte wird durch diese Vorschrift aber nicht gänzlich schutzlos gestellt. Nach § 2329 BGB kann sich der Pflichtteilergänzungsberechtigte hilfsweise an den Beschenkten halten.¹⁷

3. Ein weiteres Grundprinzip des deutschen Erbrechts ist das Pflichtteilsrecht.¹⁸ Hierüber soll den nächsten Angehörigen ein Mindestwert am Nachlass gesichert werden. Es handelt sich hierbei um eine bedarfsunabhängige und unentziehbare¹⁹ Mindestbeteiligung.²⁰

Zur Durchsetzung der unentziehbaren Mindestbeteiligung hat der Gesetzgeber dem Pflichtteilsberechtigten Auskunfts-²¹ und Wertermittlungsansprüche zur Verfügung gestellt.²² Hierdurch soll der Pflichtteilsberechtigte in die Lage versetzt werden, die ihm zustehenden Ansprüche durchzusetzen.

§ 2314 Abs. 1 BGB räumt den Pflichtteilsberechtigten folgende Ansprüche ein²³:

¹¹ Weidlich, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 72. Aufl. 2013, § 1990 Rn. 1.

¹² Gottwald, in: Damrau, Praxiskommentar Erbrecht, 2. Aufl. 2010, § 1990 Rn. 3.

¹³ Vor der Teilung schützt den Erben § 2059 BGB.

¹⁴ Mayer, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 29, Stand: 1.5.2013, § 2319 Rn. 1.

¹⁵ Gottwald (Fn. 12), § 2319 Rn. 1.

¹⁶ Lenz-Brendel, in: Damrau, Praxiskommentar Erbrecht, 2. Aufl. 2010, § 2328 Rn. 1.

¹⁷ Mayer (Fn. 14), § 2329 Rn. 1.

¹⁸ Riedel, in: Damrau, Praxiskommentar Erbrecht, 2. Aufl. 2010, Vorbem. zu § 2301 Rn. 1 ff.

¹⁹ Eine Entziehung des Pflichtteils kommt nur in den abschließend geregelten Ausnahmefällen (mit überwiegend strafrechtlichem Charakter) des § 2333 BGB in Betracht. Vgl. hierzu auch den Aufsatz von Hauck, NJW 2010, 903.

²⁰ Zusammenfassend Mayer, in: Mayer u.a., Handbuch Pflichtteilsrecht, 2. Aufl. 2010, S. 17 ff.

²¹ Ausführlich hierzu: van der Auwera, ZEV 2008, 359; Sarres, ZEV 1998, 4; Lorenz, JuS 1995, 569.

²² Vgl. hierzu zusammenfassend Mayer, in: Mayer u.a., Handbuch Pflichtteilsrecht, 2. Aufl. 2010, S. 267 ff.

²³ Ausführlich zu den Auskunftsansprüchen Dieckmann, NJW 1988, 1809 (1812 ff.).

⁷ OLG München, Beschl. v. 17.6.2013 - 20 U 2127/13.

⁸ Hierzu ausführlich: Dieckmann, NJW 1988, 1809 (1812 ff.).

⁹ BGH NJW 1989, 2887.

¹⁰ Siehe hierzu: OLG Schleswig, Beschl. v. 30.7.2010 - 3 W 48/10.

a) Der Pflichtteilsberechtigte kann gem. § 2314 Abs. 1 BGB von dem Erben die „einfache“ Auskunft verlangen. Dies bedeutet, dass der Erbe ein Bestandsverzeichnis über den Nachlass erstellen muss. Ein genereller Anspruch darauf, dass sämtliche Angaben durch Belege nachzuweisen sind, besteht demgegenüber nicht. Der Umfang der Auskunftspflicht und Belegvorlage richtet sich nach § 260 Abs. 1 BGB.²⁴ Nach § 260 Abs. 1 BGB ist ein Bestandsverzeichnis vorzulegen, d.h. eine übersichtliche Zusammenstellung aller Aktiv- und Passivposten. Der generellen Vorlage von Belegen bedarf es nicht.²⁵ Der Auskunftsgläubiger kann ausnahmsweise die Vorlage von Belegen verlangen, wenn er diese zur Überprüfung der Auskunft benötigt.²⁶ Die Auskunft hat sich auf sämtliche Nachlassgegenstände zu beziehen, auch auf fiktive, selbst wenn die Schenkungen oder sonstigen Veräußerung schon lange zurückliegen.²⁷ Bei fiktive Nachlassgegenstände handelt es sich um die ausgleichungspflichtigen Zuwendungen des Erblassers gem. §§ 2316, 2052, 2055 BGB.

b) Gemäß § 2314 Abs. 3 BGB kann der Pflichtteilsberechtigte die Vorlage eines amtlichen Bestandsverzeichnisses verlangen.²⁸ Er kann dieses Verzeichnis auch ohne vorherige Vorlage einer „einfachen“ Auskunft verlangen. Inhaltlich sind das notarielle Verzeichnis und das private Verzeichnis identisch. Dem amtlichen Verzeichnis kommt jedoch ein höherer Beweiswert zu. Es besteht eine größere Richtigkeitsgewähr, denn der Notar ist zur Vornahme eigener Ermittlungen verpflichtet.²⁹

c) Ferner kann der Pflichtteilsberechtigte verlangen, dass über einzelne Nachlassgegenstände Wertgutachten eingeholt werden, § 2314 Abs. 1 S. 2 BGB.³⁰

Bei lebzeitigen Schenkungen des Erblassers besteht häufig das Problem, dass der Erbe eine Wertermittlung nicht durchführen kann, da die Beschenkten hieran nicht mitwirken. Auch hat der Erbe häufig keine Kenntnis von den lebzeitigen Verfügungen und den veräußerten Gegenständen. Bei fehlender Mitwirkung des Beschenkten kann sich der Erbe diese Kenntnisse auch nicht beschaffen.

An dieser Stelle sind zwei Fallvarianten zu unterscheiden:

Der Erbe ist aa) wegen § 2328 BGB nicht verpflichtet Pflichtteilsergänzung zu leisten und bb) es besteht zwar ein Anspruch auf Pflichtteilsergänzung durch den Erben, dieser kann aber den Wertermittlungsanspruch nicht erfüllen, da der Beschenkte seine Mitwirkung verweigert.

Bei Fallvariante aa) gewährt die Rechtsprechung dem Pflichtteilsberechtigten einen Anspruch auf Wertermittlung (und als Minus auf Auskunft) aus analoger Anwendung des

§ 2314 BGB gegen den Beschenkten.³¹ In Fallvariante bb) scheidet eine Analogie zu § 2314 BGB aus. Es besteht anders als in Variante aa) keine Verpflichtung des Beschenkten aus § 2329 BGB. Dennoch gewährt die Rechtsprechung dem Pflichtteilsberechtigten einen Auskunftsanspruch gegen den Beschenkten aus § 242 BGB, da ansonsten das Pflichtteilsrecht ins Leere laufen würde und der Erblasser den Pflichtteilsberechtigten um seine garantierte Mindestbeteiligung am Nachlass bringen könnte.³² Durch die vorgenannten Wertermittlungsansprüche darf der Beschenkte jedoch nicht unzumutbar belastet werden, weshalb die Kosten der Wertermittlung von dem Erben zu tragen sind.³³ Der Beschenkte hat nach § 2329 BGB sein Geschenk ausschließlich für den Pflichtteilsergänzungsanspruch aufzuwenden, nicht jedoch für den Wertermittlungsanspruch.³⁴

Üblicherweise wird der Pflichtteilsberechtigte die Vorlage eines notariellen Bestandsverzeichnisses verlangen, wenn er die „einfache“ Auskunft für nicht ausreichend oder unvollständig hält. Es steht ihm auch frei ein notarielles Bestandsverzeichnis zu verlangen, ohne vorher eine „einfache“ Auskunft verlangt zu haben. Voraussetzung für den Anspruch auf Erstellung eines notariellen Nachlassverzeichnisses ist lediglich das Bestehen des Auskunftsanspruchs.³⁵

Die Kosten für die Auskunft- und Wertermittlung fallen dem Nachlass zur Last, § 2314 Abs. 2 BGB. Es handelt sich um reine Nachlassverbindlichkeiten, welche vom Aktivbestand (§ 2311 BGB) in Abzug gebracht werden können und damit auch die Höhe eines etwaigen Pflichtteilsanspruches beeinflussen.³⁶ Die Kosten treffen nicht den Erben persönlich, sondern ausschließlich den Nachlass.³⁷

d) Das Hauptproblem des vorliegenden Rechtsstreits wird an dieser Stelle besonders deutlich: Welche Auswirkungen hat es auf die Ansprüche auf Auskunft und Wertermittlung des Pflichtteilsberechtigten, wenn der Nachlass nicht ausreichend ist bzw. dies ggf. nur von dem Erben behauptet wird. Kann sich der Erbe der Verpflichtung auf Auskunft- oder Wertermittlung durch die Erhebung der Dürftigkeitseinrede entziehen oder bestehen die Verpflichtungen zur Auskunftserteilung und Wertermittlung trotz des dürftigen Nachlasses, was aber im Umkehrschluss bedeuten würde, dass die Kosten der Wertermittlung und Vorlage eines notariellen Nachlassverzeichnisses den Erben selbst betreffen würden.

Damit stellt sich die Frage, ob dies durch den Gesetzgeber gewollt ist oder ob hierdurch die Haftungsbeschränkungen zugunsten des Erben unterlaufen werden. Muss der Erbe,

²⁴ Mayer (Fn. 14), § 2314 Rn. 13.

²⁵ Unberath, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 29, Stand: 1.5.2013, § 260 Rn. 27 ff.

²⁶ Weidlich (Fn. 11), § 2314 Rn. 9; Haas, Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearb. 2006, § 2314 Rn. 18a.

²⁷ Vgl. hierzu: Riedel (Fn. 18), § 2314 Rn. 22.

²⁸ Instrukтив hierzu: DNotI-Report 17/2003; online (kostenfrei) abrufbar unter: <http://www.dnoti.de/Report/2003/rep1703.htm> (29.12.2013).

²⁹ Mayer (Fn. 14), § 2314 Rn. 15.

³⁰ Weidlich (Fn. 11), § 2314 Rn. 9.

³¹ Haas (Fn. 26), § 2314 Rn. 32, 73.

³² Vgl. hierzu: Riedel (Fn. 18), § 2314 Rn. 37.

³³ Mayer (Fn. 14), § 2314 Rn. 18.

³⁴ Haas (Fn. 26), § 2314 Rn. 32, 73.

³⁵ Riedel (Fn. 18), § 2314 Rn. 23; a.A. wohl Mayer (Fn. 14), § 2314 Rn. 8, der hier wohl auch einen Anspruch aus § 2314 Abs. 1 BGB herleitet.

³⁶ Weidlich (Fn. 11), § 2314 Rn. 18.

³⁷ Vgl. bspw. Mayer (Fn. 14), § 2314 Rn. 26; Hoeren, in: Schulze, Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2012, § 2314 Rn. 14; Lange, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2013, § 2314 Rn. 50 ff.

welcher nicht ausgeschlagen hat und u.U. mit einem negativen Nachlass belastet ist, auch noch zum Teil nicht unerhebliche Kosten zur Feststellung des wertlosen Nachlasses tragen?³⁸ Überwiegt das Recht des Pflichtteilsberechtigten, der ein berechtigtes Interesse an der Feststellung des Nachlasses hat? Insoweit ist auch zu berücksichtigen, dass ein notarielles Bestandsverzeichnis den Notar berechtigt und verpflichtet³⁹ eigene Ermittlungen zur Feststellung des Nachlasses anzustellen und es nicht genügt, dass Aussagen des Erben beurkundet werden. Diese Verpflichtung des Notars verschafft dem Pflichtteilsberechtigten im Ergebnis weitestgehend Sicherheit über den tatsächlichen Bestand des Nachlasses und er muss nicht auf die Angaben des Erben, der ein Interesse hat nur einen geringen Pflichtteil zu zahlen, vertrauen. Insoweit muss in die Überlegungen einbezogen werden, dass der Pflichtteilsberechtigte nicht (auch nicht auf eigene Kosten) die Erstellung eines notariellen Nachlassverzeichnisses beauftragen kann,⁴⁰ es bedarf immer der Mitwirkung des Erben.

V. Anmerkung

1. Wertermittlungsanspruch

Für den Wertermittlungsanspruch entspricht es der herrschenden Rechtsprechung, dass der auskunftsverpflichtete Erbe die Dürftigkeitseinrede nach § 1990 Abs. 1 BGB erheben kann⁴¹ und er damit bei einem nicht ausreichenden Nachlass nicht mit den Kosten einer sachverständigen Wertermittlung belastet werden kann.⁴²

Als Begründung führt der BGH an, dass Pflichtteilsberechtigte hierdurch in ihren Rechten nicht unzumutbar beeinträchtigt werden. Und ohnehin werde die praktische Bedeutung von Wertermittlungsgutachten überschätzt.⁴³ Der BGH argumentiert, dass im Rahmen einer streitigen Auseinandersetzung über den Wert eines Nachlassgegenstandes im Regelfall weitere Gutachten eingeholt würden.⁴⁴

Der BGH stellt klar, dass dem Wertermittlungsgutachten lediglich die Funktion zukommt, ein Prozessrisiko besser einschätzen zu können, aber durch dieses der Streit im Regelfall nicht entschieden wird.⁴⁵ Zumal der Erbe entscheidet, welcher Sachverständige mit der Wertermittlung beauftragt wird.⁴⁶

Nach diesseitiger Auffassung darf das Urteil des BGH zur Dürftigkeitseinrede beim Wertermittlungsanspruch aber nicht dahingehend missverstanden werden, dass der Pflichtteilsberechtigte sodann keinen Anspruch auf Wertermittlung mehr hätte. Er hat nur keinen Anspruch auf Wertermittlung auf Kosten des Nachlasses. Der Erbe ist dennoch verpflichtet ein Wertermittlungsgutachten einzuholen, wenn der Pflichtteilsberechtigte die Kosten hierfür übernimmt. Dies folgt schon daraus, dass der Pflichtteilsberechtigte u.U. eine Wertermitt-

lung ansonsten nicht durchführen könnte, da er bspw. keinen Zugriff auf die Nachlassgegenstände hat oder der Erbe eine Wertermittlung nicht erlaubt.

2. Auskunftsanspruch

Problematisch ist, ob diese Rechtsprechung auf den Auskunftsanspruch übertragen werden kann.⁴⁷

Zur Beantwortung dieser Frage muss unterschieden werden zwischen dem „einfachen“ Auskunftsanspruch (§ 2314 Abs. 1 S. 1 BGB) ohne Kostenlast, der „einfachen“ Auskunft mit Kostenlast und der Auskunft durch Vorlage eines notariellen Bestandsverzeichnisses, § 2314 Abs. 1 S. 3 BGB. Nur die beiden Letztgenannten können nicht unerhebliche Kosten bei dem Auskunftsverpflichteten verursachen. Auch bei der privaten Auskunft können nicht unerhebliche Kosten entstehen. Der Erbe ist verpflichtet die Auskunft persönlich zu erteilen und sich persönlich Kenntnis zu verschaffen. Hierdurch können beispielsweise nicht unerhebliche Reise- und Aufenthaltskosten entstehen.⁴⁸

a) § 2314 BGB ist eine Schutzvorschrift zugunsten des Pflichtteilsberechtigten. Durch § 2314 BGB soll der Pflichtteilsberechtigte in die Lage versetzt werden seine Ansprüche durchsetzen zu können.⁴⁹ Er soll insbesondere dadurch geschützt werden, dass er durch lebzeitige Verfügungen um seinen gesetzlich garantierten Pflichtteilsanspruch gebracht wird.

Dem Auskunftsanspruch kommt hierfür eine weit größere Bedeutung zu als dem Wertermittlungsanspruch. Bei dem Wertermittlungsanspruch hat der Pflichtteilsberechtigte bereits Kenntnis von den relevanten Nachlassgegenständen, während der Auskunftsanspruch gerade erst die Kenntnisverschaffung zum Inhalt hat.⁵⁰

b) Die „sichere“ Kenntnis über den Nachlass versetzt den Pflichtteilsberechtigten erst in die Lage zu entscheiden, ob er etwaige Ansprüche geltend machen will oder nicht.

Aus der Bedeutung des Auskunftsanspruchs für das Pflichtteilsrecht folgt, dass dieser nur in den seltenen Fällen des Rechtsmissbrauchs oder der Schikane verweigert werden kann. Also nur dann, wenn mit der Geltendmachung des Anspruchs gänzlich oder zumindest weit überwiegend pflichtteilsfremde Ziele verfolgt werden.⁵¹ Die Rechtsprechung ist aufgrund der Bedeutung des Auskunftsanspruchs bei der Feststellung des Rechtsmissbrauchs oder der Schikane sehr zurückhaltend,⁵² zumal in Erbschaftsstreitigkeiten nicht selten auch sachfremde Motivationen eine Rolle spielen.

c) Durch die Verpflichtung zu Erstellung eines notariellen Bestandsverzeichnisses können bei dem Erben nicht unerhebliche Kosten entstehen,⁵³ welche dieser bei einem dürftigen

³⁸ Vgl. hierzu ausführlich *Dieckmann*, NJW 1988, 1809.

³⁹ M.w.N.: *Riedel* (Fn. 18), § 2314 Rn. 25.

⁴⁰ *Mayer* (Fn. 14), § 2314 Rn. 15.

⁴¹ BGH NJW 1989, 2887 = FamRZ 1989, 856.

⁴² *Haas* (Fn. 26), § 2314 Rn. 76.

⁴³ BGH NJW 1989, 2887 (2888).

⁴⁴ BGH NJW 1989, 2887 (2888).

⁴⁵ BGH NJW 1989, 2887 (2888).

⁴⁶ *Weidlich* (Fn. 11), § 2314 Rn 14.

⁴⁷ So OLG Schleswig, Beschl. v. 30.7.2010 - 3 W 48/10.

⁴⁸ *Weidlich* (Fn. 11), § 2314 BGB Rn. 18.

⁴⁹ *Würdinger*, in: Dauner-Lieb/Grziwotz/Hohmann-Dennhardt (Hrsg.), Pflichtteilsrecht, 2010, § 2314 Rn. 35 f.

⁵⁰ *Mayer* (Fn. 14), § 2314 Rn. 2; so auch OLG Schleswig, Beschl. v. 30.7.2010 - 3 W 48/10.

⁵¹ Vgl. *Haas* (Fn. 26), § 2314 Rn. 54 m.w.N.

⁵² *Haas* (Fn. 26), § 2314 Rn. 54.

⁵³ Auch bei dem „einfachen“ Auskunftsanspruch können nicht unerhebliche Kosten entstehen, bspw. für Reise- und

oder überschuldeten Nachlass aus „eigener Tasche“ zu bezahlen hätte. Es stellt sich hier das Kernproblem, ob nach Erhebung der Dürftigkeitseinrede der Anspruch des Pflichtteilsberechtigten auf Auskunft durch Einholung eines notariellen Bestandsverzeichnisses entfällt oder der er hierdurch unzumutbar in der Ausübung seiner Rechte beeinträchtigt wird.

Die Erhebung der Dürftigkeitseinrede führt nicht dazu, dass der Auskunftsanspruch entfällt. Voraussetzung für die Auskunft nach § 2314 Abs. 1 S. 1 und 3 BGB ist nur, dass ein Pflichtteilsrecht gegeben ist. Es kommt nicht darauf an, ob tatsächlich auch ein Pflichtteilsanspruch besteht. Dies soll im Rahmen des Auskunftsanspruchs gerade erst festgestellt werden.⁵⁴

Der Anspruch auf Auskunft kann nur von vornherein ausgeschlossen sein, wenn eine Entziehung des Pflichtteilsrechts vorliegt oder der Pflichtteilsanspruch verjährt ist. Ansonsten würde dem Pflichtteilsberechtigten jegliche Möglichkeit genommen, Nachforschungen hinsichtlich des Nachlasses anzustellen.⁵⁵ Hierbei ist wiederum zu berücksichtigen, dass gerade das notarielle Nachlassverzeichnis für den Pflichtteilsberechtigten die Gewähr einer höheren Richtigkeit in sich trägt und das Verzeichnis letztlich durch eine neutrale Person ermittelt und erstellt wurde.⁵⁶

d) Soweit vorliegend das OLG München den Anspruch der Klägerin schon daran scheitern lässt, dass ohnehin kein Pflichtteilsanspruch gegen den Beklagten vorliegen würde, muss die Besonderheit des Rechtsstreits, dass die Parteien unstreitig von einem negativen Reinnachlass ausgegangen sind, berücksichtigt werden. Die Ausführungen des OLG München dürfen nicht dahingehend missverstanden werden, dass schon aus der Erhebung der Dürftigkeitseinrede zu schlussfolgern sei, dass kein Pflichtteilsanspruch bestehe. Gerade dies soll durch die Auskunft erst festgestellt werden.⁵⁷

e) § 2314 Abs. 2 BGB regelt, dass die Kosten für Auskünfte und Wertermittlung durch den Nachlass zu tragen sind. § 2314 BGB kommt hiermit dem Grundsatz nach, dass der Erbe grundsätzlich nicht mit seinem eigenen Vermögen haften soll.⁵⁸

Ist der Nachlass aber nicht ausreichend und wäre der Erbe dennoch verpflichtet ein notarielles Nachlassverzeichnis zu erstellen, so würde dieser Grundsatz ins Leere laufen. Auf der anderen Seite ist jedoch die Bedeutung eines notariellen Nachlassverzeichnisses für den Pflichtteilsberechtigten zu berücksichtigen. Nur durch diese qualifizierte Auskunft kann der Pflichtteilsberechtigte Sicherheit über den Nachlass bekommen. Würde man ihm diesen Anspruch nehmen, so würde der Pflichtteilsberechtigte unzumutbar in der Ausübung seiner Rechte beeinträchtigt. Er könnte, wie bereits ausge-

führt, nach Erhebung der Dürftigkeitseinrede keine weiteren Nachforschungen mehr anstellen. Dies wird besonders dann relevant, wenn der Erbe versucht Nachlassgegenstände zu „verstecken“.

Deutlich wird dies an folgendem Beispiel: Der Pflichtteilsberechtigte ist ein unehelicher Abkömmling des Erblassers. Kontakt zu diesem und dessen „anderer“ Familie bestand nicht. Nach dem Tod des Erblassers weigern sich die Erben zunächst Auskunft zu erteilen. Später wird sodann im Prozess die Dürftigkeitseinrede wirksam erhoben. Der Erbe hat durch Erteilung der „einfachen“ Auskunft dargetan, dass ein Reinnachlass nicht besteht. Der Pflichtteilsberechtigte hat hier keine Anhaltspunkte für die Richtigkeit der Angaben. Er kann sie wegen des fehlenden Kontakts schlicht nicht nachvollziehen, müsste aber im Prozess substantiiert vortragen, wenn er die Dürftigkeitseinrede für falsch hält. Er kann nicht nachvollziehen, ob und gegebenenfalls wann Schenkungen o.ä. an Dritte erfolgt sind. Es genügt auch nicht, dass er die Richtigkeit im Prozess bezweifelt und bestreitet. Ein wirksames Bestreiten nach § 138 Abs. 3 ZPO setzt aber voraus, dass dieses substantiiert ist. Eine Behauptung „ins Blaue“ genügt nicht. Der Pflichtteilsberechtigte müsste konkret vortragen, was an der nunmehr erteilten Auskunft falsch ist.⁵⁹

Diesem Problem kann man auch nicht dadurch begegnen, dass der Erbe verpflichtet ist, seine Angaben durch Nachweise zu belegen. Nur durch eine belegte „einfache“ Auskunft kann er die Dürftigkeitseinrede nach diesseitiger Auffassung überhaupt prozessual durchsetzen, da der Pflichtteilsberechtigte die Auskunft stets mit Nichtwissen bestreiten kann, § 138 Abs. 4 ZPO. Mithin kann damit nicht der Ungewissheit über die Richtigkeit und Vollständigkeit der Auskunft begegnet werden. Es ist nicht nachvollziehbar, ob tatsächlich über alle Umstände vollständig Auskunft erteilt wurde. Der Pflichtteilsberechtigte hat im Ergebnis keine hinreichende Sicherheit über den tatsächlichen Umfang des (fiktiven) Nachlasses.

Allein aufgrund einer substantiierten Dürftigkeitseinrede darf dem Pflichtteilsberechtigten nicht das Recht zur Einholung eines notariellen Nachlassverzeichnisses genommen werden. Dies würde eine unzumutbare Beeinträchtigung bedeuten. Andererseits darf dem Erben aber auch nicht zugemutet werden, dass dieser persönlich die Kosten für ein notarielles Nachlassverzeichnis zu tragen hat. Wägt man die Interessen beteiligten vorliegend ab, kommt man zu dem Ergebnis, dass die Dürftigkeitseinrede nur dazu führen kann, dass der Erbe ein notarielles Nachlassverzeichnis nicht auf eigene Kosten einholen muss. Die Kosten hierfür wären von dem Pflichtteilsberechtigten zu tragen, der Erbe bleibt aber weiter verpflichtet bei der Erstellung des Nachlassverzeichnisses mitzuwirken. Ohne dessen Mitwirkung kann der Notar nicht tätig werden. Nur so kann ein Interessenausgleich erfolgen, § 242 BGB.

f) Auch auf die Frage der Auskunfts- und Wertermittlungsansprüche bei fiktiven Nachlassgegenständen sind die oben gewonnen Erkenntnisse anwendbar.

Aufenthaltskosten, *Weidlich* (Fn. 11), § 2314 Rn. 18. Auch in diesem Fall gelten die für § 2314 Abs. 1 S. 3 BGB entwickelten Grundsätze bei Dürftigkeit des Nachlasses.

⁵⁴ Mit weiteren Nachweisen *Weidlich* (Fn. 11), § 2314 Rn. 2.

⁵⁵ So wohl auch *Mayer* (Fn. 14), § 2314 Rn. 3; missverständlich *Weidlich* (Fn. 11), § 2314 Rn. 2 a.E.

⁵⁶ *Weidlich* (Fn. 11), § 2314 Rn. 7.

⁵⁷ *Haas* (Fn. 26), § 2314 Rn. 54.

⁵⁸ *Mayer* (Fn. 14), § 2314 Rn. 26.

⁵⁹ *Stadler*, in: Musielak, Kommentar zur ZPO, 10. Aufl. 2013, § 138 Rn. 12 ff.

Liegt der Sonderfall vor, dass - fiktive Nachlassgegenstände zunächst unberücksichtigt - ein werthaltiger Nachlass nicht vorhanden ist, kann eine Wertermittlung nicht gefordert werden. Dieser Anspruch scheitert an der Dürftigkeitseinrede (§ 1990 Abs. 1 BGB) und an dem Leistungsverweigerungsrecht nach § 2328 Abs. 1 BGB. Muss der Erbe schon keine Pflichtteilsergänzung leisten, so können ihm auch nicht die Kosten für eine Wertermittlung auferlegt werden. Ein durchsetzbarer Anspruch besteht dann schon nicht. Bei dieser Fallkonstruktion ist jedoch zu berücksichtigen, dass laut der herrschenden Rechtsprechung dem Pflichtteilsberechtigten ein Anspruch auf Auskunft und Wertermittlung gegen den Beschenkten zusteht. Der Anspruch wird wie bereits dargelegt aus § 2314 Abs. 1 BGB anlog oder § 242 BGB hergeleitet.⁶⁰ Hierdurch darf der Beschenkte jedoch nicht unzumutbar belastet werden, weshalb der Pflichtteilsberechtigte die Kosten der Wertermittlung zu tragen hat.⁶¹

Auch bei fiktiven Nachlassgegenständen und wertlosem Nachlass ist dem Pflichtteilsberechtigten das Recht einzuräumen, dass er die Vorlage eines notariellen Nachlassverzeichnisses fordern kann. Wiederum auch unter der einschränkenden Bedingung, dass er die Kosten hierfür zu tragen hat.

g) Die Rechtsprechung zum Auskunftsanspruch gegen den Beschenkten spricht für das hier gefundene Ergebnis. Der Pflichtteilsberechtigte hat ein erhebliches Interesse daran, dass er Sicherheit über den Umfang des Nachlasses erhält. Diese Sicherheit kann aber nicht zulasten Dritter gehen, weshalb er hierdurch entstehende Kosten zu tragen hat.

Staatsanwalt Martin Stenzel, München

⁶⁰ BGH NJW 1986, 127.

⁶¹ Mayer (Fn. 14), § 2314 Rn. 18.

Entscheidungsanmerkung

Zum versuchten Totschlag durch Manipulation der Zuteilung von Spenderorganen

Vorsätzliche Falschangaben gegenüber der gem. § 12 Transplantationsgesetz zuständigen Vermittlungsstelle (hier: Stiftung Eurotransplant) können als versuchte Tötung zum Nachteil dadurch übergangener Patienten bewertet werden, wenn der Täter weiß, dass seine Angaben nicht weiter überprüft werden, sie die Zuteilungsreihenfolge so weit beeinflussen, dass es in einem engen zeitlichen Zusammenhang unmittelbar zur Zuteilung eines Spenderorgans kommt und die rettende Transplantationsbehandlung anderer Patienten dadurch lebensbedrohlich verzögert wird. (Amtlicher Leitsatz)

StGB §§ 212 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1

OLG Braunschweig, Beschl. v. 20.3.2013 – Ws 49/13¹

I. Einleitung

Im Jahr 2012 warteten in Deutschland 11.000 Menschen auf ein Spenderorgan; demgegenüber konnten im gleichen Jahr lediglich ca. 3500 Organe transplantiert werden.² Diese Kluft zwischen Bedarf und Angebot an gespendeten Organen dürfte durch den im Jahr 2013 zu verzeichnenden Rückgang der Spender um 13 % noch größer geworden sein.³ Die jüngere Entwicklung dürfte zu einem wesentlichen Teil auf den Vertrauensverlust in der Bevölkerung zurückzuführen sein, der durch die im Jahr 2012 bekannt gewordenen Manipulationen bei der Zuteilung gespendeter Organe entstanden ist.⁴ Über einen dieser Fälle wird seit dem Sommer des letzten Jahres vor dem Landgericht Göttingen verhandelt; die Staatsanwaltschaft wirft dem Angeklagten vor, durch Manipulation der Zuteilung von gespendeten Organen zugunsten der eigenen Patienten die Rettungschancen anderer Patienten vermindert zu haben, und sieht darin einen (versuchten) Totschlag.⁵ Im Frühjahr des vergangenen Jahres hat das OLG Braunschweig diese rechtliche Würdigung der Staatsanwaltschaft in seiner

¹ Abgedruckt in NSTZ 2013, 593, und StV 2013, 749.

² Siehe die Angaben der Deutschen Stiftung Organspende (DSO), abrufbar unter:

<http://www.dso.de/organspende-und-transplantation/warteliste-und-vermittlung.html> und <http://www.dso.de/home.html> (letzter Abruf am 20.1.2014).

³ Siehe die Angaben der DSO unter: <http://www.dso.de/home.html> (Rückgang von 1.046 auf 876 Organspender).

⁴ So der Vorsitzende der Deutschen Stiftung Organtransplantation, Rainer Hess, gegenüber der Tageszeitung „Die Welt“: <http://www.welt.de/politik/article123874336/Zahl-der-Organspender-sinkt-auf-neuen-Tiefpunkt.html> (letzter Abruf am 20.1.2014).

⁵ ZEIT online v. 19.8.2013, abrufbar unter: <http://www.zeit.de/wissen/gesundheit/2013-08/organspende-prozess-goettingen> (letzter Abruf am 20.1.2014).

Entscheidung über die weitere Beschwerde (vgl. § 310 StPO) des (zum damaligen Zeitpunkt noch) Beschuldigten gegen die Anordnung von Untersuchungshaft bestätigt.⁶ Bevor der Sachverhalt näher dargelegt (III.) und die Entscheidung kritisch gewürdigt wird (IV.), sollen zuvor die rechtlichen Grundlagen für die Zuteilung von gespendeten Organen skizziert werden (II.).

II. Der rechtliche Rahmen der Zuteilung von Spenderorganen

Ausgangspunkt für die Verteilung der Organe ist § 12 Abs. 3 Transplantationsgesetz (TPG). Danach sind die vermittlungspflichtigen Organe (d.h. Herz, Lunge, Leber, Niere, Bauchspeicheldrüse und Darm, siehe § 1a Nr. 2 TPG) nach Regeln, die dem Stand der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft entsprechen, insbesondere nach Erfolgsaussicht und Dringlichkeit für geeignete Patienten zu vermitteln. Die Zuteilungskriterien werden von der Bundesärztekammer in Richtlinien konkretisiert (siehe § 16 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 TPG).⁷ Neben den Kriterien der Erfolgsaussicht und der Dringlichkeit ist danach auch der Grundsatz der Chancengleichheit zu berücksichtigen.⁸ Der Dringlichkeit wird dabei eine besondere Bedeutung beigemessen, indem akut lebensgefährdeten Patienten (d.h. solchen, die ohne Transplantation eine Lebenserwartung von wenigen Tagen haben) absoluter Vorrang eingeräumt wird und bei den übrigen die Dringlichkeit nach einem Punktesystem (sog. MELD-Score⁹) bemessen wird, der anhand von Laborwerten eine Einschätzung ermöglichen soll, mit welcher Wahrscheinlichkeit ein Patient ohne Transplantation in den nächsten drei Monaten versterben wird.¹⁰ Das vorstehend geschilderte Standardverfahren wird durch ein beschleunigtes Verfahren ergänzt, das zur Anwendung kommt, wenn aus spender- oder organbedingten Gründen ein weiteres Zuwarten nicht möglich ist oder die Vermittlungsbemühungen (insbesondere bei mehrfacher Ablehnung des Organs durch andere Zentren) bereits zu viel Zeit in Anspruch genommen haben.¹¹ Die Entscheidung über die Zuteilung im Standardverfahren trifft die Vermittlungsstelle Eurotransplant.

⁶ OLG Braunschweig, Beschl. v. 20.3.2013 – Ws 49/13 = NSTZ 2013, 593 = StV 2013, 749.

⁷ Siehe die Richtlinien für die Wartelistenführung und die Organvermittlung, abrufbar unter:

<http://www.bundesaerztekammer.de/page.asp?his=7.45.8858.8870> (letzter Abruf am 20.1.2014).

⁸ Schroth, NSTZ 2013, 437 (438), unter Verweis auf Kap. 2. I. 1. c) der Richtlinien für die Wartelistenführung und Organvermittlung zur Lebertransplantation (vorherige Fußnote). Da der zugrunde liegende Sachverhalt die Lebertransplantation betrifft, wird im Folgenden nur auf die diesbezüglichen Richtlinien eingegangen.

⁹ Model for Endstage Liver Disease (Rangpunktemodell für Lebererkrankungen im Endstadium), siehe OLG Braunschweig NSTZ 2013, 593.

¹⁰ Schroth, NSTZ 2013, 437 (438); siehe insoweit III. 6. 2. (S. 17 ff.) der Richtlinien zur Lebertransplantation (Fn. 7).

¹¹ Schroth, NSTZ 2013, 437 (439); siehe insoweit II. 3. 3. 2. (S. 10 f.) der Richtlinien zur Lebertransplantation (Fn. 7).

Der Umstand, dass es sich dabei um eine privatrechtliche Stiftung des niederländischen Rechts handelt (vgl. insoweit § 12 Abs. 2 TPG) und die Kriterien für die Organzuteilung in weiten Teilen nicht vom Gesetzgeber, sondern von der Bundesärztekammer festgelegt worden sind, hat erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken hervorgerufen.¹²

III. Sachverhalt¹³

In dem der Entscheidung des OLG Braunschweig zu Grunde liegenden Fall hatte der Beschuldigte (B) als verantwortlicher Arzt des Transplantationszentrums der Universitätsmedizin Göttingen gegenüber Eurotransplant falsche Angaben über seine Patienten gemacht, indem er diese wahrheitswidrig als Dialysepatienten bezeichnete, so dass nach den Richtlinien der Bundesärztekammer einer der für den MELD-Score maßgeblichen Laborwerte auf den maximalen Wert festzusetzen war. Dadurch wurde jeweils ein MELD-Score von 40 oder 39 Punkten (bei einem maximalen Wert von 42 Punkten) erreicht, was zu einer zeitnahen Zuteilung einer Spenderleber zugunsten dieser Patienten durch Eurotransplant führte. Durch diese Manipulation der Organzuteilung, so der Vorwurf der Staatsanwaltschaft, habe B den Tod anderer lebensbedrohlich erkrankter Patienten in Kauf genommen, die bei einer korrekten Zuteilung ein Organ erhalten hätten, infolge der Bevorzugung der von B behandelten Patienten aber nicht mehr rechtzeitig hätten behandelt und gerettet werden können.

IV. Entscheidung

1. Strafbarkeit wegen Vollendung?

Auf eine Strafbarkeit des Beschuldigten wegen vollendeten Totschlags geht das OLG Braunschweig nur kurz ein und verneint mit Blick auf den Stand der Ermittlungen insoweit einen dringenden Tatverdacht, weil entsprechende Daten über andere, infolge der Manipulation verstorbene Patienten nicht vorlägen bzw. aus Gründen des Gesundheitsdatenschutzes (vgl. § 97 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 S. 2 StPO) nicht verfügbar seien.¹⁴ Der Nachweis einer vollendeten Tötung, einschließlich eines Kausal- und Zurechnungszusammenhangs zwischen Tathandlung (den falschen Angaben gegenüber Eurotransplant) und Erfolg dürfte überdies auch kaum zu führen sein: Dies setzt zunächst voraus, dass der verstorbene Patient ohne die Manipulation des B das betreffende Organ erhalten hätte, B also durch sein Handeln einen rettenden Kausalverlauf unterbrochen hat.¹⁵ Die Organzuteilung lässt sich jedoch – selbst bei Überwindung der vom Gericht angeführten Aufklärungshindernisse – kaum rekonstruieren, da die Zuteilung

nicht nur von dem computergestützten Standardverfahren (dem MELD-Score), sondern auch von anderen Faktoren und Umständen abhängt, insbesondere wenn das angebotene Organ für den Empfänger ungeeignet ist und im beschleunigten Verfahren einem anderen Empfänger zugeteilt wird.¹⁶ Dem ließe sich entgegenhalten, dass das von B transplantierte Organ in jedem Fall (irgendeinem der auf der Warteliste vor dem bevorzugten Patienten des B stehenden Patienten fehlt, der an den Folgen seiner Lebererkrankung verstorben ist. Man könnte B also auf wahldeutiger Tatsachengrundlage für die Tötung eines Patienten verurteilen, ohne die Identität des Opfers festzustellen (sog. Opfer-Wahlfeststellung).¹⁷ Ein Kausalzusammenhang kann jedoch nur bejaht werden, wenn feststeht, dass die Transplantation der Leber das Leben des übergangenen Patienten gerettet hätte – bei der Opfer-Wahlfeststellung wäre dies in Bezug auf jedes potentielle Opfer zu begründen. Eine solche Feststellung ist jedoch kaum möglich, da mit jeder Transplantation zahlreiche Unwägbarkeiten verbunden sind, insbesondere dem Risiko, dass das transplantierte Organ vom Empfänger abgestoßen wird.¹⁸

2. Versuch - Tatentschluss

Mit der Prüfung eines versuchten Totschlags verlagert sich die Prüfung damit auf die subjektive Tatseite, den Tatentschluss. Bei der Prüfung des bedingten Vorsatzes begründet das Gericht zunächst, dass B den Erfolgseintritt für möglich gehalten hat (Wissenselement) und greift dabei die oben angeführten Überlegungen auf: Durch die Manipulation der Wartelistenrangfolge wurden die Chancen der – nunmehr auf einen nachfolgenden Platz verdrängten – Patienten auf eine lebensrettende Operation verschlechtert; dabei verweist das Gericht darauf, dass dem B nach seiner Einlassung bei den eigenen Patienten sogar bei einem (korrekten) MELD-Score von deutlich unter 40 die lebensrettende Bedeutung der Transplantation bewusst war und ihm somit bewusst sein musste, dass auch die „verdrängten“ anderen Patienten (mit einem deutlich höheren Wert) ohne Transplantation in gleicher

¹² Siehe zusammenfassend *Schroth*, NStZ 2013, 437 (440 ff.).

¹³ Siehe zum Sachverhalt auch die Darstellung in der Beschwerdeentscheidung des LG Braunschweig, Beschl. v. 11.2.2013 – 9 Qs 20/13 (juris).

¹⁴ OLG Braunschweig, Beschl. v. 20.3.2013 – Ws 49/13, Rn. 34 (juris) = NStZ 2013, 593.

¹⁵ *Kudlich*, NJW 2013, 917 (918); *Verrel*, Manuskript zu einem am 2. Dezember 2013 in Bonn gehaltenen Vortrag („Manipulation bei der Organallokation – ein versuchtes Tötungsdelikt?“), S. 3 f.

¹⁶ *Schroth*, NStZ 2013, 437 (441 f.); siehe auch den Hinweis (a.a.O., 439), dass im Jahr 2012 über 40 % der Organzuteilungen im beschleunigten Verfahren erfolgt sind; siehe ferner *Verrel* (Fn. 15), S. 4, wonach 85 % der transplantierten Lebern zuvor einmal abgelehnt wurden.

¹⁷ *Dannecker*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, Anhang zu § 1 Rn. 63; *Eser/Hecker*, in: *Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar*, 28. Aufl. 2010, § 1 Rn. 60; *Lackner/Kühl*, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 27. Aufl. 2011, Vor § 13 Rn. 11; siehe zum Betrug: BGHSt 19, 37 (43). Bei höchstpersönlichen Rechtsgütern wird eine Opfer-Wahlfeststellung zum Teil abgelehnt, siehe *Tiedemann/Tiedemann*, in: *Geppert/Bohnert/Rengier* (Hrsg.), *Festschrift für Rudolf Schmitt zum 70. Geburtstag*, 1992, S. 146 (S. 149 f.); siehe dagegen *Samson*, NJW 1978, 1182 (1184), sowie die eingangs genannten Autoren.

¹⁸ *Schroth*, NStZ 2013, 437 (442); siehe auch *Kudlich*, NJW 2013, 917 (919: Operationsrisiko).

Weise, ja sogar in höherem Maße vom Tode bedroht waren.¹⁹ In einem zweiten Schritt wendet sich das Gericht der Frage zu, ob B billigend in Kauf genommen hat, dass andere Patienten infolge der Manipulation der Organzuteilung nicht mehr rechtzeitig ein Organ erhalten und versterben. Ungeachtet der jüngsten Distanzierung des BGH²⁰ von der „Hemmschwellentheorie“ geht das Gericht dabei davon aus, dass der Täter zur bewussten Tötung eines Menschen, zumal als auf das Patientenwohl verpflichteter Arzt, eine erhöhte Hemmschwelle überwinden müsse und deshalb besonders hohe Anforderungen an den Tötungsvorsatz zu stellen seien.²¹ Das Gericht erkennt zwar an, dass es dem ärztlichen Heilungsauftrag diametral widerspreche, den Tod von Patienten billigend in Kauf zu nehmen, weist aber mit Recht darauf hin, dass die Sorge um das Wohl der eigenen Patienten angesichts der bestehenden Organknappheit einen Tötungsvorsatz in Bezug auf andere, ihm fremde Patienten nicht ausschließe, sondern vielmehr als dessen Kehrseite begründe: Es sei widersprüchlich, die „Rangverbesserung“ bei den eigenen Patienten als zur Lebensrettung notwendig anzusehen, bei den fremden Patienten aber darauf zu vertrauen, dass diese rechtzeitig ein anderes Organ erhielten.²² Zudem könne nicht davon ausgegangen werden, dass der übergangene Patient das „nächste“ Spenderorgan erhalte, sondern es müsse damit gerechnet werden, dass sich die Transplantation in Ermangelung eines anderen für den Empfänger geeigneten Organs verzögere; so sei im Jahr 2011 ungeachtet eines relativ hohen MELD-Scores eine nicht unbeträchtliche Zahl von Patienten vor der rettenden Transplantation gestorben.²³ Umgekehrt könne auch nicht davon ausgegangen werden, dass den Patienten mit einem besonders hohen MELD-Score ohnehin nicht mehr mit einer Transplantation geholfen werden könne und die Zuteilung des Organs zu einem seiner eigenen Patienten daher nicht kausal für den Tod des übergangenen fremden Patienten sei.²⁴

¹⁹ OLG Braunschweig, Beschl. v. 20.3.2013 – Ws 49/13, Rn. 39 ff. (juris) = NStZ 2013, 593; Bei einem MELD-Score von 40 beträgt die Überlebensrate in den folgenden drei Monaten 2%, bei einem Wert von 30 bereits 51 %.

²⁰ BGH NJW 2012, 1524 (1526).

²¹ OLG Braunschweig, Beschl. v. 20.3.2013 – Ws 49/13 Rn. 37, 45 (juris) = NStZ 2013, 593.

²² OLG Braunschweig, Beschl. v. 20.3.2013 – Ws 49/13, Rn. 47 (juris) = NStZ 2013, 593; zust. Verrel (Fn. 14), S. 7.

²³ OLG Braunschweig, Beschl. v. 20.3.2013 – Ws 49/13, Rn. 49 (juris) = NStZ 2013, 593, unter Verweis auf den Jahresbericht 2011 von Eurotransplant, abrufbar unter:

http://www.eurotransplant.org/cms/index.php?page=annual_reports (letzter Abruf am 20.1.2014): Danach sind im Jahr 2011 in Deutschland 444 Patienten auf der Warteliste für eine Spenderleber verstorben, von denen 164 Patienten einen MELD-Score von 30 oder mehr hatten (a.a.O., S. 48). Im Jahr 2012 betrug dieser Anteil sogar 247 von 616 verstorbenen Patienten (Eurotransplant Jahresbericht 2012, ebenda, S. 57).

²⁴ OLG Braunschweig, Beschl. v. 20.3.2013 – Ws 49/13, Rn. 47 (juris) = NStZ 2013, 593, mit dem Hinweis, dass kaum anzunehmen sei, dass B die eigenen Patienten mit ei-

Die Annahme eines Tötungsvorsatzes ist im Schrifttum auf Ablehnung gestoßen.²⁵ Dabei wird im Ausgangspunkt zu Recht darauf hingewiesen, dass die Anforderungen an den Vorsatz spiegelbildlich zum objektiven Tatbestand bestimmt werden müssten, d.h. in Bezug auf den Kausal- und Zurechnungszusammenhang (nach Maßgabe der Tätervorstellung) keine geringeren Anforderungen gestellt werden dürften als im objektiven Tatbestand (siehe oben 1.).²⁶ Für den Vorsatz kommt es damit entscheidend darauf an, ob man eine Strafbarkeit wegen Vollendung – wie das Gericht – verneint, weil sich die Kausalität nicht nachweisen lässt (in dubio pro reo), oder ob darüber hinaus auch noch weitere Gründe einen Kausal- bzw. Zurechnungszusammenhang zwischen Manipulation und dem Tod eines der übergangenen Patienten ausschließen. Der Verweis auf die fehlende Beherrschbarkeit des Kausalverlaufs²⁷ erscheint insoweit nicht geeignet, die Argumentation des Gerichts zu erschüttern, denn B beherrscht und steuert den Kausalverlauf kraft überlegenen Wissens insoweit, als er durch die Manipulation die Zuteilung eines Organs an seinen Patienten bewirkt, und damit einem anderen Patienten die mit dem Erhalt dieses Organs verbundene Rettungschance nimmt. Die damit einhergehende Gefahr, dass ein anderer Patient nicht mehr rechtzeitig ein Organ erhält und ver stirbt, ist angesichts der vorliegenden Zahlen zu den infolge Organmangels verstorbenen Patienten nicht von der Hand zu weisen und daher auch vom Vorsatz des B umfasst.²⁸ Demgegenüber ist für einen Tötungsvorsatz nicht erforderlich, dass der Täter den Kausalverlauf nach seiner Vorstellung in einer Weise kontrolliert, dass er bewusst den Tod einer bestimmten Person herbeiführt (siehe oben 1. zur Opfer-Wahlfeststellung). Folgender Fall aus der Rechtsprechung mag dies verdeutlichen: Um bei der Privatisierung des Staatsunternehmens Volkswagen über das ihm zustehende Bezugsrecht hinaus zusätzliche Aktien zu erhalten, stellte der Täter bei mehreren Banken Kaufanträge und gab dabei jeweils an, keine weiteren Anträge gestellt zu haben. Die Täuschung wurde aufgedeckt, so dass es nicht zu einer entsprechenden Zuteilung kam. Der BGH bestätigte je-doch die Verurteilung wegen versuchten Betruges zum Nachteil der „ehrlichen“ Zeichner, die infolge der Überzeichnung der Aktie und einer Vergabe der Aktien über einen im Losverfahren festgelegten Verteilungsschlüssel nicht mehr zum Zuge gekommen wären. Da außer dem Täter auch andere Personen über ihr Bezugsrecht getäuscht hatten, wäre eine genaue Feststellung der durch den Täter geschädigten Anleger jedoch kaum möglich gewesen, sondern es hätte

nem solchermaßen hohen (echten) Wert als nicht mehr operabel angesehen habe.

²⁵ Bülte, StV 2013, 753; Schroth, NStZ 2013, 437 (442 ff.); siehe auch Kudlich, NJW 2013, 917 (918 f.).

²⁶ Bülte, StV 2013, 753; Kudlich, NJW 2013, 917 (919).

²⁷ Vgl. Kudlich, NJW 2013, 917 (918).

²⁸ Vgl. hingegen die in den von Kudlich (NJW 2013, 917) in Bezug genommenen Ausführungen von Kühl, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2012, § 4 Rn. 76 f., genannten Beispiele, in denen vom Täter keine relevante Gefahr geschaffen (Blitzschlag-Fall, neutrale Beihilfe) bzw. diese erst durch einen Dritten begründet wird.

allenfalls die Personengruppe ermittelt werden können, die durch die nebeneinander erfolgenden Täuschungshandlungen insgesamt geschädigt wurde. Nach Ansicht des BGH war eine solche Feststellung (bzw. eine insoweit konkretisierte Tätervorstellung) indes auch nicht erforderlich, da der Betrugstatbestand keine namentliche Feststellung des Opfers verlangt.²⁹ In diesem Fall stand also der Umstand, dass der Täter keinen Einfluss darauf hatte, bei welchem Anleger der Schaden schließlich eintrat, der Annahme eines versuchten Betruges (und damit eines entsprechenden Schädigungsvoratzes) nicht entgegen.

Ein zweiter Einwand setzt am Schutzzweck der Norm an: Danach diene das auf § 12 TPG beruhende Zuteilungsregime nicht dem Zweck, das Leben des (übergangenen) individuellen Patienten zu schützen, sondern Überlebenschancen gerecht zu verteilen; der einzelne Patient habe kein subjektives Recht auf Zuteilung eines Organs, sondern nur ein derivatives Teilhaberecht am Organverteilungssystem.³⁰ Mit einer Manipulation der Zuteilung werde daher keine auf den Schutz des einzelnen Patienten bezogene Norm verletzt, so dass ein darauf beruhender Erfolg nicht zugerechnet werden könne.³¹ Es erscheint jedoch fraglich, ob die Unterscheidung von Anspruch und Teilhaberecht eine so weitreichende Schlussfolgerung zu tragen vermag, denn auch ein Teilhaberecht ist ein subjektives Recht, das – wie sich insbesondere am Kriterium der Dringlichkeit zeigt – auf die Rettung (naturgemäß individuellen) menschlichen Lebens bezogen ist.³² Dass das derzeit praktizierte Allokationssystem keine individuellen Rechte auf ein bestimmtes Organ vorsieht, ist der Rücksicht auf die medizinische Behandlungssituation geschuldet, aber kein Ausdruck fehlender Regelorientierung oder einer völlig ungesicherten Rechtsposition des Patienten.³³ Wie der oben erwähnte Betrugsfall zeigt, schützen Verteilungsnormen in Mangel-situationen³⁴ nicht nur das überindividuelle Interesse an einer gerechten Verteilung, sondern auch und vor allem die Rechtsposition der potentiellen Empfänger. Gegen eine Reduzierung von Schutznormen auf vollständig determinierte Rechte (Ansprüche) spricht auch der Blick auf andere Tatbestände: So ist ein Vermögensschaden beim Submissionsbetrug ungeachtet des Umstands zurechenbar, dass der Veranstalter der Ausschreibung keinen Anspruch auf Unterbreitung eines (günstigen?) Angebots hat, sondern es ist für eine Zurechnung ausreichend, dass das Wettbewerbsrecht ein Verfahren garantiert,

das (auch) dem Zweck dient, das Vermögen des Veranstalters vor überhöhten (d.h. abgesprochenen) Preisen zu schützen.³⁵

Wenngleich es in beiden Fällen um eine gerechte Verteilung knapper Güter geht, ist einzuräumen, dass die Verteilung von Aktien und Aufträgen nicht gleichbedeutend ist mit der Allokation von Spenderorganen. Dementsprechend verweist die oben angeführte Argumentation darauf, dass das Recht in existentiellen Notsituationen, in denen das Leben des einen gegen das des anderen stehe, keine Abwägung vornehmen könne und dem Schutz des einen Lebens Vorrang einräumen dürfe („Lebenswertindifferenzlehre“).³⁶ Zur Begründung wird dabei auch auf die Entscheidung des BVerfG zum Luftsicherheitsgesetz verwiesen,³⁷ in der das Gericht in einer Regelung, die den Abschuss eines von Terroristen entführten Passagierflugzeugs (und die Tötung der Passagiere) erlaubt, um einen gezielt herbeigeführten Absturz in ein dicht besiedeltes Gebiet und eine ungleich größere Opferzahl zu verhindern, wegen Verstoßes gegen Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG für nichtig erklärt hatte.³⁸ Diese Parallele provoziert die (rhetorische) Frage, ob die besagte Regelung vor der Verfassung Bestand hätte, wenn man sie als „Verteilungsregel“ für Rettungschancen bei einer terroristischen Bedrohung verstünde und nicht als Norm zum Schutz menschlichen Lebens.³⁹ Umgekehrt ließe sich fragen, ob angesichts der Prämisse, dass einem menschlichen Leben kein Vorrang vor einem anderen Leben gewährt werden könne, überhaupt noch Raum für eine rechtliche Ausgestaltung der Verteilung von Spenderorganen besteht. Dass der dem Gesetzgeber verbleibende Spielraum davon abhängt, ob eine entsprechende Regelung auch dem Schutz der – nach Maßgabe bestimmter Kriterien bevorzugten - Patienten oder dem öffentlichen Interesse an einer gerechten Verteilung dienen soll, erscheint jedenfalls nicht unbedingt plausibel. Entscheidend für die verfassungsrechtliche Bewertung dürften vielmehr die Zuteilungskriterien sein,⁴⁰ mit deren Festlegung der Gesetzgeber -

²⁹ BGHSt 19, 37 (41).

³⁰ Siehe dazu *Bader*, Organmangel und Organverteilung, 2010, S. 295 ff.

³¹ *Bülte*, StV 2013, 753 (755 ff.); *Schroth*, NStZ 2013, 437 (443); vgl. auch allgemein *Kudlich*, NJW 2013, 917 (918 f.).

³² So kann im Verwaltungsrecht die Entscheidung, z.B. die Erteilung einer Genehmigung abzulehnen, auch dann ein subjektives Recht verletzen, wenn der Adressat keinen gebundenen Anspruch auf Erteilung, sondern nur auf ermessensfehlerfreie Entscheidung hat (vgl. § 113 Abs. 5 VwGO).

³³ *Verrel* (Fn. 15), S. 9.

³⁴ Vgl. *Bülte*, StV 2013, 753 (757).

³⁵ Vgl. insoweit nur BGHSt 38, 186. Die in diesem Zusammenhang auftretenden Probleme der Schadensbegründung (vgl. BGH a.a.O.) sind von der Zurechnung dieses Schadens zum Verhalten des Täters zu trennen.

³⁶ *Bülte*, StV 2013, 753 (756).

³⁷ *Bülte*, StV 2013, 753 (757).

³⁸ BVerfGE 115, 118 (151 ff.).

³⁹ *Bülte*, StV 2013, 753 (757), sieht den Unterschied beider Konstellationen darin, dass mit dem Abschuss des Flugzeugs unmittelbar das Leben der Passagiere vernichtet wird, während die Manipulation der Entscheidung von Eurotransplant über die Organzuteilung aber noch keine hinreichend konkretisierte Rettungschance vereitelt, um als Tötungshandlung angesehen werden zu können.

⁴⁰ Siehe auch *Bülte*, StV 2013, 753 (756), der sich aufgrund der in den § 12 Abs. 3 TPG genannten Kriterien der Dringlichkeit und Erfolgsaussicht darin bestätigt, sieht dass das Leben selbst nicht Gegenstand der Abwägung sei, da andere Kriterien (Verschulden an der Krankheit, Alter oder sozialer Status des Patienten) keine Rolle spielten. So eindeutig lässt sich dies jedoch nicht sagen, da für die Anwendung der Kriterien mitunter sehr wohl das Vorverhalten des Patienten (gerin-

wie auch immer diese Kriterien aussehen – eine Vorrangentscheidung zugunsten bestimmter Patienten trifft und diesen damit eine – im Vergleich zu anderen – erhöhte Überlebenschance eröffnet. Wenn man dies jedoch anerkennt, dann ist es alles andere als einsichtig, warum diese Norm für den Einzelnen nicht ebenso eine Schutzwirkung entfalten soll wie Verteilungsregeln bei anderen Rechtsgütern (s.o.).

Schließlich wird gegen eine Heranziehung der Organverteilungsregeln eingewandt, dass diese wegen Verstoßes gegen das rechtsstaatliche Bestimmtheitsgebot und den Parlamentsvorbehalt verfassungswidrig seien und daher keine Strafbarkeit begründen könnten (siehe oben II. am Ende).⁴¹ Das Gericht weist diesen Einwand zurück, indem es darauf verweist, dass sich alle Transplantationszentren diesem Zuteilungsverfahren unterworfen haben; die rechtlichen Bedenken rechtfertigten es daher nicht, durch Manipulationen die Patienten anderer Zentren zu benachteiligen und ihnen damit ein möglicherweise lebensrettendes Spenderorgan vorzuenthalten.⁴² Dieses Festhalten an einer – möglicherweise verfassungswidrigen Verteilungsregelung – wird zum Teil als „Gleichbehandlung im Unrecht“ heftig kritisiert.⁴³ Im Kern beruht die Begründung des Gerichts auf dem Unbehagen, dass mit einer Nichtigkeit der bestehenden Verteilungsregeln bei der Allokation von Spenderorganen eine Art Naturzustand eintreten würde, in dem jedes Mittel „recht“ (wenigstens nicht verboten) wäre, um ein dringend benötigtes Organ zu erhalten. Dem Gericht ist daher im Ergebnis zuzustimmen, dass die Verteilung wenigstens solange nach den geltenden, vom Konsens der beteiligten Zentren getragenen Verteilungsregeln erfolgen muss, bis der Gesetzgeber (möglicherweise auf Veranlassung des BVerfG) eine neue, verfassungsmäßige Regelung geschaffen hat.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

Nach dem das Gericht den Versuchstatbestand (einschließlich des unmittelbaren Ansatzens durch die jeweilige Falschmeldung) bejaht hat, wendet es sich einer möglichen Rechtfertigung zu. Eine Nothilfe (§ 32 StGB) zugunsten der eigenen Patienten wird zu Recht mit dem Argument verneint, dass von den übergangenen Patienten ungeachtet der „Konkurrenzsituation“ kein rechtswidriger Angriff auf die Patienten des B ausging.⁴⁴ Selbst wenn man von einer gegenwärtigen Lebensgefahr für die von B versorgten Patienten ausgeht,⁴⁵ ist eine

Rechtfertigung nach § 34 StGB jedenfalls deshalb ausgeschlossen, da das zu rettende Rechtsgut (Leben des von B transplantierten Patienten) das beeinträchtigte Rechtsgut (Leben des übergangenen Patienten) nicht wesentlich überwiegt: Dass die Leben beider Patienten gleichwertig und nicht abwägungsfähig sind, wird auch nicht dadurch in Frage gestellt, dass die Patienten des B – so seine Einlassung – eine höhere Lebenserwartung gehabt hätten oder auch an anderen Kliniken manipuliert werde.⁴⁶ Eine rechtfertigende Pflichtenkollision scheidet schließlich aus, weil sich aus der ärztlichen Behandlungspflicht keine Pflicht zur Meldung der falschen Angaben ableiten lässt.⁴⁷ Auch auf einen entschuldigenden Notstand kann sich B nicht berufen, da die Lebensgefahr weder einem Angehörigen noch einer nahestehenden Person drohte.⁴⁸

V. Schluss

Die Entscheidung des OLG Braunschweig zeigt, dass bei einem nicht rekonstruierbaren Kausal- bzw. Zurechnungszusammenhang die „Versuchslösung“ keineswegs den Königsweg darstellt, mit dem sich eine Strafbarkeit ohne weiteres begründen lässt, sondern dass gerade in derartigen Fällen der Tatentschluss bzw. Vorsatz einer besonders sorgfältigen Prüfung bedarf. Dies spiegelt sich auch in der Entscheidungs Begründung wider, auch wenn sich das Gericht mit einigen Einwänden gegen eine Strafbarkeit nach den §§ 212, 22, 23 Abs. 1 StGB (insbesondere zum Schutzzweckzusammenhang) noch nicht auseinandersetzen konnte. Auch die Frage nach der Verfassungsmäßigkeit des Systems der Organverteilung bleibt vorerst ungeklärt. Um künftigen Manipulationen zu begegnen, hat der Gesetzgeber inzwischen ein ausdrückliches Verbot erlassen, gegenüber der Vermittlungsstelle falsche Meldungen über den Gesundheitszustand über Patienten abzugeben, um diese bei der Organzuteilung zu bevorzugen (§ 10 Abs. 3 TPG), und einen entsprechenden Straftatbestand geschaffen (§ 19 Abs. 2a TPG).⁴⁹ Der Gesetzesbegründung⁵⁰ lässt sich nicht entnehmen, ob der Gesetzgeber mit diesem Tatbestand die Vereitelung von Rettungschancen abschließend erfassen wollte⁵¹ oder nicht vielmehr einen Auffangtatbestand schaffen wollte, falls sich derartige Manipulationen nicht als (versuchtes) Tötungsdelikt bestrafen lassen sollten.

Prof. Dr. Martin Böse, Bonn

gere Erfolgsaussichten bei andauerndem Alkoholmissbrauch) oder das Alter (besondere Dringlichkeit bei Jugendlichen wegen der möglichen Folgen eines Organversagens für die körperliche und geistige Entwicklung) berücksichtigt werden, siehe *Verrel* (Fn. 15), S. 10; auch III. 2. 1. (S. 12) und 6. 4. (S. 24 f.) der Richtlinien zur Lebertransplantation (Fn. 8).

⁴¹ *Schroth*, NStZ 2013, 437 (443 f.).

⁴² OLG Braunschweig, Beschl. v. 20.3.2013 – Ws 49/13, Rn. 56 (juris) = NStZ 2013, 593.

⁴³ *Schroth*, NStZ 2013, 437, 444.

⁴⁴ OLG Braunschweig, Beschl. v. 20.3.2013 – Ws 49/13, Rn. 52 (juris) = NStZ 2013, 593.

⁴⁵ Siehe dagegen LG Braunschweig, Beschl. v. 11.2.2013 – 9 Qs 20/13, Rn. 39 (juris).

⁴⁶ OLG Braunschweig, Beschl. v. 20.3.2013 – Ws 49/13, Rn. 53 (juris).

⁴⁷ LG Braunschweig, Beschl. v. 11.2.2013 – 9 Qs 20/13, Rn. 40 (juris). Eine Parallele zur rechtfertigenden Pflichtenkollision sieht *Bülte*, StV 2013, 753 (756).

⁴⁸ OLG Braunschweig, Beschl. v. 20.3.2013 – Ws 49/13, Rn. 54 (juris) = NStZ 2013, 593.

⁴⁹ Art. 5d Gesetz zur Beseitigung sozialer Überforderung bei Beitragsschulden in der Krankenversicherung v. 15.7.2013 (BGBl. I 2013, S. 2423).

⁵⁰ Siehe die Beschlussempfehlung und den Bericht des Gesundheitsausschusses, BT-Drs. 17/13947, S. 40 f.

⁵¹ In diesem Sinne *Verrel* (Fn. 15), S. 11 f.

Entscheidungsanmerkung

Brandstiftungsdelikte und Maßstab der revisionsgerichtlichen Kontrolle

1. Zur revisionsrechtlichen Kontrolle tatrichterlicher Feststellungen im Hinblick auf den Tötungsvorsatz (Leitsatz 1 des Verf.).
2. Das Qualifikationsmerkmal des § 306b Abs. 2 Nr. 3 Alt. 2 StGB ist restriktiv auszulegen. Es setzt voraus, dass die Chancen auf ein Löschen des Brandes nicht unerheblich verschlechtert werden, woran es bei einer zeitlich irrelevanten Verzögerung fehlt (Leitsatz 2 des Verf.).

StGB §§ 212, 306b

BGH, Urt. v. 11.6.2013 – 5 StR 124/13¹

I. Einleitung

Der dem Urteil des BGH zugrunde liegende Sachverhalt könnte Gegenstand einer universitären Prüfungsaufgabe sein und wirft Fragen der revisionsgerichtlichen Überprüfung tatrichterlicher Feststellungen zum Tötungsvorsatz sowie der Qualifikationsvorschrift des § 306b Abs. 2 Nr. 3 Alt. 2 StGB auf. Insbesondere die Brandstiftungsdelikte erweisen sich in Klausuren oftmals als eine unangenehme Materie, was zum einen an den etwas unübersichtlichen und verschiedene Schutzrichtungen aufweisenden Regelungen des StGB und zum anderen an zahlreichen dogmatischen und häufig um eine Restriktion kreisenden Diskussionen liegt, die sich aus den diese Delikte kennzeichnenden hohen Strafdrohungen ergeben. Alles in allem wird man der Entscheidung in allen relevanten Punkten zustimmen können.

II. Sachverhalt

Der Angeklagte hatte einige Zeit bei einem Bekannten gewohnt, der in einer im dritten Obergeschoss eines Mehrfamilienhauses gelegenen Wohnung lebte. Indes verschlechterte sich das Verhältnis nach seinem Auszug, was sogar in gegen den Bekannten geführten Tötlichkeiten seitens des Angeklagten mündete. Eines späten Abends zwischen 23.00 und 23.45 Uhr stellte der Angeklagte zwei türlose, etwa 80 bis 90 cm hohe und mit Regalbrettern versehene Holzschränke vor die Eingangstür der Wohnung, in der abgesehen von dem Bekannten in der Zwischenzeit eine weitere Person lebte. Der Angeklagte legte Zeitungen, Werbeprospekte und eine mit Papiertüchern gefüllte Kunststofftragetasche zwischen Schränke und Tür und entzündete sie, wodurch – wie von ihm für möglich gehalten und gebilligt – Verkohlungen an der Türschwelle und im unteren Teil des Türblattes verursacht wurden. Um möglichst unentdeckt den Tatort verlassen

¹ Die Entscheidung ist abgedruckt in NStZ-RR 2013, 277 und online abrufbar unter <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=6c4c3d90e754ade280b2eae0691cfcc&nr=64462&pos=0&anz=1> (28.1.2014).

zu können, hatte er zuvor einen im Hausflur montierten Rauchmelder funktionsunfähig gemacht, indem er dessen Batterie und Alarmmechanismus entfernte. Dass Menschen verletzt werden oder zu Tode kommen könnten, hielt der Angeklagte weder für möglich noch billigte er es. Obwohl der Bekannte und die weitere Person bereits geschlafen hatten, wurden sie durch den Alarm eines im Wohnungsflur an der Decke installierten Rauchmelders geweckt und konnten unter tätiger Hilfe eines Nachbarn das Feuer schnell löschen.

III. Rechtliche Würdigung

1. Ausführungen zum Tötungsvorsatz

Das erstinstanzlich entscheidende Landgericht hatte keinen (Eventual-)Tötungsvorsatz feststellen können und daher nicht wegen versuchten Totschlags gemäß §§ 212 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 StGB verurteilt, wogegen sich die Revision der Staatsanwaltschaft richtet. Das dem BGH als Revisionsgericht obliegende Prüfungsprogramm ergibt sich aus § 337 Abs. 1 StPO, nach dem eine Revision nur auf eine Verletzung des Gesetzes gestützt werden kann. Demnach sind allein Rechts-, nicht aber Tatfragen revisibel – die Beweiswürdigung ist Sache des Tatgerichts.² Sie ist allein ihm übertragen (§ 261 StPO), da es sich im Gegensatz zum Revisionsgericht aufgrund der Hauptverhandlung einen umfassenden und unmittelbaren Eindruck von Schuld oder Unschuld des Angeklagten machen kann.³

Es ist dem Revisionsgericht daher im Sinne eines Verbots der Rekonstruktion der Beweisaufnahme verwehrt, einen vom Tatgericht festgestellten Sachverhalt in Frage zu stellen und die Beweisaufnahme zu wiederholen oder zu ergänzen.⁴ Solange die vom Tatrichter gezogenen Schlussfolgerungen zwar nicht zwingend, aber möglich und vertretbar sind, muss das Revisionsgericht sie hinnehmen und kann nicht seine eigenen Folgerungen an die Stelle des Tatgerichts setzen.⁵ Dies leuchtet gerade mit Blick auf psychische Befunde wie den Vorsatz des Beschuldigten ein, der sich selbst für den Tatrichter als „Black box“ darstellt, weshalb die landläufige Redeweise einer „Feststellung“ des Vorsatzes an sich auf eine Camouflage hinausläuft: Vorsatz wird nicht festgestellt, sondern anhand der objektiven und subjektiven Umstände des Einzelfalles zugeschrieben.⁶ Allerdings kann das Revisionsgericht im Rahmen der Sachrüge (§ 344 Abs. 1 S. 1 StPO) die Tragfähigkeit der Beweiswürdigung durch das Tatgericht unter anderem im Hinblick darauf überprüfen, ob sie widersprüchlich,

² *Beulke*, Strafprozessrecht, 12. Aufl. 2012, Rn. 563.

³ BGH, Urt. v. 4.4.2013 – 3 StR 37/13.

⁴ *Beulke* (Fn. 2), Rn. 563; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 27. Aufl. 2012, § 5 Rn. 24; vgl. auch BGHSt 43, 212 (214).

⁵ In diesem Sinne explizit BGH NStZ-RR 2013, 277. Vgl. bereits BGH NJW 2005, 2322 (2326); BGH, Urt. v. 4.4.2013 – 3 StR 37/13.

⁶ *Heghmanns*, ZJS 2012, 826 (829); *Theile*, ZJS 2011, 405 (406, 407); *ders.*, ZJS 2012, 389.

unklar oder lückenhaft ist, denn dies wäre ein Rechtsfehler.⁷ Insoweit wird dann zwar nicht das Vorliegen des Tötungsvorsatzes selbst, wohl aber die darauf bezogene Beweiswürdigung des erstinstanzlich entscheidenden Gerichts zum Gegenstand revisionsrechtlicher Kontrolle.

Hierbei kommt es vor allem darauf an, ob das Tatgericht die Beweislage im Hinblick auf den Tötungsvorsatz umfassend anhand der objektiven und subjektiven Tatumstände würdigt. Der BGH nimmt dies im konkreten Fall zunächst mit Blick auf die den Beschuldigten potentiell belastenden Umstände an. Er verweist darauf, dass das Tatgericht unter anderem erörtert habe, inwieweit die Flucht aus der Wohnung durch die vor die Eingangstür geschobenen Schränke erschwert worden sei und ob sich aus der Vorgeschichte der Tat ein Tötungsmotiv ergeben habe.⁸ Auch das Unbrauchbarmachen des im Hausflur befindlichen Rauchmelders sei gewürdigt worden.⁹

Zugunsten des Beschuldigten hatte das Tatgericht angenommen, ihm sei bewusst gewesen, dass sich hinter der Eingangstür zur Wohnung ein weiterer Rauchmelder befunden habe, von dem die zügige Auslösung eines Alarms zu erwarten gewesen sei.¹⁰ Die Annahme eines solchen Vorstellungsbildes mag insofern erklärungsbedürftig sein, als der Angeklagte gerade von seinem Schweigerecht Gebrauch gemacht hatte (vgl. § 243 Abs. 5 StPO), so dass man nicht ohne weiteres auf sein Vorstellungsbild schließen kann. Jedoch handelt es sich nach Auffassung des BGH keineswegs um eine ins Blaue hinein gemachte Feststellung ohne „realen Anknüpfungspunkt“.¹¹ Die Annahme des Gerichts sei hinreichend „tatsachenfundiert“ gewesen, weil der Angeklagte um die Existenz des Rauchmelders gewusst und die Wohnung fünf Wochen zuvor noch betreten habe.¹² An diesem Punkt könnte man durchaus zu anderen Schlussfolgerungen gelangen, wobei nicht einmal primär an die vom BGH selbst angesprochenen Alternativen zu denken ist, nach denen der Rauchmelder funktionsunfähig oder in der Zwischenzeit demontiert worden sei.¹³ Aber: Ob der Angeklagte in der konkreten Tatsituation und des hier durchaus nahe liegenden psychischen Erregungszustandes wirklich aktuell an den in der Wohnung befindlichen Rauchmelder dachte, erscheint keineswegs sicher. Indes würde eine solche Argumentation eben gerade auf eine unzulässige Rekonstruktion der Beweisaufnahme hinauslaufen, bei der die eigene Beweiswürdigung die des Tatrichters ersetzt. Die vom Tatgericht gezogenen Schlussfolgerungen aus den objektiven und subjektiven Tatumständen mögen insofern zwar nicht zwingend sein, sie sind aber möglich und vertretbar – und genau dies ist der Prüfungsmaßstab des Revisionsgerichts.

⁷ BGH, Urt. v. 4.4.2013 – 3 StR 37/13. Siehe hierzu auch *Beulke* (Fn. 2), Rn. 567; *Roxin/Schünemann* (Fn. 4), § 55 Rn. 11.

⁸ BGH NStZ-RR 2013, 277.

⁹ BGH NStZ-RR 2013, 277.

¹⁰ BGH NStZ-RR 2013, 277.

¹¹ Vgl. auch BGH NStZ 2009, 629 (630).

¹² BGH NStZ-RR 2013, 277.

¹³ BGH NStZ-RR 2013, 277.

2. Ausführungen zur (besonders) schweren Brandstiftung

a) Die Systematik der Brandstiftungsdelikte

Daneben ist die Entscheidung mit Blick auf die Brandstiftungsdelikte der §§ 306 ff. StGB von Interesse, bei denen zwischen (speziellen) Sachbeschädigungsdelikten (§§ 306, 305, 303 StGB) und – nicht einwilligungsfähigen (!) – gemeingefährlichen Delikten (§§ 306a ff. StGB) zu unterscheiden ist. Bei den gemeingefährlichen Delikten stellt § 306a Abs. 1 StGB ein abstraktes und § 306a Abs. 2 StGB ein konkretes Gefährdungsdelikt dar, wobei diese Grunddelikte (daneben aber auch das Sachbeschädigungsdelikt des § 306 StGB) durch § 306b Abs. 1 StGB und § 306c StGB erfolgsqualifiziert werden können.¹⁴ § 306b Abs. 2 StGB bildet einen Qualifikationstatbestand zu § 306a Abs. 1 StGB und § 306a Abs. 2 StGB.¹⁵

b) Die Tathandlung des Inbrandsetzens

Auch insoweit beanstandet der BGH nicht die rechtliche Würdigung durch das Tatgericht, das den Angeklagten allein nach § 306a Abs. 1 StGB, aber nicht nach dem Qualifikationstatbestand des § 306b Abs. 2 Nr. 3 StGB verurteilt hatte. Was § 306a Abs. 1 StGB betrifft, geht der BGH ohne nähere Darlegungen von einem vollendeten Inbrandsetzen aus.¹⁶ Das Merkmal liegt vor, wenn zumindest Teile des Tatobjektes, die für dessen bestimmungsgemäßen Gebrauch wesentlich sind, in der Weise vom Feuer erfasst sind, dass es aus eigener Kraft ohne Fortwirken des Zündstoffes weiterbrennen kann.¹⁷ Nach der Sachverhaltsschilderung hatte das Entzünden Verkohlungen an der Türschwelle und im unteren Teil des Türblattes zur Folge. Sofern der Hinweis auf Verkohlungen in der Weise zu verstehen ist, dass die entzündeten Gegenstände eigenständig weiter brennen konnten, kann man das Merkmal als verwirklicht ansehen. Jedoch wird zugleich deutlich, wie früh der Vollendungszeitpunkt bei den Brandstiftungsdelikten angesiedelt ist, was den Gesetzgeber zur Normierung eines persönlichen Strafaufhebungsgrundes in Gestalt einer Vorschrift über die tätige Reue in § 306e StGB veranlasst hat.¹⁸

c) Die Qualifikation des § 306b Abs. 2 Nr. 3 StGB

Im Hinblick darauf, dass der Angeklagte Batterien und Alarmmechanismus des im Hausflur montierten Rauchmelders entfernt hatte, lag eine Verwirklichung des Qualifikationstatbe-

¹⁴ *Eisele*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 2. Aufl. 2012, Rn. 1065, 1077; *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 60. Aufl. 2013, § 306b Rn. 1, 2, § 306c Rn. 2; *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2011, § 306c Rn. 1; *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 14. Aufl. 2013, § 40 Rn. 2.

¹⁵ *Eisele* (Fn. 14), Rn. 1068; *Fischer* (Rn. 14), § 306b Rn. 1; *Lackner/Kühl* (Fn. 14), § 306b Rn. 3; *Rengier* (Fn. 14), § 40 Rn. 2.

¹⁶ BGH NStZ-RR 2013, 277 (278).

¹⁷ *Eisele* (Fn. 14), Rn. 1013; *Fischer* (Fn. 14), § 306 Rn. 14; *Lackner/Kühl* (Fn. 14), § 306 Rn. 3; *Rengier* (Fn. 14), § 40 Rn. 7.

¹⁸ *Rengier* (Fn. 14), § 40 Rn. 64.

standes des § 306b Abs. 2 Nr. 3 StGB durchaus nahe. Er knüpft die erhöhte Strafe daran, dass der Täter das Löschen des Brandes verhindert oder erschwert. Strafgrund ist die Steigerung der Gemeingefahr durch Herbeiführung eines auf den Brand bezogenen zusätzlichen Verhinderungs- beziehungsweise Erschwerungserfolges.¹⁹ In den Merkmalen des Verhinderns oder Erschwerens ist eine graduelle Steigerung insofern angelegt, als das Erschweren in ein Verhindern des Löschens übergehen kann.²⁰

Im Vergleich zur früheren Gesetzesfassung, nach der ein Entfernen oder Unbrauchbarmachen erforderlich war, ist die aktuelle Fassung gleichzeitig weiter und enger: Sie ist weiter insofern, als jede Handlung ausreicht, die das Löschen des Brandes verhindert oder erschwert, sie ist enger insofern, als dass das Löschen des Brandes tatsächlich verhindert oder erschwert sein muss.²¹ Bei § 306b Abs. 2 Nr. 3 StGB handelt es sich um ein zweiaktiges Delikt, das zum einen ein Inbrandsetzen (für die Variante des Brandlegens passt die Qualifikation nicht recht, da es bei der Brandlegung nicht zu einem löschungsbedürftigen Brand kommen muss)²² und zum anderen ein Verhalten voraussetzt, durch das das Löschen des Brandes verhindert oder erschwert wird. Indes ist die Zweiaktigkeit nicht mit einer vorgegebenen zeitlichen Abfolge gleichzusetzen, weshalb die qualifikationsauslösenden Handlungen dem Inbrandsetzen zeitlich vorangehen können.²³ Daher steht es der Annahme der Qualifikation nicht entgegen, dass der Angeklagte bereits vor dem Inbrandsetzen Batterien und Alarmmechanismus aus dem im Hausflur montierten Rauchmelder entfernte.²⁴

Ob das Verhalten des Täters zu einer Verhinderung oder Erschwerung des Löschens führt, lässt sich nur anhand eines hypothetischen Urteils feststellen,²⁵ wobei vorliegend allein ein Erschweren, nicht aber – der Brand wurde gelöscht – ein Verhindern des Löschens in Betracht kam. Obwohl der Angeklagte den Rauchmelder funktionsunfähig gemacht hatte,

um unentdeckt den Tatort verlassen zu können,²⁶ führte dieses Verhalten zugleich dazu, dass der Brand mit zeitlicher Verzögerung entdeckt und insofern die Löschung erschwert wurde.²⁷ Denn der innerhalb der Wohnung befindliche Rauchmelder musste zwangsläufig später als der außerhalb der Wohnung im Hausflur montierte Rauchmelder das Alarmsignal auslösen, da der Brandherd außerhalb der Wohnung lag.

Ließe sich das Verhalten des Angeklagten somit vordergründig unter die Merkmale des Qualifikationstatbestandes des § 306b Abs. 2 Nr. 3 StGB subsumieren, bestehen hiergegen gleichwohl berechtigte und vom BGH geteilte Bedenken, die sich aus dem hohen Strafraumen (nicht unter fünf Jahren!) ergeben.²⁸ Richtigerweise verlangt der BGH, dass durch das Verhalten des Täters die Chancen auf ein erfolgreiches Löschen des Brandes nicht unerheblich verschlechtert – namentlich zeitlich relevant verzögert – worden sein müssen, woran es fehlt, wenn wie im konkreten Fall eine schnelle Löschung des Brandes gelinge.²⁹ Bei einer derartigen Sachlage fehle es an einer Unrecht und Schuld erhöhenden Steigerung der bereits durch das Grunddelikt erfassten Gefährlichkeit und überdies an einer den übrigen Qualifikationen vergleichbaren Unwertgehalt der Tat.³⁰ Ein solches auf Unrecht und Schuld bezogenes Konsistenzpostulat leuchtet zweifellos ein, da es anderenfalls an dem die (erheblich) erhöhte Strafe legitimierenden Gefährlichkeitspotential mangelt, wenn das Handeln keine oder nur unerhebliche Auswirkungen auf das Feuer beziehungsweise dessen Löschen hat.³¹ Die restriktive Auslegung dient dazu, im Hinblick auf Unrecht und Schuld einerseits einen Unterschied zwischen Grundtatbestand und Qualifikation zu markieren und andererseits eine Gleichwertigkeit der verschiedenen Qualifikationsvarianten zu sichern. Nur so wird den auf Unrecht und Schuld bezogenen Wertungen des Gesetzgebers angemessen Rechnung getragen, auch wenn das vom BGH postulierte quantitative Kriterium der Erheblichkeit zwangsläufig Unschärfen mit sich bringt: An welchem Punkt verläuft die Grenze zwischen erheblichen und unerheblichen Verzögerungen? Die Entfernung der Batterie und des Alarmmechanismus bei dem im Hausflur montierten Rauchmelder hatte im konkreten Fall jedenfalls nur eine minimale Verzögerung des Löschens zur Folge, da zumindest der innerhalb der Wohnung befindliche Rauchmelder ein Alarmsignal auslöste, weshalb die Löschung des Brandes umgehend möglich war. Auch dass die eigentliche Löschung nicht durch den Angeklagten, sondern durch Dritte bewirkt wurde, ist demgegenüber nicht von Belang, da die eigentliche Pointe der Entscheidung darin liegt, dass der Angeklagte von vornherein kein im Hinblick auf die Qualifikation des § 306b Abs. 2 Nr. 3 StGB relevantes Risiko gesetzt hatte. Da der Angeklagte im vorliegenden Fall wohl selbst davon ausging, dass eine zügige Löschung des Brandes zu erwarten war, kam

¹⁹ Heine, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2010, § 306b Rn. 15; Radtke, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 2. Aufl. 2014, § 306b Rn. 24; ders., Die Dogmatik der Brandstiftungsdelikte, zugleich ein Beitrag zu der Lehre von den gemeingefährlichen Delikten, 1998, S. 357.

²⁰ Wolff, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 11, 12. Aufl. 2008, § 306b Rn. 25 f.

²¹ Siehe hierzu Radtke (Fn. 19 – MK), § 306b Rn. 24; Wolff (Fn. 20), § 306b Rn. 25; Wolters, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 138. Lfg., Stand: August 2013, § 306b Rn. 16a.

²² Siehe hierzu Radtke (Fn. 19 – MK), § 306b Rn. 26; Wolff (Fn. 20), § 306b Rn. 26.

²³ Siehe hierzu Fischer (Fn. 14), § 306b Rn. 12; Heine (Fn. 19), § 306b Rn. 16; Wolff (Fn. 20), § 306b Rn. 25 f., 28.

²⁴ BGH NStZ-RR 2013, 277 (278).

²⁵ Wolff (Fn. 20), § 306b Rn. 27; siehe hierzu auch Radtke (Fn. 19 – Dogmatik), S. 357; ders. (Fn. 19 – MK), § 306b Rn. 26.

²⁶ BGH NStZ-RR 2013, 277.

²⁷ Wolff (Fn. 20), § 306b Rn. 27.

²⁸ BGH NStZ-RR 2013, 277 (278).

²⁹ BGH NStZ-RR 2013, 277 (278). Vgl. auch Heine (Fn. 19), § 306b Rn. 18; Wolters (Fn. 21), § 306b Rn. 16a.

³⁰ BGH NStZ-RR 2013, 277 (278).

³¹ Radtke (Fn. 19 – Dogmatik), S. 357.

auch eine versuchte besonders schwere Brandstiftung nicht in Betracht.

3. Ausführungen zu weiteren Strafbarkeiten

Weitere Strafbarkeiten nach §§ 306a Abs. 2, 306b Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1, 306c StGB schieden aus, weil es nicht zu den in diesen Delikten normierten Folgen kam. Zwar ist ihre Begehung auch in Form einer versuchten Erfolgsqualifikation möglich, bei der der Tatentschluss neben dem Grunddelikt auch die schwere Folge umfasst, jedoch ließ sich ein entsprechendes Vorstellungsbild nicht feststellen.

Prof. Dr. Hans Theile, LL.M., Universität Konstanz

Entscheidungsanmerkung

Durch Spontanäußerung veranlasste Vernehmung des Verteidigerkonsultation begehrenden Beschuldigten

Der hohe Rang der Selbstbelastungsfreiheit gebietet es, dass auch Spontanäußerungen – zumal zum Randgeschehen – nicht zum Anlass für sachaufklärende Nachfragen genommen werden, wenn der Beschuldigte nach Belehrung über seine Rechte nach § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO die Konsultation durch einen benannten Verteidiger begehrt und erklärt, von seinem Schweigerecht Gebrauch zu machen. (Amtlicher Leitsatz)

StPO § 136 Abs. 1 S. 2

BGH, Urt. v. 27.6.2013 – 3 StR 435/12 (LG Lüneburg)¹

I. Einführung und Sachverhalt

Nach § 136 Abs. 1 S. 2 StPO ist der Beschuldigte vor Beginn seiner Vernehmung darüber zu belehren, dass es ihm freistehe, sich zu der Beschuldigung zu äußern oder nicht zur Sache auszusagen, und jederzeit, auch schon vor seiner Vernehmung, einen von ihm zu wählenden Verteidiger zu befragen. Unterbleibt dieser Hinweis, darf die Einlassung weder zum Gegenstand der Hauptverhandlung gemacht noch bei der Beweiswürdigung berücksichtigt werden – vorausgesetzt, der Beschuldigte widerspricht ihrer Verwertung oder muss ihr ausnahmsweise nicht widersprechen, da ihm kein Verteidiger zur Seite steht und es der Vorsitzende versäumt, ihn über das Widerspruchserfordernis zu belehren.² Etwas anderes gilt nur, wenn feststeht, dass er seine Rechte kannte.³

Die Verwertung von Spontanäußerungen wird von der Rechtsprechung hingegen auch dann als unbedenklich angesehen, wenn der Beschuldigte sich seines Schweige- und Verteidigerkonsultationsrechts nicht bewusst war. Nur wenn Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Belehrungspflichten gezielt umgangen wurden, dürfen die Angaben nach der Rechtsprechung bei der Beweiswürdigung nicht berücksichtigt werden.⁴ Diese Sichtweise wird durch die zur Veröffentlichung

in der amtlichen Sammlung vorgesehene Entscheidung des 3. Strafsenats vom 27.6.2013 nicht in Zweifel gezogen.⁵ Sie hat nur die Frage zum Gegenstand, ob gezielt erfragte und schon deshalb nicht spontan gemachte⁶ Angaben verwertet werden dürfen, wenn sie im Rahmen einer durch Spontanäußerungen veranlassten Fortsetzung der Vernehmung erlangt wurden, obwohl der Beschuldigte zuvor die Beratung mit einem Verteidiger verlangt hat.

Nach dem der Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt war der spätere Angeklagte vor seiner Vernehmung durch die Ermittlungsrichterin ordnungsgemäß belehrt worden. Er verlangte danach die Beordnung eines von ihm konkret benannten Rechtsanwalts. Den weiteren Geschehensablauf fasst der Senat in seiner Entscheidung wie folgt zusammen:

„Die Ermittlungsrichterin unterbrach [...] die Vernehmung und versuchte um 13.35 Uhr, den Verteidiger telefonisch zu erreichen. Dort meldete sich ein Anrufbeantworter mit der Ansage, dass das Büro während der Mittagspause von 13.00 bis 15.00 Uhr nicht besetzt sei. Sie kehrte in das Vernehmungszimmer zurück und teilte dem Angeklagten mit, dass sie seinen Verteidiger nicht habe erreichen können. Der Angeklagte erklärte nunmehr, er wolle sich zur Sache nicht äußern, und fügte spontan hinzu, er kenne – den im Haftbefehl genannten, ausschließlich in das Tatvorgeschehen verwickelten – S., habe mit diesem aber nichts zu tun. Die Ermittlungsrichterin fragte daraufhin, ob er gesehen habe, wie S. auf den Fußweg uriniert habe, was zu einer der Tat vorgelagerten Auseinandersetzung zwischen S. und dem Tatopfer geführt hatte, aus der heraus sich im weiteren das eigentliche Tatgeschehen entwickelte. Der Angeklagte verneinte. Sodann fragte die Ermittlungsrichterin weiter, wie das Tatopfer verletzt worden sei. Der Angeklagte ließ sich im Folgenden umfassend zur Sache ein und räumte auf weitere Nachfragen ein, das Opfer zwei Mal gegen den Kopf getreten zu haben.“⁷

Später revidierte der Angeklagte seine Angaben nach Beratung mit einem Verteidiger.⁸ In der Hauptverhandlung machte er von seinem Schweigerecht Gebrauch.⁹ Das LG Lüneburg verurteilte ihn gleichwohl – unter Einbeziehung früherer Urteile – wegen gefährlicher Körperverletzung zu einer Jugendstrafe von zwei Jahren und sechs Monaten.¹⁰ Die Feststellungen zu dem in der Entscheidung des 3. Strafsenats nicht näher mitgeteilten Tatgeschehen beruhten dabei auch auf den Angaben der Ermittlungsrichterin und des Protokollführers,

2010, Vor § 133 Rn. 44 ff. m.w.N. und weiterführenden Differenzierungen.

⁵ Im Gegenteil, sie wird ausdrücklich bestätigt: siehe BGH, Urt. v. 27.6.2013 – 3 StR 435/12, Rn. 12; weitergehende Deutung dagegen bei *Britz*, NStZ 2013, 607 (608): die Entscheidung berge „Potential“ für eine Abkehr von den bisher zur Verwertung von Spontanäußerungen entwickelten Grundsätzen.

⁶ Siehe dazu *Rogall* (Fn. 4) Vor § 133 Rn. 44.

⁷ BGH, Urt. v. 27.6.2013 – 3 StR 435/12, Rn. 3.

⁸ BGH, Urt. v. 27.6.2013 – 3 StR 435/12, Rn. 4.

⁹ BGH, Urt. v. 27.6.2013 – 3 StR 435/12, Rn. 5.

¹⁰ BGH, Urt. v. 27.6.2013 – 3 StR 435/12, Rn. 1.

¹ Die Entscheidung ist u.a. veröffentlicht in NJW 2013, 2769; NStZ 2013, 604; StV 2013, 737. Sie kann darüber hinaus im vollständigen Text eingesehen werden unter <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=e4c17a67be95516cefd4369ba3382752&nr=64794&pos=0&anz=1>.

² Grundlegend BGHSt 38, 214. Die Entscheidung betraf unmittelbar nur den Fall der unterbliebenen Belehrung bei der Vernehmung des Beschuldigten durch einen Polizeibeamten, begründete die Unverwertbarkeit insoweit aber unabhängig von der Person des Vernehmenden, siehe BGHSt 38, 214 (221, letzter Absatz).

³ BGHSt 38, 214.

⁴ BGH NJW 2009, 3589 Rn. 9; zur Problematik der Spontanäußerungen siehe auch *Rogall*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 2, 4. Aufl.

die zum Inhalt der früheren Angaben des Angeklagten in der Hauptverhandlung vernommen wurden. Den sowohl gegen ihre Vernehmung als auch gegen die Verwertung ihrer Aussagen erhobenen Widerspruch der Verteidigung wies die Kammer zurück.¹¹ Die Revision des Angeklagten hatte mit der Verfahrensrüge Erfolg¹² und führte dementsprechend gemäß § 353 Abs. 1 StPO zur Aufhebung des landgerichtlichen Urteils.

II. Inhalt und Kontext der Entscheidung

Die Revision gegen ein Urteil ist begründet, wenn es auf einer Verletzung des Gesetzes beruht, § 337 Abs. 1 StPO. Das Ergebnis des vom Angeklagten erhobenen Rechtsmittels hing deshalb entscheidend davon ab, ob es dem Gericht nach den Regeln der StPO verwehrt war, seine Einlassung durch Vernehmung der Ermittlungsrichterin und des Protokollführers in die Hauptverhandlung einzuführen und bei der Beweiswürdigung zu verwerten. In Betracht kam der Verstoß gegen ein unselbständiges Beweisverwertungsverbot, bei dem aus einer rechtswidrigen Erhebung eines Beweises, hier der Sacheinlassung des Angeklagten, seine Unverwertbarkeit folgt.

1. Verfahrensfehlerhafte Beweisgewinnung

a) Mögliche Verletzung des Nemo-tenetur-Grundsatzes als Ausgangspunkt

Der 3. Strafsenat geht zunächst auf die Regelung des § 136 Abs. 1 S. 2 StPO ein.¹³ Die Vorschrift verlangt ihrem Wortlaut nach allerdings nur die Belehrung über das Schweige- und Verteidigerkonsultationsrecht. Dem ist die Ermittlungsrichterin nachgekommen; aus dem Gesetz ergibt sich deshalb nicht unmittelbar, dass die Sacheinlassung rechtswidrig gewonnen wurde. Auch wenn dieses Zwischenergebnis in der Entscheidung nicht explizit festgehalten wird, geht davon ersichtlich auch der 3. Strafsenat aus. Er folgert das von ihm bejahte Verwertungsverbot nämlich nicht aus einem Verstoß gegen die gesetzlich normierte Hinweispflicht, sondern aus dem Umstand, „dass bei der Vernehmung des Angeklagten [...] in unzulässiger Weise in dessen Rechte, sich nicht zur Sache äußern zu müssen und vor der Vernehmung einen Verteidiger zu befragen [...], eingegriffen worden ist.“¹⁴ Beide Rechte sind, wie der Senat betont, aufeinander bezogen: „Die Verteidigerkonsultation hat [...] insbesondere auch den Zweck, dass sich der Beschuldigte beraten lassen kann, ob er von seinem Schweigerecht Gebrauch machen will oder nicht.“¹⁵ Im Ergebnis leitet der 3. Strafsenat die verfahrensfehlerhafte Beweisgewinnung damit – wie auch schon in früheren Fällen¹⁶ – aus dem verfassungs- und konventionsrechtlich abgesicherten¹⁷ Grundsatz *nemo tenetur se ipsum*

accusare ab, der den Belehrungspflichten aus § 136 Abs. 1 S. 2 StPO zugrunde liegt.

b) Abgrenzung von der Gewährung rechtlichen Gehörs

Dabei geht der 3. Strafsenat zunächst von zwei in der Rechtsprechung bereits für ähnliche Fallgestaltungen aufgestellten Grundsätzen aus.¹⁸ Danach können „stetige Nachfragen ohne zureichenden Grund“ nach Ausübung des Schweigerechts eine Verletzung des Grundsatzes *nemo tenetur se ipsum accusare* darstellen.¹⁹ Das Gleiche gilt, wenn der Beschuldigte zu weiteren Angaben gedrängt wird, obwohl er zuvor die Beratung mit einem Verteidiger verlangt hat.²⁰ In beiden Fällen signalisieren die Strafverfolgungsorgane dem Beschuldigten, dass die Belehrung über seine Rechte nicht ernst gemeint ist. Dadurch kann bei ihm der Eindruck entstehen, man werde ihn erst in Ruhe lassen, sobald er umfassend zur Sache ausgesagt hat.

Anders stellt sich die Sachlage in der vom 3. Strafsenat zu entscheidenden Fallkonstellation dar. Dort war die Vernehmung zunächst ordnungsgemäß unterbrochen worden. Nachdem die Ermittlungsrichterin dem Beschuldigten mitgeteilt hatte, dass sie vergeblich versucht habe, den Verteidiger zu erreichen, hat sie die Vernehmung nicht einfach fortgesetzt, als der Beschuldigte erklärte, nunmehr von seinem Schweigerecht Gebrauch machen zu wollen. Anlass für die Nachfragen war vielmehr eine spontane, die Sache betreffende Äußerung des Beschuldigten selbst. Bei dieser Sachlage ist es nicht ohne Weiteres selbstverständlich, das Verhalten der Ermittlungsrichterin als Eingriff in das Schweigerecht zu bewerten. Vielmehr ließe sie sich auch als vom Beschuldigten durch sein Verhalten eingeforderte Gewährung rechtlichen Gehörs werten, die ihm nicht verwehrt werden dürfte.

Der Senat ist sich dieser Problematik bewusst. Ausdrücklich hebt er hervor, dass „die Vernehmung auch ohne vorherige Konsultation fortgesetzt werden [kann], wenn der Beschuldigte dem in freier Entscheidung zustimmt.“²¹ Dabei nimmt er Bezug auf eine Entscheidung des 1. Strafsenats, in welcher dieser keinen Verfahrensfehler darin zu erblicken vermochte, dass der Beschuldigte weiter vernommen wurde, obwohl er sich „nach ordnungsgemäßer Belehrung über seine Rechte [...] insgesamt dreimal auf sein Recht berufen [hat], Angaben ohne Hinzuziehung eines Verteidigers zu verweigern.“²² Ausschlaggebend war für den 1. Strafsenat seinerzeit, dass sich der Beschuldigte schließlich doch zu einer Aussage „bereitgefunden“ hat, ohne durch unzulässige Vernehmungsmethoden dazu gezwungen worden zu sein.²³ In soweit hätten die Vernehmungsbeamten durch die Fortsetzung der Vernehmung nach Einschätzung des 1. Strafsenats nicht gegen den Nemo-tenetur-Grundsatz verstoßen.²⁴ Im Gegenteil: „Diese Angaben mußten die vernehmenden Beamten entge-

¹¹ BGH, Urt. v. 27.6.2013 – 3 StR 435/12, Rn. 5.

¹² BGH, Urt. v. 27.6.2013 – 3 StR 435/12, Rn. 2.

¹³ BGH, Urt. v. 27.6.2013 – 3 StR 435/12, Rn. 7.

¹⁴ BGH, Urt. v. 27.6.2013 – 3 StR 435/12, Rn. 6.

¹⁵ BGH, Urt. v. 27.6.2013 – 3 StR 435/12, Rn. 7.

¹⁶ Siehe etwa BGHSt 52, 11.

¹⁷ BGH, Urt. v. 27.6.2013 – 3 StR 435/12, Rn. 8.

¹⁸ Vgl. BGH, Urt. v. 27.6.2013 – 3 StR 435/12, Rn. ?.

¹⁹ BGH NJW 2006, 1008 (1009 f.).

²⁰ BGH NStZ 2004, 450 (451); BGH, Urt. v. 27.6.2013 – 3 StR 435/12, Rn. 10.

²¹ BGH, Urt. v. 27.6.2013 – 3 StR 435/12, Rn. 11.

²² BGHSt 42, 170 (171).

²³ BGHSt 42, 170 (171).

²⁴ BGHSt 42, 170 (172).

gennehen, wollten sie nicht sein Recht, sich zu verteidigen, verletzen.“²⁵

Für den der aktuellen Entscheidung des 3. *Strafsenats* zugrunde liegenden Sachverhalt müsste auf der Grundlage dieser Kriterien prima facie an sich dasselbe gelten. Hier wie dort bestanden keine Anhaltspunkte für eine nach § 136a Abs. 1 StPO verpönte Beeinflussung der Aussagefreiheit des Beschuldigten. Und darüber hinausgehend hielt der 1. *Strafsenat* eine Fortsetzung der Vernehmung seinerseits nur für unzulässig, „wenn zwar die Belehrungspflichten vor einer Vernehmung beachtet werden, dem Beschuldigten sodann jedoch vonseiten der Ermittlungsorgane bedeutet wird, er werde seine prozessualen Rechte nicht durchsetzen können.“²⁶ Das ist nach der bisherigen Rechtsprechung des BGH etwa der Fall, wenn dem Beschuldigten die Kontaktaufnahme mit einem vom Beschuldigten benannten Verteidiger verweigert²⁷ oder ihm die nach den Umständen des Einzelfalles erforderliche Hilfe bei der Inanspruchnahme dieses Rechts verwehrt wird.²⁸

c) Konkretisierung des Maßstabs der Abgrenzung für den Fall einer möglichen konkludenten Zustimmung

Der vom 3. *Strafsenat* entschiedene Fall betrifft keine vergleichbare Situation. Gleichwohl soll es an einer „eigenverantwortliche[n] und von einem freien Willensentschluss getragene[n] Zustimmung zu einer [...] Fortsetzung der Vernehmung“ fehlen.²⁹ Rechtlicher Ausgangspunkt ist die Erwägung, dass die Zustimmung zur Fortsetzung der Vernehmung entweder ausdrücklich erklärt oder sich eindeutig aus dem Verhalten des Beschuldigten ergeben muss. In der Begründung wird dieser – in der späteren Prüfung zugrunde gelegte³⁰ – Maßstab zwar nicht klar benannt. Stattdessen heißt es, an die Zustimmung müssten „hohe Anforderungen“ gestellt werden.³¹ Dies ist insofern missverständlich, als es nicht um die Etablierung besonders restriktiver inhaltlicher Maßstäbe geht. Vielmehr sind in der Sache die Anforderungen an die Feststellung der Zustimmung gemeint. Dementsprechend erläutert der *Senat* bei seiner anschließenden Bewertung der Fortsetzung der Vernehmung, dass es dafür erstens an einer ausdrücklichen Zustimmung des Beschuldigten gefehlt habe und zweitens auch nicht von einer konkludenten ausgegangen werden könne³² – wobei er Letzteres daraus schließt, dass der Beschuldigte zuvor ausdrücklich erklärt hat, schweigen zu wollen, und seine anschließende Spontanäußerung lediglich das Randgeschehen betraf.³³

Im Ergebnis widerspricht die aktuelle Entscheidung damit nicht den bisherigen Leitlinien des BGH, auch nicht (zwangsläufig) der oben erläuterten Entscheidung des 1. *Strafsenats*.

Sie präzisiert vielmehr die – seinerzeit vom 1. *Senat* (wahrscheinlich zu Unrecht)³⁴ gar nicht thematisierten – Maßstäbe für die Feststellung einer wirksamen konkludenten Zustimmung in die Fortsetzung der Vernehmung, wenn der Beschuldigte die Konsultation mit einem Verteidiger begehrt, der aber zunächst nicht erreichbar ist. Dabei lassen sich die Ergebnisse der Entscheidung unter diesem Blickwinkel wie folgt festhalten:

d) Ergebnis

Macht der Beschuldigte deutlich, dass er sich vor einer möglichen Einlassung mit einem Verteidiger beraten will, darf die Vernehmung im Fall der Unerreichbarkeit des Verteidigers nur fortgeführt werden, wenn der Beschuldigte dem in freier Entscheidung und unter Aufgabe seines ursprünglichen Entschlusses *eindeutig* zustimmt. Auch eine Zustimmung durch schlüssiges Verhalten ist möglich, kann aber nicht (allein) aus dem Umstand gefolgert werden, dass sich der Beschuldigte spontan zum Randgeschehen geäußert hat.

2. Verwertungsverbot

Gemessen an diesen Vorgaben hielt der *Senat* die Fortsetzung der Vernehmung für verfahrensfehlerhaft. Das bedeutet noch nicht, dass die dadurch erlangten Angaben des Beschuldigten der Verurteilung nicht zugrunde gelegt werden durften. Wie in der Entscheidung noch einmal hervorgehoben wird, „zieht nach ständiger Rechtsprechung nicht jedes Verbot, einen Beweis zu erheben, ohne Weiteres auch ein Beweisverwertungsverbot nach sich“.³⁵ Stattdessen müsse diese Frage – entsprechend der allgemeinen Linie der Rechtsprechung – durch eine Abwägung im Einzelfall beantwortet werden, wobei ein Verwertungsverbot allerdings dann regelmäßig anzunehmen sei, „wenn die verletzte Verfahrensvorschrift dazu bestimmt ist, die Grundlagen der verfahrensrechtlichen Stellung des Beschuldigten im Strafverfahren zu sichern“.³⁶ Vor diesem Hintergrund nimmt der 3. *Strafsenat* auch in der gegebenen Fallgestaltung ein Verwertungsverbot an. Insbesondere zwei Erwägungen tragen dieses Ergebnis nach der Einschätzung der Bundesrichter: Da der Angeklagte sich weigerte, Angaben zur Sache zu machen, nachdem seinem Wunsch nach Verteidigerkonsultation nicht entsprochen werden konnte, habe er erstens deutlich gemacht, dass er Beratung bedürfe, um seine Verfahrensstellung angemessen wahrnehmen zu können.³⁷ Zweitens sei nicht auszuschließen, dass sich der Angeklagte zum Zeitpunkt seiner Angaben möglicherweise seines Schweigerechts gar nicht mehr bewusst war und er aus den wiederholten Nachfragen der Ermittlungsrichterin den Schluss gezogen habe, das Recht auf Verteidigerkonsultation vor der weiteren Vernehmung nicht mehr durchsetzen zu können.³⁸

²⁵ BGHSt 42, 170 (173).

²⁶ BGHSt 42, 170 (172 f.).

²⁷ BGHSt 38, 372.

²⁸ BGHSt 42, 15.

²⁹ BGH, Urt. v. 27.6.2013 – 3 StR 435/12, Rn. 12 ff.

³⁰ BGH, Urt. v. 27.6.2013 – 3 StR 435/12, Rn. 15-18.

³¹ BGH, Urt. v. 27.6.2013 – 3 StR 435/12, Rn. 12.

³² BGH, Urt. v. 27.6.2013 – 3 StR 435/12, Rn. 15.

³³ BGH, Urt. v. 27.6.2013 – 3 StR 435/12, Rn. 15 f.

³⁴ Dazu *Roxin*, JZ 1997, 343 (344), der angesichts der Umstände des Falles mit Recht die volle Entscheidungsfreiheit in Zweifel zieht.

³⁵ BGH, Urt. v. 27.6.2013 – 3 StR 435/12, Rn. 21.

³⁶ BGH, Urt. v. 27.6.2013 – 3 StR 435/12, Rn. 21.

³⁷ BGH, Urt. v. 27.6.2013 – 3 StR 435/12, Rn. 23.

³⁸ BGH, Urt. v. 27.6.2013 – 3 StR 435/12, Rn. 24.

III. Fazit und Ausblick

Der 3. *Strafsenat* hat in der dargestellten Entscheidung die Vorgaben konkretisiert, die sich aus dem Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit für die Möglichkeit einer Fortsetzung der Vernehmung ergeben, wenn der Beschuldigte sein Recht auf Verteidigerkonsultation geltend gemacht hat, ihm die Möglichkeit dazu aber noch nicht eingeräumt werden konnte. Dabei ging es ihm offenbar um die Etablierung eines allgemeinen Rechtssatzes. Anders ist nicht zu erklären, dass das Alter des nach Jugendstrafrecht verurteilten Angeklagten bei der Begründung keine Rolle spielt.³⁹ Das Ergebnis ist auf den ersten Blick nicht selbstverständlich. Dem Buchstaben des Gesetzes nach hatte die Ermittlungsrichterin mit der umfassenden Belehrung alles getan, was das Recht von ihr zu verlangen schien.

Die Entscheidung verdient gleichwohl Zustimmung.⁴⁰ Die Strafprozessordnung sieht im Beschuldigten nicht (vorrangig) eine für die Sachverhaltsaufklärung möglicherweise bedeutsame Erkenntnisquelle, sondern einen mit eigenen Rechten ausgestatteten Verfahrensbeteiligten. Es ist deshalb folgerichtig – und im Hinblick auf die Bedeutung der ersten Vernehmung für den weiteren Verfahrensgang auch geboten⁴¹ –, seine im Rahmen einer Vernehmung gemachten Angaben nur dann gegen ihn zu verwerten, wenn keine ernstzunehmenden Zweifel daran bestehen, dass sie auf seiner freiverantwortlichen und bewussten Entscheidung beruhen. Der Grundsatz *nemo tenetur se ipsum accusare* verlangt im besonders gelagerten Einzelfall deshalb mehr als die Erfüllung des einfachgesetzlichen Belehrungsprogramms.

Soweit die Entscheidung dafür kritisiert worden ist, dass das Ergebnis maßgeblich darauf gestützt wurde, die Spontanäußerung habe nur das Randgeschehen betroffen,⁴² dürfte die Bedeutung dieses Aspektes – wie sich aus der Formulierung des Leitsatzes ergibt („zumal zum Randgeschehen“) – für die Entscheidungsbegründung überschätzt werden. Jedenfalls lässt sich aus der Begründung nicht folgern, dass der 3. *Strafsenat* bei Spontanäußerungen zum Kerngeschehen zwangsläufig zum gegenteiligen Ergebnis gelangte. Nicht überzeugend ist darüber hinaus die Annahme, es bedürfe im Gegensatz zu den vom 3. *Senat* aufgestellten Grundsätzen unter allen Umständen einer *ausdrücklichen* Zustimmung in die Fortsetzung der Vernehmung.⁴³ Zwar wird es häufig einer solchen bedürfen,

um von einer eindeutigen Zustimmung in die Vernehmung ausgehen zu dürfen. Gleichwohl kann auch schlüssiges Verhalten den Willen des Beschuldigten hinreichend deutlich zum Ausdruck bringen. Dann aber gibt es keinen plausiblen Grund, warum die Vernehmung nicht fortgesetzt werden darf, zumal die Unterscheidung zwischen ausdrücklicher und konkludenter Erklärung im Einzelfall schwierig sein kann.

In der zugrunde liegenden Verfahrenssituation ist zumindest versäumt worden, den Beschuldigten nach seiner Spontanäußerung erneut auf seine Rechte hinzuweisen.⁴⁴ Darüber hinaus lag es nahe, ihn darüber aufzuklären, dass ihm kein Nachteil daraus erwächst, wenn er von seinem Schweigerecht Gebrauch macht, bis er Gelegenheit hatte, sich mit seinem Verteidiger zu beraten. Dies hat der 1. *Strafsenat* in einem ähnlich gelagerten Fall zwar nicht für erforderlich gehalten.⁴⁵ „Anhaltspunkte dafür, dass die Angekl. nach der zu Beginn der zweiten Vernehmung erfolgten erneuten Belehrung keine freiverantwortliche Entscheidung über die Ausübung ihres Schweigerechts hätte treffen können“⁴⁶, vermochte der 1. *Senat* in dem seiner Entscheidung zugrunde liegenden Fall allerdings – anders als der 3. *Senat* für den seinen – auch nicht zu erkennen. Ob die dabei jeweils angelegten Maßstäbe identisch sind, lässt sich schon angesichts der Unterschiedlichkeit der bewerteten Fälle, aber auch mangels hinreichender Kenntnis ihrer Details, nicht beurteilen und wird deshalb die weitere Entwicklung zeigen müssen.

Prof. Dr. Mark Deiters, Münster

³⁹ Das schließt nicht aus, dass das Alter die Entscheidung im konkreten Fall beeinflusst hat (vgl. dazu *Eisenberg*, StV 2013, 779 [782]), wengleich derartige Überlegungen zwangsläufig spekulativ bleiben müssen.

⁴⁰ Im Ergebnis grds. ebenfalls zustimmend *Eisenberg*, StV 2013, 779; *Hillenbrand*, StRR 2013, 381; *Jäger*, JA 2013, 793 (795); *Jahn*, JuS 2013, 1047 (1048).

⁴¹ *Hillenbrand*, StRR 2013, 381 (383).

⁴² *Jäger*, JA 2013, 793 (795).

⁴³ So *Jäger*, JA 2013, 793 (795), unter Hinweis auf die Formulierung des 5. *Strafsenats* in BGHSt 42, 15 (anders aber die unter anderem Gesichtspunkt kritikwürdige Entscheidung des 1. *Strafsenates* in BGHSt 42, 170); ebenfalls für das Erfordernis einer ausdrücklichen Zustimmung *Jahn*, JuS 2013, 1047 (1048) m.w.N.

⁴⁴ Insoweit verweist *Hillenbrand*, StRR 2013, 381 (383), zu Recht auf die Entscheidung BGH NSStZ 2013, 299 (300).

⁴⁵ BGH NSStZ 2013, 299.

⁴⁶ BGH NSStZ 2013, 299 (300).

B u c h r e z e n s i o n

Matthias Pechstein, Entscheidungen des EuGH, Kommentierte Studienauswahl, 7. Aufl., Mohr Siebeck Verlag UTB, Tübingen 2012, XXXIV, 856 S., br., € 24,99

Von Studierenden und Referendaren, jedoch bei weitem nicht allein von ihnen, wird erwartet, dass sie nicht nur mit den Schlagworten Lüth, AWACS oder Esra einen bestimmten Fall und spezifische Rechtsprobleme verbinden, sondern auch mit den Namen Dassonville, Schmidberger oder Viking. Das Europarecht ist ein selbstverständlicher Teil des Studiums und der Praxis. Es geht dem nationalen Recht in der Anwendung vor, ist mit ihm aber in teilweise sehr komplexer Art und Weise verwoben. Auch wenn das Europarecht auf einem umfangreichen Primärrecht aufbaut und ein unüberschaubares Sekundärrecht existiert, so sind es doch vor allem der EuGH und das EuG, die mit ihren Entscheidungen Weichenstellungen vornehmen und Entwicklungspfade begründen. Kenntnisse der Rechtsprechung sind daher unabdingbar für ein erfolgreiches Studium und die berufliche Tätigkeit als Jurist.

Die von *Matthias Pechstein* herausgegebene und jetzt in siebter Auflage vorliegende kommentierte Studienauswahl hat es sich zur Aufgabe gemacht, die wichtigsten Entscheidungen zusammenzustellen, um den Studierenden den Einstieg in das Europarecht zu erleichtern sowie Praxis und Wissenschaft einen Überblick zu bieten. Die Auswahl ist notwendig subjektiv, lässt aber kaum Wünsche offen, zumal die Fülle von Judikaten eine Beschränkung erfordert. Enthalten sind 274 Entscheidungen, die jüngste datiert vom November 2011. Dem didaktischen Ansatz entsprechend sind die Entscheidungen nicht chronologisch, sondern thematisch in die Abschnitte Europäische Union und Mitgliedstaaten, Rechtsetzung durch die Union, Rechtsquellen des Unionsrechts, Rechtsschutz in der EU, allgemeines Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit und Unionsbürgerschaft, Grundfreiheiten, Wettbewerbsrecht und ausgewählte Politiken der Union eingeordnet. Diese sind wiederum in sich gegliedert. So finden sich z.B. zum Rechtsschutz in der EU Unterabschnitte zum Vorabentscheidungsverfahren, zur Aufsichtsklage oder zur Nichtigkeitsklage. Der Inhalt des Werkes und der Umfang der Abschnitte spiegeln die Schwerpunkte der Rechtsprechung des EuGH wider, aber auch, wie stiefmütterlich bestimmte Fragestellungen behandelt werden. Die Auswirkungen des Unionsrechts auf den nationalen Verwaltungsvollzug und das nationale Prozessrecht sind mit 13 Fällen, das Subsidiaritätsprinzip und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit jedoch nur mit einer Entscheidung vertreten. Die Abschnitte zu den Grundfreiheiten und zum Wettbewerbsrecht füllen fast die Hälfte der Seiten. Dem Herausgeber ist dafür kein Vorwurf zu machen. Was die Richter in Luxemburg nicht entscheiden, kann er nicht berücksichtigen. Die Dominanz bestimmter Materien ist vielmehr konsequent. Die Europäische Union ist zwar bei weitem nicht mehr nur eine ökonomische Union, die Rechtsprechung auf den Gebieten der Wirtschaft und des Wettbewerbs war und ist aber außerordentlich bedeutend für die Entwicklung des Unionsrechts.

Sowohl ein alphabetisches als auch ein chronologisches Entscheidungsregister helfen, den Inhalt zu erschließen und runden das Buch ab.

Sämtliche Entscheidungen sind durch das Internet elektronisch erschlossen – worauf im Vorwort auch hingewiesen wird. Worin liegt also der Mehrwert des Buches? Es ist Filter und Intermediär. Insbesondere Studierende sind auf eine fachkundige Zusammenstellung angewiesen, weil sie am Anfang ihrer akademischen Laufbahn kaum einschätzen können, welche Entscheidung bzw. welcher Teil der Gründe bedeutend ist. Hier leistet das Buch eine wichtige Hilfestellung. Abgedruckt sind nur die essentiellen Passagen. Ihre Länge variiert zwischen zwei und über vierzig Randnummern. Sie beziehen sich immer auf den behandelten Themenkomplex oder Begriff, etwa den der Beihilfe im Urteil Altmark Trans. In manchen Fällen mag die Lektüre der kompletten Entscheidung notwendig sein, ein kompakter Zugriff ist aber allemal möglich. Die abgedruckten Auszüge sind mit den in den Originalentscheidungen enthaltenen Randnummern versehen, können somit leicht wiedergefunden und auch zitiert werden. Das Buch trifft jedoch nicht nur eine Auswahl, sondern jeder Entscheidung sind eine Zusammenfassung des Sachverhalts, vor allem aber einführende Vorbemerkungen beigelegt, die das Verständnis erleichtern und helfen, die Entscheidung einzuordnen. Kenntnisse der Rechtsprechung sind gut, Reflexion ist besser. Die Vermittlerfunktion des Buches geht aber darüber hinaus. So wichtig die Rechtsprechung für das Verständnis des Europarechts ist, Querbezüge zum Primär- und Sekundärrecht sowie zur Dogmatik und Theorie sind unerlässlich. *Pechstein* versteht das Buch daher zu Recht als Ergänzung zu seinem Lehrbuch zum EU-Prozessrecht. Letztlich ergänzt es aber jedes Lehrbuch zum Unionsrecht. Die thematische Ein- und Anordnung der Entscheidungen zu den Grundfreiheiten ist dafür ein gutes Beispiel. Der Inhalt, die Beeinträchtigungen und die Schranken zeigen Muster auf, die über eine Kasuistik weit hinausgehen. Studierende, die auch das Inhaltsverzeichnis gelesen und das Wechselspiel von induktiver Herleitung und deduktiver Ableitung verstanden haben, werden nicht nur mit dem Europarecht weniger Probleme haben. Mehr Mehrwert kann man kaum verlangen.

Das Gesamturteil fällt leicht und ist eindeutig. Die kommentierte Auswahl der Entscheidungen des EuGH ergänzt nicht nur sehr gut das Studium des Europarechts, sondern bietet einen systematischen Überblick, der die Arbeit erleichtert und zum Nachdenken anregt.

Privatdozent Dr. Christian Bickenbach, Mainz

B u c h r e z e n s i o n

Theo Ziegler, Das Strafurteil, 5. Aufl., Verlag Franz Vahlen, München 2013, 151 S., € 24,90

Das Skript des Vorsitzenden Richters am Landgericht Landshut und nebenamtlichen Arbeitsgemeinschaftsleiters in Regensburg *Ziegler* wendet sich – wie schon die Reihe „Referendarpraxis“, in der es erscheint, deutlich macht – zunächst an Referendare. Das Strafurteil bezeichnet es im Vorwort (S. V) als „eines der klassischen Hauptgebiete im strafrechtlichen Teil der Zweiten Juristischen Staatsprüfung“.

Obwohl der Entwurf eines Strafurteils in vielen, insbesondere norddeutschen Ländern wie Schleswig-Holstein, Bremen, Hamburg, Mecklenburg-Vorpommern, Berlin und Brandenburg, nicht zu den Prüfungsgegenständen im Assessorexamen gehört, kann das Skript auch Referendaren dieser Länder großen Nutzen bringen. Denn erstens informiert es den Stationsreferendar an einem erstinstanzlichen Strafgericht über alle Bestandteile seiner möglicherweise zu fertigenden Urteilsentwürfe. Zweitens ist die Anleitung zur richtigen – und damit auch revisionssicheren – Urteilsbegründung eine hervorragende Methode, im „Fehlersuchbild“ der Revisionsklausur möglichst viel Abweichendes – also Falsches – erkennen zu lernen. Letzteres betrifft vor allem die Abschnitte über die Ablehnung von Hilfsbeweisansträgen im Kapitel „Beweiswürdigung“ (S. 59-64) sowie das Kapitel „Strafzumessung“ (S. 71-112). Hier liegen auch Schwerpunkte des insgesamt knapp 150-seitigen Bandes, in denen auch materiellrechtliche Fragen um die §§ 46-55 und 56 StGB erörtert werden, die in anderer Ausbildungsliteratur weniger thematisiert sind.

Das Skript wendet sich darüber hinaus an mit Strafsachen befasste Richter, was schon darin deutlich wird, dass alle möglichen Gegenstände einer Urteilsbegründung, unabhängig von ihrer Prüfungseignung, kurz angesprochen werden. Die gelegentlich hervorgehobenen Hinweise „Merke: Im Examen [...]“ betreffen dementsprechend nicht selten die Irrelevanz von im Skript erörterten Darstellungsfragen im Examen, etwa zu den persönlichen Verhältnissen und Vorstrafen, die schon wegen des im Aktenauszug zur Verfügung stehenden Materials in einer Klausur weniger problematisch als in der praktischen Erarbeitung des Urteilsstoffes sind. Den Charakter auch eines Nachschlagewerks zeigt beispielsweise auch die übersichtliche Tabelle über die Strafrahmen nach Verschiebung(en) nach § 49 Abs. 1 StGB (S. 79).

Auch hinsichtlich seiner Funktion als Praxisanleitung bleibt der Anspruch des Skripts jedoch theoretisch, grundlagenorientiert und solide. Tipps oder gar Tricks des erfahrenen Praktikers, wie das gefundene Ergebnis – unabhängig möglicherweise von den eigentlichen Entscheidungsfindungsprozessen – dem Revisionsgericht, gegebenenfalls auch zwischen den Zeilen, als richtig „verkauft“ werden kann, unterbleiben ebenso wie die Berücksichtigung der verschiedenen Beteiligten in der dem Urteil seiner Begründung vorausgehenden Verhandlung. Beides, das sei hier am Rande angemerkt, vermittelt das beeindruckende Büchlein „Kleines Straf-

richter-Brevier“¹ – vorausgesetzt, man kommt mit dem etwas herablassenden, extrem pragmatischen Stil zurecht, der darin geprägt wird. Zwei Beispiele: Ein Urteil, dessen Anfechtung wegen des Strafmaßes man eher von Seiten des Angeklagten als von der Staatsanwaltschaft erwartet, solle einen minder schweren Fall unbedingt annehmen und dies mit „etlichen beträchtlich strafscharfenden Extras“ ausgleichen – im umgekehrten Fall müsse es genau anders herum sein, es „fehlen die Kriterien des minder schweren Falles trotz aller evidenten Milderungsgesichtspunkte“; denn entscheidend sei nicht die konkrete Strafzumessung, sondern dass der ungleich justizablere Rechtsbegriff zu Gunsten des anfechtenden Beteiligten angewendet wurde.² Weiter wird empfohlen „selbst bloße Verdachtsmomente ‚lebensläufig‘ zu verarbeiten“, also in den Feststellungen zu den persönlichen Verhältnissen zu erwähnen und so das Revisionsgericht von der Richtigkeit des Ergebnisses zu überzeugen, „um im Strafzumessungsteil anzumerken, man habe diese [Verdachtsmomente] mangels sicherer Verifizierung nicht in die Strafbemessung einfließen lassen“.³

Aufbau und Stil des hier zu besprechenden Werks sind seinen beiden Anliegen gemäß. Der Aufbau zeichnet sich zunächst durch eine hervorragende Gliederung und Struktur aus. In einem ersten (knappen, aber instruktiven) Teil finden sich Kapitel zu Gegenstand und Aufbau des Urteils; im zweiten (weitaus umfangreichsten) Teil werden der Reihe nach alle seine notwendigen und potenziellen Bestandteile in jeweils einem Kapitel thematisiert, nämlich die Urteilsformel, die Angabe der angewendeten Vorschriften, die persönlichen Verhältnisse, die Feststellungen zur Sache, die Beweiswürdigung, die rechtliche Würdigung, die Strafzumessung, Nebenstrafen und -folgen, Maßregeln und kurz die Adhäsion, die Kosten, die Entschädigung, die Unterschriften; in den restlichen Kapiteln werden abschließend in einem dritten (skizzenhaft verknüpften) Teil weitergehende Informationen zu Jugendstrafurteilen, Strafbefehlen, Berufungsurteilen und abgekürzten Urteilen gegeben. Die Sprache ist durchweg sachlich und klar. Dabei wechselt die Methode der Darstellung stark: Einerseits finden sich prägnante Darstellungen zu Sinn und Anforderungen der einzelnen Urteilsabschnitte, die zusammen mit Beispielen und der sehr systematischen Aufbereitung des Stoffes insgesamt einem einführenden Grundlagenwerk entsprechen. Andererseits wird in weiten Teilen des Skripts stark mit Mustertexten gearbeitet, die nicht inhaltliche Maßgaben ergänzen, sondern nur selbst in Fußnoten Erläuterungen zu notwendigen oder zu unterlassenden Ausführungen in der Urteilsbegründung enthalten. Darunter leiden ein wenig die Übersichtlichkeit und die Lesbarkeit des Skripts als schnelle, aber umfassende Einführung.⁴ Allerdings wird mit dieser Darstellungstechnik zugleich der Anspruch erfüllt, in

¹ *Föhrig*, Kleines Strafrichter-Brevier, 2. Aufl. 2013, passim.

² *Föhrig* (Fn. 1), S. 104.

³ *Föhrig* (Fn. 1), S. 107.

⁴ Noch einfachere Einführungen in Aufbau und grundlegenden Inhalt des Strafurteils finden sich, allerdings mit wenig Differenzierungen und Beispielen, bei *Melzer*, JuS 2008, 878, und bei *Georgy/Kretschmer/Lorenz*, JA 2013, 623 und 691.

jedem Kapitel ein Mustertextheft zu sein – etwas, das dem Referendar wie dem jungen Praktiker als zeitsparende und Sicherheit gebende Hilfestellung besonders willkommen sein dürfte, denn für ein allzu langes Feilen an der richtigen Textfassung bieten weder Klausur noch Dezernat freie Zeit.

Bei der Abfassung eines Strafurteils können selbstverständlich auch viele Fragen unterschiedlich beurteilt werden, sowohl in rechtlicher wie Tatsachen verarbeitender oder sprachlicher Hinsicht.⁵ Hier kann das Skript natürlich nur ein Ausgangspunkt sein. Es will keine Kommentarliteratur ergänzen, sondern weist einen Fußnotenapparat auf, der über das Werk recht heterogen ist und teils einzelne tatsächlich bemerkenswerte Entscheidungen oder sonstige Fundstellen nachweist, teils die genannten eigentlichen Erläuterungen zu den mustertextlich vorgestellten Urteilsabschnitten enthält, teils *Fischer* oder *BGHR* abarbeitet. Einzelfragen dürften eigens nachzuschlagen sein.

Um ein Beispiel aus dem formellen Teil zu geben (Rn. 60): Gleichartige Tateinheit sei, so heißt es ohne Differenzierung oder Nachweis, im Tenor mitzuteilen („Der Angeklagte ist schuldig der gefährlichen Körperverletzung in drei Fällen, davon in einem Fall in Tateinheit mit zwei tateinheitlichen Fällen der Beleidigung, sowie der Nötigung“). Demgegenüber hat der BGH nicht selten die Mitteilung gleichartiger Tateinheit als im Schuldspruch „entbehrlich“⁶ oder gar „untunlich“⁷ kritisiert – maßgeblich ist übrigens die Verständlichkeit und Klarheit des Tenors,⁸ rechtlicher Ausgangspunkt ist § 267 Abs. 4 S. 1, 2 und 5 StPO.

Dabei lässt die von *Ziegler* stets vorgeschlagene Formulierung „Der Angeklagte ist schuldig des [...]“ in sprachlicher Hinsicht fragen, ob diese Fachsyntax anzuwenden ist auch in einfachen Fällen (etwa wenn ein Angeklagter einfach des Raubes schuldig ist). Oder ob Schuld- und Strafausspruch in solchen Fällen nicht sogar dahin vereinfacht werden sollten: Der Angeklagte wird wegen Raubes zu zwölf Jahren Freiheitsstrafe verurteilt. Denn auch dies wird der wiederum entscheidenden gesetzlichen Maßgabe (§ 267 Abs. 4 S. 1 StPO) ebenso gerecht wie dem ungeschriebenen, aber hoch zu schätzenden Knappheitsgebot.

Grammatikalisch fällt weiter ins Auge, dass es in Mustertexten zu den Gründen stets heißt, ein Angeklagter habe sich „des [...] strafbar gemacht“ – eine Wendung, von der weithin den Studenten zu Beginn und wo nötig noch am Ende des strafrechtlichen Studiums dringend abgeraten wird,⁹ und die

gar als „strafbarer Genitiv“ bezeichnet worden ist:¹⁰ Entweder „des [...] schuldig“ oder „wegen [...] strafbar“!¹¹

Der *Autor* hat sich mit seinem Skript „Das Strafurteil“ weiterer Mängel nicht schuldig und schon gar nicht strafbar gemacht, sondern bietet weiterhin eine übersichtliche und eingängige Anleitung zum Abfassen eines Strafurteils an, die Referendaren unter den gegebenen und noch zunehmenden Anforderungen verschiedener Fallgestaltungen in Klausur und Praxis ebenso dienlich sein kann wie Strafrichtern unter ihren wohl ebenfalls gegebenen und noch zunehmenden Anforderungen massenhafter Fallzahlen bei Urteilsverkündung und -begründung.

Rechtsreferendar Daniel Deba, Kiel

⁵ Eine lange Reihe formeller und inhaltlicher Punkte, die von Strafkammern in allen Bereichen des Urteils „immer wieder falsch gemacht“ würden, findet sich bei *Meyer-Goßner*, NSStZ 1988, 529.

⁶ BGH, Beschl. v. 16.9.2009 – 5 StR 334/09 = BeckRS 2009, 26257.

⁷ BGH, Beschl. v. 4.8.2009 – 5 StR 244/09 = BeckRS 2009, 24095.

⁸ BGHSt 55, 288 = BeckRS 2010, 26096, Rn. 69 m.w.N. (insoweit nicht abgedruckt in NJW 2011, 88 und JuS 2011, 183 m. Anm. *Jahn*).

⁹ Näher *Wieduwilt*, JuS 2010, 288 (290).

¹⁰ *Walter*, Kleine Stilkunde für Juristen, 2. Aufl. 2009, S. 43.

¹¹ Vgl. auch *Rotsch*, Strafrechtliche Klausurenlehre, 2013, Rn. 193.

B u c h r e z e n s i o n

Herbert Diemer/Holger Schatz/Bernd-Rüdeger Sonnen, Jugendgerichtsgesetz mit Jugendstrafvollzugsgesetzen, Kommentar, 6. Aufl., C.F. Müller Verlag, Heidelberg 2011, XLVII, 1016 S., € 89,99

Der zu besprechende Kommentar ist erstmals im Jahr 1992 vorgelegt worden. Erscheint nach knapp 20 Jahren bereits die 6. Auflage zu einem Nebengebiet, wie es das Jugendstrafrecht nun einmal bildet, so stellt dies schon eine deutliche Empfehlung dar. Dabei gilt es für die jüngste Auflage zunächst einen Wechsel im Kreise der Bearbeiter zu konstatieren. An die Stelle von *Armin Schoreit* ist *Holger Schatz* getreten, der nicht nur als früherer Jugendrichter, sondern auch in seiner Eigenschaft als Leiter der Strafrechtsabteilung in der Justizbehörde Hamburg einschlägige Erfahrungen und Kenntnisse mitbringt. Beim Zusammenwirken mit einem Bundesanwalt am Bundesgerichtshof (*Diemer*) sowie einem Hochschullehrer (*Sonnen*) bleibt eine sachkundige Erläuterung aus den unterschiedlichen Blickwinkeln verschiedener juristischer Berufe gewährleistet.

Das Werk gliedert sich in zwei Teile. Den ersten, umfangreicheren (bis S. 769), nimmt die Kommentierung des JGG ein. Zuverlässig wird nach einer kurzen Einleitung zum Thema „Jugendstrafrecht im 21. Jahrhundert“ über die für die Anwendung des materiellen und formellen Jugendstrafrechts relevanten Aspekte informiert. Im Rahmen der Erläuterungen zu § 1 JGG (Persönlicher und sachlicher Anwendungsbereich) finden sich nicht nur Ausführungen zu völkerrechtlichen Vorgaben und internationalen Standards (EMRK, Empfehlungen des Europarates) in Rn. 9 ff., sondern auch kriminalstatistische Feststellungen zur praktischen Bedeutung der Norm sowie zur Deliktsstruktur abweichenden Verhaltens junger Menschen. Hierin manifestiert sich die kriminologische Ausrichtung des Bearbeiters *Sonnen*, der in vergleichbarer Weise über rechtstatsächliche Gesichtspunkte der Verhängung von Arrest (§ 16 JGG Rn. 3) und Jugendstrafe (§ 17 JGG Rn. 3; § 18 JGG Rn. 3) sowie der meisten Bewährungsstrafen (§ 21 JGG Rn. 3; §§ 24, 25 JGG Rn. 3 f.; §§ 26, 26a JGG Rn. 2) informiert. Bei den von *Diemer* bearbeiteten Teilen (Erziehungsmaßregeln nach §§ 9 ff. JGG, Zuchtmittel, §§ 13 ff. JGG, sowie Aussetzung der Verhängung der Jugendstrafe gemäß § 27 JGG) fehlen allerdings entsprechende Ausführungen; insoweit wäre in der nächsten Auflage eine Vereinheitlichung ratsam. Reformvorschlägen wird zumal an zentralen Stellen ebenfalls Erwähnung getan, namentlich im Hinblick auf die unendliche Diskussion um eine Änderung der Altersgrenzen (§ 2 JGG Rn. 4 ff.).

Unter den zahlreichen Einzelaspekten können nur einige herausgegriffen werden: Die *Verf.* interpretieren den in § 2 Abs. 1 S. 2 JGG aufgegriffenen Erziehungsgedanken zu Recht als Ausprägung der (positiven) Individual- bzw. Spezialprävention (§ 2 JGG Rn. 1; § 5 JGG Rn. 5). Fragen, die aus der Verweisung auf die allgemeinen Vorschriften nach § 2 Abs. 2 JGG resultieren, finden sich bisweilen andernorts erörtert. So muss man § 5 JGG Rn. 25 ff. aufsuchen, um sich über die Zulässigkeit des Absehens von Strafe (§ 60 StGB) oder des

Treffens einer Absprache im Sinne von § 257c StPO zu informieren. Der komplizierten Materie der Sicherungsverwahrung wird durch ausführliche Erläuterungen Rechnung getragen (§ 7 JGG Rn. 24 ff.; § 106 JGG Rn. 6 ff.); die nach Abschluss der Bearbeitung ergangene grundlegende Entscheidung des BVerfG vom 4.5.2011¹ ist auf einem Beiblatt besprochen. Die mit dem Gesetz zur bundesrechtlichen Umsetzung des Abstandsgebotes im Recht der Sicherungsverwahrung vom 5.12.2012 getroffene Neuregelung wird allerdings erst in der Folgeauflage Berücksichtigung finden. Mit dieser Feststellung verbindet sich natürlich keine Kritik; sie ist allein der Besprechung des Werkes erst einige Zeit nach dem Erscheinungstermin geschuldet. Gleiches gilt in Ansehung der mit dem Gesetz zur Erweiterung der jugendgerichtlichen Handlungsmöglichkeiten vom 4.9.2012 erfolgten Umgestaltung des JGG. Der nunmehr gemäß §§ 8 Abs. 2 S. 2, 16a, 21 Abs. 1 S. 3, 61 Abs. 3 S. 1 JGG n.F. statthafte sog. Warnschussarrest wurde allein auf der Basis von § 8 Abs. 2 S. 1 JGG deshalb ganz zu Recht noch als unzulässig charakterisiert (§ 8 JGG Rn. 6 f.). Ebenso liegt es in der Natur der Sache, dass die mit §§ 61-61b JGG neu ausdrücklich erfolgte Regelung der Vorbewahrung in den Details noch nicht kommentiert ist; die Erläuterungen bei § 57 JGG Rn. 12 ff. können gleichwohl weiter herangezogen werden, sofern man sich die Unterschiede zwischen der Normierung durch den Gesetzgeber und den bis dahin von der Praxis aufgestellten Voraussetzungen für dieses Institut vor Augen hält.

Zusammenfassend lässt sich sagen: Die Kommentierungen zu den Vorschriften des materiellen Jugendstrafrechts verraten nach wie vor wohlthuende Zurückhaltung gegenüber mancherlei punitiven Tendenzen. Ein Gutteil der Erläuterungen zum formellen Jugendstrafrecht hat *Schatz* übernommen und bisweilen keineswegs bloß fortgeführt, sondern neu konzipiert. Dabei zeigt sich nicht nur eine sorgfältige Aufarbeitung von Rechtsprechung und Kommentaren, sondern auch der Lehrbuchliteratur sowie sonstiger Beiträge. Zuletzt sei noch § 88 JGG Rn. 1 betrachtet: Die divergierende Judikatur der Oberlandesgerichte zu der auch für die Praxis wichtigen Frage, ob sich im Falle einer Herausnahme aus dem Jugendstrafvollzug (§ 89b Abs. 1 JGG) bei der Reststrafenaussetzung die Mindestverbüßungsdauer nach § 88 JGG oder nach § 57 StGB beurteilt, wird umfassend nachgewiesen.

Den zweiten, mit gut 150 Seiten deutlich kürzeren Teil des Buches bildet die Kommentierung der Jugendstrafvollzugsgesetze. Solange der im Beck-Verlag hierzu angekündigte Band von *Dinkel/Walkenhorst/J. Walter* nicht vorliegt, steht die durchgängig von *Sonnen* verfasste Darstellung einzig dar. Bei dem von *Ostendorf* mittlerweile in 2. Auflage 2012 herausgegebenen „Jugendstrafvollzugsrecht“² handelt es sich um ein Handbuch, dessen Systematik an einzelnen Vollzugsaspekten, nicht aber an der gesetzlichen Gliederung ausgerichtet ist. Diese Darstellungsweise wurde auch in den JGG-Kommentaren gewählt, die sich mit dem Jugendstraf-

¹ BVerfGE 128, 326.

² Rezension zur 1. Aufl. bei *Feest*, ZIS 2009, 332.

vollzug (ausführlicher) befassen.³ *Sonnen* legt das Berliner Jugendstrafvollzugsgesetz zugrunde, das zum Zeitpunkt der Bearbeitung bis auf einzelne Abweichungen mit den Regelungen der meisten anderen Bundesländer übereinstimmte. Zweifelte *Feest* in Ansehung der Voraufgabe noch, wie es gelingen solle, die übrigen Gesetze einzubeziehen,⁴ räumt die hier besprochene Fassung solche Bedenken aus. Die anders konzipierten Gesetze in Baden-Württemberg, Bayern, Hessen, Niedersachsen und Nordrhein-Westfalen sind – jedenfalls für grundlegende Bestimmungen – im Wege synoptischer Darstellung berücksichtigt; das gilt im Übrigen auch bei mancher Abweichung in den grundsätzlich mit dem Berliner Gesetz korrespondierenden Ländernormen.

Freilich wartet auch auf diesem Sektor viel Arbeit für eine Neuauflage: Die Jugendstrafvollzugsgesetze in Brandenburg und Rheinland-Pfalz wurden im Jahr 2013 zugunsten von Justizvollzugsgesetzen aufgehoben, welche die Materie zusammen mit dem Vollzug der Freiheitsstrafe regeln. Sachsen und – in etwas zurückhaltenderer Weise – das Saarland haben die Schaffung von Landesgesetzen über den Freiheitsstrafvollzug zum Anlass genommen, ihre Jugendstrafvollzugsgesetze daran anzupassen. Auch in Baden-Württemberg, Hamburg und Hessen kam es zum Erlass teils umfangreicher Änderungsgesetze. Zudem sind mittlerweile die kommentierten Vorschriften über den Datenschutz (§§ 88-96 JStVollzG) in Berlin durch ein eigenständiges Justizvollzugsdatenschutzgesetz ersetzt worden; eine Regelungstechnik, die in Rheinland-Pfalz aufgegriffen wurde.

Der gerichtliche Rechtsschutz insbesondere im Vollzug der Jugendstrafe schließlich bleibt mangels Gesetzgebungskompetenz der Länder weiter im JGG verankert (§ 92), wobei in weitem Umfang auf Vorschriften des Bundesstrafvollzugsgesetzes verwiesen wird. Die Kommentierung hierzu fällt recht knapp aus; der mit der Materie nicht vertraute Benutzer wird nicht umhin kommen, ergänzend ein Werk zum StVollzG zu konsultieren. Freilich muss man einräumen, dass dieser Rechtsweg nach wie vor kaum praktische Bedeutung aufweist; es finden sich dazu nahezu keine (im Druck oder bei juris) veröffentlichten Entscheidungen.

In einem Anhang sind schließlich weitere relevante Rechtsnormen wiedergegeben, etwa Teile des SGB VIII, die Richtlinien zum JGG sowie die Jugendarrestvollzugsordnung und ein Auszug aus den Mitteilungen über Strafsachen. Ein Wort noch zur bisher bundeseinheitlichen Jugendarrestvollzugsordnung in Form einer Verwaltungsvorschrift: Nachdem mit Nordrhein-Westfalen das erste Bundesland die Materie in einem Parlamentsgesetz geregelt hat und ein Nachziehen der anderen Gliedstaaten zu erwarten (wie aus verfassungsrechtlichen Gründen zu erhoffen) ist, erwächst an dieser Stelle eine weitere Herausforderung für die Darstellungen des Jugendstrafrechts. Ein detailliertes Stichwortregister rundet den

³ *Eisenberg*, Jugendgerichtsgesetz, Kommentar, 16. Aufl. 2013, § 92 Rn. 3 ff.; *Jung-Silberreis*, in: *Meier/Rössner/Trüg/Wulf* (Hrsg.), Jugendgerichtsgesetz, Handkommentar, 2011, Anhang A.

⁴ *Feest*, ZIS 2009, 332.

Band ab, während sich ein Verzeichnis besonders wichtiger Literatur bereits eingangs des Buches findet.

Der Kommentar von *Diemer/Schatz/Sonnen* stellt auch in der 6. Auflage ein zuverlässiges Hilfsmittel für alle mit dem Jugendstrafrecht Befassten dar. Er wird trotz der mittlerweile zahlreichen Konkurrenz⁵ seinen Platz behaupten. Das gilt insbesondere in Ansehung der Kommentierung der Jugendstrafvollzugsgesetze, die in dieser Form bisher nicht ihresgleichen findet. Es ist den *Autoren* zu wünschen, dass sie alsbald in einer 7. Auflage den umfangreichen, mittlerweile entfalteten – wie den jüngst erneut in Aussicht gestellten⁶ – gesetzgeberischen Aktivitäten Rechnung zu tragen vermögen.

Prof. Dr. Helmut Baier, Würzburg

⁵ *Brunner/Dölling*, Jugendgerichtsgesetz, Kommentar, 12. Aufl. 2011; *Eisenberg* (Fn. 3); *Meier/Rössner/Trüg/Wulf* (Fn. 3); *Ostendorf*, Jugendgerichtsgesetz, Kommentar, 9. Aufl. 2013; sowie den ausschnittweisen Erläuterungen des JGG bei *Joecks/Miebach* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 6, 2. Aufl. 2013.

⁶ Siehe CDU/CSU/SPD, Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 18. Legislaturperiode, S. 146.