

## Öffentliches Recht

**Standort: Art. 4 GG**

**Problem: Befreiung von Schulpflicht**

BVERFG, BESCHLUSS VOM 29.04.2003  
1 BvR 436/03 (BAYVBl 2004, 49)

### Problemdarstellung:

Im vorliegenden Fall beantragten Eltern schulpflichtiger Kinder eine Genehmigung zur Erteilung von Heimunterricht, weil sie den Besuch staatlicher Schulen aus Glaubensgründen ablehnen. Gegen die Verweigerung der Genehmigung erhoben sie nach Rechtswegerschöpfung Verfassungsbeschwerde (Vb.), die das BVerfG nicht zur Entscheidung angenommen hat. Das Gericht geht dabei nicht im Detail auf die Schutzbereiche der betroffenen Freiheitsgrundrechte (Glaubensfreiheit der Eltern und Schüler gem. Art. 4 GG, Erziehungsrecht der Eltern gem. Art. 6 II GG und allg. Persönlichkeitsrecht der Schüler gem. Art. 2 I i.V.m. 1 I GG) ein, sondern stellt sogleich auf den Grundsatz der „praktischen Konkordanz“ ab, nach dem zwischen kollidierenden Verfassungsgütern ein Ausgleich zu suchen ist. Kollidierendes Verfassungsgut war hier der staatliche Bildungsauftrag gem. Art. 7 I GG. De facto prüft das BVerfG unter der „praktischen Konkordanz“ sodann die Verhältnismäßigkeit der Versagung, die es i.E. bejaht. Zum Schluss geht es noch auf die Gleichheitsgrundrechte (Art. 3 III, I GG) ein, hält diese aber ebenfalls für nicht verletzt.

### Prüfungsrelevanz:

Der Beschluss fügt sich nahtlos ein eine Kette von Fällen ein, in denen Bürger versucht haben, unter Berufung auf Art. 4 GG auch die abstrusesten Begünstigungen zu erhalten. Zu den besonderen „Stilblüten“ in dieser Hinsicht gehören z.B. die Verweigerung der Steuerzahlung, die Befreiung von der Wahlhelferschaft und die beantragte Genehmigung zum Anbau von Hanf aus religiösen Gründen (alle verneint). Für die vorliegende Entscheidung kommt hinzu, dass sie im Bereich des Schulwesens spielt, in dem Art. 4 GG ohnehin Konjunktur hat (Stichworte: „Kruzifix“ und „Kopftuch“).

In der Entscheidung ist wieder die moderne Tendenz des BVerfG zu beobachten, die betroffenen Grundrechte (Art. 2 I, 1 I, 4 und 6 II GG) zu einem Brei zu vermischen. Dies mag in einem Kammerbeschluss zur Nichtannahme einer Vb. statthaft sein; in einem Gut-

achten wäre jedoch sauber zwischen den betroffenen Grundrechtsträgern (Eltern und Kinder) und den betroffenen Grundrechten zu differenzieren. Auch müssten die Schutzbereiche genau geprüft, zur Eingriffsqualität der Nichtgewährung von Vorteilen (es ging um eine Befreiung) Stellung genommen und die streitige Schrankenfrage zu Art. 4 GG (nur verfassungsimmanente Schranken mit dem BVerfG oder Gesetzesvorbehalt über Art. 140 GG i.V.m. 136 I WRV mit Lit. und BVerwG) erörtert werden.

Als Merkposten der vorliegenden Entscheidung kann ferner festgehalten werden, dass eine Maßnahme jedenfalls dann die „praktische Konkordanz“ wahrt, wenn sie verhältnismäßig ist. Wägt man also zwischen kollidierenden Verfassungsgütern ab, sollte statt eines Gesinnungsaufsatzes die angegriffene Maßnahme auf Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit hin untersucht werden.

### Vertiefungshinweise:

- Befreiung von der Schulpflicht wegen Art. 4 GG: *VG Aachen*, RA 2002, 621 = *NJW* 2002, 3191; *VGH Mannheim*, DVBl 2003, 347; *OVG NRW*, NVwZ 1992, 77
- Genehmigung zum Hanfanbau wegen Art. 4 GG: *BVerwG*, NVwZ 2001, 924
- Befreiung von der Steuerpflicht wegen Art. 4 GG: *BVerfG*, *NJW* 2003, 2600
- Wahlhelferschaft contra Art. 4 GG: *OVG NRW*, RA 2003, 256 = *NWVBl* 2003, 102
- Kopftuch im Unterricht: *BVerfG*, RA 2003, 601 = *NJW* 2003, 3111
- Kruzifix im Klassenzimmer: *BVerfGE* 93, 1

### Kursprogramm:

- Examenskurs*: „Der Lehrer und die Sekte“

### Leitsatz (der Redaktion):

**Zur Verfassungsmäßigkeit der Nichterteilung einer Genehmigung zum Heimunterricht schulpflichtiger Kinder.**

### Sachverhalt:

Die Verfassungsbeschwerde richtet sich gegen die Ab-

lehnung einer Genehmigung zur Erteilung von Heimunterricht außerhalb staatlicher oder privater Schulen durch Eltern grundschulpflichtiger Kinder. Die Beschwerdeführer, Eltern und deren schulpflichtige Kinder, gehören einer bibelgläubigen christlichen Gemeinschaft an und lehnen den Besuch staatlicher Schulen aus religiösen Gründen ab. Durch die Verweigerung der beantragten Befreiung von der Pflicht zum Besuch der staatlichen Grundschule sehen sie sich in ihren Grundrechten aus Art. 4 Abs. 1 und 2, Art. 6 Abs. 2 Satz 1, Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 sowie aus Art. 3 Abs. 1 und 3 Satz 1 GG verletzt.

### *Aus den Gründen:*

Die Annahmenvoraussetzungen des § 93 a Abs. 2 BVerfGG liegen nicht vor. 1. Der Verfassungsbeschwerde kommt grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedeutung nicht zu, weil die maßgeblichen verfassungsrechtlichen Fragen vom Bundesverfassungsgericht schon entschieden sind (vgl. insbesondere BVerfGE 41, 29; 47, 46; 52, 223; 93, 1). 2. Die Annahme der Verfassungsbeschwerde ist auch nicht zur Durchsetzung der von den Beschwerdeführern als verletzt gerügten Grundrechte angezeigt (vgl. BVerfGE 90, 22 [25 f.]). Denn die Ablehnung der beantragten Befreiung begegnet keinen durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken.

### *A. Freiheitsgrundrechte*

Die angegriffenen Entscheidungen verletzen weder die Elternrechte aus Art. 4 Abs. 1, 2 und Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG noch die Rechte der beschwerdeführenden Schüler aus Art. 4 Abs. 1, 2, Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG.

### *I. Grundsatz der praktischen Konkordanz*

Die Lösung des Konflikts zwischen dem Recht der Eltern, ihren Kindern ihre Glaubensüberzeugung zu vermitteln und sie von für falsch oder schädlich gehaltenen Glaubensüberzeugungen fern zu halten (vgl. BVerfGE 93, 1 [17]), und dem korrespondierenden Recht der Kinder, entsprechend erzogen zu werden, einerseits sowie dem dem elterlichen Erziehungsrecht gleichgeordneten staatlichen Erziehungsauftrag aus Art. 7 Abs. 1 GG andererseits (vgl. BVerfGE 52, 223 [236]) nach dem Grundsatz der praktischen Konkordanz (vgl. BVerfGE 93, 1 [21]) gebietet es nicht, den Beschwerdeführern die beantragte Genehmigung zu erteilen.

### *II. Subsumtion*

Die Pflicht zum Besuch der staatlichen Grundschule dient dem legitimen Ziel der Durchsetzung des staatlichen Erziehungsauftrags und ist zur Erreichung dieses

Ziels geeignet und erforderlich.

### *1. Legitimer Zweck des staatlichen Erziehungsauftrags*

Dieser Auftrag richtet sich nicht nur auf die Vermittlung von Wissen, sondern auch auf die Heranbildung verantwortlicher Staatsbürger, die gleichberechtigt und dem Ganzen gegenüber verantwortungsbewusst an den demokratischen Prozessen in einer pluralistischen Gesellschaft teilhaben können.

### *2. Erforderlichkeit*

Es mag zutreffen, dass die Beschränkung des staatlichen Erziehungsauftrags auf die regelmäßige Kontrolle von Durchführung und Erfolg eines Heimunterrichts zur Erreichung des Ziels der Wissensvermittlung ein milderer und insoweit auch gleich geeignetes Mittel darstellen kann. Doch kann es nicht als eine Fehleinschätzung angesehen werden, die bloße staatliche Kontrolle von Heimunterricht im Hinblick auf das Erziehungsziel der Vermittlung sozialer und staatsbürgerlicher Kompetenz nicht als gleich wirksam zu bewerten. Denn soziale Kompetenz im Umgang auch mit Andersdenkenden, gelebte Toleranz, Durchsetzungsvermögen und Selbstbehauptung einer von der Mehrheit abweichenden Überzeugung können effektiver eingeübt werden, wenn Kontakte mit der Gesellschaft und den in ihr vertretenen unterschiedlichsten Auffassungen nicht nur gelegentlich stattfinden, sondern Teil einer mit dem regelmäßigen Schulbesuch verbundenen Alltagserfahrung sind.

### *3. Angemessenheit*

Die mit der Pflicht zum Besuch der staatlichen Grundschule verbundenen Eingriffe in die genannten Grundrechte der Beschwerdeführer stehen auch in einem angemessenen Verhältnis zu dem Gewinn, den die Erfüllung dieser Pflicht für den staatlichen Erziehungsauftrag und die hinter ihm stehenden Gemeinwohlinteressen erwarten lassen. Die Allgemeinheit hat ein berechtigtes Interesse daran, der Entstehung von religiös oder weltanschaulich motivierten "Parallelgesellschaften" entgegenzuwirken und Minderheiten auf diesem Gebiet zu integrieren. Integration setzt dabei nicht nur voraus, dass die Mehrheit der Bevölkerung religiöse oder weltanschauliche Minderheiten nicht ausgrenzt, sie verlangt vielmehr auch, dass diese sich selbst nicht abgrenzen und sich einem Dialog mit Andersdenkenden und Andersgläubigen nicht verschließen.

Für eine offene pluralistische Gesellschaft bedeutet der Dialog mit solchen Minderheiten eine Bereicherung. Dies im Sinne gelebter Toleranz einzuüben und zu praktizieren, ist wichtige Aufgabe schon der Grundschule. Das Vorhandensein eines breiten Spektrums von Überzeugungen in einer Klassengemeinschaft kann die Fähigkeit aller Schüler zu Toleranz und Di-

alog als einer Grundvoraussetzung demokratischer Willensbildungsprozesse nachhaltig fördern. Die dabei infolge der Schulbesuchspflicht auftretenden Beeinträchtigungen grundrechtlicher Freiheiten sind für die Betroffenen zumutbar, weil die Schwere dieser Beeinträchtigungen durch Pflichten zur Rücksichtnahme auf abweichende religiöse Überzeugungen und durch die verbleibende Möglichkeit der Einflussnahme der Eltern auf die Erziehung ihrer Kinder innerhalb wie vor allem außerhalb der Schule so weit abgemildert wird, dass die Unzumutbarkeitsschwelle für Eltern wie Schüler nicht überschritten wird. Dabei kommt in der zuerst genannten Hinsicht - von der Möglichkeit abgesehen, im Einzelfall auf der Grundlage des Art. 7 Abs. 4 GG auf eine den religiösen Vorstellungen und Bindungen der Betroffenen Rechnung tragende Privatschule auszuweichen - der Verpflichtung der staatlichen Schulen zu Neutralität und Toleranz besonderes Gewicht zu.

Diese Verpflichtung stellt bei strikter Beachtung nicht nur sicher, dass unzumutbare Glaubens- und Gewissenskonflikte nicht entstehen (vgl. BVerfGE 41, 29 [51 f.]) und eine Indoktrinierung der Schüler auch auf dem Gebiet der Sexualerziehung unterbleibt (vgl. BVerfGE 47, 46 [75 ff.]). Sie nimmt den Staat vielmehr auch in die Pflicht, in der Schule durch seine Lehrer aktiv auf die Übung von Toleranz gegenüber Menschen hinzuwirken, die wie die Beschwerdeführer weltanschauliche Minderheitenpositionen vertreten. Die mit dem Besuch der Schule gleichwohl verbundene Konfrontation mit den Auffassungen und Wertvorstellungen einer zunehmend säkular geprägten pluralistischen Gesellschaft ist den Beschwerdeführern trotz des Widerspruchs zu ihren eigenen religiösen Überzeugungen zuzumuten.

### B. Gleichheitsgrundrechte

Die angegriffenen Entscheidungen sind verfassungsrechtlich auch unter Gleichheitsgesichtspunkten nicht zu beanstanden.

#### I. Art. 3 III GG

Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG wird nicht dadurch verletzt, dass die Beschwerdeführer hinsichtlich der Pflicht zum Besuch der Grundschule ebenso behandelt werden wie Angehörige der Bevölkerungsmehrheit, die durch die Schulerziehung nicht in einen Widerspruch zu ihren Glaubensüberzeugungen gebracht werden. Die allgemeine Schulpflicht und die Versagung einer Befreiung von der genannten Besuchspflicht dienen der Umsetzung des staatlichen Erziehungsauftrags und knüpfen nicht, wie es für Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG erforderlich wäre (vgl. BVerfGE 85, 191 [206]; 97, 186 [197]), an religiöse Überzeugungen an.

#### II. Art. 3 I GG

Zwischen "Schulverweigerern" aus religiösen Gründen und nicht schulbesuchspflichtigen Kindern von Personen, die aus beruflichen Gründen einen festen Wohnsitz nicht haben, bestehen Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht, dass sie die ungleiche Behandlung gemäß Art. 3 Abs. 1 GG rechtfertigen können (vgl. etwa BVerfGE 82, 126 [146]). Während für die erste Personengruppe der mit der Schulbesuchspflicht verbundene Grundrechtseingriff, wie ausgeführt, als zumutbar angesehen werden kann, ist dies jedenfalls dann nicht der Fall, wenn eine Teilnahme der Kinder von Personen mit berufsbedingt ständig wechselndem Aufenthalt am staatlichen Schulunterricht nur durch eine Trennung von Eltern und Kindern erreicht werden kann.

## Standort: Kommunalrecht

## Problem: Zugang zu öffentlicher Einrichtung

VG DÜSSELDORF, BESCHLUSS VOM 10.09.2003  
24 L 3143/03 (NWVBL 2004, 33)

### Problemdarstellung:

Dem Sohn der Antragstellerin (ASt.) war der weitere Besuch einer Kindertagesstätte (Kita) untersagt worden, indem der zwischen der Gemeinde als Betreiberin der Kita und der ASt. als Elternteil geschlossene Benutzungsvertrag gekündigt worden war. Der Grund für die Kündigung lag darin, dass die ASt. der Erhöhung des Entgelts für das gemeinsame Mittagessen der Kinder nicht zugestimmt hatte. Gegen die Kündigung zog die ASt. im Wege des vorläufigen Rechtsschutzes vor das VG. Der Fall wirft vor allem zwei interessante Fra-

gen auf:

1. Zunächst ging es um den Verwaltungsrechtsweg nach § 40 I 1 VwGO. Die Kita war Kraft Widmung eine öffentliche Einrichtung, für deren Benutzung sich der Verwaltungsrechtsweg nach der sogen. „Zweistufentheorie“ richtet. Öffentlich-rechtlich i.S.d. § 40 I 1 VwGO bleibt nach dieser eine Streitigkeit über die Benutzung einer öffentlichen Einrichtung auch dann, wenn das Benutzungsverhältnis zivilrechtlich ausgestaltet ist, solange es um das „Ob“ der Benutzung geht. Auf die konkrete Ausgestaltung des Benutzungsverhältnisses kommt es m.a.W. erst an, wenn das „Wie“ in Rede steht. Hintergrund ist, dass der Staat sich privat-rechtlich betätigen mag, diese Möglichkeit aber nicht missbrauchen darf, um sich seiner öffentlich-

rechtlichen Verpflichtungen, namentlich der Grundrechtsbindung und einfach-gesetzlicher Ansprüche wie dem auf Zugang zu öffentlichen Einrichtungen (hier: § 8 II GO NRW) zu entziehen. Eine „Flucht ins Privatrecht“ soll so vermieden werden. Der vorliegende Fall lag nun auf der Kippe, da einerseits das „Wie“ der Benutzung, nämlich die Teilnahme am Mittagessen und das Entgelt hierfür, andererseits aber das „Ob“, nämlich die Kündigung des Benutzungsvertrages in Rede stand. In solchen Fällen muss das Begehren der ASt. genau untersucht werden. Hier ging es um das „Ob“, nämlich den weiteren Besuch der Kita. Etwas anderes hätte z.B. gegolten, wenn Streitgegenstand allein die Entgelterhöhung für das Mittagessen gewesen wäre.

2. In materieller Hinsicht hält das VG für die Verweigerung des Zugangs zu einer öffentlichen Einrichtung einen Verwaltungsakt für erforderlich, lässt also die zivilrechtliche Kündigung des Benutzungsvertrages insoweit nicht genügen. Da die Gemeinde einen solchen nicht erlassen hatte, bestand der Anspruch aus § 8 II GO NRW auf Benutzung der Kita fort.

#### **Prüfungsrelevanz:**

Die Prüfung des Verwaltungsrechtswegs nach § 40 I VwGO gehört zum absoluten Basiswissen eines jeden Examenkandidaten. Bei der „Zweistufentheorie“ genügt der oft anzutreffende, schlichte Hinweis auf das stets öffentlich-rechtliche „Ob“ und das Wahlrecht beim „Wie“ nicht zur Begründung einer öffentlich-rechtlichen Streitigkeit. Vielmehr muss schon im Verwaltungsrechtsweg geprüft werden, ob es sich bei der fraglichen Einrichtung überhaupt um eine öffentlich-rechtliche handelt (Stichworte: Widmung, Mehrheitsbeteiligung einer Gemeinde an jur. Personen des Zivilrechts usw.). Ferner muss der Hintergrund der „Zweistufentheorie“ – der Fortbestand der öffentlich-rechtlichen Bindungen der Gemeinde auch bei privatrechtlicher Ausgestaltung – dargelegt werden, damit die Öffentlichkeitsrechtlichkeit des „Ob“ von der Behauptung zum Argument erstarkt.

Hinsichtlich der Notwendigkeit eines Verwaltungsakts zur Beendigung eines Benutzungsverhältnisses macht das VG offenbar (stillschweigend) die „Kehrseitentheorie“ als Konsequenz aus der „Zweistufentheorie“ fruchtbar: Wenn das „Ob“ der Benutzung einer öffentlichen Einrichtung stets dem öffentlichen Recht unterfällt, kann deren actus contrarius, also die Beendigung der Benutzung, nicht zivilrechtlich erfolgen, sondern muss ebenfalls in Form einer öffentlich-rechtlichen Regelung geschehen. Da es sich um eine Einzelfallregelung mit Außenwirkung handelt, kommt nur ein Verwaltungsakt in Betracht, zumal dies für den Bürger unter Rechtsschutzgesichtspunkten wesentlich günstiger ist als eine Willenserklärung (vgl. nur die ab-

schließenden Ausführungen des VG zur im Falle eines Verwaltungsakts gegebenen Möglichkeit des Widerspruchs mit Suspensiveffekt gem. § 80 I VwGO).

#### **Vertiefungshinweise:**

Rechtsweg bei Nichtzulassung zum Kindergarten: *Schulke*, BayVBl. 1981, 585

„Zweistufentheorie“: *BayVGH*, NVwZ 1995, 812

#### **Kursprogramm:**

*Examenskurs*: „Kein Platz auf der Kirmes“

#### **Leitsätze:**

**1. Eine städtische Tageseinrichtung für Kinder ist eine öffentliche Einrichtung im Sinne von § 8 GO NRW.**

**2. Wird mit der privatrechtlichen Kündigung des Betreuungsvertrages die weitere Benutzung der Tageseinrichtung untersagt, ist für die Durchsetzung des Benutzungsanspruchs der Verwaltungsrechtsweg gegeben.**

**3. Zur wirksamen Beendigung des öffentlich-rechtlichen Benutzungsverhältnisses bei Kündigung des Betreuungsvertrages.**

**4. Das Entgelt für das Mittagessen gem. 517 Abs.1 Satz 7 GTK ist keine öffentliche Abgabe.**

#### **Sachverhalt:**

Der Sohn der Antragstellerin besuchte eine städtische Tageseinrichtung für Kinder der Antragsgegnerin und nahm gegen Entgelt am Mittagessen teil. Nachdem die Antragstellerin die vertragliche Zustimmung zu einem höheren Verpflegungsentgelt verweigert hatte, kündigte die Antragsgegnerin den Betreuungsvertrag und untersagte dem Sohn der Antragstellerin die weitere Benutzung der Tageseinrichtung. Ihr Antrag, die Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Anordnung zu verpflichten, ihrem Sohn die weitere Benutzung der Tageseinrichtung zu gestatten, hatte Erfolg.

#### **Aus den Gründen:**

Der am 14. August 2003 bei Gericht eingegangene, sinngemäß aus dem Tenor ersichtliche Antrag der Antragstellerin hat Erfolg.

#### **A. Zulässigkeit**

Er ist zulässig.

#### **I. Verwaltungsrechtsweg**

Für den Antrag ist der Verwaltungsrechtsweg eröffnet, § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO. Denn es handelt sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nicht verfassungsrechtlicher Art.

*1. Zivilrechtliche Ausgestaltung des Benutzungsverhältnisses*  
Zwar streiten die Beteiligten um die Wirksamkeit der Kündigung des im Jahre 2002 geschlossenen Betreuungsvertrages zwischen der Antragstellerin und ihrem Mann einerseits sowie der Antragsgegnerin andererseits betreffend die Betreuung des Kindes in der im Tenor genannten städtischen Tageseinrichtung für Kinder. Grund für die von der Antragsgegnerin ausgesprochene Vertragskündigung ist die von der Antragstellerseite verweigerte vertragliche Zustimmung zu einem höheren Verpflegungsentgelt. Sowohl die Regelung des Verpflegungsentgelts als auch das Zustandekommen und die Beendigung des Betreuungsvertrages sind dem Zivilrecht zuzurechnen.

Im Gegensatz zu den Elternbeiträgen handelt es sich bei dem Entgelt für das Mittagessen nämlich nicht um eine öffentliche Abgabe. Das ergibt sich bereits daraus, dass das Entgelt für das Mittagessen gem. § 17 Abs. 1 Satz 7 GTK vom Träger der Tageseinrichtung verlangt werden kann, während die Elternbeiträge gem. § 17 Abs. 6 GTK vom örtlichen Träger der öffentlichen Jugendhilfe erhoben werden. Träger einer Tageseinrichtung kann – anders als im vorliegenden Fall – auch ein Privater sein, dem es verwehrt ist, hoheitlich durch die Festsetzung von öffentlichen Abgaben und Kosten in grundrechtsrelevante Bereiche der Eltern einzugreifen (vgl. Urteil der Kammer vom 29.10.1998 – 24 K 10549/96; Beschluss der Kammer vom 01.02.2000 – 24 L 339/00). Dass es sich bei dem in Frage stehenden Betreuungsvertrag um ein privatrechtliches Vertragsverhältnis handelt, ist unter den Beteiligten unstrittig und bedarf hier keiner Vertiefung.

### *2. Öffentliche Einrichtung*

Bei der von der Antragsgegnerin betriebenen Tageseinrichtung handelt es sich jedoch um eine – den Eltern der Kinder als Benutzern offen stehende – gemeindliche öffentliche Einrichtung im Sinne von § 8 GO NRW. Der Begriff der öffentlichen Einrichtung umfasst solche Gegenstände oder die Gesamtheit von Gegenständen, die von der Gemeinde für bestimmte öffentliche Zwecke gewidmet sind und deren Benutzung durch die Einwohner bzw. durch einen in der Zweckbestimmung festgelegten Personenkreis einer besonderen Zulassung bedarf (vgl. Rehn/Cronauge, Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen, 2. Auflage, Band 1, § 8 Ziffer 3; OVG NRW, DVBl. 1971, 218). Der Begriff der öffentlichen Einrichtung ist weit zu verstehen und unabhängig von der Rechtsform. Ausschlaggebend ist letztlich nur der gemeindliche Widmungsakt, der wiederum an eine bestimmte Rechtsform nicht gebunden ist und auch durch schlichte "Bereitstellung" der Einrichtung erfolgen kann (vgl. Achterberg, Besonderes Verwaltungsrecht, Band 2, 2.

Auflage, Kommunalrecht, Seite 44, 45). Danach kann die Bereitstellung der hier in Frage stehenden Kindertagesstätte für die Einwohnerschaft nicht zweifelhaft sein. Sie steht nicht im Gemeingebrauch und ist aus dem Kreis der öffentlichen Einrichtungen auch nicht als ausschließlich im Verwaltungsgebrauch stehend oder erwerbswirtschaftlichen Zwecken der Gemeinde dienend ausgenommen (vgl. Achterberg, a.a.O., Seite 45). Demgemäß werden in Rechtsprechung und Literatur als öffentliche Einrichtungen z. B. Schulen, Theater, Büchereien, Stadthallen, Versorgungs- und Verkehrsbetriebe, Friedhöfe, Sparkassen, Leihhäuser, Feuerwehren, Obdachlosenunterkünfte, Schützenfeste, Zirkusveranstaltungen und auch Alten- und Kinderheime angesehen. Dass für die vorliegende Tageseinrichtung für Kinder etwas anderes gelten könnte, ist weder vorgetragen noch ersichtlich.

### *3. Keine „Flucht ins Privatrecht“*

Ob die Antragsgegnerin für diese Einrichtung das Benutzungsverhältnis öffentlich oder privatrechtlich geregelt hat, bedarf keiner Vertiefung. Für Letzteres spricht allerdings der mit der Antragstellerseite geschlossene Betreuungsvertrag. Auch im Falle einer privatrechtlichen Ausgestaltung des Benutzungsverhältnisses darf der aus § 8 Abs. 2 GO NRW folgende öffentlich-rechtliche Anspruch auf Zulassung und Benutzung der Einrichtung nicht über eine zivilrechtliche Regelung unterlaufen werden. Wird der privatrechtliche Vertrag mit einer für die öffentlich-rechtliche Zulassungs- und Benutzungsentscheidung relevanten Begründung verweigert oder gekündigt, ist damit die Frage des "Ob" der Benutzung und damit das öffentlich-rechtliche Benutzungsverhältnis selbst berührt, sodass auch insoweit die Verwaltungsgerichte zur Entscheidung berufen sind. So liegt der Fall hier. Denn mit der von der Antragsgegnerin ausgesprochenen Kündigung wird der Antragstellerseite bzw. deren Kind die weitere Benutzung der öffentlichen Einrichtung versagt. Dies ergibt sich ausdrücklich aus dem im Schreiben der Antragsgegnerin vom 13. Juni 2003 enthaltenen Hinweis, wonach [der Sohn der ASt.] ab dem 1. August 2003 die Einrichtung nicht mehr besuchen könne.

### *II. Antragsbefugnis*

Die Antragstellerin ist auch antragsbefugt. Sie ist als Elternteil des betroffenen Kindes Benutzerin der Einrichtung (vgl. OVG NRW, Beschluss vom 22.10.1999 – 16 B 1677/99). Aus dem Umstand, dass die Eltern das Kind gem. § 1629 Abs. 1 Satz 2 BGB gemeinschaftlich vertreten, folgt nichts anderes. Denn es entspricht der Lebenserfahrung, dass in einem Fall wie dem vorliegenden der eine Elternteil mit der – keiner besonderen Form bedürftenden – Vollmacht des ande-

ren Elternteils handelt.

### *B. Begründetheit*

Der Antrag ist auch begründet. Denn die Antragstellerin hat sowohl einen Anordnungsgrund als auch einen Anordnungsanspruch glaubhaft gemacht (§§ 123 Abs. 1, Abs. 3 VwGO, 920 ZPO).

#### *I. Anordnungsgrund*

Der Anordnungsgrund folgt aus dem Umstand, dass der Sohn der Antragstellerin die Einrichtung ausweislich des Schreibens vom 13.6.2003 ab dem 1. August 2003 nicht mehr besuchen darf.

#### *II. Anordnungsanspruch*

Der Anordnungsanspruch ergibt sich aus § 8 Abs. 2 GO NRW i.V.m. dem fortdauernden Benutzungsverhältnis zwischen der Antragstellerseite und der Antragsgegnerin.

##### *1. Verwaltungsakt erforderlich*

Denn die Antragsgegnerin hat das öffentlich-rechtliche Benutzungsverhältnis nicht wirksam beendet. Die ausgesprochene Kündigung des Betreuungsvertrages reicht hierzu nicht aus. Die Beendigung des öffentlich-rechtlichen Benutzungsverhältnisses ist nämlich nicht durch eine privatrechtliche Willenserklärung möglich. Hierzu bedarf es vielmehr einer hoheitlichen Regelung in Gestalt eines Verwaltungsakts.

##### *2. Kündigungsschreiben ist kein Verwaltungsakt*

Ein das Benutzungsverhältnis beendender Verwaltungsakt ist gegenüber der Antragstellerseite nicht ergangen. Das Kündigungsschreiben der Antragsgegnerin vom 13. Juni 2003 kann nicht als solcher angesehen werden.

##### *a. Form*

Hierfür spricht zunächst die äußere Form des Schreibens, insbesondere das Fehlen einer Rechtsbehelfsbelehrung.

##### *b. Inhalt*

Vor allem der Inhalt macht deutlich, dass die Antragsgegnerin mit der Kündigung nicht gleichzeitig eine hoheitliche Regelung in Bezug auf das Benutzungsverhältnis getroffen hat oder auch nur hat treffen wollen. Denn es heißt in dem Schreiben ausdrücklich, dass es sich um eine ordentliche Kündigung im Sinne des § 621 BGB handele. Auch sonst ist dort nur von dem Betreuungsvertrag, nicht aber vom Benutzungsverhältnis die Rede. Es spricht viel dafür, dass sich die An-

tragsgegnerin der öffentlich-rechtlichen Bedeutung ihres Handelns gar nicht bewusst war, was die Notwendigkeit einer klar erkennbaren Regelung im Sinne des § 35 VwVfG unterstreicht. Fehlt es an der Beendigung des Benutzungsverhältnisses, besteht der Anspruch der Antragstellerseite auf weitere Benutzung der öffentlichen Einrichtung fort, § 8 Abs. 2 GO NRW.

##### *3. Ansonsten „faktischer Vollzug“*

Selbst wenn man mit Rücksicht auf das vermutlich nur konkludent begründete Benutzungsverhältnis in dem Kündigungsschreiben vom 13. Juni 2003 konkludent auch einen das Benutzungsverhältnis beendenden Verwaltungsakt sähe, würde im Ergebnis nichts anderes gelten. Denn in diesem Fall würde die der Antragsgegnerin unter Beachtung der Frist des § 58 Abs. 2 VwGO zugegangene Antragschrift, in der die Antragstellerin der Beendigung des Benutzungsverhältnisses zumindest konkludent widerspricht, als Widerspruch im Sinne von § 69 VwGO zu werten sein. Dieser hätte gem. § 80 Abs. 1 Satz 1 VwGO aufschiebende Wirkung, weil kein Fall des § 80 Abs. 2 VwGO vorläge, der die aufschiebende Wirkung entfallen ließe. Wenn auch in diesem Fall nicht nach § 123 VwGO, sondern nach § 80 Abs. 5 VwGO (unter Berücksichtigung von § 78 Abs. 1 Nr. 2 VwGO, 5 Abs. 2 AGVwGO analog) vorläufiger Rechtsschutz durch Feststellung der aufschiebende Wirkung des Widerspruchs zu gewähren wäre, weil es sich im Hinblick darauf, dass die Antragsgegnerin davon ausgeht, dem Sohn der Antragstellerin den weiteren Aufenthalt im Schulkinderhaus versagen zu können, um einen Fall der faktischen Vollziehung handeln würde, könnte die Antragstellerin auch dann im Ergebnis beanspruchen, die öffentliche Einrichtung weiter zu benutzen. Ohne dass es in diesem Verfahren noch darauf ankäme, weist das Gericht daraufhin, dass die Antragsgegnerin allein wegen der von der Antragstellerseite verweigerten Zustimmung zu einem Verpflegungsentgelt kaum zur Beendigung des Benutzungsverhältnisses berechtigt sein dürfte. Die (Nicht-)Zahlung des (vollständigen) Verpflegungsentgelts dürfte wohl nur die Frage berühren, ob der Sohn der Antragstellerin noch Anspruch auf Teilnahme an der Mittagsverpflegung hat. Denn wie sich aus § 17 Abs. 1 Satz 6 und 7 GTK, aber auch aus den Regelungen des Elternbeitrags ergeben dürfte, ist die Teilnahme am Mittagessen wohl kein integrativer Bestandteil des mit der Betreuung in Kindertagesstätten einhergehenden Benutzungsverhältnisses.

**Standort: Kommunalverfassungsstreit****Problem: Sitzungsgeld**

VG DÜSSELDORF, URTEIL VOM 01.08. 2003

1 K 2912/01 (NWVBL 2003, 482)

**Problemdarstellung:**

Eine Ratsfraktion klagte für einen von ihr als stellvertretendes Ausschussmitglied benannten sachkundigen Bürger einen Anspruch auf Sitzungsgeld für Fraktions-sitzungen ein. Der Fall warf in prozessualer wie materieller Hinsicht Probleme auf:

1. Prozessual handelte es sich um einen sogen. „Kommunalverfassungsstreit“ unter Gemeindeorganen. Das VG hält mit der ganz h.M. die Klagearten der VwGO, hier namentlich die Feststellungsklage nach § 43 VwGO, auch auf derartige Innenrechtsstreitigkeiten für anwendbar.

2. Hält man mit der geschlossenen Rspr. auch bei der Feststellungsklage zur Vermeidung von Popularklagen eine Klagebefugnis analog § 42 II VwGO für erforderlich, so stellte sich die Frage, ob es sich hier nicht um eine solche Popularklage handelte. Immerhin klagte die Fraktion für den sachkundigen Bürger. Das VG gibt sich hierbei mit der Möglichkeit zufrieden, dass die Zahlung von Sitzungsgeld nicht nur im Interesse des Betroffenen, sondern auch der Fraktion liegen kann. Damit dehnt es die „Möglichkeitstheorie“ sehr weit (um nicht zu sagen: unzulässig weit) aus, denn diese erstreckt sich grds. nur auf die Verletzung des subjektiven Rechts, nicht aber auf die Anspruchsqualität der Norm selbst. Am deutlichsten wird dies im Baunachbarrecht. Dort genügt es für die Klagebefugnis des Nachbarn auch nicht, dass die einschlägigen Normen möglicherweise seinem Schutz dienen, also (auch) seine subjektiven Rechte sind; vielmehr ist dies durchzuprüfen. Bejahendenfalls – und erst dann – genügt die Möglichkeit ihrer Verletzung.

3. In der Begründetheit verneint das VG einen Anspruch auf Sitzungsentgelt für Stellvertreter im Landesrecht NRW. Es verteidigt diese Ansicht gegen die ganz h.M. in der Literatur. Ausdrücklich offen gelassen hat das Gericht im Rahmen eines hier nicht abgedruckten obiter dictums i.Ü. die Frage, ob eine Gemeinde dennoch stellvertretenden sachkundigen Bürgern ein Sitzungsgeld für die Teilnahme an Fraktions-sitzungen zahlen kann.

**Prüfungsrelevanz:**

Der Kommunalverfassungsstreit kommt in Praxis und Examen immer wieder vor. Über die angesprochenen Probleme bei der Bestimmung der statthaften Klageart (neben der hier einschlägigen Feststellungsklage

kommt in anderen Fällen häufig eine allg. Leistungsklage in Betracht) und der Klagebefugnis (also deren Erforderlichkeit bei Feststellungsklagen und das Vorhandensein einer „wehrfähigen Innenrechtsposition“ zu ihrer Begründung) hinaus sind der richtige Klagegegner (entgegen sonstiger Fälle der Leistungs- und Feststellungsklage nicht nach dem allg. Rechtsträgerprinzip die Gemeinde, sondern zur Vermeidung eines In-sich-Prozesses des klagenden Organs das nach gemeindeinterner Kompetenzverteilung zuständige andere Organ) und die Beteiligtenfähigkeit der Parteien (häufig: § 62 Nr. 2 VwGO analog, nie jedoch Nr. 1 und 3) problematisch.

**Vertiefungshinweise:**

Zum Kommunalverfassungsstreit: *OVG NRW*, RA 2003, 319 = *NVwZ-RR* 2003, 376; RA 2002, 606 = *NWVBl* 2002, 381; *VG Aachen*, RA 2002, 206 = *NVwZ-RR* 2002, 214

**Kursprogramm:**

- Examenskurs*: “Die Friedenstaube im Rathaus”  
 *Examenskurs*: “Rauchverbot”

**Leitsätze:**

- 1. Die Zahlung von Sitzungsgeld an einen sog. stellvertretenden sachkundigen Bürger für die Teilnahme an Fraktions-sitzungen kann von einer Fraktion im Gemeinderat im Rahmen eines Kommunalverfassungsstreits geltend gemacht werden.**
- 2. Ein sog. stellvertretender sachkundiger Bürger hat keinen Anspruch auf Zahlung von Sitzungsgeld für die Teilnahme an Fraktions-sitzungen.**

**Sachverhalt:**

Für die klagende Fraktion, die im Rat mit 3 Sitzen vertreten ist, ist ein sachkundiger Bürger als stellvertretendes Ausschussmitglied (sog. stellvertretender sachkundiger Bürger) im Wirtschaftsförderungs- und Grundstücksausschuss bestellt. Er beantragte die Zahlung von Sitzungsgeld für die Teilnahme an Fraktions-sitzungen. Der Antrag wurde jedoch abgelehnt. Hiergegen erhob die Fraktion Klage zum VG.

**Aus den Gründen:****A. Zulässigkeit****I. Statthaftigkeit**

Die Klage ist als Feststellungsklage im Rahmen eines

Organstreits (Kommunalverfassungsstreits) zulässig. Ein Rechtsverhältnis im Sinne von § 43 Abs. 1 VwGO ist nicht auf Außenrechtsverhältnisse beschränkt, sondern umfasst ebenso Rechtsverhältnisse zwischen Organen und Organteilen juristischer Personen (vgl. OVG NRW, Urteil vom 8.10.2002 – 15 A 4734/01). Zwischen den Beteiligten ist streitig, ob nach § 45 Abs. 4 Satz 2 GO NRW einem stellvertretenden sachkundigen Bürger für die Teilnahme an Fraktionsitzungen ein Sitzungsgeld zu zahlen ist. Ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis ist damit zu bejahen.

## II. Klagebefugnis

Die für eine Feststellungsklage zu fordernde Klagebefugnis analog § 42 Abs. 2 VwGO (vgl. BVerwG, NJW 1996, 2046 [2048]; OVG NRW, DVBl. 1993, 60 [61]; a.A. Kopp/Schenke, VwGO, 12. Aufl., § 42 Rdnr. 63 m.w.N.) erfordert im Rahmen eines Organstreits, dass das geltend gemachte Recht dem klagenden Organ oder Organteil als wehrfähiges subjektives Organrecht zur eigenständigen Wahrnehmung zugewiesen ist, was durch Auslegung der jeweils einschlägigen innerorganisatorischen Norm zu ermitteln ist (vgl. OVG NRW, NWVBl. 2002, 381; DVBl. 2001, 1281). Dabei genügt es nach der so genannten Möglichkeitstheorie, dass eine Verletzung der Rechte der Klägerin möglich ist, oder – negativ ausgedrückt –, dass nicht offensichtlich und eindeutig nach keiner Betrachtungsweise die von der Klägerin behaupteten Rechte nicht bestehen oder ihr nicht zustehen können (vgl. BVerwG, NVwZ 1993, 884; NVwZ 95, 334; Kopp/Schenke, VwGO, 12. Aufl. § 42 Rdnr. 66).

Nach diesen Maßstäben kommt das von der Klägerin geltend gemachte Recht auf Zahlung von Sitzungsgeld an stellvertretende sachkundige Bürger für die Teilnahme an Fraktionsitzungen als ein solches Recht in Betracht. Nach § 58 Abs. 1 Satz 7 GO NRW sind Fraktionen zum einen berechtigt, für Ausschüsse, in denen sie nicht vertreten sind, einen sachkundigen Bürger zu benennen, der vom Rat nach § 58 Abs. 1 Satz 8 und 9 GO NRW als beratendes Ausschussmitglied bestellt wird. Darüber hinaus steht ihnen nach § 50 Abs. 3 GO NRW das Vorschlagsrecht für diejenigen sachkundigen Bürger zu, die nach § 58 Abs. 3 Satz 1 GO NRW zu stimmberechtigten Mitgliedern eines Ausschusses, mit Ausnahme der in § 59 GO NRW vorgesehenen Ausschüsse, bestellt werden können. Nach § 58 Abs. 1 Satz 2 GO NRW können auch stellvertretende Ausschussmitglieder bestellt werden. Die Bestellung von sachkundigen Bürgern zu Ausschussmitgliedern und stellvertretenden Ausschussmitgliedern verstärkt das Gewicht der Fraktionen gegenüber dem Rat als Ganzes und dem Bürgermeister und gibt namentlich kleineren Fraktionen die Möglichkeit, auch ohne eine entsprechende Anzahl von Ratsmit-

gliedern in den Ausschüssen mitzuwirken. Mit der Zahlung von Sitzungsgeld nach § 45 Abs. 4 Satz 2 GO NRW sollen diejenigen finanziellen Nachteile teilweise ausgeglichen werden, die mit der Teilnahme an Fraktionsitzungen einhergehen. Damit kann der Anreiz wachsen, eine solche Funktion zu übernehmen, wozu keine Verpflichtung besteht (§ 58 Abs. 3 Satz 2 GO NRW).

Es besteht zumindest die Möglichkeit, dass die Gewährung von Sitzungsgeld neben einem gewissen Äquivalent für die Tätigkeit auch dem Interesse der Fraktionen an der Gewinnung zusätzlichen Sachverständes dient. Wenn sich die Klägerin darauf beruft, dass ohne die Zahlung von Sitzungsgeldern für die Teilnahme an Fraktionsitzungen an stellvertretende sachkundige Bürger ihre Arbeit maßgeblich erschwert würde, ist nicht von vornherein ausgeschlossen, dass sie eine im Interesse der Fraktionen bestehende wehrfähige Innenrechtsposition geltend macht.

## B. Begründetheit

Die Klage ist unbegründet. Es besteht kein Anspruch auf Zahlung von Sitzungsgeldern für die Teilnahme an Fraktionsitzungen an stellvertretende sachkundige Bürger (a.A. Rehn/Cronauge, Kommentar zur Gemeindeordnung für Nordrhein-Westfalen, Band 1, Loseblattausgabe, Stand Januar 2002, § 45 Anm. 5; Held, Kommunalverfassungsrecht Nordrhein-Westfalen, Gemeindeordnung, Loseblattausgabe, Stand Mai 2002, § 45 Anm. 4, die ohne weitere Begründung davon ausgehen, dass ein sachkundiger Bürger als stellvertretendes Ausschussmitglied selbst dann einen Anspruch auf Sitzungsgeld für Fraktionsitzungen habe, wenn das ordentliche Ausschussmitglied daran teilnimmt).

### I. Anspruch aus § 45 Abs. 4 Satz 2 GO NRW

#### 1. Anspruch für ordentliche Mitglieder

Nach § 45 Abs. 4 Satz 2 GO NRW erhalten ordentliche Ausschussmitglieder für die Teilnahme an "diesen Sitzungen" ein Sitzungsgeld. Mit "diesen Sitzungen" sind nach § 45 Abs. 4 Satz 1 GO NRW unter anderem Fraktionsitzungen gemeint. Nach § 58 Abs. 1 Satz 7 und 8, 58 Abs. 3 Satz 1 GO NRW können auch sachkundige Bürger ordentliche Mitglieder eines Ausschusses sein und erhalten damit nach § 45 Abs. 4 Satz 2 GO NRW für die Teilnahme an Fraktionsitzungen ein Sitzungsgeld.

#### 2. Kein Anspruch für Stellvertreter

Danach steht stellvertretenden Ausschussmitgliedern, und damit auch sachkundigen Bürgern, die Stellvertreter sind, kein Anspruch auf Sitzungsgeld für die Teilnahme an Fraktionsitzungen zu.



*a. Wortlaut*

Dies ergibt sich schon aus dem Wortlaut des § 45 Abs. 4 Satz 2 GO NRW. § 45 Abs. 4 Satz 2 GO NRW spricht ausschließlich von "Ausschussmitgliedern" und meint damit nur die ordentlichen und nicht die stellvertretenden Ausschussmitglieder. Der Begriff "Ausschussmitglieder" kann auch nicht als Oberbegriff für beide Gruppen angesehen werden. Die GO NRW differenziert nämlich zwischen ordentlichen und stellvertretenden Ausschussmitgliedern, da sie in §§ 58 Abs. 1 Satz 2, 58 Abs. 1 Satz 4 GO NRW ausdrücklich den Begriff "stellvertretende Ausschussmitglieder" verwendet, während sie im Übrigen nur von "Ausschussmitgliedern" spricht. Damit kann nicht angenommen werden, dass in § 45 Abs. 4 Satz 2 GO NRW auch die stellvertretenden Ausschussmitglieder gemeint sind.

*b. Systematik*

Daneben spricht der systematische Zusammenhang mit § 58 Abs. 1 Satz 5 GO NRW gegen einen solchen Anspruch. Nach § 58 Abs. 1 Satz 5 GO NRW begründet die Teilnahme an einer Ausschusssitzung als Zuhörer keinen Anspruch auf Sitzungsgeld. Der stellvertretende sachkundige Bürger nimmt sowohl an den öffentlichen (Regelfall, § 58 Abs. 2 GO NRW i.V.m. § 48 Abs. 2 GO NRW) als auch an den nicht öffentlichen (über § 58 Abs. 1 Satz 4 GO NRW) Ausschusssitzungen als Zuhörer teil, sodass ihm dafür kein Sitzungsgeld zusteht. Der hinter dieser Regelung stehende Gedanke spricht gegen einen Anspruch auf Sitzungsgeld. Wenn dem stellvertretenden sachkundigen Bürger schon für die Teilnahme an Sitzungen desjenigen Ausschusses, für den er als Vertreter bestellt ist, kein Anspruch auf Sitzungsgeld zusteht, dann steht ihm für die Teilnahme an einer Fraktionssitzung erst recht kein solcher Anspruch zu. Der stellvertretende sachkundige Bürger ist nämlich in erster Linie für die Tätigkeit in "seinem" Ausschuss bestellt oder benannt. Damit ist die Teilnahme an den jeweiligen Ausschusssitzungen für ihn besonders nahe liegend, um über die Ausschussarbeit bei Aktualisierung des Vertretungsfalls jederzeit auf dem Laufenden zu sein. Wenn selbst für diesen Fall nur ein Recht auf Teilnahme als Zuhörer, nicht aber auf Sitzungsgeld, besteht, muss dies für die anderen Fälle ebenfalls gelten, so vernünftig auch insoweit eine informatorische Beteiligung sein mag. [...]

*II. Anspruch aus §§ 12 Abs. 2 HS, 2 Nr. 1 EntschVO*

Auch ergibt sich weder aus § 12 Abs. 2 HS noch aus § 2 Nr. 1 der Verordnung über die Entschädigung der Mitglieder kommunaler Vertretungen und Ausschüsse (Entschädigungsverordnung – EntschVO) etwas anderes, da dort jeweils nur die sachkundigen Bürger genannt sind, sich daraus aber keine Regelung für die Zahlung von Sitzungsgeld für Fraktionssitzungen an

stellvertretende sachkundige Bürger ergibt.

*III. Anspruch aus allg. Gleichheitsgrundsatz*

Es liegt auch kein Verstoß gegen das auch außerhalb des Geltungsbereiches von Art. 3 Abs. 1 GG geltende Willkürverbot (vgl. VerfGH NRW, Entscheidung v. 16.12.1988, – 6/87 –; Entscheidung v. 22.9.1992, – 3/91 –; Entscheidung v. 9.12.1996, – 38/95 –) vor, weil vom Kreis ein Sitzungsgeld für die Teilnahme an Fraktionssitzungen auch für stellvertretende sachkundige Bürger gezahlt wird. Denn ungeachtet der Frage der Rechtmäßigkeit dieser Verfahrensweise folgt die Möglichkeit einer unterschiedlichen Regelung aus dem unterschiedlichen Zuständigkeitsbereich der Zuordnungssubjekte, der unterschiedliche Regelungen verschiedener autonomer Körperschaften bedingt. Die Differenzierung zwischen Ausschussmitgliedern und deren Stellvertretern bei der Abrechnung als solcher ist ohne weiteres willkürfrei.

*IV. Anspruch aus Status kleinerer Fraktionen*

Durch die Nichtzahlung von Sitzungsgeld für die Teilnahme an Fraktionssitzungen an stellvertretende sachkundige Bürger wird auch kleineren Fraktionen die Ausübung ihrer durch die GO NRW garantierten Rechte nicht wesentlich erschwert oder unmöglich gemacht mit der Folge, dass das auch im Gemeindeparlament geltende demokratische Prinzip der Waffengleichheit (Art. 78 LV NRW, Art. 28 GG) verletzt wäre.

Das Entsendungsrecht von beratenden Ausschussmitgliedern nach § 58 Abs. 1 Sätze 7-10 GO NRW und das Vorschlagsrecht von stimmberechtigten Ausschussmitgliedern nach § 50 Abs. 3 GO NRW i.V.m. § 58 Abs. 3 Satz 1 GO NRW und damit auch jeweils von sachkundigen Bürgern als Vertreter wird dadurch nicht in rechtlich erheblicher Weise erschwert oder unmöglich gemacht. Auch werden kleinere Fraktionen nicht in ihren Rechten nach § 56 Abs. 2 Satz 1 GO NRW eingeschränkt. Unabhängig von der Zahlung von Sitzungsgeld für die Teilnahme an Fraktionssitzungen an stellvertretende sachkundige Bürger bleibt das Recht einer Fraktion unberührt, bei der Willensbildung und Entscheidungsfindung im Rat mitzuwirken. Sie wird dadurch weder in ihren Vorbereitungs- noch in ihren Koordinationsaufgaben beschränkt. Zwar gehört die Möglichkeit der Mitarbeit in den Ausschüssen zu den Vorbereitungs- und Handlungen einer Fraktion für die Mitarbeit im Rat. Die Möglichkeit dieser Mitarbeit wird aber auch den kleineren Fraktionen nicht genommen, wenn stellvertretenden sachkundigen Bürgern kein Sitzungsgeld für die Teilnahme an Fraktionssitzungen gezahlt wird. Es kann nicht ernsthaft angenommen werden, dass ein sachkundiger Bürger, der einen "mandatsähnlichen Status ehrenamtlichen

Charakters" innehat und nach § 58 Abs. 3 Satz 2 GO NRW nicht zur Übernahme dieser Tätigkeit verpflichtet ist, es von der Zahlung eines verhältnismäßig geringen Entgelts abhängig machen wird, seinen Sachverstand in die Arbeit in der Fraktion einzubringen oder

nicht. Damit hält sich die Regelung innerhalb der Grenzen des dem Gesetzgeber bei der Umsetzung von Art. 78 Abs. 1 und 2 LV NRW und Art. 28 Abs. 1 und 2 GG zukommenden Gestaltungsspielraums.

## Standort: Kommunalrecht

## Problem: Bürgerbegehren

OVG NRW, URTEIL VOM 29.04.2003

15 A 3916/02 (NWVBL 2003, 466)

OVG NRW, BESCHLUSS VOM 20.05.2003

15 E 581/02 (NWVBL 2003, 468)

### Problemdarstellung:

Nachfolgend sind zwei Entscheidungen des OVG NRW wiedergegeben, die sich mit der Zulässigkeit von Bürgerbegehren auf kommunaler Ebene befassen:

Im Fall 15 A 3916/02 ging es um die Frage, ob der Rat verpflichtet werden kann, eine einmal erteilte Zustimmung zu einem Vertrag zu widerrufen. Wegen des Grundsatzes „pacta sunt servanda“ kann aber eine Zustimmung nicht mehr widerrufen werden, wenn der Vertrag bereits wirksam geworden ist. Dies führt wiederum zur Unzulässigkeit des Bürgerbegehrens, denn ein solches darf nicht auf etwas rechtlich Unmögliches gerichtet sein, § 26 V Nr. 9 GO NRW. Eine Reduktion der zur Entscheidung gestellten Frage auf einen möglicherweise zulässigen Inhalt lehnt das Gericht ab: Die gewählte Formulierung dürfe vom Rat nicht modifiziert werden; sie sei auf Ihre Zulässigkeit hin also exakt in der vom Bürgerbegehren gewählten Form zu prüfen.

Im Fall 15 E 581/03 waren mehr als die von der Gemeindeordnung in § 26 II 2 vorgesehenen drei Vertretungsberechtigten benannt worden. Das OVG hält in diesem Fall das ganze Bürgerbegehren für unzulässig. Es erteilt damit der Alternative – Zulässigkeit des Bürgerbegehrens unter Beschränkung der Korrespondenz der Gemeinde auf max. drei der genannten Personen – eine Absage.

### Prüfungsrelevanz:

Bürgerbegehren und Bürgerentscheide sind in ähnlicher Form mittlerweile in den Gemeindeordnungen der Länder die Regel. Mit ihnen sollen basisdemokratische Elemente eingeführt werden, um die Machtfülle der Volksvertreter zu begrenzen. Um andererseits aber den Missbrauch dieses Instruments zu verhindern, sehen die Gemeindeordnungen eine Reihe von Einschränkungen vor. Die im ersten Urteil angesprochene Rechtswidrigkeit des begehrten Verhaltens ist für Prüfungsaufgaben besonders interessant, da sie die Kombination des Bürgerbegehrens mit anderem Prüfungs-

stoff zulässt, z.B. mit dem Recht öffentlich-rechtlicher (§§ 54 ff. VwVfG) oder - wie hier - privatrechtlicher Verträge. Die Ausführungen des OVG zur analogen Anwendung des § 183 BGB auf vertraglich vereinbarte Bedingungen sind auch für den zivilrechtlich orientierten Leser interessant.

Beliebt sind im Zusammenhang mit der rechtlichen Zulässigkeit auch Bürgerbegehren zur Aufstellung von Bauleitplänen, die in NRW durch § 26 V Nr. 6 GO zwar ausdrücklich ausgeschlossen sind, in anderen Bundesländern aber - wiederum mit der Einschränkung, dass der begehrte Bauleitplan rechtlich zulässig sein muss - möglich sein können (vgl. hierzu den aktuellen Vertiefungshinweis).

Die unzureichende Benennung der Vertreter des Bürgerbegehrens ist ebenfalls ein „Klassiker“. Neben der hier angesprochenen Frage der Überschreitung der Höchstzahl können Probleme dadurch entstehen, dass überhaupt keine Vertreter benannt werden, ursprünglich benannte Vertreter versterben, ausscheiden, durch andere ersetzt werden usw. Diese Probleme mögen je nach Landesrecht unterschiedlich zu lösen sein. Als „Faustformel“ kann jedoch der Merksatz gelten, dass zu jeder Zeit zumindest ein Vertreter und nie mehr als die zulässige Höchstzahl benannt sein müssen, und die Verwaltung stets Klarheit darüber haben muss, wer der oder die Vertreter sind.

### Vertiefungshinweise:

- Bürgerbegehren zur Aufstellung eines Bauleitplans: *VG Würzburg*, BayVBl 2003, 758
- Überschreitung der Höchstzahl der Vertreter: *BayVGH*, BayVBl 1997, 473

### Kursprogramm:

- Examenskurs*: „Wechselstrominitiative“

### Leitsätze:

1. Ist in einem beabsichtigten Vertrag die Zustimmung des Rates als Bedingung vorgesehen, so kann entsprechend § 183 Satz 1 BGB eine erfolgte Zustimmung durch Aufhebung des Ratsbeschlusses nur bis zum endgültigen Vertragsschluss widerrufen werden.
2. Ein Bürgerbegehren, das die Aufhebung des so

**endgültig gewordenen Zustimmungsbeschlusses zum Ziel hat, ist gemäß § 526 Abs. 5 Nr. 9 GO NRW gesetzwidrig.**

**3. Da ein Bürgerentscheid den Text des Bürgerbegehrens grundsätzlich uneingeschränkt übernehmen muss, ist für die Prüfung der Zulässigkeit eines Bürgerbegehrens der (nicht im Nachhinein abänderbare) Text des eingereichten Bürgerbegehrens maßgeblich.**

*Entscheidung des OVG NRW vom 29.04.03, 15 A 3916/02:*

**Sachverhalt:**

Eine Beteiligungsgesellschaft der Stadt (MVV) beabsichtigte, ihren Mehrheitsanteil an der Stadtwerke GmbH (SWM) an eine nicht von der Stadt beherrschte Gesellschaft (EMR) zu veräußern. Dazu gab die EMR ein notarielles Kaufangebot ab, in dem auch die Zustimmung "des hierfür zuständigen Gremiums der Stadt" als aufschiebende Bedingung vorgesehen war. Der beklagte Rat der Stadt stimmte am 29. 3. 2001 der Annahme des Angebots zu. Nach entsprechender Beschlussfassung in der Gesellschafterversammlung der MVV nahm die Geschäftsführung der MVV am 5.4.2001 das Angebot notariell an. Knapp drei Monate nach dem Ratsbeschluss reichten die Kläger ein Bürgerbegehren ein, nach dem der zustimmende Ratsbeschluss aufgehoben werden sollte. Mit der Klage verfolgten die Kläger das Ziel, den beklagten Rat verpflichten zu lassen, das Bürgerbegehren für zulässig zu erklären. Die Klage war in beiden Instanzen erfolglos.

**Aus den Gründen:**

[...] Das Bürgerbegehren ist aber gemäß § 26 Abs. 5 Nr. 9 GO NRW unzulässig, weil es ein gesetzwidriges Ziel verfolgt. Gegenstand des Bürgerbegehrens ist ausweislich seines Textes und auch erkennbar gewollt die Aufhebung des Ratsbeschlusses vom 29.3. 2001, mit dem der Beklagte der Annahme des Angebots der EMR zum Kauf des Geschäftsanteils der MVV an der SWM zugestimmt hat. Dieses Ziel ist gesetzwidrig, weil der Beklagte selbst nicht befugt wäre, diesen Beschluss rückwirkend aufzuheben. Er ist nämlich jedenfalls auch privatrechtliche Zustimmung analog § 182 BGB zu dem Vertrag zwischen der MVV und der EMR. In Gestalt dieser Zustimmung ist der Ratsbeschluss nicht mehr rückwirkend aufhebbar. Der genannte Charakter des Ratsbeschlusses ergibt sich aus § 11 Buchst. b des Vertrages zwischen der MVV und der EMR. Danach sollen die Regelungen des Vertrages unter der aufschiebenden Bedingung stehen, dass "das hierfür zuständige Gremium der Stadt M. gem. § 108 Abs. 5 GO NRW dem Verkauf und der Abtretung zustimmt".

*A. Keine gesetzliche Zustimmungspflicht*

Diese vertragliche Regelung geht dem Wortlaut nach ins Leere, denn es bedurfte keiner Zustimmung des Beklagten nach § 108 Abs. 5 GO NRW. Diese Vorschrift betrifft alleine die Beteiligung einer zumindest teilweise gemeindeeigenen Gesellschaft an einer Vereinigung, nicht aber, wie hier, die Aufgabe einer Beteiligung. Das ergibt sich nicht nur aus dem Wortlaut der Vorschrift, sondern auch aus deren Sinn und Zweck, die den Gefahren mittelbarer kommunaler Gesellschaftsbeteiligungen begegnen will. Die mit der Aufgabe mittelbarer kommunaler Gesellschaftsbeteiligungen verbundenen Gefahren soll vielmehr § 111 Abs. 2 GO NRW bekämpfen, der seinerseits keinen Beschlussvorbehalt des Rates enthält. Insofern liegt also ein beiderseitiger Rechtsirrtum der Vertragspartner vor.

*B. Vertraglich vereinbarte Zustimmungspflicht*

Dennoch wird die Vertragsklausel des § 11 Buchst. b damit nicht gegenstandslos. Bei der Auslegung von Willenserklärungen ist der wirkliche Wille zu erkunden und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften (§ 133 BGB), Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern (§ 157 BGB). Dadurch, dass in Wirklichkeit entgegen der Auffassung der Vertragspartner der Vertrag nicht nach § 108 Abs. 5 GO NRW der Zustimmung des Beklagten bedurfte, ist eine Lücke im Vertrag hinsichtlich der vertraglichen Bedeutung der Zustimmung des Beklagten entstanden, die im Wege ergänzender Vertragsauslegung zu schließen ist (vgl. dazu Palandt/Heinrichs, BGB, 62. Aufl., § 157 Rn. 2 ff.). Angesichts der kommunalpolitischen Bedeutung des Vorgangs und der dem Rat gemäß § 113 Abs. 1 Satz 2 GO NRW eingeräumten Möglichkeit, dem Gemeindevertreter in der Gesellschafterversammlung der MVV, die gemäß § 12 Nr. 4 des Gesellschaftsvertrages über die Veräußerung des Geschäftsanteils an die EMR entscheiden musste, Instruktionen für sein Verhalten zu erteilen, war als sicher anzunehmen, dass der Beklagte über den Verkauf beschließen würde. Eine ergänzende Vertragsauslegung ergibt unter diesen Umständen, dass die Vertragsparteien, hätten sie die fehlende gesetzliche Zustimmungsbedürftigkeit erkannt, eine Ratszustimmung ohne Nennung des § 108 Abs. 5 GO NRW als Bedingung vereinbart hätten. Dem angenommenen Zustimmungserfordernis haben die Vertragspartner dadurch Rechnung getragen, dass sie der Ratszustimmung vertragliche Wirkung beilegten, indem sie die Zustimmung als aufschiebende Bedingung (§ 158 Abs. 1 BGB) für die Wirksamkeit des Vertrages ausgestalteten. Das ist, da die Vorschriften der §§ 182 ff. BGB über die Zustimmung zu Rechtsgeschäften unmittelbar

nur für die Fälle einer gesetzlichen Zustimmungspflichtigkeit gelten (vgl. BAG, NJW 1995, 1981; Säcker/Schramm, Münchener Kommentar zum BGB, 4. Aufl., Vor § 182 Rn. 13), rechtlich möglich (vgl. Palandt/Heinrichs, BGB, 62. Aufl., Einf. Vor § 182 Rn. 5).

### *C. Analoge Anwendung des § 183 BGB auf vertragliche Bedingungen*

Auf das so vertraglich begründete Zustimmungserfordernis in Form einer Bedingung sind die Regeln für eine gesetzlich erforderliche Zustimmung nach § 182 ff. BGB entsprechend anzuwenden. Eine entsprechende Anwendung des § 183 Satz 1 BGB, der den Widerruf einer vorherigen Zustimmung (Einwilligung) nur bis zur Vornahme des Rechtsgeschäfts erlaubt, ergibt hier, dass die Aufhebung des zustimmenden Ratsbeschlusses, die dem Widerruf der Einwilligung nach § 183 Satz 1 BGB entspricht, nur möglich war bis zur Annahme des Angebots der EMR durch die MVV, also bis zum 5. 4. 2001, mithin jetzt nicht mehr (Enger, in: Säcker/Schramm, a.a.O., Vor § 182 Rn. 14: Notwendigkeit einer besonderen Vereinbarung für jedwede Widerruflichkeit einer als Bedingung ausgestalteten Einwilligung). Damit steht das Bürgerbegehren, jedenfalls soweit es auf die rückwirkende Aufhebung des Ratsbeschlusses gerichtet ist, im Widerspruch zum entsprechend anwendbaren § 183 Satz 1 BGB und verfolgt damit ein gesetzwidriges Ziel im Sinne des § 26 Abs. 5 Nr. 9 GO NRW.

### *D. Andere Auslegung des Begehrens*

#### *I. Widerruf ex nunc*

Das Bürgerbegehren bliebe auch dann unzulässig, wenn seine Zielsetzung vor dem dargelegten Hintergrund dahin verstanden würde, dass nicht die Aufhebung des Ratsbeschlusses mit Wirkung für die Vergangenheit (ex tunc), sondern nur mit Wirkung für die Zukunft (ex nunc) beschlossen werden soll. Dann ergäbe sich die Unzulässigkeit nämlich daraus, dass das Bürgerbegehren nicht auf eine Sachentscheidung gerichtet wäre, wie dies § 26 Abs. 1 GO NRW fordert. Eine Aufhebung des Ratsbeschlusses ex nunc ist unmöglich, ginge ins Leere und entschiede somit nichts. Begrifflich setzt die Aufhebung eines Ratsbeschlusses mit Wirkung ex nunc – nicht anders als der Widerruf eines Verwaltungsaktes mit Wirkung für die Zukunft nach § 49 Abs. 1 VwVfG – voraus, dass der Ratsbeschluss in dem Zeitpunkt, in dem seine Geltung beendet werden soll, noch Wirkungen äußert. Das, was keine Wirkungen mehr entfaltet, kann in seiner Wirksamkeit, also seiner Geltung, nicht mehr beendet werden (vgl. Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht, Band 2, 6. Aufl., § 51 Rn. 56). Der Ratsbeschluss vom 29. 3.

2001 entfaltet als Zustimmung zu einem Rechtsgeschäft nur eine derart zeitlich beschränkte Wirkung, nämlich von seinem Beschluss bis zur Vornahme des Rechtsgeschäfts, dem zugestimmt wurde. Danach gehen keine Wirkungen mehr von ihm aus, sodass nur eine Aufhebung ex tunc möglich ist und damit Gegenstand eines Bürgerbegehrens sein kann (vgl. zu einem ähnlichen Fall begrenzter zeitlicher Wirkung einer Zustimmung BVerwG, DVBl. 1997, 956 [957]).

#### *II. Rückabwicklung des Vertrages*

Schließlich kann der Gegenstand des Bürgerbegehrens nach erfolgtem Vertragsschluss auch nicht dahin verstanden werden, dass den Bürgern die Frage vorgelegt werden soll, ob der geschlossene Vertrag im Rahmen des Möglichen rückgängig gemacht werden soll. Ein solches Begehren mag, wenn es ein initiiertes Bürgerbegehren ist, grundsätzlich möglich sein (vgl. zur Abgrenzung kassatorischer und initiiertes Bürgerbegehren OVG NRW, Urt. v. 28. 1. 2003 – 15 A 203/02 -). Hier geht es jedoch darum, ob dem Bürgerbegehren mit Blick auf den angestrebten Bürgerentscheid nach Einreichung ein anderer Text zu Grunde gelegt werden kann. Es ist bereits geklärt, dass der Bürgerentscheid den Text des Bürgerbegehrens grundsätzlich uneingeschränkt übernehmen muss (vgl. OVG NRW, NWVBl. 2002, 110 [111]). Daraus folgt, dass auch für die Zulässigkeitsprüfung der Text des eingereichten Bürgerbegehrens maßgeblich ist. Dabei kann offen bleiben, inwieweit die dargelegten Grundsätze Raum für redaktionelle Veränderungen geben, da hier die nach dem Text des vorliegenden Bürgerbegehrens gestellte Frage nach der Aufhebung des dem Vertrag zustimmenden Ratsbeschlusses etwas völlig anderes als die oben formulierte Frage ist, ob der geschlossene Vertrag im Rahmen des Möglichen rückgängig gemacht werden soll. [...]

**Entscheidung des OVG NRW vom 20.05.2003 (15 E 581/02):**

#### **Leitsatz:**

**Ein Bürgerbegehren, das entgegen § 26 Abs. 2 Satz 2 6 GO NRW mehr als drei Personen benennt, die berechtigt sind, die Unterzeichnenden zu vertreten, ist unzulässig**

#### **Sachverhalt:**

Der Kläger beantragte die Gewährung von Prozesskostenhilfe für eine Klage, den Rat einer Stadt zu verpflichten, ein Bürgerbegehren für zulässig zu erklären. Dem Antrag wurde mangels hinreichender Aussicht auf Erfolg der Klage in beiden Instanzen nicht stattgegeben.

#### **Aus den Gründen:**

Das Bürgerbegehren ist unzulässig, weil es mit der Benennung von vier Vertretern gegen die Formvorschrift des § 26 Abs. 2 Satz 2 GO NRW verstößt. Danach muss ein Bürgerbegehren bis zu drei Personen benennen, die berechtigt sind, die Unterzeichnenden zu vertreten. Schon der Wortlaut verbietet es mit den Worten "bis zu drei", mehr als drei Vertreter zu benennen. Auch den Materialien (vgl. die amtliche Begründung des Gesetzentwurfs, LT-Drs. 11/4983, S. 8) ist zu entnehmen, dass mangels einer Möglichkeit der Korrespondenz zwischen Gemeinde und Unterzeichnern des Bürgerbegehrens höchstens drei Vertreter benannt werden dürfen. Der Sinn und Zweck der Ver-

treterbenennung, alle Verfahrensrechte bei einigen wenigen Vertretern zu konzentrieren, um die Vertretung der Interessen der Unterzeichner des Bürgerbegehrens zu ermöglichen (vgl. OVG NRW, NWVBl. 1998, 273 [274]), gebietet ebenfalls, dass das Erfordernis einer Höchstzahl von Vertretern strikt eingehalten wird (ebenso für das bayerische Recht: BayVGH, BayVBl. 1997, 473; für das nordrhein-westfälische Recht: Held, Kommunalverfassungsrecht für das Land Nordrhein-Westfalen, Loseblattsammlung [Stand: Mai 2002], § 26 GO Anm. 4 i.V. m. § 25 GO Anm. 4.1).

*Zivilrecht***Standort: Verzug****Problem: Keine Haftung der Deutschen Bahn bei Verspätung**

LG FRANKFURT A.M., URTEIL VOM 15.10.2003  
2/1 S 131/03 (NJW 2003, 3641)

**Problemdarstellung:**

Der Kl. hatte ein Bahnticket für die Strecke Bonn - Frankfurt a.M. (Flughafen) erworben, um von dort in den Urlaub zu fliegen. Infolge eines Personenschadens musste jedoch der Zugverkehr zeitverzögernd geleitet werden, wobei die Umleitung wiederum so unzureichend organisiert wurde, dass es zu weiteren Verzögerungen kam. Letztlich verpasste der Kl. seinen Flug und macht nunmehr gegen die Deutsche Bahn AG Schadensersatz wegen Umbuchungen und verlorenen Urlaub geltend. Das Landgericht Frankfurt a.M. hat die Klage abgewiesen.

Zum einen ist die Deutsche Bahn AG als Beklagte nicht passivlegitimiert, da der Personenverkehr ausschließlich durch ein Tochterunternehmen der Deutschen Bahn AG betrieben wird, somit fehlt es an einem Vertragsverhältnis zwischen den Parteien.

Auch unter Rechtsscheinsgesichtspunkten, etwa der Anscheinsvollmacht, ist eine Haftung der Deutschen Bahn AG nicht begründbar. Die sicher in der Bevölkerung noch vielfach verbreitete Meinung, Rechtsnachfolgerin der ehemals staatlichen Deutschen Bundesbahn bzw. der Deutschen Reichsbahn sei in Bezug auf deren sämtliche früheren Tätigkeitsfelder die Deutsche Bahn AG, ist vermeidbar unrichtig, denn zumindest auf Befragen bei der Buchung oder am Fahrkartenschalter kann jedem Reisenden gesagt werden, mit welchem Unternehmen er kontrahiert.

Zum anderen steht einer Haftung - auch für die Tochterunternehmen im Konzern der Deutschen Bahn AG - der Haftungsausschluss gem. § 17 EVO entgegen. Diese Regelung gilt trotz der zwischenzeitlichen Privatisierung der Deutschen Bahn weiterhin. Durchgreifende Bedenken gegen die Geltung von § 17 EVO ergeben sich entgegen vereinzelt geäußelter Kritik auch nicht aus den Regelungen der europäischen Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen (Klauselrichtlinie). Art. 3 dieser Richtlinie enthält unter anderem eine § 9 AGBG bzw. § 307 BGB entsprechende Regelung für eine Inhaltskontrolle missbräuchlicher Vertragsklauseln in Verbraucherverträgen. Die Richtlinie betrifft jedoch nicht Beförderungsbedingungen, die — wie die Eisenbahn-Verkehrsordnung — als Rechtsverordnung erlassen und damit selbst nach Art. 80 GG eine bindende Rechtsvorschrift

sind.

**Prüfungsrelevanz:**

Diese Entscheidung ist zum Zwecke der Examensvorbereitung lesenswert, weil sie ein zur Zeit aktuelles Thema behandelt: die fortlaufende Unpünktlichkeit der Deutschen Bahn im Nah- und Fernverkehr. Seit Herbst letzten Jahres werden wöchentlich - vor allem in Nordrhein-Westfalen - Verspätungen oder sogar Ausfälle der Deutschen Bahn zum Regelfall, was Politiker und Verbraucherverbände zu massiver Kritik an der Bahnpolitik bewegte.

Problematisch ist - wie der vorliegende Fall zeigt, dass nach der derzeitigen Rechtslage die Deutsche Bahn AG mit ihren Tochterunternehmen für solche Ausfälle nicht haftbar zu machen ist. Der Haftungsausschluss nach § 17 EVO betrifft nämlich sämtliche Verspätungsschäden, auch wenn der Bahnkunde den Ersatz des Schadens unter dem Gesichtspunkt der positiven Vertragsverletzung bzw. nunmehr der Pflichtverletzung (§ 280 I BGB) geltend macht. Daher werden jetzt auch Forderungen laut nach einer vertraglichen Selbstverpflichtung der Bahn für Verspätungsschäden einzustehen, wenn nicht sogar der Haftungsausschluss gem. § 17 EVO gestrichen werden soll.

**Vertiefungshinweis:**

Zu dieser Thematik: *Heinrichs*, NJW 1993, 1817

**Kursprogramm:**

*Examenskurs*: "Scherbenhaufen"

*Examenskurs*: "Keine Lust auf Schönheitsreparaturen"

**Leitsätze:**

**1. Die Deutsche Bahn AG haftet nicht für Schadensersatzansprüche von Bahnkunden ihrer die Personenbeförderung leistenden Tochtergesellschaften. Das Verschulden einer dieser Tochtergesellschaften ist der Deutschen Bahn AG insbesondere nicht unter Rechtsscheinsgesichtspunkten zuzurechnen, nur weil der Bahnkunde nicht erkannt hat, welche Konzerngesellschaft Leistungserbringerin ist.**

**2. § 17 EVO schließt die Haftung des Eisenbahnunternehmens für Verspätungen im inländischen Eisenbahnverkehr aus. Dem steht die europäische Klauselrichtlinie 93/13/EWG nicht entgegen.**

**3. Der Haftungsausschluss nach § 17 EVO betrifft sämtliche Verspätungsschäden, auch wenn der Bahnkunde den Ersatz des Schadens unter dem Gesichtspunkt der positiven Vertragsverletzung bzw. der Pflichtverletzung (§ 280 I BGB) geltend macht, weil eine unverschuldet aufgetretene erste Verspätung infolge ungeeigneter Entscheidungen zur Vermeidung zusätzlicher Komplikationen und weiterer Verzögerungen zu einer zusätzlichen Verspätung geführt hat.**

**Sachverhalt:**

Der Kl. beansprucht Schadensersatz in Höhe von insgesamt 797,21 Euro (= 1559,20 DM) wegen einer Zugverspätung am 14. 8. 2001 auf der Strecke Bonn — Frankfurt a. M. (Flughafen), insbesondere eine Entschädigung wegen des Verlusts eines Urlaubstags und eines Tags einer gebuchten Rundreise für sich und seine Ehefrau. Der Kl. und seine Ehefrau wollten am 14. 8. 2001 am Flughafen Frankfurt a. M. einen Flug nach Mexico mit der Fluggesellschaft Condor (Flug Nr. 2156) antreten, der auf 11.10 Uhr festgesetzt war. Für die Anreise aus Troisdorf wollten sie ab Bonn den IC 609 verwenden, der planmäßig in Bonn um 7.13 Uhr abfährt und in Frankfurt-Flughafen um 8.55 Uhr ankommt. Der Kl. und seine Ehefrau erreichten den Flug wegen einer mehr als zweistündigen Verspätung nicht. Sie konnten erst am 15. 8. 2001 einen Ersatzflug ab München wahrnehmen. Für die Weiterfahrt nach München erhielten sie von der Bekl. zu 2 kostenlose Tickets; außerdem erhielten sie einen Voucher für die kostenlose Übernachtung in einem Hotel in München. Der Kl. hat vorgetragen, wegen eines Personenschadens auf der Strecke Bonn — Bad Godesberg seien die Passagiere des Zugs und mit ihnen er und seine Ehefrau mit dem IC 823 nach Köln und von dort linksrheinisch über Koblenz nach Frankfurt a. M. befördert worden, wobei es zu einer Reihe weiterer Verzögerungen und dadurch insgesamt zu einer Verspätung von rund zwei Stunden gekommen sei. Nach einer Durchsage, wonach unter anderem der Flug Condor Nr. 2156 noch erreicht würde, sei es gegen 10.50 Uhr in Rüsselsheim erneut zu einer Wartezeit von rund 10 Minuten gekommen, die in keiner Weise begründet worden sei. Schließlich sei der Zug um 11.15 Uhr in Frankfurt-Flughafen angekommen, als die Maschine nach Mexico gerade startete. Als Schaden macht der Kl. Umbuchungsgebühren (100 DM), Kosten für einen Imbiss in Frankfurt a. M. (42,20 DM) und für ein Abendessen in München (267 DM), Beträge als Ausgleich für den Verlust von zwei Urlaubstagen (700 DM) und von zwei Tagen der gebuchten Rundreise (400 DM) sowie für Nebenkosten (Telefon, Trinkgelder) pauschal weitere 50 DM geltend. Die Bekl. zu 1 hat ihre Passivlegitimation bestritten, da der Personenverkehr in ihrem Konzern ausschließlich von der Bekl. zu 2 betrieben werde. Im Übrigen haben die Bekl. sich auf den Haf-

tungsausschluss nach § 17 EVO berufen und bestritten, dass die Verzögerungen von ihnen zu vertreten seien.

Das AG hat die Klage abgewiesen. Die Berufung des Kl. hatte keinen Erfolg.

**Aus den Gründen:**

*A. Keine Passivlegitimation der Bekl. zu 1 (Deutsche Bahn AG)*

Zutreffend hat das AG zunächst die Passivlegitimation der Bekl. zu 1 verneint, weil zwischen dem Kl. und ihr kein Vertragsverhältnis zu Stande gekommen ist.

*I. Vertragsabschluss ausschließlich mit einer Tochtergesellschaft (DB Fernverkehr AG)*

Der Kl. ist dem Vorbringen der Bekl., wonach im Konzern der Bekl. zu 1 der Personenfernverkehr der (nach Presseberichten demnächst als DB Fernverkehr AG firmierenden) Bekl. zu 2 obliegt, während für den Nahverkehr — wie gerichtsbekannt ist — die DB Regio AG zuständig ist, nicht entgegengetreten. Insbesondere hat er kein Ticket, keine Buchungsbestätigung oder eine andere Vertragsunterlage vorgelegt, aus der sich ergibt, wer den fraglichen Personenverkehr betreibt. Damit ist unbestritten, dass Vertragspartnerin des Kl. hinsichtlich der streitgegenständlichen Bahnreise von Bonn nach Frankfurt a. M. ausschließlich die Bekl. zu 2 als Leistungserbringerin war.

*II. Kein Vertragsabschluss mit der Bekl. zu 1 (Deutsche Bahn AG) unter Rechtsscheingesichtspunkten*

Auch unter Rechtsscheingesichtspunkten, etwa der Anscheinsvollmacht, ist eine Haftung der Bekl. zu 1 nicht begründbar, da nicht vorgetragen ist, auf welches konkret der Bekl. zu 1 zurechenbare Verhalten sie gestützt werden soll. Die sicher in der Bevölkerung noch vielfach verbreitete Meinung, Rechtsnachfolgerin der ehemals staatlichen Deutschen Bundesbahn bzw. der Deutschen Reichsbahn sei in Bezug auf deren sämtliche früheren Tätigkeitsfelder die Bekl. zu 1, ist vermeidbar unrichtig, denn zumindest auf Befragen bei der Buchung oder am Fahrkartenschalter kann jedem Reisenden gesagt werden, mit welchem Unternehmen er kontrahiert. Wenn ihn diese Einzelheiten, wie das im Massengeschäft der Bahnbeförderung verständlich ist, beim Kauf des Fahrscheins nicht interessieren und er sie deshalb nicht zur Kenntnis nimmt, ist der in Unkenntnis der Struktur des Konzerns der Bekl. zu 1 befindliche Reisende im Übrigen nicht rechtlos gestellt, da er sie erforderlichenfalls auch im Nachhinein durch Blick auf den Fahrschein oder auch durch Anfrage bei der Bekl. zu 1 oder der in Betracht kommenden Konzerngesellschaften in Erfahrung bringen kann.

*B. Keine Haftung wegen Verspätungsschäden*

Auch die Bekl. zu 2 haftet für den Verspätungsschaden

nicht, denn sie ist als Eisenbahnunternehmen i. S. von § 1 der Eisenbahn-Verkehrsordnung (EVO) außerhalb des Geltungsbereichs des Übereinkommens vom 9. 5. 1980 über den internationalen Eisenbahnverkehr (CO-TIF) nach der Regelung in § 17 EVO nicht zur Leistung derartiger Entschädigungen verpflichtet. Die Vorschrift lautet wie folgt:

“Verspätung oder Ausfall eines Zugs begründen keinen Anspruch auf Entschädigung. Die Eisenbahn hat jedoch bei Ausfall oder verhinderter Weiterfahrt eines Zugs, soweit möglich, für die Weiterbeförderung der Reisenden zu sorgen.”

### *I. Anwendbarkeit trotz zwischenzeitlicher Privatisierung der Deutschen Bahn*

Soweit argumentiert wird, die ursprünglich aus dem Jahr 1938 (RGBl. II, 633) stammende Vorschrift sei obsolet und deshalb nicht mehr oder nur mit einem veränderten Regelungsinhalt anwendbar, weil sie das Bestehen eines staatlichen Eisenbahnunternehmens voraussetze, kann dem die Kammer nicht folgen. Diese Argumentation verkennt, dass die Eisenbahn-Verkehrsordnung in der Zeit nach der Privatisierung der Deutschen Bundesbahn durch das im Jahre 1994 in Kraft getretene Bundeseisenbahnneugliederungsgesetz (BENeug1G) — BGBl. I 1993, 2378 — wiederholt geändert und im Jahre 1999 sogar in einer Neufassung vom 20. 4. 1999 (BGBl. I, 782) neu verkündet worden ist, ohne dass der zuständige und durch § 26 I Nr. 1 des Allgemeinen Eisenbahngesetzes (AEG) zum Erlass von allgemeinen Bedingungen für die Beförderung von Personen und Gütern durch Eisenbahnverkehrsunternehmen ermächtigte Bundesminister für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen ein Erfordernis zur Streichung oder Veränderung des § 17 EVO gesehen hätte.

### *II. Keine Bedenken wegen europäischer Klausel-Richtlinie*

Durchgreifende Bedenken gegen die Geltung von § 17 EVO ergeben sich entgegen vereinzelt geäußelter Kritik (vgl. Staudinger, NJW 1999, 3664, und RRA 2000, 19; Rott u. a., VuR 1999, 75; Däubler, NJW 2003, 2651) auch nicht aus den Regelungen der europäischen Richtlinie 93/13/EWG über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen — Klauselrichtlinie — (abgedr. in NJW 1993, 1838).

Art. 3 der Richtlinie 93/13/EWG enthält unter anderem eine § 9 AGBG bzw. § 307 BGB entsprechende Regelung für eine Inhaltskontrolle missbräuchlicher Vertragsklauseln in Verbraucherverträgen. Art. 1 II der Richtlinie 93/13/EWG lautet jedoch:

“Vertragsklauseln, die auf bindenden Rechtsvorschriften oder auf Bestimmungen oder Grundsätzen internationaler Abkommen beruhen, bei denen die Mitgliedstaaten oder die Gemeinschaft — insbesondere im Verkehrsbereich — Vertragsparteien sind, unterliegen

nicht den Bestimmungen dieser Richtlinie.”

Die Richtlinie betrifft damit nicht Beförderungsbedingungen, die — wie die Eisenbahn-Verkehrsordnung — als Rechtsverordnung erlassen und damit selbst nach Art. 80 GG eine bindende Rechtsvorschrift sind.

### *III. Bestätigung früherer Entscheidungen*

Die Kammer bleibt daher bei ihrer schon früher — damals allerdings nicht für den Fall eines Verbrauchervertrags — in dem den Prozessparteien bekannten Urteil vom 1. 11. 2000 (TranspR 2001, 313) geäußerten Ansicht, dass der Haftungsausschluss für Verspätungsschäden im nationalen Personenverkehr der Eisenbahnunternehmen gem. § 17 EVO weiterhin geltendes Recht ist (ebenso LG Essen, NZV 2003, 139; AG Berlin-Lichtenberg, TranspR 2001, 212; AG Frankfurt a. M., NZV 2001, 132 [die von der Kammer durch das Urteil vom 1. 11. 2000 bestätigte Entscheidung]; AG Berlin-Mitte, Urt. v. 7. 2. 2001 — 5 C 592/00). Auch nach der Privatisierung der Deutschen Bundesbahn behält die ohnehin nicht nur auf ihre Nachfolgeunternehmen, sondern auf alle im nationalen Personenverkehr tätigen Eisenbahnunternehmen anwendbare Regelung in § 17 EVO ihren auch unter rechtspolitischen Gesichtspunkten akzeptablen Sinn, nämlich im Interesse eines kostengünstigen Massenverkehrs auf der Schiene die wegen der Schienengebundenheit für Störungen des Betriebsablaufs anfälligen Eisenbahnunternehmen von Streitigkeiten über die Vermeidbarkeit immer wieder auftretender Verzögerungen und von den Kosten der anderenfalls höchst aufwändigen Dokumentation der Störungsursachen sowie einer zu erwartenden Vielzahl von Rechtsstreitigkeiten freizuhalten.

### *IV. Keine Umgehung durch Stützung des Schadensersatzanspruchs auf p.F.v. oder § 280 I BGB n.F.*

Der Anspruch kann schließlich auch nicht unter dem vom Kl. vorgetragenen Gesichtspunkt durchdringen, dass der Bekl. zu 2 als Vertragsverletzung nicht nur die Verspätung vorgeworfen werde, sondern eine Fehlentscheidung nach der (ersten) aufgetretenen Verspätung, die nicht vom Haftungsprivileg für Verspätungsschäden erfasst werde, weil das Eisenbahnunternehmen hierfür unter dem Gesichtspunkt der positiven Vertragsverletzung bzw. — nach der Schuldrechtsreform — wegen einer schuldhaften Pflichtverletzung nach § 280 I BGB hafte. Diese Argumentation verkennt die Abgrenzung zwischen dem Anspruch aus positiver Vertragsverletzung (wegen Pflichtverletzung) und dem Anspruch auf Ersatz eines Verzögerungsschadens sowie den Regelungsinhalt des § 17 EVO. Die Vorschrift schließt einen Schadensersatzanspruch wegen eines von dem Eisenbahnunternehmens zu, vertretenden Verzögerungsschadens nach § 280 II BGB bzw. § 286 I BGB a. F. aus. Dieser Anspruch setzt ein Verschulden des verzögert leistenden Schuldners voraus (§ 286 IV BGB bzw. § 285 BGB a. F.). Worin im



Einzelfall das Verschulden besteht und insbesondere, ob es darin besteht, angesichts einer unverschuldet aufgetretenen ersten Verzögerung (Verspätung) ungeeignete Entscheidungen zur Vermeidung zusätzlicher Komplikationen und weiterer Verzögerungen (Verspätungen) getroffen zu haben, spielt für die Einordnung dieses Verschuldens als dasjenige, das nach § 286 IV BGB bzw. § 285 BGB a. F. Voraussetzung für den Anspruch auf Ersatz des Verzögerungsschadens ist, keine Rolle. Für eine Zurechnung desselben Ver-

schuldens unter dem Gesichtspunkt des allgemeinen Rechtsinstituts der positiven Vertragsverletzung (Pflichtverletzung) bleibt angesichts der den Interessenkonflikt der Vertragsparteien vollständig regelnden speziellen Bestimmungen über den Verzögerungsschaden kein Raum. Der Ausschluss dieses Anspruchs, wie er mit § 17 EVO erfolgt ist, schließt damit auch den Rückgriff auf den allgemeinen Haftungstatbestand der positiven Vertragsverletzung (Pflichtverletzung) aus.

### Standort: Deliktsrecht

### Problem: Räum- und Streupflicht zur Verkehrssicherung

BGH, URTEIL VOM 09.10.2003  
III ZR 8/03 (NJW 2003, 3622)

#### Problemdarstellung:

Mit diesem Urteil musste sich der BGH mit den verkehrssicherungspflichtigen Räum- und Streupflichten einer Stadt auf einem Rad- und Fußgängerweg auseinandersetzen, um einen Amtshaftungsanspruch zu prüfen. Die Geschädigte war im Dezember 2001 mit dem Fahrrad auf einem - im Eigentum der beklagten Stadt stehenden - Weg, der laut Straßenverkehrsschild als gemeinsamer Fuß- und Radweg ausgewiesen war, zu Fall gekommen und hatte sich dabei erhebliche Verletzungen zugezogen.

Der BGH stellt zunächst fest, dass neben der polizeimäßigen Reinigungspflicht auch die verkehrssicherungspflichtige Reinigungspflicht nach dem niedersächsischen Landesrecht als Amtspflicht ausgeübt werden, sodass ihre Verletzung Amtshaftungsansprüche gem. § 839 BGB auslösen können. Sodann beschäftigt sich der BGH mit Inhalt und Umfang der Räum- und Streupflicht. Nach der gefestigten Rechtsprechung des Senats sind innerhalb geschlossener Ortschaften die Fahrbahnen der Straßen an verkehrswichtigen und gefährlichen Stellen bei Glätte zu bestreuen. Ist ein gemeinsamer Fuß- und Radweg nur deshalb zu räumen oder zu bestreuen, weil es sich bei ihm (auch) um einen Gehweg handelt, so hat dies allerdings zur Folge, dass hinsichtlich der Bestimmung des Inhalts und Umfangs der Räum- und Streupflicht allein auf die Belange der Fußgänger abzustellen ist. Der Umstand, dass dieser Weg auch Radfahrern zur Benutzung offen steht und für sie bei Schnee- und Eisglätte eine erhöhte Sturzgefahr besteht, rechtfertigt es für sich genommen nicht, an die Räum- und Streupflicht bei gemeinsamen Fuß- und Radwegen höhere Anforderungen zu stellen. Aber dem Radfahrer sind Vertrauensschutz und Amtshaftungsansprüche zu gewähren, wenn er seine Fahrweise auf die zu erwartenden eingeschränkten Benutzungsmöglichkeiten eingestellt hat und nur deshalb gestürzt ist, weil der gemeinsame Fuß- und Radweg überhaupt nicht oder nur ungenügend geräumt oder bestreut war. Der Radfahrer

darf zumindest auf die eingeschränkte Nutzbarkeit für Fußgänger vertrauen, sodass ihm insoweit auch Amtshaftungsansprüche zustehen können.

#### Prüfungsrelevanz:

Der Anknüpfungspunkt für die examensrelevanten deliktischen Ansprüche gem. §§ 823 ff. BGB ist ein Verhalten des Schädigers, das in einem positiven Tun oder in einem pflichtwidrigen Unterlassen bestehen kann. Vergleichbar mit dem Strafrecht (§ 13 StGB) kann ein Unterlassen des Schädigers aber nur ausreichen, wenn eine entsprechende Rechtspflicht zum Handeln besteht. Eine solche Rechtspflicht zum Handeln kann sich ergeben aus Vertrag (z.B. Verträge zur Überwachung oder Obhut von Gegenständen, Kindern, etc.) oder aus Gesetz (z.B. StVO); schließlich entnimmt die ständige Rechtsprechung des BGH dem § 242 BGB eine allgemeine Verkehrssicherungspflicht, die jedermann im Rechtsverkehr trifft, als eine Art Auffangtatbestand. Nach dieser allgemeinen Verkehrssicherungspflicht (§ 242 BGB) muss jeder, der eine Gefahrenquelle schafft oder unterhält bzw. sie Dritten oder der Allgemeinheit zugänglich macht, alle zumutbaren Maßnahmen treffen, um eine Realisierung von Gefahren für Dritte oder die Allgemeinheit abzuwehren. Diese - sehr allgemein gehaltene - Aussage wurde von der Rechtsprechung im Laufe der Zeit immer weiter konkretisiert und in bestimmten Fallgruppen spezialisiert. So stellt die Rechtsprechung inzwischen spezifische Verkehrssicherungspflichten an Produzenten (sog. "Produzentenhaftung"), Ärzte, Gaststättenbetreiber, etc. Für den Examenskandidaten ist es daher wichtig, sich der entsprechenden Judikatur des BGH zu diesen - gesetzlich nicht geregelten - Verkehrssicherungspflichten bewusst zu sein.

#### Vertiefungshinweis:

Zur Räum- und Streupflicht auf öffentlichen Verkehrsflächen: *Rinne*, NJW 1996, 3303

#### Kursprogramm:

*Examenskurs*: "Das verhängnisvolle Skateboard"

**Leitsätze:**

**Einem Radfahrer, der auf einem innerhalb der geschlossenen Ortschaft gelegenen gemeinsamen Fuß- und Radweg (Zeichen 240 der StVO) infolge Glatteises zu Fall kommt, können Amtshaftungsansprüche wegen Verletzung der winterlichen Räum- und Streupflicht gegen die sicherungspflichtige Gemeinde auch dann zustehen, wenn dieser Weg nur deshalb geräumt oder gestreut werden muss, weil es sich auch und gerade um einen Gehweg handelt. Dies gilt ungeachtet des Umstands, dass sich Inhalt und Umfang der Räum- und Streupflicht, sofern sich — wie hier — der Unfallort nicht an einer verkehrswichtigen und gefährlichen Stelle befindet, nur nach den Belangen der Fußgänger auszurichten hat.**

**Sachverhalt:**

Die bei der kl. Partnerschaftsgesellschaft beschäftigte M befuhr am Morgen des 17. 12. 2001 gegen 8 Uhr mit ihrem Fahrrad den im Zentrum der bekl. Stadt liegenden Verbindungsweg zwischen der Place d' E und dem R-Platz. Beim Einbiegen in diesen im Eigentum der Bekl. stehenden Weg, der durch Zeichen 240 der Straßenverkehrsordnung als gemeinsamer Fuß- und Radweg gekennzeichnet ist, kam M infolge Glatteises zu Fall und zog sich dabei erhebliche Verletzungen zu. Die Kl., die der Bekl. zum Vorwurf macht, die winterliche Räum- und Streupflicht verletzt zu haben, verlangt aus übergegangenem Recht Ersatz der M geleisteten Entgeltfortzahlungen im Krankheitsfall.

Das LG hat die Klage dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Auf die Berufung der Bekl. hat das OLG die Klage abgewiesen. Die — zugelassene — Revision der Kl. führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

**Aus den Gründen:***A. Herleitung der öffentlichen Räum- und Streupflicht für eine Amtshaftung*

Die Pflicht der öffentlichen Hand, Straßen und Wege bei Schnee und Eis zu räumen und zu bestreuen, kann sich sowohl aus der Pflicht zur polizeimäßigen Reinigung, die in Niedersachsen in § 52 des Straßengesetzes (NdsStrG) geregelt ist (vgl. Wendrich, NdsStrG, 4. Aufl., § 52 Rdnr. 1), als auch aus der allgemeinen Verkehrssicherungspflicht ergeben. Zwischen diesen Pflichten braucht vorliegend nicht unterschieden zu werden, da sie, soweit es — wie hier — um die Sorge für die Sicherheit des Straßenverkehrs geht, deckungsgleich sind (vgl. Senat, BGHZ 112, 74 [79f.] = NJW 1991, 33; BGHZ 118, 368 [369] = NJW 1992, 2476; NVwZ-RR 1997, 709 = VersR 1997, 311 [312]; Wendrich, § 52 Rdnr. 2) und in Niedersachsen nicht nur die Aufgabe der polizeimäßigen Reinigung, sondern auch die der Verkehrssicherungspflicht gem. § 10 I

NdsStrG als Amtspflicht in Ausübung öffentlicher Gewalt ausgestaltet ist.

*B. Zum Inhalt und Umfang der Räum- und Streupflicht*

Nach der gefestigten Rechtsprechung des Senats sind innerhalb geschlossener Ortschaften die Fahrbahnen der Straßen an verkehrswichtigen und gefährlichen Stellen bei Glätte zu bestreuen (Senat, BGHZ 112, 74 [76] = NJW 1991, 33 m. w. Nachw.; NVwZ-RR 1998, 334 = VersR 1998, 1373). Für Fußgänger müssen die Gehwege, soweit auf ihnen ein nicht unbedeutender Verkehr stattfindet, sowie die belebten, über die Fahrbahn führenden unentbehrlichen Fußgängerüberwege bestreut werden (Senat, NZV 1995, 144 = VersR 1995, 721 [722] m. w. Nachw.). Zur Frage, ob und inwieweit innerorts auch die als solche besonders gekennzeichneten und von der Fahrbahn getrennt geführten Radwege der Räum- und Streupflicht unterliegen, hat die höchstrichterliche Rechtsprechung, soweit ersichtlich, noch nicht Stellung genommen. Auch § 52 I NdsStrG, der die winterliche Räum- und Streupflicht in Anlehnung an die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze regelt, verhält sich hierzu nicht ausdrücklich. Der Senat braucht diese Frage nicht abschließend zu beantworten. Jedenfalls sind diesbezüglich, wie das BerGer. zu Recht angenommen hat, keine höheren Anforderungen zu stellen als diejenigen, die für das Räumen und Streuen der Fahrbahnen gelten (ebenso OLG Celle, NJW-RR 2001, 596; OLG Hamm, NZV 1993, 394; Wichmann, Straßenreinigung und Winterdienst in der kommunalen Praxis, 3. Aufl., Rdnrn. 97ff.; vgl. auch OLG Köln, NVwZ-RR 2000, 653). Inhalt und Umfang der winterlichen Räum- und Streupflicht richten sich nach den Umständen des Einzelfalls. Art und Wichtigkeit des Verkehrswegs sind dabei ebenso zu berücksichtigen wie seine Gefährlichkeit und die Stärke des zu erwartenden Verkehrs. Die Räum- und Streupflicht besteht daher nicht uneingeschränkt. Sie steht vielmehr unter dem Vorbehalt des Zumutbaren, wobei es auch auf die Leistungsfähigkeit des Sicherungspflichtigen ankommt (BGHZ 112, 74 [75f.] = NJW 1991, 33; Senat, NZV 1995, 144). Insofern ist zu berücksichtigen, dass Personen, die in den Sommermonaten oder auch sonst bei angenehmen Witterungsbedingungen längere Strecken mit dem Fahrrad zurückzulegen pflegen, bei unwirtlichen Wetterverhältnissen verstärkt auf öffentliche Verkehrsmittel oder das eigene Kraftfahrzeug ausweichen. Personen wiederum, die nur kurze Strecken zu bewältigen haben, werden wegen der bei Schnee- und Eisglätte bestehenden besonderen Sturzgefahr, die sich auch bei ordnungsgemäßer Wahrnehmung der Räum- und Streupflicht durch den Sicherungspflichtigen nicht völlig ausschließen lässt, vielfach auf die Benutzung des Fahrrads verzichten und zu Fuß gehen. Unabhängig davon, dass das Radfahreraufkommen bei schlechtem Winterwetter ohnehin deutlich geringer ist, ist

weiter zu bedenken, dass Radfahrer, sofern zwar nicht der Radweg, wohl aber die daneben oder in der Nähe verlaufende Fahrbahn geräumt oder gestreut ist, die Fahrbahn benutzen dürfen (Senat, NZV 199S, 144). Bei Würdigung dieser gesamten Umstände würde der Sicherungspflichtige über Gebühr in Anspruch genommen, wenn ihm eine umfassende Räum- und Streupflicht bezüglich aller Radwege, selbst wenn diese sich nur auf die in geschlossener Ortslage befindlichen beschränken würde, auferlegt würde (i. E. ebenso Wendrich, § 52 Rdnr. 5).

#### *C. Entscheidung und Begründung des BerGer. zur Frage einer Räum- und Streupflichtverletzung*

Das BerGer. hat im Anschluss an die vom LG getroffenen Feststellungen angenommen, dass bei ordnungsgemäßer Erfüllung der Räum- und Streupflicht der von der Angestellten der Kl. benutzte Verbindungsweg zum Unfallzeitpunkt hätte bestreut sein müssen. Diese tatrichterliche Einschätzung, die sich die Revision zu Eigen macht, wird von der Revisionserwiderung hingenommen. Allerdings hat das BerGer. die Räum- und Streupflicht nur deshalb bejaht, weil es sich bei dem Verbindungsweg — auch — um einen Gehweg handelt. Stellte man hingegen allein auf die Radweg-Eigenschaft ab, wäre demgegenüber — so das BerGer. — eine Amtspflichtverletzung zu verneinen, weil der Verbindungsweg keine besonderen Gefahrenpunkte aufweise. Hiergegen wendet sich die Revision vergeblich. Die Beurteilung, ob der Sicherungspflichtige die Räum- und Streupflicht verletzt hat, ist in erster Linie Sache des Tatrichters. Dessen auf die Umstände des Einzelfalls abgestellte Würdigung ist auch, soweit es darum geht, ob bestimmte Verkehrsflächen im haftungsrechtlichen Sinne verkehrswichtig und gefährlich sind, vom RevGer. nur auf Rechtsfehler nachprüfbar (Senat, NVwZ-RR 1998, 334 = VersR 1998, 1373 [1374]). Solche Rechtsfehler sind nicht ersichtlich. Soweit die Revision darzutun versucht, dass die Unfallstelle im Sinne der Rechtsprechung als verkehrswichtig und gefährlich einzustufen sei, will sie nur die Wertung des Tatrichters durch ihre eigene ersetzen. Das ist ihr verwehrt.

#### *D. Entscheidung des BGH zur Frage einer Räum- und Streupflichtverletzung*

Das BerGer. verneint trotz Verletzung der Räum- und Streupflicht durch die Bkl. einen Schadensersatzanspruch der Kl. Es ist der Auffassung, der Schutzbereich der verletzten Amtspflicht erfasse nur Fußgänger, nicht aber (auch) Radfahrer, so dass die Arbeitnehmerin der Kl. nicht Dritte i. S. des § 839 I 1 BGB sei. Zur Begründung hat es ausgeführt:

Zwar handele es sich bei dem von M benutzten Verbindungsweg um einen kombinierten Fuß- und Radweg, so dass der gesamte Bereich des Weges von Fußgängern und Radfahrern genutzt werde. Gleich-

wohl wäre auch hier, nicht wesentlich anders als bei einem vom Gehweg abgetrennten Radweg, für die Gemeinde ein auch der besonderen Gefahrenlage für Radfahrer gerecht werdender Streudienst nicht zumutbar. Die Gemeinde genüge auch bei einem kombinierten Rad- und Gehweg ihrer Räum- und Streupflicht, wenn sie durch Bestreuen eine für Fußgänger benutzbare Fläche schaffe. Demzufolge könne sich ein Radfahrer nicht darauf verlassen, dass ein derartiger Weg so ausreichend bestreut ist, dass ein Befahren dieser Fläche mit dem Fahrrad jederzeit möglich sei.

Dem ist nicht zu folgen.

#### *I. Rechtliche Gleichbehandlung von Fußgängern und Radfahrern erforderlich*

Radfahrer und Fußgänger müssen die für sie an Stelle der Fahrbahn bestimmten Sonderwege nutzen. Dies gilt unabhängig davon, ob es sich um getrennte oder — wie hier — um gemeinsame Fuß- und Radwege handelt. Insbesondere gilt im letzteren Falle das Benutzungsgebot für Radfahrer ungeachtet des Umstands, dass hier nach § 41 II Nr. 5 StVO Radfahrer auf Fußgänger Rücksicht nehmen müssen, sie also hinsichtlich der Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs nicht die gleichen günstigen Verkehrsverhältnisse vorfinden wie bei der Benutzung eines vom Gehweg räumlich abgetrennten Radwegs. Da gemeinsame Fuß- und Radwege auch und gerade für die Benutzung von Fußgängern bestimmt sind, sind sie — nicht anders als getrennte Gehwege — innerhalb geschlossener Ortschaften bei Auftreten von Schnee oder Eisglätte zu räumen oder zu bestreuen. Genügt der Sicherungspflichtige dieser Pflicht und ist auf Grund dessen die Benutzung dieses Wegs durch Fußgänger und Radfahrer möglich, so dürfen und müssen sie diesen Weg benutzen; ein Ausweichen auf die für den Kraftfahrzeugverkehr bestimmte Fahrbahn ist nicht gestattet.

Hält man sich dies vor Augen, so ist nicht einsichtig, warum hinsichtlich des schützenswerten Vertrauens, bei Einhaltung der Räum- und Streupflicht den Weg benutzen zu können, Fußgänger und Radfahrer völlig unterschiedlich behandelt werden sollen. Vielmehr legt die bei gemeinsamen Fuß- und Radwegen durch die Straßenverkehrsordnung bewusst vorgenommene Gleichbehandlung hinsichtlich der räumlich zur Verfügung stehenden Verkehrsfläche auch eine im Ansatz rechtliche Gleichbehandlung bei Verletzungen der Räum- und Streupflicht nahe (so zutreffend Wichmann, Rdnr. 102; ebenso Wendrich, § 52 Rdnr. 5). Radfahrer und Fußgänger dürfen sich somit gleichermaßen auf die Erfüllung der Räum- und Streupflicht durch den Sicherungspflichtigen verlassen, mag sie auch allein darauf gegründet sein, dass der für die gemeinsame Nutzung vorgesehene Weg auch und gerade ein Gehweg ist.

#### *II. Orientierung der Räum- und Streupflicht aus-*

### *schließlich nach den Belangen der Fußgänger*

Ist — wie hier — ein gemeinsamer Fuß- und Radweg nur deshalb zu räumen oder zu bestreuen, weil es sich bei ihm (auch) um einen Gehweg handelt, so hat dies allerdings zur Folge, dass hinsichtlich der Bestimmung des Inhalts und Umfangs der Räum- und Streupflicht allein auf die Belange der Fußgänger abzustellen ist. Der Umstand, dass dieser Weg auch Radfahrern zur Benutzung offen steht und für sie, wie das BerGer. zutreffend ausgeführt hat, bei Schnee- und Eisglätte eine erhöhte Sturzgefahr besteht, rechtfertigt es für sich genommen nicht, an die Räum- und Streupflicht bei gemeinsamen Fuß- und Radwegen, etwa hinsichtlich der Breite des zu räumenden oder zu streuenden Bereichs oder der Verwendung des Streuguts, höhere Anforderungen zu stellen. Denn anderenfalls würde, wie das BerGer. und die Revisionserwiderung zu Recht ausgeführt haben, doch wieder eine unzumutbare und unverhältnismäßige Beanspruchung des Sicherungspflichtigen drohen, die zu vermeiden der maßgebliche Grund dafür ist, eine umfassende Räum- und Streupflicht bei Radwegen nicht anzuerkennen. Dies führt weiter dazu, dass einem Radfahrer, der bei Schnee- und Eisglätte einen gemeinsamen Fuß- und Radweg benutzen will, auch dann erhöhte Aufmerksamkeit und besonders vorsichtige Fahrweise abzuverlangen ist, wenn der Sicherungspflichtige seiner Räum- und Streupflicht Genüge getan hat.

### *III. Berücksichtigung eines Vertrauensschutzes für Radfahrer bei Benutzung gemeinsamer Wege*

Der vom BerGer. herausgehobene Aspekt, dass der Vertrauensschutz des Radfahrers nicht so weit geht, bei unwirtschaftlichen winterlichen Straßenverhältnissen einen gemeinsamen Fuß- und Radweg völlig gefahrlos befahren zu können, bietet jedoch keinen hinreichenden Anlass, dem Radfahrer jeden Vertrauensschutz zu nehmen und ihm auch dann Amtshaftungsansprüche zu versagen, wenn er seine Fahrweise auf die zu erwartenden eingeschränkten Benutzungsmöglichkeiten eingestellt hat und nur deshalb gestürzt ist, weil der gemeinsame Fuß- und Radweg überhaupt nicht oder nur ungenügend geräumt oder bestreut war.

#### *1. Zum Inhalt einer Räum- und Streupflicht bei gemeinsamer Wegnutzung von Radfahrern und Fußgängern*

Die Einschränkung, dass der Schutz des Vertrauens auf die Einhaltung der Räum- und Streupflicht nicht bedeutet, dass die Nutzer von Sonderwegen wie gemeinsamen Fuß- und Radwegen auch bei Schnee- und Eisglätte erwarten dürfen, diese Wege genauso sicher und gefahrlos benutzen zu können wie bei idealen Wetterbedingungen, gilt auch für Fußgänger. So ist es anerkanntermaßen nicht erforderlich, dass Gehwege in

ihrer ganzen Breite geräumt oder bestreut werden müssen. Es genügt, wenn ein Streifen geräumt oder bestreut wird, der es zwei Fußgängern gestattet, vorsichtig aneinander vorbeizugehen; dabei dürfte eine Breite von 1 bis 1,20 m erforderlich sein (vgl. Wichmann, Rdnr. 74; die im Senatsurteil v. 18.12.1970, VersR 1971, 416 [417], genannte Breite von 0,80 m ist zu gering bemessen). Ein an den Kriterien der Zumutbarkeit und der Leistungsfähigkeit ausgerichteter Winterdienst auf Gehwegen kann daher nicht das Ziel haben, jedwede Gefahr des Ausgleitens für Fußgänger völlig auszuschließen. Die Erwartung, bei winterlichen Witterungsverhältnissen ordnungsgemäß geräumte oder bestreute Wege vorzufinden, enthebt also auch den Fußgänger nicht der Verpflichtung, sorgfältiger als sonst seines Weges zu gehen.

#### *2. Bestätigung durch die bisherige Rechtsprechung des BGH*

Diese Sichtweise entspricht der bisherigen Rechtsprechung des Senats. So hat er durch Urteil vom 12. 11. 1964 (NJW 1965, 100) entschieden, dass die vor allem an den Belangen des Kraftfahrzeugverkehrs ausgerichtete Räum- und Streupflicht auf Fahrbahnen auch gegenüber Radfahrern gilt.

#### *E. Aufhebung des Berufungsurteils und Zurückverweisung des Rechtsstreits*

Das Berufungsurteil ist aufzuheben. Eine abschließende Entscheidung durch den Senat ist nicht möglich. Das BerGer. hat rechtsfehlerfrei festgestellt, dass die Bekl. ihre Räum- und Streupflicht verletzt hat und der Sturz der Angestellten der Kl. auf das zur Unfallzeit am Ort des Geschehens vorhandene Glatteis zurückzuführen ist. Bei dieser Sachlage obliegt es der Bekl., darzutun und gegebenenfalls zu beweisen, dass der Sturz der M auch bei ordnungsgemäßem Streuen erfolgt wäre oder ihr ein Mitverschulden (§ 254 BGB) am Unfallgeschehen anzulasten ist. Die Bekl. hat in den Tatsacheninstanzen vorgetragen, M habe bei Aufbringen der gebotenen Sorgfalt rechtzeitig erkennen können und müssen, dass angesichts der Wetterbedingungen und des Zustands des Verbindungswegs ein gefahrloses Befahren nicht möglich sei; sie habe daher entweder vom Rad absteigen und zu Fuß weitergehen oder aber — unter Inkaufnahme eines kleinen Umwegs — die gestreute Fahrbahn benutzen müssen; hätte sie eine dieser Vorsichtsmaßnahmen ergriffen, wäre der Sturz vermieden worden. Das LG hat dieses Vorbringen der Bekl. zurückgewiesen und unter Hinweis auf die „überraschend und tückisch“ aufgetretene Glätte die volle Haftung der Bekl. bejaht. Das BerGer. hat sich hiermit, von seinem Rechtsstandpunkt aus folgerichtig, nicht befasst. Das ist nachzuholen.

**Standort: Schadensersatz****Problem: Mietwagenkosten bei Gutachtenabrechnung**

BGH, URTEIL VOM 15.07.2003  
VI ZR 361/02 (NJW 2003, 3480)

**Problemdarstellung:**

Der Kl. hatte durch den Bekl. einen Straßenverkehrsunfall mit seinem PKW erlitten. Auf der Basis eines Sachverständigengutachtens verlangte der Kl. (fiktive) Reparatur- und Mietwagenkosten, die die KFZ-Haftpflichtversicherung des Unfallgegners auch beglich. In der Folgezeit unternahm der Kl. eine andere billigere Art der Reparatur unter Einschluss von Eigenleistungen, die aber tatsächlich eine längere Reparaturzeit in Anspruch nahm. Im Klagewege macht der Kl. u.a. die Differenz zwischen den fiktiven, bereits bezahlten Mietwagenkosten und den tatsächlich entstandenen Mietwagenkosten geltend.

Das BerGer. hat die Revision zum BGH zugelassen, weil die Frage der Zulässigkeit einer kombinierten Geltendmachung von zugleich fiktiven und konkreten Schadenspositionen im Zusammenhang mit der Abrechnung auf Gutachtenbasis bislang nicht Gegenstand einer Entscheidung des obersten Gerichts gewesen. Der BGH bestätigt die ablehnende Haltung des BerGer. und verweigerte dem Kl. weitere Schadensersatzzahlungen. Jedenfalls unter den Umständen des vorliegenden Falls muss sich der Kl. hinsichtlich der Dauer der Schadensbehebung an der seiner ursprünglichen Schadensabrechnung zu Grunde liegenden Art der Reparatur festhalten lassen, welche nach den rechtsfehlerfreien Feststellungen des BerGer. nach vier Tagen zu einer ordnungsgemäßen Wiederherstellung des Fahrzeugs geführt hätte. Die Mietwagenkosten für die Dauer der von ihm tatsächlich durchgeführten Reparatur kann er schon deshalb nicht verlangen, weil er damit eine andere, billigere Art der Wiederherstellung gewählt hat, deren Kosten er gerade nicht geltend macht. Verlangt der Geschädigte den zur Wiederherstellung erforderlichen Geldbetrag i. S. des § 249 II 1 BGB (fiktiv) auf Basis eines Sachverständigengutachtens, das eine bestimmte Art einer ordnungsgemäßen Reparatur vorsieht, so kann er grundsätzlich nur für die erforderliche Dauer dieser Reparatur Ersatz der Kosten für die Anmietung eines Ersatzfahrzeugs beanspruchen.

**Prüfungsrelevanz:**

Die Art und Weise der Schadensersatzgewährung gem. §§ 249 ff. BGB ist nicht nur für die Praxis (vor allem im Straßenverkehrsrecht) interessant, sondern wird auch immer wieder in der Examensprüfung als Themengebiet angesprochen. Daher ist jede Beschäftigung mit und Lektüre von entsprechenden Urteilen ratsam.

wert.

Gem. § 249 I BGB hat der Schädiger den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Schadensersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre (sog. "Naturalrestitution"). Jedoch hat der Geschädigte gem. § 249 II 1 BGB ein Wahlrecht, wenn es um die Verletzung einer Person oder die Beschädigung einer Sache geht. In einem solchen Fall kann der geschädigte Gläubiger anstelle der Naturalrestitution den dazu erforderlichen Geldbetrag verlangen. Konstruktiv begründet § 249 II 1 BGB eine Ersetzungsbefugnis des geschädigten Gläubigers, damit der Geschädigte das verletzte Rechtsgut dem Schädiger zwecks Naturalrestitution nicht anzuvertrauen braucht. Die Wahl zwischen Naturalrestitution nach Abs. 1 und Geldersatz nach Abs. 2 ist für den geschädigten Gläubiger verbindlich. Jedoch braucht der Geschädigte den gem. § 249 II 1 BGB geforderten und erzielten Geldbetrag nicht zur Wiederherstellung verwenden; nur bei Personenschäden besteht insofern eine Zweckbindung.

**Vertiefungshinweise:**

Zur Bindungswirkung gem. § 529 I Nr. 1 ZPO: Grunsky, NJW 2002, 800; Barth, NJW 2002, 1702

**Kursprogramm:**

- Examenskurs: "Der defekte Gaszug"  
 Assessorkurs: "Das englische Teeservice"

**Leitsätze:**

- 1. Zu den Voraussetzungen einer Bindung des Berufungsgerichts an die erstinstanzlich auf Grund eines Sachverständigengutachtens getroffenen Feststellungen.**
- 2. Verlangt der Geschädigte den zur Wiederherstellung erforderlichen Geldbetrag i. S. des § 249 II 1 BGB (fiktiv) auf Basis eines Sachverständigengutachtens, das eine bestimmte Art einer ordnungsgemäßen Reparatur vorsieht, so kann er grundsätzlich nur für die erforderliche Dauer dieser Reparatur Ersatz der Kosten für die Anmietung eines Ersatzfahrzeugs beanspruchen.**

**Sachverhalt:**

Der Kl. macht (restliche) Reparatur- und Mietwagenkosten aus einem Verkehrsunfall vom 30. 10. 2000 gegen den Bekl. zu 1 als Fahrer und gegen die Bekl. zu 2 als Haftpflichtversicherer des anderen unfallbeteiligten Kraftfahrzeugs geltend. Er bezifferte zunächst die Reparaturkosten auf Grund eines privaten Sachverständigengutachtens vom 31. 10. 2000 auf 2972,60 DM, wobei für die Dauer der Reparatur drei Tage ver-

anschlagt waren. Die Bekl. zu 2 zahlte an den Kl. die in seinem Privatgutachten angegebenen Reparaturkosten. Danach ließ der Kl. an dem Fahrzeug Reparaturarbeiten vornehmen. Die hiermit beauftragte Kfz-Werkstatt vertrat nach Einleitung der Arbeiten die Auffassung, die hintere linke Tür, welche der Kl. als gebrauchtes Teil selbst beschafft hatte, könne nicht eingepasst werden. Der mit einer erneuten Begutachtung durch den Kl. beauftragte Privatsachverständige gelangte daraufhin in einem Nachtragsgutachten vom 16. 11. 2000 zu dem Ergebnis, das bei dem Unfall beschädigte Seitenteil des Fahrzeugs sei mit einem zusätzlichen Reparaturaufwand in Höhe von 3520,65 DM zu erneuern. Die Reparatur des Fahrzeugs wurde von der vom Kl. beauftragten Kfz-Werkstatt gleichwohl ohne Erneuerung des Seitenteils unter Einbeziehung von „Eigenleistungen“ des Kl. zum Preis von 1022,89 DM durchgeführt. Der Kl. macht geltend, es seien Mängel verblieben, weil die hintere Tür sich nur schlecht öffnen lasse und an der Seitenwand links eine Lichtbeule verblieben sei. Mit seiner Klage hat er die vom Privatsachverständigen bezifferten zusätzlichen Reparaturkosten von 3520,65 DM sowie Erstattung der Kosten für die Anmietung eines Ersatzfahrzeugs für die Dauer der tatsächlichen Reparatur vom 14.11. bis 23. 11.2000 in Höhe von 2686,56 DM sowie eine Unkostenpauschale von 40 DM verlangt.

Das AG hat dem Kl. nach Einholung eines Sachverständigengutachtens, wonach eine Reparatur ohne Erneuerung des Seitenteils in vier Tagen möglich gewesen sei, lediglich für diese Zeit einen Betrag von 610,50 Euro als Ersatz für Mietwagen zuerkannt und die Klage im Übrigen abgewiesen. Gegen das Urteil hat der Kl. Berufung eingelegt und zunächst beantragt, die Bekl. zur Zahlung der restlichen erstinstanzlich geltend gemachten Mietwagenkosten in Höhe von 763,12 Euro zu verurteilen. Danach hat er (innerhalb der Berufungsbegründungsfrist) die Berufung wegen der restlichen Reparaturkosten um 3520,65 DM (= 1820,53 Euro) nebst Zinsen erweitert. Das LG hat nach Übertragung der Sache auf den Einzelrichter die Berufung des Kl. mit Ausnahme der Zuerkennung einer Unkostenpauschale von 20,45 Euro sowie von Zinsen aus dem vom AG ausgeurteilten Betrag zurückgewiesen und die Revision zum BGH zugelassen, weil die Frage der Zulässigkeit einer kombinierten Geltendmachung von zugleich fiktiven und konkreten Schadenspositionen im Zusammenhang mit der Abrechnung auf Gutachtenbasis nach vorläufiger Prüfung bislang nicht Gegenstand einer Entscheidung des obersten Gerichts gewesen und darüber hinaus von grundsätzlicher Bedeutung sei. Die Revision der Kl. hatte keinen Erfolg.

#### **Aus den Gründen:**

##### *A. Entscheidung und Begründung des BerGer.: Bin-*

##### *dung an die im ersten Rechtszug festgestellten Reparaturkosten*

Das BerGer. hat hinsichtlich der geltend gemachten Reparaturkosten nach § 529 I Nr. 1 ZPO n. F. eine Bindung an die vom Gericht des ersten Rechtszugs festgestellten Tatsachen angenommen.

Dieser Grundsatz erfahre lediglich dann eine Ausnahme, wenn konkrete Anhaltspunkte vernünftige Zweifel an der Richtigkeit oder der Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Tatsachen zu wecken geeignet seien. Dies sei jedoch hier nicht der Fall. Der vom AG bestellte Sachverständige habe entgegen der entsprechenden Behauptung des Kl. ausgeführt, dass die nach durchgeführter Reparatur noch festgestellten Mängel auf den vom Kl. gewählten Reparaturweg zurückzuführen seien. Die vom Kl. selbst beschaffte gebrauchte Tür sei nur mangelhaft eingepasst worden. Die verbliebene Lichtbeule sei auf mangelhaft durchgeführte Spachtel- und Finisharbeiten zurückzuführen auf Grund eines unvollständigen Spachtelübergangs. Berücksichtige man den Umstand, dass die Arbeiten gerade nicht in einer Vertragswerkstatt durchgeführt worden seien, die Reparaturkosten in ganz erheblichem Umfang unter der zuvor vom Privatgutachter des Kl. berechneten Höhe blieben und schließlich auch noch gebrauchte Teile Verwendung gefunden hätten, könne nicht mit der erforderlichen Wahrscheinlichkeit davon ausgegangen werden, dass eine Behebung auch der letzten noch vorhandenen Mängel durch eine Vertragswerkstatt bei Verwendung von Originalteilen und ordnungsgemäßer Spachtelung nicht möglich gewesen wäre und aus diesem Grund das komplette hintere Seitenteil hätte ausgetauscht werden müssen. Daneben stehe dem Kl. gegen die Bekl. auch kein Anspruch auf Mietwagenkosten in einer dem zuerkannten Betrag von 610,40 Euro übersteigenden Höhe zu. Hierbei sei zu berücksichtigen, dass der Kl. nicht die tatsächlich angefallenen Reparaturkosten begehre, sondern vielmehr auf Gutachtenbasis abrechne. Wenn sich der Kl. aber für die Abrechnung auf fiktiver Basis entscheide und davon absehe, sein Fahrzeug entsprechend dem zu Grunde liegenden Gutachten wieder sach- und fachgerecht instandsetzen zu lassen, dann sei er an diese Entscheidung gebunden. Es stehe dem Kl. nicht frei, hinsichtlich der einzelnen Schadenspositionen zwischen fiktiven und tatsächlich angefallenen Kosten zu wechseln und so das für ihn jeweils günstigste Ergebnis in Anrechnung zu bringen.

##### *B. Entscheidung und Begründung des BGH in der Revision*

Die gegen diese Beurteilung gerichtete Revision hat keinen Erfolg. Das BerGer. hat im Ergebnis mit Recht dem Kl. über die bereits gezahlten bzw. zuerkannten Beträge hinaus weitergehende Ansprüche auf Schadensersatz wegen Reparatur- und Mietwagenkosten versagt.

### *I. Bestätigung der Bindung des BerGer. an die erstinstanzliche Tatsachenfeststellung*

Die Annahme des BerGer., es sei nach § 529 I Nr. 1 ZPO an die erstinstanzliche Tatsachenfeststellung über die Möglichkeit einer mangelfreien Reparatur ohne Einbau eines neuen Seitenteils gebunden, lässt entgegen der Auffassung der Revision keinen Rechtsfehler erkennen. Nach § 529 I Nr. 1 ZPO hat das BerGer. seiner Verhandlung und Entscheidung die vom Gericht des ersten Rechtszugs festgestellten Tatsachen zu Grunde zu legen, soweit nicht konkrete Anhaltspunkte Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen begründen und deshalb eine erneute Feststellung gebieten. Zweifel im Sinne dieser Vorschrift liegen schon dann vor, wenn aus Sicht des BerGer. eine gewisse — nicht notwendig überwiegende — Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass im Fall der Beweiserhebung die erstinstanzliche Feststellung keinen Bestand haben wird, sich also deren Unrichtigkeit herausstellt (vgl. die Begr. des Rechtsaussch., BT-Dr 14/6036, 5. 159). Dies gilt grundsätzlich auch für Tatsachenfeststellungen, die auf der Grundlage eines Sachverständigengutachtens getroffen worden sind. Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit des Gutachtens können sich aus dem Gutachten oder der Person des Gutachters ergeben, insbesondere wenn das Gutachten in sich widersprüchlich oder unvollständig ist, wenn der Sachverständige erkennbar nicht sachkundig war, sich die Tatsachengrundlage durch zulässigen neuen Sachvortrag geändert hat oder wenn es neue wissenschaftliche Erkenntnismöglichkeiten zur Beantwortung der Sachverständigenfrage gibt (vgl. Zöller/Gummer, ZPO, 23. Aufl., § 529 Rdnr. 9). Anhaltspunkte hierfür werden von der Revision im vorliegenden Fall nicht aufgezeigt.

### *II. Keine verfahrensfehlerbehaftete Beweiserhebung durch das Ausgangsgericht*

Soweit die Revision meint, die entsprechenden Feststellungen seien bereits deshalb nicht verfahrensfehlerfrei getroffen worden, weil das Gutachten nicht von dem vom AG beauftragten Sachverständigen, sondern von einem Mitarbeiter seines Büros erstellt worden sei, wird übersehen, dass das AG in seinem Beweisbeschluss lediglich das „Büro“ des Sachverständigen beauftragt hat. Ob eine Ernennung des Sachverständigen in dieser allgemeinen Form nach § 404 ZPO zulässig ist, kann im vorliegenden Fall letztlich dahinstehen. Denn der Inhaber des Sachverständigenbüros hat nach der entsprechenden Beauftragung dem Gericht den Mitarbeiter seines Büros benannt, welcher das Gutachten erstellen und einer eventuellen Gerichtsverhandlung beiwohnen werde. Nachdem weder seitens des Gerichts noch seitens der Parteien, denen dies zur Kenntnis gebracht wurde, hiergegen Einwände erhoben worden sind, war damit die Person des

Sachverständigen zum Zeitpunkt der Erstellung des Gutachtens hinreichend bestimmt.

### *III. Keine Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit des Gutachtens*

Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der Feststellungen des AG ergeben sich entgegen der Auffassung der Revision auch nicht aus den vom Kl. inhaltlich gegen das Gutachten erhobenen Bedenken. Das Gutachten ist weder in sich widersprüchlich noch unvollständig, noch haben sich die Tatsachengrundlagen geändert. Der Kl. hat lediglich seine auf das Nachtragsgutachten des Privatsachverständigen gestützte Behauptung aufrechterhalten, dass zu einer ordnungsgemäßen Reparatur eine Erneuerung des Seitenteils erforderlich sei. Hierüber hatte sich jedoch das erstinstanzliche Gericht auf Grund des von ihm eingeholten Sachverständigengutachtens eine gegenteilige Überzeugung gebildet. Allein der Umstand, dass der Kl. das vom Gericht eingeholte Sachverständigengutachten nicht für überzeugend hält, vermag bei dieser Sachlage konkrete Anhaltspunkte für Zweifel an seiner Richtigkeit und Vollständigkeit nicht zu ersetzen. Geändert hatte sich hier lediglich die Beurteilung des vom Kl. beauftragten Privatsachverständigen hinsichtlich der Erforderlichkeit einer Erneuerung des Seitenteils. Dieser — zum Zeitpunkt der Einholung des gerichtlichen Gutachtens bereits bekannte — Meinungswandel nötigte jedoch das BerGer. bereits deshalb nicht zur Ergänzung der Beweisaufnahme, weil dadurch keine Fehler oder Widersprüche im gerichtlichen Gutachten aufgezeigt werden. Schließlich begegnet es auch keinen rechtlichen Bedenken, dass es das BerGer. nach den Ausführungen des erstinstanzlich beauftragten Sachverständigen als plausibel angesehen hat, dass die nach durchgeführter Reparatur noch festgestellten Mängel auf den vom Kl. gewählten, weitaus billigeren als von seinem eigenen Sachverständigen bezeichneten Reparaturweg unter Verwendung einer gebrauchten Tür zurückzuführen seien und deshalb nicht mit der erforderlichen Wahrscheinlichkeit davon ausgegangen werden könne, dass eine erneute Beweisaufnahme zu einem anderen Ergebnis führen werde. Dies ist auf der Grundlage des eingeholten Sachverständigengutachtens eine zulässige tatrichterliche Würdigung, die — mangels von der Revision aufgezeigter Verfahrensfehler — revisionsrechtlicher Überprüfung entzogen ist.

### *IV. Kein Wahlrecht des Kl. zwischen fiktiven und tatsächlichen Kosten*

Das BerGer. ist schließlich auch mit Recht zu dem Ergebnis gelangt, dass dem Kl. über den ihm zuerkannten Betrag hinaus kein Schadensersatzanspruch hinsichtlich weiterer Mietwagenkosten zusteht. Die vom Einzelrichter im Zusammenhang mit der Revisionszulassung als rechtsgrundsätzlich erachtete Frage einer

Kombination von fiktiver und konkreter Schadensabrechnung bedarf in dieser Allgemeinheit im vorliegenden Fall keiner abschließenden Beurteilung. Jedenfalls unter den Umständen des vorliegenden Falls muss sich der Kl. hinsichtlich der Dauer der Schadensbehebung an der seiner ursprünglichen Schadensabrechnung zu Grunde liegenden Art der Reparatur festhalten lassen, welche ihm die Bekl. zu 2 bezahlt hat und die nach den rechtsfehlerfreien Feststellungen des BerGer. nach vier Tagen zu einer ordnungsgemäßen Wiederherstellung des Fahrzeugs geführt hätte. Die Mietwagenkos-

ten für die Dauer der von ihm tatsächlich durchgeführten Reparatur kann er schon deshalb nicht verlangen, weil er damit eine andere, billigere Art der Wiederherstellung gewählt hat, deren Kosten er gerade nicht geltend macht. Verlangt der Geschädigte den zur Wiederherstellung erforderlichen Geldbetrag fiktiv auf Basis eines Sachverständigengutachtens, das eine bestimmte Art einer ordnungsgemäßen Reparatur vorsieht, so kann er grundsätzlich nur für die erforderliche Dauer dieser Reparatur Ersatz der Kosten für die Anmietung eines Ersatzfahrzeugs beanspruchen.

### Standort: Auslobung

### Problem: Gewinnzusagen gem. § 661 a BGB

BGH, URTEIL VOM 16.10.2003  
III ZR 106/03 (OLG CELLE)

#### **Problemdarstellung:**

Die Bekl., eine in den Niederlanden ansässige Versandhandelsgesellschaft, überraschte den in Deutschland wohnhaften Kl. mit der schriftlichen Nachricht, dass er im Rahmen einer Werbeverlosung 9.000,- DM gewonnen habe und die Auszahlung nach Einreichung einer Warenbestellung erfolgen werde. Der Kl. hat trotz einer Warenbestellung in Höhe von 78,68 DM keinerlei Zahlung seitens der Bekl. erhalten. Im Klagewege erstreitet er jetzt seine Gewinnzusage.

Der BGH bestätigte in seinem Urteil die von den Vorinstanzen angenommene internationale Zuständigkeit in diesem Rechtsstreit. In Verbrauchersachen bzw. bei unerlaubter Handlung ist nach Art. 5, 13, 14 EuGVÜ a.F. (EuGVO n.F.) ist das Gericht jeweils europarechtlich zuständig, wo der Verbraucher bzw. Geschädigte seinen Wohnsitz hat (vgl. in diesem Zusammenhang auch: Art. 29 f. EGBGB). Im Prozess ist deutsches Recht zugrunde zulegen, da die beiden Parteien übereinstimmend auf deutsches Recht in ihren jeweiligen Vorträgen Bezug nehmen.

So dann muss sich der BGH mit der Verfassungsmäßigkeit von § 661 a BGB auseinandersetzen. Dabei erkennt das Gericht keine Verfassungswidrigkeit dieser Vorschrift, als dass gem. Art. 100 GG das Bundesverfassungsgericht anzurufen sei. § 661 a BGB verstößt nicht gegen das rechtsstaatliche Schuldprinzip, wonach keine Strafe ohne Schuld ergehen darf. Der durch § 661 a BGB begründete Anspruch des Verbrauchers gegen den Unternehmer auf Leistung des versprochenen Preises wird jedoch allgemein als zivilrechtlicher Anspruch und nicht als Sanktion aufgefasst. Die von der Revision gerügte Verletzung des dem Art. 103 II GG zu entnehmenden Bestimmtheitsgrundsatzes ist auch zu verneinen. Dieser Grundsatz greift nicht ein, wenn wie im Streitfall zivilrechtliche Verpflichtungen in Rede stehen. Der von der Revision herangezogene Grundsatz der angemessenen, verhältnis-

mäßigen Bestrafung ist nicht anwendbar, weil wie ausgeführt § 661 a BGB nicht eine Strafe, sondern einen zivilrechtlichen Anspruch regelt.

#### **Prüfungsrelevanz:**

Gem. § 661 a BGB muss ein Unternehmer, der Gewinnzusagen oder vergleichbare Mitteilungen an Verbraucher sendet und durch die Gestaltung dieser Zusendungen den Eindruck erweckt, dass der Verbraucher einen Preis gewonnen hat, dem Verbraucher diesen Preis auch tatsächlich leisten.

Mit der Einführung des § 661 a BGB wollte der Gesetzgeber einer verbreiteten und wettbewerbsrechtlich unzulässigen Praxis entgegenwirken, dass Unternehmer Verbrauchern Mitteilungen über angebliche Gewinne übersenden, um sie zur Bestellung von Waren zu veranlassen, die Gewinne auf Nachfrage aber nicht aushändigen (vgl. BGH, NJW 2003, 426 [428]). Nach Auffassung des Gesetzgebers hatten die Vorschriften des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb die unzulässigen Gewinnspiele nicht zurückgedrängt. Es erschien deshalb erforderlich, diese Vorschriften durch zivilrechtliche Ansprüche zu unterlegen; der Unternehmer sollte beim Wort genommen werden, um den Missbrauch abzustellen.

Streitig ist allein dessen Einordnung innerhalb des Zivilrechts (für vertragliche, rechtsgeschäftliche oder geschäftsähnliche Einordnung der Gewinnzusage: Mansel, in: Jauernig, BGB, 10. Aufl. [2003], § 661 a Rdnrn. 1 f. und 4; Micklitz, in: MünchKomm, 4. Aufl. [2001], § 13 Rdnr. 47 [Fiktion eines einseitigen Rechtsgeschäfts]; für deliktische, deliktsähnliche oder wettbewerbsrechtliche Qualifikation: Fetsch, RIW 2002, 936 [938, 942]; Leible, IPRax 2003, 28 [30f.]; ders., NJW 2003, 407 [408]; Rauscher/Schülke, EuLF 2000/2001, 334 [337]; Simons, EuLF 2003, 41 [43 f.]; Staudinger, JZ 2003, 852 [856]; wohl auch Schneider, BB 2002, 1656).

§ 661 a BGB kann aber nicht — wie von Teilen des Schrifttums (siehe Vertiefungshinweise) erwogen — in die Nähe eines zivilrechtlichen Strafschadensersatz-



zes nach Art der „punitive damages“ des US-amerikanischen Rechts gerückt und deshalb als Regelung einer Strafe oder strafähnlichen Sanktion angesehen werden.

**Vertiefungshinweise:**

☐ Z dieser Thematik: *Lorenz*, LMK 2003, 217; *BGH*, NJW 2003, 2916; *Mankowski*, NZI 2003, 546; *Leible*, LMK 2004 (Heft 1)

☐ Sanktionscharakter des § 661a BGB: *Schneider*, EuLF 2000/2001, 1656; *Fetsch*, MW 2002, 936 [938]; *Leible*, IPRax 2003, 31

**Leitsatz:**

**§ 661 a BGB ist nicht verfassungswidrig.**

**Sachverhalt:**

Die Bekl. ist eine in den Niederlanden ansässige Versandhandels-gesellschaft. Sie übersandte im September 2001 dem in der Bundesrepublik Deutschland wohnhaften Kl. ein Schreiben, in dem es unter anderem hieß: „Lieber Herr A (= Kl.), über drei große Ereignisse kann ich Ihnen als Kunde unseres ‚Spezialitäten-Programms‘ berichten:

- (1) Es hat am 11. 9. 2001 eine Ziehung stattgefunden.
- (2) Es war Ihr Name, sehr geehrter Herr A, den mir der Justiziar nannte.
- (3) Es war einer der höchsten Geldbeträge, der Ihnen zugeteilt wurde.

Also, beginnen wir mit Punkt Eins. Die Ziehung war wie gesagt am 11. 9. 2001, 10.30 Uhr... es ging um die Gesamt-Gewinnsumme von 33000 DM ... in bar! ... Fünf Hauptgewinne standen zur Vergabe bereit. ... Der Justiziar erhob sich, um die Gewinner namentlich zu nennen ... Ja, und nun ist es tatsächlich wahr, dass Sie selbst darüber nachdenken können, welchen Herzenswunsch Sie sich erfüllen möchten. Denn Ihr Name ist dabei! ... dann kam der Höhepunkt der Ziehung: Die Geldbeträge wurden den genannten Gewinnern zugeteilt. Und als wiederum Ihr Name genannt wurde, konnte ich die Spannung und die Vorfreude kaum noch aushalten ... Es sind 9000 DM! Ja, 9000 DM in bar, die Ihnen und Ihrer Ziehungs-Nummer eindeutig zugeteilt wurden! ... Meine dringende Bitte: Schicken Sie jetzt Ihren Einlöse-Scheck und Ihre Spezialitäten-Test-Anforderung ein, damit wir die Gewinn-Auszahlung vollziehen können!“.

Dem Schreiben der Bekl. war ein von „Herr H, Justiziar“ unterzeichnetes „Gewinn-Ziehungs-Protokoll“ beigelegt, das den Kl. als „Gewinn-Empfänger“ eines „Gewinn-Betrag(s): 9000 DM“ auswies. Entsprechend der im Schreiben der Bekl. gegebenen Anleitung sandte der Kl. den „Einlöse-Scheck“ und die „Spezialitäten-Test-Anforderung“ mit einer Warenbestellung über 78,68 DM zurück. Die Bekl. zahlte den angeblichen Gewinn nicht. Der Kl. macht geltend, die Bekl. schulde ihm auf Grund einer Gewinnzusage

(§ 661 a BGB) 4601,63 Euro (= 9000 DM) nebst Zinsen. Die Bekl. hat gerügt, die angerufenen deutschen Gerichte seien nicht international zuständig. Im Übrigen sei § 661 a BGB verfassungswidrig.

AG und BerGer. haben der Klage stattgegeben. Die zugelassene Revision der Bekl. hatte keinen Erfolg.

**Aus den Gründen:**

*A. Entscheidung und Begründung des BerGer.*

Das BerGer. hat die deutschen Gerichte für international zuständig erachtet.

Die in den Niederlanden ansässige Bekl. könne vor einem deutschen Gericht verklagt werden, weil in der Bundesrepublik Deutschland sowohl die internationale Zuständigkeit für Verbrauchersachen (Art. 13, 14 des Übereinkommens über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 27. 9. 1968, BGBl. II 1972, 774, im Folgenden: EuGVÜ) als auch der unerlaubten Handlung (Art. 5 Nr. 3 EuGVÜ) begründet sei. § 661 a BGB verstoße nicht gegen das Verbot der Doppelbestrafung (Art. 103 III GG), weil es sich bei dieser Vorschrift nicht um ein allgemeines Strafgesetz handle. Die Regelung sei auch nicht wegen aus dem Rechtsstaats-, insbesondere aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz herzuleitender Beschränkungen von Doppelsanktionen verfassungswidrig.

*B. Entscheidung des BGH in der Revision*

Das Berufungsurteil hält der rechtlichen Prüfung stand.

*I. Internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichtsbarkeit*

Die Klage ist zulässig. Die deutschen Gerichte sind international zuständig. Die Revision bringt insoweit keine Rüge vor; die auch unter der Geltung des § 545 II ZPO n. F. von Amts wegen gebotene Prüfung der internationalen Zuständigkeit ergibt keine Bedenken (vgl. EuGH, Slg. 2002, 1-6367 = NJW 2002, 2697 [2698 f.] Rdnrn. 53 ff. — Rudolf Gabriel; Senat, NJW 2003, 426, vorgesehen zum Abdruck in BGHZ; weiter zur Amtsprüfung: BGH, NJW 2003, 2916 = WM 2003, 1542 [1543]; NJW 2003, 2830).

*II. Anspruch auf Gewinngewährung gem. § 661 a BGB*

Die Klage ist begründet. Der Kl. kann von der Bekl. Zahlung von 4601,63 Euro nebst Zinsen verlangen. Anspruchsgrundlage ist § 661 a BGB.

*1. Anwendbarkeit materiellen, deutschen Rechts*

Der Streitfall ist nach dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch zu entscheiden. Die Parteien haben jedenfalls im Prozess deutsches Recht gewählt, indem sie ihrem Vortrag übereinstimmend deutsches Recht zu Grunde gelegt haben.

## 2. Vorliegen der Voraussetzungen gem. § 661 a BGB

Gemäß § 661 a BGB hat ein Unternehmer, der Gewinnzusagen oder vergleichbare Mitteilungen an Verbraucher sendet und durch die Gestaltung dieser Zusendungen den Eindruck erweckt, dass der Verbraucher einen Preis gewonnen hat, dem Verbraucher diesen Preis zu leisten. Nach den nicht mit einer Verfahrensrüge angegriffenen Feststellungen des BerGer. hat die Bekl. dem Kl. eine solche Gewinnzusage über 9000 DM (= 4601,63 Euro) zugesandt.

## 3. Verfassungsmäßigkeit von § 661 a BGB

§ 661 a BGB ist nicht verfassungswidrig; es besteht kein Anlass, gem. Art. 100 11 GG die Entscheidung des BVerfG einzuholen. Die Revision macht unter Bezugnahme auf Schneider (BB 2002, 1653) geltend, § 661 a BGB greife unverhältnismäßig in die Grundrechte des betroffenen Unternehmers aus Art. 2 I, 12 GG ein. Die Vorschrift verstoße gegen das Schuldprinzip (Art. 1 I, 2 I, 20 III GG) sowie gegen das Verbot der Doppelbestrafung (Art. 103 III GG). Sie genüge nicht dem Bestimmtheitsgebot des Art. 103 II GG. Dieser Auffassung ist indes nicht zu folgen.

### a. Kein Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip

§ 661 a BGB verstößt nicht gegen den im Rechtsstaatsprinzip begründeten Grundsatz, dass jede Strafe — nicht nur die Strafe für kriminelles Unrecht, sondern auch die strafähnliche Sanktion für sonstiges Unrecht — Schuld voraussetzt („nulla poena sine culpa“, z. B. BVerfGE 20, 323 [331] = NJW 1967, 195, st. Rspr.; Jarass/Pieroth, GG, 6. Aufl. [2002], Art. 20 Rdnr. 99 m. w. Nachw.); er verletzt den betroffenen Unternehmer nicht in seinen Grundrechten aus Art. 2 I, 12 I GG. § 661 a BGB ordnet nicht eine Strafe an, das heißt eine Kriminalstrafe oder eine andere staatliche Maßnahme, die eine missbilligende hoheitliche Reaktion auf ein schuldhaftes Verhalten enthält und ein „Übel“ wegen eines rechtswidrigen Verhaltens verhängt (vgl. st. Rspr. des BVerfG zum Begriff der „Strafbarkeit“ i. S. des Art. 103 II GG, z.B. BVerfGE 42, 261 [262f.] = NJW 1976, 1883; Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig, GG, Stand: Februar 2003, Art. 103 Rdnr. 195; Jarass/Pieroth, Art. 103 Rdnr. 41). Die Vorschrift kann auch nicht zivilprozessualen Maßnahmen mit pönalem Charakter wie der Verhängung von Ordnungsgeld zur Erzwingung von Unterlassungen und Duldungen (§ 890 I ZPO) gleichgesetzt werden (anders wohl Schneider, BB 2002, 1657). § 661 a BGB handelt von Ansprüchen zwischen Privaten (vgl. Schneider, BB 2002, 1656). Mit der Einführung des § 661 a BGB wollte der Gesetzgeber einer verbreiteten und wettbewerbsrechtlich unzulässigen Praxis entgegenwirken, dass Unternehmer Verbrauchern Mitteilungen über angebliche Gewinne übersenden, um sie zur Bestellung von Waren zu veranlassen, die Gewinne auf Nachfrage aber nicht aushändigen (vgl. Senat,

NJW 2003, 426 [428]). Nach Auffassung des Gesetzgebers hatten die Vorschriften des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb die unzulässigen Gewinnspiele nicht zurückgedrängt. Es erschien deshalb erforderlich, diese Vorschriften durch zivilrechtliche Ansprüche zu unterlegen; der Unternehmer sollte beim Wort genommen werden, um den Missbrauch abzustellen (vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses [6. Ausschuss], BT-Dr 14/3 195, S. 33 f.; Begr. d. BReg. z. GE über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts sowie zur Umstellung von Vorschriften auf Euro, BT-Dr 14/2658, S. 48 f., Gegenäußerung der BReg. z. der Stellungnahme des BR, BT-Dr 14/2920, 5. 15; Schmidt/Räntsch, VuR 2000, 427 [434]).

Der durch § 661 a BGB begründete Anspruch des Verbrauchers gegen den Unternehmer auf Leistung des Preises wird dementsprechend allgemein als zivilrechtlicher Anspruch aufgefasst; streitig ist allein dessen Einordnung innerhalb des Zivilrechts (für vertragliche, rechtsgeschäftliche oder geschäftsähnliche Einordnung der Gewinnzusage: Piekenbrock/Schulze, IPRax 2003, 328 [332]; Lorenz, IPRax 2002, 192 [193]; Pfeiffer, LMK 2003, 79 [80]; Ring, FernabsatzG, 2000, § 661 a BGB Rdnr. 172; wohl auch Feuchtmeyer, NJW 2002, 3598 [3599]; ähnl. Mankowski, EWiR 2002, 873 [874]; vgl. auch Kotzian-Markgraf, in: Bamberger/Roth, BGB, 2003, § 661 Rdnr. 1; Mansel, in: Jauernig, BGB, 10. Aufl. [2003], § 661 a Rdnrn. 1 f. und 4; Micklitz, in: MünchKomm, 4. Aufl. [2001], § 13 Rdnr. 47 [Fiktion eines einseitigen Rechtsgeschäfts]; für deliktische, deliktähnliche oder wettbewerbsrechtliche Qualifikation: Fetsch, RIW 2002, 936 [938, 942]; Leible, IPRax 2003, 28 [30f.]; ders., NJW 2003, 407 [408]; Rauscher/Schülke, EuLF 2000/2001, 334 [337]; Simons, EuLF 2003, 41 [43 f.]; Schmidt-Räntsch, VuR 2000, 427 [434]; Staudinger, JZ 2003, 852 [856]; wohl auch Schneider, BB 2002, 1656). § 661 a BGB kann schließlich nicht — wie von Teilen des Schrifttums (Schneider, EuLF 2000/2001, 1656; Fetsch, MW 2002, 936 [938]; Leible, IPRax 2003, 31; Rauscher/Schülke, EuLF 2000/2001, 337; Simons, EuLF 2003, 43) erwogen — in die Nähe eines zivilrechtlichen Strafschadensersatzes nach Art der „punitive damages“ des US-amerikanischen Rechts (vgl. BGHZ 118, 312 [334 ff.] = NJW 1992, 3096) gerückt und deshalb als Regelung einer Strafe oder strafähnlichen Sanktion angesehen werden. Der US-amerikanische Strafschadensersatz wird durch die Momente der Bestrafung und Abschreckung geprägt. Maßgebliche Voraussetzung ist allein der gesteigerte Schuldvorwurf. Das Fehlen eines Rechtsanspruchs des Geschädigten zeigt das untergeordnete Gewicht seiner Interessen. Die „punitive damages“ werden — nach dem freien Ermessen des Gerichts — wesentlich nach dem Interesse der Allgemeinheit verhängt (vgl. BGHZ 118, 312 [33Sf., 343f.] = NJW 1992, 3096). Demge-

genüber knüpft § 661 a BGB an die — als einseitiges Rechtsgeschäft oder geschäftsähnliche Handlung zu beurteilende (vgl. Senat, NJW 2003, 426 [427]) — Gewinnzusage oder vergleichbare Mitteilung an, nimmt den Unternehmer beim „lauten Wort“ (Mankowski, EWIR 2002, 874). Die Vorschrift gibt dem Verbraucher nicht einen Schadensersatzanspruch, sondern einen Erfüllungsanspruch auf den Preis. Dieser Anspruch ist der Art und der Höhe nach durch die (vermeintliche) Gewinnzusage des Unternehmers bestimmt. Handelt es sich bei dem Leistungsanspruch nach § 661 a BGB aber nicht um eine Strafe oder eine sonstige strafähnliche hoheitliche Maßnahme, besteht — wie bei anderen zivilrechtlichen Ansprüchen — von Verfassungs wegen kein Grund für die Anwendung des Schuldprinzips.

*b. Kein Verstoß gegen den Bestimmtheitsgrundsatz*

Die von der Revision gerügte Verletzung des dem Art. 103 II GG zu entnehmenden Bestimmtheitsgrundsatzes ist zu verneinen. Dieser Grundsatz greift nicht ein, wenn wie im Streitfall zivilrechtliche Verpflichtungen in Rede stehen (vgl. BVerfGE 34, 269 [293]; BVerfGE 84, 82 [89] = NJW 1991, 3139 [zivilgerichtliches Verfahren]; Jarass/Pieroth, Art. 20 Rdnr. 41; Nolte, in: v. Mangoldt/ Klein/Starck, GG, 4. Aufl. [2001], Art. 103 Rdnr. 109).

*c. Kein Verstoß gegen das Verbot der doppelten Bestrafung*

Ebenso wenig verstößt § 661 a BGB gegen das Verbot

der doppelten Bestrafung auf Grund der „allgemeinen Strafgesetze“ (Art. 103 III GG). Der an ein einseitiges Rechtsgeschäft oder eine geschäftsähnliche Handlung knüpfende Erfüllungsanspruch nach § 661 a BGB kann zu diesen Gesetzen nicht gezählt werden.

*d. Kein Verstoß gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*

Der von der Revision herangezogene Grundsatz der angemessenen, verhältnismäßigen Bestrafung ist nicht anwendbar, weil wie ausgeführt § 661 a BGB nicht eine Strafe, sondern einen zivilrechtlichen Anspruch regelt. Für diesen Anspruch gelten allerdings die Generalklauseln des BGB (§§ 242, 826 BGB). Der vorliegende Fall bietet jedoch keinen Anhalt für die Möglichkeit eines Rechtsmissbrauchs (vgl. Fetsch, RIW 2002, 941). Es geht um eine Forderung auf Zahlung von rund 4600 Euro gegen ein grenzüberschreitend tätiges Versandhandelsunternehmen.

Das BerGer. hat nicht festgestellt, dass die Bekl. auch von anderen Verbrauchern in Anspruch genommen wird; das wird von der Revision nicht bekämpft. Im Hinblick auf die Zielsetzung des § 661 a BGB, unlautere Gewinnspiele wirksam zu unterbinden, würde im Übrigen die Inanspruchnahme des Unternehmers durch mehrere Verbraucher einen Missbrauch noch nicht begründen können. Das BerGer. hat zu Recht ausgeführt, dass der Unternehmer das Risiko, auf Grund versandter Gewinnzusagen den Preis leisten zu müssen, selbst steuern kann.

**Standort: Werkvertrag**

**Problem: Urteilsumfang bei Mängelnachbesserung**

OLG HAMM, BESCHLUSS VOM 22.05.2003  
24 U 111/02 (NJW 2003, 3568)

**Problemdarstellung:**

In diesem Berufungsverfahren vor dem OLG Hamm ging es um die Frage, ob die Kl., die nach Bauarbeiten für die Bekl. zur Mängelbeseitigung verurteilt worden war, ihrer ausgeurteilten Pflicht zur Nacherfüllung nachgekommen ist, indem sie die konkret im Urteil beschriebene Art der Nacherfüllung durchgeführt hat, diese aber zu erheblichen neuen Mängeln geführt hat.

Unter Berücksichtigung der sog. „Symptom-Rechtsprechung“ des BGH erkennt das OLG Hamm an, dass ein Urteil auf Nachbesserung lediglich das Erscheinungsbild des jeweiligen Mangels, den der Bekl. beseitigen soll, konkret bezeichnen muss; die Beifügung von Anordnungen im Urteil, wie diese Beseitigung technisch durchzuführen ist, hat grundsätzlich zu unterbleiben. Der BGH verweist darauf, dass ein Gericht grundsätzlich nicht befugt ist, dem Bekl. vorzuschreiben, wie er die Nachbesserung auszuführen hat. Da er das Risiko seiner Arbeit trägt, muss er allein entscheiden können,

auf welche Weise er die Mängel dauerhaft beseitigen will. Folglich ist ein Urteil, das Vorgaben zur Sanierung bzw. Nachbesserung enthält, nur als beispielhaft für die Art der Nachbesserung zu verstehen. Treten durch die konkrete Art der Nachbesserung neue Mängel auf, obwohl diese Art der Nachbesserung ausdrücklich im Urteil als ausreichend angesehen wurde, bleibt die gesamte Nachbesserung trotzdem fehlgeschlagen, sodass der Bekl. weiterhin aus dem Urteil zur Nachbesserung verpflichtet bleibt.

Dass sich die Prüfung, ob der Bekl. nunmehr ordnungsgemäß nachgebessert hat, damit in das Zwangsvollstreckungsverfahren verlagert, wird von der Rechtsprechung des BGH ausdrücklich so hingenommen. Im Zwangsvollstreckungsverfahren muss, sofern z.B. im Wege einer Vollstreckungsgegenklage (§ 767 ZPO) über den Erfolg einer vorgenommenen Nachbesserung gestritten wird, nach den anerkannten Regeln der Technik geprüft werden, ob die Nachbesserung sach- und fachgerecht durchgeführt worden ist.

Im Übrigen stellt das Gericht die Anforderungen für die Erstellung eines Sachverständigengutachtens fest,

insbesondere verlangt es vom Sachverständigen die unmittelbar eigene Inaugenscheinnahme.

#### **Prüfungsrelevanz:**

Dieses Urteil verknüpft zwei examensrelevante Themengebiete miteinander, die die Lektüre dieser Entscheidung zwecks Examensvorbereitung empfehlenswert machen.

Zum einen werden hier klassische Probleme des werkvertraglichen Gewährleistungsrechts erörtert. Erbringt der Unternehmer sein geschuldetes Werk mangelhaft, so hat der Besteller gem. §§ 633, 634 Nr. 1, 635 BGB einen Anspruch auf Nacherfüllung, d.h. nach Wahl des Unternehmers auf Nachbesserung oder Neuherstellung. Aufgrund der Wahlfreiheit des Unternehmers, wie er am besten die Mangelfreiheit nachträglich gewähren will, darf ihm weder der Besteller noch das Gericht - wie dieser Fall zeigt - vorschreiben, welche Maßnahmen er zu ergreifen hat. Führt die konkret gewählte Art der Nacherfüllung zu neuen Mängeln am Werk, so sie fehlgeschlagen (vgl. § 636 BGB).

Zum anderen werden in dieser Entscheidung zivilprozessuale Probleme angesprochen, wie insbesondere der Klageantrag und der Urteilstenor trotz des Bestimmtheitsgrundsatzes (§ 253 ZPO) zu formulieren ist. Da es dem - regelmäßig sachkundigen - Bestellers nicht möglich ist, die Ursachen für die mangelhafte Werkleistung zu beschreiben, genügt nach der sog. "Symptom-Rechtsprechung" die Beschreibung des konkreten Erscheinungs- und Folgenbildes des jeweiligen Mangels.

#### **Vertiefungshinweis:**

Zu Nachbesserungsvereinbarungen zwischen den Parteien: *BGH*, NJW-RR 2003, 737

#### **Kursprogramm:**

- Examenskurs: "Die neue Kanzlei"
- Examenskurs: "Die sturm- und wetterfeste Aluminiumfassade"

#### **Leitsätze:**

**1. Ob eine Kellerabdichtung sach- und fachgerecht nachgebessert worden ist, richtet sich unter Berücksichtigung der Symptom-Rechtsprechung des BGH nach den anerkannten Regeln der Technik und nicht allein nach den teilweise nur beispielhaften Vorgaben eines Urteils, das abweichend von der vorgenannten Rechtsprechung technische Details der als erforderlich angesehenen Nachbesserungsmaßnahmen enthält.**

**2. Wenn verschiedene im Vorprozess nicht angesprochene Details einer Sanierungsmaßnahme erhebliche „neue“ Mängel aufweisen, die zur Folge haben, dass ein im Vorprozess als ausreichend an-**

**gesehenes und fachgerecht durchgeführtes Nachbesserungsdetail unzureichend ist, so ist die Nachbesserung insgesamt fehlgeschlagen.**

**3. Wenn nach einer Nachbesserung der Kellerabdichtung weiterhin Wasser in den Keller eindringt, reicht eine Begutachtung der Abrechnungen der Subunternehmer bezüglich dieser Arbeiten und von Fotos, die während der Sanierung angefertigt worden sind, für die Feststellung, dass die Sanierung sach- und fachgerecht durchgeführt worden ist, nicht aus. Der Sachverständige muss die durchgeführten Abdichtungsmaßnahmen vielmehr vor Ort sorgfältig prüfen.**

#### **Sachverhalt:**

Die Kl., die nach Bauarbeiten für die Bekl. zur Mängelbeseitigung verurteilt worden war, hat sich mit einer Vollstreckungsgegenklage gegen die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung aus dem vollstreckbaren Urteil des LG Münster gewandt, nachdem die Bekl. gem. § 887 ZPO beantragt hatten, sie hinsichtlich der Nrn. 4 und 6 jenes Urteils zu einer im Einzelnen beschriebenen Nachbesserung zu ermächtigen, weil weiterhin Oberflächenwasser in ihre Keller eindringe. In jenen Nummern war die Kl. verurteilt worden, an der Eigentumswohnanlage der Bekl. Mängelbeseitigungsarbeiten vorzunehmen. Die Kl. hatte bis Ende 1999 Mängelbeseitigungsmaßnahmen durchgeführt. In ihrem Antrag gem. § 887 ZPO wollten die Bekl. ermächtigt werden, den gesamten Sockelbereich freizulegen, den Sperrputz und die bituminöse Abklebung insbesondere im Sockelbereich der Fenster und über den Kellerlichtschächten zu überprüfen bzw. zu erneuern, den Klinkersockel abschnittsweise bis zur Höhe der Z-Isolierung zu entfernen, die dahinter liegende Abdichtung zu erneuern, die Sockel zu erneuern einschließlich der Dämmung, die Übergänge Fenster/Klinker sowie den gesamten Fenstersockel abzudichten. Die Kl. hat zur Begründung der Vollstreckungsabwehrklage ausgeführt, dass sie die Ansprüche der Bekl. im Rahmen der Nachbesserung erfüllt habe. Sie hat geltend gemacht, dass der von den Bekl. begehrte Kostenvorschuss Maßnahmen betreffe, die vom Urteil des Vorprozesses nicht erfasst seien.

Das LG hat der Vollstreckungsabwehrklage weitgehend stattgegeben. Nachdem die Bekl. Berufung eingelegt hatte, haben beide Parteien den Rechtsstreit für erledigt erklärt. Die Kosten wurden der Kl. auferlegt.

#### **Aus den Gründen:**

##### *A. Zur Auslegung des Antrags im Rahmen der Vollstreckungsgegenklage*

Insoweit ist zunächst zu berücksichtigen, dass sich die Vollstreckungsgegenklage entgegen der Annahme des LG nur gegen die Zulässigkeit der Vollstreckung aus den Nrn. 4 und 6 des Urteils vom 26. 10. 1998 richtete.

te. Die Kl. hat zwar ihren erstinstanzlichen Antrag wie folgt formuliert:

Es wird festgestellt, dass die Zwangsvollstreckung aus dem vollstreckbaren Urteil des LG Münster vom 26. 10. 1998 — 15 O 325/97 — für unzulässig erklärt wird. Prozesshandlungen sind jedoch auslegungsfähig und -bedürftig (Zöller/Greger, ZPO, § 128 Vorb. Rdnr. 25; Thomas/Putzo, ZPO, Einl. III Rdnrn. 15, 16; Liebheit, NJW 2000, 2235). Bei der Auslegung ist davon auszugehen, dass die Partei das anstrebt, was nach den Maßstäben der Rechtsordnung vernünftig ist und der recht verstandenen Interessenlage der Parteien entspricht (BGH, NJW-RR 1995, 1183; Zöller/Greger, § 128 Vorb. Rdnr. 25). Aus der Begründung der Vollstreckungsgegenklage und der Streitwertangabe (15 000 DM) ergab sich eindeutig, dass die Kl. mit der Vollstreckungsgegenklage nur die Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung hinsichtlich der Nrn. 4 und 6 des Tenors des im Vorprozess ergangenen Urteils geltend machen wollte. Das hat der Prozessbevollmächtigte der Kl. in dem Senatstermin auf die gem. § 139 I 2 ZPO gebotene Frage auch klargestellt.

Die Vollstreckungsgegenklage sollte sich offensichtlich nicht in unzulässiger Weise gegen den Feststellungsausspruch des Urteils vom 26. 10. 1998 richten. Mangels eines vollstreckungsfähigen Inhalts jenes Ausspruchs ist eine Vollstreckungsgegenklage insoweit nach allgemeiner Meinung unzulässig (OLG München, HRR 36 Nr. 1371; Schmidt, in: MünchKomm-ZPO, § 767 Rdnr. 25; Musielak/Lackmann, ZPO, § 767 Rdnr. 2; Zöller/Stöber/Herget, ZPO, § 767 Rdnr. 1).

#### *B. Zum Erfolg der Vollstreckungsgegenklage bezüglich einer ordnungsgemäßen Nachbesserung*

Soweit das LG die Vollstreckungsgegenklage hinsichtlich der Nr. 4 des Tenors des Vorprozesses abgewiesen hat, ist das erstinstanzliche Urteil nicht angegriffen worden.

Die Vollstreckungsgegenklage war auch hinsichtlich der Nr. 6 des im Vorprozess ergangenen Urteils un begründet.

#### *I. Zu den Anforderungen an eine sachverständige Baumängelbegutachtung*

Aus dem Gutachten des Sachverständigen Dipl.-Ing. W vom 22. 1. 2002 ergibt sich nicht mit der für eine Entscheidungsfindung erforderlichen Sicherheit, dass die Kl. die Sockelzone des Kelleraußenmauerwerks entgegen der Darstellung der Bkl. fachgerecht abgedichtet hat. Ob eine Kellerabdichtung erfolgreich nachgebessert worden ist, lässt sich entgegen dem Vorgehen des Sachverständigen nicht mit Hilfe von Rechnungen eines Subunternehmers und Fotos, die während der Nachbesserung erstellt wurden, in Verbindung mit Plausibilitätsabwägungen feststellen. Dazu ist vielmehr eine sorgfältige Überprüfung der Abdich-

tung vor Ort erforderlich, die der Sachverständige zu Unrecht unterlassen hat. Die Tatsache, dass die Sanierungsmaßnahme erheblich „neue“ Mängel aufweist, die der Sachverständige als Hauptursache dafür ansieht, dass weiterhin Feuchtigkeit in den Keller eintritt, rechtfertigt ohne eigene Beobachtungen und Untersuchungen des Sachverständigen nicht die Schlussfolgerung, dass die im Tenor des Vorprozesses aufgeführte Abdichtung fachgerecht ausgeführt worden ist.

#### *II. Keine fach- und sachgerichtete Nachbesserung der Kl.*

Die Sanierungsmaßnahmen der Kl. können zudem unabhängig von dieser unzureichenden Feststellung entgegen der Auffassung des LG nicht als fach- und sachgerecht bezeichnet werden.

#### *1. Zum Umfang der geschuldeten und ausgeurteilten Nachbesserungspflicht der Kl.*

Der Sachverständige und ihm folgend das LG haben den Umfang der von der Kl. geschuldeten Nachbesserungsmaßnahmen verkannt. Diese werden durch die Urteilsformel und -gründe bestimmt. Der wahre Sinn der Urteilsformel muss durch Auslegung festgestellt werden, wenn ihre Fassung zu Zweifeln Anlass gibt (Zöller/Stöber, § 704 Rdnr. 5 m. w. Nachw.).

#### *a. Zur sog. "Symptom-Rechtsprechung" des BGH*

Bei der Auslegung ist zu berücksichtigen, dass der Auftraggeber nach der gefestigten Rechtsprechung des BGH (BGHZ 61, 42 = NJW 1973, 1792 = BauR 1973, 313; LM VOB/B Nr.83 = BauR 1976, 430; NJW-RR 1998, 233; BauR 1998, 632; NJW 1999, 1330 = BauR 1999, 391; NJW-RR 2000, 309; NJW-RR 2002, 661; NJW-RR 2002, 743) mit hinreichend genauer Beschreibung der zu Tage getretenen Erscheinung den Fehler, der der Werkleistung insgesamt anhaftet und der die aufgetretenen Mangelerscheinungen verursacht hat, zum Gegenstand des betreffenden vertraglichen oder prozessualen Verfahrens machen kann. Den Mangel selbst, also die wirklichen Ursachen der Symptome, braucht der Auftraggeber hingegen nicht zu bezeichnen (BGH, NJW-RR 1997, 1376 BauR 1997, 1029). Der Auftraggeber muss nicht darlegen, welchen Weg die Feuchtigkeit im Bauwerk genommen hat. Mit der Bezeichnung der Mangelerscheinung macht der Besteller nicht nur diese, sondern den Mangel selbst in vollem Umfang zum Gegenstand seiner Erklärung (BGH, BauR 1998, 632; NJW-RR 1992, 913 BauR 1992, 503; NJW-RR 1989, 148).

Das gilt auch, wenn der Auftraggeber bestimmte Aussagen über die Ursachen der Mangelerscheinungen macht. Damit werden Rechtswirkungen nicht auf die bezeichneten oder vermuteten Ursachen beschränkt. Vielmehr sind auch dann immer alle Ursachen für die bezeichneten Symptome von seinen jeweiligen Erklärungen erfasst (BGH, NJW-RR 1997, 1376 = BauR

1997, 1029). Das gilt auch dann, wenn Mängel auch noch an anderen Stellen aufgetaucht sind (BGH, NJW 1999, 1330 = BauR 1999, 391 [392]).

#### *b. Übertragung auf den vorliegenden Fall*

Da die Bekl. sich im Vorprozess darauf beschränken konnten, die Mangelsymptome zu bezeichnen — hier das Eindringen von Wasser in ihre Keller — und da ihre Mängelrügen sich mit der Bezeichnung der Symptome auf sämtliche einschlägigen Ursachen bezogen, gleichgültig, ob sie konkret genannt waren oder nicht, waren die Mängelrügen nicht auf die von ihnen genannten Ursachen beschränkt (BGH, NJW 1997, 2874 = BauR 1997, 1030). Die Bekl. haben mit ihrer Rüge vielmehr alle vertragswidrigen Eigenschaften der Haus- und Kellerabdichtung beanstandet, die Ursache für das Eindringen von Wasser in ihre Keller waren. Insoweit kann entgegen der Auffassung des Sachverständigen und des ihm folgenden LG nicht zwischen „neuen“ und „alten“ Mängeln unterschieden werden (BGH, NJW-RR 1997, 1376 = BauR 1997, 1029 [1030]).

#### *c. Auswirkungen auf die Verurteilung der Kl. zur Mängelbeseitigung*

Die Bedeutung der Symptom-Rechtsprechung des BGH beschränkt sich nicht auf vorprozessuale Mängelrügen, sie gilt auch für das prozessuale Verfahren (BGH, NJW-RR 2000, 309; BauR 1998, 632; BauR 1976, 430 [431]). Der BGH hat es in der letztgenannten Entscheidung, die sich auf eine Feststellungsklage bezog, die der Auftraggeber zur Erbringung des gem. § 756 ZPO erforderlichen Nachweises erhoben hatte, dass es die von ihm geschuldete Beseitigung von Mängeln ordnungsgemäß erbracht hat, als unerheblich angesehen, dass sich eine in dem Folgeprozess gerügte Mangelursache weder aus einem Urteil noch aus den zu dessen Auslegung herangezogenen Akten des Vorprozesses ergab. Der BGH verweist an dem angegebenen Ort darauf, dass das Gericht — jedenfalls grundsätzlich — nicht befugt ist, dem Auftragnehmer vorzuschreiben, wie er die Nachbesserung auszuführen hat. Da der Auftragnehmer das Risiko seiner Arbeit trägt, muss er allein entscheiden können, auf welche Weise er die Mängel dauerhaft beseitigen will (BGH, LM VOB/B Nr. 83 = BauR 1976, 430 [432]; NJW-RR 1989, 86 = BauR 1988, 97; Kniffflza/Koebke, Kompendium des Baurechts, 6., Rdnr. 244). Er hat die Wahl zwischen allen geeigneten Maßnahmen. Dieses Recht schließt im Einzelfall die Verpflichtung des Unternehmers ein, zusätzliche Maßnahmen zu ergreifen, um den Werkerfolg sicherzustellen (Werner/Pastor, Der Bauprozess, Rdnr. 1565), was der Kl. im vorliegenden Fall noch nicht gelungen ist. Der Senat folgt dieser Rechtsprechung.

Der Urteilspruch muss zwar so genau gefasst werden, dass das Urteil vollstreckt werden kann. Dazu reicht

die genaue Bezeichnung des Erscheinungsbildes des Mangels aus, den der Unternehmer zu beseitigen hat. Die Beifügung von Anordnungen, wie die Beseitigung technisch vorzunehmen ist, hat in der Regel zu unterbleiben (BGHZ 61, 42; Werner/Pastor, Rdnrn. 1568, 2750). Nach den Erfahrungen des Senats ist es sogar kaum möglich, in einer Entscheidung ein vollständiges und abschließendes Sanierungskonzept aufzunehmen. Dieses ist vielmehr von dem fachkundigen Unternehmer vor der Durchführung der Sanierungsmaßnahmen gegebenenfalls im Zusammenwirken mit einem Architekten oder sonstigen Sonderfachmann aufzustellen und während der Sanierung gegebenenfalls an die örtlichen Gegebenheiten anzupassen. Der vorliegende Fall bestätigt eindrucksvoll, dass es unmöglich ist, einem Unternehmer im Rahmen eines Mängelbeseitigungsprozesses vorausschauend aufzugeben, welche Fehler er im Rahmen einer Sanierung zu unterlassen hat.

#### *2. Verlagerung der Problematik einer ordnungsgemäßen Mängelbeseitigung auf das Zwangsvollstreckungsverfahren*

Dass sich die Prüfung, ob ordnungsgemäß nachgebessert ist, damit in das Zwangsvollstreckungsverfahren verlagern kann, wird vom BGH ausdrücklich hingenommen (BGHZ 61, 42 = NJW 1973, 1792 = BauR 1973, 313 [316]). Dass sich diese Prüfung im vorliegenden Fall auf das Verfahren der Vollstreckungsgegenklage verlagert, in dem ohnehin ein Sachverständigen-gutachten eingeholt werden musste, ist ebenfalls unproblematisch. In Übereinstimmung mit dem BGH (LM VOB/B Nr. 83 = BauR 1976, 430, [431]) ist der Senat der Auffassung, dass im Rahmen der Prüfung, ob der Auftragnehmer die geschuldete Mängelbeseitigung ordnungsgemäß erbracht hat, aus Gründen der Prozesswirtschaftlichkeit zugleich zu klären ist, ob der Auftragnehmer auch im Übrigen mängelfrei gearbeitet hat. Wenn sich aus dem eingeholten Sachverständigen-gutachten ergibt, dass der Auftragnehmer bei Ausführung der Nachbesserungsarbeiten neue Mangelursachen geschaffen hat, ist es nicht vertretbar, die Mängelbeseitigung als sach- und fachgerecht zu bezeichnen, der Vollstreckungsgegenklage stattzugeben und die Auftraggeber wegen der „neuen Mängel“ auf einen weiteren Rechtsstreit zu verweisen.

Die gegenteilige Auffassung des Sachverständigen und des LG misst der Urteilsformel des Vorprozesses eine Bedeutung bei, die sie unter Berücksichtigung der Symptom-Rechtsprechung des BGH nicht hat. Wenn von dem Auftraggeber in einem Prozess nicht verlangt werden kann, dass er alle Mangelursachen benennt, so kann einer Entscheidung, durch die der Auftragnehmer zur Mängelbeseitigung verurteilt worden ist, in der Regel nicht entnommen werden, dass sie die Mängelbeseitigungsmaßnahmen verbindlich und ohne Rücksicht auf die übrigen Faktoren, von denen der

Erfolg der Nachbesserung abhängig ist, festlegen will. Nur wenn die Parteien im Rahmen eines Mängelbeseitigungsbegehrens — anders als im Vorprozess — darüber streiten, welche Maßnahmen zur Mängelbeseitigung konkret erforderlich sind, dann kann der Urteilsausspruch die erforderlichen Mängelbeseitigungsmaßnahmen benennen (BGH, NJW-RR 1997, 1106 = BauR 1997, 638; LG Aachen, NJW-RR 1988, 1176; Kniffka/ Koeble, 6., Rdnr. 244; Werner/Pastor, Rdnr. 1568) und eine einschränkende Auslegung des Urteils geboten sein.

### 3. Irrelevanz der im Urteil detailliert angesprochenen Nachbesserungsmaßnahmen

Die Formulierung in dem Urteilstenor des Vorprozesses sollte unter Würdigung all dieser Umstände ersichtlich die Entscheidung der jetzigen Kl., welche Maßnahmen sie zur Herstellung des vertraglich geschuldeten Werks unternimmt, nicht einschränken und ihr das Risiko bezüglich der Eignung ihrer Nachbesserungsarbeiten auch nicht abnehmen, sondern zum Ausdruck bringen, dass die Kl. die Kellerabdichtung fachgerecht herstellen muss. Das ist ihr bisher nicht gelungen.

#### a. Zum Inhalt des Urteilstenors

Die Differenzierung zwischen den Nrn. 4 und 6 in dem angefochtenen Urteil, die als Teile eines Gesamtanierungskonzepts gemeinsam zu einer fachgerechten Kellerabdichtung führen sollten, war unter Berücksichtigung der zitierten Rechtsprechung des BGH verfehlt. Gemäß Nr. 4 sollte die Kl. durch geeignete Baumaßnahmen die Möglichkeit des Einbruchs von Oberflächenwasser in die Keller der Eigentumswohnungen unterbinden. Durch die beispielhafte Erwähnung der Verlegung einer Drainageleitung (und zu diesem Zweck insbesondere eine Drainageleitung zu verlegen) kommt nicht zum Ausdruck, dass die Nachbesserung, die zum Ziel haben sollte, die Möglichkeit des Einbruchs von Oberflächenwasser in die Keller zu verhindern, auf die beispielhaft genannte Maßnahme beschränkt werden sollte. Selbst wenn es ursprünglich der Vorstellung der Bekl. entsprochen haben sollte, dass diese Maßnahme bezüglich der Abführung des Oberflächenwassers ausreichend ist, so kann daraus unter Berücksichtigung der Symptom-Rechtsprechung des BGH dem Urteil ohne entsprechende Ausführungen in diesem nicht entnommen werden, dass sich die Kl. auf diese Maßnahme zur wirksamen Ableitung des Oberflächenwassers beschränken durfte. Auf keinen Fall ist es mit dem Urteil vereinbar, dass die Kl. durch eine Neukonstruktion der Terrasse etc. das Eindringen von Oberflächenwasser in den Keller sogar gefördert hat.

#### b. Zum Inhalt der erforderlichen Nachbesserung

Die wirksame Ableitung des Oberflächenwassers ist

Voraussetzung für den Erfolg der unter Nr. 6 beschriebenen Maßnahme. Welche Abdichtungsmaßnahmen erforderlich sind, um die in Nr. 6 des Tenors des Vorprozesses geforderte „wasserdichte Sperrlage“ herzustellen, kann nicht unabhängig von der Verfüllung der Baugrube, der Wasserdurchlässigkeit des Bodens, gegebenenfalls einer ordnungsgemäßen Drainage und Ableitung des Oberflächenwassers beantwortet werden. Nur dann, wenn das Wasser schnell genug abfließen kann, ist eine Abdichtung nach DIN 189195, Teil 4, zulässig. Der Sachverständige Dipl.-Ing. W hat in seinem Gutachten vom 20. 8. 1998 zutreffend ausgeführt:

„Sockelzonen von Kelleraußenmauerwerk sind nach DIN 18 195, Teil 4, anzulegen, wenn feststeht, dass diese Sockelzonen nur mit Erdfeuchte und Spritzwasser belastet werden.“

Daraus folgt im Umkehrschluss, dass diese Abdichtung nicht zulässig ist, wenn — wie im vorliegenden Fall — auf Grund der Neukonstruktion der Kl. drückendes Wasser anfällt. Der Sachverständige Dipl.-Ing. W hat in seinem Gutachten vom 22. 1. 2002 ausgeführt, dass gelegentlich auch drückendes Wasser auftrete. Starkregen könne auf Grund der vorhandenen Terrassenkonstruktion nicht rasch genug abgeleitet werden, so dass die Sockelzonen mit kurzzeitig drückendem Wasser belastet werden.

#### c. Fehlschlagen der Nachbesserung bei Herbeiführung „neuer“ Mängel

Dieses Druckwasser kann entgegen der Auffassung des Sachverständigen nicht deshalb unberücksichtigt bleiben, weil es die Sockel-Zonen des Erdgeschosses in einem Umfang belaste, „wie er nicht üblich sei“ und „damit regelwidrig anfallt“ bzw. „weil es bei fachgerechter Ausführung der Terrasse nicht angefallen wäre“. Wenn die Kl. im Rahmen der Sanierung die Terrassenflächen mit einem nicht unerheblichen Gefälle in Richtung der Gebäude hergestellt hat und die eingebauten ACO-Rinnen zudem einen unzureichenden Ablaufrohr-Querschnitt aufweisen, so ist die Abdichtung des Kellers, die stets unter Berücksichtigung der konkreten Art der Wasserbelastung zu beurteilen ist, als Gesamtmaßnahme nicht fachgerecht hergestellt. In diesem Fall hätte eine Abdichtung gem. DIN 18 195, Teil 6, „gegen von außen drückendes Wasser“ erfolgen müssen.

Der Sachverständige Dipl.-Ing. W bejaht in seinem Gutachten vom 22. 1. 2002 zutreffend eine Verzahnung zwischen den „alten, ehemals vorhandenen Mängeln“ und der mit erheblichen Mängeln behafteten „Neukonstruktion“ im Terrassenbereich. Zu Unrecht meint er, dass die Mängel der Nachbesserungsmaßnahme nicht berücksichtigt werden dürfen, weil sie im Vorprozess naturgemäß noch nicht vorhanden waren. Daraus war vielmehr zu folgern, dass die „mit erheblichen Mängeln behaftete Neukonstruktion“ keine fach-

gerechte Nachbesserung darstellt. Es bleibt der Kl. überlassen, ob sie den Terrassenbereich etc. erneut verändert, damit kein drückendes Wasser mehr auftritt oder ob sie die Abdichtung an diese Umstände anpasst.

In einem Bauprozess geht es unter Berücksichtigung der Symptom-Rechtsprechung des BGH entgegen der Auffassung des Sachverständigen Dipl.-Ing. W auch nicht um die semantische Differenzierung, dass nach dem Urteilstenor nur das Kelleraußenmauerwerk abgedichtet werden sollte und nicht das Erdgeschossmauerwerk, eine Differenzierung, die sich in den Entscheidungsgründen des Vorprozesses zudem nicht wiederfindet. Sinn und Zweck der in dem Urteil aufgeführten Nachbesserungsmaßnahmen sollte das Ziel sein, dass künftig kein Wasser mehr in den Keller eindringt. Dieses Ziel hat die Kl. bisher nicht erreicht.

Der Sachverständige Dipl.-Ing. W hat zudem bereits in dem Vorprozess ausgeführt, dass die Sperrlage der Kelleraußenwandfläche bis circa 30 cm über Oberkante Gelände geführt werden muss, so dass die vorgenannte Differenzierung ohnehin nicht nachvollziehbar ist. Es versteht sich von selbst, dass die Kelleraußenmauerwerkabdichtung so lückenlos mit der Erdgeschossmauerwerksabdichtung verbunden werden muss, dass zwischen diesen kein Wasser in den Keller eindringen kann. Das bedurfte keiner zusätzlichen Anordnung im Urteil. Hier wird die Berechtigung der Symptom-Rechtsprechung des BGH besonders deutlich, weil es

den Gerichten gar nicht möglich ist, jeden einzelnen Schritt einer Nachbesserung im Urteilstenor aufzunehmen.

Für den fachkundigen Unternehmer versteht es sich von selbst, dass zwischen der senkrechten Abdichtung des Kellermauerwerks, wenn diese auf Grund einer nicht fachgerechten konstruktiven Veränderung der Terrasse gelegentlich mit drückendem Wasser belastet wird, und dem waagerechten Schenkel der Z-Sperre eine innige Verbindung hergestellt werden muss, damit kein Wasser in den Keller eindringt. Inwieweit die Kl. zur Erreichung dieses Ziels auch die gesamte mangelhafte Z-Sperrlage auch im Übrigen nachbessern musste, richtet sich nach den Anforderungen, die an eine fachgerechte Nachbesserung zu stellen sind. Dem Urteilstenor des Vorprozesses sind insoweit keine Einschränkungen zu entnehmen. Soweit der Sachverständige Dipl.-Ing. W eine (weitergehende) Nachbesserung der Z-Sperrlage allerdings als unverhältnismäßig angesehen hat, mag es sein, dass diese nicht in vollem Umfang auf Grund des Urteils des Vorprozesses gefordert werden konnte. Seinem Gutachten lässt sich jedoch nicht entnehmen, dass die jetzige Bekl. es nach seiner Auffassung hinnehmen müsse, dass Wasser in ihren Keller eindringt. Solange die Nachbesserungsmaßnahmen der Kl. das nicht verhindern, konnte die Vollstreckungsabwehrklage keinen Erfolg haben.



*Strafrecht***Standort: Vermögensdelikte****Problem: Täter- und Bandenmitgliedschaft**

BGH, URTEIL VOM 21.10.2003

1 STR 544/02 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

**Problemdarstellung:**

Einer der Angeklagten betrieb einen sog. Nokia-Shop, die anderen waren größtenteils bei ihm angestellt. Sie fingierten den Abschluss von Mobiltelefonverträgen, die sie an das übergeordnete Unternehmen meldeten, um die Telefone, die sie im Falle eines tatsächlichen Vertragsabschlusses an den entsprechenden Kunden hätten weitergeben müssen, selbst zu verkaufen und sich so eine erhebliche Einnahmequelle zu sichern. Da entgegen der Vorstellungen der Angeklagten die von ihnen übermittelten fingierten Kundendaten nicht durch einen Sachbearbeiter, sondern nur durch ein Computerprogramm überprüft wurden, hatte das Landgericht sie insb. wegen mittäterschaftlichen versuchten Betrugs verurteilt. Der BGH hob diese Verurteilung auf, da keine Vermögensverfügung des Opfers vorläge. Statt dessen kämen Untreue, Diebstahl und Unterschlagung in Betracht. Auch hätte das Landgericht prüfen müssen, ob nicht das strafsichernde Bestehen einer Bande anzunehmen sei. Schließlich sei es fehlerhaft, dass das Landgericht einen der Angeklagten, der nicht im Nokia-Shop beschäftigt war und lediglich die Vertragsformulare unterzeichnet hatte, als Mittäter angesehen hatte.

**Prüfungsrelevanz:**

Wie in vielen Examensaufgaben so verbinden sich auch im vorliegenden Fall Probleme des Allgemeinen Teils (insb. aus dem Bereich Täterschaft und Teilnahme) mit Fragestellungen aus dem Bereich der Vermögensdelikte, so dass es aus Sicht eines Klausurenstellers nahe liegt, diesen Fall in eine Klausur oder Hausarbeit umzuwandeln. Er besitzt deshalb sehr hohe Prüfungsrelevanz.

Bemerkenswert ist am vorliegenden Fall zunächst, dass der BGH das Vorliegen eines versuchten Betrugs wegen des Fehlens einer Vermögensverfügung abgelehnt hat. Im Rahmen eines lediglich versuchten Delikts vermag jedoch das objektive Fehlen eines Tatbestandsmerkmals den Wegfall der Versuchsstrafbarkeit nicht zu begründen, da diese die Verwirklichung der objektiven Tatbestandsmerkmale ohnehin nicht voraussetzt. Der BGH hätte vielmehr feststellen müssen, dass die Angeklagten keinen Tatentschluss bzgl. einer Vermögensverfügung des Opfers hatten.

Ausführlich beschäftigt sich der BGH mit der Frage nach den Voraussetzungen für eine (Mit-) Täterschaft. Die herrschende Literatur vertritt insofern die sog. materiell-objektive Theorie oder Tatherrschaftslehre und verlangt für eine Täterschaft eine Tatherrschaft des Beteiligten, d.h. eine zentrale Stellung im Tatgeschehen; die Rechtsprechung hingegen folgt der sog. animus-Theorie und verlangt für eine Täterschaft objektiv keine zentrale Stellung, sondern lediglich die Erbringung eines (beliebigen) Kausalbeitrages, subjektiv jedoch muss Täterwille (animus auctoris) gegeben sein (vgl. den Überblick bei Joecks, § 25 Rn. 2 ff.). Täterwille ist nach ständiger Rechtsprechung dann gegeben, wenn der Beteiligte die Tat "als eigene will" (BGHSt 11, 271). Mittlerweile ermittelt die Rechtsprechung das Vorliegen eines Täterwillens allerdings anhand einer wertenden Betrachtung, wobei wesentliche Indizien für das Vorliegen eines Täterwillens - wie der BGH auch in der vorliegenden Entscheidung betont - der Grad des eigenen Interesses am Erfolg der Tat, der Umfang der Tatbeteiligung und die Teilhabe an der Tatherrschaft oder wenigstens der Wille dazu sind. Nachvollziehbar ist insofern die Formulierung des BGH, (Mit-) Täterwillen habe derjenige, der seinen Tatbeitrag im Sinne gleichgeordneten arbeitsteiligen Vorgehens als Teil einer gemeinschaftlichen Tätigkeit verstanden wissen will. Ausdrücklich stellt der BGH im vorliegenden Fall klar, dass eine Täterschaft die Vornahme eines Beitrags im Ausführungsstadium nicht voraussetzt (was allerdings auch der bisherigen Rechtsprechung entspricht (vgl. BGH, NStZ 1995, 120; 1999, 609)).

Weiter setzt sich der BGH mit Problemen des Bandenbegriffs und der Bandenmitgliedschaft auseinander. Seit der Entscheidung BGHSt 46, 321 geht der BGH ebenso wie die herrschende Literatur davon aus, dass eine Bande einen Zusammenschluss von mindestens 3 Personen voraussetzt (a.A. (2 Personen): Wessels/Hillenkamp, BT2, Rn. 271 a; vgl. die Darstellung bei Tröndle/Fischer, § 244 Rn. 17 ff.). Zwar verhielt sich diese Entscheidung unmittelbar nur zum Bandendiebstahl (§ 244 I Nr. 2 StGB), der BGH lässt jedoch im vorliegenden Fall erkennen, dass er diese Rechtsprechung auch auf andere Vorschriften, die das Bestehen einer Bande voraussetzen (z.B. §§ 260 I Nr. 2, 263 III 2 Nr. 1, 267 III 2 Nr. 1 StGB), anwenden will. Der BGH setzt im vorliegenden Urteil auch seine bisherige Rechtsprechung fort (vgl. BGHSt 46, 321; 47, 214), dass Mitglieder der Bande nicht nur diejenigen Perso-

nen sind, die im Rahmen der Bande oder bei Begehung der einzelnen Taten eine wesentliche Stellung haben, sondern auch solche, deren Stellung eher untergeordneter Natur ist, so dass sie bei einer wertenden Betrachtung nur Gehilfen sind.

Schließlich enthält die vorliegende Entscheidung auch noch - kurze - Anmerkungen zu den sehr examensrelevanten Fragen der Voraussetzungen für eine Vermögensbetreuungspflicht i.R.v. § 266 I StGB und der Gewahrsamsverhältnisse i.R.v. § 242 I StGB.

#### **Vertiefungshinweise:**

Zu den Voraussetzungen der (Mit-)Täterschaft: *BGH*, StV 1993, 474; 1994, 5; *StraFO* 1998, 166; RA 2003, 761; *Hauf*, *NStZ* 1994, 263; *Herzberg*, *JZ* 1991, 856; *Puppe*, *NStZ* 1991, 571; *Roxin*, *JR* 1991, 206;

Zur Bande und Bandenmitgliedschaft i.S.d. StGB: *BGHSt* 46, 321; *Altenhain*, *Jura* 2001, 836; *Erb*, *NStZ* 2001, 561; *Ellbogen*, *wistra* 2002, 9; *Müller*, *GA* 2002, 318;

#### **Kursprogramm:**

*Examenskurs*: "Das eingespielte Team"

#### **Leitsätze (der Redaktion):**

**1. Mittäterschaft setzt voraus, dass ein Tatbeteiligter mit seinem Verhalten nicht nur fremdes tatbestandsverwirklichendes Verhalten fördern will, sondern seinen Tatbeitrag im Sinne gleichgeordneten arbeitsteiligen Vorgehens als Teil einer gemeinschaftlichen Tätigkeit verstanden wissen will. Jeder Beteiligte muss seinen Beitrag und den des anderen als Teil eines gemeinsamen Erfolges sehen. Ob ein derart enges Verhältnis zur Tat besteht, muss sich bei wertender Betrachtung aus den gesamten Umständen ergeben. Wesentliche Anhaltspunkte sind der Grad des eigenen Interesses am Erfolg der Tat, der Umfang der Tatbeteiligung und die Teilhabe an der Tatherrschaft oder wenigstens der Wille dazu; bedeutsam kann auch sein, inwieweit Durchführung und Ausgang der Tat vom Einfluss des Mitwirkenden abhängen.**

**2. Die Annahme von Mittäterschaft ist nicht dadurch verhindert, dass der Angeklagte selbst keine tatbestandlichen Ausführungshandlungen vorgenommen hat. Für eine Tatbeteiligung als Mittäter kann auch schon ein auf der Grundlage gemeinsamen Wollens die Tatbestandsverwirklichung fördernder Beitrag ausreichen, der sich auf eine Vorbereitungs- oder Unterstützungshandlung beschränken kann**

**3. Der Begriff der Bande setzt den Zusammenschluss von mindestens drei Personen voraus, die sich mit dem Willen verbunden haben, künftig für eine gewisse Dauer mehrere selbstständige, im einzelnen noch ungewisse Straftaten eines im Gesetz**

**genannten Delikttyps zu begehen. Ein gefestigter Bandenwille oder ein Tätigwerden in einem übergeordneten Bandeninteresse ist nicht erforderlich.**

**4. Mitglied einer Bande kann auch derjenige sein, dem nach der Bandenabrede nur Aufgaben zufallen, die sich bei wertender Betrachtung als Gehilfen-tätigkeit darstellen.**

**5. Für die Annahme der Bandenmitgliedschaft kommt es nicht darauf an, welche Entscheidungsbefugnisse der Betreffende innerhalb des Zusammenschlusses hat. Die gleichrangige Eingliederung aller Mitglieder in die Bandenstruktur ist nicht erforderlich. Vielmehr zeichnet sich die Bande typischerweise durch eine hierarchische Struktur aus, in der ganz im Sinne der Arbeitsteilung neben dem das Geschehen etwa beherrschenden "Bandenchef" andere Mitglieder ihre jeweiligen Tatbeiträge erbringen, die deshalb aber in gleicher Weise zum Zusammenhalt der Bande und zur Verwirklichung des Bandenzwecks beitragen. Anders kann es sich nur dann verhalten, wenn die in Aussicht genommenen Tatbeiträge des einzelnen gänzlich untergeordneter Natur sind. Auch kann die Bandenmitgliedschaft durch einen späteren Beitritt zu einer bereits bestehenden Bande begründet werden**

#### **Sachverhalt:**

Der Angeklagte C war Leiter einer Filiale der Firma C.S.C. GmbH in Stu., eines sog. Nokia-Shops. Die Angeklagten G und D waren dort als Verkäufer tätig. Der Angeklagte C erkannte, dass es möglich war, Mobiltelefonanschlüsse für SIM-Karten von dem Betreiber des D 2-Netzes Vodafone auch bei Angabe erfundener Kundendaten freischalten zu lassen. Er wusste, dass Mobiltelefone ohne vertragliche Bindung an einen Netzbetreiber auf dem legalen Markt für Preise zwischen 400 und 500 DM gehandelt wurden und sie deshalb zu einem günstigeren Preis zwischen 230 DM und 300 DM ohne weiteres absetzbar sein würden.

Deshalb beschloss er, Mobiltelefonverträge zu fingieren und die Telefone, die bei einem regulären Vertragsabschluss mit dem Netzbetreiber zu einem noch wesentlich günstigeren Preis - zwischen 20 DM und 50 DM, in Einzelfällen auch zum Verkaufspreis von "0" DM - an den Kunden abgegeben wurden, an sich zu nehmen und abzusetzen. Das Fingieren einer größeren Zahl von Verträgen hielt er nur dann ohne alsbaldige Entdeckung durch die Firma D 2-Vodafone für möglich, wenn alle ständig in der Filiale Beschäftigten sich an den Manipulationen beteiligten oder diese wenigstens tolerierten. Deshalb weihte er den Angeklagten D am 10. Dezember 2001 ein, dem Tag der Begehung der ersten Tat. Den Angeklagten G bezog er tags darauf ein. Alle drei beschlossen, sich an den "ihrer Wertung nach betrügerischen Handlungen zum Nachteil der Firma D 2-Vodafone und der Firma C.S.C." zu beteiligen. Aus dem Weiterverkauf der Mo-

biltelefone wollten sie sich eine fortlaufende Einnahmequelle nicht unerheblichen Umfangs verschaffen. Zwischen dem 10. Dezember 2001 und dem 16. Januar 2002 entschlossen sie sich jeweils an den einzelnen Tagen der Tatbegehung, eine von ihnen jeweils festgelegte Anzahl von Verträgen zu fingieren, um dadurch Freischaltungen zu erreichen und die den angeblichen Kunden "aus den Verträgen geschuldeten" Mobiltelefone zu erlangen.

Die Freischaltung der Anschlüsse für die fingierten Verträge durch D 2-Vodafone erfolgte über das Internet. Die Kreditwürdigkeit der Kunden wurde zuvor lediglich mittels eines Computerprogrammes von einem Rechner bei Vodafone geprüft; dieser nahm automatisch eine sog. Schufa-Abfrage und einen Abgleich mit einer internen Schuldnerdatei von Vodafone vor. Personen waren an dieser Prüfung nicht beteiligt. Hingegen nahmen die Angeklagten C, G, D und S an, dass die Prüfung durch einen Mitarbeiter von Vodafone erfolge. Den Angeklagten S zogen die drei im Nokia-Shop der C.S.C. GmbH beschäftigten Angeklagten hinzu, damit er - neben einem weiteren gesondert verfolgten Täter - die fingierten Verträge unterschrieb; denn sie scheuten sich, diese selbst mit dem Namen des fingierten Kunden zu unterzeichnen. Neben der Online-Übermittlung der fingierten Kundendaten an D 2-Vodafone bewahrten sie die hergestellten schriftlichen Verträge in der Filiale auf, um nach dem Ausbleiben der Zahlungen auf die durch Freischaltung der SIM-Karten angefallenen Telefonkosten die Vertragsabschlüsse "beweisen" zu können. Die Angeklagten C, G und D fingierten auf diese Weise im Tatzeitraum an 22 Tagen in wechselnder Besetzung Mobiltelefonverträge und bewirkten so die Freischaltung von insgesamt 462 Mobiltelefonanschlüssen.

Am ersten Tattag, als der Angeklagte G noch nicht eingeweiht war, arbeiteten lediglich die Angeklagten C und D zusammen; an den 21 folgenden Tattagen begingen die Angeklagten C und G die Taten jeweils gemeinsam, an 13 dieser Tage war auch der Angeklagte D an den Taten beteiligt. Den Preis für die Mobiltelefone zwischen 20 und 50 DM legten sie jeweils in die Kasse oder buchten diese zu einem Preis von "0 DM" aus; denn es war dem Filialleiter auch gestattet, dem Kunden in Einzelfällen den Preis zu erlassen. Im Tatzeitraum erlangten sie so insgesamt 535 Mobiltelefone. D 2-Vodafone zahlte zudem an die Firma C.S.C. GmbH für die abgeschlossenen fingierten Verträge Provisionen in Höhe von ca. 7.086 €. Aus dem Verkauf der Mobiltelefone erzielte der Angeklagte C einen Gewinn von wenigstens 30.000 DM, G einen solchen von 20.000 DM und der Angeklagte D erlangte einen Erlös von 21.000 DM. Durch die Nutzung der freigeschalteten Mobiltelefonanschlüsse wurden insgesamt Leistungen in Anspruch genommen, die nach den Tarifen von D 2-Vodafone Kosten in Höhe von wenigstens 80.000 DM verursachten. An fünf Tattagen

unterzeichnete der Angeklagte S jeweils fingierte Verträge mit den aufgeführten Kundennamen. Er erhielt dafür wenigstens 150 Stück D 2-SIM-Karten. [...]

#### *Aus den Gründen:*

##### *A. Entscheidung des Landgerichts; Prozessgeschichte*

Das Landgericht hat die Angeklagten [C, G, D und S wegen versuchten Betruges in Tateinheit mit Urkundenfälschung ...] verurteilt. Die Angeklagten G, D und S hat das Landgericht im Übrigen freigesprochen.

Die Staatsanwaltschaft rügt mit ihren Revisionen die Verletzung sachlichen Rechts. Sie wendet sich gegen die Teilfreisprüche, hält die rechtliche Würdigung in den Betrugsfällen für unvollständig und erstrebt eine Verurteilung der Angeklagten C, G, D und S auch wegen bandenmäßiger Tatbegehung. Die Auslegung ihrer Revisionsbegründungsschrift ergibt, dass die Verurteilung des Angeklagten S wegen Hehlerei nicht angegriffen wird. Hinsichtlich der Angeklagten M und Co beanstandet die Beschwerdeführerin mit ihren hierauf wirksam beschränkten Rechtsmitteln lediglich, dass das Landgericht die Vollstreckung der gegen diese Angeklagten ausgesprochenen Gesamtfreiheitsstrafen zur Bewährung ausgesetzt hat.

Die Rechtsmittel sind in vollem Umfang begründet, soweit die Angeklagten C, G und D verurteilt und G und D im Übrigen freigesprochen worden sind. Gleiches gilt hinsichtlich des Angeklagten S [...].

Die Angeklagten haben umfassende und glaubhafte Geständnisse abgelegt. Zum Tatkomplex "fingierte Mobiltelefonverträge und Entnahme der Mobiltelefone" hat die Kammer in rechtlicher Hinsicht die Fingierung der Verträge an jeweils einem Tattag als Einheit behandelt und den gesamten damit verbundenen Vorgang, also die Bewirkung der Freischaltung bei D 2-Vodafone, das Ansichnehmen der Mobiltelefone der Firma C.S.C. GmbH sowie die Fertigung der gefälschten Verträge, als jeweils einen versuchten Betrug in Tateinheit mit Urkundenfälschung bewertet; dieser sei jeweils in Mittäterschaft durch sämtliche an dem jeweiligen Tattag beteiligte Angeklagte begangen. In diesen Fällen hat die Kammer nicht etwa - wegen der rechnergesteuerten Bonitätsprüfung - jeweils einen Computerbetrug angenommen, sondern einen versuchten Betrug. Die Angeklagten hätten nicht gewusst, dass die Bonitätsprüfung und die Freischaltung bei Vodafone rechnergestützt und automatisch abgelaufen sei; vielmehr seien sie davon ausgegangen, dass die Daten dort von einem Mitarbeiter geprüft würden. Die Kammer sieht in [diesen] Fällen [...] die Taten als zum Nachteil von D 2-Vodafone wie auch der Firma C.S.C. GmbH begangen an und hat bei der Schadensberechnung auch den Wert der bei C.S.C. entnommenen Mobiltelefone berücksichtigt. Sie hat die Angeklagten C, G, D und S für die Taten an den jeweiligen Tagen, an denen sie mitwirkten, als Mittäter behandelt und ban-

denmäßiges Handeln verneint.

### *B. Entscheidung des BGH*

Die angegriffenen Schuldsprüche gegen die Angeklagten C, G, D und S [...] haben keinen Bestand. [...]

#### *I. Zum versuchten Betrug*

Die Annahme gemeinschaftlichen versuchten Betruges auch zum Nachteil der Firma C.S.C. GmbH wegen der Entnahme der Mobiltelefone bei dieser wird von den Feststellungen nicht getragen; die Würdigung dazu ist in tatsächlicher Hinsicht lückenhaft und rechtlich nicht erschöpfend.

#### *1. Zum Fehlen einer Vermögensverfügung*

Die getroffenen Feststellungen belegen nicht, dass die Entnahme der Mobiltelefone bei der Firma C.S.C. sich als versuchter Betrug zu deren Nachteil erweist. Eine dahingehende rechtliche Würdigung liegt angesichts der Gesamtumstände zudem eher fern.

Die Urteilsgründe lassen keine Vermögensverfügung Dritter im Sinne des § 263 Abs. 1 StGB erkennen, die durch eine Täuschungshandlung der Angeklagten bewirkt worden und durch die die Entnahme der Mobiltelefone ermöglicht worden wäre. Diese befanden sich den Feststellungen des Landgerichts zufolge im Eigentum der Firma C.S.C. GmbH. Naheliegenderweise hatten der Angeklagte C als Filialleiter und möglicherweise auch die Angeklagten G und D als Ladenangestellte wenigstens Mitgewahrsam an den Telefonen und waren grundsätzlich Verfügungsbefugte; nähere Feststellungen dazu sind nicht getroffen. Dass die Firma D 2-Vodafone durch einen ihrer Verantwortlichen bei dieser Sachlage im Zusammenhang mit der Freischaltung der SIM-Karten über die Telefone verfügt hätte, ist nicht festgestellt und liegt auch nicht nahe. Daran ändert auch nichts, dass die Telefone bei regelmäßigem "Vollzug der Mobilfunkverträge an die Kunden übereignet" und "ihr Wert durch Vodafone ersetzt wurde".

Eine Erlangung der Verfügungsgewalt über die Mobiltelefone durch Täuschung käme in einem Teil der Fälle in Betracht, wenn die Angeklagten vor unentgeltlicher Überlassung der Mobiltelefone (Ausbuchung für "0" DM) zunächst die Zustimmung eines Vorgesetzten hätten

einholen müssen und dies auch in den gegenständlichen Fällen so gehandhabt hätten. Die Strafkammer konnte diese Frage jedoch nicht klären; sie hat die sich insoweit widersprechenden Angaben des Angeklagten C und des Zeugen St im Raum stehen lassen.

#### *2. Zur Möglichkeit des Vorliegens einer Untreue (§ 266 StGB)*

Die Strafkammer hätte weiter prüfen müssen, ob sich die Entnahme der Telefone durch die Angeklagten C, G und D als Untreue (§ 266 StGB) in der Alternative

des Treubruchtatbestandes darstellt und ob etwa auch die Voraussetzungen der Unterschlagung (§ 246 StGB) oder des Diebstahls (§ 242 StGB) erfüllt sind.

Die Annahme einer Vermögensbetreuungspflicht im Sinne des Untreuetatbestandes kam hier vor allem hinsichtlich des Filialleiters, des Angeklagten C, in Betracht. Die Leitung einer Verkaufsfiliale stellt in der Regel keine nur ganz untergeordnete Tätigkeit dar, umfasst vielmehr eine bestimmte Selbständigkeit und Verantwortlichkeit im Umgang mit dem anvertrauten Vermögen, typischerweise also den Waren und dem vereinnahmten Geld (vgl. BGH wistra 1983, 190 - Sortenkassierer einer Bank). Die festgestellten Umstände deuten darauf hin, dass jedenfalls der Angeklagte C wohl nicht nur eher einfache Abwicklungs- und Kontrollaufgaben wahrzunehmen hatte (vgl. BGH NStZ 1982, 201). Es war ihm sogar möglich, einzelnen Kunden den Kaufpreis für die Telefone zu erlassen; davon machte er auch in weitem Umfang Gebrauch. Die Angeklagten G und D waren nach den bislang getroffenen Feststellungen wohl auch mit der buchungs-technischen Abwicklung der Verkäufe befasst. Zu ihrem Aufgabenkreis und ihren Befugnissen bedarf es jedoch näherer Feststellungen, um die Frage einer Vermögensbetreuungspflicht beantworten zu können. Falls sich zwar für den Angeklagten C, nicht aber für die Angeklagten G und D eine solche Vermögensbetreuungspflicht feststellen ließe, könnten letztere der Beihilfe zur Untreue des C schuldig sein.

Die Annahme einer Untreue würde schließlich nicht daran scheitern, dass die Firma C.S.C. von D 2-Vodafone den Wert der Mobiltelefone ersetzt bekam. Dieser Vorteil entstand nicht unmittelbar durch die schädigende Handlung, also die Entnahme der Telefone; er stellt sich lediglich als nachträgliche Schadenskompensation dar.

#### *3. Zur Möglichkeit des Vorliegens von Diebstahl (§ 242 I StGB) oder Unterschlagung (§ 246 I StGB)*

Abhängig von den Gewahrsamsverhältnissen an den Telefonen kann sich deren Entnahme schließlich auch als Unterschlagung oder als Diebstahl erweisen. Hierzu wäre festzustellen und zu bewerten gewesen, ob die Angeklagten Mitgewahrsam oder Alleingewahrsam an den Geräten hatten. Alleingewahrsam wäre in Betracht gekommen, wenn die Angestellten der Firma C.S.C. die alleinige tatsächliche Einwirkungsmöglichkeit auf die Geräte gehabt hätten, wie das etwa bei einem Fahrer liegen kann, der Speditionsgut transportiert und der dem unmittelbaren Weisungsbereich seines Arbeitgebers entzogen ist (BGHR StGB § 242 Abs. 1 Gewahrsam 7; siehe auch BGH NStZ-RR 1996, 131; 2001, 268; Eser in Schönke/Schröder StGB 26. Aufl. § 242 Rdn. 33). blieb hier die jederzeitige Einwirkungsmöglichkeit des Dienstherrn erhalten, hätte dieser gegenüber den Angeklagten oder auch nur dem Angeklagten C übergeordneten Gewahrsam gehabt (BGH NStZ-RR

1996, 131). Bricht der Täter diesen, kommt Diebstahl in Betracht, der zu einem Betrug und auch zur Untreue in Tateinheit stehen kann. Eine etwaige Unterschlagung wäre gegenüber einer zugleich begangenen Untreue subsidiär (vgl. Tröndle/Fischer StGB 51. Aufl. § 266 Rdn. 87 m.w.N.).

Die bezeichneten Feststellungs- und Würdigungsmängel betreffen den Schuldspruch in den genannten Fällen. Sie können sich zu Lasten (a), aber auch zugunsten (b, c) der Angeklagten ausgewirkt haben.

### *II. Zur Mittäterschaft des S*

Die Würdigung des Tatbeitrages des Angeklagten S in den Fällen des versuchten Betruges gegenüber der Firma D 2-Vodafone als Mittäterschaft wird von den bisher getroffenen Feststellungen nicht getragen; die Beteiligung dieses Angeklagten an der Entnahme der Mobiltelefone wird rechtlich unzutreffend ebenfalls als versuchter Betrug beurteilt.

Der festgestellte Tatbeitrag des Angeklagten S zum versuchten Betrug gegenüber der Firma D 2-Vodafone belegt nicht seine Mittäterschaft. Diese setzt voraus, dass ein Tatbeteiligter mit seinem Verhalten nicht nur fremdes tatbestandsverwirklichendes Verhalten fördern will, sondern seinen Tatbeitrag im Sinne gleichgeordneten arbeitsteiligen Vorgehens als Teil einer gemeinschaftlichen Tätigkeit verstanden wissen will. Jeder Beteiligte muss seinen Beitrag und den des anderen als Teil eines gemeinsamen Erfolges sehen. Ob ein derart enges Verhältnis zur Tat besteht, muss sich bei wertender Betrachtung aus den gesamten Umständen ergeben. Wesentliche Anhaltspunkte sind der Grad des eigenen Interesses am Erfolg der Tat, der Umfang der Tatbeteiligung und die Teilhabe an der Tatherrschaft oder wenigstens der Wille dazu; bedeutsam kann auch sein, inwieweit Durchführung und Ausgang der Tat vom Einfluss des Mitwirkenden abhängen (st. Rspr.; vgl. nur BGHR StGB § 25 Abs. 2 Mittäter 14).

Eine solche wertende Betrachtung hat die Strafkammer nicht angestellt. Das erweist sich hier als rechtlicher Mangel, weil die Annahme von Mittäterschaft auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen eher fernliegt. Auch nach dem "sukzessiv gemeinsam gefassten Tatentschluss" hatte der Angeklagte S keinen Einfluß darauf, wann welche Verträge fingiert wurden. Anzahl und Ausgestaltung der Verträge lagen außerhalb seines Einflusses. Eine Tatherrschaft seinerseits oder auch nur der Wille dazu lässt sich den Urteilsgründen nicht entnehmen. Allerdings würde es die Annahme von Mittäterschaft nicht hindern, dass der Angeklagte S selbst keine tatbestandlichen Ausführungshandlungen vorgenommen hat. Für eine Tatbeteiligung als Mittäter kann auch schon ein auf der Grundlage gemeinsamen Willens die Tatbestandsverwirklichung fördernder Beitrag ausreichen, der sich auf eine Vorbereitungs- oder Unterstützungshandlung beschränken kann (vgl. BGH NSTZ 1999, 609).

In Betracht kommt hinsichtlich des Angeklagten S - vorbehaltlich näherer Feststellungen und einer ausdrücklichen Bewertung zur Frage der Mittäterschaft - auch Beihilfe zum versuchten Betrug. Auch insoweit lassen die bisher getroffenen Feststellungen keine abschließende rechtliche Beurteilung zu. Das Unterschreiben einiger der fingierten Verträge durch S stellt als solches keine Förderung der versuchten Betrügereien der Mitangeklagten C, G und D dar. Es war zu deren Begehung nach der Vorstellung der Beteiligten nicht erforderlich, sondern sollte lediglich die spätere Aufdeckung der Taten verhindern und den "Haupttätern" eine Verteidigungslinie eröffnen. In Betracht kommt jedoch die Annahme sog. psychischer Beihilfe. Die Erbringung einer erst nach der Tat wirkenden Hilfe, hier das Leisten der Unterschriften unter den fingierten Verträgen und die Abnahme der D 2-SIM-Karten, kann das Sicherheitsgefühl der Täter gestärkt haben und dadurch eine Hilfe zur Tat darstellen (vgl. BGH NSTZ 1993, 535; NSTZ 1999, 609).

Als Indiz für eine solche, das Sicherheitsgefühl des Täters stärkende Hilfe oder Zusage kann gewertet werden, daß der Täter einem Dritten eine Aufgabe im Rahmen seines Tatplanes zuweist; daraus kann ersichtlich werden, dass er glaubt, er könne die Tat mit Hilfe dieser Unterstützungshandlung besser ausführen. Auch eine solche Beihilfehandlung muss sich aber stets auf eine bestimmte Haupttat beziehen (vgl. BGHSt 42, 135). Hinsichtlich des Angeklagten S leidet das Urteil zudem unter dem Mangel, dass die Strafkammer den Erwerb der D 2-SIM-Karten durch S nicht auch unter dem rechtlichen Gesichtspunkt der Hehlerei gewürdigt hat. Es liegt nicht fern, dass die rechtswidrige Vortat - der versuchte Betrug, die Untreue, der Diebstahl oder die Unterschlagung - vollendet war, als S die D 2-SIM-Karten übernahm. Der Annahme von Hehlerei stünde es nicht entgegen, wenn S Beihilfe zum versuchten Betrug der Angeklagten C, G und D geleistet hätte (vgl. nur BGHSt 7, 134).

### *III. Zum Bestehen einer Bande*

Zu Recht beanstandet die Beschwerdeführerin, dass die Strafkammer die Annahme bandenmäßiger Tatbegehung durch die Angeklagten C, G, D und S verneint hat.

Der Begriff der Bande setzt den Zusammenschluss von mindestens drei Personen voraus, die sich mit dem Willen verbunden haben, künftig für eine gewisse Dauer mehrere selbstständige, im einzelnen noch ungewisse Straftaten eines im Gesetz genannten Delikttyps zu begehen. Ein gefestigter Bandenwille oder ein Tätigwerden in einem übergeordneten Bandeninteresse ist nicht erforderlich. Mitglied einer Bande kann auch derjenige sein, dem nach der Bandenabrede nur Aufgaben zufallen, die sich bei wertender Betrachtung als Gehilfentätigkeit darstellen (BGHSt 46, 321; 47, 214).

Nach diesen Maßstäben hätte die Strafkammer auf der

Grundlage der bisher getroffenen Feststellungen für die Angeklagten C, G und D zur Annahme bandenmäßiger Begehung des versuchten Betruges, der Urkundenfälschungen und möglicherweise auch derjenigen Straftaten kommen müssen, die durch das Entnehmen der Mobiltelefone [...] weiter erfüllt worden sein können. Lediglich für den ersten Betrugsversuch am 10. Dezember 2001 fehlt es an den Voraussetzungen bandenmäßiger Begehung, weil der Mitangeklagte G zu diesem Zeitpunkt noch nicht eingeweiht war. Nach den getroffenen Feststellungen hatten die Angeklagten C, G und D vereinbart, zukünftig für eine unbestimmte Dauer durch das Fingieren von Verträgen die Freischaltung von D 2-SIM-Karten zu erreichen und auf diese Weise an die Mobiltelefone zu gelangen, die sie dann für sich verwerten wollten. In Ausführung dieses Entschlusses begingen sie in der Folge die entsprechenden Taten. Damit ist der bandenmäßige Zusammenschluss dieser drei Angeklagten hinreichend dargetan.

Auch der Angeklagte S war nach den bisherigen Feststellungen Mitglied der Bande. Für die Annahme der Bandenmitgliedschaft kommt es nicht darauf an, welche Entscheidungsbefugnisse der Betreffende innerhalb des Zusammenschlusses hat. Die gleichrangige Eingliederung aller Mitglieder in die Bandenstruktur ist nicht erforderlich. Vielmehr zeichnet sich die Bande typischerweise durch eine hierarchische Struktur aus, in der ganz im Sinne der Arbeitsteilung neben dem das Geschehen etwa beherrschenden "Bandenchef" andere Mitglieder ihre jeweiligen Tatbeiträge erbringen, die deshalb aber in gleicher Weise zum Zusammenhalt der Bande und zur Verwirklichung des Bandenzwecks beitragen. Anders kann es sich nur dann verhalten, wenn die in Aussicht genommenen Tatbeiträge des einzelnen gänzlich untergeordneter Natur sind (vgl. BGHSt 47, 214, 217; BGHR BtMG § 30 a Bande 10). Schließlich kann die Bandenmitgliedschaft auch durch einen späteren Beitritt zu einer bereits bestehenden Bande begründet werden.

Die Urteilsfeststellungen ergeben, dass der Angeklagte S mit den Mitangeklagten C, G und D in Kenntnis der Abläufe vereinbarte, fingierte Verträge zu unterschreiben, wofür er D 2-SIM-Karten erhielt. Hinsichtlich der von ihm begangenen Urkundenfälschungen war er Täter; für den gesamten Tatplan hat er damit keinen lediglich unerheblichen Tatbeitrag geleistet. Die Strafkammer hätte daher auch ihn als Mitglied einer Bande behandeln müssen, die sich zur fortgesetzten Begehung von Taten im Sinne der §§ 263, 267 StGB, bei entsprechenden weiteren Feststellungen möglicherweise auch nach den §§ 242, 266 StGB zusammengeschlossen hatte. Dieser Rechtsfehler [...] hat sich zugunsten der Angeklagten ausgewirkt.

#### IV. Zu den Konkurrenzen

Schließlich begegnet auch die Annahme von Tateinheit zwischen den Taten des versuchten Betruges und der Urkundenfälschung durchgreifenden rechtlichen Bedenken.

Der Umstand, dass ein einheitlicher Tatentschluss vorliegt, rechtfertigt für sich allein nicht die Annahme von Tateinheit. Erforderlich ist vielmehr - von den Fällen der sog. Klammerwirkung durch eine dritte Tat abgesehen - , dass sich die Ausführungshandlungen überschneiden, wobei eine Überschneidung zwischen Vollendung und Beendung der einen Tat ausreicht (BGHSt 26, 24). Genügend ist auch, dass die Tathandlungen, mit denen die beiden Tatbestände verwirklicht werden, zeitlich ineinander übergehen, also ein unmittelbarer räumlicher und zeitlicher Zusammenhang zwischen ihnen besteht und sie sich bei der gebotenen natürlichen Betrachtung als ein einheitliches zusammengehörendes Tun und infolgedessen als eine Tat im Rechtsinne darstellen (BGHR § 52 StGB Abs. 1 Entschluss einheitlicher 1).

Den Urteilsfeststellungen lässt sich nicht ohne weiteres entnehmen, dass die Tathandlungen der Urkundenfälschungen und der versuchten Betrügereien sich überschneiden oder unmittelbar ineinander übergegangen wären. Die Herstellung und Unterzeichnung der fingierten Verträge stellt sich auch nicht als Teil der Ausführung der Fälle des versuchten Betruges dar, weil sie für dessen Vollendung und Beendung nicht erforderlich waren. Die Urteilsgründe lassen offen, wann, wo und unter welchen Umständen die gefälschten Verträge gefertigt wurden.

#### V. Aufhebung des Urteils des Landgerichts

Nach allem sind die Verurteilungen der Angeklagten C, G und D [sowie die Verurteilung des S] mit den Feststellungen aufzuheben. [...]

Für die neue Hauptverhandlung weist der Senat vorsorglich darauf hin, dass das Landgericht im angefochtenen Urteil den Betrugsschaden nicht zutreffend berechnet hat (BGHR StGB § 263 Abs. 1 Schuldumfang 2 - "Telefonstuben"; Tiedemann in LK § 263 Rdn. 189). Die Strafzumessung für den Angeklagten G lässt nicht erkennen, aus welchem Grunde die Strafkammer wegen der Tat vom 16. Januar 2002 eine Einzelfreiheitsstrafe von neun Monaten, für die übrigen, im wesentlichen ersichtlich gleichgelagerten Fälle aber Einzelstrafen von jeweils acht Monaten Freiheitsstrafe verhängt hat.

Für eine erneute Strafzumessung wird zu klären und gegebenenfalls zugunsten der Angeklagten zu berücksichtigen sein, ob die geschädigten Firmen (Vodafone, C.S.C. GmbH) möglicherweise bewusst aus betriebswirtschaftlichen oder sonst geschäftspolitischen Gründen in Ansehung der damit verbundenen Risiken auf ein wirksames Überwachungssystem verzichtet hatten. [...]

**Standort: § 263 III 2 Nr. 2 StGB****Problem: Vermögensverlust**

BGH, URTEIL VOM 07.10.2003  
1 STR 212/03 (NJW 2004, 169)

**Problemdarstellung:**

Der Angeklagte war zum Betreuer einer 85jährigen Frau bestellt worden. Da deren Barmittel zu Ende gingen, verkaufte er eines der Grundstücke der Betreuten zu einem relativ günstigen Preis an eine "Strohfrau". Auf Nachfragen des Vormundschaftsgerichts, ob man nicht für das als Bauland ausgewiesene Grundstück einen höheren Preis erzielen könne, erklärte der Angeklagte wahrheitswidrig, er habe sich mit der zuständigen Behörde in Verbindung gesetzt und diese habe ihm gegenüber erklärt, dass das Grundstück kein Bauland mehr sei deshalb nur ein wesentlich geringeren Kaufpreis erzielt werden könne. Da das Vormundschaftsgericht ihm glaubte, genehmigte es den Verkauf. Als der Sachverhalt später aufgeklärt wurde, intervenierte das Vormundschaftsgericht noch vor Eintragung der Käuferin ins Grundbuch. Das Landgericht verurteilte den Angeklagten wegen Untreue in einem besonders schweren Fall (§§ 266 I, II, 263 III 2 Nr. 2 StGB). Der BGH hob das Urteil auf, da das LG zu Unrecht vom Vorliegen eines besonders schweren Falles ausgegangen sei.

**Prüfungsrelevanz:**

Die Vermögensdelikte, und hier insb. §§ 263, 266 StGB, sind regelmäßig Gegenstand von Examensaufgaben, so dass insofern detaillierte Kenntnisse - auch bzgl. der einschlägigen Regelbeispiele (§ 263 III StGB) - vorausgesetzt werden.

Die Verwirklichung der jeweiligen Tatbestände setzt beim Betrug den Eintritt eines Vermögensschadens, bei der Untreue den eines Vermögensnachteils voraus, wobei diese Tatbestandsmerkmale trotz des unterschiedlichen Wortlauts den selben Inhalt haben (BGH, wistra 1988, 26; Tröndle/Fischer, § 266 Rn. 59; a.A.: Dierlamm, NStZ 1997, 534). Demnach ist ein Vermögensschaden bzw. -nachteil gegeben, wenn der wirtschaftliche Gesamtwert des Vermögens des Opfers nach der Tat geringer ist als vorher (sog. Prinzip der Gesamtsaldierung, vgl. BGHSt 16, 321; Schönke/Schröder-Cramer, § 263 Rn. 99, § 266 Rn. 40). Hierfür ist es jedoch nicht unbedingt erforderlich, dass beim Opfer tatsächlich ein Abfluss von Vermögenswerten erfolgt; auch eine bloße Vermögensgefährdung kann bereits einen Vermögensschaden oder -nachteil begründen, sofern sie hinreichend konkret ist (BGHSt 34, 395; 44, 376; Tröndle/Fischer, § 263 Rn. 94 ff., § 266 Rn. 61).

Während somit für die Vollendung der Tatbestände der §§ 263, 266 StGB das Vorliegen einer bloßen Vermögensgefährdung ausreichen kann, setzt dass ein

"Vermögensverlust" i.S.v. § 263 III 2 Nr. 2 StGB (der über § 266 II StGB auch i.R.d. Untreue gilt) den Eintritt einer echten Vermögensminderung voraus. Dies betont der BGH im vorliegenden Urteil erstmals ganz deutlich und folgt somit der herrschenden Literatur (Tröndle/Fischer, § 263 Rn. 122, NK-Kindhäuser, § 263 Rn. 454 mwN; a.A.: LK-Tiedemann, § 263 Rn. 298). Zu diesem Ergebnis kommt der BGH anhand einer fast schon schulmäßigen Auslegung des § 263 III 2 Nr. 2 StGB nach den insofern einschlägigen Kriterien (Wortlaut, Systematik, Entstehungsgeschichte, Sinn und Zweck). Interessant an der vorliegenden Entscheidung ist, dass der BGH sich somit selbst die (naheliegende) Möglichkeit versagt, die doch sehr ähnlichen Begriffe Vermögensschaden, -nachteil und -verlust gleich auszulegen und somit nach der Feststellung eines Vermögensschadens bzw. -nachteils i.R.d. Tatbestände der §§ 263 I, 266 I StGB noch eine zusätzliche Prüfung bzgl. des Vorliegens eines Vermögensverlustes i.S.v. § 263 III 2 Nr. 2 StGB vornehmen muss.

Für Referendare und Praktiker ist noch der Hinweis des BGH erwähnenswert, die Verwirklichung von Regelbeispielen gehöre nicht zur rechtlichen Bezeichnung der Tat i.S.v. § 260 IV 1 StPO und dürfe deshalb auch im Urteilstenor nicht aufgeführt werden (st. Rspr., vgl. BGHSt 27, 287; NStZ 1984, 262; anders noch BGH, MDR 1975, 543); interessant daran ist, dass in der Anklageschrift das Vorliegen eines Regelbeispiels üblicherweise im Anklagesatz sehr wohl Erwähnung findet.

**Vertiefungshinweise:**

Zur Vermögensgefährdung als Vermögensschaden: BGH, wistra 1988, 26; Naucke, StV 1985, 187; Otto, Jura 1991, 494; Rengier, JuS 2000, 644;

Zum Vermögensverlust großen Ausmaßes i.S.v. § 263 III 2 Nr. 2 StGB: BGH, wistra 1991, 106; NStZ-RR 2002, 50;

**Kursprogramm:**

Examenskurs: "Die Perlenkette"

**Leitsatz:**

**Wird bereits durch den Abschluss eines Austauschvertrages ein Nachteil im Sinne einer schadensgleichen Vermögensgefährdung bewirkt, so ist ein "Vermögensverlust großen Ausmaßes" im Sinne des Regelbeispiels für den besonders schweren Fall einer Untreue wie auch eines Betruges erst dann herbeigeführt (§ 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 Alt. 1 i.V.m. § 266 Abs. 2 StGB), wenn der Geschädigte seine vertraglich geschuldete Leistung erbracht hat.**

**Sachverhalt:**

Der Angeklagte ist Amtsrat bei der Stadtverwaltung A. Im Rahmen einer Nebentätigkeit übernahm er berufsmäßig Betreuungen. Zu den von ihm betreuten Personen gehörte auch die damals 85jährige, an einem hirnorganischen Psychosyndrom leidende C, für die er auch die Vermögenssorge wahrnahm. Da die Barmittel der Betreuten nahezu aufgebraucht waren, beabsichtigte der Angeklagte die Veräußerung landwirtschaftlicher Flächen, die im Eigentum der Betreuten standen. Nachdem die zuständige Rechtspflegerin bei dem Vormundschaftsgericht die Genehmigung des beabsichtigten Grundstücksverkaufs in Aussicht gestellt hatte, überredete der Angeklagte unter Einschaltung seines Bekannten W dessen damalige Lebensgefährtin D, sich als Strohkäuferin zur Verfügung zu stellen, um eines der beiden in Betracht gezogenen Grundstücke "gewinnbringend für seine eigenen Zwecke verwenden zu können". Mit notariellem Vertrag verkaufte der Angeklagte dann als amtlich bestellter Betreuer für C - vorbehaltlich der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts - zwei in der Gemarkung G. liegende landwirtschaftliche Flächen der Betreuten zum Kaufpreis von 38.000 DM an Frau D. Dabei handelte es sich um ein 695 qm großes Grundstück "An der Wellenburger Straße" sowie eine 7.560 qm große Fläche "Am Brandweg". Der Angeklagte wusste, dass es sich bei dem Grundstück "An der Wellenburger Straße" trotz seiner Ausweisung als Landwirtschaftsfläche im Grundbuch um hochwertiges Bauland handelte. Der Bodenrichtwert für das fragliche Wohngebiet südlich der Wellenburger Straße lag bei 700 DM pro qm; der tatsächliche Wert dieses Grundstücks zum Zeitpunkt des Verkaufs belief sich auf 347.000 DM.

Der Rechtspflegerin beim Vormundschaftsgericht war die Lage des Grundstücks im Wohngebiet aufgefallen. Sie bat den Angeklagten darauf zu einem persönlichen Gespräch. Dieser erläuterte ihr bewusst wahrheitswidrig, er habe bereits mit der Stadt A. geklärt, dass die verkauften Grundstücke wegen Nichteinhaltbarkeit der Bebauungslinien kein Bau- oder Bauerwartungsland seien. Im Vertrauen auf die Richtigkeit dieser Angaben des Angeklagten erteilte das Vormundschaftsgericht die erforderliche Genehmigung. Wenige Tage später übergab der Angeklagte seinem Bekannten W in bar Geldbeträge von 29.000 DM und 9.000 DM zur Begleichung des Kaufpreises. Absprachegemäß zahlte dieser das Geld noch am selben Tage unter Nachahmung der Unterschrift von D ohne deren Wissen auf das Konto der betreuten C bei einer Bank ein. Kurze Zeit danach wies das Vermessungsamt der Stadt A. das Vormundschaftsgericht allerdings darauf hin, dass es sich bei dem Grundstück "An der Wellenburger Straße" um ein offensichtlich erheblich unter Wert verkauftes Baugrundstück handele. Nunmehr forderte das Vormundschaftsgericht den Angeklagten unter Fristsetzung auf, die Frage der Baulandqualität umge-

hend beim Vermessungsamt zu klären und gegebenenfalls den Grundstückskaufvertrag anzufechten und rückabzuwickeln. In der Folge dessen kam es noch vor Eintragung von D als Eigentümerin im Grundbuch zur notariellen Rückabwicklung des Kaufvertrages hinsichtlich des Grundstücks "An der Wellenburger Straße" gegen eine anteilmäßige Reduzierung des Gesamtkaufpreises um 12.000 DM.

**Aus den Gründen:***I. Entscheidung des Landgerichts*

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen "Untreue in einem besonders schweren Fall" zur Freiheitsstrafe von zwei Jahren und sechs Monaten verurteilt und ihn im übrigen freigesprochen. Der Angeklagte wendet sich mit seiner Revision gegen die Verurteilung und rügt die Verletzung sachlichen Rechts. Das Rechtsmittel führt zur Aufhebung des Strafausspruchs, bleibt im übrigen jedoch erfolglos.

*1. Zur Beweis- und rechtlichen Würdigung des Landgerichts*

Der Angeklagte hat bestritten, von der Baulandqualität des nämlichen Grundstücks gewusst zu haben. Auch hat er den Vorwurf der Einschaltung einer Strohkäuferin zur gewinnbringenden Verwendung des Grundstücks "An der Wellenburger Straße" für eigene Zwecke zurückgewiesen. Das Landgericht hat diese Einlassungen im Rahmen einer umfangreichen Beweiswürdigung für widerlegt erachtet und den Angeklagten der Untreue für schuldig befunden, weil er die ihm als Betreuer im Sinne des § 1896 BGB eingeräumte Verfügungsbefugnis über das Vermögen der betreuten C zum Abschluss eines für diese nachteiligen Rechtsgeschäfts ausgenutzt habe (§ 266 Abs. 1 Alt. 1 StGB, sog. Missbrauchstatbestand). Der Tatbestand sei vollendet, weil für die Annahme eines Vermögensnachteils wie beim Betrug der Eintritt eines Gefährdungsschadens ausreiche. Die schädigende Verfügung des Angeklagten sei bereits im Abschluss des notariellen Kaufvertrages zu sehen, für die die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung schon zuvor in Aussicht gestellt gewesen sei. Aus diesem Kaufvertrag sei nach der Genehmigung ein Erfüllungsanspruch auf Übertragung des Eigentums erwachsen. Diesem habe ein Kaufpreisanspruch gegenübergestanden, der noch nicht einmal dreieinhalb Prozent des tatsächlichen Grundstückswertes ausgemacht habe. Die Betreute selbst sei zur Anfechtung des Geschäfts wegen ihrer Erkrankung nicht in der Lage gewesen.

*2. Zur Strafzumessung des Landgerichts*

Bei der Strafzumessung hat die Strafkammer den Strafraum für den besonders schweren Fall zugrundegelegt (§ 266 Abs. 2 i.V.m. § 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 Alt. 1 StGB), weil hier ein "Vermögensverlust gro-



ßen Ausmaßes” in Rede stehe. Die Differenz zwischen dem tatsächlichen Wert des Grundstücks “An der Wellenburger Straße” von 347.000 DM übersteige den insoweit vereinbarten Kaufpreis von 12.000 DM um 335.000 DM. Die vom Angeklagten mit dem Abschluss des Kaufvertrages getroffene Vermögensverfügung sei als “Vermögensverlust großen Ausmaßes” im Sinne des Regelbeispiels zu werten.

Der “tatsächliche Schadenseintritt” habe bereits unmittelbar bevorgestanden und habe von der Betreuten selbst aufgrund ihrer Erkrankung nicht mehr verhindert werden können. Der Eigentumsübergang durch Eintragung der Frau D im Grundbuch sei lediglich aufgrund des zufälligen Eingreifens des Vermessungsamtes unterblieben.

### II. Unbegründetheit der Revision bzgl. des Schuldspruchs

Die Revision ist unbegründet, soweit sie sich gegen den Schuldspruch richtet. Dieser ist allerdings dahin klarzustellen, dass der Angeklagte der Untreue (nicht der Untreue im besonders schweren Fall) schuldig ist. Die Annahme eines besonders schweren Falles soll grundsätzlich schon aus verfahrensrechtlichen Gründen nicht in die Urteilsformel aufgenommen werden; sie gehört nicht zur “rechtlichen Bezeichnung der Tat” im Sinne des § 260 Abs. 4 Satz 1 StPO (vgl. nur BGHSt 27, 287, 289; siehe auch Meyer-Goßner StPO 46. Aufl. § 260 Rdn. 25).

Die Einwände der Revision gegen die Beweiswürdigung und die vom Landgericht getroffenen Feststellungen sowie gegen den Schuldspruch sind unbegründet (im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO). Dies hat der Generalbundesanwalt in seiner Antragschrift vom 2. Juni 2003 zutreffend ausgeführt. Die vom Landgericht angenommene Vermögensgefährdung hat sich allerdings erst nach der Erteilung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung des notariellen Vertrages konkretisiert.

### III. Begründetheit der Revision bzgl. des Strafausspruchs; Zum Vorliegen eines “Vermögensverlustes großen Ausmaßes” i.S.v. § 263 III 2 Nr. 2 StGB

Der Strafausspruch kann von Rechts wegen keinen Bestand haben. Das Landgericht hat das Regelbeispiel eines “Vermögensverlustes großen Ausmaßes” (§ 266 Abs. 2 i.V.m. § 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 Alt. 1 StGB) zu weit ausgelegt: es hat die schadensgleiche Vermögensgefährdung, die aus dem vom Angeklagten abgeschlossenen Verpflichtungsgeschäft zunächst folgte, also den bloßen Gefährdungsschaden dem Vermögensverlust im Sinne des Regelbeispiels gleichgesetzt. Diese rechtliche Würdigung vermag der Senat nicht zu teilen. Das Merkmal des Vermögensverlustes ist nach seiner sprachlichen Bedeutung und im Blick auf die Systematik des Gesetzes enger zu verstehen als das des Vermögensnachteils oder des Vermögensschadens. Es

setzt einen “endgültigen Verlust” voraus. Wird bereits durch den Abschluss eines Austauschvertrages ein Nachteil im Sinne einer schadensgleichen Vermögensgefährdung bewirkt, so ist ein Vermögensverlust im Sinne des § 266 Abs. 2 i.V.m. § 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 Alt. 1 StGB erst dann herbeigeführt, wenn der Geschädigte seine Leistung erbracht hat. In Fällen der vorliegenden Art fällt daher ein Gefährdungsschaden nicht in den Anwendungsbereich des genannten Regelbeispiels.

Im einzelnen:

#### 1. Keine bisherige Rechtsprechung des BGH

Der Bundesgerichtshof hat bislang ausdrücklich offen gelassen, ob die Herbeiführung einer bloßen Vermögensgefährdung - die sich als strafbarkeitsbegründende Vermögensbeschädigung im Sinne von § 263 Abs. 1 StGB und als Vermögensnachteil im Sinne von § 266 Abs. 1 StGB darstellt, “wenn der Vermögensverlust naheliegt” (vgl. BGHSt 34, 394, 395 m.w.N.) - das Regelbeispiel des § 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 Alt. 1 StGB verwirklichen kann (so BGH, Beschl. vom 7. Mai 2002 - 3 StR 48/02 = NSTZ 2002, 547; vgl. dazu einerseits Tiedemann in LK 11. Aufl. § 263 Rdn. 298; andererseits Tröndle/ Fischer StGB 51. Aufl. § 263 Rdn. 122; Cramer in Schönke/Schröder, StGB 26. Aufl. § 263 Rdn. 188c). Er hat in der zitierten Entscheidung allerdings bereits hervorgehoben, dass nach allgemeinem Sprachgebrauch der Begriff des Vermögensverlustes enger ist als der der Vermögensbeschädigung (BGH NSTZ 2002, 547).

#### 2. Kein “Vermögensverlust” i.S.v. § 263 III 2 Nr. 2 StGB bei bloßer Vermögensgefährdung

Der Senat hat erwogen, den Begriff des Vermögensverlustes aus Gründen der Praktikabilität und der Vereinfachung ebenso auszulegen wie den des Vermögensschadens und des Vermögensnachteils in den Tatbeständen der §§ 263, 266 StGB. Dies hätte den Vorteil, dass die Rechtsanwender sich bei der Interpretation des Regelbeispiels gleichlaufend auf dem Boden einer gesicherten Rechtsprechung zu Tatbestandsmerkmalen bewegen könnten und eine gesonderte rechtliche Bewertung im Rahmen der Strafraumenwahl vermieden würde, die im Einzelfall mit durchaus nicht einfachen Abgrenzungen verbunden sein kann (im Ergebnis ebenso: Tiedemann in LK aaO). Eine solche Lösung musste jedoch verworfen werden (wie hier im Ergebnis: Tröndle/Fischer aaO § 263 Rdn. 122; Cramer in Schönke/Schröder aaO § 263 Rdn. 188c; NK-Kindhäuser § 263 Rdn. 454).

#### a. Auslegung des § 263 III 2 Nr. 1 StGB; Auslegung nach Wortlaut

Das verfassungsrechtlich verankerte Gebot der Gesetzesbestimmtheit (Art. 103 Abs. 2 GG) gilt grundsätzlich auch für die Rechtsfolgenvorschriften. Das

schließt jedoch die Verwendung von Begriffen nicht aus, die der Deutung durch den Richter bedürfen. Maßgebend für die Auslegung eines Gesetzes ist dann der in der Norm zum Ausdruck kommende objektivierte Wille des Gesetzgebers, so wie er sich aus dem Wortlaut der Vorschrift und dem Sinnzusammenhang ergibt, in den sie hineingestellt ist. Der mögliche Wortsinn einer Vorschrift zieht der Auslegung eine unübersteigbare Grenze (vgl. zu alledem nur BVerfGE 105, 135, 152 ff. = NJW 2002, 1779 ff. zur Vermögensstrafe; siehe auch BVerfG, Kammer, NJW 2001, 1848, 1849).

Im Blick auf die durch den Wortlaut einer strafrechtlichen Norm begrenzte Möglichkeit der Auslegung ist vorgegeben, dass der Verlust von Vermögen enger zu verstehen ist als der Bedeutungsgehalt der Begriffe des Schadens und des Nachteils. Das kommt nicht nur in der genannten Entscheidung des 3. Strafsenats zum Ausdruck (BGH NStZ 2002, 547). Auch sonst kehrt in der bisherigen gefestigten Rechtsprechung wie auch in der Literatur bei der Umschreibung des Gefährdungsschadens das engere Verständnis des Verlustbegriffs wieder: Danach ist bei der gebotenen wirtschaftlichen Betrachtung ein Vermögensschaden "nicht nur im tatsächlichen Verlust" eines Vermögenswertes ("effektiver Schaden"), sondern schon in der konkreten Gefährdung vermögenswerter Positionen zu sehen (so zusammenfassend beispielsweise BVerfG, Kammerbeschluss vom 20. Mai 1998 - 2 BvR 1385/95 - = NJW 1998, 2589 = NStZ 1998, 506; vgl. im übrigen zur gleichlaufenden Auslegung von Vermögensschaden - § 263 Abs. 1 StGB - und Vermögensnachteil - § 266 Abs. 1 StGB -: BGHSt 15, 342, 343 f.; 40, 287, 294 ff.; 43, 293, 297 ff.; BGHR StGB § 266 Abs. 1 Nachteil 43; NK-Kindhäuser § 266 Rdn. 141; Schünnemann in LK aaO § 266 Rdn. 132). Das strafbarkeitsbegründende Kriterium der konkreten Vermögensgefährdung wird auch dahin umschrieben, dass nach den Umständen des Einzelfalles die "naheliegende Gefahr des Vermögensverlustes" (BGHSt 34, 394, 395), die naheliegende Möglichkeit eines Verlustes (BGH NStZ 1996, 203 Nr. 21 a.E.) oder gar "des endgültigen Verlustes" bestehen muss (Samson in SK § 263 Rdn. 166; vgl. weiter BGHSt 21, 112, 113; BGH wistra 1991, 307 f.; Lackner/Kühl StGB 24. Aufl. § 263 Rdn. 42). Im Zusammenhang mit dem sog. Eingehungsbetrug ist von der Vertiefung des Eingehungsschadens die Rede, durch die die "endgültige Schädigung" erreicht wird (BGH NStZ 1997, 542, 543; Lackner/Kühl aaO § 263 Rdn. 64). Dieser Sprachgebrauch und diese Konkretisierungen belegen, dass der Begriff des Verlustes schon bisher enger als der des Schadens und der des Nachteils verstanden und ihm die Bedeutung einer gewissen Endgültigkeit beigelegt wurde. Eine nachträgliche Schadenswiedergutmachung hat insoweit außer Betracht zu bleiben, weil sie tatbestandsunerheblich ist.

#### *b. Systematische Auslegung*

Die systematische Betrachtung der Regelbeispiele bestätigt dies: So ist nach dem Willen des Gesetzgebers ein besonders schwerer Fall der Untreue - wie auch des Betruges - nicht nur dann regelmäßig gegeben, wenn ein Vermögensverlust großen Ausmaßes "herbeigeführt" worden ist, sondern auch dann, wenn eine große Zahl von Menschen "in die Gefahr des Verlustes" von Vermögenswerten gebracht wurde (§ 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 Alt. 2 StGB). Dass das Gesetz in derselben Vorschrift, gar im engsten Regelungszusammenhang zwischen dem herbeigeführten (eingetretenen) Verlust - des Vermögens - und der Gefahr des Verlustes - wenn auch von Vermögenswerten - unterscheidet, spricht ebenso für die engere Auslegung des Merkmals im hier vertretenen Sinne.

#### *c. Historische Auslegung*

Aus der Entstehungsgeschichte der Regelbeispielsvorschrift ergibt sich nichts anderes. Der Gesetzgeber hielt die Begriffe "Vermögensschaden" und "Vermögensverlust" wohl für weitgehend austauschbar. So wurde hervorgehoben, dass schon nach der zur Vorläuferbestimmung - die benannte Regelbeispiele nicht kannte - ergangenen Rechtsprechung ein "besonders großer Schaden zur Annahme eines besonders schweren Falles habe führen können" (vgl. BT-Drucks. 13/8587 S. 64; siehe dazu auch BGH NStZ 2002, 547). Eine Absicht dahin, das Regelbeispiel enger zu fassen, ist im Gesetzgebungsverfahren - soweit ersichtlich - zwar nicht hervorgetreten; es fehlt aber ebenso an einem aussagekräftigen Anhaltspunkt dafür, dass der Vermögensverlust dem Tatbestandsmerkmal (Schaden, Nachteil) gleich erachtet werden sollte. Es bleibt deshalb bei dem Befund, dass der Gesetzgeber gerade nicht an den Schaden oder den Nachteil angeknüpft hat, sondern - neu und eigenständig formuliert - an den Vermögensverlust.

#### *d. Auslegung nach Sinn und Zweck; Vergleich mit ähnlich lautenden Vorschriften*

Schließlich lässt sich auch aus anderen Vorschriften, die das Merkmal des Verlustes enthalten, kein verlässlicher Hinweis auf eine andere, weitere Interpretation gewinnen. In ihnen steht der Begriff mitunter in einem anderen Sinnzusammenhang (vgl. z.B. § 401 Abs. 1 Nr. 1 AktG); überwiegend wird ihm aber wohl auch eine eher enge Bedeutung beigelegt und regelungsspezifisch differenziert (siehe etwa § 45 StGB: Verlust der Amtsfähigkeit, § 265 StGB: Verlust einer versicherten Sache, § 160 Abs. 2, § 166 Abs. 1 StPO: Besorgnis des Verlustes von Beweismitteln; siehe auch § 393 Abs. 3 StPO, § 32 Nr. 2 GVG, § 43 Abs. 1 Satz 3 JGG oder gar Art. 16 Abs. 1 GG). Die jeweils anderen Normzusammenhänge und Regelungsziele, vor allem aber der ersichtlich ganz überwiegend enge sprachliche Bedeutungsgehalt verbieten es schon im Ansatz,

daraus etwa Anhaltspunkte für eine weite Auslegung des Merkmals des "herbeigeführten Vermögensverlustes" zu gewinnen, wie sie im Ergebnis das Landgericht vertritt. Die Deutung der Regelbeispielsvorschrift ist vielmehr tatbestandsspezifisch auszurichten.

#### e. Ergebnis

Nach allem ist festzuhalten, dass in Fällen der vorliegenden Art sogenannte Gefährdungsschäden aus dem Anwendungsbereich des Regelbeispiels eines "Vermögensverlustes großen Ausmaßes" ausscheiden. Liegen - wie hier - Verpflichtungen zugrunde, muss auf Seiten des Geschädigten Erfüllung eingetreten sein, wenn das Merkmal des "herbeigeführten Vermögensverlustes" gegeben sein soll. Beim Abschluss eines Grundstückskaufvertrages ist die Erbringung der ausbedungenen Leistung, hier also die Eintragung des neuen Eigentümers im Grundbuch erforderlich. Dieser muss Inhaber des "Vollrechts" geworden sein. Fehlt es daran, kann jedoch im Blick auf die übrigen Umstände der Tat die Annahme eines unbenannten besonders

schweren Falles in Betracht kommen.

#### 3. Zum Fehlen des Regelbeispiels gem. § 263 III 2 Nr. 2 StGB im vorliegenden Fall

Daraus folgt hier, dass die Voraussetzungen des Regelbeispiels nach § 266 Abs. 2 i.V.m. § 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 3 Alt. 1 StGB nicht erfüllt sind. Die Urteilsgründe ergeben, dass D noch nicht als neue Eigentümerin des Grundstücks im Grundbuch eingetragen war. Wollte die Strafkammer dennoch einen unbenannten besonders schweren Fall annehmen, hätte sie dies mit den besonderen Umständen begründen müssen, die sich aus der Tat und namentlich dem Betreuungsverhältnis zwischen Opfer und Täter ergaben. Solches mag hier zwar naheliegen. Die Strafkammer hat entsprechende Gesichtspunkte bei ihrer Straffindung ergänzend erwähnt. Der Senat vermag indessen nicht von sich aus die Voraussetzungen eines unbenannten besonders schweren Falles zu bejahen. Deren Prüfung erfordert eine umfassende Abwägung aller dazu heranzuziehenden Gesichtspunkte. Das ist Sache des Tatrichters. [...]

### Standort: StPO

### Problem: Rechtsmittelverzicht als Teil einer Absprache

BGH, BESCHLUSS VOM 24.07.2003

3 STR 368/02, 3 STR 415/02 (NSTZ 2003, 677)

BGH, BESCHLUSS VOM 29.10.2003

5 ARS 61/03 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

#### Problemdarstellung:

Dem 3. Strafsenat des BGH lagen zwei Fälle zur Entscheidung vor, in denen die Angeklagten mit der Staatsanwaltschaft und dem Gericht eine Absprache dergestalt getroffen hatten, dass sie gegen Zusicherung einer bestimmten Höchststrafe die angeklagten Taten gestanden. Als Teil bzw. im unmittelbaren Zusammenhang mit der Absprache hatten die Angeklagten auch jeweils nach der Urteilsverkündung auf Rechtsmittelverzicht. Dennoch hatten die Angeklagten später Revision eingelegt. Der 3. Strafsenat hält die Rechtsmittelverzicht für unwirksam und beabsichtigt deshalb, über die Revisionen in der Sache zu entscheiden. Da dies jedoch der bisherigen Rechtsprechung insb. des 1., 2. und 5. Strafsenats widersprechen könnte, die grundsätzlich von der Wirksamkeit eines als Teil einer Absprache erklärten Rechtsmittelverzichts ausgehen, fragte der 3. Senat bei diesen an, ob sie einer entsprechenden (Änderung der) Rechtsprechung zustimmen (Beschluss v. 24.07.2003, NSTZ 2003, 677). Der 5. Senat hat mittlerweile hierauf geantwortet und erklärt, er gehe nunmehr auch von der grundsätzlichen Unwirksamkeit eines entsprechenden Rechtsmittelverzichts aus (Beschluss v. 29.10.2003).

#### Prüfungsrelevanz:

Probleme im Zusammenhang mit Absprachen im Strafprozess dürften primär für das 2. Staatsexamen von Bedeutung sein, hier erhalten sie aber insb. wegen der zunehmenden Beliebtheit solcher Absprachen in der Praxis eine besonders hohe Relevanz.

Problematisch an Absprachen zwischen den Verfahrensbeteiligten im Strafprozess ist vor allem, dass diese in der StPO nur ganz vereinzelt und wenn, dann im Bezug auf eher nebensächliche Fragen geregelt sind (vgl. §§ 265 a, 470 S. 2 StPO). Eine umfassende Absprache bzgl. des Urteils ist der deutschen Strafprozessordnung unbekannt; jedoch hat der BGH in zwei grundsätzlichen Entscheidungen (BGHSt 43, 195; 45, 195) die Zulässigkeit einer solchen Absprache unter bestimmten Voraussetzungen zugelassen (vgl. auch die Darstellung bei Meyer-Goßner, Einl. Rn. 119 ff.). Zunächst kann sich die Verständigung zwischen den Parteien stets nur auf die Strafzumessung beziehen, Absprachen über den Schuldspruch sind unzulässig, da die rechtliche Bewertung eines Sachverhalts einer Vereinbarung nicht zugänglich ist (BGHSt 43, 195, 204). Das Gericht darf weiterhin keine bestimmte Strafe, sondern nur eine Strafobergrenze zusagen; hierbei muss es die allgemeinen Strafzumessungsgesichtspunkte berücksichtigen und darf keine schuldunangemessene Strafe zusichern. Auch darf das Gericht den Angeklagten nicht durch Drohung mit einer höheren Strafe oder durch Versprechen eines gesetzlich nicht vorgesehenen Vorteils zu einem Geständnis drängen. Schließlich muss die Verständigung unter Mitwirkung

aller Verfahrensbeteiligten in der (öffentlichen) Hauptverhandlung stattfinden, was jedoch Vorgespräche außerhalb der Hauptverhandlung nicht ausschließt. Außerdem ist die Vereinbarung als wesentliche Förmlichkeit zu protokollieren.

Bereits in der Vergangenheit ist der BGH davon ausgegangen, dass die Vereinbarung eines Rechtsmittelverzichts vor Verkündung des Urteils unwirksam sei (BGHSt 43, 195, 104 f.). Einen Rechtsmittelverzicht des Angeklagten, der zwar Teil der Absprache war, aber erst nach Verkündung des Urteils erklärt wurde, haben die meisten BGH-Senate jedoch grundsätzlich für möglich und nur dann für unwirksam gehalten, wenn durch die vorherige Absprache die Willensbildung des Angeklagten in unzulässiger Weise beeinträchtigt worden ist. Dies erhält besondere praktische Relevanz dadurch, dass praktisch immer ein Rechtsmittelverzicht des Angeklagten ausdrücklich oder stillschweigend zum Teil der Vereinbarung gemacht wird. Diese Rechtsprechung will der 3. Senat nunmehr aufgeben und eine grundsätzliche Unwirksamkeit des Rechtsmittelverzichts des Angeklagten annehmen, sofern dieser Inhalt einer Urteilsabsprache war oder das Gericht - ohne dass der Verzicht ausdrücklich zum Teil der Absprache gemacht wurde - es für den Angeklagten ersichtlich vorausgesetzt hatte, dass dieser auf Rechtsmittel verzichte. In beiden Fällen besteht nach Auffassung des 3. Senats die unwiderlegliche Vermutung einer unzulässigen Beeinflussung des Angeklagten, so dass der so erwirkte Rechtsmittelverzicht stets unwirksam sei. Diesen Entscheidungsvorschlag legte der 3. Senat den anderen Senaten vor.

Der 5. Strafsenat hat hierauf bereits geantwortet und - unter Aufgabe seiner bisherigen Rechtsprechung - erklärt, er stimme mit der Wertung des 3. Senats überein. Er gibt jedoch zu Bedenken, dass im Falle der Unwirksamkeit des Rechtsmittelverzichts im Rahmen der nunmehr vom Angeklagten zulässig eingelegten Revision eigentlich nur die Voraussetzungen für eine wirksame Absprache geprüft werden könnten und dieser bei Versäumung der Revisionsfrist (§ 341 I StPO) grds. auch keinen Anspruch auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (§§ 44 ff. StPO) haben dürfte.

#### **Vertiefungshinweise:**

Zu Absprachen im Strafprozess: *BGHSt* 43, 195; 45, 195; *Kölbl*, *NStZ* 2003, 242; *Landau/Eschelbach*, *NJW* 1999, 321; *Küpper*, *Jura* 1999, 400

Zur Unzulässigkeit eines Rechtsmittelverzichts als Teil einer Absprache: *BGH*, *StV* 2001, 554; *NStZ* 2002, 379; *NStZ-RR* 2002, 114; *Rieß*, *NStZ* 2000, 96;

**rung des Angeklagten, auf Rechtsmittel zu verzichten, ist unwirksam, wenn ihr eine Urteilsabsprache vorausgegangen ist, in der unzulässigerweise (BGHSt 43, 195, 204) ein Rechtsmittelverzicht versprochen worden ist. Dies gilt auch für den Rechtsmittelverzicht, auf den das Gericht, ohne ihn sich im Rahmen der Absprache unzulässigerweise versprechen zu lassen, lediglich hingewirkt hat.**

#### **Sachverhalt:**

1. In der Strafsache gegen J (3 StR 415/02) hat das Landgericht Duisburg den Angeklagten am 29. April 2002 wegen unerlaubten Handelns mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in drei Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren und sechs Monaten verurteilt. Der Angeklagte hat unmittelbar nach der Urteilsverkündung auf die Einlegung eines Rechtsmittels verzichtet. Mit Schriftsatz vom 25. September 2002 hat der Angeklagte Revision eingelegt und die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beantragt mit dem Vortrag, der Rechtsmittelverzicht sei Bestandteil einer verfahrensbeendenden Absprache gewesen und deshalb unwirksam.

Dem Antrag liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Nach Aufruf der Sache, Erörterung der Sach- und Rechtslage sowie einer einstündigen Unterbrechung der Sitzung "sicherte die Kammer eine Freiheitsstrafe von höchstens vier Jahren neun Monaten bei Rechtsmittelverzicht zu". Daraufhin erklärten sowohl die Sitzungsvertreterin der Staatsanwaltschaft als auch der Angeklagte und sein Verteidiger, sie stimmten einer "solchen Absprache" bzw. einer "solchen Zusage der Kammer" zu. Nach Verlesung des Anklagesatzes und Belehrung des Angeklagten über seine Aussagefreiheit erklärte dieser aussagen zu wollen. Daraufhin gab der Verteidiger für den Angeklagten eine Erklärung ab, in der "die Anklagevorwürfe als richtig zugestanden" wurden. Der Verteidiger erklärte für den Angeklagten weiterhin das Einverständnis zur "außergerichtlichen Einziehung" von sichergestellten Betäubungsmitteln und Geldbeträgen. Nach im wesentlichen übereinstimmenden Schlussanträgen von Staatsanwaltschaft und Verteidigung und dem letzten Wort des Angeklagten verkündete die Strafkammer das Urteil und einen Haftfortdauerbeschluss. Unmittelbar danach verzichteten der Angeklagte, sein Verteidiger und die Staatsanwaltschaft auf Rechtsmittel.

2. In dem Verfahren gegen H (3 StR 368/02) hat das Landgericht Lüneburg die Angeklagte am 4. Juli 2002 wegen unerlaubter Einfuhr von Betäubungsmitteln in Tateinheit mit Beihilfe zum unerlaubten Handelns mit Betäubungsmitteln jeweils in nicht geringer Menge in zehn Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von acht Jahren und sechs Monaten verurteilt. Hiergegen richtet sich die am 5. Juli 2002 eingelegte Revision der Angeklagten. Die Beschwerdeführerin ist der Auffassung, ihr Rechtsmittel sei zulässig, obwohl sie un-

**Der Beschluss des 3. Senats vom 24.07.03:**

**Leitsatz (der Redaktion):**

**Der Senat beabsichtigt zu entscheiden: die Erklä-**

mittelbar nach Verkündung des Urteils auf Rechtsmittel verzichtet hatte. Dieser Rechtsmittelverzicht sei unwirksam.

Hierzu trägt sie u. a. folgendes Geschehen vor: Am ersten Verhandlungstag schlug die Strafkammer eine Verfahrenserledigung in der Form vor, dass sie für den Fall eines Geständnisses der Angeklagten eine Gesamtfreiheitsstrafe von acht Jahren und sechs Monaten als Strafobergrenze in Aussicht stellte. Dabei brachte sie zum Ausdruck, dass ein "Rechtsmittelverzicht wünschenswert" sei. Die Angeklagte und der Verteidiger stimmten der vom Gericht vorgeschlagenen Verfahrenserledigung zu. Anschließend erklärte der Verteidiger, die Anklagevorwürfe seien zutreffend, und die Angeklagte bestätigte dies. Am nächsten Verhandlungstag wurde das Urteil verkündet. Im Anschluss daran erklärte der Verteidiger: "Wir verzichten auf Rechtsmittel." Auf Nachfrage des Gerichts bekundete die Angeklagte nach kurzer Unterredung mit ihrem Verteidiger: "Ich verzichte auf Rechtsmittel gegen das soeben verkündete Urteil."

### **Aus den Gründen:**

#### *I. Zur Unwirksamkeit der erklärten Rechtsmittelverzichte*

Der Senat hält in beiden Fällen den Rechtsmittelverzicht für unwirksam und möchte auf die Revisionen der Angeklagten die Urteile einer Rechtsprüfung unterziehen.

Ausgehend davon, dass die geltende Strafprozessordnung - wie in der Rechtsprechung aller Senate des Bundesgerichtshofs anerkannt ist - Urteilsabsprachen nur unter engen Voraussetzungen zulässt (dazu nachstehend 1.) und es unzulässig ist, dabei einen nach Urteilerlass zu erklärenden Rechtsmittelverzicht zu vereinbaren (dazu nachstehend 2.), ist der Senat der Auffassung, dass ein Verstoß gegen dieses Verbot die Unwirksamkeit des gleichwohl erklärten Rechtsmittelverzichts zur Folge hat (dazu nachstehend 3.).

#### *1. Zur Zulässigkeit von Absprachen im Strafprozess*

Das geschriebene deutsche Strafprozessrecht kennt Urteilsabsprachen nicht. Es liefert dafür keine Anknüpfungspunkte (Rieß in Löwe/ Rosenberg, StPO 25. Aufl. Einl. Abschn. G Rdn. 59). Der deutsche Strafprozess ist grundsätzlich vergleichsfeindlich ausgestaltet (BGHSt 43, 195, 203). Das Rechtsstaatsprinzip untersagt es dem Gericht und der Staatsanwaltschaft, sich auf einen "Vergleich" im Gewande des Urteils, auf einen "Handel mit der Gerechtigkeit" einzulassen (BVerfG NStZ 1987, 419).

Ungeachtet dessen hat sich seit zwei Jahrzehnten im deutschen Strafverfahren eine Praxis entwickelt, dass sich die Beteiligten nicht nur "über den Stand und die Aussichten des Verfahrens" verständigen - wogegen allerdings keine Bedenken bestehen (vgl. BVerfG

NStZ 1987, 419) - , sondern auch das Ergebnis des Verfahrens aushandeln oder auszuhandeln versuchen. Dabei hat nach den Beobachtungen und Erfahrungen des Senats, in denen er sich durch Entscheidungen anderer Strafsenate bestätigt sieht (vgl. nur BGHSt 45, 51 [5 StR 714/98]; BGHR StPO vor § 1/faïres Verfahren Vereinbarung 12 [2 StR 369/00]; BGH NStZ 2000, 495 [1 StR 623/99]; BGH NStZ 2002, 219 [1 StR 147/01] mit Anm. Weider NStZ 2002, 174; BGH StV 2000, 556 [2 StR 588/99] mit Anm. Weider StV 2002, 397; BGH StV 2002, 637 [1 StR 171/02]; BGH, Beschl. vom 23. Oktober 2001 - 5 StR 433/01; BGH, Beschl. vom 16. Mai 2002 - 5 StR 12/02; BGH, Beschl. vom 7. Mai 2003 - 5 StR 556/02), die Praxis eine Entwicklung genommen, die besorgen lässt, dass die Grundprinzipien des Strafprozessrechts, nämlich die Erforschung der materiellen Wahrheit und die Verhängung einer schuldangemessenen Sanktion durch den gesetzlichen Richter in öffentlicher Hauptverhandlung, gefährdet sind. Diese Erkenntnis stimmt mit den überwiegend kritischen Bewertungen der Verständigung in der Literatur überein (vgl. nur Weigend in FS BGH Wissenschaft S. 1011; Schünemann in FS Baumann S. 361; Hassemer JuS 1989, 890).

Im Hinblick auf die zunehmende, dem Einfluss der revisionsgerichtlichen Rechtsprechung naturgemäß weitgehend entzogene Ausweitung der Verständigungspraxis und die Untätigkeit des Gesetzgebers hat der Bundesgerichtshof die Grundregeln zusammengefasst, bei deren Einhaltung die konsensuale Verfahrensbeendigung mit den aus dem Rechtsstaatsprinzip folgenden Aufgaben und Bindungen der Strafrechtspflege noch in Einklang steht. Die vom 4. Strafsenat (BGHSt 43, 195) formulierten Mindestanforderungen an die Urteilsabsprache bilden damit auch die Grenze für zulässiges konsensuales Verhalten im Strafprozess. Diese betreffen zum einen die Frage, worüber eine Absprache erzielt werden kann, bzw. was nicht Gegenstand einer Absprache sein darf. Danach verbleibt es bei der Verpflichtung des Gerichts zur Erforschung der materiellen Wahrheit (vgl. BGHSt 43, 195, 204); der Schuldspruch steht - jenseits der Möglichkeiten nach §§ 154, 154 a StPO - nicht zur Disposition (BGH aaO S. 204, 208); es darf nur die Obergrenze der zu verhängenden Strafe zugesichert werden (BGH aaO S. 206); das Maß der schuldangemessenen Strafe darf - wenn auch dem aufgrund einer Absprache abgelegten Geständnis eine strafmildernde Wirkung zukommt - nicht unterschritten werden (BGH aaO S. 208). Zum anderen muss auch das Verfahren, in dem die Verständigung zustande kommt, rechtsstaatlichen Anforderungen und den Grundprinzipien des Strafverfahrensrechts gerecht werden: Der Angeklagte darf nicht durch Drohung mit einer höheren Strafe oder durch Versprechen eines gesetzlich nicht vorgesehenen Vorteils zu einem Geständnis gedrängt werden (BGH aaO S. 204); die Absprache muss unter Einbe-

ziehung aller Verfahrensbeteiligten in öffentlicher Hauptverhandlung erfolgen; sie ist mit ihren Ergebnissen in die Niederschrift aufzunehmen (BGH aaO S. 205 f.; BGHSt 45, 227, 228).

## 2. Zur Unzulässigkeit der Vereinbarung eines Rechtsmittelverzichts als Teil einer Absprache

Nach diesen Verfahrensregeln ist es dem Gericht auch untersagt, sich für das Inaussichtstellen einer milderen Strafe von dem Angeklagten versprechen zu lassen, dieser werde auf Rechtsmittel verzichten, oder daran mitzuwirken, dass der Angeklagte und die Staatsanwaltschaft ihre Zustimmung zu der Absprache von einem wechselseitigen Verzicht auf Rechtsmittel abhängig machen.

Dass die Vereinbarung eines Rechtsmittelverzichts in einer Urteilsabsprache nicht zulässig ist, hat der 4. Strafsenat mehrfach ausgesprochen (BGHSt 43, 195, 204 - im nicht entscheidungserheblichen Teil der Urteilsgründe; BGHSt 45, 227). Diese Rechtsansicht wird von den anderen Strafsenaten erkennbar geteilt. Soweit sie sich mit der Wirksamkeit eines absprachegemäß erklärten Rechtsmittelverzichts beschäftigt haben, gehen die Entscheidungen ausdrücklich (BGH StV 2000, 542; BGH NStZ-RR 2002, 114 - 1. Strafsenat; BGHR StPO vor § 1/aires Verfahren Vereinbarung 12 = StV 2001, 554; BGH NStZ-RR 2001, 334 = StV 2001, 557 - 2. Strafsenat; BGHSt 47, 238 = NStZ 2002, 379 = 5. Strafsenat) oder inzident (BGH, Beschl. vom 27. Juni 2001 9 - StR 210/01; BGH NStZ 2002, 219 - 1. Strafsenat; BGH, Beschl. vom 4. Juli 2001 - 2 StR 247/01; BGH, Beschl. vom 8. Mai 2002 - 3 StR 42/02; BGH, Beschl. vom 5. September 2001 - 5 StR 386/01 - und vom 16. Mai 2002 - 5 StR 12/02; BGH NStZ 2002, 496 - 5. Strafsenat) von der Unzulässigkeit einer solchen Vereinbarung aus. An diesem Verbot ist festzuhalten:

### a. Unzulässigkeit eines Rechtsmittelverzichts vor Urteilsverkündung

Das folgt mittelbar bereits daraus, dass ein Rechtsmittelverzicht, der schon vor dem Erlass einer Entscheidung erklärt wird, nach einhelliger Ansicht unzulässig ist. Das Versprechen eines zukünftigen Rechtsmittelverzichts kommt, auch wenn es den Versprechenden rechtlich nicht bindet, wegen der von ihm - aus vielfältigen Gründen - ausgehenden faktischen Bindung einem unzulässig vorab erklärten Verzicht in seinen Wirkungen so nahe, dass es sich ebenfalls als verfahrenswidrig darstellt.

### b. Gefahr der nachlässigen Urteilsabfassung bei wirksamem Rechtsmittelverzicht

Gegen eine Aufgabe des Verbots sprechen auch die naheliegenden Konsequenzen: es liegt auf der Hand, dass schon das Wissen, die zu treffende Entscheidung werde nicht überprüft werden, weil ein Rechtsmittel

nicht zu erwarten sei, einen nicht zu unterschätzenden Einfluss auf die Urteilsfindung hat (vgl. Volk in FS Salger, S. 411). Sorgfalt bei der Sachverhaltsermittlung und der Subsumtion lassen nahezu zwangsläufig nach. Vor diesem Hintergrund gerät die ohnehin nicht unproblematische Praxis der Urteilsabsprache weiter ins Zwielficht, wenn sich das Gericht durch das Verlangen eines Rechtsmittelverzichts in eine Situation bringt, in der es in Gefahr gerät, sich das Verfahren und die Urteilsbegründung leicht zu machen (vgl. Rieß NStZ 2000, 96, 99 [Anm. zu BGHSt 45, 227]).

### c. Kein schutzwürdiges Interesse der Verfahrensbeteiligten an der Wirksamkeit des Rechtsmittelverzichts

Ein schützenswertes Interesse, das - ungeachtet dieser Bedenken - die Bewertung der Abrede eines Rechtsmittelverzichts als zulässig legitimieren könnte, ist nicht ersichtlich. Das gilt zunächst mit Blick auf die Interessen des Angeklagten, der erreichen will, dass auch die Staatsanwaltschaft verspricht, kein Rechtsmittel einzulegen: die zu seinen Ungunsten eingelegte Revision der Staatsanwaltschaft muss der Angeklagte nur fürchten, wenn durchgreifende Rechtsfehler zu seinen Gunsten geschehen sind, insbesondere wenn die in Aussicht gestellte und verhängte Strafe so milde ist, dass sie ihre Aufgabe, gerechter Schuldausgleich zu sein, nicht mehr erfüllen kann. Angesichts der weitgehenden Beschränkung, die das Verfahrensrecht dem Revisionsgericht bei der Überprüfung der trichterlichen Strafzumessung auferlegt, kann eine Revision - in den in Frage stehenden Fallgestaltungen - vor allem dann Erfolg haben, wenn der Trichter eine unvertretbar milde Strafe verhängt hat. Gerade dies darf aber nicht das Ergebnis einer Urteilsabsprache sein (BGHSt 43, 195, 208). Dementsprechend kann ein etwa daraus resultierendes Interesse des Angeklagten an der Vereinbarung des Rechtsmittelverzichts nicht als schützenswert anerkannt werden.

Soweit die Staatsanwaltschaft mit der Verzichtsabrede verhindern will, dass der Angeklagte (kurz vor Fristablauf und so spät, dass sie ihrerseits das Urteil nicht mehr anfechten kann) Rechtsmittel einlegt und auf diese Weise erreicht, dass das Urteil ausschließlich zu seinen Gunsten überprüft werden kann, sind schutzwürdige Belange letztlich ebenfalls nicht ersichtlich. Allerdings mag es für sich betrachtet ein berechtigtes und verständliches Anliegen sein, wenn die an einer Abrede beteiligte Staatsanwaltschaft eine solche einseitige Überprüfung insbesondere in Fällen ausschließen möchte, in denen der Angeklagte durch das Urteil ohnehin erheblich und unter Umständen sogar unangemessen begünstigt wurde (etwa durch eine ohnehin sehr milde Strafe oder dadurch, dass die Feststellungen zu seinen Gunsten das Maß des ihm zur Last fallenden - allerdings nur mit größerem Aufwand festzustellenden - Unrechts nicht ausschöpfen). Indes kann die Staatsanwaltschaft, was auch ihre Pflicht ist, unange-

messene Begünstigungen des Angeklagten schon dadurch verhindern, dass sie sich der Mitwirkung an entsprechenden Abreden enthält.

Solange die Verständigung aber den von BGHSt 43, 195 gesetzten Rahmen eingehalten hat, ist eine Aufhebung des Urteils aufgrund der Revision des Angeklagten ohnehin in aller Regel nicht zu besorgen. Wenn der Tatrichter sich nicht darauf beschränkt, dass der Angeklagte die ihm vorgeworfene Tat, wie im Anklagesatz niedergelegt, einräumt oder (ggf. auch nur durch Erklärung seines Verteidigers) dem "Anklagevorwurf nicht mehr entgegentritt", sondern, worauf auch die Staatsanwaltschaft hinzuwirken hat, das Urteil nur auf ein den Tatvorwurf umfassend einräumendes, überprüfbares und - durch Nachfragen oder den wenig aufwendigen Abgleich mit anderen Beweismitteln - überprüftes Geständnis stützt, und wenn der Schuldspruch, der sowieso nicht Gegenstand der Verständigung sein darf, der Sach- und Rechtslage entspricht, wird eine Revision durchweg erfolglos bleiben, zumal die verhängte Strafe in den Fällen der Abrede ohnehin eher im unteren Bereich des Spielraums schuldangemessener Strafen festgesetzt sein wird.

Nur am Rande sei angemerkt, dass auch das Interesse an der Schonung knapper justizieller Ressourcen kein die Zulassung der Rechtsmittelverzichtsabrede legitimierender Grund sein kann. Die Möglichkeit, das Urteil nach § 267 Abs. 4 StPO abzukürzen, hängt nicht von der Erklärung des Rechtsmittelverzichts ab; um sie zu nutzen, muss nur der Ablauf der Rechtsmittelfrist abgewartet werden. Sollte das Urteil durch das Rechtsmittel angefochten werden, so entsteht, sofern die Leitlinien des Bundesgerichtshofs zur Urteilsabrede vom Gericht eingehalten worden sind, kein wesentlicher Mehraufwand durch die Abfassung eines "langen" Urteils. Wenn der Angeklagte ein detailliertes Geständnis abgegeben hat, wird sich in der Beweiswürdigung mit wenigen Worten darlegen lassen, dass und warum der Tatrichter von seiner Richtigkeit überzeugt ist.

### *3. Zur Unwirksamkeit des im Zusammenhang mit einer Absprache erklärten Rechtsmittelverzichts*

Nach Auffassung des Senats ist ein Rechtsmittelverzicht, der im Anschluss an ein Versprechen in einer Urteilsabrede erklärt wird, unwirksam.

Die Unwirksamkeit der Erklärung ist eine zwangsläufige Folge des vorangegangenen Verstoßes gegen das Verbot, einen Rechtsmittelverzicht zum Bestandteil der dem Urteil vorausgehenden Absprache zu machen (so schon BGHSt 45, 227, allerdings nur beim Vorliegen weiterer besonderer Umstände). Das Verbot der Vereinbarung eines Rechtsmittelverzichts ist - wie dargestellt - unter dem geltenden Strafverfahrensrecht eine unabwendbare Bedingung für eine rechtsstaatlichen Anforderungen genügende Verständigung im Strafverfahren. Ein Verstoß dagegen darf daher nicht sank-

tionslos bleiben (BGHSt aaO). Die einzig denkbare Sanktion ist aber die Annahme der Unwirksamkeit des abredgemäß erklärten Verzichts. Nur die Bewertung der Verzichtserklärung als unwirksam kann sicherstellen, dass die Kontrolle gerichtlicher Entscheidungen durch die Rechtsmittelgerichte, die - über ihre Bedeutung für den Einzelfall hinaus - allein dadurch, dass sie generell möglich ist, die Einhaltung der Verfahrensregeln gewährleistet, auch in Strafverfahren, in denen das Urteil aufgrund einer Verständigung ergeht, in dem notwendigen Maß erhalten bleibt. Nur solange diese Kontrolle nicht gänzlich ausgeschlossen wird, kann der Gefahr von Auswüchsen entgegengewirkt werden, die der Akzeptanz der Justiz und speziell dem Vertrauen der Allgemeinheit in die den Prinzipien von Gleichheit vor dem Gesetz und Gerechtigkeit in besonderer Weise verpflichtete Strafrechtspflege abträglich wären.

Es ist zwar richtig, dass die Beteiligten die Rechtsmittelkontrolle dadurch ausschließen können, dass sie kein Rechtsmittel einlegen oder - unbedenklich, soweit keine Absprache vorausgegangen ist - auf Rechtsmittel verzichten. Vereinbaren sie aber schon in einer Verständigung zum Verfahrensausgang, dass das Urteil der Kontrolle entzogen bleiben soll, so darf das Recht nicht auch noch dadurch der Umsetzung dieser Vereinbarung zum Erfolg verhelfen, dass es die Verzichtserklärung als wirksam akzeptiert.

Hinzu kommt, dass das Gericht, das sich einen Rechtsmittelverzicht versprechen lässt, damit in unzulässiger Weise auf die freie Willensentscheidung des Angeklagten über die Annahme oder Anfechtung des Urteils einwirkt und sich auch im Einzelfall - zumal wenn das Urteil später angefochten wird - kaum einmal verlässlich feststellen lassen wird, dass die Erklärung des Rechtsmittelverzichts nach dem Urteil unbeeinflusst von diesem Versprechen abgegeben wurde. Vielmehr besteht generell die Gefahr, dass auf eine (regelmäßig unmittelbar nach der Urteilsverkündung abgegebene) Verzichtserklärung die Erwartungshaltung des Gerichts und die Beratung durch den Verteidiger - zumal dem Pflichtverteidiger, der in Zukunft auch in anderen Strafverfahren mit dem Gericht Urteilsabsprachen treffen will - den entscheidenden Einfluss haben.

Eine Rechtsmittelverzichtserklärung ist aber - nach Auffassung aller Strafsenate des Bundesgerichtshofs - unwirksam, wenn der Erklärende dabei in seinem Willen beeinträchtigt war. Dabei ist ohne Belang, ob die Willensbeeinträchtigung in der Person des Erklärenden angelegt ist oder ihre Ursache in dem Einfluss Dritter auf den Erklärenden findet. Dementsprechend hat der Senat etwa bereits entschieden, dass der Rechtsmittelverzicht des Angeklagten unwirksam ist, wenn ihm eine vom Vorsitzenden unzuständigerweise abgegebene und alsbald nach der Urteilsverkündung nicht eingehaltene Zusage zugrunde liegt (BGHR StPO § 302 I

1 Rechtsmittelverzicht 14).

## II. Überblick über die bisherige Rechtsprechung

Unter den Strafsenaten des Bundesgerichtshofs wird die Wirksamkeit eines Rechtsmittelverzichts, der erklärt wird, nachdem er unzulässigerweise Gegenstand einer Urteilsabsprache war, nicht einheitlich beurteilt. Jedenfalls der 1. und der 2. Strafsenat haben sich ausdrücklich für die Wirksamkeit eines solchen Verzichts ausgesprochen:

Bereits vor der Entscheidung BGHSt 43, 195 hat der 2. Strafsenat entschieden, die Unzulässigkeit einer Absprache über das Verfahrensergebnis berühre nicht die Wirksamkeit eines absprachegemäß erklärten Rechtsmittelverzichts (NSTz 1997, 611 unter Hinweis auf die Entscheidungen BGH wistra 1992, 309, 310; BGH, Beschl. vom 17. Juli 1991 - 2 StR 230/91). An dieser Auffassung hat er auch festgehalten (BGH, NSTz-RR 2001, 334; Beschl. vom 4. Juli 2001 - 2 StR 247/01; abschwächend: Beschl. vom 7. August 2002 - 2 StR 196/02), nachdem der 4. Strafsenat alsbald Bedenken dagegen angemeldet (BGH StV 1999, 411) und - entscheidungstragend allerdings letztlich unter Berufung auf Sachverhaltsbesonderheiten - einen Rechtsmittelverzicht für unwirksam angesehen und dem Angeklagten Wiedereinsetzung nach Versäumung der Frist zur Rechtsmitteleinlegung gewährt hatte (BGHSt 45, 227).

Der 5. Strafsenat hat bei Hinzutreten besonderer Umstände ebenfalls die Unwirksamkeit des Rechtsmittelverzichts angenommen (BGHSt 45, 51), ist aber ansonsten wie der 2. Strafsenat davon ausgegangen, dass ein Rechtsmittelverzicht nicht schon deshalb unwirksam ist, weil er Gegenstand einer Absprache war (Beschl. vom 5. September 2001 - 5 StR 386/01; vgl. andererseits den Beschl. vom 5. Februar 2002 - 5 StR 617/01 = BGHSt 47, 238, in dem die Entscheidung des 4. Strafsenats BGHSt 45, 227 zustimmend zitiert wird).

Der 1. Strafsenat hat sich dem 2. Strafsenat angeschlossen und den unzulässig versprochenen Rechtsmittelverzicht nur dann für unwirksam gehalten, wenn der Verfahrensmangel zu einer unzulässigen Willensbeeinträchtigung bei der Abgabe der Verzichtserklärung geführt hat (BGH, Beschl. vom 8. März 2000 - 1 StR 607/99 = NSTz 2000, 386). Als Beispiel für eine unzulässige Willensbeeinflussung hat der 1. Strafsenat die Verzichtserklärung "aufgrund einer unzulässiger Weise vor Erlass des Urteils im Rahmen einer verfahrensbeendenden Absprache getroffenen Vereinbarung" bezeichnet (BGH, Beschl. vom 5. Dezember 2001 - 1 StR 482/01 = NSTz-RR 2002, 114). Der erkennende Senat hat sich bislang hierzu nicht ausdrücklich geäußert. Er hat aber die Unwirksamkeit eines Rechtsmittelverzichts jedenfalls dann in Betracht gezogen, wenn er "Bestandteil einer die Willensbildung des Angeklagten unzulässig beeinflussenden Absprache gewesen wäre" (BGH, Beschl. vom 8. Mai 2002 - 3 StR

42/02).

Diese differierenden Auffassungen dürften ihren wesentlichen Grund in der unterschiedlichen Beurteilung der Wirkungen haben, die das im Rahmen einer Absprache abgegebene Verzichtversprechen auf den Angeklagten hat, wenn dieser - zumeist unmittelbar nach der Urteilsverkündung - seinen Rechtsmittelverzicht erklärt. Der 1. und der 2. Strafsenat, möglicherweise auch der 5. Strafsenat, messen dem bloßen Rechtsmittelverzichtversprechen keine die Willensfreiheit beeinflussende Wirkung zu. Sie halten das Versprechen zwar für generell geeignet, den Willen des Erklärenden zu beeinflussen, fordern aber im Einzelfall den Nachweis, dass es zu einer unzulässigen Willensbeeinträchtigung gekommen ist. Nach Auffassung des anfragenden Senats und des 4. Strafsenats ist angesichts der dem Revisionsgericht inzwischen zugänglichen Erfahrungen mit der Absprachepraxis in jedem Fall von einer solchen Willensbeeinträchtigung des Angeklagten auszugehen, so dass es eines Einzelnachweises nicht bedarf.

## III. Anfrage an die anderen Senate

Der Senat fragt bei den anderen Strafsenaten an, ob sie an ihrer der beabsichtigten Entscheidung entgegenstehenden Rechtsprechung festhalten.

### 1. Beschränkung auf die Frage der Wirksamkeit eines Rechtsmittelverzichts des Angeklagten

Er beschränkt die Anfrage insoweit auf die Wirksamkeit der Rechtsmittelverzichtserklärung des Angeklagten, weil allein diese in den zugrundeliegenden Verfahren auf ihre Wirksamkeit zu prüfen sind und deshalb nur diese Rechtsfrage entscheidungserheblich ist. Ob dieselben Grundsätze auch für die Rechtsmittelverzichtserklärung der StA oder des Nebenklägers zu gelten haben, muss nicht entschieden werden.

### 2. Erweiterung der Frage auf Fälle, in denen der Rechtsmittelverzicht nicht ausdrücklich vereinbart, aber vom Gericht ersichtlich erwartet wurde

Im Hinblick auf die dem Revisionsverfahren gegen H zugrundeliegende Sachverhaltsgestaltung besteht zugleich Anlass zu einer Erweiterung der Fragestellung. Nach Auffassung des Senats ist es nicht nur unzulässig, das Versprechen eines Rechtsmittelverzichts zum Bestandteil einer Absprache über das Urteil zu machen. In einem Strafverfahren, das durch eine Urteilsabsprache beendet werden soll, ist es dem Gericht darüber hinaus auch nicht erlaubt, auf einen Rechtsmittelverzicht des Angeklagten hinzuwirken, dies auch nicht in der Weise, dass es zum Ausdruck bringt, es erwarte einen Rechtsmittelverzicht oder erachte ihn für wünschenswert. Auch den Rechtsmittelverzicht, der nicht ausdrücklich vereinbart wurde, aber einer vorab zum Ausdruck gebrachten Erwartung des Gerichts entspricht, hält der Senat für unwirksam.



*a. Zur Unzulässigkeit der mittelbaren Herbeiführung eines Rechtsmittelverzichts des Angeklagten*

Was die Frage der Zulässigkeit einer solchen Einflussnahme anbelangt, besteht - mit Blick auf die Beeinträchtigung der Willens- und Entschließungsfreiheit des Angeklagten sowie ihres Ausmaßes - kein grundsätzlicher Unterschied, ob das Gericht das Versprechen eines Rechtsmittelverzichts ausdrücklich zum unzulässigen Gegenstand einer Urteilsabsprache macht (so im Fall des Angeklagten J) oder ob es im Zusammenhang mit einer Urteilsabsprache in anderer Weise auf die Abgabe eines Rechtsmittelverzichts hinwirkt.

Auch wenn das Gericht (wie im Fall der Angeklagten H) nur zum Ausdruck bringt, es halte einen Rechtsmittelverzicht für wünschenswert, ist zu befürchten, dass beim Angeklagten und namentlich bei dem an das Verhandlungsklima und das wechselseitige Vertrauen in zukünftigen Strafverfahren vor demselben Gericht denkenden Verteidiger der Eindruck entstehen kann, das Gericht mache das Versprechen des Rechtsmittelverzichts - wenn auch nicht ausdrücklich - zum Inhalt der Urteilsabsprache und verbinde die Zusage der in Aussicht gestellten Strafobergrenze mit der Erwartung der Verzichtserklärung nach der Urteilsverkündung (vgl. BGH NStZ 2002, 219; Weider, Verteidigung in Betäubungsmittel-Strafverfahren, in: Handbuch des Betäubungsmittelstrafrechts, S. 1133, 1198). Würde nur die ausdrückliche Abrede eines Rechtsmittelverzichts als unzulässig angesehen, bestünde zudem die naheliegende Gefahr des Ausweichens auf andere, nur in der Form unverbindlich scheinende Erklärungen. Die allem Anschein nach weit verbreitete Praxis, im Rahmen einer Verständigung - unzulässigerweise - auch den wechselseitigen Rechtsmittelverzicht zu verabreden, diese Abrede aber anders als den sonstigen Inhalt der Verständigung nicht offen zu legen und insbesondere nicht

in das Protokoll aufzunehmen, ist hinreichender Beleg für diese Befürchtung. Solange der Amtsermittlungsgrundsatz, die Pflicht zur Erforschung der materiellen Wahrheit und das Gebot gerechten Strafens ausnahmslos Geltung beanspruchen, muss danach jegliche Erörterung eines Rechtsmittelverzichts im Zusammenhang mit Urteilsabsprachen unterbleiben. Ein anerkanntes Bedürfnis für einen Rechtsmittelverzicht bei einer Urteilsabsprache ist ohnehin nicht ersichtlich.

Die Erwägungen, die zur Unwirksamkeit des vereinbarten Rechtsmittelverzichts führen (oben II.), sprechen dafür, auch dem Rechtsmittelverzicht, auf den das Gericht lediglich hingewirkt hat, die Wirksamkeit zu versagen.

*b. Keine bisherige Rechtsprechung zu dieser Frage*

Zu der Rechtsfrage, ob auch derjenige Rechtsmittelverzicht unwirksam ist, auf den das Gericht, ohne ihn sich im Rahmen der Absprache unzulässigerweise versprechen zu lassen, lediglich hingewirkt hat, liegt bis-

lang eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs nicht vor. Der 4. Strafsenat hat nur den aufgrund ausdrücklicher Vereinbarung erklärten Rechtsmittelverzicht für unwirksam erachtet (BGHSt 45, 227; vgl. auch BGH StV 1999, 411). Der 5. Strafsenat hat den Fall, in dem der Verteidiger den Rechtsmittelverzicht nur "vage in Aussicht gestellt" hatte, ausdrücklich nicht als "Versprechen" im Sinne von BGHSt 43, 195 angesehen (BGH, Beschl. vom 20. März 2002 - 5 StR 1/02 = NStZ 2002, 496).

In dieser Situation erscheint es dem Senat zweckmäßig, die anderen Strafsenate auch um eine Stellungnahme zu dieser Frage zu bitten. Zum einen liegt nahe, dass für diejenigen, die einen abredgemäß erklärten Rechtsmittelverzicht für wirksam erachten, auch die Wirksamkeit eines Verzichts nicht in Zweifel steht, der entsprechend einer zum Ausdruck gebrachten Erwartung des Gerichts erklärt wird. Zum anderen erscheint es aber auch nicht von vornherein ausgeschlossen, beide Fallgestaltungen unterschiedlich zu beurteilen und entgegen der Auffassung des Senats nur dem aufgrund einer Verständigung mit wechselseitigem Verzichtsversprechen erklärten Rechtsmittelverzicht die Wirksamkeit abzusprechen.

***Der Beschluss des 5. Senats vom m29.10.2003:***

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

**Die Vereinbarung eines Rechtsmittelverzichts ist im Rahmen der Verständigung in einem Strafverfahren grundsätzlich als unzulässig anzusehen.**

***Aus den Gründen:***

Die verbreitete Absprachepraxis der Strafgerichte lässt immer wieder – womöglich gar zunehmend – bis zum Missbrauch reichende Unzuträglichkeiten in Einzelfällen erkennen. Gleichwohl nötigen die begrenzten Ressourcen der Strafrechtspflege zur Ausschöpfung rechtsstaatlich vertretbarer Beschleunigungsmöglichkeiten. Daher erachtet der Senat die praeter legem entwickelte Praxis der "Verständigung in Strafsachen" in den Grenzen der maßgeblich im Urteil des 4. Strafsenats vom 28.8.97 (BGHSt 43, 195) entwickelten Grundsätze (BVerfG, NStZ 1987, 419) für zulässig.

***1. Zur grundsätzlichen Unzulässigkeit eines Rechtsmittelverzichts im Rahmen einer Verfahrensabsprache***

Danach ist – ungeachtet der Erkenntnis, dass eine Verständigung vielfach gerade aus der Sicht des Angeklagten auf eine endgültige einverständliche Verfahrensbeendigung abzielt (vgl. Senatsbeschluss vom 20. März 2002 – 5 StR 1/02, BGHR StPO § 302 Abs. 1 Satz 1 Rechtsmittelverzicht 24) – die Vereinbarung eines Rechtsmittelverzichts im Rahmen der Verständigung grundsätzlich als unzulässig anzusehen (so auch der Senatsbeschluss vom 5. Februar 2002 – 5 StR 617/01, BGHSt 47, 238, 242). Der Senat teilt hierzu

die im Anfragebeschluss dargelegte Einschätzung, dass für dieses Verdikt – abgesehen von eventuell gar nachrangigen dogmatischen Bedenken – die begründete Besorgnis ausschlaggebend ist, dass ein vorab vereinbarter Rechtsmittelverzicht eine Vernachlässigung der pflichtgemäßen Bemühungen des Gerichts, womöglich auch der übrigen Verfahrensbeteiligten, um eine hinreichend sorgfältige Sachverhaltsermittlung und um eine gründliche rechtliche Ausleuchtung der angeklagten Tat nach sich ziehen kann.

### 2. Zustimmung zum Anfragebeschluss des 5. Senats

Der Senat billigt nach erneuter Überprüfung anlässlich des Anfragebeschlusses auch die darin vertretene rechtliche Folgerung regelmäßiger Unwirksamkeit des derart unzulässig vorab abgesprochenen Rechtsmittelverzichts (so schon – obiter dictu – im Senatsbeschluss vom 5. Februar 2002 – 5 StR 617/01, BGHSt 47, 238, 242). Dieses Ergebnis wird gerechtfertigt durch das Bedürfnis nach Sanktionierung der unzulässigen Absprachepraxis, insbesondere aber aufgrund der Wahrscheinlichkeit einer Kausalität zwischen der fälschlichen Vermutung des Angeklagten, jene Absprache sei bindend, und seinem alsbald nach Urteilsverkündung erklärten Rechtsmittelverzicht.

Insoweit gibt der Senat entgegenstehende Rechtsprechung auf, insbesondere die dem Senatsbeschluss vom 5. September 2001 – 5 StR 386/01 – zugrundeliegende Auffassung. Ohne dass es, soweit ersichtlich, für die Anfrage darauf ankäme, würde der Senat freilich für den Ausnahmefall einer „qualifizierten Belehrung“ des Angeklagten über seine Freiheit zum Rechtsmittelverzicht ungeachtet der insoweit unzulässigen Absprache zu einer abweichenden Beurteilung neigen (vgl. BGHSt 45, 227, 233). Der Senat gibt auch zu bedenken, ob die Absprache eines Rechtsmittelverzichts in Ausnahmefällen zu billigen ist. Das könnte etwa in einem Fall in Betracht gezogen werden, in dem eine Folgeentscheidung nach § 57 Abs. 1 oder Abs. 2 StGB durch das erkennende Gericht unmittelbar nach Urteilsverkündung in die Verständigung miteinbezogen wurde. Ferner ist an Fälle zu denken, in denen insbesondere die Staatsanwaltschaft im Wege der Verständigung zugleich auf die Erledigung anderer offener Strafverfahren gemäß § 154 StPO nach bestandskräftiger Bestrafung des Angeklagten im anhängigen Verfahren abzielt.

Andererseits wird aus etwaigen Schwierigkeiten, ein „schlankes“ Geständnis zu einer den Voraussetzungen des § 261 StPO genügenden Urteilsgrundlage zu machen, keine Legitimation für eine Rechtsmittelverzichtsabsprache im Einzelfall hergeleitet werden können. Mit einem Geständnis, das die Mindestvoraussetzungen der Zuverlässigkeit und Hinterfragbarkeit verfehlt, darf sich das Tatgericht ohnehin nicht begnügen. Bezogen auf „unstreitige“, aber für die Urteilsfindung unerlässliche und im Wege des Geständ-

nisses nicht einführbare Zusatztatsachen wird gegebenenfalls eine weitgehend vereinfachte Beweisführung, etwa durch Vernehmung eines Ermittlungsführers, möglich und revisionsrechtlich nicht zu beanstanden sein.

### 3. Unwirksamkeit des Rechtsmittelverzichts auch in den Fällen, in denen dieser nicht ausdrücklich vereinbart, aber vom Gericht erkennbar erwartet wurde

Ohne dass insoweit eine gesonderte entgegenstehende Rechtsprechung des Senats ersichtlich wäre, billigt der Senat angesichts der entsprechenden Problematik und zur Vermeidung etwaiger Umgehungen die nämliche rechtliche Folgerung auch für die im Anfragebeschluss unterbreitete Fallvariante, dass der Rechtsmittelverzicht zwar nicht unzulässigerweise ausdrücklich zum Gegenstand der Absprache gemacht, im Rahmen der Verhandlung über die Verständigung jedoch vom Gericht ausdrücklich angesprochen und befürwortet wurde. Der Senat geht dabei davon aus, dass die unzulässige gerichtliche Initiative im zweiten Fall der Anfrage, wie erforderlich, bewiesen ist.

Eine Beweisbarkeit wird allerdings in Fällen dieser Art bei entsprechenden Behauptungen eines Revisionsführers mangels Protokollierung regelmäßig nicht selbstverständlich sein. In diesem Zusammenhang weist der Senat vorsorglich darauf hin, dass er nach wie vor - unabhängig von der Annahme grundsätzlicher Unzulässigkeit eines vorab abgesprochenen Rechtsmittelverzichts - bei seiner im Senatsbeschluss vom 20. März 2002 – 5 StR 1/02 (BGHR StPO § 302 Abs. 1 Satz 1 Rechtsmittelverzicht 24) vertretenen Einschätzung bleibt, dass Verständigungen häufig mit dem Bedürfnis der Verfahrensbeteiligten, namentlich des Angeklagten, nach abschließender Erledigung des Strafverfahrens verbunden sind. Ausgehend von diesem Verständnis wird eine Frage des Gerichts nach einem Rechtsmittelverzicht unmittelbar nach Verkündung eines auf einer Absprache beruhenden Urteils nicht etwa bereits als sachwidrig abzuqualifizieren sein. Allein hieraus könnte daher kein hinreichendes Indiz für die Behauptung eines Revisionsführers entnommen werden, das Gericht habe unzulässigerweise „informell“ bereits im Rahmen der Absprache auf den späteren Rechtsmittelverzicht hingewirkt.

### 4. Zum Prüfungsumfang im Rahmen einer Revision nach erfolgter Absprache in der Vorinstanz und zum Anspruch auf Wiedereinsetzung

Der Senat merkt im übrigen zur Folgeproblematik des Anfragebeschlusses an, dass er es für dringend bedenkenswert hält, ob und inwieweit bei einer nach einer Absprache stets zulässigen Revision die Statthaftigkeit bestimmter verfahrensrechtlicher, aber auch sachlichrechtlicher Einwände infolge der Mitwirkung des Revisionsführers an der Absprache zu verneinen wäre (offengeblieben im Verfahren 5 StR 286/03, vgl. Se-

natsurteil vom 13. August 2003). Es erscheint zweifelhaft, ob in solchen Fällen wesentlich mehr als die Frage nach Einhaltung der Grenzen einer zulässigen Verständigung zur revisionsgerichtlichen Prüfung zu stellen ist.

Schließlich ergibt sich aus Sicht des Senats aus der Billigung der zum Gegenstand der Anfrage gemachten

Rechtsfragen nicht, dass einem Angeklagten stets ohne weiteres Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren wäre, wenn er geltend macht, er habe die Revisionseinlegungsfrist versäumt, weil er sich an einen wegen unzulässiger Absprache unwirksamen Rechtsmittelverzicht gebunden glaubte.

## *Urteile in Fallstruktur*

**Standort: Öffentliches Recht**

**Problem: Meinungsäußerung und Schmähkritik**

BVERFG, BESCHLUSS VOM 29.07.2003

1 BvR 2 145/02 (NJW 2003, 3760)

**Problemdarstellung:**

Das BVerfG hatte sich im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde (Vb.) mit der Abgrenzung von strafbarer Schmähkritik und grundrechtlich geschützter Meinungsäußerung in polemischer Form zu befassen. Der wegen Beleidigung nach § 185 StGB verurteilte Beschwerdeführer (Bf.) berief sich zur Rechtfertigung seiner Äußerungen auf die Meinungsfreiheit, Art. 5 I 1, 1. Fall GG. Das BVerfG wiederholt in der Entscheidung seine in st.Rspr. vertretenen Kriterien zur Abgrenzung zwischen Tatsache und Werturteil sowie zur Grenze des noch verfassungsrechtlich Zulässigen. Es wird dabei wiederum die Tendenz des BVerfG deutlich, gerade in der politischen Auseinandersetzung den Umfang der noch zulässigen polemischen Übertreibung recht großzügig zu bemessen.

**Prüfungsrelevanz:**

Der Fall lässt sich leicht im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde in eine Examensaufgabe übernehmen. Neben den vom BVerfG vertieft behandelten Problemen verhält sich die nachfolgende Lösung auch zur Abgrenzung zwischen Meinungs- und Pressefreiheit bei schriftlicher Meinungsäußerung und zur sogenannten „Wechselwirkungslehre“ des BVerfG zwischen Art. 5 I GG und seinen Grundrechtsschranken.

**Vertiefungshinweise:**

Zur Schmähkritik: *BVerfG*, NJW 1993, 1462; NJW 1991, 1475; NJW 2003, 961; NJW-RR 2000, 1712

**Kursprogramm:**

*Examenskurs*: „Schuldiskussion“

**Leitsatz (der Redaktion):**

**Die Grenze zur strafbaren Schmähkritik ist erst dort überschritten, wenn nicht mehr die Auseinandersetzung in der Sache, sondern die Diffamierung der Person im Vordergrund steht.**

**Sachverhalt:**

Der Bf. betreibt eine Herberge auf der Insel N., in deren Nähe es an einer Windkraftanlage zu einem Störfall kam. X, der Geschädigte des Ausgangsverfahrens, war in seiner Eigenschaft als Stadtdirektor und als Prokurist der gemeindlichen Wirtschaftsbetriebe mit dieser Angelegenheit befasst. Außerdem ermöglichte er es einem ortsansässigen Unternehmen, die Internet-Domain mit dem Inselnamen für sich in Anspruch zu nehmen. Sowohl die Abwicklung des Störfalls als auch die Vergabe der Internet-Domain durch X missfielen dem Bf., weil er Auffassung ist, dadurch wirtschaftliche Verluste erlitten zu haben.

Als X sich um das Amt des Bürgermeisters bewarb, verbreitete der Bf. eine Postwurfsendung, in der er den Lesern die politischen Konkurrenten des X empfahl. Er schilderte dessen Verhalten im Zusammenhang mit den Folgen des Störfalls und der Einrichtung der Internet-Domain und äußerte sich im Textzusammenhang unter anderem wie folgt: „X hatte keine Skrupel, eine Lüge mit der nächsten Lüge beschönigen zu wollen, und das, wo das Gericht daneben stand. [...] Sprichwörtlich über Leichen ging er, als er seine illegale Idee umsetzte, dem Wettbewerbsunternehmen [...] die Alleinrechte an der Insel-Internet-Seite zu gewähren. [...] Ein Mann wie X, der unsere Rechtsordnung mit Füßen tritt, sollte den Mund halten und sich nicht als Verwaltungsfachmann betiteln!“

Diese Äußerungen waren Grundlage der angegriffenen Verurteilung wegen Beleidigung. Das AG sah in ihnen eine Schmähkritik. Straflosigkeit nach § 193 StGB komme daher nicht in Betracht. Die Berufung wurde durch Beschluss nach § 313 II 2 StPO als unzulässig verworfen. Der Bf. erhebt daraufhin Verfassungsbeschwerde gegen die Verurteilung.

Mit Erfolg?

**Lösung:**

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

*A. Zulässigkeit*

*I. Zuständigkeit*

Gem. Art. 93 I nR. 4a GG i.V.m. §§ 13 Nr. 8a, 90 ff.

BVerfGG ist das angerufene BVerfG zur Entscheidung über die Vb. zuständig.

### *II. Beteiligtenfähigkeit*

Der Bf. ist als volljährige natürliche Person grundrechtsfähig und damit als "jedermann" i.S.d. § 90 I BVerfGG berechtigt, eine Vb. zu erheben.

### *III. Beschwerdegegenstand*

Beschwerdegegenstand kann jeder Akt der öffentlichen Gewalt sein, § 90 I BVerfGG. Die öffentliche Gewalt gliedert sich gem. Art. 20 II, III GG in Legislative, Exekutive und Judikative. Hier wendet sich der Bf. gegen seine Verurteilung, mithin einen Judikativakt.

### *IV. Beschwerdebefugnis*

Beschwerdebefugt i.S.d. § 90 I BVerfGG ist, wer behaupten kann, in einem Grundrecht oder grundrechtsgleichen Recht verletzt zu sein. Zur Behauptung genügt die Möglichkeit einer solchen Verletzung. Grundlage der Verurteilung des Bf. waren seine Äußerungen über X. Es erscheint möglich, dass diese von der Meinungsfreiheit des Art. 5 I, 1. Fall GG und der Pressefreiheit, Art. 5 I 2, 1. Fall GG gedeckt sind, die Urteile ihn mithin in diesen Rechten verletzen. Er ist ferner selbst, gegenwärtig und unmittelbar i.S.d. § 90 I BVerfGG betroffen, da er Adressat der Verurteilung ist (selbst), diese noch fortwirkt (gegenwärtig) und kein weiterer Zwischenschritt mehr erforderlich ist, um ihm gegenüber Rechtswirkungen eintreten zu lassen (unmittelbar).

### *V. Rechtswegerschöpfung*

Ferner müsste der Bf. gem. § 90 II BVerfGG den Rechtsweg erschöpft haben. Er hat gegen das erstinstanzliche Urteil Berufung eingelegt, die gem. § 313 II StPO erfolglos geblieben ist. Weitere Rechtsmittel standen ihm danach nicht mehr zur Verfügung.

### *VI. Form*

Die Vb. ist in der von §§ 23, 92 BVerfGG vorgegebenen Form zu erheben, von deren Wahrung hier mangels gegenteiliger Anhaltspunkte im Sachverhalt auszugehen ist.

### *VII. Frist*

Schließlich gilt es die Monatsfrist des § 93 I BVerfGG zu beachten, wobei sich dem Sachverhalt wiederum nichts entnehmen lässt, was hieran Zweifel aufkommen ließe.

Die Vb. ist damit zulässig.

### *B. Begründetheit*

Die Vb. ist begründet, soweit der Bf. durch den angegriffenen Hoheitsakt in einem Grundrecht oder grundrechtsgleichen Recht verletzt ist.

#### *I. Art. 5 I 1, 1. Fall GG*

In Betracht kommt zunächst eine Verletzung der Meinungsfreiheit. Dan müsste ein nicht gerechtfertigter Eingriff in den Schutzbereich dieses Grundrechts vorliegen.

#### *1. Schutzbereich betroffen*

Unter einer "Meinung" ist jede wertende Stellungnahme zu verstehen. Solche Werturteile grenzen sich von grds. nicht unter Art. 5 I 1, 1. Fall GG fallenden Tatsachenäußerungen dadurch ab, dass sie durch subjektive Elemente des Dafürhaltens gekennzeichnet sind, während Tatsachenbehauptungen dem Beweis zugängliche - in diesem Sinne objektive - Vorgänge aus der Vergangenheit beschreiben. Letztere fallen nur dann in den Schutzbereich der Meinungsfreiheit, soweit sie ihrerseits als Grundlage für eine Wertung dienen können. Das BVerfG erkennt in der vom Bf. verbreiteten Postwurfsendung sowohl Werturteile als auch Tatsachen, nimmt aber jedenfalls eine wechselseitige Verknüpfung der beschriebenen Art an, so dass die Äußerungen insgesamt in den Schutzbereich fallen:

"Die streitigen Äußerungen fallen in den Schutzbereich von Art. 5 I 1 GG. Sie stellen schwerpunktmäßig Wertungen dar. Selbst eine polemische oder verletzende Formulierung entzieht sie nicht dem Schutzbereich der Grundrechtsnorm (vgl. BVerfGE 54, 129 [138 f.]; 93, 266 [289]; st. Rspr.). Der doppelte Vorwurf der Lüge enthält auch ein tatsächliches Element. Vom Schutzbereich des Art. 5 I 1 GG erfasst ist die Äußerung von Tatsachen, die anderen zur Meinungsbildung dienen können (vgl. BVerfGE 90, 241 [247])."

#### *2. Eingriff*

Die strafgerichtliche Verurteilung fällt ein Unwerturteil über den Bf. als Täter und legt ihm eine Sanktion auf. Damit verkürzt sie seine Meinungsfreiheit in einer die Bagatellschwelle überschreitenden Weise. Ein Grundrechtseingriff liegt mithin vor.

#### *3. Rechtfertigung*

Der Eingriff könnte aber verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein. Dann müssten die Schranken der Meinungsfreiheit das Urteil decken.

*a. Schranken*

Als Schranke kommt hier Art. 5 II GG in Betracht, der die Meinungsfreiheit u.a. unter den Vorbehalt der "allgemeinen Gesetze" und des "Rechts der persönlichen Ehre" stellt.

*b. Konkretisierung der Schranken*

Als Schranke im vorgenannten Sinne kommt hier § 185 StGB in Betracht, auf den die Verurteilung wegen Beleidigung gestützt worden ist. Dabei mag dahinstehen, wie das Verhältnis der "allgemeinen Gesetze" zum "Recht der persönlichen Ehre" ausfällt. Diese Schranken unterscheiden sich allein dadurch, dass die Normen zum Schutz der persönlichen Ehre nicht "allgemein" sein müssen. "Allgemein" ist ein Gesetz dann, wenn es sich nicht gegen eine bestimmte Meinung richtet, sondern den Schutz anderer Güter von Verfassungsrang bezweckt. Dies ist bei § 185 StGB jedenfalls der Fall, denn die Norm sanktioniert jede erdenkliche Form der Beleidigung und dient mit dem Ehrschutz Grundrechten Dritter wie Art. 1 und 2 GG. Sie lässt sich folglich unter die eine wie die andere Schranke subsumieren. Das BVerfG pickt sich deshalb ohne Weiteres die "allgemeinen Gesetze" heraus:

"Das Grundrecht aus Art. 5 I 1 GG gilt allerdings nicht schrankenlos. Vielmehr findet es seine Schranken unter anderem in den Vorschriften der allgemeinen Gesetze, namentlich in dem hier einschlägigen § 185 StGB (vgl. BVerfGE 93, 266 [290 ff.])."

*c. Schranken-Schranken*

§ 185 StGB kann aber nur dann zur Rechtfertigung eines Grundrechtseingriffs dienen, wenn er selbst verfassungsgemäß ist und seine Anwendung im konkreten Fall nicht gegen Verfassungsrecht verstößt.

*aa. Verfassungsmäßigkeit der Norm*

An der Verfassungsmäßigkeit des § 185 StGB besteht weder in formeller noch materieller Hinsicht Zweifel.

*bb. Verfassungsmäßige Anwendung*

Fraglich ist jedoch, ob das Gericht die Norm auch verfassungskonform angewendet hat, indem es dem Bf. die Wahrnehmung berechtigter Interessen nach § 193 StGB abgesprochen hat.

*(1). Wechselwirkungslehre des BVerfG*

Das BVerfG prüft dabei nicht die Anwendung des einfachen Rechts, es ist keine "Superrevisionsinstanz". Jedoch wacht es über die Einhaltung des Grundgesetzes, also darüber, ob die Fachgerichte bei ihrer Rechtsanwendung spezifisch Verfassungsrecht verkannt ha-

ben:

"Bei der Anwendung des § 185 StGB verlangt Art. 5 I 1 GG eine — regelmäßig im Rahmen des § 193 StGB vorzunehmende — Abwägung zwischen dem Persönlichkeitsrecht des Geschädigten und der Meinungsfreiheit des Bf. (vgl. BVerfGE 93, 266 [293]; 94, 1, 8; BVerfG, NJW 2001, 503 [505])."

Es findet also eine "Wechselwirkung" zwischen der Meinungsfreiheit und ihren Schranken statt, indem die Meinungsfreiheit wiederum die Anwendung ihrer Schranke begrenzt.

*(2). Wertungsmaßstäbe*

Die vorgenannte Abwägung hat sich am Grundsatz der "praktischen Konkordanz" zu orientieren, ist also darauf zu richten, alle Grundrechte so weit als möglich in Einklang zu bringen. Deshalb müssen auch mit deutlichen Worten abgefasste Meinungsäußerungen u.U. hingenommen werden. Die Grenze ist jedoch dann überschritten, wenn bloße Schmähkritik vorliegt.

*(a). Voraussetzungen für Schmähkritik*

Das BVerfG wiederholt im vorliegenden Fall seine in st.Rspr. vertretenen Voraussetzungen für Schmähkritik:

"Mit Rücksicht auf seinen den Schutz der Meinungsfreiheit verdrängenden Effekt ist der Begriff der Schmähung eng auszulegen. Eine Äußerung nimmt dann den Charakter der Schmähung an, wenn in ihr nicht mehr die Auseinandersetzung in der Sache, sondern die Diffamierung der Person im Vordergrund steht; sie muss jenseits auch polemischer und überspitzter Kritik in der Herabsetzung der Person bestehen (vgl. BVerfGE 82, 272 [284]; 93, 266 [294]; BVerfG, NJW 1993, 1462)."

*(b). Subsumtion*

"So besehen ist die Annahme einer Schmähkritik hier nicht vertretbar. Sämtliche Äußerungen des Bf. sind ungeachtet ihrer überzogenen Formulierungen mit Tatsachen unterlegt. Sie sind eine sehr scharfe und drastisch formulierte Kritik am Verhalten des Geschädigten. Indes finden sie ihre Grundlage letztlich in einer Auseinandersetzung um umstrittene Geschehnisse und die Kandidatur des Geschädigten zur Wahl als Bürgermeister.

Hält ein Gericht eine Äußerung fälschlich für eine Schmähung und unterlässt es in der Folge eine konkrete Abwägung unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, so ist dies ein verfassungsrechtlich erheblicher Fehler, der zur Aufhebung der Entscheidung führt, wenn diese darauf beruht (vgl. BVerfGE

82, 272 [281]; 93, 266 [294]). So liegt es hier. Die in den Entscheidungsgründen vorfindlichen weiteren Abwägungsgesichtspunkte können die angegriffene Entscheidung nicht für sich rechtfertigen. Das AG hat die Äußerung des Bf. nicht als erlaubte Übertreibungen eingeordnet. Dabei hat es erkannt, dass sie im politischen Meinungskampf, und zwar insbesondere im Wahlkampf, gefallen sind. Es hat aber nicht geprüft, ob sie mit Rücksicht auf den vom BVerfG entwickelten Gesichtspunkt hinzunehmen sind, dass bei Äußerungen zu den die Öffentlichkeit wesentlich berührenden Fragen eine Vermutung für die freie Rede streitet (vgl. BVerfGE 7, 198 [208, 212]; 61, 1 [11]). Von einem solchen Bezug auf die die lokale Öffentlichkeit berührenden Fragen ist im Hinblick auf die von den Windrädern ausgehenden Sicherheitsrisiken und die Zuweisung der Internetseite auszugehen. [...]

Folglich war die Anwendung des § 185 StGB durch das AG nicht verfassungskonform. Art. 5 I 1, 1. Fall GG ist somit verletzt.

#### II. Art. 5 I 2, 1. Fall GG

Ferner könnte der Bf. in der durch Art. 5 I 2, 1. Fall GG geschützten Pressefreiheit verletzt sein. Dann müssten die von ihm aufgestellten, durch die Verurteilung sanktionierten Behauptungen zunächst in den Schutzbereich dieses Grundrechts fallen.

Die Pressefreiheit schützt jede im Zusammenhang mit einem zur Verbreitung geeigneten Druckerzeugnis stehende Tätigkeit, und zwar von der Informationsgewinnung bis zur Verbreitung selbst. Der Bf. verteilte eine zwei Seiten umfassende Postwurfsendung, sodass es

hier um die Verbreitung eines Druckerzeugnisses geht. Fraglich ist jedoch, ob insoweit der Pressefreiheit neben der Meinungsäußerungsfreiheit des Art. 5 I 1, 1. Fall GG eigene Bedeutung zukommt. Das BVerfG misst gegen Meinungen gerichtete Hoheitsakte unabhängig von dem zur Verbreitung gewählten Medium ausschließlich an Art. 5 I 1, 1. Fall GG. Dafür spricht schon, dass die Norm ausdrücklich die Verbreitung in "Schrift und Bild" einschließt. Für die Pressefreiheit bleibt demgegenüber nur dann Raum, wenn es um die im Pressewesen tätigen Personen in Ausübung ihrer Funktion, um das Presseergebnis selbst, seine institutionell-organisatorischen Voraussetzungen oder das Institut der freien Presse an sich geht. All dies ist hier ersichtlich nicht der Fall. Anknüpfungspunkt für die angegriffene Verurteilung des Bf. ist allein der Inhalt seiner Äußerungen, nicht seine persönliche Stellung oder das Verbreitungsmedium "Postwurfsendung". Art. 5 I 2, 1. Fall GG ist folglich nicht einschlägig.

*[Anm.: Das BVerfG hat vertritt die hier referierte Ansicht in st.Rspr., vgl. nur BVerfGE 85, 1, 12; 86, 122, 128 m.w.N., hat diese jedoch im vorliegenden Beschluss nicht erwähnt. Hierzu bestand auch kein Anlass, da es der Vb. schon über die Meinungsfreiheit stattgegeben hat. Ein Gutachten muss hingegen vollständig sein, hat sich mithin mit allen in Betracht kommenden Grundrechten zu befassen.]*

Die Vb. ist nach alledem auch begründet. Sie hat folglich Erfolg.

## Standort: Kaufrecht

## Problem: Gefahrübergang bei ebay-Kauf

LG BERLIN, URTEIL VOM 01.10.2003  
18 O 117/03 (NJW 2003, 3493)

### Problemdarstellung:

Die beiden Parteien schlossen unter jeweiliger Verwendung eines Pseudonyms über die Internet-Plattform "ebay" einen Kaufvertrag über eine Rolex-Armbanduhr als Einzelstück zum Preis von 18.600,- DM. Der Kl. überwies diesen Betrag zuzüglich Versicherungs- und Versandkosten, erhielt jedoch nach eigenen Angaben nur eine leere Versandbox. Im Klagewege erstreitet er nunmehr die Rückzahlung des Kaufpreises.

Das LG Berlin führt zunächst kurz aus, wie es bei Internetauktionen der beschriebenen Art zum Vertrags-

abschluss kommt; dabei gilt das jeweilige Gebot als Antrag, während abweichend von § 156 BGB der Zuschlag als Annahme zugunsten des höchsten Gebots auch ohne Abgabe einer besonderen Erklärung allein durch Ablauf der Zeitspanne für die Einreichung von Geboten erfolgt.

Im Übrigen stellt das Gericht klar, dass - entsprechend der Vorschrift von § 164 II BGB - der Vertrag unmittelbar zwischen den handelnden Personen zustande kommt. Die Verwendung eines Pseudonyms stellt kein Handeln im fremden Namen gem. § 164 I BGB dar.

Da ein tatsächlicher Erhalt der Uhr durch den Kl. vom Bekl. weder schlüssig dargelegt noch bewiesen wurde, musste das Gericht von zwei Möglichkeiten letztlich ausgehen: Absenden der Versandbox ohne Uhr oder

Verlust auf dem Transportwege. Beide führen zur Unmöglichkeit der Leistungspflicht des Bekl. als Verkäufer und zur Schadensersatzpflicht gem. §§ 433, 440, 325 I BGB a.F. (= §§ 280 I, III, 283 BGB n.F.). Dabei trägt der Bekl. auch noch die Gefahr für den zufälligen Untergang der Uhr gem. § 447 BGB. Im Rahmen der besonderen Umstände des Kaufs über die Internet-Plattform „ebay“ haben die Parteien nämlich einen Versandkauf vereinbart (§ 447 BGB), im Rahmen dessen die Gefahr erst auf den Käufer, hier den Kl., übergehen konnte, wenn der Bekl. die Uhr der zur Versendung bestimmten Person übergeben hätte. Dies behauptet der Bekl. aber selbst nicht. Er trägt vielmehr vor, die Uhr lediglich beim Fotografieren für die Internet-Präsentation überhaupt gesehen zu haben, während der Streithelfer nach Erhalt des Kaufpreises die sich ohnehin bei ihm (dem Streithelfer) befindliche Uhr ohne jedes Zutun des Bekl. allein versandt habe. Damit räumt der Bekl. aber selbst ein, die ihm im Rahmen des Versandkaufs obliegenden Pflichten nicht erfüllt zu haben.

#### **Prüfungsrelevanz:**

Diese Entscheidung ist zum Zwecke der Examensvorbereitung lesenswert, weil sie zum einen das klassische Thema der Gefahrtragung beim Kaufvertrag behandelt und zum anderen die modernen Vertriebsformen über das Internet, wie z.B. Internet-Auktionen, verbindet.

Das Thema Internet-Auktionen ist im letzten Jahren schwer diskutiert worden und hat letztlich sogar den BGH beschäftigt (BGH, NJW 2002, 363 = RA 2002, 163). Dabei ging die bisherige Problematik maßgeblich um die Frage, auf welche Weise der Kaufvertrag zwischen dem Anbietenden und dem Meistbietenden am Ende der Bietzeit zustande kommt und wie zur „invitatio ad offerendum“ abzugrenzen ist.

In dem vorliegenden Fall wird zudem die Frage nach der Gefahrtragung gem. §§ 326, 446, 447 BGB relevant. Gem. § 447 BGB geht die Gefahr des zufälligen Untergangs bzw. der zufälligen Verschlechterung der Kaufsache auf den Käufer im Rahmen eines Versandkaufs über, sobald der Verkäufer die Kaufsache der zur Versendung bestimmten und ausgewählten Person übergeben hat. Geht also die Kaufsache auf dem Transportwege zufälligerweise verloren oder wird sie zufälligerweise beschädigt, dann muss der Käufer trotzdem den vollen Kaufpreis zahlen. Dies gilt jedoch nicht im Rahmen eines Verbrauchsgüterkaufs gem. § 474 II BGB. Dort geht diese Gefahr auf den kaufenden Verbraucher erst mit Ablieferung an seiner Haustür auf ihn über, das gesamte Transportrisiko trägt nach

wie vor der Unternehmer als Verkäufer.

Durch Auslegung muss dabei jedes Mal ermittelt werden, ob sich bei dem in Rede stehenden Kaufvertrag um eine Hol-, Bring- oder Schickschuld (= Versandkauf) handelt.

#### **Vertiefungshinweis:**

Zum Erfüllungsort bei Geschäften im Versandhandel: BGH, NJW 2003, 3341

#### **Kursprogramm:**

**Examenskurs:** „Versandkauf“

#### **Leitsätze (der Redaktion):**

- 1. Bei „ebay“ handelt der Verkäufer im eigenem Namen unter Verwendung seines Pseudonyms. Eine verdeckte Stellvertretung infolge eines Geschäft für den, den es angeht, ist nicht anzunehmen.**
- 2. Beim Kauf über die Internet-Plattform „ebay“ vereinbaren die Parteien einen Versandkauf gem. § 447 BGB, sodass die Gefahr des zufälligen Untergangs oder der zufälligen Verschlechterung erst auf den Käufer übergehen kann, wenn der Verkäufer die Ware der zur**

#### **Sachverhalt:**

Der Kl., wohnhaft in Österreich, ersteigerte unter einem Pseudonym vom Bekl. unter einem Pseudonym am 12. 11. 2001 bei der Firma „ebay“, einem Unternehmen, welches private Auktionen über das Internet durchführt, unter der Artikelnummer 1658227212 eine Armbanduhr „Rolex Daytona Stahl“ zu einem Gebotspreis von 18 600 DM. Der Kl. überwies sodann am 13. 11. 2001 einen Betrag in Höhe von 19 100 DM (den Gebotspreis zuzüglich Versicherungs- und Versandkosten) auf ein Konto des Bekl. Ausweislich eines Einlieferungsscheins der Deutschen Post, welcher als Absender den Bekl. und als Empfänger den Kl. ausweist, war an diesen am 17. 11. 2001 ein Wertpaket abgesandt worden, und zwar mit einer Wertangabe über 25 000 DM und einem Gewicht von 1,1 kg. Der Kl. erhielt auch ein Paket; er behauptet indes, dass dieses lediglich eine leere Holzbox beinhaltet habe, nicht aber die ersteigerte Uhr. Am 7. 1. 2002 stellte der Kl. sowohl bei der österreichischen als auch bei der Deutschen Post Euro Express entsprechende Nachforschungsaufträge. Mit Schreiben vom 25. 6. 2002 lehnte die österreichische Post jede Haftung mit dem Hinweis auf fehlende Aufbruchsspuren und die Unversehrtheit des Paketverschlusses ab. Der Kl. behauptet, die Nachforschungsstelle habe am 29. 11. 2002



erstmalig ein Ergebnis per E-Mail mitgeteilt. Demnach sei das Paket unversiegelt über Nürnberg an die österreichische Grenze gekommen und dort nachplombiert worden. Der Kl. behauptet, das Gewicht der Sendung sei bei Absendung und Ankunft überprüft worden und jeweils gleich gewesen. Der Kl. verlangt die Rückzahlung des überwiesenen Betrags von 19 100 DM. Der Bekl. hat dem Streithelfer den Streit verkündet, der dem Rechtsstreit auf Seiten des Kl. beigetreten ist. Der Streithelfer behauptet, er habe dem Bekl. im Oktober/November 2001 mehrere Uhren verkauft, die dieser dann im eigenen Namen über „ebay“ versteigert habe. Hinsichtlich der streitbefangenen Uhr behauptet der Streithelfer, dass er lediglich den Einlieferungsschein für den Bekl. ausgefüllt und das bereits fertig verpackte Paket zur Post gebracht und aufgegeben habe, was aus Gefälligkeit geschehen sei.

Wie wird das Gericht entscheiden?

[Anm.: Entgegen der Regelung von Art. 229 § 5 EGBGB sind auf diesen Fall die Vorschriften des BGB in der Fassung vom 01.01.2002 anzuwenden.]

### **Lösung:**

#### *A. Schadensersatzanspruch gem. §§ 280 I, III, 283 BGB*

Der Kl. könnte gegen Bekl. einen Anspruch auf Ersatz des Kaufpreises und der Versandkosten im Wege des Schadensersatzes gem. §§ 280 I, III, 283 BGB haben.

#### *I. Bestehen eines wirksamen Schuldverhältnisses*

Zunächst müsste zwischen den beiden Klageparteien ein wirksames Schuldverhältnis bestehen. Dabei genügt für § 280 BGB jede Art von Schuldverhältnis aus, ob vertraglich, quasi-vertraglich oder gesetzlicher Natur.

In diesem Fall könnte ein kaufvertragliches Schuldverhältnis gem. § 433 BGB vorliegen. Das Gericht führt zur Frage des Kaufvertragsabschlusses aus:

„Zwischen dem Kl. und dem Bekl. ist durch das Anbieten der Uhr seitens des Bekl. und das Abgeben des höchsten Gebots innerhalb der festgelegten Zeitspanne ein Kaufvertrag zu Stande gekommen. Im Rahmen von § 156 I BGB ist das Gebot als Angebot und der Zuschlag als Annahme zu werten. „ebay“ selbst schließt mit den Verkäufern, die eine Gebühr für den Verkauf entrichten müssen, Nutzungsverträge; abweichend von § 156 BGB ist dabei festgelegt, dass der „Zuschlag“ zu Gunsten des höchsten Gebots auch ohne Abgabe einer besonderen Erklärung allein durch

Ablauf einer bestimmten Zeitspanne ausgelöst wird.

Soweit der Bekl. einwendet, den Verkauf nur im Auftrage des Streithelfers durchgeführt zu haben, hindert dies seine Inanspruchnahme nicht. Der Bekl. handelte bei „ebay“ nicht in fremdem Namen, sondern unter seinem Pseudonym, weshalb schon mangels Erkennbarkeit einer Vertretung der Bekl. selbst als Verkäufer anzusehen ist (§ 164 II BGB). Ein Geschäft für den, den es angeht, ist ebenfalls nicht anzunehmen. Internetaukäufe sind nicht Kaufverträge des täglichen Lebens, eine sofortige Abwicklung der Geschäfte ist nicht möglich. Zudem ist es für den Käufer nicht unerheblich, wer Vertragspartner werden soll. Er orientiert sich gerade bei „ebay“ regelmäßig an den positiven Bewertungen des Verkäufers und vertraut darauf, mit diesem den Vertrag zu schließen.“

#### *II. Pflichtverletzung des Bekl. als Schuldner*

Aus diesem kaufvertraglichen Schuldverhältnis müsste einem dem Bekl. als Schuldner obliegende Pflicht verletzt worden sein. Als Verkäufer trifft den Bekl. die Pflicht gem. § 433 I 1 BGB, die Kaufsache dem Käufer zu übergeben und zu übereignen. Das Gericht stellt dazu fest:

„Der Bekl. hat nicht dargelegt, dass er die ihm im Rahmen von § 433 BGB obliegenden Verpflichtungen, Übergabe und Übereignung der Uhr an den Kl., erfüllt habe, [...] Was einen tatsächlichen Erhalt der Uhr durch den Kl. betrifft, so besteht zwar die theoretische Möglichkeit, dass der Kl. trotz eines Erhalts wahrheitswidrig behauptet, die Uhr tatsächlich nicht erhalten zu haben. Dafür hat der Bekl. hinreichende Tatsachen aber nicht vorgetragen, insbesondere keinerlei Beweis dafür angetreten. Aus dem vorliegenden Prozessstoff ergeben sich insoweit auch keine hinreichenden Anhaltspunkte zu Lasten des Kl.“

#### *III. Vertretenmüssen des Bekl. als Schuldner*

Der Bekl. müsste als Schuldner der Hauptleistungspflicht gem. § 433 I 1 BGB die festgestellte Pflichtverletzung zu vertreten haben. Ein Schuldner hat gem. §§ 276 I, 278 BGB Vorsatz und jede Form der Fahrlässigkeit der eigenen Personen und seiner Erfüllungsgehilfen zu vertreten. Nach § 280 I 2 BGB wird grundsätzlich vermutet, dass der Schuldner seine Pflichtverletzung zu vertreten hat. Dem Bekl. wird es in diesem Fall nicht gelingen, diese Vermutung zu widerlegen. Vielmehr führt das Gericht dazu aus:

„Vielmehr räumt der Bekl. selbst ein, dass es mit Waren des Streithelfers — insoweit geht das Gericht auch auf Grund der Feststellungen und Würdigungen im Rahmen des zwischen dem Bekl. und dem Streithelfer

geführten Rechtsstreits ..., welchen der Bekl. in Bezug nimmt, davon aus, dass der Streithelfer tatsächlich als Veräußerer „hinter dem Bekl. stand“ . . . — Unregelmäßigkeiten gegeben habe.”

#### *IV. Nachträgliche Unmöglichkeit gem. § 275 BGB*

Für einen Schadensersatzanspruch gem. §§ 280 I, III, 283 BGB muss die Pflichtverletzung durch eine nachträgliche Unmöglichkeit gem. § 275 BGB eingetreten sein (in Abgrenzung zur anfänglichen Unmöglichkeit gem. § 311 a BGB). Dies war hier nach den eigenen Angaben des Kl. der Fall.

#### *V. Ausschluss durch Übergang der Gefahr gem. § 447 BGB*

Jedoch könnte dieser Schadensersatzanspruch durch die Gefahrtragsregel von § 447 BGB ausgeschlossen sein. Dazu meint das Gericht:

“Hinsichtlich der verbleibenden Möglichkeiten, Absenden des Pakets ohne Uhr oder Verlust auf dem Transportweg, trägt der Bekl. dennoch die Gefahr.“

##### *1. Versendungskauf beim “ebay“-Kauf*

“Im Rahmen der besonderen Umstände des Kaufs über die Internet-Plattform „ebay“ haben die Parteien nämlich einen Versendungskauf vereinbart (§ 447 BGB), im Rahmen dessen die Gefahr erst auf den Käufer, hier den Kl., übergehen konnte, wenn der Bekl. die Uhr der „zur Versendung bestimmten Person“ übergeben hätte. Dies behauptet der Bekl. aber selbst nicht. Er trägt vielmehr vor, die Uhr lediglich beim Fotografieren für die Internet-Präsentation überhaupt gesehen zu haben, während der Streithelfer „nach Erhalt des Kaufpreises die sich ohnehin bei ihm (dem Streithelfer) befindliche Uhr ohne jedes Zutun des Bekl. allein versandt“ habe ... Damit räumt der Bekl. aber selbst ein, die ihm im Rahmen des Versendungskaufs obliegenden Pflichten nicht erfüllt zu haben, weshalb auch das Verlustrisiko bei ihm verblieben war (§ 447 I BGB).”

##### *2. Keine Berücksichtigung des Vorbringens des Streithelfers zu Gunsten des Bekl.*

“Dem steht auch das Vorbringen des Streithelfers nicht entgegen. Dieser behauptet zwar gegenteilig, dass er das seitens des Bekl. bereits fertig verpackte Paket zur Post gebracht und dort aufgegeben habe, damit behauptet aber auch der Streithelfer, wie der Bekl., lediglich, dass er keine Angaben dazu machen könne, ob sich beim Absenden des Pakets die geschuldete Uhr darin befunden habe. So führte auch die Berücksichtigung dieses Vorbringens nicht dazu, hinreichenden Anhalt für eine durch den Bekl. (über den Streithelfer

als Erfüllungsgehilfen) durchgeführte ordnungsgemäße Aufgabe der Uhr selbst bei der Post zu geben. Letztlich wären die Prozesserkklärungen des Streithelfers des Kl., soweit sie zu dessen Lasten gingen, auch unwirksam (vgl. Baumbach/Hartmann, ZPO, 60. Aufl., § 67 Rdnr. 8).

Soweit der Bekl. schließlich Beweis durch Vernehmung des Streithelfers dafür anbietet, dass dieser die Uhr ordnungsgemäß abgesandt habe, reicht dies ebenfalls nicht zur Darlegung des Erfüllens seiner Verkäuferpflichten aus. Der Bekl. behauptet nämlich nicht, dass der Streithelfer dabei als (ausgewählter) Erfüllungsgehilfe für ihn gehandelt habe, womit der Bekl., da das tatsächliche Absenden der Uhr allein dem Streithelfer überlassen und nicht seitens des Bekl. veranlasst war, jedenfalls das Verlustrisiko nicht abwälzen konnte.

Im Übrigen hielte das Gericht dafür, dass im Rahmen der hier vorliegenden ungewöhnlichen Konstellation die Vernehmung des Streithelfers des Kl. als Zeugen ausnahmsweise ungeeignet wäre, da die von dem Bekl. behauptete Tatsache sämtlichen prozessualen Äußerungen des Streithelfers diametral gegenüber stünde und somit „jede innere Wahrscheinlichkeit“ dafür fehlte, dass der Streithelfer die Angaben des Bekl. tatsächlich bestätigen könnte (vgl. dazu Baumbach/ Hartmann, § 286 Rdnr. 35).”

Folglich greift die Ausschlussregel von § 447 BGB nicht ein.

#### *VI. Schadensersatz statt der Leistung*

Im Rahmen des Schadensersatzes gem. §§ 280 I, III, 283 BGB ist das gesamte positive Interesse des Gläubigers, das durch die Unmöglichkeit der fraglichen Leistungspflicht verletzt worden ist, zu ersetzen. Folglich umfasst dieser Schadensersatzanspruch u.a. das bereits gezahlte Kaufentgelt sowie die ausgelegten Versandkosten.

#### *VII. Ergebnis*

Der Kl. hat gegen den Bekl. einen Schadensersatzanspruch gem. §§ 280 I, III, 283 BGB.

##### *B. Rückzahlungsanspruch gem. §§ 326 I, IV, 346 I BGB*

Der Kl. könnte gegen Bekl. einen Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises gem. §§ 326 I, IV, 346 I BGB haben.

##### *I. Gegenseitiger Vertrag*

Zwischen den beiden Prozessparteien müsste ein gegenseitiger Vertrag vorliegen. Wie bereits an anderer Stelle gezeigt, haben die Parteien Kaufvertrag gem. §

433 BGB abgeschlossen (s.o.).

*II. Unmöglichkeit einer im Gegenseitigkeitsverhältnis stehenden Leistungspflicht gem. § 275 BGB*

Im Weiteren müsste eine der beiden vertraglichen Hauptleistungspflichten, die im Gegenseitigkeitsverhältnis zueinander stehen, unmöglich gem. § 275 BGB sein. Beim Kaufvertrag stehen sich die Übereignungspflicht gem. § 433 I 1 BGB und die Kaufpreiszahlungspflicht gem. § 433 II BGB synallagmatisch gegenüber. Die dem Bekl. als Verkäufer obliegende Übereignungspflicht der Uhr gem. § 433 I 1 BGB ist - wie bereits an anderer Stelle nachgewiesen (s.o.) - unmöglich.

*III. Kein Ausschluss*

Ausschlussgründe, insbesondere gem. § 447 BGB,

sind nicht gegeben. Insoweit kann auf die obigen Ausführungen verwiesen werden.

*IV. Vorherige Bewirkung der nicht geschuldeten Gegenleistung*

Der Kl. hat den Kaufpreis im Voraus entrichtet, obwohl sich nunmehr herausgestellt hat, dass er gem. § 326 I 1 BGB nicht dazu verpflichtet gewesen wäre.

*C. Ergebnis*

Der Kl. hat gegen den Bekl. einen Rückzahlungsanspruch bezüglich des Kaufpreises gem. §§ 326 I, IV, 346 I BGB. Der Kl. kann vom Bekl. die Rückzahlung des Kaufpreises und der ausgelegten Versandkosten verlangen, sodass das Gericht der Klage stattgeben wird.

**Standort: Strafrecht**

**Problem: Angriff auf Fahrzeugführer**

BGH, URTEIL VOM 20.11.2003

4 STR 150/03 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

**Problemdarstellung:**

Die Angeklagten hatten während einer Taxifahrt den Entschluss gefasst, den Taxifahrer an eine einsamen Stelle fahren zu lassen, um ihn dort zu überfallen und ihm seine Einnahmen abzunehmen, was sie dann auch entsprechend durchführten, nachdem der Taxifahrer am Zielort angehalten und den Motor abgestellt hatte, um die Fahrt abzurechnen. Das Landgericht hatte die Angeklagten aufgrund dieses Verhaltens insb. auch wegen räuberischen Angriffs auf einen Kraftfahrer (§ 316 a I StGB) verurteilt. Der BGH hob das Urteil insofern auf, da die Voraussetzungen für eine Tat nach § 316 a I StGB nicht gegeben seien.

**Prüfungsrelevanz:**

§ 316 a I StGB stellt (ähnlich wie §§ 239 a, b StGB) einen Tatbestand dar, der im Zusammenhang mit den im Examen sehr beliebten Tatbeständen der §§ 249 ff. StGB immer wieder zu erörtern ist. Hier werden von den Examenkandidaten zumindest Grundkenntnisse verlangt. Da die vorliegende Entscheidung zudem eine langjährige Rechtsprechung aufgibt, kann davon ausgegangen werden, dass sie insb. in mündlichen Prüfungen verstärkt angesprochen werden wird.

Der BGH diskutiert im vorliegenden Fall, ob das Verüben eines Angriffs auf den Führer eines Fahrzeugs unter Ausnutzung der besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs i.S.v § 316 a I StGB auch dann gege-

ben ist, wenn der Täter einen Taxifahrer zu einem einsamen Ort fahren lässt, um ihn dort zu überfallen. In nahezu identischen Fällen war dies in der Vergangenheit in ständiger Rechtsprechung bejaht worden (vgl. BGHSt 13, 27; 15, 322; NStZ 2003, 35). Diese Rechtsprechung gibt der BGH mit dem vorliegenden Urteil auf und will nunmehr § 316 a StGB nur noch unter den dem Leitsatz zu entnehmenden Voraussetzungen annehmen, die wesentlich enger sind als die der früheren Rechtsprechung. Diese geänderte Rechtsprechung soll noch Ausfluss der Veränderungen des 6. Strafrechtsreformgesetzes sein, durch die § 316 a StGB, der zuvor ein Unternehmensdelikt darstellte (bei dem Versuch und Vollendung gleichgestellt sind und deshalb die Vollendungsstrafbarkeit sehr weit vorverlagert wird; vgl. Roßmüller/Rohrer, NZV 1995, 258) nunmehr ein "normales" Delikt dar, bei dem das bloße Ansetzen zur Ausführung des Angriffs zur Vollendung des "Verübens" des Angriffs i.S.v. § 316 a I StGB nicht mehr genügt. Interessant ist insofern, dass die entsprechende Strafrechtsreform bereits 1998 in Kraft getreten ist und die seither zu § 316 a StGB ergangene Rechtsprechung eine Einengung des Tatbestandes im Sinne des vorliegenden Urteils nicht für erforderlich gehalten hatte.

**Vertiefungshinweise:**

☐ Zu den Voraussetzungen des § 316 a I StGB: BGHSt 13, 27; 15, 322; NStZ 2003, 35; Fischer, Jura 2000, 434; Ingelfinger, JR 2000, 225; Mitsch, JA 1999, 662; Wolters, GA 2002, 303.

**Kursprogramm:**

- Assessorkurs: "Hansen"
- Assesorkurs: "Der Taxifahrer"

**Leitsatz:****Zur Auslegung des Tatbestandes des räuberischen Angriffs auf Kraftfahrer:**

- a) Erforderlich ist eine zeitliche Verknüpfung dergestalt, dass das Opfer bei Verüben des Angriffs entweder Führer oder Mitfahrer eines Kraftfahrzeugs ist.
- b) Führer im Sinne des § 316 a StGB ist, wer das Kraftfahrzeug in Bewegung zu setzen beginnt, es in Bewegung hält oder allgemein mit dem Betrieb des Fahrzeugs und/oder mit der Bewältigung von Verkehrsvorgängen beschäftigt ist. Daran fehlt es, sobald der Fahrer sich außerhalb des Fahrzeugs befindet, ferner regelmäßig wenn das Fahrzeug aus anderen als verkehrsbedingten Gründen anhält und der Fahrer den Motor ausstellt.
- c) Einen tatbestandsmäßigen Angriff auf die Entschlussfreiheit verübt, wer in feindseliger Absicht auf dieses Rechtsgut einwirkt. Dabei genügt es für die Vollendung, dass das Opfer den objektiven Nötigungscharakter der Handlung erkennt. List und Täuschung stellen regelmäßig noch keinen Angriff dar.
- d) Die "Vereinzlung" des Fahrers oder Mitfahrers begründet für sich allein noch kein Ausnutzen der besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs (Aufgabe von BGHSt 5, 280).

**Sachverhalt (vereinfacht):**

Die Angeklagten A und B nahmen am Abend des 6. Juli 2002 in Winsen/Luhe an einer Feier einer größeren Gruppe junger Leute teil. Nach Mitternacht entschlossen sie sich, noch nach Maschen zu fahren. Der Angeklagte A bestellte deshalb ein Taxi, woraufhin gegen 1.30 Uhr der später Geschädigte K mit dem Taxi erschien. A gab das Fahrtziel an und nahm auf dem Beifahrersitz Platz, der Angeklagte B setzte sich auf die Rückbank.

Während der Fahrt schlug A dem B vor, den Taxifahrer zu überfallen und ihm dessen Geld abzunehmen. B war mit dem Vorschlag einverstanden. Sie führten ihre Unterhaltung in russischer Sprache, so dass der Taxifahrer sie nicht verstehen konnte.

In Maschen wies der Angeklagte A den Taxifahrer an, auf einen von dem ursprünglich ins Auge gefassten Fahrtziel nicht weit entfernten Parkplatz neben einem einsam gelegenen Baggersee abzubiegen und dort

nach einer kurzen Strecke anzuhalten. Dem kam der Taxifahrer nach, der auch den Motor des Fahrzeugs ausstellte. Als er gerade dabei war, die Innenbeleuchtung einzuschalten, um die Fahrt abzurechnen, ergriff A seine Arme und drückte sie nach unten, während der Mitangeklagte B ihm den linken Arm um den Hals legte und mit großer Kraft den Kopf nach hinten zog, wodurch er in Todesangst geriet. A forderte nunmehr von dem Taxifahrer die Herausgabe von Geld und entnahm aus der Mittelkonsole dessen Geldbörse, in der sich 200 bis 220 € befanden. Sodann verließen die Angeklagten das Fahrzeug und liefen davon.

Haben sich die Angeklagten strafbar gemacht?

[Anm.: Delikte aus dem 18. Abschnitt des StGB sind nicht zu prüfen.]

**Lösung:**

A. Strafbarkeit von A und B wegen mittäterschaftlichen Raubes gem. §§ 249 I, 25 II

A und B könnten sich durch ihr Verhalten gegenüber K wegen mittäterschaftlichen Raubes gem. §§ 249 I, 25 II strafbar gemacht haben

**I. Tatbestand****1. Raubmittel**

A und B müssten zunächst ein Raubmittel angewendet haben. Sie könnten Gewalt gegen eine Person angewendet haben.

Gewalt gegen eine Person i.S.v. § 249 I StGB ist jedenfalls eine Kraftentfaltung des Täters, die sich zumindest mittelbar gegen den Körper des Opfers richtet und von diesem als körperlicher Zwang empfunden wird, zur Überwindung geleisteten oder erwarteten Widerstands (BGHSt 23, 126; Schönke/Schröder-Eser, § 249 Rn. 4 mwN).

A hielt die Arme des K fest, während B seinen Arm um den Hals des K legte und diesen so in eine Art "Schwitzkasten" nahm. Beide übten somit körperlichen Zwang unmittelbar gegen den Körper des K aus, um dessen Widerstand gegen den geplanten Überfall zu verhindern, so dass sie Gewalt gegen eine Person angewendet haben.

Anhaltspunkte für eine Drohung von A und B liefert der Sachverhalt nicht, dennoch haben sie ein Raubmittel angewendet.

**2. Fremde bewegliche Sache**

Bei dem von A und B erbeuteten Geld müsste es sich

um eine fremde bewegliche Sache handeln.

Die Geldscheine bzw. Münzen stellen bewegliche Sachen dar.

Fremd ist eine Sache, wenn sie nach bürgerlichem Recht im Eigentum eines anderen steht (Tröndle/Fischer, § 249 Rn. 2, § 242 Rn. 5).

Das Geld stand im Eigentum des K, so dass es für A und B fremd war. Es stellt somit ein taugliches Tatobjekt i.R.v. § 249 I StGB dar.

### 3. Wegnahme

A und B müssten das Geld weggenommen haben.

Wegnahme i.S.v. § 249 I StGB ist - ebenso wie bei § 242 StGB - der Bruch fremden und die Begründung neuen Gewahrsams (Schönke/Schröder-Eser, § 249 Rn. 2). Fraglich ist jedoch, anhand welcher Kriterien das Vorliegen einer Wegnahme beim Raub festzustellen ist. Dies hängt letztlich mit dem Verhältnis von Raub und räuberischer Erpressung und mit der für eine (räuberische) Erpressung erforderlichen Opferreaktion zusammen.

#### a. Rechtsprechung

Nach der Rechtsprechung kommt als Opferverhalten einer (räuberischen) Erpressung entsprechend dem Gesetzeswortlaut jedes Handeln, Dulden oder Unterlassen in Betracht; dann stellt § 249 I StGB eine *lex specialis* zu §§ 253 I, 255 StGB dar, da jeder Raub immer auch eine räuberische Erpressung beinhaltet (bei der das Opferverhalten dann in dem Dulden der Wegnahme besteht, vgl. BGHSt 41, 123). Eine Abgrenzung zwischen Raub und räuberischer Erpressung ist dann nach dem äußeren Erscheinungsbild durchzuführen.

A hatte ohne Mitwirkung des K das Geld aus der Mittelkonsole des Taxis genommen; das äußere Erscheinungsbild ist also eindeutig das eines Nehmens. Nach der Rechtsprechung ist somit eine Wegnahme gegeben.

#### b. Herrschende Literatur

Nach herrschender Lehre muss das Verhalten des Genötigten i.R.v. §§ 253 I, 255 StGB stets (wie beim Betrug) eine Vermögensverfügung darstellen. Da der Raub aber (ebenso wie der Diebstahl) eine Wegnahme voraussetzt, stehen § 249 I StGB und §§ 253 I, 255 StGB - ebenso wie § 242 StGB und § 263 StGB - in einem Exklusivitätsverhältnis; die Abgrenzung hat in beiden Fällen nach der inneren Willensrichtung des Opfers zu erfolgen (Tröndle/Fischer, § 253 Rn. 9 mwN).

Umstritten ist jedoch auch innerhalb der Literatur, wie

die innere Willensrichtung des Opfers beschaffen sein muss, damit von einer Wegnahme gesprochen werden kann.

#### aa. 1. Untermeinung

Nach einer Auffassung innerhalb der Literatur liegt eine Wegnahme i.S.v. § 249 I StGB (und damit keine Verfügung i.S.v. §§ 253 I, 255 StGB) vor, wenn das Opfer glaubt, dass die Beute auch ohne seine Mitwirkung dem Zugriff des Täters preisgegeben sei (Küper, BT, S. 376; Wessels/Hillenkamp, Rn. 713, 731).

K erkannte hier, dass es A und B auch ohne seine Mitwirkung möglich wäre, auf das in der Mittelkonsole befindliche Geld zuzugreifen. Nach dieser Meinung ist somit eine Wegnahme gegeben.

#### bb. 2. Untermeinung

Nach einer weiteren Auffassung liegt eine Wegnahme i.S.v. § 249 I StGB vor, wenn das Opfer glaubt, es habe keine andere Wahl, weil Widerstand praktisch zwecklos sei (Krey, BT2, Rn. 314).

K geriet in Todesangst, als A und B ihn plötzlich packten. Es ist nicht davon auszugehen, dass er glaubte, noch eine andere Möglichkeit zu haben als sich dem Willen der Täter unterzuordnen, da diese insb. auch noch in der Überzahl waren. K stellte sich somit keine Wahlmöglichkeit vor, so dass auch nach dieser Auffassung eine Wegnahme gegeben ist.

#### cc. 3. Untermeinung

Schließlich wird vertreten, dass eine Wegnahme i.S.v. § 249 I StGB immer dann vorliege, wenn das Opfer den Gewahrsam willentlich übertrage, wobei das äußere Erscheinungsbild als Indiz für die Willentlichkeit des Opferverhaltens dienen solle (Rengier, BT2, § 11 Rn. 22 a; Biletzki, Jura 1995, 636).

Nach dem äußeren Erscheinungsbild ist hier eine Wegnahme gegeben (s.o.), so dass nach dieser Meinung auch kein willentliches Opferverhalten und somit eine Wegnahme vorliegt.

#### c. Zwischenergebnis

Nach allen Auffassungen stellt das Verhalten von A und B eine Wegnahme dar. Eine Streitentscheidung ist somit entbehrlich.

### 4. Mittäterschaft (§ 25 II)

A und B müssten die Tat gemeinschaftlich i.S.v. § 25 II StGB, also als Mittäter, begangen haben.

Mittäterschaft setzt ein arbeitsteiliges Handeln aufgrund eines gemeinsamen Tatplans voraus (Tröndle/Fischer, § 25 Rn. 6).

A und B hatten hier während der Fahrt den gemeinsamen Plan zum Überfall auf K gefasst und diesen Überfall auch arbeitsteilig durchgeführt. Auch sind A und B hier selber Täter und nicht nur Teilnehmer, da sie beide sowohl die Tatherrschaft hatten als auch ihre Tatbeiträge im Sinne gleichgeordneten arbeitsteiligen Vorgehens als Teil einer gemeinschaftlichen Tätigkeit verstanden wissen wollten und somit mit Täterwillen handelten.

A und B haben die Tat somit als Mittäter begangen.

#### 5. Vorsatz

A und B handelten auch vorsätzlich bzgl. der objektiven Tatbestandsmerkmale.

#### 6. Finalzusammenhang

§ 249 I StGB setzt weiter voraus, dass der Täter das Raubmittel einsetzt, um die Wegnahme zu ermöglichen oder zu erleichtern (sog. Finalzusammenhang); unbeachtlich ist es hingegen, ob die Wegnahme tatsächlich gefördert worden ist (BGHSt 18, 331; Tröndle/Fischer, § 249 Rn. 3 mwN; a.A. SK-Günther, § 249 Rn. 36).

A und B müssten sich also vorgestellt haben, durch die Gewaltanwendung die Wegnahme zu ermöglichen. Sie wussten, dass sich K, wenn sie ihn nicht festhalten würden, gegen die Wegnahme des Geldes wehren würde, so dass sie die Gewalt angewendet haben, um die Wegnahme zu ermöglichen. Der Finalzusammenhang ist somit gegeben.

#### 7. Absicht rechtswidriger Zueignung

A und B müsste weiterhin die Absicht gehabt haben, sich das Geld rechtswidrig zuzueignen.

Dies setzt zunächst eine Zueignungsabsicht voraus, d.h. die Absicht, die Sache selbst oder den in ihr verkörperten Sachwert wenigstens vorübergehend dem eigenen Vermögen oder dem eines Dritten einzuverleiben (Aneignungskomponente) sowie den Willen, den Berechtigten dauerhaft aus seiner Eigentümerposition zu verdrängen (Enteignungskomponente) (BGHSt 16, 190; Lackner/Kühl, § 242 Rn. 21). Außerdem muss die beabsichtigte Zueignung rechtswidrig sein, d.h. der Täter darf keinen fälligen, einredefreien Anspruch auf die Zueignung der Beute haben (BGHSt 17, 87; Tröndle/Fischer, § 249 Rn. 8, § 242 Rn. 49 f.). Bei der Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Zueignung handelt es sich um ein objektives Tatbestandsmerkmal, so dass sich der Vorsatz des Täters hierauf erstrecken muss (BGH, NJW 1990, 2832; Tröndle/Fischer, aaO).

A und B hatten die Absicht, das Geld ihrem Vermögen einzuverleiben unter dauerhaftem Ausschluss des Be-

rechtigten K. Sie hatten keinen Anspruch hierauf und wussten dies auch, so dass sie in der Absicht rechtswidriger Zueignung handelten.

#### II. Rechtswidrigkeit und Schuld

A und B handelten auch rechtswidrig und schuldhaft.

#### III. Ergebnis

A und B sind strafbar gem. §§ 249 I, 25 II StGB.

#### B. Strafbarkeit von A und B wegen mittäterschaftlicher räuberischer Erpressung gem. §§ 253 I, 255, 25 II StGB

Nach der Rechtsprechung stellt der Raub eine lex specialis zur räuberischen Erpressung dar, so dass in jedem Raub zwingend eine räuberische Erpressung enthalten ist, die jedoch als lex generalis hinter § 249 I StGB zurücktritt (BGHSt 14, 386). Da A und B sich wegen schweren Raubes strafbar gemacht haben (s.o.), wäre somit nach dieser Auffassung auch eine schwere räuberische Erpressung mitverwirklicht, würde jedoch zurücktreten.

Nach herrschender Literatur stehen Raub und räuberische Erpressung hingegen in einem Exklusivitätsverhältnis (Joecks, § 255 Rn. 4; Lackner/Kühl, § 253 Rn. 3). Da A und B einen schweren Raub begingen (s.o.), können sie somit nicht gleichzeitig auch noch wegen schwerer räuberischer Erpressung strafbar sein.

Nach beiden Auffassungen ist eine isolierte Strafbarkeit von A und B gem. §§ 253 I, 255, 250 II Nr. 1 StGB nicht gegeben, sodass eine Stellungnahme entbehrlich ist.

#### C. Strafbarkeit von A und B wegen mittäterschaftlichen Diebstahls gem. §§ 242 I, 25 II StGB, mittäterschaftlicher Unterschlagung gem. §§ 246 I, 25 II sowie wegen Verabredung zum Raub gem. §§ 30 II, 249 I StGB

Die von A und B mitverwirklichten Delikte gem. §§ 242 I, 25 II StGB, §§ 246 I, 25 II StGB und §§ 30 II, 249 I StGB treten hinter den von ihnen begangenen mittäterschaftlichen Raub zurück.

#### D. Strafbarkeit von A und B wegen mittäterschaftlichen räuberischen Angriffs auf einen Kraftfahrer gem. §§ 316 a I, 25 II StGB

A und B könnten sich durch ihr Verhalten zudem wegen mittäterschaftlichen räuberischen Angriffs auf einen Kraftfahrer gem. §§ 316 a I, 25 II StGB strafbar gemacht haben.

#### I. Tatbestand

### *1. Verüben eines Angriffs auf Leib, Leben oder Entschlussfreiheit*

A und B müssten zunächst einen Angriff auf Leib, Leben oder Entschlussfreiheit des K verüben haben.

#### *a. Verüben eines Angriffs durch Angabe des Fahrtzieles*

A und B könnten bereits dadurch einen Angriff auf die Entschlussfreiheit des K verüben haben, dass sie diesen anwies, zu der einsamen Stelle zu fahren, an der sie ihren Überfall durchführen wollten.

Hierzu der BGH: "Einen Angriff auf die Entschlussfreiheit des Opfers - wie er hier allein zu erörtern ist - verübt, wer in feindseliger Absicht auf dieses Rechtsgut einwirkt (vgl. Senatsbeschluss BGHR StGB § 316 a Abs. 1 Angriff 1). Ausreichend, aber auch erforderlich ist eine gegen die Entschlussfreiheit gerichtete Handlung, sofern das Opfer jedenfalls deren objektiven Nötigungscharakter wahrnimmt; die feindliche Willensrichtung des Täters braucht das Opfer dagegen nicht erkannt zu haben. Ebenfalls nicht vorausgesetzt ist, dass der verübte Angriff sich bereits unmittelbar gegen das Eigentum bzw. Vermögen des Opfers richtet.

Während der Geschädigte Führer seines Taxis war, haben die Angeklagten im vorbezeichneten Sinne keinen tatbestandsmäßigen Angriff auf seine Entschlussfreiheit verübt. Daran ändert nichts, dass sie, nachdem sie während der Fahrt den Raubentschluss gefasst hatten, planmäßig ihre räuberische Absicht vor dem Geschädigten verbargen und ihn etwas entfernt von dem ursprünglich angegebenen Fahrtziel anzuhalten veranlassten. Denn die darin liegende bloße List kann grundsätzlich ebenso wie die Täuschung noch nicht als Angriff auf die Entschlussfreiheit angesehen werden (so Tröndle/Fischer aaO Rdn. 2 a; Wolters aaO S. 315 f.; Horn in SK-StGB 49. Lfg. 7. Aufl. StGB § 316 a Rdn. 4a; Maurach/Schroeder/Maiwald Strafrecht Bes. Teil, Teilband 1, 9. Aufl. § 35 Rdn. 51). Deshalb stellt allein die Angabe eines Fahrtzieles bzw. dessen Änderung ebenso wie der Fahrtantritt selbst, auch wenn der Täter damit seine Raubabsicht verbindet, noch kein Verüben eines Angriffs dar, sondern regelmäßig ein nach der Vorstellung des Täters den Angriff vorbereitendes Geschehen. Für eine Beschränkung des Begriffs des Angriffs auf den Einsatz von Nötigungsmitteln spricht schon der Wortlaut der Vorschrift; denn eine Täuschung hindert nicht den Entschluss und beeinträchtigt auch nicht die Entschlussfreiheit, sondern bewirkt lediglich eine falsche Vorstellung bzw. ein falsches Motiv für die vom Opfer weiterhin als frei empfundene Willensbildung bzw. Willensbetätigung

(ähnlich Roßmüller/Rohrer aaO S. 263; Sowada in LK 11. Aufl. § 316 a Rdn. 39; Wolters aaO S. 315 f.). Dass der Täter als Fahrgast seine Raubabsicht verbirgt, bringt für sich allein den Fahrer, solange er die Raubabsicht nicht erkennt, auch nicht in die für die Anwendbarkeit der Strafvorschrift notwendige verkehrsspezifische Gefahrenlage (vgl. Horn in SK aaO). Erst wenn der Täter das Opfer zu der Fahrt oder Weiterfahrt zwingt, liegt darin ebenso ein tatbestandsmäßiger Angriff wie in dem Bereiten eines Hindernisses, das das von dem Opfer benutzte Kraftfahrzeug zum Anhalten veranlasst ('Autofalle').

Dass sich die mit der Bestimmung des Fahrtzieles verbundene räuberische Absicht - wie hier - gegen einen Taxifahrer richtet, rechtfertigt keine andere Beurteilung und macht die List oder Täuschung noch nicht zu einem Angriff auf die Entschlussfreiheit des Kraftfahrzeugführers. Soweit im Schrifttum hierzu die Auffassung vertreten wird, in diesen Fällen nutze der Täter nicht lediglich die Gutgläubigkeit des Fahrers aus, sondern dessen aus gesetzlichen Vorgaben entstehende Pflicht, einem Beförderungswunsch des Kunden zu entsprechen (vgl. Roßmüller/Rohrer aaO S. 263), folgt dem der Senat nicht. Allerdings begründet § 22 PBefG - von Ausnahmen abgesehen (vgl. etwa § 13 BOKraft bei konkretem Verdacht auf Gefahren für die Sicherheit) - für Taxifahrer grundsätzlich einen Kontrahierungszwang. Dieser hat auf die Entschlussfreiheit eines Taxifahrers aber in der Regel keinen maßgeblichen Einfluss; denn der Beförderung eines Fahrgastes durch den Taxifahrer liegt in erster Linie dessen eigenes wirtschaftliches Interesse zugrunde. Schon deshalb wäre schwerlich zu begründen, weshalb dieselbe Handlung bei einem Taxifahrer im Hinblick auf die Tatbestandsmäßigkeit nach § 316 a StGB anders zu bewerten sein sollte als bei einem Kraftfahrzeugführer, der den Täter - wie etwa in den Anhalterfällen - aus Gefälligkeit in seinem Fahrzeug mitnimmt (vgl. Meurer-Meichsner aaO S. 106). Davon zu unterscheiden sind die Fälle, in denen der Täter bei bestehender Raubabsicht den Taxifahrer entgegen dessen erkennbaren Willen unter Berufung auf die Beförderungspflicht zur Durchführung der Fahrt veranlasst. Dann kann schon in dem dadurch ausgeübten zumindest psychischen Zwang ein Angriff auf die Entschlussfreiheit liegen. Ein solcher Ausnahmefall ist hier jedoch nicht festgestellt."

Ein Angriff i.S.v. § 316 a I StGB durch die Angabe des Fahrtzieles ist somit nicht gegeben.

#### *b. Verüben eines Angriffs durch Festhalten des K*

Ein Angriff auf Leib, Leben und Entschlussfreiheit des

K könnte jedoch darin liegen, dass A und B diesen am Ziel der Fahrt festhielten.

Das Festhalten des K stellt die Anwendung von Gewalt gegen eine Person und somit ein Nötigungsmittel dar (s.o.), so dass ein Angriff i.S.v. § 316 a I StGB gegeben ist. Der BGH nimmt dies hier ohne weiteres an: "Einen Angriff auf den Geschädigten haben die Angeklagten allerdings verübt, als sie nach dem Anhalten noch im Taxi durch Gewalthandlungen unmittelbar zum Raub ansetzten."

## 2. Taugliches Opfer

Der angegriffene K müsste im Zeitpunkt des Angriffs Führer oder Mitfahrer eines Kraftfahrzeugs gewesen sein.

Dies verneint der BGH: "Zu diesem Zeitpunkt war der Geschädigte aber nicht mehr im Sinne des § 316 a StGB Führer des Fahrzeugs.

Welchen Inhalt der Begriff des Führers eines Kraftfahrzeugs im Rahmen des § 316 a StGB hat, ist in der Rechtsprechung bislang ersichtlich nicht näher thematisiert worden. Insoweit kann nicht ohne weiteres an die Auslegung des Begriffs des Führens durch die Rechtsprechung im Zusammenhang mit sonstigen Verkehrsdelikten (vgl. zu § 316 StGB BGHSt 35, 390, 393 f.) angeknüpft werden. Maßgeblich für die Begriffsbestimmung ist vielmehr die mit der Vorschrift des § 316 a StGB verfolgte gesetzgeberische Intention, Führer und Mitfahrer von Kraftfahrzeugen davor zu schützen, gerade wegen ihrer Teilnahme am Straßenverkehr leichter Opfer von räuberischen Angriffen zu werden. Führen eines Kraftfahrzeugs liegt deshalb zwar in erster Linie, aber nicht nur vor, wenn und solange das Fahrzeug sich in Bewegung befindet (vgl. Wolters aaO, 303, 309 m. krit. Bspr. BGH NStZ 2001, 197). Daher ist Führer im Sinne des § 316 a StGB, wer das Kraftfahrzeug in Bewegung zu setzen beginnt, es in Bewegung hält oder allgemein mit dem Betrieb des Fahrzeugs und/oder mit der Bewältigung von Verkehrsvorgängen beschäftigt ist (vgl. Sowada in LK aaO Rdn. 17 m.w.N.).

Daraus folgt, dass nicht Führer eines Kraftfahrzeugs im Sinne des § 316 a StGB ist, wer sich außerhalb des Fahrzeugs befindet, sei es, dass er dieses noch nicht bestiegen (so im Fall BGH bei Holtz MDR 1976, 988), sei es, dass er es - wenn auch nach seiner Absicht nur vorübergehend - verlassen hat (so mit überzeugender Begründung Günther JZ 1987, 369, 379 f.). Hält sich das (potentielle) Tatopfer dagegen im Fahrzeug auf, ohne dass sich dieses in Bewegung befindet, so ist darauf abzustellen, ob es als Fahrer mit der Bewältigung von Betriebs- oder Verkehrsvorgängen befasst ist.

Dies wird etwa bei einem so genannten verkehrsbedingten Halt (Beispiele: Halt an einer Rotlicht zeigenden Ampel, an einer geschlossenen Bahnschranke, bei einem Stau u. dergl.) zu bejahen sein, da der Lenker eines Kraftfahrzeugs in dieser Situation seine Aufmerksamkeit weiter auch auf das Verkehrsgeschehen richten muss und deshalb leichter zum Angriffsobjekt eines Überfalls werden kann (h.A. in Rspr. und Lit.; BGHSt 25, 315, 317; 38, 196 m. zust. Anm. Keller JR 1992, 515 f.; BGHR StGB § 316 a Abs. 1 Straßenverkehr 7; Horn in SK aaO Rdn. 3; Lackner/Kühl StGB 24. Aufl. § 316 a Rdn. 3; Roßmüller/Rohrer aaO S. 255). Letzteres trifft dagegen regelmäßig nicht zu, wenn das Opfer sein Fahrzeug aus anderen Gründen zum Halten gebracht und den Motor ausgestellt hat.

Ein verkehrsbedingter Halt lag hier nicht vor, als der Geschädigte auf Aufforderung des Angeklagten [...] anhielt, um die Taxifahrt abzurechnen, und er den Motor ausstellte. Greift der Täter (erst) in einer solchen Lage in räuberischer Absicht den Fahrer des Fahrzeugs an, so nutzt er lediglich die günstige Situation, die ihm gerade das Halten des Fahrzeugs für die Tatausführung bietet. Anders als der 1975 ersatzlos weggefallene Tatbestand des Straßenraubs (§ 250 Abs. 1 Nr. 3 StGB a.F.) lässt § 316 a StGB für die (qualifizierte) Strafbarkeit aber nicht die Tatbegehung im öffentlichen Verkehrsraum genügen, sondern knüpft die Vorschrift - wie ausgeführt - an die besondere Gefährdung des Tatopfers gegenüber räuberischen Angriffen gerade in seiner Eigenschaft als Führer oder Mitfahrer eines Kraftfahrzeugs an.

Nach diesen Grundsätzen war der Geschädigte in dem Zeitpunkt, als der Angeklagte W erstmals auf ihn einwirkte, nicht mehr Führer des Taxis. Schon deshalb scheidet hier die Annahme einer vollendeten Tat nach § 316 a StGB aus. Auf die bislang in der Rechtsprechung als Entscheidungskriterium herangezogene, im Einzelfall schwierig zu beantwortende Frage, ob die Fahrt wegen Erreichens des Fahrtziels jedenfalls zunächst beendet oder nur unterbrochen war (vgl. BGHR StGB § 316 a Straßenverkehr 13; ebenso noch BGH, NStZ 2003, 35), kommt es nicht mehr an."

A und B haben somit keinen Angriff auf den Führer eines Kraftfahrzeugs verübt.

## 2. Ergebnis

A und B sind nicht strafbar gem. §§ 316 a I, 25 II StGB.

*E. Strafbarkeit von A und B wegen versuchten räuberischen Angriffs auf Kraftfahrer gem. §§ 316 a I, 25 II, 22, 23 I StGB*



A und B könnten sich jedoch wegen eines Versuchs des § 316 a I StGB strafbar gemacht haben.

Der BGH lehnt allerdings auch eine Versuchsstrafbarkeit im vorliegenden Fall ab: "Die Angeklagten haben sich auch nicht eines Versuchs des räuberischen Angriffs auf Kraftfahrer schuldig gemacht. Wie im einzelnen beim Angriff im Sinne dieser Strafvorschrift bloße Vorbereitungshandlungen vom Versuch und der Versuch von der Vollendung abzugrenzen sind, ist noch weitgehend ungeklärt (zum Meinungsstand vgl. Ingelfinger JR 2000, 225 f. und die weiteren Nachw. bei Tröndle/ Fischer aaO Rdn. 2 b u. 2 c), bedarf hier aber keiner abschließenden Entscheidung.

Zwar könnte ein Ansetzen zu einem Angriff schon in der Aufforderung des Angeklagten [A] zu sehen sein, das Taxi am Tatort anzuhalten, um dort den Fahrer sogleich danach zu überfallen (vgl. BGHR StGB § 316 a Abs. 1 Straßenverkehr 13; zustimmend Cramer/Sternberg-Lieben in Schönke/Schröder StGB 26. Aufl. § 316 a Rdn. 9). Es fehlte den Angeklagten aber an einem auf die Verwirklichung sämtlicher objektiven Tatbestandsmerkmale gerichteten Entschluss, wie dies die Strafbarkeit wegen Versuchs nach § 316 a StGB voraussetzt (vgl. Cramer/Sternberg-Lieben aaO). Selbst wenn sie bereit gewesen sein sollten, ihr Opfer auch noch bei laufendem Motor - mithin als Führer eines Kraftfahrzeugs - anzugreifen, sollte der Angriff jedenfalls nicht unter 'Ausnutzung der besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs' erfolgen.

Der Tatplanung der Angeklagten kann nicht entnommen werden, dass sie sich die Befassung des Taxifahrers mit dem - gegebenenfalls - noch in Betrieb befindlichen Kraftfahrzeug und eine gerade damit verbundene erhöhte Schutzlosigkeit zunutze machen wollten. Vielmehr kam es ihnen nach den Feststellungen darauf an, dass der Taxifahrer 'aufgrund ihrer zahlenmäßigen Überlegenheit keine Abwehrchance' haben sollte. Zwar bewirkte auch die 'Vereinzelung' des Opfers an einem Ort, an dem fremde Hilfe nicht zu erreichen war, eine Herabsetzung seiner Abwehrmöglichkeit. Das reicht nach Auffassung des Senats - auch insoweit in Abweichung von der bisherigen Rechtsprechung (BGHSt 13, 27, 30; 15, 322, 324; BGHR StGB § 316 a Abs. 1 Straßenverkehr 13) - für die Tatbestandsverwirklichung jedoch nicht aus, da die Abgelegenheit des Überfallortes gerade keine spezifische Eigenschaft des Kraftfahrzeugverkehrs ist (so zu Recht Horn in SK aaO § 316 a Rdn. 4; Roßmüller/Rohrer aaO S. 255; Sowada in LK aaO Rdn. 33)."

Auch eine Strafbarkeit von A und B gem. §§ 316 a I, 25 II, 22, 23 I StGB liegt somit nicht vor.

*[Anmerkung:*

*Der 4. Senat des BGH ist sich durchaus bewusst, dass er mit der vorliegenden Entscheidung wesentlich von früheren BGH-Urteilen abweicht: "Allerdings wäre die den Schuldsprüchen nach § 316 a StGB zugrundeliegende Rechtsauffassung des Landgerichts vom Standpunkt der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht zu beanstanden.*

*So hat der Bundesgerichtshof bereits in seiner frühesten Grundsatzentscheidung nach Einführung des § 316 a StGB durch das 1. Gesetz zur Sicherung des Straßenverkehrs vom 19. Dezember 1952 (BGBl I 832) in einem Fall die Verurteilung des Täters nach § 316 a StGB a.F. ausdrücklich bestätigt (BGHSt 5, 280 f.), in dem der Täter spätestens während der Fahrt mit einem Taxi den Entschluss gefasst hatte, den Taxifahrer zu töten und sich dessen Pkw zu bemächtigen; in Ausführung dieses Tatplans hatte er den Taxifahrer veranlasst, an einer einsamen Stelle zu halten und mit ihm zusammen auszusteigen; als sie sich etwa 100 m vom Anhalteort entfernt hatten, führte der Täter seinen Tatplan aus. Der Bundesgerichtshof hat zum Schuldspruch nach § 316 a StGB a.F. ausgeführt, die Vorschrift diene dem Schutz des Kraftverkehrs und solle den besonderen Gefahren entgegenwirken, die sich aus seiner neuzeitlichen Entwicklung ergeben; diese Gefahren bestünden 'namentlich in der Beanspruchung des Fahrers durch die Lenkung, in der Erschwerung der Flucht oder Gegenwehr, nicht zuletzt aber auch in seiner Vereinzelung und der damit verbundenen Nichterreichbarkeit fremder Hilfe' (aaO S. 281).*

*Ausgehend von dieser Entscheidung, die im Ergebnis an die Rechtsprechung des Reichsgerichts zum 1947 durch Kontrollratsgesetz aufgehobenen Gesetz gegen Straßenraub mittels Autofallen vom 22. Juni 1938 vgl. RGSt 73, 71 f.; dazu BGHSt aaO) anknüpfte, hat der Bundesgerichtshof den Tatbestand weit gehend im Sinne eines durch den bloßen Zusammenhang mit der Benutzung eines Kraftfahrzeugs qualifizierten Raubtatbestand mit weit vorverlagerter Strafbarkeit aufgefasst. So hat er die Erfüllung des Tatbestandes schon dann angenommen, wenn der mitfahrende Täter das Opfer an eine einsame Stelle lockt, um es dort unter Ausnutzung der so geschaffenen 'Vereinzelung' auszurauben (vgl. nur BGHR StGB § 316 a Abs. 1 Straßenverkehr 13 mit krit. Anm. Wolters JR 2002, 163 f.). Diesen Grundsätzen ist die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auch noch nach Änderung von § 316 a StGB durch das am 1. April 1998 in Kraft getretene 6. StrRG (BGBl 1998 I 164) gefolgt (BGHR aaO).*

*An dieser Rechtsprechung hält der Senat in weit ge-*

hender Übereinstimmung mit der Literatur (vgl. nur Booß DAR 1953, 5, 6; Christian Fischer JURA 2000, 433 f.; Geppert JURA 1995, 310 f.; Günther JZ 1987, 16 f. und 369 f.; Ingelfinger JR 2000, 225 f.; Roßmüller/Rohrer NZV 1995, 253 f.; Wolters GA 2002, 303 f.; jew. m.w.N.) nicht länger fest. Vielmehr erachtet er eine enger am Schutzzweck und den einzelnen Tatbestandsmerkmalen des § 316 a StGB orientierte Auslegung (vgl. dazu Meurer-Meichsner aaO S. 66 f.; Wolters aaO S. 305) für geboten. Der Senat trägt damit zugleich dem gesetzgeberischen Anliegen des 6. StrRG Rechnung, durch das der Deliktcharakter des § 316 a StGB von dem früheren Unternehmensdelikt in ein Delikt geändert wurde, das durch 'Verüben eines Angriffs' begangen wird (vgl. BTDrucks. 13/8587 S. 51). Denn Ziel dieser Änderung war es auch, unangemessene Ergebnisse zu vermeiden, die sich aus der weit in den Bereich der Vorbereitungshandlungen der Raubtaten verlegten Strafbarkeit ergeben können (vgl. BTDrucks. aaO). [...]

Schon die Einordnung der Vorschrift des § 316 a StGB in den Abschnitt über gemeingefährliche Straftaten verdeutlicht, dass die Vorschrift, deren Einführung durch das Gesetz zur Sicherung des Straßenverkehrs vom 19. Dezember 1952 (BGBl I 832, 834) in erster Linie dem Schutz vor sog. 'Autofallen' diene (vgl. BTDrucks. – 1. WP – 3774 S. 6; dazu BGHSt 39, 249, 250), neben individuellen Rechtsgütern zumindest

gleichrangig den Schutz der Sicherheit des Kraftfahrverkehrs auf den Straßen bezweckt ('an der Nahtstelle zwischen Vermögens- und Verkehrsdelikten'; BTDrucks. III/2150 S. 494; IV/650 S. 534; zum Schutzzweck vgl. die Nachweise bei Tröndle/Fischer aaO § 316 a Rdn. 1 b).

Ausgehend von dieser Zielrichtung der Strafvorschrift des § 316 a StGB, erfasst der Tatbestand als taugliche Tatopfer eines unter den spezifischen Bedingungen des Straßenverkehrs in räuberischer Absicht auf Leib oder Leben oder die Entschlussfreiheit verübten 'Angriffs' nur den 'Führer' oder den "Mitfahrer" eines Kraftfahrzeugs. Erforderlich ist daher, dass das Opfer diese Eigenschaft im Tatzeitpunkt, d.h. nicht im Zeitpunkt des Tatentschlusses, sondern bei Verüben des Angriffs hat (vgl. Tröndle/Fischer aaO Rdn. 2 u. 3 b a.E.; Roßmüller/Rohrer aaO S. 255). An dieser zeitlichen Verknüpfung fehlt es hier: Solange der Geschädigte das Taxi führte, verübten die Angeklagten keinen Angriff auf ihn [...]; als sie zugleich mit dem Beginn des räuberischen Überfalls den Geschädigten angriffen, war dieser nicht mehr Führer seines Taxis [...]."

Trotz der Aufgabe der bisherigen Rechtsprechung hat der 4. Senat es nicht als notwendig erachtet, bei den anderen Senaten anzufragen, ob sie dieser Rechtsprechungsänderung zustimmen, was aber gem. § 132 III 1 GVG eigentlich erforderlich gewesen wäre.]

#### IMPRESSUM

<b>HERAUSGEBERIN:</b>	JURA INTENSIV VERLAGS-GMBH & CO. KG, Salzstraße 18, 48143 Münster Tel.: 0251/4824-60; Fax: 0251/4824-545 - <a href="http://www.jura-intensiv.de">http://www.jura-intensiv.de</a> - <a href="mailto:ra@jura-intensiv.de">ra@jura-intensiv.de</a>
<b>CHEFREDAKTION:</b>	Rechtsanwalt Frank Schildheuer (zugleich <i>Öffentliches Recht</i> )
<b>REDAKTEURE:</b>	Rechtsanwalt Dr. Carsten Scheen ( <i>Zivilrecht</i> ); Rechtsanwalt Uwe Schumacher ( <i>Strafrecht</i> ) Die Redakteure sind postalisch erreichbar unter der Adresse der Herausgeberin.
<b>ABONNEMENT:</b>	Abonnement-Vertrag befindet sich im Heft und/oder wird auf Wunsch zugeschickt. Einmalige Anforderung eines Probeheftes jederzeit formlos und ohne weitere Verpflichtung möglich.
<b>BEZUGSPREISE:</b>	Jahresabonnement (12 Hefte) zum Vorzugspreis von 45 Euro (Einzelpreis: 4 Euro/Heft) inkl. USt. und Versandkosten. Lieferung nur gegen Einzugsermächtigung.
<b>VERSAND:</b>	Ohne Zusicherung eines festen Veröffentlichungstermins monatlich per Post.
<b>NACHBESTELLUNG:</b>	Einzelne Hefte <i>früherer</i> Jahrgänge können zum Preis von 4 Euro/Heft nachbestellt werden, solange Vorrat reicht. Jahrgangsregister ab 1999: 3 Euro/Jahrgang. Einbanddecken (dunkelblau, jahresneutral): 7 Euro/Stück. Nachbestellung von Sonderbeilagen auf Anfrage. Alle Preise zzgl. 3,50 Euro Versandkosten. Bitte Verrechnungsscheck oder Einzugsermächtigung beifügen. Der Bezug von Einzelheften des <i>laufenden</i> Jahrgangs ist nur i.V.m. einem Abonnement möglich.

*Literaturauswertung**Öffentliches Recht*

<b>Autor/Titel:</b>	Seibel, Mark: "Obligatorisch Berechtigte" im öffentlichen Baunachbarrecht
<b>Fundstelle:</b>	BauR 2003, 1674 (Heft 11)
<b>Inhalt:</b>	Der Beitrag befasst sich mit der Frage, ob Mietern und Pächtern in ähnlicher Weise wie den Eigentümern subjektiv-öffentliche Rechte zustehen können, die ihnen die Klagebefugnis im Rahmen eines Nachbarrechtsstreits gegen die unliebsame Bebauung des Nachbargrundstücks vermitteln.

<b>Autor/Titel:</b>	Beljin, Sasa: "Lärm aus der Gaststätte"
<b>Fundstelle:</b>	Jura 2004, 56 (Heft 1)
<b>Inhalt:</b>	Baurechtliche Aufgabe mit den Niveau einer Hausarbeit. Schwerpunkte sind der NACHbarschutz im Baurecht sowie Gaststätten- und emissionsrechtliche Vorschriften und Fragen des Bestandsschutzes.

<b>Autor/Titel:</b>	Ehlers, Dirk; "Die verwaltungsgerichtliche Anfechtungsklage"
<b>Fundstelle:</b>	Jura 2004, 30 (Heft 1)
<b>Inhalt:</b>	In diesem ersten Teil des Aufsatzes wird die Zulässigkeit der Anfechtungsklage unter jedem nur denkbaren Aspekt beleuchtet. Der Beitrag ist daher für Anfänger wie Fortgeschrittene gleichermaßen lesenswert. Der 2. Teil zur Begründetheit folgt in der März-Ausgabe der "Jura".

*Zivilrecht*

<b>Autor/Titel:</b>	Windel, Peter A.: "Mankoleistungen im modernisierten Schuldrecht"
<b>Fundstelle:</b>	Jura 2003, 793 (Heft 12)
<b>Inhalt:</b>	Der Beitrag beschäftigt sich mit dem Leistungsproblem, dass der Gläubiger weniger als vereinbart erhält; sog. "Mankoleistung". Unter Beachtung der neu geschaffenen Regeln im Schuldrecht wird diese Art der Leistungsstörung umfassend aufgearbeitet.

<b>Autor/Titel:</b>	Dethloff, Nina: "Anbieterpflichten im E-Commerce"
<b>Fundstelle:</b>	Jura 2003, 798 (Heft 12)
<b>Inhalt:</b>	Der Aufsatz untersucht Umfang und Grenzen des Schutzes von Kunden im elektronischen Handel durch die neuen spezifischen Informations- und sonstigen Anbieterpflichten (z.B. § 312 e BGB).

<b>Autor/Titel:</b>	Landrock, Gisela: "Das Produkthaftungsrecht im Lichte neuerer Gesetzgebung und Rechtsprechung"
<b>Fundstelle:</b>	JA 2003, 981 (Heft 12)
<b>Inhalt:</b>	Der Beitrag bietet einen Überblick über das in letzter Zeit vielfach neu geregelte und neu beurteilte Gebiet des Produkthaftungsrechts

<b>Autor/Titel:</b>	Ammerlahn, Kai: "Anwendbarkeit der Anhörungsrüge nach § 321 a ZPO in der Berufungsinstanz"
<b>Fundstelle:</b>	JA 2004, 53 (Heft 1)
<b>Inhalt:</b>	Im Zuge der ZPO-Reform vom 01.01.2002 wurde u.a. durch die Anhörungsrüge gem. § 321 a ZPO ein neuer Rechtsbehelf gewährt. Dieser Beitrag beschäftigt sich mit der Frage, ob der neue Rechtsbehelf auch gegen Berufungsurteile erhoben werden kann.

### *Strafrecht*

<b>Autor/Titel:</b>	Herzberg, Rolf: "Vorsätzliche und fahrlässige Tötung bei ernstlichem Sterbebegehren des Opfers"
<b>Fundstelle:</b>	NSStZ 2004, 1 (Heft 1)
<b>Inhalt:</b>	Neuer Aufsatz über eines der Lieblingsthemen des Verfassers, in dem dieser sich umfassend und auf seinem üblich hohen Niveau mit der Problematik auseinandersetzt, die sich daraus ergibt, dass die vorsätzliche Förderung einer vorsätzlichen Selbsttötung des Opfers mangels teilnahmefähiger Haupttat keine strafbare Beihilfe darstellen kann, bei lediglich fahrlässiger Förderung eine Strafbarkeit wegen fahrlässiger Tötung aber nicht ebenso selbstverständlich ausgeschlossen ist.

<b>Autor/Titel:</b>	Safferling, Christoph J. M.: "Examensklausur Strafrecht: Verfolgung mit tödlichem Ausgang"
<b>Fundstelle:</b>	Jura 2004, 64 (Heft 1)
<b>Inhalt:</b>	Dem Fall BGH, NJW 2003, 150 (= RA 2003, 45) nachgebildete Klausur, die schwerpunktmäßig Probleme des erfolgsqualifizierten Versuches behandelt. Enthält eine Abwandlung, in der in Anlehnung an BGH, NJW 2003, 2034 (= RA 2003, 451) die strafprozessuale Verwertbarkeit von sog. "Raumgesprächen" zu prüfen ist.

<b>Autor/Titel:</b>	Meyer-Mews, Hans: "Beweisverwertungsverbote im Strafverfahren"
<b>Fundstelle:</b>	JuS 2004, 39 (Heft 1)
<b>Inhalt:</b>	Erste Folge eines Fortsetzungsaufsatzes, in dem der Verfasser die verschiedenen Problemstellungen im Zusammenhang mit Beweisverwertungsverböten im Strafprozess erörtert, die nicht nur zum Standardwissen für alle Referendare gehören (sollten), sondern in letzter Zeit auch verstärkt im Rahmen von Zusatzfragen im ersten Examen geprüft wurden. Diese Folge des Aufsatzes befasst sich mit der im Examen beliebtesten Fragestellung von Beweisverwertungsverböten im Zusammenhang mit Zeugnisverweigerungsrechten.