

## Öffentliches Recht

**Standort: Art. 72 II GG**

**Problem: Verfassungswidrigkeit des § 143 StGB**

BVERfG, URTEIL VOM 16.03.2004  
1 BvR 1778/01 (NVwZ 2004, 597)

### Problemdarstellung:

Das BVerfG erklärt im vorliegenden Urteil § 143 I StGB wegen eines Verstoßes gegen Art. 12 und 14 GG für verfassungswidrig.

In § 143 StGB ist die Strafbarkeit des unerlaubten Züchtens und Haltens gefährlicher Hunde - sogen. "Kampfhunde" - geregelt. Anknüpfungspunkt für das strafbare Verhalten waren die entsprechenden Verbotsnormen, die sämtlich landesrechtlicher Natur sind. Da die Länder aber völlig unterschiedliche Regelungen zur Züchtung und Haltung von Kampfhunden erlassen haben, bestünde nach § 143 I StGB auch in jedem Bundesland eine völlig unterschiedliche Strafbarkeit. Da sich § 143 I StGB wie das gesamte StGB aber "nur" auf eine konkurrierende Bundeskompetenz aus Art. 74 I Nr. 1 GG stützen kann, wäre der Bund zum Erlass der Norm nur dann zuständig gewesen, wenn eines der in Art. 72 II GG genannten Ziele erreicht worden wäre, also entweder gleichwertige Lebensverhältnisse hergestellt oder die Rechts- und Wirtschaftseinheit gewahrt worden wäre. Das BVerfG stellt klar, dass weder das Eine noch das Andere der Fall ist. Vielmehr führen die landesrechtlich uneinheitlichen Verbote zu uneinheitlicher Strafbarkeit, so dass im Gegenteil Ungleichheit und Uneinheitlichkeit in Bezug auf die Strafbarkeit geschaffen worden sind. Eine bundesrechtlich geregelte Strafbarkeit bei Verstößen gegen Landesrecht kommt m.a.W. nur dann in Betracht, wenn die landesrechtlichen Regelungen im Großen und Ganzen einheitlich sind.

Da eine ihrerseits formell verfassungswidrige Norm aber keinen Grundrechtseingriff legitimieren kann, war der auf Art. 12 und 14 GG gestützten Verfassungsbeschwerde stattzugeben.

### Prüfungsrelevanz:

Art. 72 II GG hat auch bei der kürzlich ergangenen Ladenschluss-Entscheidung des BVerfG (als Urteil in Fallstruktur in diesem Heft) eine wichtige Rolle gespielt, übrigens auch i.V.m. dem hier zumindest am Rande erwähnten Art. 125 a II GG. Beide Vorschriften - wie die Gesetzgebungskompetenzen insgesamt - sollten daher unbedingt bekannt sein. Überhaupt ist es wichtig, sich auf der Suche nach einem von Art. 70 GG abweichenden Kompetenztitel des Bundes nicht

zufrieden zu geben, wenn das Grundgesetz einen solchen enthält. Vielmehr ist weiter zu fragen, welche Kompetenz (ausschließliche, konkurrierende oder Rahmenkompetenz) dem Bund zugewiesen worden ist, und anschließend zu prüfen, ob die Zuständigkeitsvoraussetzungen für eine bundesrechtliche Regelung im Rahmen dieser Kompetenz vorliegen (vgl. Art. 71, 72 II und 75 I, II GG). Zudem sollte man sich merken, dass das BVerfG Art. 72 II GG - wie die beiden in diesem Heft veröffentlichten Entscheidungen zeigen - seit seiner Neufassung im Jahre 1994 deutlich enger interpretiert als zuvor.

In der Sache selbst ging es erneut um die Kampfhunde-Problematik, die bereits hohe Wellen geschlagen und über die die RA auch bereits ausführlich berichtet hat (vgl. Vertiefungshinweise). Schließlich ist das Urteil auch aus strafrechtlicher Sicht interessant, da es über §§ 95 III 3 i.V.m. 79 I BVerfGG auf bereits erfolgte Verurteilungen einwirkt.

### Vertiefungshinweise:

- Wirksamkeit von Kampfhunde-Verordnungen und -Gesetzen: *BVerfG*, RA 2001, 4 = NVwZ 2000, 1407; *BVerwG*, NVwZ 2003, 95; *OVG NRW*, NWVBl 1999, 30; *Karst*, NVwZ 1999, 268; *Hebrank*, NVwZ 1999, 244
- Lenkungssteuer gegen Kampfhunde: *BVerwG*, RA 2000, 104 = JZ 2000, 946

### Kursprogramm:

- Examenskurs*: "Der Lottokönig"

### Leitsatz:

**Die strafrechtliche Sanktionierung sehr unterschiedlicher landesrechtlicher Verbote, einen gefährlichen Hund zu züchten oder Handel mit ihm zu treiben, in § 143 StGB genügt nicht den Anforderungen an Art. 72 II GG.**

### Sachverhalt:

Mit seiner Verfassungsbeschwerde greift der Bf., der von Berufs wegen mit sogen. "Kampfhunden" handelt und diese züchtet, das Gesetz zur Bekämpfung gefährlicher Hunde vom 12.04.2001 an. In diesem sind zahlreiche Zucht- und Handelsbeschränkungen geregelt. Ferner ist durch dessen Art. 3 Nr. 2 der neue § 143 in das StGB eingefügt worden, welcher den unerlaubten Umgang mit gefährlichen Hunden unter Strafe stellt.

Die Vb. hatte insoweit Erfolg.

### **Aus den Gründen:**

[...] Mit dem Grundgesetz unvereinbar ist schließlich die Strafnorm des § 143 I StGB, weil die Voraussetzungen des Art. 72 II GG nicht vorliegen.

#### *A. Verstoß gegen Art. 12 GG*

##### *I. Eingriff in den Schutzbereich*

Nach § 143 I StGB wird mit Freiheits- oder Geldstrafe bestraft, wer entgegen einem durch landesrechtliche Vorschriften erlassenen Verbot einen gefährlichen Hund züchtet oder mit ihm Handel treibt. Auch diese Regelung ist mit der Berufsausübungsfreiheit der Bf., die Tätigkeiten der genannten Art berufsmäßig ausüben, nicht vereinbar. Sie greift in den Schutzbereich des Art. 12 I GG ein, indem sie den Eingriff, den schon das Zucht- und das Handelsverbot darstellen, noch verstärkt.

##### *II. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung*

Verfassungsrechtlich ist dies nicht gerechtfertigt, weil auch § 143 I StGB nicht durch ein Gesetzgebungsrecht des Bundes gedeckt ist.

##### *1. Kompetenztitel*

Der Bundesgesetzgeber kann sich für diese Regelung zwar auf die Regelungszuständigkeit für das Strafrecht nach Art. 74 I Nr. 1 GG berufen. Sie schließt grundsätzlich auch die Befugnis ein, Vorschriften des Landesrechts mit strafrechtlichen Sanktionen des Bundesrechts zu versehen, sofern nicht der Bundesgesetzgeber in Wirklichkeit die der Länderkompetenz unterliegende Materie selbst sachlich regelt (vgl. BVerfGE 13, 367 [373]; 23, 113 [125]; 26, 246 [258]).

##### *2. Zuständigkeit des Bundes bei konkurrierender Kompetenz*

Die Inanspruchnahme dieser Befugnis hängt aber davon ab, dass die Voraussetzungen des Art. 72 II GG in der Fassung vorliegen, welche die Vorschrift durch das Änderungsgesetz vom 27.10.1994 (BGBl I, 3146) erhalten hat. Der Bund hätte für § 143 I StGB das Gesetzgebungsrecht also nur, wenn und gegebenenfalls soweit diese Regelung als für die Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet oder zur Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse erforderlich angesehen werden könnte.

#### *a. Prüfungskompetenz des BVerfG*

##### *aa. Kein Beurteilungsspielraum des Bundes*

Ob diese Voraussetzungen gegeben sind, hat das BVerfG zu überprüfen; es besteht insoweit kein von verfassungsgerichtlicher Kontrolle freier gesetzgeberi-

scher Beurteilungsspielraum (im Anschluss an BVerfGE 106, 62 [135 ff.]).

##### *bb. Kein Ausschluss durch Art. 125a II GG*

Die Prüfung an den Maßstäben des Art. 72 II GG entfällt auch nicht deshalb, weil das Strafgesetzbuch gem. Art. 125 a II 1 GG als Bundesrecht fortgilt und ein die Zuständigkeit der Länder eröffnendes Bundesgesetz i.S. des Art. 125 a II 2 GG dazu nicht ergangen ist. Bei § 143 I StGB handelt es sich inhaltlich um eine erstmals geschaffene bundesgesetzliche Neuregelung. Jedenfalls bei derartigen Vorschriften ist Art. 72 II GG als Schranke für die Ausübung der Bundeskompetenz zu beachten (vgl. Bothe, in: Denninger/Hoffmann-Riem/Schneider/Stein, GG, 3. Aufl., Art. 125a Rz. 4).

##### *b. Subsumtion*

Für § 143 I StGB sind die Voraussetzungen des Art. 72 II GG (vgl. zu ihnen BVerfGE 106, 62 [143 ff.]) nicht erfüllt.

##### *aa. Zielvorgabe nicht ermittelbar*

Fraglich ist schon, welche der in Art. 72 II GG genannten Zielvorgaben der Gesetzgeber mit § 143 I StGB verfolgt (vgl. auch Fischer, in: Tröndle/Fischer, StGB, 51. Aufl. [2003], § 143 Rdnr. 9). Die Begründung zum Entwurf des angegriffenen Gesetzes führt dazu nichts aus; sie beschränkt sich auf die Feststellung, da die Länder von ihrer Kompetenz zur strafrechtlichen Bewehrung von Ge- und Verboten zur Abwehr der von gefährlichen Hunden ausgehenden Gefahren bisher keinen Gebrauch gemacht hätten, könne die Erforderlichkeit einer bundesrechtlichen Regelung bejaht werden (vgl. BT-Dr 14/4451, S.8 unter A IV). Im Verfassungsbeschwerdeverfahren hat sich ebenfalls nicht eindeutig klären lassen, welchen Zwecken § 143 I StGB dienen soll.

##### *bb. Jedenfalls keine Erforderlichkeit*

Die Aufklärung der konkreten Zielsetzung kann auch dahinstehen, weil die bundesgesetzliche Regelung des § 143 I StGB für die Erreichung keines der in Art. 72 II GG erwähnten Ziele erforderlich ist. § 143 I StGB sanktioniert Verstöße gegen landesrechtliche Vorschriften, welche die Zucht von gefährlichen Hunden oder den Handel mit ihnen verbieten. Der Bundesgesetzgeber hat auf diese Weise einen bundeseinheitlichen Rahmen nur für die strafrechtlichen Rechtsfolgen solcher Verstöße geschaffen. Die tatbestandlichen Voraussetzungen dafür bestimmen sich nach Landesrecht und sind dort sehr unterschiedlich geregelt, so dass Bundeseinheitlichkeit auf der Ebene der strafrechtlichen Sanktion nicht erreichbar ist.

Grundsätzlich ist der Verweis des bundesrechtlichen Strafrechts auf landesrechtliche Verbote zwar denkbar. Art. 72 II GG setzt jedoch voraus, dass diese Verbote im Wesentlichen übereinstimmen. Das ist hier nicht

der Fall. Schon der Begriff des gefährlichen Hundes ist nicht einheitlich definiert. Neben Regelungen, die für die Gefährlichkeit an die Zugehörigkeit zu bestimmten Hunderassen anknüpfen und dafür auch unterschiedlich umfangreiche Rasselisten vorsehen, gibt es Vorschriften, nach denen es für die Einstufung als gefährlicher Hund auf die Feststellung der Gefährlichkeit im Einzelfall ankommt (vgl. etwa § 1 III HundeVO Hamburg, § 3 III des Hundegesetzes NRW [NWHundG] sowie § 1 I, III und IV des sächsischen Gesetzes zum Schutze der Bevölkerung vor gefährlichen Hunden [SächsGefHundG]). Auch die Zucht gefährlicher Hunde und das Handeltreiben mit ihnen sind nicht in allen Bundesländern verboten. Anders als etwa die Regelungen in Berlin, Bremen und Hessen (vgl. § 8 II 1 und 2 HundeVO Berlin, § 1 IV i.V. mit III des bremischen Gesetzes über das Halten von Hunden und § 13 HundeVO Hessen) sehen beispielsweise diejenigen in Nordrhein-Westfalen (§ 9 S. 1 i.V.m. § 3 III NWHundG) und Sachsen (vgl. §§ 2 I und 3 S.1 i.V.m. § 1 II SächsGefHundG) solche Verbote nicht oder nur

für bestimmte Gruppen von gefährlichen Hunden vor. Folge dieser tatbestandlichen Differenzierungen ist es, dass sich auch § 143 I StGB bundesweit unterschiedlich auswirkt. Die Divergenzen des Landesrechts werden auf die bundesrechtliche Ebene des Strafrechts erstreckt. Es wird demzufolge durch § 143 I StGB nicht nur keine Bundeseinheitlichkeit erreicht, sondern die bestehende Uneinheitlichkeit über die strafrechtliche Sanktionierung noch verstärkt (ebenso v. Coelln, NJW 2001, 2834 [2836]; Fischer, in: Tröndle/Fischer, § 143 Rdnr. 9). § 143 I StGB kann deshalb weder für die Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet noch zur Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse erforderlich sein.

#### B. Verstoß gegen Art. 14 GG

Die Regelung verstößt damit mangels einer sie stützenden kompetenziellen Grundlage auch gegen das Eigentumsgrundrecht der Bf.

### Standort: VerwR AT

### Problem: VA-Befugnis gegenüber Hoheitsträgern

OVG MÜNSTER, BESCHLUSS VOM 20.11.2003  
4 A 2618/02 (NVwZ-RR 2004, 317)

#### Problemdarstellung:

§ 49a VwVfG regelt die Geltendmachung von Erstattungsansprüchen, die sich aus der nachträglichen Unwirksamkeit eines bereits vollzogenen VAs ergeben, also z.B. dann, wenn ein Subventions-VA zurückgenommen und die bereits ausgezahlte Subvention zurückgefordert werden soll. § 49a I 2 VwVfG verleiht der Behörde zur Geltendmachung eines solchen Anspruchs das Recht (und die Pflicht), einen Erstattungs-VA zu erlassen. Nach ganz h.M. gilt § 49a VwVfG nur für Erstattungsansprüche eines Hoheitsträgers gegenüber dem Bürger, nicht aber für Ansprüche des Bürgers gegenüber einem Hoheitsträger, und zwar schon deshalb, weil § 49a I 2 VwVfG sonst sinnlos wäre; ein Bürger könnte keinen VA erlassen. Im übrigen war dies der erklärte Wille des Gesetzgebers. Erstattungsansprüche des Bürgers gegen den Staat richten sich - vorbehaltlich denkbarer, i.d.R. aber nicht vorhandener spezialgesetzlicher Regelungen - allein nach dem ungeschriebenen, aber gewohnheitsrechtlich anerkannten öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch. Dieser Weg hat für den Bürger den Vorteil, dass - wiederum nach ganz h.M. - der öffentlich-rechtliche Erstattungsanspruch keinen Entreicherungsseinwand des Staates gegenüber dem Bürger kennt, während § 49a II 1 VwVfG durch den Verweis auf §§ 812 ff. BGB diesen explizit, wenn auch nach § 49a II 2 VwVfG eingeschränkt, zulässt.

Im vorliegenden Fall ging es nun um einen Er-

stattungsanspruch eines Hoheitsträgers (Land) gegen einen anderen Hoheitsträger (Gemeinde). Das OVG hält hierfür § 49a VwVfG und nicht den öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch für einschlägig, mit der Folge, dass auch gegenüber dem anderen Hoheitsträger ein VA ergehen kann (Stichwort: Außenwirkung). Das Gericht lässt aber offen, ob § 49a II VwVfG - also der Entreicherungsseinwand - auch einem Hoheitsträger zugute kommen soll oder, wie in der Rspr. vertreten, diesen gegenüber teleologisch zu reduzieren sei.

#### Prüfungsrelevanz:

Die Abgrenzung von § 49a VwVfG und öffentlich-rechtlichem Erstattungsanspruch ist für mehrere in Examensaufgaben wichtige Fragestellungen entscheidend:

1. Im Verwaltungsrechtsweg nach § 40 I 1 VwGO kann auf § 49a VwVfG als streitentscheidende Norm zurückgegriffen werden, also die modifizierte Subjektstheorie angewendet werden, während sich beim öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch häufig die Abgrenzungsproblematik zu §§ 812 ff. BGB stellen wird, die nur unter Zuhilfenahme anderer Theorien, häufig der Kehrseitentheorie oder der Lehre vom Sachzusammenhang, zu lösen sein wird.

2. § 49a I 2 VwVfG enthält eine VA-Befugnis, während der öffentlich-rechtliche Erstattungsanspruch i.d.R. nicht durch VA geltend gemacht werden kann, sondern eingeklagt werden muss. Im ersten Fall wird es also häufig zu Widerspruch und Anfechtungsklage des Bürgers gegen den Erstattungs-VA kommen, wäh-

rend im letzten Fall der Anspruchsteller selbst eine allgemeine Leistungsklage auf Erstattung erheben muss.

3. Wie erwähnt gibt es beim öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch keinen Entreichereinwand (h.M.), während dieser in § 49a II VwVfG enthalten ist.

**Vertiefungshinweise:**

Zum Widerruf eines Zuwendungsbescheids: *OVG Münster*, NVwZ-RR 2003, 473

**Kursprogramm:**

- Examenskurs: "Wilde Ehe"  
 Examenskurs: "Stipendium"

**Leitsatz:**

**1. Wird der von einem Hoheitsträger gegenüber einem anderen Hoheitsträger erlassene Zuwendungsbescheid zurückgenommen bzw. widerrufen oder wird er infolge Eintritts einer auflösenden Bedingung unwirksam, so dürfen Erstattungs- und Zinsforderungen nach § 49a NWVwVfG durch Verwaltungsakt geltend gemacht werden.**

**2. Es bleibt offen, ob sich der nach § 49a NWVwVfG zur Erstattung verpflichtete Hoheitsträger auf Entreichereinwand berufen kann.**

**Sachverhalt:**

Die bekl. Bezirksregierung gewährte der kl. Stadt eine Zuwendung. Durch Bescheid vom Oktober 1999 widerrief sie den entsprechenden Bewilligungsbescheid, verlangte die Erstattung des ausgezahlten Betrages und machte einen Zinsanspruch geltend. Die nach erfolglosem Widerspruch erhobene Klage wies das VG ab. Den Antrag auf Zulassung der Berufung lehnte das OVG ab.

**Aus den Gründen:**

Es bestehen keine ernstlichen Zweifel an der Richtigkeit des angefochtenen Urteils (§ 124 II Nr. 1 VwGO) insoweit, als das VG die Ansicht vertreten hat, der Rückforderungs- und Zinsanspruch gem. § 49a I und III NWVwVfG könne gegenüber der Kl. durch Verwaltungsakt geltend gemacht werden, obwohl sie selbst Hoheitsträger sei.

**A. VA-Befugnis gegenüber Hoheitsträgern**

Es entspricht verwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung, dass ein Hoheitsträger, wenn er einen gegenüber einem anderen Hoheitsträger erlassenen Zuwendungsbescheid zurücknimmt bzw. widerruft oder wenn dieser Bescheid infolge Eintritts einer auflösenden Bedingung unwirksam geworden ist, seine Erstattungs- und Zinsforderung nach § 49a NWVwVfG bzw. den

entsprechenden landesrechtlichen Regelungen durch Verwaltungsakt geltend machen darf. Davon sind die Gerichte stets ausgegangen, ohne dies allerdings näher zu begründen (vgl. BVerwGE 116, 332; VGH München, BayVBl 2002, 80 [82]).

**I. Historische Auslegung**

Dass § 49a VwVfG, dem die entsprechenden landesrechtlichen Regelungen nachgebildet sind, diese Fallgestaltung erfasst, folgt ohne weiteres aus der Entstehungsgeschichte der Norm. § 49a VwVfG ist durch Gesetz vom 2.5.1996 (BGBl I, 656) in das Verwaltungsverfahrensgesetz eingefügt worden und hat damit u.a. § 44a BHO ersetzt. Ziel dieser gesetzgeberischen Maßnahme war es, die im Bereich der Zuwendungen bestehenden Sondervorschriften des § 44a BHO in das Verwaltungsverfahrensgesetz zu integrieren (BT-Dr 12/2297, S. 5; vgl. in diesem Zusammenhang auch: Sachs/Wermeckes, NVwZ 1996, 1185). Zu den von § 44a BHO erfassten Zuwendungen zählten aber nicht nur solche an Rechtssubjekte des Privatrechts, sondern auch solche an nachgeordnete Verwaltungsträger, insbesondere kommunale Körperschaften (Weides, NJW 1981, 841). Deshalb fallen auch Erstattungs- und Zinsansprüche aus derartigen Subventionsverhältnissen in den Geltungsbereich des § 44a BHO und des an seine Stelle getretenen § 49a VwVfG.

**II. Keine entgegenstehende Rspr.**

Dagegen spricht nicht, dass in Rechtsprechung und Literatur betont wird, § 49a NWVwVfG finde nur auf Ansprüche der Verwaltung gegen den Bürger Anwendung. Denn damit soll lediglich verdeutlicht werden, dass die Vorschrift den umgekehrten Fall, nämlich Ansprüche des Bürgers gegen die Verwaltung, nicht erfasst (Erichsen, Allgemeines VerwaltungsR, 11. Aufl. [1998], § 29 III 1 Rdnr. 21; Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 6. Aufl. [2001], § 49a Rdnrn. 12 und 13; Suerbaum, VerwArch 1999, 361 [381]; OVG Münster, Urt. v. 30.9.1997 - 24 A 5373/94; VG Meiningen, Urt. v. 21.4.1999 - 8 K 199/97; a.A. Baumeister, NVwZ 1997, 19 [23]).

**B. Entreichereinrede von Hoheitsträgern**

Gegen die Anwendbarkeit des § 49a VwVfG lässt sich schließlich auch nicht einwenden, die Vorschrift sei auf die hier in Rede stehende Fallkonstellation nicht zugeschnitten, weil sie in § 49a II VwVfG die Entreichereinrede zulasse, öffentliche Rechtsträger sich aber grundsätzlich nicht auf den Wegfall der Bereicherung berufen könnten (so aber Hüttenbrink/Windmöller, SächsVBl 2001, 181 [184]).

Richtig ist, dass es der öffentlichen Hand versagt ist, sich gegenüber dem allgemeinen, gesetzlich nicht geregelten öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch auf Entreichereinrede zu berufen (vgl. BVerwGE 36, 108

[113]; 71, 85 [89]; BVerwG, Buchholz 240 § 12 BBesG Nr. 16; Erichsen, a.a.O., 29 III 2 Rdnr. 26; Maurer, Allgemeines VerwaltungsR, 12. Aufl. [1999], § 28 IV 2 Rdnr. 26). Ob dies in gleicher Weise für die von § 49a VwVfG erfassten Erstattungsansprüche von Hoheitsträgern gilt, ist zweifelhaft, bedarf aber hier keiner Entscheidung (bejahend VGH München,

BayVBl 2002, 80 [82]; unklar: OVG Frankfurt/Oder, Urt. v. 22.2.2001 - 4 A 69/99). Auch wenn man dies bejahen würde, wäre nicht etwa § 49a VwVfG insgesamt unanwendbar; vielmehr wäre lediglich eine einschränkende Auslegung des § 49a II NWVwVfG geboten (so i.E. VGH München, BayVBl 2002, 80 [82]).

### Standort: Rechtsmittelbelehrung

### Problem: Rechtsträger statt Behörde

OVG FRANKFURT/ODER, BESCHLUSS VOM 07.10.2003  
2 B 332/02 (NVwZ-RR 2004, 315)

#### Problemdarstellung:

Gem. § 58 I VwGO gehört zum notwendigen Teil einer Rechtsmittelbelehrung (RMB) u.a. die Bezeichnung der Einlegestelle, bei welcher der Rechtsbehelf anzubringen ist. Das Gesetz nennt Behörde und Gericht. In dem vom OVG Frankfurt (Oder) entschiedenen Fall war nun nicht die Behörde, sondern der Rechtsträger der Behörde bezeichnet worden. Während das VG als Vorinstanz die Rechtsmittelbelehrung deswegen für unzureichend gehalten hatte, lässt das OVG die Bezeichnung des Rechtsträgers jedenfalls für die Fälle genügen, in denen dieser sich gegenüber dem Bürger nur einer Behörde zur Herstellung seiner Handlungsfähigkeit bediene, weil dann eine Verwechslungsgefahr ausgeschlossen sei.

#### Prüfungsrelevanz:

RMB werden gerne in Examenklausuren eingebaut, um Fristprobleme abzufragen. Sie eignen sich für das erste und zweite juristische Staatsexamen gleichermaßen. Fehlt ein notwendiger Teil des § 58 I VwGO oder ist er fehlerhaft wiedergegeben, führt dies automatisch zur Jahresfrist des § 58 II VwGO, im Unterschied etwa zu den sonst geltenden Monatsfristen für Widerspruch (§ 70 I VwGO) und Anfechtungs- und Verpflichtungsklage (§ 74 I 1, II VwGO).

Die Gleichsetzung von "Behörde" und "Rechtsträger", vom OVG mit teleologischen Argumenten begründet, ist angreifbar. Immerhin unterscheidet die VwGO an anderen Stellen explizit zwischen diesen Begriffen, z.B. beim Beklagten nach § 78 I Nr. 1 VwGO (Rechtsträger) und § 78 I Nr. 2 VwGO (Behörde). Zwar genügt auch dort zur Bezeichnung des Rechtsträgers die Angabe der Behörde (§ 78 I Nr. 1 VwGO a.E.), nach Ansicht des OVG soll aber zur Bezeichnung der Behörde die Angabe des Rechtsträgers genügen, also der genau umgekehrte, in § 78 VwGO gerade nicht vorgesehene Fall. Hält man dies gleichwohl für möglich, weil - und nur dann vertritt das OVG ja diese Auffassung - der bezeichnete Rechtsträger sich nur einer Behörde gegenüber dem Bürger bedient, eine Verwechslungsgefahr also nicht besteht, stellt sich die Frage, ob

diese Annahme über den hier entschiedenen, im Hinblick auf seine Examensrelevanz eher exotischen Fall eines Zweckverbandes (Rechtsträger) und seines Vorstehers (Behörde) hinaus verallgemeinerungsfähig ist, sich also z.B. auf eine Gemeinde und ihren Bürgermeister übertragen lässt. Zwar bedient sich auch eine Gemeinde im allgemeinen nur ihres Bürgermeisters (bzw. Vorstehers usw.), um gegenüber dem Bürger zu handeln, es existieren aber auch noch die Vertretung (bzw. der Rat) sowie diverse andere Organe (Bezirksvertretungen, Ausländerbeiräte usw.), die im Einzelfall auch Außenwirkung entfalten können. Vor einer Verallgemeinerung dieser Entscheidung kann daher nur gewarnt werden.

#### Vertiefungshinweise:

- Richtige, aber trotzdem fehlerhafte Rechtsbehelfsbelehrung: BVerwG, RA 2002, 633 = BayVBl 2002, 678)
- Fehlerhaft gewordene Rechtsbehelfsbelehrung: VG Darmstadt, RA 2000, 321 = NVwZ 2000, 591
- Rechtsbehelfsbelehrung bei Verwaltungsakten mit Doppelwirkung: OVG Münster, RA 2000, 443 = NWVBl 2000, 264
- Belehrung über das zuständige "Amt" statt der zuständigen Behörde: OVG Greifswald, RA 1999, 485 = NVwZ-RR 1999, 476
- Unrichtige Belehrung durch das Justizprüfungsamt: OVG Münster, RA 2001, 117 = NVwZ 2001, 212

#### Kursprogramm:

- Examenkurs: "Das Stukkateurgewerbe"
- Examenkurs: "Die Zusicherung"

#### Leitsatz (der Redaktion)

**Nach § 58 I VwGO genügt zur richtigen Bezeichnung der Behörde, bei welcher der Rechtsbehelf einzulegen ist, die Angabe ihres Rechtsträgers, wenn dieser gegenüber dem Bürger nur durch eine Behörde handelt.**

#### Sachverhalt:

Das OVG hat den Beschluss des VG mit Ausnahme der Streitwertfestsetzung geändert und den Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung abgelehnt.

**Aus den Gründen:**

Die Beschwerde ist begründet. Die Beschwerde beanstandet mit Recht, dass das VG über den vorliegenden Antrag sachlich entschieden und ihm entsprochen hat, statt ihn wegen der Bestandskraft des angefochtenen Bescheides als unzulässig abzulehnen. Die insoweit angegriffene Argumentation des VG, die Rechtsbehelfsbelehrung des angefochtenen Beitragsbescheides vom 6.11.2001 sei unvollständig, weil darin nicht der Verbandsvorsteher als Behörde des Zweckverbandes, sondern nur der Verband selbst unter Angabe seines Sitzes bezeichnet worden sei, mit der Folge, dass die Widerspruchsfrist des § 70 I VwGO gem. § 58 I VwGO nicht in Lauf gesetzt worden sei und der erst frühestens mit Schreiben vom 31.1.2002 erhobene Widerspruch als rechtzeitig angesehen werden müsse, hält der rechtlichen Überprüfung nicht stand.

**A. Keine Anordnung der aufschiebenden Wirkung bei offensichtlicher Unzulässigkeit des Widerspruchs**

Allerdings geht die Beschwerde fehl in der Annahme, dass offene Fragen der Zulässigkeit des Rechtsbehelfs, dessen aufschiebende Wirkung mit dem Antrag nach § 80 V VwGO begehrt wird, stets zu Lasten des Ast. gehen und zur Ablehnung von dessen Begehren führen müssten. Vielmehr ist in der obergerichtlichen Rechtsprechung überwiegend anerkannt, dass Widerspruch und Klage nur dann den Suspensiveffekt nicht auszulösen vermögen bzw. in Fällen nach § 80 II Nr. 1 VwGO - wie hier - keine Grundlage für seine gerichtliche Anordnung darstellen, wenn die Unzulässigkeit des in der Hauptsache erhobenen Rechtsbehelfs bereits im summarischen Verfahren offensichtlich ist (vgl. statt vieler J. Schmidt, in: Eyermann, VwGO, 11. Aufl., § 80 Rdnr. 13 m.w.N.). Der abweichenden Auffassung, die stets eine abschließende Entscheidung über die Zulässigkeit des in der Hauptsache erhobenen Rechtsbehelfs im Verfahren nach § 80 V VwGO verlangt (vgl. Schoch, in: Schoch/Schmidt-Abmann/Pietzner, VwGO, Bd. 1, Stand: Jan. 2003, § 80 Rdnr. 71), ist entgegenzuhalten, dass das Postulat abschließender Klärung nur unter Aufgabe des summarischen Prüfungsmaßstabs und mit Anwendung aller im Hauptsacheverfahren zur Verfügung stehenden Sachaufklärungsmittel einschließlich der Durchführung einer Beweisaufnahme erfüllbar sein dürfte.

**B. Hier offensichtliche Verfristung**

Es bedarf hier jedoch keiner abschließenden Klärung des anzuwendenden Prüfungsmaßstabs, weil die Vollständigkeit der vorliegenden Rechtsbehelfsbelehrung schon nach Aktenlage abschließend beurteilt werden kann und hiervon abhängt, ob der angegriffene Beitragsbescheid bestandskräftig geworden und ein Antrag nach § 80 V VwGO mithin nicht mehr statthaft ist oder aber der Widerspruch der Ast. - gleich, ob man ihn mit dem VG bereits in dem Schreiben vom

31.1.2002 oder erst in demjenigen vom 18.3.2002 sehen kann - nicht verfristet und der vorliegende Antrag mithin zulässig ist.

**I. Notwendiger Teil der RMB**

Nach § 58 I VwGO, der gem. § 70 II VwGO auch auf die Widerspruchsfrist anzuwenden ist, muss der Bet. über den Rechtsbehelf, die Verwaltungsbehörde, bei der der Rechtsbehelf anzubringen ist, den Sitz und die einzuhaltende Frist belehrt werden, anderenfalls wird die Frist nicht in Lauf gesetzt. Die danach erforderliche Belehrung ist hier entgegen der Annahme des VG erfolgt. Die Rechtsbehelfsbelehrung des Beitragsbescheides des Verbandsvorstehers des Zweckverbandes Wasserversorgung und Abwasserentsorgung F. und Umland vom 6.11.2001, dessen Erhalt die Ast. weder im gerichtlichen noch im vorgerichtlichen Verfahren in Abrede gestellt hat, enthielt folgenden Inhalt: "Gegen diesen Bescheid können Sie innerhalb eines Monats nach seiner Bekanntgabe Widerspruch erheben. Der Widerspruch ist schriftlich oder zur Niederschrift beim Zweckverband Wasserversorgung und Abwasserentsorgung F. und Umland einzulegen."

**II. Bezeichnung der Einlegestelle**

Mit diesem Inhalt ist auch die Verwaltungsbehörde zutreffend bezeichnet. Die am Behördenbegriff nach § 1 II BbgVwVfG orientierte materielle Betrachtung des VG, nach der Behörde jede Stelle ist, die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt, und die die Benennung des Verbandsvorstehers als dem nach § 16 VI 1 des Gesetzes über die kommunale Gemeinschaftsarbeit zur Führung der laufenden Verwaltungsgeschäfte sowie zur gerichtlichen und außergerichtlichen Vertretung des Zweckverbandes berufenen Organ zur Bezeichnung der Verwaltungsbehörde vermisst, verfehlt Sinn und Zweck des § 58 I VwGO.

**1. Teleologische Auslegung**

Mit dieser Vorschrift soll verhindert werden, dass ein statthaftes Rechtsmittel nur deshalb nicht oder nicht fristgerecht ergriffen wird, weil der Betroffene die Möglichkeit des Rechtsmittels oder die Modalitäten seiner Einlegung nicht kennt. Die Rechtsfolge, dass die Frist nicht in Lauf gesetzt wird, soll nur eintreten, wenn die Belehrung fehlt oder ihr Inhalt den gesetzlichen Anforderungen nicht entspricht; mit diesem Anknüpfen an die objektiv festzustellenden Umstände des Fehlens oder der Unrichtigkeit der Belehrung wird gewährleistet, dass mit der für den Rechtsverkehr erforderlichen Sicherheit angenommen werden kann, dass das Unterbleiben eines fristgerechten Rechtsmittels auf der freien Entschließung des Betroffenen beruht (vgl. zum Normzweck ausführlich: Meissner, in: Schoch/Schmidt-Abmann/Pietzner, § 58, Rdnr. 6).

**a. Behördenbegriffe nicht maßgeblich**

Was zur Erfüllung der gesetzlichen Anforderungen erforderlich ist, ist hiernach nicht ausschließlich anhand einer materiellen Betrachtung nach dem verwaltungsverfahrensrechtlichen oder dem verwaltungsprozessualen Behördenbegriff, wie er etwa § 78 I Nr. 2 VwGO und § 8 II 1 des Brandenburgischen Verwaltungsgerichtsgesetzes zu Grunde liegt (vgl. dazu OVG Frankfurt/Oder, LKV 2001, 560), zu beurteilen, auch wenn die Orientierung an diesen Begriffen wie auch die Berücksichtigung organisationsrechtlicher Gesichtspunkte für die exakte Bezeichnung der Verwaltungsbehörde in der Rechtsbehelfsbelehrung hilfreich und mitunter unerlässlich sein mag.

#### *b. Vielmehr Schutzgedanke des § 58 I VwGO*

Anknüpfungspunkt ist vielmehr zunächst die verfahrensrechtliche Norm, aus der sich ergibt, wo der Rechtsbehelf einzulegen ist, also im Falle des Widerspruchs gem. § 70 I 1 VwGO die Behörde, die den Verwaltungsakt erlassen hat. Insoweit kommt es für die Frage, ob mit der in der Belehrung gewählten Bezeichnung die Stelle, bei der der Rechtsbehelf einzulegen ist (vgl. Meissner, Rdnr. 25), richtig bezeichnet ist, nicht in jedem Fall auf die formal richtige Bezeichnung an, sondern darauf, ob die Bezeichnung gewährleistet, dass der Rechtsbehelf dort eingelegt wird, wo er einzulegen ist (zu eng daher 3. Senat, NVwZ-RR 2000, 499). Auch bei Berücksichtigung der Formstrenge des Verfahrensrechts kann den gesetzlichen Anforderungen an die Bezeichnung der Behörde als solcher deshalb im Einzelfall auch die alleinige Bezeichnung der Körperschaft genügen, deren Verwaltungsorgan den Bescheid erlassen hat, wenn damit eindeutig und unzweifelhaft die Stelle bezeichnet ist, bei welcher der Rechtsbehelf eingelegt werden muss.

#### *2. Rechtsträger genügt, wenn er nur durch eine Behörde handelt*

So liegt der Fall hier. Denn ein Zweckverband kann gegenüber dem Bürger nach außen nur durch den Vorstandsvorsteher handeln; der Vorstandsvorsteher erlässt nach § 73 I 2 Nr. 3 VwGO auch den Widerspruchsbescheid. Ist deshalb der Zweckverband in der Rechtsbehelfsbelehrung mit seinem Sitz korrekt bezeichnet, ist hiernach zugleich gewährleistet, dass ein Widerspruch ausschließlich zu der Verwaltungsbehörde gelangen kann, die im Falle der Erhebung zur Niederschrift der Behörde die Niederschrift aufzunehmen hat und die für die Bearbeitung des Widerspruchs zuständig ist. Damit ist die Belehrung ausreichend, um den Bet. die erforderliche Kenntnis über den Lauf und die Wahrung der Frist zu vermitteln.

#### *III. Rechtsprechung des BVerwG*

Soweit das VG unter Berufung auf den Beschluss des BVerwG vom 13.3.1978 (Buchholz 310 Nr. 36 zu § 58 VwGO) die Auffassung vertritt, dass die Belehrung

nur bei organisationsrechtlich zutreffender Bezeichnung der Verwaltungsbehörde korrekt sei, so übersieht es, dass diese Entscheidung nur die Zurückweisung einer Nichtzulassungsbeschwerde zum Gegenstand hat, mit der die grundsätzliche Bedeutung der Rechtsache im Hinblick auf die gesetzlichen Anforderungen an die Bezeichnung des Sitzes der Behörde in der Rechtsbehelfsbelehrung geltend gemacht worden war. Nur insoweit ist die grundsätzliche Bedeutung unter Hinweis darauf verneint worden, dass diese Anforderungen schon durch das Gesetz hinreichend geklärt seien, weil es die Essentialien der Belehrung bezeichne und für den Fall ihres Fehlens vorsehe, dass die Frist nicht in Lauf gesetzt werde. Zu der hier maßgeblichen Frage, welche Anforderungen an die Bezeichnung der Verwaltungsbehörde, bei der der Rechtsbehelf einzulegen ist, zu stellen sind, verhält sich jene Entscheidung nicht. Diese Problematik wird auch nicht durch das Urteil vom 23.8.1990 (BVerwGE 85, 298) behandelt, dessen tragende Ausführungen ebenfalls nur die Angabe des Behördensitzes betreffen, das allerdings entgegen der vorgenannten Entscheidung den Rückgriff auf außerhalb der eigentlichen Belehrung liegende Umstände, hier den Briefkopf des Bescheides für die Bezeichnung der Verwaltungsbehörde, unter bestimmten Umständen zulassen möchte (so auch OVG Münster, RiA 1986, 283), was hier bereits - allerdings jene Umstände unterstellt - dazu führen würde, dass der vom VG angenommene Mangel nicht vorliegt, da der Kopf des Bescheides den Vorstandsvorsteher als Erlassbehörde ausweist.

#### *C. Wiedereinsetzung*

Der Ast. ist auch keine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand hinsichtlich der versäumten Widerspruchsfrist zu gewähren. Ihr diesbezüglicher Vortrag, sie habe einen Widerspruch gegen den hier streitgegenständlichen Beitragsbescheid nicht für erforderlich gehalten, solange der von ihrem Ehemann gegen einen an ihn adressierten, dasselbe Grundstück betreffenden Verbesserungsbeitragsbescheid vom 14.8.2001 eingelegte Widerspruch noch nicht beschieden war, weil sie davon ausgehen durfte, dass erst dessen Bescheidung erfolgen müsse, lässt nicht erkennen, dass die Ast. i.S. des § 60 I VwGO unverschuldet verhindert war, die Widerspruchsfrist einzuhalten. Die Ast. durfte als juristischer Laie nicht ohne weiteres davon ausgehen, dass ein Widerspruch gegen den Bescheid vom 6.11.2001 vor einer Bescheidung des von ihrem Ehemann erhobenen Widerspruchs gegen den Bescheid vom 14.8.2001 entbehrlich war; sie hätte sich vielmehr vor einer solchen Schlussfolgerung in geeigneter und zuverlässiger Weise informieren müssen. Dass sie eine solche Rechtsberatung während des Laufs der Widerspruchsfrist nicht gesucht hat, begründet ihr Verschulden.

**Standort: Europarecht****Problem: Subvention durch privatrechtlichen Vertrag**

BGH, URTEIL VOM 20.01.2004  
XI ZR 53/03 (NVWZ 2004, 636)

**Problemdarstellung:**

Der BGH bestätigt mit dem vorliegenden Urteil seine Rechtsprechung zur Rückforderung europarechtswidrig bewilligter und ausgezahlter Beihilfen in Form privatrechtlicher Verträge. Das Gericht sieht Art. 88 III 3 EG (ehemals Art. 93 III 3 EWG), also das Verbot, eine Subvention vor Entscheidung der EG-Kommission über ihre Zulässigkeit im Hinblick auf eine mögliche Wettbewerbsverfälschung auszuführen, als Verbotsgebot im Sinne des § 134 BGB an. Rechtsfolge eines Verstoßes gegen Art. 88 III 3 EG ist daher zwingend die Nichtigkeit des Vertrages. Anders sei dies bei Art. 88 III 1 EG, also dem Notifizierungsgebot. Dabei handle es sich um eine lediglich formelle Anforderung, deren Verletzung allein noch nicht für § 134 BGB genüge. Wird aber der EG-Kommission eine beabsichtigte Subvention nicht angezeigt, kann diese auch nicht über ihre Zulässigkeit entscheiden. Erfolgt sodann ungeachtet dessen die Auszahlung der Subvention, wirke sich aber der Verstoß gegen Art. 88 III 1 EG automatisch nach Art. 88 III 3 EG aus, woraus dann letztlich doch die Nichtigkeit folge, denn dieser solle materiell-rechtlich zum Schutz der Mitbewerber dafür sorgen, dass keine unlauteren Wettbewerbsvorteile Einzelner entstehen.

Dem könne auch nicht entgegen gehalten werden, dass es sich um einseitige Verstöße handle, da Art. 88 III 1 und 3 EG sich nur an die staatliche Stelle wendeten, da der Zweck des Art. 88 III EG - Verhinderung und Beseitigung marktverfälschender Subventionen - nur durch die Nichtigkeit nach § 134 BGB erreichbar sei. Vertrauensschutz (§ 242 BGB) und Verwirkungsgedanken seien ebenfalls nicht zu berücksichtigen.

**Prüfungsrelevanz:**

Die Entscheidung des BGH macht deutlich, was auch im öffentlichen Recht für durch VA bewilligte Subventionen gilt: Sie müssen bei einem Verstoß gegen Europarecht rückabgewickelt werden, koste es was es wolle. So ist z.B. in st.Rspr. anerkannt, dass bei der Rücknahme eines europarechtswidrigen VA nach §§ 48, 49 VwVfG weder ein Ermessen besteht (Ermessensreduktion auf null im Lichte des Europarechts), noch Vertrauensschutz nach § 48 II VwVfG besteht (Vertrauen wegen überwiegenden öffentl. Interesses an der Rücknahme nicht schutzwürdig, noch die Frist des § 48 IV VwVfG gilt (ggf. teleologische Reduktion)).

Wird die Subvention durch öffentlich-rechtlichen Ver-

trag bewilligt, ist § 134 BGB über § 59 I VwVfG anwendbar, sodass grundsätzlich nichts anderes gilt als für den hier entschiedenen Fall eines privatrechtlichen Vertrages. Allerdings ist sehr streitig, ob und in welchem Umfang der seinem Wortlaut nach uneingeschränkt auf das BGB verweisende § 59 I VwVfG gerade bei § 134 BGB möglicherweise einzuschränken ist. Dass nicht jeder Verstoß gegen ein Gesetz zur Nichtigkeit nach § 134 BGB führen kann, zeigt schon § 59 II Nr. 2 VwVfG, dessen Anforderungen an die positive Kenntnis des Verstoßes ansonsten umgangen würden. Deshalb fordert die wohl h.M. einen qualifizierten, also besonders schwer wiegenden Verstoß (vgl. Vertiefungshinweise). Dieser dürfte sich allerdings wegen des Vorrangs des Europarechts und der überragenden Bedeutung des Gemeinsamen Marktes für die Wirtschaft bei einem Verstoß gegen Art. 88 III 3 EG leicht bejahen lassen. In diesem Rahmen wäre i.Ü. auch ein Satz dazu zu verlieren, ob Art. 88 III 3 EG innerstaatlich überhaupt anwendbar ist, da der EG-Vertrag ja zunächst nur das Verhältnis der Mitgliedsstaaten untereinander regelt. Die innerstaatliche Geltung des sich unmittelbar an die innerstaatlichen Stellen wendenden Art. 88 III EG ist aber vom EuGH und auch sonst allgemein anerkannt (vgl. die Nachweise den Entscheidungsgründen).

**Vertiefungshinweise:**

- Anfechtungsklage gegen die EG-Kommission in dieser Sache: *EuGH*, NJW 1987, 3072
  - Anfechtungsklage gegen Rücknahmebescheid des Bundeswirtschaftsministeriums in dieser Sache: *BVerwGE* 92, 81
  - Nichtigkeit privatrechtlicher Verträge gem. § 134 BGB i.V.m. Art. 88 III 3 EG: *BGH*, *EuZW* 2003, 444; *EuZW* 2004, 254
  - Umfassender Überblick zur Anwendbarkeit des § 134 BGB auf öffentlich-rechtliche Verträge: *Bramsche*, Rechtsfolgen verwaltungsvertraglicher Gesetzesverstöße, 1986, 10 ff.; ferner *Kopp/Ramsauer*, *VwVfG*, § 59 Rz. 11
  - Rücknahme europarechtswidriger Subventions-VAe: *OVG NRW*, *NVWZ* 1993, 79, 81; *BVerwG*, NJW 1993, 2764, 2765; *EuGH*, *EuZW* 1997, 276
- Kursprogramm:**
- Examenskurs*: "Baugeschäfte mit der Stadt"
  - Examenskurs*: "Machtwort aus Brüssel"

**Sachverhalt:**

Die kl. Bank nimmt die bekl. Gesellschaft auf Rückzahlung eines nach dem regionalen Wirtschaftsförderungsprogramm des Landes Nordrhein-Westfalen



(RWP) gewährten Zuschusses nebst Zinsen in Anspruch. Auf der Grundlage eines mit dem Land Nordrhein-Westfalen geschlossenen Vertrags war die W-Bank, eine Anstalt des öffentlichen Rechts und Rechtsvorgängerin der Kl., ermächtigt, im eigenen Namen Investitionshilfen nach dem RWP zuzusagen. Im Rahmen dieses Förderprogramms bewilligte sie auf Antrag der Bekl. im Jahre 1982 einen Investitionszuschuss in Höhe von 1.223.000 DM zur Betriebserweiterung und zahlte ihn im eigenen Namen, aber für fremde Rechnung in zwei Raten aus. Daneben erhielt die Bekl. auf Grund einer am 14.1.1983 vom Bundeswirtschaftsministerium erteilten Bescheinigung nach dem Investitionszulagengesetz aus Bundesmitteln eine Investitionszulage in Höhe von 1,7 Mio. DM. Die Fördergelder wurden für den Ausbau der Produktionsstätte eingesetzt.

In einer an die Bundesrepublik Deutschland gerichteten Entscheidung vom 10.7.1985 stellte die EG-Kommission fest, die der Bekl. gewährten Beihilfen seien wegen Verstoßes gegen die Notifizierungspflicht des Art. 93 III EWG-Vertrag illegal und im Übrigen gem. Art. 92 EWG-Vertrag mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar; sie seien deshalb vom Beihilfempfänger zurückzuzahlen. Die hiergegen gerichtete Anfechtungsklage der Bekl. wies der EuGH mit Urteil vom 24.2.1987 ab.

Bereits am 27.3.1986 hatte das Bundeswirtschaftsministerium in Vollziehung der Kommissionsentscheidung die Bescheinigung nach dem Investitionszulagengesetz zurückgenommen. Auch hiergegen beschränkt die Bekl. ohne Erfolg den Rechtsweg. Mit der Klage begehrt die Kl. Rückzahlung des Investitionszuschusses nebst Zinsen in Höhe von 3% über dem jeweiligen Diskontsatz der Deutschen Bundesbank ab Auszahlung. Das LG hat der Klage stattgegeben. Die Berufung der Bekl. ist nur hinsichtlich eines Teils der Zinsen erfolgreich gewesen. Mit der - zugelassenen - Revision und Anschlussrevision erstreben die Parteien die vollständige Klageabweisung bzw. die Zurückweisung der Berufung in vollem Umfang. Beide Rechtsmittel hatten keinen Erfolg.

#### **Aus den Gründen:**

##### *A. Entscheidung des OLG*

Das BerGer. hat im Wesentlichen ausgeführt: Die Kl. könne sich nicht auf vertragliche Rückzahlungsansprüche berufen, da der mit der Bekl. geschlossene Vertrag nicht wirksam geworden sei. Gemäß Art. 93 III EWG-Vertrag (jetzt Art. 88 III EG) sei die Subventionierung der Bekl. von einer Entscheidung der Kommission der Europäischen Gemeinschaften über die Zulässigkeit der Förderung abhängig gewesen und habe das in Rede stehende Geschäft behördlicher Genehmigung bedürft. Solange diese nicht erteilt gewesen sei, sei die Vereinbarung schwebend unwirksam gewesen; mit

ihrer endgültigen Versagung sei sie als von Anfang an unwirksam anzusehen.

Der Kl. stehe aber ein bereicherungsrechtlicher Anspruch auf Rückzahlung des Investitionszuschusses unter dem Gesichtspunkt der Leistungskondition zu. Demgegenüber könne sich die Bekl. angesichts der Kommissionsentscheidung vom 10.7.1985 nicht auf ein schutzwürdiges Vertrauen in die Rechtmäßigkeit der Subventionierung berufen, zumal der EuGH einen Vertrauensschutz bereits geprüft und abgelehnt habe. Nach § 818 I BGB habe die Kl. ferner Anspruch auf Herausgabe der tatsächlich gezogenen Kapitalnutzungen in Form ersparter Zinsen in Höhe der beantragten 3% über dem jeweiligen Diskont- bzw. Basiszinssatz, jedoch begrenzt auf maximal 8%. Nach einer an der Bundesbankstatistik für langfristige Unternehmenskredite orientierten Schätzung (§ 287 ZPO) habe der maßgebliche Zinssatz im Jahre 1982 bei 8% gelegen. Durch die Begrenzung auf 3% über dem jeweiligen Diskont- bzw. Basiszinssatz werde einer möglichen Kreditzinsermäßigung durch Neuverhandlung oder Umschuldung in den zwischenzeitlichen Niedrigzinsphasen (etwa 1987/1988 oder in der zweiten Hälfte der 90er Jahre) hinreichend Rechnung getragen.

##### *B. Entscheidung des BGH*

Diese Ausführungen halten rechtlicher Nachprüfung im Ergebnis stand.

##### *I. Zur Revision der Beklagten*

Das BerGer. hat im Ergebnis zu Recht einen Anspruch der Kl. gegen die Bekl. auf Rückzahlung des gezahlten Investitionszuschusses als Leistungskondition, § 812 I 1 Alt. 1 BGB, bejaht.

##### *1. Ohne Rechtsgrund erlangte Subvention*

Die Bekl. hat den Investitionszuschuss ohne Rechtsgrund erlangt. Der zwischen den Parteien zu Stande gekommene, der Gewährung des Investitionszuschusses dienende Vertrag ist gem. 134 BGB wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot nichtig.

##### *a. Art. 88 III EG als Verbotsgesetz i.S.d. § 134 BGB*

##### *aa. Rechtsprechung des EuGH*

Wie die Kommission der EG, bestätigt durch das Urteil des EuGH vom 24.2.1987 festgestellt hat, verstieß die Gewährung des Investitionszuschusses an die Bekl. gegen das in Art. 93 III 3 EWG-Vertrag (jetzt Art. 88 III 3 EG) enthaltene und unmittelbar anwendbare (dazu EuGH, Slg. 1973, 1471 [1483] Rdnr. 8 - Lorenz; Slg. 1991, I-5505 [5527] Rdnr. 11 - FNCE, und Slg. 1996, I-3547 [3590] Rdnr. 39 - SFEI) Verbot der Durchführung beabsichtigter Beihilfemaßnahmen vor einer abschließenden Entscheidung der Kommission. Nach der Rechtsprechung des EuGH beeinträchtigt die Verletzung dieses Verbots durch die nationalen Behör-

den die Gültigkeit der Rechtsakte zur Durchführung von Beihilfemaßnahmen. Die nationalen Gerichte müssen daraus entsprechend ihrem nationalen Recht sämtliche Folgerungen sowohl bezüglich der Gültigkeit dieser Rechtsakte als auch bezüglich der Beitreibung der unter Verletzung dieser Bestimmungen gewährten finanziellen Unterstützungen oder eventueller vorläufiger Maßnahmen ziehen (EuGH, Slg. 1991, I-5505 [5528] Rdnr. 12 - FNCE, und Slg. 1992, I-6613 [6631] Rdnr. 26 - Demoor).

#### *bb. Rechtsprechung des BGH*

Nach der Rechtsprechung des BGH (BGH, EuZW 2003, 444; EuZW 2004, 254) ist ein privatrechtlicher Vertrag, durch den eine Beihilfe entgegen Art. 88 III 3 EG gewährt wird, nichtig. Art. 88 III 3 EG (früher Art. 93 III 3 EG) ist ein Verbotsgesetz i.S. des § 134 BGB, dessen Verletzung zur Nichtigkeit des zur Gewährung der Beihilfe abgeschlossenen privatrechtlichen Vertrags führt (so auch LG Rostock, VIZ 2002, 632 [636]; Heidenhain/Gestaedt/Loest, Hdb. des Europäischen BeihilfenR, § 52 Rdnr. 49; Groeben/Thiesing/Ehlermann/Mederer, EU-/EG-Vertrag, 5. Aufl., Art. 93 Rdnr. 65; Kiethe, RIW 2003, 782 [784]; Steindorff, ZHR 152 (1988), 474 [488]; für Nichtigkeit als unmittelbar aus Art. 93 III 3 EG [sic! Richtig: Art. 88 III 3 EG oder Art. 93 III 3 EWG, Anm.d.Red.] abgeleitete Rechtsfolge Pechstein, EuZW 1998, 495 [496]; a.A. Hopt/Mestmäcker, WM 1996, 753 [805 f.]; Scherer/Schödermeier, ZBB 1996, 165 [183]; Pütz, Das Beihilfeverbot des Art. 88 III 3 EG, S. 57 ff., 72).

#### *(1). Materiellrechtliche Auswirkungen*

Zwar stellt die unterlassene Notifizierung (Art. 88 III 1 EG) einen lediglich formellen Verstoß dar, der für sich genommen noch nicht die Sanktion des § 134 BGB auslöst. Doch kommt dem Abschluss Beihilfe gewährender Verträge ohne vorherige Notifizierung und ohne abschließende (positive) Kommissionsentscheidung materielle Bedeutung zu, weil das Durchführungsverbot des Art. 88 III 3 EG im Interesse gleicher Wettbewerbsvoraussetzungen eine solche verfrühte Beihilfegewährung verhindern soll (vgl. BGH, EuZW 2003, 444 m.w.N.).

#### *(2). Anwendbarkeit trotz einseitigen Verstoßes*

Dass sich das Durchführungsverbot seinem Wortlaut nach nur an die Mitgliedstaaten, nicht jedoch an die Empfänger staatlicher Beihilfen richtet, steht der Anwendung des § 134 BGB hier nicht entgegen. § 134 BGB findet nämlich anerkanntermaßen auch dann Anwendung, wenn es zwar um die Verletzung eines nur an eine Vertragspartei gerichteten gesetzlichen Verbots geht, der Zweck des Gesetzes aber nicht anders zu erreichen ist als durch Annullierung der durch das Rechtsgeschäft getroffenen Regelung (BGHZ 131, 385 [389]; 139, 387 [392]). Hier war die Kl. als Anstalt

öffentlichen Rechts, deren rechtlich unselbstständige Abteilung 64 zur Zusage von Investitionshilfen im eigenen Namen ermächtigt war, Repräsentantin des Landes Nordrhein-Westfalen. Das von der Kl. zu beachtende Durchführungsverbot dient neben der Sicherung des Systems der präventiven Beihilfenkontrolle durch die Europäische Kommission auch dazu, Wettbewerbsvorteile des Einzelnen zu verhindern, die er aus einer nicht auf dem vorgesehenen Weg gewährten Beihilfe ziehen könnte (BGH, EuZW 2003, 444 m.w.N.). Dieses Ziel kann nur erreicht werden, indem der die Beihilfe gewährende privatrechtliche Vertrag als nichtig angesehen wird, damit der Beihilfegeber oder ein Wettbewerber des Begünstigten (vgl. EuGH, Slg. 1991, I-5505 [5528] Rdnr. 12 - FNCE; Slg. 1992, I-6613 [6631] Rdnr. 26 - Demoor; Slg. 1996, I-3547 [3590] Rdnr. 40 - SFEL) in die Lage versetzt wird, umgehend die Erstattung der nicht genehmigten Beihilfe zu verlangen (BGH, EuZW 2003, 444).

#### *(3). Kein Vorrang vertraglicher Vereinbarungen*

Dem lässt sich nicht mit der Revisionserwiderung entgegenhalten, der von den Parteien geschlossene Vertrag sehe die Rückzahlung einer rechtswidrig geleisteten Beihilfe vor, so dass es der Sanktion seiner Nichtigkeit nicht bedürfe. Eine Rückforderung der Beihilfe auf der Grundlage eines wirksamen Vertrags würde nämlich den Vorgaben des europäischen Rechts schon deshalb nicht gerecht, weil sich auf den vertraglichen Rückforderungsanspruch, anders als auf die Nichtigkeit des Vertrags, lediglich der Vertragspartner, nicht aber ein Dritter, etwa ein Wettbewerber des Begünstigten, berufen könnte.

#### *2. Kein Ausschluss nach Treu und Glauben*

Entgegen der Ansicht der Revision ist die Kl. auch nicht nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) an der Durchsetzung ihres bereicherungsrechtlichen Rückzahlungsanspruchs gehindert. Das Vertrauen der Bekl. in den Bestand der rechtswidrigen Beihilfe ist schon deshalb nicht schutzwürdig, weil es einem sorgfältigen Kaufmann regelmäßig möglich und zuzumuten ist, sich der Einhaltung der Beihilfavorschriften (Notifizierungspflicht) zu vergewissern (vgl. EuGH, Slg. 1997, I-1591 [1617] Rdnr. 25 - Alcan II m.w.N.; BVerwGE 92, 81 [86]).

#### *3. Kein Ausschluss wegen Verwirkung*

Die Revision kann sich ferner nicht mit Erfolg auf Verwirkung berufen mit der Begründung, die Bekl. sei erst mehr als achteinhalb Jahre nach dem Urteil des EuGH in dieser Sache erstmals zur Rückforderung des Investitionszuschusses aufgefordert worden und ihr sei in der Vergangenheit von den verantwortlichen Entscheidungsträgern in den Ministerien stets versichert worden, die Umsetzung der Kommissionsentscheidung werde nur auf der öffentlich-rechtlichen Ebene, näm-

lich im Hinblick auf die Investitionszulage, nicht jedoch auf privatrechtlicher Ebene, nämlich im Hinblick auf den Investitionszuschuss, erfolgen. Ungeachtet dessen, was ihr von Entscheidungsträgern in den Ministerien erklärt worden ist, durfte die Bekl. sich nicht darauf einrichten, die zuständigen staatlichen Behörden würden die vom EuGH bestätigte Entscheidung der Kommission nicht umsetzen. Die nationalen Behörden haben hinsichtlich der Rückforderung kein Ermessen; ihre Rolle beschränkt sich auf die Durchführung der Entscheidung der Kommission (EuGH, Slg. 1997, I-1591 [1619] Rdnr. 34 - Alcan II).

#### 4. Zum Zinsanspruch

Ohne Erfolg wendet sich die Revision schließlich gegen die Entscheidung des BerGer. über die von der Bekl. an die Kl. zu zahlenden Zinsen. Das BerGer. hat die von der Bekl. erlangten Zinsvorteile zutreffend nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen ermittelt und sich daran orientiert, was die Bekl. für einen Kredit in entsprechender Höhe an Zinsen hätte aufbringen müssen. Es hat dabei zu Recht auf den durch Schätzung nach § 287 ZPO ermittelten marktüblichen Zinssatz abgestellt und die von der Bekl. behauptete Möglichkeit einer zinsgünstigen konzerninternen Kreditierung außer Betracht gelassen.

Der Zinsanspruch der Kl. richtet sich - wie die Rückforderung insgesamt - nach nationalem Recht; dieses wird aber von Vorgaben des europäischen Rechts überlagert und modifiziert. Nach der Rechtsprechung des EuGH erfolgt die Rückforderung unrechtmäßig

gewährter Beihilfen in Ermangelung gemeinschaftsrechtlicher Bestimmungen nach den im nationalen Recht vorgesehenen Modalitäten. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Rückforderung der Beihilfe der Wiederherstellung der vorherigen Lage dient. Deshalb müssen alle sich aus der Beihilfe ergebenden finanziellen Vorteile, die wettbewerbswidrige Auswirkungen auf den Gemeinsamen Markt haben, beseitigt werden (EuG, Slg. 1995, II-1675 [1712] Rdnr. 97 - Siemens; Slg. 1999, II-3927 [3978] Rdnr. 149 - Acciaierie di Bolzano). Nach den Vorgaben des EuGH wird die vorherige Lage nur dann annähernd wiederhergestellt, wenn der zurückzuzahlende Beihilfebetrug vom Zeitpunkt der Auszahlung an zu verzinsen ist und wenn die angewandten Zinssätze den marktüblichen Zinssätzen entsprechen. Anderenfalls verbliebe dem Empfänger zumindest ein Vorteil, der der kostenlosen Verfügung über Barmittel oder einem vergünstigten Darlehen entspräche (EuGH, Slg. 2002, I-7869 [7991] Rdnr. 159 - Falck). Davon ausgehend kann sich die Bekl. nicht auf eine ihr angeblich möglich gewesene konzerninterne Finanzierung zu einem Zinssatz von 3,5 oder 4% berufen.

#### II. Zur Anschlussrevision der Kl.

Erfolglos bleiben auch die Einwände der Anschlussrevision gegen die Zinsentscheidung des BerGer. Da - wie ausgeführt - der zwischen den Parteien geschlossene Vertrag unwirksam ist, hat die Kl. gegen die Bekl. keinen den marktüblichen Zinssatz möglicherweise überschreitenden vertraglichen Zinsanspruch. [...]

### IMPRESSUM

|                        |  |
|------------------------|--|
| <b>HERAUSGEBERIN:</b>  | JURA INTENSIV VERLAGS-GMBH & CO. KG, Salzstraße 18, 48143 Münster<br>Tel.: 0251/4824-60; Fax: 0251/4824-545<br><a href="http://www.jura-intensiv.de">http://www.jura-intensiv.de</a> / <a href="mailto:ra@jura-intensiv.de">ra@jura-intensiv.de</a>  |
| <b>CHEFREDAKTION:</b>  | Rechtsanwalt Frank Schildheuer ( <i>zugleich Öffentliches Recht</i> )  |
| <b>REDAKTEURE:</b>     | Rechtsanwalt Frank Bollmeyer ( <i>Zivilrecht</i> ); Rechtsanwalt Uwe Schumacher ( <i>Strafrecht</i> )<br>Die Redakteure sind postalisch erreichbar unter der Adresse der Herausgeberin.  |
| <b>ABONNEMENT:</b>     | Abonnement-Vertrag befindet sich im Heft und/oder wird auf Wunsch zugeschickt. Einmalige Anforderung eines Probeheftes jederzeit formlos und ohne weitere Verpflichtung möglich. Bestellungen bitte an die o.g. Anschrift der Herausgeberin oder via Internet unter der o.g. Adresse.  |
| <b>BEZUGSPREISE:</b>   | Jahresabonnement (12 Hefte) zum Vorzugspreis von 45 Euro (Einzelpreis: 4 Euro/Heft) inkl. USt. und Versandkosten. Lieferung nur gegen Einzugsermächtigung. Der Lieferbeginn erfolgt zum nächstmöglichen Termin nach Gutschrift der Lastschrift.  |
| <b>VERSAND:</b>        | Ohne Zusicherung eines festen Veröffentlichungstermins monatlich per Post.   |
| <b>NACHBESTELLUNG:</b> | Einzelne Hefte <i>früherer</i> Jahrgänge können zum Preis von 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.<br>Der Bezug von Einzelheften des <i>laufenden</i> Jahrgangs ist nur i.V.m. einem Abonnement möglich. |

## Zivilrecht

## Standort: Vertragsrecht

## Problem: Heimlich installierter Dialer

BGH, URTEIL VOM 04.03.2004  
III ZR 96/03 (NJW 2004, 1590)

**Problemdarstellung:**

Die Bekl. wurde hier von einer Telefongesellschaft wegen Telefonkosten in Anspruch genommen, die i. H. v. 15.770,92 DM auf Verbindungen zum Internet zurückzuführen waren. Diese waren über eine sogenannte 0190-Mehrwertdienstenummer aufgebaut worden, was wiederum auf die Aktivität eines heimlichen Einwahlprogrammes, eines sogenannten "Dialers" zurückzuführen war. Dieser Dialer hatte

sich auf dem Computer der Bekl. eingenistet, nachdem deren Sohn aus dem Internet eine Datei heruntergeladen hatte. Auch das spätere Löschen dieser Datei verhinderte die Anwahl der 0190-Nummer nicht, da das Programm zwischenzeitlich unbemerkt die Einstellung im Datenfernübertragungsnetzwerk (DFÜ-Netzwerk) des Computers der Bekl. verändert hatte.

Die Bekl. Verweigerte nun die Bezahlung der entsprechenden Telefonrechnungen.

**Prüfungsrelevanz:**

Die Gefahr horrender Telefonkosten durch sogenannte Dialer ist in jüngster Vergangenheit wiederholt sehr medienwirksam öffentlich diskutiert worden. Endlich liegt nun ein höchstrichterliches Urteil zu der Frage vor, ob in derartigen Fällen der betroffene Anschlussinhaber zur Bezahlung der Telefonkosten verpflichtet ist. Aufgrund der Aktualität empfiehlt sich dieses Urteil vor allem für die Vorbereitung auf mündliche Examenprüfungen.

Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang weiter, dass der BGH die mit diesen technisch zuweilen komplizierten Vorgängen verbundenen Probleme rechtlich mit dem Instrument der ergänzenden Vertragsauslegung gem. §§ 133, 157, 242 BGB - also einem Rechtsinstitut, das schon Studienanfängern vertraut sein sollte - gelöst hat.

Da andere Verträge zwischen Telefongesellschaften und Anschlusskunden diesbezüglich andere Regelungen enthalten könnten, ist zudem vor einer übereilten Verallgemeinerung der in diesem Urteil enthaltenen Überlegungen zu warnen.

**Vertiefungshinweis:**

Zur Pflicht des Telefonnetzbetreibers zur Trennung

von 0190-Verbindungen: *OLG Hamm*, RA 2003, 234  
= NJW 2003, 760

**Kursprogramm:**

*Examenskurs*: "Verkalkuliert"

*Assessorkurs*: "Partnersuche"

**Leitsätze:**

**1. Der Telefonnetzbetreiber und nicht der Anschlussinhaber trägt das Risiko der heimlichen Installation eines automatischen Einwahlprogramms (sogenannter Dialer) in einen Computer, das für den durchschnittlichen Anschlussnutzer unbemerkt die Verbindungen in das Internet über eine Mehrwertdienstenummer herstellt, sofern der Anschlussnutzer dies nicht zu vertreten hat (Rechtsgedanke des § 16 III 3 TKV).**

**2. Es obliegt dem Anschlussnutzer nicht, Vorkehrungen gegen sogenannte Dialer zu treffen, solange kein konkreter Hinweis auf einen Missbrauch vorliegt.**

**Sachverhalt:**

Die Kl. verlangt von der Bekl. die Zahlung einer Vergütung für die Inanspruchnahme von Telefonmehrwertdiensten.

Die Kl. betreibt im Raum B. ein Telekommunikationsnetz für die Öffentlichkeit und stellt ihren Kunden Teilnehmeranschlüsse zur Verfügung.

Für Verbindungen, die nicht zwischen ihren Netzkunden hergestellt werden, nimmt die Kl. das Netz der Deutschen Telekom AG (nachfolgend DTAG) entgeltlich in Anspruch. Bei der Anwahl von 0190- oder 0900-Mehrwertdiensten wird die Verbindung von der DTAG zu dem Inhaber der Zuteilung der 0190- oder 0900-Rufnummer weitergeleitet, der in der Regel ebenfalls als Telekommunikationsunternehmen (Plattformbetreiber) tätig ist. Dieser stellt seinerseits die Rufnummern den Diensteanbietern zur Verfügung und leitet die eingehenden Verbindungen an diese weiter. Zwischen dem Anschlusskunden und der Kl., der Kl. und der DTAG, der DTAG und dem Plattformbetreiber sowie zwischen diesem und dem Diensteanbieter bestehen jeweils gesonderte Verträge.

Die Bekl. hatte mit der Kl. einen Vertrag über die Bereitstellung eines ISDN-Telefonanschlusses geschlossen. Einbezogen waren die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Kl., die auszugsweise wie folgt laute-

ten:

"4.1 Soweit der Kunde Leistungen der B. (= Kl.) in Anspruch nimmt, ist er zur Zahlung der Vergütungen verpflichtet, wie sie sich aus den veröffentlichten und dem Kunden bei Vertragsschluss bekanntgegebenen Tarifen im einzelnen ergeben. Die Vergütungspflicht trifft den Kunden auch dann, wenn sein Anschluss durch Dritte benutzt wurde und der Kunde diese Nutzung zu vertreten hat."

Nach der Preisliste der Kl. waren Entgelte zwischen 0,41414 und 1,85599 Euro pro Minute zu entrichten. Für die Verbindungen, bei deren Herstellung die Kl. das Netz der DTAG in Anspruch nimmt, hat sie an diese einen Teil der von ihr vereinnahmten Beträge abzuführen. Der ihr verbleibende Anteil ist bei der Nutzung von Mehrwertdiensten höher als bei der Anwahl von geografischen Rufnummern.

Von Mai bis August 2000 wurde von dem Anschluss der Bekl. eine Vielzahl von Verbindungen zu der Rufnummer 0190-[...] hergestellt. Hierfür berechnete die Kl. auf der Grundlage ihrer Preisliste insgesamt 15.770,92 DM. Die genannte Nummer ist an einen H. vergeben, von dem lediglich eine spanische Postfachadresse bekannt ist. Darüber hinaus wurden weitere Mehrwertdienste angewählt, für die die Kl. 1.201,28 DM in Rechnung stellte.

Die Bekl. hat behauptet, die Verbindungen zu der oben genannten 0190-Nummer seien durch ein heimlich installiertes Einwahlprogramm, einen so genannten Dialer, hergestellt worden. Ihr seinerzeit 16-jähriger Sohn habe aus dem Internet eine Datei namens "[...] exe" auf seinen Computer heruntergeladen, von der er sich eine bessere Bilddarstellung versprochen habe.

Nachdem er bemerkt habe, dass lediglich eine teure 0190-Verbindung zu Erotikseiten hergestellt wurde, habe er die Datei gelöscht. Diese habe aber zuvor die Einstellungen im Datenfernübertragungsnetzwerk (DFÜ-Netzwerk) heimlich derart verändert, dass sämtliche Verbindungen in das Internet nicht mehr über die Standardeinwahl der Kl. erfolgten, sondern über die Nummer 0190-..., ohne dass dies jeweils bemerkbar gewesen sei.

Die Klage, mit der außer dem Entgelt für die Verbindungen zu der vorgenannten Nummer auch weitere Forderungen geltend gemacht wurden, hatte vor dem Landgericht Erfolg. Das Kammergericht (NJW-RR 2003, 637) hat die Klage bis auf eine Teilsumme, die andere Verbindungen betraf, und den Betrag, den die Bekl. zu zahlen gehabt hätte, wenn die strittigen Einwahlen in das Internet über die Standardverbindung der Kl. erfolgt wären, abgewiesen. Die Revision der Kl. hatte keinen Erfolg.

#### **Aus den Gründen:**

##### *A Entscheidung und Begründung des BerG*

Das Berufungsgericht hat bei seiner rechtlichen Wür-

digung den Sachvortrag der Bekl. zum Zustandekommen der Verbindungen zu der vorgenannten Nummer als zutreffend zugrunde gelegt. Es hat die Klageabweisung im wesentlichen auf die Erwägung gestützt, dem Anspruch der Kl. wegen der Anwahl der Nummer 0190-[...] stehe ein Schadensersatzanspruch der Bekl. aus culpa in contrahendo in Verbindung mit § 278 BGB gegenüber.

Dieser sei darauf gerichtet, sie so zu stellen, als ob die Einwahl in das Internet über die von der Kl. angebotene Standardverbindung erfolgt wäre. Die Kl. müsse sich das Verhalten des Diensteanbieters H. nach § 278 BGB zurechnen lassen. Dieser sei Verhandlungshelfer für den Abschluss der jeweiligen Einzelverträge gewesen, die aufgrund der Wahl der genannten Ziffernfolge im Rahmen des Vertrages zwischen den Parteien zustande gekommen seien. Die Kl. sei mittels ihrer vertraglichen Beziehungen zur DTAG als Wiederverkäuferin der Leistung des Mehrwertdiensteanbieters aufgetreten. Sie müsse damit das Risiko von Einwendungen des Anschlussinhabers tragen.

Die Herstellung von Verbindungen zum Mehrwertdiensteanbieter sei aufgrund des eigenen wirtschaftlichen Interesses der Kl. hieran auch nicht als neutrales Geschäft anzusehen. Der Diensteanbieter H. habe seine Sorgfaltspflichten gegenüber den potentiellen Kunden schuldhaft verletzt, indem er es unterlassen habe, darauf hinzuweisen, dass sich mit dem Herunterladen des scheinbar der Verbesserung der Bilddarstellung dienenden Programms ein sog. Dialer im DFÜ-Netzwerk installiere.

##### *B Rüge der unvollständigen Tatsachenwürdigung und Entscheidung des BGH in der Revision*

Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe entscheidungserheblichen Vortrag übergangen. Es habe nicht berücksichtigt, dass die Kl. die Behauptung der Bekl., die Anwahl der Telefonnummer 0190-... sei ausschließlich durch einen Dialer erfolgt, bestritten habe. Vielmehr begründe die Tatsache, dass von dem Anschluss der Bekl. weitere 0190-Nummern angerufen worden seien, die Vermutung, dass es sich insgesamt bei der Anwahl solcher Nummern nicht um unbewusste Nutzungen gehandelt habe. Diese Rüge ist unbegründet.

Das Berufungsgericht hat die entsprechende Behauptung der Bekl. im Tatbestand seines Urteils als strittig gekennzeichnet.

Auch in den Entscheidungsgründen hat es sich mit der Frage auseinandergesetzt, ob sich durch das Herunterladen der Datei "[...] exe" auf den vom Sohn der Bekl. benutzten Computer heimlich ein Dialer installierte, der Einwahlen in das Internet unbemerkbar zu der Rufnummer 0190-... umleitete. Das Berufungsgericht hat dies unter Hinweis auf die unbestritten gebliebenen, von der Bekl. vorgelegten Bildschirmausdrucke bejaht. Es hat ferner als lebensfremd gewürdigt, dass

die Bekl. oder ihr Sohn bei zutreffender Information über den Dialer die Einwahl in das Internet über die 0190-Nummer des H. vorgenommen hätten. Diese Ausführungen zeigen, dass das Berufungsgericht das Vorbringen der Kl., dessen Berücksichtigung die Revision vermisst, einbezogen hat. Die Würdigung des Sachverhalts hält sich in den Grenzen des trichterlichen Beurteilungsspielraums.

### *C Materiell-rechtliche Würdigung des BGH in der Revisionsentscheidung*

In materiell-rechtlicher Hinsicht hält das Berufungsurteil im Ergebnis der revisionsrechtlichen Prüfung stand.

#### *I. Unterscheidung der Vertragsbeziehungen des Anschlusskunden zum Telefonnetzbetreiber sowie zum Anbieter von Mehrwertdiensten*

Durch den Abschluss des als Dauerschuldverhältnis zu qualifizierenden Telefondienstvertrages verpflichtete sich die Kl., der Bekl. den Zugang zu dem öffentlichen Telekommunikationsnetz zu eröffnen und zu ermöglichen, unter Aufbau abgehender und Entgegennahme ankommender Telefonverbindungen mit anderen Teilnehmern eines Telefonfest- oder Mobilfunknetzes Sprache und sonstige Daten auszutauschen (vgl. Senat, Urteil vom 2. Juli 1998 - III ZR 287/97 - NJW 1998, 3188, 3191; Graf v. Westphalen/Grote/Pohle, Der Telefondienstvertrag, 2001, S. 21, 25; so auch zum Mobilfunkvertrag: Senat, Urteil vom 22. November 2001 - III ZR 5/01 - NJW 2002, 361, 362). Die wechselseitigen Ansprüche der Parteien richten sich nach diesem Vertragsverhältnis.

Nimmt der Anschlusskunde einen sogenannten Mehrwertdienst in Anspruch, zu dem die Verbindung regelmäßig über eine mit den Ziffernfolgen 0190 oder 0900 beginnende Nummer hergestellt wird, tritt nach der vorzitierten Entscheidung des Senats vom 22. November 2001 (aaO) ein weiteres Rechtsverhältnis hinzu. Neben der die technische Seite des Verbindungsaufbaus betreffenden und im Rahmen des Telefondienstvertrages zu erbringenden Dienstleistung des Netzbetreibers (vgl. § 3 Nr. 16, 19 TKG) entsteht ein Rechtsverhältnis mit dem Anbieter der die inhaltliche Seite des Vorgangs betreffenden Dienstleistung. Bei dieser weiteren Dienstleistung handelt es sich um Teledienste im Sinne des Teledienstgesetzes (Senatsurteil vom 22. November 2001 aaO, m.w.N.). Nach § 5 I und III TDG in der hier maßgeblichen Fassung (jetzt: § 8 I, § 9 I TDG in der Fassung des Gesetzes über rechtliche Rahmenbedingungen für den elektronischen Geschäftsverkehr vom 14. Dezember 2001, BGBl. I S. 3721) trifft die Verantwortlichkeit für den Inhalt der angebotenen Dienste grundsätzlich nur den Diensteanbieter, nicht aber daneben auch den den Zugang zur Nutzung vermittelnden Netzbetreiber.

Hieraus hat der Senat den Schluss gezogen, dass der

Einwand der Sittenwidrigkeit der Leistung des Diensteanbieters den Anspruch des Netzbetreibers auf das für die Herstellung der 0190-Sondernummer-Verbindung geschuldete erhöhte Entgelt unberührt lässt. Diese Rechtsprechung hat in der Literatur vielfältige Kritik erfahren (ablehnend: Härtling, Recht der Mehrwertdienste -0190/0900-, 2004, Rn. 120; ders. DB 2002, 2147, 2148 f; Klees CR 2003, 331, 335 f; Hoffmann ZIP 2002, 1705, 1706 ff; Fluhme NJW 2002, 3519, 3520 f; Spindler JZ 2002, 408 ff; Koos K&R 2002, 617, 618 ff; zustimmend: Schlegel MDR 2004, 125, 126; Eckhardt CR 2003, 109 ff; Draznin MDR 2002, 265 ff).

Die rechtlichen Erwägungen des Senats in der vorzitierten Entscheidung sind mit Inkrafttreten der Zweiten Verordnung zur Änderung der Telekommunikations-Kundenschutzverordnung (TKV) vom 20. August 2002 (BGBl. I S. 3365), durch die § 15 III TKV eingefügt wurde, in weiten Teilen obsolet geworden. Nach dieser Bestimmung hat der die Telefonrechnung erstellende Netzbetreiber den Kunden darauf hinzuweisen, dass er begründete Einwendungen gegen einzelne in Rechnung gestellte Forderungen erheben kann. Mit dieser Regelung sollten die Rechte des Verbrauchers gegenüber dem die Rechnung erstellenden Telekommunikationsunternehmen gerade mit Blick auf die Nutzung von Mehrwertdiensten in dem Sinne gestärkt werden, dass sich der Rechnungsersteller über begründete Einwendungen des Rechnungsempfängers nicht hinwegsetzen darf (vgl. BR-Drucks. 505/02, Begründung zum Verordnungsentwurf der Bundesregierung S. 3, 5) Allerdings würde sich am Ergebnis, nicht zuletzt unter Berücksichtigung des inzwischen in Kraft getretenen Gesetzes zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostituierten vom 20. Dezember 2001 (BGBl. I S. 3983), nichts ändern. Hierauf näher einzugehen, bietet der hier zu beurteilende Fall allerdings keinen Anlass.

#### *II. Kein Anspruch der Kl. auf Zahlung der erhöhten Entgelte für 0190-Verbindungen*

Die Kl. hat keinen Anspruch auf Zahlung des strittigen Betrages aus dem zwischen den Parteien geschlossenen Telefondienstvertrag. Aus dem zwischen den Parteien bestehenden Rechtsverhältnis ergibt sich nicht, dass die Bekl. der Kl. eine Vergütung nach den erhöhten Tarifen der 0190-Nummern für die Verbindungen in das Internet schuldet, die der heimlich installierte sog. Dialer hergestellt hat.

#### *1. Keine direkte Anwendbarkeit von § 16 III 3 TKV*

Dies folgt allerdings nicht schon unmittelbar aus § 16 III 3 TKV. Nach dieser Bestimmung ist der Netzbetreiber nicht berechtigt, Verbindungsentgelte zu fordern, soweit der Netzzugang in vom Kunden nicht zu vertretenden Umfang genutzt wurde, oder Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass die Höhe der Verbin-

dungsentgelte auf Manipulationen Dritter an öffentlichen Telekommunikationsnetzen zurückzuführen ist. Die Vorschrift ist nicht unmittelbar einschlägig.

Die Bestimmung regelt nicht die Folgen eines Sachverhalts wie des vorliegenden, in dem durch Manipulationen Dritter im Datenbestand des Anschlussendgeräts die Art der Nutzung des Netzzugangs durch den Kunden oder einer sonst berechtigten Person unbemerkt verändert wird. Vielmehr bestimmt sie die Rechtsfolgen von physischen Zugriffen auf den Netzzugang (vgl. die amtliche Begründung zu § 15 des Verordnungsentwurfs der Bundesregierung = § 16 TKV in BR-Drucks. 551/97, S. 36: "Nutzung des Netzzugangs in den Räumlichkeiten des Kunden", und die Beispiele bei Ehmer in Beck'scher TKG-Kommentar, 2. Aufl., Anh. § 41, § 16 TKV Rn. 18), durch die sich Dritte anstelle des Kunden die Leistungen des Telekommunikationsnetzes zunutze machen.

## 2. Ergänzende Vertragsauslegung unter Heranziehung des § 16 III 3 TKV

Jedoch weist der zwischen den Parteien geschlossene Vertrag der Kl. und nicht dem Anschlusskunden das Risiko der unbemerkten Herstellung von Verbindungen durch heimliche Manipulationen Dritter an den Daten des Endgeräts zu, soweit der Kunde dies nicht zu vertreten hat. Dies ergibt sich aus einer ergänzenden Auslegung des Vertrages, wobei der Rechtsgedanke des § 16 III TKV herangezogen werden kann (vgl. auch Burg/Gimnich DRiZ 2003, 381, 385, die sich ebenfalls auf den Rechtsgedanken von § 16 III 3 TKV berufen). Der Senat ist zu einer ergänzenden Auslegung des möglicherweise nur im Bezirk des Kammergerichts anwendbaren Vertrages befugt (vgl. Zöllner/Gummer, ZPO, 24. Aufl., § 545 Rn. 7; siehe auch BGHZ 24, 159, 164).

### a. Voraussetzungen der ergänzenden Vertragsauslegung

Eine im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung zu schließende Regelungslücke besteht, wenn der Vertrag innerhalb des durch ihn gesteckten Rahmens oder innerhalb der objektiv gewollten Vereinbarung ergänzungsbedürftig ist, weil eine Vereinbarung in einem regelungsbedürftigen Punkt fehlt (z.B.: Senatsurteile BGHZ 125, 7, 17; 84, 1, 7 und BGHZ 77, 301, 304; Bamberger/Roth/Wendtland, BGB, § 157 Rn. 35). Unmaßgeblich ist grundsätzlich, auf welchen Gründen die Unvollständigkeit der Regelung beruht (Senat in BGHZ 84 aaO; Bamberger/Roth/Wendtland aaO, Rn. 36). Die ergänzende Vertragsauslegung kommt allerdings zumeist nicht in Betracht, wenn das dispositive Recht Regelungen für die offen gebliebene Problematik bereit hält (BGHZ 77 aaO; 40, 91, 103; Palandt/Heinrichs, BGB, 63. Aufl., § 157 Rn. 4).

Die Voraussetzungen für die ergänzende Vertragsauslegung sind hier erfüllt. Dem Vertrag zwischen den

Parteien liegen die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Kl. (nachfolgend AGB) zugrunde. Eine Regelung darüber, ob der Anschlusskunde das tarifliche Entgelt auch für Verbindungen zu zahlen hat, die ein von Dritten heimlich im DFÜ-Netzwerk installierter Dialer unbemerkt herstellt, ist in dem Vorschriftenwerk nicht enthalten. Nummer 4.1 Satz 2 AGB ist ersichtlich an § 16 III 3 TKV angelehnt und trifft daher die zu beurteilende Fallkonstellation nicht unmittelbar. Die Ergänzung dieses offenen Punktes ist geboten, weil eine interessengerechte Lösung der vorliegenden Problematik innerhalb des ausdrücklich vereinbarten Regelwerkes nicht gefunden werden kann, jedoch eine Regelung, nicht zuletzt wegen der erheblichen wirtschaftlichen Bedeutung für die Vertragsparteien, zwingend erforderlich ist. Dispositive gesetzliche Bestimmungen, die das Vertragswerk zu dem fraglichen Punkt vervollständigen könnten, existieren nicht.

### b. Kriterien und Inhalt der ergänzenden Vertragsauslegung

Die ergänzende Vertragsauslegung richtet sich danach, was die Parteien bei einer angemessenen Abwägung ihrer Interessen nach Treu und Glauben als redliche Vertragspartner vereinbart hätten, wenn sie den nicht geregelten Fall bedacht hätten (z.B.: Senat in BGHZ 84 aaO; Bamberger/Roth/Wendtland aaO, Rn. 41; Palandt/Heinrichs aaO, Rn. 7). Bei der Ermittlung dieses hypothetischen Parteiwillens sind in erster Linie die in dem Vertrag schon vorhandenen Regelungen und Wertungen zu berücksichtigen (z.B.: BGHZ 77 aaO; Bamberger/Roth/Wendtland aaO, Rn. 40; Palandt/Heinrichs aaO). Die hieraus herzuleitende Vertragsauslegung muss sich als zwanglose Folge aus dem gesamten Zusammenhang des Vereinbarten ergeben (BGHZ 77 aaO; 40, 91, 104; Bamberger/Roth/Wendtland, aaO).

Demnach sind Ausgangspunkt der ergänzenden Vertragsauslegung im hier zur Entscheidung stehenden Fall der zwischen den Parteien geschlossene Telefondienstvertrag und die ihm zugrundeliegenden Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Kl.

Der vom BerGer. festgestellte Sachverhalt ist dadurch gekennzeichnet, dass der Diensteanbieter H., also im Rechtsverhältnis zwischen den Parteien ein Dritter, die Einstellungen im DFÜ-Netzwerk des Computers des Sohnes der Bekl. heimlich verändert hat. Die AGB enthalten eine Regelung über die Zurechnung des Zugriffs Dritter auf den Teilnehmeranschluss in Nummer 4.1 Satz 2. Nach dieser Bestimmung trifft den Kunden nur dann eine Vergütungspflicht für die Benutzung seines Anschlusses durch Dritte, wenn er diese zu vertreten hat. Nummer 4.1 Satz 2 der AGB und der inhaltsgleiche § 16 III 3 TKV grenzen damit die Risikosphären zwischen dem Netzanbieter und dem Anschlusskunden unter dem Gesichtspunkt voneinander ab, ob der Kunde die Nutzung seines Netzzugangs zu

vertreten hat.

Diese Abgrenzung der Risikobereiche ist als in dem Telefondienstvertrag angelegte grundsätzliche Wertung auf die Installation eines Dialers durch Dritte übertragbar (ähnlich: LG Kiel CR 2003, 684, 685; AG Freiburg NJW 2002, 2959; a.A.: LG Mannheim NJW-RR 2002, 995, 996). Der in den vorgenannten Bestimmungen geregelte Sachverhalt kommt dem hier zu beurteilenden sehr nahe. Beide haben denselben Kern: Ein Dritter verschafft sich durch den Zugriff auf einen Telekommunikationsanschluss zu Lasten seines Inhabers Nutzungsvorteile. Beide Sachverhalte unterscheiden sich allerdings durch den Weg, auf dem der Dritte auf den Anschluss des Kunden zugreift, und durch die Art der (missbräuchlichen) Nutzung. Diese Unterschiede in den technischen Details bilden jedoch keine sachliche Grundlage für eine verschiedene Bewertung beider Sachverhalte im Verhältnis zwischen Anschlusskunden und Netzbetreiber.

Allein die Erweiterung dieser in Nummer 4.1 Satz 2 AGB und in § 16 III 3 TKV vorgenommenen Risikoverteilung auf die hier zu entscheidende Konstellation führt zu einem angemessenen Ausgleich der objektiven Interessen der Vertragsparteien.

Hierbei ist maßgebend zu berücksichtigen, dass die Kl., wie andere Netzanbieter auch, mit der Eröffnung des Zugangs zu den Mehrwertdiensten für den geschäftlichen Verkehr ein Risiko veranlasst hat (vgl. zu diesem Kriterium für die Abgrenzung von Risikosphären BGHZ 150, 286, 296; 114, 238, 245). Die Mehrwertdienste sind, wie nicht zuletzt der hier zu entscheidende Sachverhalt zeigt, in erhöhtem Maße missbrauchsanfällig (vgl. auch Buchstabe A. des Entwurfs der Bundesregierung zur Zweiten Verordnung zur Änderung der Telekommunikations-Kundenschutzverordnung, BR-Drucks. 505/02, S. 1 des Vorblatts; Empfehlungen des Wirtschaftsausschusses des Bundesrats zu dem Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung des Missbrauchs von 0190er-/ 0900er-Mehrwertdiensternummern, BR-Drucks. 248/1/03, S. 5, Nr. 9).

Die Kl. zieht aus der risikobehafteten Nutzung der Mehrwertdienste wirtschaftliche Vorteile, da sie für die Herstellung von Verbindungen zu diesen Diensten, auch unter Berücksichtigung der an die DTAG abzuführenden Beträge, von ihren Kunden ein höheres Entgelt erhält als bei der Inanspruchnahme der Standarddienstleistungen. Genießt die Kl. wirtschaftlichen Nutzen aus einem von ihr mitveranlassten, missbrauchsanfälligen System, ist es angemessen, sie die Risiken solchen Missbrauchs tragen zu lassen, den ihre Kunden nicht zu vertreten haben.

### 3. Zum Vertretenmüssen der Anschlussnutzung seitens der Bekl.

Die Bekl. hat die Nutzung ihres Telefonanschlusses für die von dem Dialer hergestellten Verbindungen in das Internet jedenfalls insoweit nicht zu vertreten, als

hierdurch Kosten verursacht wurden, die diejenigen der Inanspruchnahme des von der Kl. bereitgestellten Standardzugangs überschritten.

#### a. Zurechnung des Verhaltens des 16-jährigen Sohnes der Bekl.

Die Einwahlen in das Internet durch ihren Sohn als solche sind der Bekl. zuzurechnen. Dies hat das BerGer. zutreffend berücksichtigt und die Bekl. zur Zahlung der Vergütung verurteilt, die für die Inanspruchnahme der Interneteinwahlnummer der Kl. zu entrichten gewesen wäre.

#### b. Kein Vertretenmüssen der durch den "Dialer" hergestellten Sonderverbindungen

Nicht zu vertreten hat sie hingegen, dass der Dialer die Verbindungen mit der teureren Nummer 0190-[...] herstellte und nicht die Standardnummer der Kl. verwendet wurde. Zu vertreten im Sinne von Nummer 4.1 Satz 2 AGB und § 16 III 3 TKG hat der Anschlussinhaber entsprechend § 276 I BGB Vorsatz und Fahrlässigkeit (zu § 16 TKG: Ehmer aaO Rn. 17; Nießen in: Manssen, Telekommunikations- und Multimediarecht, Kommentar, Stand 7/03, C § 41/§ 16 TKV, Rn. 49). Ferner muss er sich das Verhalten derjenigen, denen er Zugang zu dem Netzanschluss gewährt, entsprechend § 278 BGB zurechnen lassen.

Die Bekl. und ihr Sohn handelten bei dem Gebrauch ihres Computers und des Internetzugangs in der Zeit von Mai bis August 2000 im Hinblick auf den Dialer nicht fahrlässig.

#### aa. Kein Sorgfaltsverstoß durch das bloße Löschen der heruntergeladenen Datei

Der Sohn der Bekl. verstieß nicht gegen die im Verkehr erforderliche Sorgfalt, indem er die vorgebliche Bildbeschleunigungsdatei, in der sich der Dialer verbarg, lediglich löschte und nicht auch die durch den Dialer bewirkten Veränderungen der Einstellungen im DFÜ-Netzwerk rückgängig machte. Der durchschnittliche Internetbenutzer muss nicht damit rechnen, dass sich in harmlos erscheinenden Dateien illegale Dialer verstecken, die nicht durch bloßes Löschen unschädlich gemacht werden können.

#### bb. Ohne besondere Veranlassung keine Pflicht zur Kontrolle des DFÜ-Netzwerkes

Es bestand für die Bekl. und ihren Sohn auch keine besondere Veranlassung, die Zugangsprogramme daraufhin zu überprüfen, ob sich ein Dialer eingeschlichen hatte, da sie keinen Hinweis hierauf hatten. Nach den Feststellungen des BerGer. war es bei der normalen Nutzung des auf dem Rechner der Bekl. installierten Internetzugangsprogramms nicht zu erkennen, dass sich der Dialer einnistete, die Einstellungen im DFÜ-Netzwerk veränderte und die Einwahl in das Internet über die teure 0190-Verbindung herstellte.



cc. *Keine generelle Pflicht zu Schutzmaßnahmen vor "Dialern"*

Weiterhin oblag es der Bekl. nicht, vorsorglich ohne besondere Verdachtsmomente für einen Missbrauch (hier: Zugang der Rechnung Ende August 2000), gleichsam routinemäßig den Computer auf Dialer zu überprüfen, den Aufbau von Verbindungen in das Internet zu überwachen und nur mit ausdrücklicher Freigabe zuzulassen sowie ein sogenanntes Dialerschutzprogramm einzusetzen. Soweit derartige Vorkehrungen in der instanzgerichtlichen Rechtsprechung gefordert werden (z.B.: AG Wiesbaden CR 2003, 754 [Leitsatz]; AG München NJW 2002, 2960 [Leitsatz]; zustimmend: Burg/Gimmich aaO, S. 384 f; wie hier: LG Kiel aaO), ist dem nicht zu folgen.

Schließlich war die Bekl. auch nicht gehalten, vorsorglich ohne konkrete Anhaltspunkte für einen Missbrauch den Zugang zu sämtlichen Mehrwertdienstnummern sperren zu lassen, um ihren Sorgfaltsobliegenheiten im Verhältnis zur Kl. nachzukommen.

*III. Kein Anspruch des Mehrwertdiensteanbieters gegen die Bekl.*

Die Kl., die allein einen Anspruch aus eigenem Recht geltend macht, könnte auch keinen Anspruch aus einem Vertrag zwischen der Bekl. und dem Diensteanbieter H. herleiten.

Dabei kann offen bleiben, ob der Netzbetreiber nach § 15 I TKV überhaupt berechtigt ist, Ansprüche von Mehrwertdiensteanbietern auch gerichtlich im eigenen Namen geltend zu machen (ablehnend z.B.: Piepenbrock/ Müller MMR 2000, Beilage 4, S. 15; Hoffmann aaO, S. 1707). Ebenso bedarf es keiner Entscheidung, ob eine vertragliche Beziehung zwischen der Bekl. und dem Mehrwertdiensteanbieter ausscheidet, weil es bei der Herstellung der Verbindungen zu dem Dienst am Erklärungsbewusstsein des Sohnes der Bekl. fehlte (so für die Anwahl durch einen heimlichen Dialer: LG Kiel aaO; AG Mönchengladbach NJW-RR 2003, 1208, 1209; Braun ZUM 2003, 200, 203), oder ob eine mögliche Willenserklärung des Anschlussnutzers wegen Inhaltsirrtums oder arglistiger Täuschung anfechtbar ist (vgl. Hein, Neue Juristische Internet-Praxis 2003, 6, 11; Klees aaO; Winter CR 2002, 899) und ob hier eine Anfechtungserklärung dem richtigen Anfechtungsgegner gegenüber abgegeben worden ist.

In Fällen wie dem vorliegenden könnte nämlich dem Mehrwertdiensteanbieter ein Anspruch - wenn nicht schon aus culpa in contrahendo, so jedenfalls - aus § 826 BGB entgegengehalten werden.

*1. Anwendung des § 826 BGB: Vorsätzliche sittenwidrige Schädigung*

Grundlage eines Schadensersatzanspruchs aus § 826 BGB kann unter anderem die Veranlassung zum Vertragsschluss durch eine vorsätzliche Täuschung sein (Senatsurteil vom 7. März 1985 - III ZR 90/83 - WM

1985, 866, 868; Bamberger/Roth/Spindler, BGB, § 826 Rn. 20; Staudinger/Oechsler, BGB (2003), § 826 Rn. 149; vgl. auch: BGH, Urteil vom 22. Juni 1992 - II ZR 178/90 - NJW 1992, 3167, 3174). Sollte im hier zur Beurteilung stehenden Fall ein Vertragsschluss anzunehmen sein, hätte der Diensteanbieter H. diesen vorsätzlich in sittenwidriger Weise durch Täuschung erschlichen. H. hat, wie das BerGer. festgestellt hat, über den Inhalt der Datei "[...]exe" getäuscht. Die Werbung für die angebotene Software, in der der Dialer verborgen war, war so gehalten, dass sich der falsche Eindruck aufdrängte, es handele sich bei dem herunterzuladenden Programm um ein solches, mit dem eine verbesserte Übertragungsgeschwindigkeit bei der Internetnutzung erreicht werden konnte. Zudem war der verschleierte Hinweis gegeben, das Herunterladen des Programms sei ungefährlich, weil es frei von Viren sei.

Darüber hinaus wurde nicht deutlich, dass ein Löschen des Programms die Veränderungen der Computereinstellungen nicht rückgängig machte, sondern dass dafür ein besonderes Programm erforderlich war. Zwar war ein Hinweis auf ein Programm zur Entfernung der Datei gegeben worden. Dieser enthielt aber nicht den entscheidenden Punkt, dass nur so die erfolgten Änderungen rückgängig gemacht werden konnten.

Das gesamte Vorgehen H.'s war auf eine Täuschung über den Inhalt des Programms angelegt. Hierdurch sollten die Computernutzer zu seinem Vorteil zur unbemerkten Verwendung der teuren 0190-Verbindung bei der Einwahl in das Internet und damit zu dem (möglichen) Vertragsschluss veranlasst werden. Ein derartiges Vorgehen verstößt, unabhängig von seiner eventuellen strafrechtlichen Relevanz (vgl. hierzu Buggisch NStZ 2002, 178, 179 ff), gegen die guten Sitten. Es ist ferner auf die Schädigung der Internetsnutzer beziehungsweise der Anschlussinhaber durch überhöhte Telefonentgelte gerichtet. Bei alledem handelte H. vorsätzlich.

Der Vorsatz bezog sich auch auf die Schädigung. Insofern genügt der hier mindestens vorliegende dolus eventualis (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2001 - IX ZR 209/98 - NJW 2001, 3187, 3189; Bamberger/Roth/Spindler aaO, Rn. 10; MünchKomm-BGB/ Wagner, 4. Aufl., § 826 Rn. 19).

*2. Naturalrestitution im Falle eines sittenwidrig erschlichenen Vertragsschlusses*

Der Schadensersatzanspruch aus § 826 BGB ist, sofern infolge des vorsätzlichen sittenwidrigen Verhaltens des Schädigers ein Vertragsschluss bewirkt wurde, nach § 249 I BGB darauf gerichtet, den Geschädigten so zu stellen, als ob vertragliche Beziehungen nicht bestünden (Bamberger/Roth/ Spindler aaO, Rn. 20; MünchKomm-BGB/Wagner aaO, Rn. 43; Staudinger/Oechsler aaO, Rn. 153; vgl. auch: BGH, Urteil vom 30. Mai 2000 - IXZR 121/99 - NJW 2000, 2669,

2670). Dieser Anspruch besteht unabhängig von der Anfechtbarkeit des Vertrages (Bamberger/Roth/Spindler aaO, Rn. 2, 20; MünchKomm-BGB/Wagner aaO, Rn. 40 jew. m.w.N.).

#### IV. Entscheidung des BGH im übrigen

Das Berufungsurteil hält auch hinsichtlich der übrigen Forderungen, wegen der das Berufungsgericht die Kla-

ge abgewiesen hat, im Ergebnis der rechtlichen Nachprüfung stand. Dies gilt insbesondere für den geltend gemachten Schadensersatzanspruch wegen entgangener Grundgebühren in Höhe von 486,35 € (951,21 DM), den das Berufungsgericht mit zutreffenden Erwägungen abgewiesen hat. Insoweit erhebt die Revision auch keine Beanstandungen.

### Standort: Familienrecht

### Problem: Telefondienstvertrag i. R. d. § 1357 BGB

BGH, URTEIL VOM 11.03.2004  
III ZR 213/03 (NJW 2004, 1593)

#### Problemdarstellung:

Die Bekl. wurde hier von einem Telefonnetzbetreiber auf Zahlung einer Telefonrechnung für einen Festnetzanschluss in Anspruch genommen, den nicht sie in der ehelichen Wohnung einrichten ließ, sondern ihr Ehemann. Die Kl. verwies indes auf § 1357 I 2 BGB und die sich daraus ergebende Mitverpflichtung der Bekl. Der BGH stimmte dieser Rechtsauffassung dem Grunde nach zu und verwies darauf, dass auch Dauer-schuldverhältnisse in den Anwendungsbereich des § 1357 BGB fallen können, wenn durch ihren Abschluss dauerhafte Konsumbedürfnisse der Familie gedeckt werden sollen. Dieses ist durch die Rechtsprechung schon seit längerem anerkannt. Der Umfang der Bedürfnisse des Lebensbedarfes einer Familie wird dabei maßgeblich durch deren nach außen erkennbaren Lebenszuschnitt bestimmt.

Allerdings sieht der BGH in diesem Fall die Möglichkeit einer Veränderung der Beurteilung der Mitverpflichtung des Ehepartners auch nach Vertragsschluss, wenn durch eine Änderung des Konsumverhaltens eines Ehepartners, welche die Grenzen der einem Telefondienstvertrag immanenten Schwankungen überschreitet, exorbitante Kosten entstehen, die den finanziellen Rahmen der Familie sprengen. Dann könne auch der Vertragspartner trotz § 1357 BGB nicht mehr redlicherweise eine Mithaftung des Ehepartners erwarten.

#### Prüfungsrelevanz:

Die Kenntnis der güterstandsunabhängigen Ehwirkung des § 1357 BGB und der damit verbundenen Streitfragen zählt zu den Grundkenntnissen des Familienrechts, die wahlfachunabhängig von jedem Examenkandidaten verlangt werden. Die vorliegende Entscheidung eignet sich deshalb besonders gut zur Vorbereitung, weil sie bereits zuvor durch den BGH entwickelte Leitlinien der Rechtsprechung zu § 1357 BGB explizit aufgreift und auf einen konkreten neuen Fall überträgt.

#### Vertiefungshinweis:

Verbrauchergeschäfte mit Ehegatten: *Löhnig*, FamRZ 2001, 135

#### Kursprogramm:

- Examenskurs*: "Der verkaufte Hausrat"  
 *Assessorkurs*: "Das Geschäftslokal"

#### Leitsätze:

- Zur Anwendung des § 1357 BGB auf einen Telefondienstvertrag über einen Festnetzanschluss der Ehwohnung.**
- Der Abschluss eines Telefondienstvertrags, der einen stationären Festnetzanschluss in der Ehwohnung betrifft, ist grundsätzlich ein Geschäft zur angemessenen Deckung des Lebensbedarfes der Familie i. S. d. § 1357 BGB. Exorbitant hohe Kosten, welche die finanziellen Verhältnisse der Familie sprengen, können jedoch nicht nur deshalb der Deckung des familiären Lebensbedarfes zugerechnet werden, weil das Vertragsverhältnis bei seiner Begründung auf eine familiäre Nutzung hingewiesen hat. (Leitsatz 2 der Redaktion)**

#### Sachverhalt:

Der Ehemann der Bekl. hatte mit der Kl. einen Telefondienstvertrag über einen Festnetzanschluss in seiner Ehwohnung geschlossen. Die Kl. stellte ihm am 3. 12. 1998 und am 11. 1. 1999 für die Grundgebühr im Dezember und Januar und für Verbindungen in der Zeit vom 24. 10. bis 28. 12. 1998 insgesamt 6.375,75 DM in Rechnung, die von ihm nicht ausgeglichen wurden. Die Bekl. zahlte hierauf 771,13 DM. Auf den restlichen Betrag von 5.604,61 DM nebst Zinsen nimmt die Kl. die Bekl., die den Anschluss am 15. 2. 1999 anstelle ihres Ehemannes übernommen hat, mit ihrer Klage aus dem Gesichtspunkt des § 1357 BGB in Anspruch. Der noch offene Rechnungsbetrag bezieht sich ausschließlich auf Verbindungen zum Tele-Info-Service 0190 x, die nach dem Vortrag der Bekl. von ihrem Ehemann angewählt worden sind. Das AG hat die Klage abgewiesen, das LG hat ihr auf die Berufung der Kl. entsprochen. Mit ihrer vom Ber-

Ger. zugelassenen Revision verfolgt die Bekl. ihren Klageabweisungsantrag weiter. Die Revision führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das BerGer.

#### **Aus den Gründen:**

##### *A. Nach außen in Erscheinung tretender Lebenszuschnitt der Familie als Maßstab des § 1357 I BGB*

Nach § 1357 I BGB ist jeder Ehegatte berechtigt, Geschäfte zur angemessenen Deckung des Lebensbedarfs der Familie zu besorgen. Durch solche Geschäfte werden beide Ehegatten berechtigt und verpflichtet, es sei denn, dass sich aus den Umständen etwas anderes ergibt. Die auf dem Ersten Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts vom 14. 6. 1976 (BGBl. I S. 1421) beruhende Fassung der Vorschrift knüpft nicht mehr an die nach früherem Recht bestehende Pflicht der Frau an, den Haushalt in eigener Verantwortung zu führen (§ 1356 I 1 BGB a.F.) und ihr dementsprechend die Berechtigung zu geben, Geschäfte innerhalb ihres häuslichen Wirkungskreises mit Wirkung für den Mann zu besorgen. Vielmehr ist mit Rücksicht darauf, dass die Aufgabenverteilung in der ehelichen Gemeinschaft den Partnern selbst überlassen und das Leitbild der sogenannten Hausfrauenehe aufgegeben worden ist, die Rechtsmacht zur Verpflichtung auch des Partners an die "angemessene Deckung des Lebensbedarfs der Familie" gebunden worden. Der BGH hat hierzu entschieden, wie weit der Lebensbedarf der Familie reiche, bestimme sich familienindividuell nach den Verhältnissen der Ehegatten. Da die Einkommens- und Vermögensverhältnisse dem Vertragspartner allerdings häufig verborgen bleiben, ist entscheidend auf den Lebenszuschnitt der Familie abzustellen, wie er nach außen in Erscheinung tritt (vgl. eingehend hierzu BGHZ 94, 1, 5 f). Darüber hinaus ist die Einbindung des § 1357 BGB in das Unterhaltsrecht zusammenlebender Ehegatten (§§ 1360, 1360a BGB) zu beachten. Zu den Umständen, die bei der Anwendung des § 1357 BGB von Bedeutung sein können, gehören daher auch die wirtschaftlichen Verhältnisse in ihrem Bezug zu den Kosten, die durch die jeweils in Rede stehende Geschäftsbesorgung ausgelöst werden. Auch insoweit ist die Sicht eines objektiven Beobachters nach dem Erscheinungsbild der Ehegatten, wie es für Dritte allgemein offen liegt, entscheidend (vgl. BGHZ 116, 184, 188 f).

##### *B. Telefondienstvertrag als Geschäft zur angemessenen Deckung des Lebensbedarfes*

Gemessen an diesen Maßstäben ist es nicht zu beanstanden, dass das BerGer. den Abschluss eines Telefondienstvertrages für einen in der Familienwohnung befindlichen Festnetzanschluss im Ansatz als ein Geschäft zur angemessenen Deckung des Lebensbedarfs angesehen hat.

##### *I. Versorgung mit einem Telefonanschluss als Grundbedürfnis der Familie*

Zu Recht hat das BerGer. zugrunde gelegt, dass die Versorgung der Familie mit einem Telefonanschluss unter Berücksichtigung der heutigen Lebensverhältnisse ein anerkanntes Grundbedürfnis ist, wobei es davon ausgegangen ist, dass sich aus der jederzeitigen Verfügbarkeit eines solchen Anschlusses für die Familienmitglieder der Bezug zur familiären Konsumgemeinschaft ergebe. Das BerGer. folgt damit im Ausgangspunkt einer in Rechtsprechung und Literatur verbreiteten Auffassung, nach der zur angemessenen Bedarfsdeckung der Familie auch Verträge zu rechnen sind, mit denen die Versorgung der Ehwohnung mit Strom und Gas sichergestellt wird (vgl. AG Wuppertal ZMR 1980, 239 f; AG Beckum FamRZ 1988, 501; LG Koblenz WuM 1990, 445; Palandt/Brudermüller, BGB, 63. Aufl. 2004, § 1357 Rn. 13; Soergel/Lange, BGB, 12. Aufl. 1988, § 1357 Rn. 12; Wacke, in MünchKomm-BGB, 4. Aufl. 2000, § 1357 Rn. 23; Staudinger/Hübner/Voppel, BGB, 13. Bearb. Stand Juli 1999, § 1357 Rn. 45; Rauscher, Familienrecht, 2001, Rn. 279; Erman/Heckelmann, BGB, 10. Aufl. 2000, § 1357 Rn. 13), und erstreckt diesen Gedanken im Hinblick auf die heute üblichen Standards und die weite Verbreitung von Telefonanschlüssen auch auf Telefondienstverträge, die einen stationären Festnetzanschluss in der Ehwohnung betreffen (ebenso AG Neustadt am Rübenberge, ArchivPT 1997, 150; LG Bremen RTkom 2000, 240; LG Stuttgart FamRZ 2001, 1610 und die im Verfahren von der Kl. vorgelegten nicht veröffentlichten Urteile des AG Bad Freienwalde vom 6. 9. 1999 - 20 C 76/99 - und des AG Ettlingen vom 28. 5. 2002 - 1 C 563/01 -; Palandt/Brudermüller aaO; Wacke, in: MünchKomm-BGB aaO). Dass mit einem solchen Vertrag ein Dauerschuldverhältnis begründet wird, steht der Einordnung als Geschäft zur angemessenen Deckung des Lebensbedarfs - wie auch bei einem Energielieferungsvertrag - nicht grundsätzlich entgegen, spiegelt diese Gestaltung doch nur wider, dass hier für die Familie ein beständiger Bedarf gedeckt wird. Die zunehmende Verbreitung von Mobiltelefonen, die weitgehend den Bedürfnissen des individuellen Benutzers dienen mögen, bedeutet nicht, dass der Festnetzanschluß in der Ehwohnung nicht mehr der angemessenen Deckung des Lebensbedarfs der Familie zugerechnet werden könnte.

##### *II. Zur Darlegungs- und Beweislast des Gläubigers, der sich auf § 1357 I 2 BGB beruft*

Die Verfahrensrüge der Revision, das BerGer. habe nicht die konkreten Umstände des Einzelfalls geprüft und - ohne dass ein Erfahrungssatz bestehe - die allgemeine Verfügbarkeit des Anschlusses für die Familie unterstellt, greift nicht durch. Zwar ist der Revision grundsätzlich darin zuzustimmen, dass den Gläubiger

die Darlegungs- und Beweislast trifft, soweit er sich auf die Mitverpflichtung des Schuldners nach § 1357 BGB bezieht. Das verlangt im hier zu entscheidenden Fall jedoch weder Erkundigungen noch - seiner Natur nach gar nicht möglichen - Vortrag zu der Frage, in welcher Weise der Anschluss durch die einzelnen Mitglieder der Familie genutzt wurde. Die Bekl. hat selbst nicht in Frage gestellt, dass es sich um einen privaten, nicht etwa mit einer geschäftlichen Tätigkeit ihres Ehemannes verbundenen Anschluss in der gemeinsamen Ehwohnung handelte. Dass der Anschluss unter diesen Umständen auch für die anderen Familienmitglieder verfügbar war, wird indiziell dadurch bestätigt, dass die Bekl. einen Teil der Gebühren - wenn auch ohne Anerkennung einer Rechtspflicht - gezahlt hat.

*III. Besonderheit des Telefondienstvertrages: Möglichkeit der Veränderung des Konsumverhaltens, was zu einer Sprengung des finanziellen Rahmens der Familie führen kann*

Das BerGer. hat jedoch nicht hinreichend berücksichtigt, dass die Regelung des § 1357 BGB in das Unterhaltsrecht zusammenlebender Eheleute und damit in deren Lebenszuschnitt eingebunden ist. Die vorliegenden Rechnungen legen nach dem Vortrag der Bekl. die Annahme nahe, dass die angemessene Bedarfsdeckung in dem abgerechneten Zeitraum weit überschritten ist. Üblicherweise wird die Frage, ob ein Geschäft der angemessenen Deckung des Lebensbedarfs dient, im Zeitpunkt des Vertragsschlusses zu beantworten sein. Dies gilt im Grundsatz auch für Dauerschuldverhältnisse, mit denen ein immer wiederkehrender Bedarf gedeckt werden soll. Dabei besteht zum Beispiel bei Energielieferungsverträgen von vornherein ein relativ enges Verhältnis zwischen der Lebenssituation der Eheleute (Größe der Familie, des Haushalts, eines etwaigen Anwesens) und der danach erforderlichen Bereitstellung unterschiedlicher Energien, das zwar Schwankungen des Verbrauchs nicht ausschließt, sich aber doch in der Regel in überschaubaren Grenzen hält. Dies rechtfertigt auch die Erwartung des Vertragspartners, im Hinblick auf die Zwecksetzung des Vertragsverhältnisses sich auf eine Mitverpflichtung des Ehegatten einzustellen. Beim Telefondienstvertrag läßt sich der Bedarf hingegen von vornherein nur schwer abschätzen; vielfach wird er - etwa wegen Veränderungen in der persönlichen Lebenssituation - auch erheblichen Änderungen und Schwankungen unterliegen. Die Umstände, die hierzu führen - etwa ein vermehrter Bedarf wegen einer doppelten Haushaltsführung; die Notwendigkeit, wegen Alters oder Krankheit

nahestehender Angehöriger häufiger als früher zu telefonieren - treten regelmäßig nicht nach außen, gehen den Vertragspartner auch nichts an. Sichtbar wird für diesen nur das Ausmaß der tatsächlichen Inanspruchnahme während der Laufzeit des Vertrags, wobei sich aus der Zahlung der Rechnungsentgelte indiziell für ihn ergibt, in welchem Umfang die Ehegatten Mittel für diese Bedarfsposition als angemessen ansehen. In diesem Umfang und Rahmen, der - auch erhebliche - Änderungen des Ausgabeverhaltens einschließen kann, ist eine Mitverpflichtung des Ehegatten nach § 1357 BGB für einen Festnetzanschluss in der Ehwohnung ohne weiteres gegeben. Eine betragsmäßige Grenze hierfür lässt sich jedoch, weil sich der Lebensbedarf familienindividuell nach den Verhältnissen der Ehegatten richtet (vgl. BGHZ 94, 1, 6), nicht festlegen. Das rechtfertigt aber nicht, Kosten, die diesen Rahmen exorbitant überschreiten und die finanziellen Verhältnisse der Familie sprengen, nur deshalb der angemessenen Deckung des Lebensbedarfs zuzurechnen, weil das Vertragsverhältnis bei seiner Begründung auf eine familiäre Nutzung hinwies. Eine solche Erwartung kann auch ein Diensteanbieter auf der Grundlage der Haftungserweiterung des § 1357 BGB (billigerweise) nicht hegen, die den Gläubigerschutz nicht als Zweck, sondern nur als Folge der eheausgestaltenden Regelung vorsieht (vgl. BVerfGE 81, 1, 7 f). Demgegenüber kann es nicht darauf ankommen, für welche Verbindungen der Anschluss genutzt worden ist. Das muss - auch im Prozess über die zu zahlenden Gebühren - ein Internum der Ehegatten bleiben, zu dem sich der Vertragspartner nicht äußern muss und von dem sein Recht, den Ehegatten nach § 1357 BGB auf Zahlung in Anspruch zu nehmen, nicht abhängen darf.

*C. Zurückweisung an das BerGer. zwecks weiterer Feststellungen*

Da das BerGer. nicht die Frage geprüft hat, ob die beiden streitgegenständlichen Rechnungen den vorstehend gekennzeichneten Rahmen überschritten haben, andererseits die Parteien Gelegenheit haben müssen, unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Senats ergänzend vorzutragen, ist das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zu den weiter notwendigen Feststellungen an das BerGer. zurückzuverweisen. Dabei kann das Doppelte des Betrages, der sich als Durchschnitt der unbeantstandeten Zahlungen in dem zurückliegenden Jahr der Vertragslaufzeit ergibt, im Regelfall als Maß für den Haftungsumfang nach § 1357 BGB herangezogen werden.

**Standort: Mietrecht****Problem: Beweislast für Mietüberhöhung**

BGH, URTEIL VOM 28.01.2004  
VIII ZR 190 / 03 (NJW 2004, 1740)

**Problemdarstellung:**

Nach Beendigung eines Mietvertrages über eine in Berlin gelegene Wohnung nahm der Mieter als Kl. den Vermieter auf Rückzahlung zuviel gezahlter Miete in Anspruch. Zur Begründung führte er aus, die Mietvereinbarung sei wegen Verstoßes gegen § 5 II WiStrG teilnichtig, die auf den nichtigen Teil der Vereinbarung hin gezahlte Miete mithin ohne Rechtsgrund geflossen und daher durch den Bekl. zu erstatten.

Der BGH sah den Sachvortrag des Kl. zu den Voraussetzungen des § 5 II WiStrG als unzureichend an, da nach seiner Auffassung ein Verstoß des Vermieters gegen diesen Bußgeldtatbestand erfordere, dass eine Mangellage auf dem Wohnungsmarkt für den jeweiligen Mieter im Einzelfall Grund war, einen Mietvertrag zu für ihn ungünstigen Konditionen abzuschließen.

**Prüfungsrelevanz:**

Mit Wirkung zum 01.09.2001 ist bereits das Mietrechtsreformgesetz vom 19.06.2001 in Kraft getreten und hat das Mietrecht der §§ 535 ff BGB einer grundlegenden Neustrukturierung unterzogen. Bei dieser Gelegenheit wurden auch zahlreiche bislang außerhalb des BGB angesiedelte Vorschriften mit Bedeutung für Mietverträge in das BGB integriert, insbesondere das frühere Miethöhegesetz (MHRG).

Außerhalb dieses Regelungskomplexes befindet sich allerdings nach wie vor das Verbot der Mietpreisüberhöhung in § 5 WiStrG. Die Vorschrift soll Mieter davor schützen, dass Vermieter sich Zeiten erheblicher Wohnungsnot zunutze machen und sich horrenden Mieten für Wohnraum von Mietern versprechen lassen, die fürchten, anderenfalls wohnungslos zu bleiben. Im Falle eines Verstoßes kann die Norm i. V. m § 134 BGB zur Teilnichtigkeit der Mietpreisabrede führen und so den Anwendungsbereich der §§ 812 ff BGB - hinsichtlich zu viel gezahlter Miete eröffnen. Sehr schnell ist also von § 5 WiStrG die Verbindung zu klassischen Prüfungsthemen in den juristischen Staatsexamina hergestellt.

Für Rechtsreferendare ist die Entscheidung zudem wegen der Ausführungen zu Darlegungs- und Beweislast, namentlich den Regeln des Anscheinsbeweises, besonders lesenswert.

**Vertiefungshinweis:**

Zur Mietrechtsreform: *Grundmann*, NJW 2001, 2497

**Kursprogramm:**

*Examenskurs*: "Schwarzarbeit"

**Leitsätze:**

**Das Tatbestandsmerkmal der "Ausnutzung eines geringen Angebots" (§ 5 II WiStrG) ist nur erfüllt, wenn die Mangellage auf dem Wohnungsmarkt für die Vereinbarung der Miete im Einzelfall ursächlich war. Dazu hat der Mieter darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen, welche Bemühungen bei der Wohnungssuche er bisher unternommen hat, weshalb diese erfolglos geblieben sind und dass er mangels einer Ausweichmöglichkeit nunmehr auf den Abschluss des für ihn ungünstigen Mietvertrags angewiesen war.**

**Sachverhalt:**

Mit Mietvertrag vom 10. Februar 1993 mieteten der Kl. und seine Ehefrau vom Bekl. eine 3,5-Zimmer-Wohnung mit einer Wohnfläche von rund 94 qm. Das Anwesen ist zwischen 1920 und 1929 erbaut worden. Die Parteien vereinbarten eine Staffelmiete, die anfangs (1993) 1.480 DM und zuletzt (1997) 1.631 DM betrug und die vom Kl. vollständig bezahlt wurde.

Nach der Beendigung des Mietverhältnisses zum Jahresende 1997 forderte der Kl. einen Teil der gezahlten Miete mit der Begründung zurück, die Staffelmiete sei überhöht gewesen; nach § 5 WiStrG in Verbindung mit § 134 BGB sei daher die Vereinbarung über die Höhe der Miete insoweit nichtig und die überzahlte Miete gemäß § 812 BGB zurückzuzahlen. Daraufhin erstattete der Bekl. dem Kl. insgesamt 2.805,04 DM zurück; weitere Rückzahlungen lehnte er ab.

Mit der Klage macht der Kl. - nach Teilerledigungserklärung und Klageerweiterung - einen Erstattungsanspruch in Höhe von zuletzt 7.197,52 DM geltend. Nach Einholung eines Sachverständigengutachtens zur Ermittlung der angemessenen Miete für die Wohnung hat das AG der Klage hinsichtlich eines Teilbetrages von 6.604,69 DM stattgegeben und sie im übrigen abgewiesen. Die hiergegen gerichtete Berufung des Bekl. hat das LG zurückgewiesen. Auf die Anschlussberufung des Kl. hat es diesem kapitalisierte Zinsen in Höhe von 181,84 Euro zugesprochen. Mit seiner vom BerGer. zugelassenen Revision verfolgt der Bekl. sein Ziel der Klageabweisung weiter. Die Revision hatte Erfolg.

**Aus den Gründen:***A. Versäumnisurteil in der Revisionsinstanz*

Über die Revision war, da der Kl. in der Revisionsverhandlung trotz rechtzeitiger Ladung nicht vertreten

war, auf Antrag des Bekl. durch Versäumnisurteil zu entscheiden. Das Urteil beruht jedoch nicht auf der Säumnis, sondern auf einer Sachprüfung (vgl. BGHZ 37, 79, 81).

#### *B. Entscheidung und Begründung des BerGer.*

Das BerGer. hat, soweit für das Revisionsverfahren noch von Bedeutung, im wesentlichen ausgeführt:

Nach § 134 BGB in Verbindung mit § 5 WiStrG sei eine Mietvereinbarung teilnichtig, wenn der Vermieter sich infolge Ausnutzung eines geringen Angebots an vergleichbaren Mieträumen unangemessene Entgelte versprechen lasse; das sei dann der Fall, wenn die geltende ortsübliche Miete um mehr als 20 % überschritten werde. Diese Voraussetzungen seien hier erfüllt. In dem maßgebenden Zeitraum, insbesondere im Zeitpunkt des Vertragsschlusses, habe in Berlin ein Mangel an vergleichbarem Wohnraum in normaler Lage bestanden. Ein Indiz hierfür sei die Tatsache, dass jedenfalls für 1993 eine Zweckentfremdungsverordnung bestanden habe und Berlin durch Verordnung zum Gebiet mit gefährdeter Wohnraumversorgung erklärt worden sei. Der Bekl. habe keine Umstände dafür vorgetragen, dass bei Vertragsschluss am 10. Februar 1993 eine solche Mangellage nicht mehr bestanden habe.

Aus den Regeln der Preisbildung in der freien Marktwirtschaft ergebe sich, dass der Bekl. das geringe Angebot bei der Mietpreisvereinbarung ausgenutzt habe. Es seien keine Anhaltspunkte dafür erkennbar, dass der Kl. und seine Ehefrau aus besonderen Gründen ohnehin nur an dieser einen Wohnung interessiert gewesen seien und die Mietzinsbildung deshalb unabhängig von den Verhältnissen des Marktes abgelaufen sei.

Nach dem vom AG eingeholten Sachverständigengutachten übersteige die vereinbarte Miete die ortsübliche Vergleichsmiete um mehr als 20 %. Das Gutachten sei nachvollziehbar und hinreichend begründet. Das Vorgehen des Sachverständigen, aus den Beträgen des Mietspiegels einen Mittelwert zu errechnen, diesen Wert durch Berücksichtigung spezieller Merkmale der streitgegenständlichen Wohnung zu präzisieren und aus dem so ermittelten Betrag und der Miete für bestimmte Vergleichswohnungen die ortsübliche Vergleichsmiete festzustellen, sei nicht zu beanstanden. Unschädlich sei insbesondere, dass der Sachverständige lediglich drei konkrete Vergleichswohnungen berücksichtigt habe, während der vom Bekl. eingeschaltete Privatsachverständige seinen Ausführungen, die zu einer höheren ortsüblichen Miete gelangt seien, sechs Vergleichswohnungen zugrunde gelegt habe. Auf der Grundlage der vom Sachverständigen ermittelten ortsüblichen Vergleichsmiete und bei Berücksichtigung einer Wesentlichkeitsgrenze von 20 % ergebe sich eine Überzahlung von insgesamt 6.604,69 DM, deren Erstattung der Kläger verlangen könne. Der

Rückzahlungsanspruch sei - wie das LG näher ausgeführt hat - auch nicht verwirkt.

#### *C. Entscheidung des BGH in der Revision*

Diese Erwägungen halten der rechtlichen Überprüfung nicht in allen Punkten stand.

##### *I. Streit um die Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles bei der Anwendung von § 5 II WiStrG*

Zutreffend ist der rechtliche Ausgangspunkt des BerGer., dass die Vereinbarung einer Miete nichtig ist und der Mieter deshalb einen Rückforderungsanspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung hat, soweit die vereinbarte Miete die ortsübliche Vergleichsmiete um mehr als 20 % übersteigt und sich der Vermieter diese Miete unter Ausnutzung eines geringen Angebots an vergleichbaren Räumen hat versprechen lassen (§ 5 I und II WiStrG, §§ 134, 812 BGB; Senat BGHZ 89, 316, 319).

Zu Unrecht hat das BerGer. jedoch angenommen, im vorliegenden Fall sei eine Ausnutzung in diesem Sinne anzunehmen, weil keine Gründe dafür erkennbar seien, dass der Kl. und seine Ehefrau ein besonderes Interesse gerade an dieser Wohnung gehabt hätten und die Situation auf dem Wohnungsmarkt deshalb für die Mietzinsbildung keine Rolle gespielt habe.

Die Frage, wann das Tatbestandsmerkmal der Ausnutzung eines geringen Angebots an vergleichbaren Räumen erfüllt ist, ist in Rechtsprechung und Schrifttum allerdings umstritten. Teilweise wird die Meinung vertreten, es sei ausreichend und erforderlich, dass sich der Vermieter die gegebene Lage auf dem Wohnungsmarkt bewusst zunutze mache; ein Indiz oder ein Anscheinsbeweis hierfür liege beispielsweise dann vor, wenn - wie hier - eine Zweckentfremdungsverordnung oder eine Ausweisung der Gemeinde als Gebiet mit erhöhtem Wohnbedarf bestehe. Die daraus folgende Vermutung habe der Vermieter zu entkräften (vgl. z.B. LG Hamburg, WuM 2000, 426; LG Heidelberg, WuM 2001, 346; Schmidt-Futterer/Blank, Mietrecht, 8. Aufl., § 5 WiStrG Rdnr. 76 und 95).

Nach anderer Ansicht erstreckt sich die Darlegungs- und Beweislast des Mieters zum Merkmal der "Ausnutzung" im Rückforderungsprozess auch auf die Situation des Mieters im Einzelfall. Danach muss der Mieter, der sich darauf beruft, der Vermieter habe eine Mangellage im Sinne des § 5 WiStrG ausgenutzt, im einzelnen darlegen, welche Bemühungen er bei der Suche nach einer angemessenen Wohnung unternommen hat und weshalb diese Suche erfolglos geblieben ist (so z.B. LG Aachen, NZM 2001, 466; LG Berlin, GE 2003, 189 und 2002, 1267 mit zustimmender Anmerkung Schach, GE 2002, 1234; vgl. auch OLG Braunschweig, WuM 1999, 684 = GE 2000, 408).

##### *II. Auffassung des erkennenden Senats*

Der Senat teilt die letztgenannte Auffassung.

### *1. Berücksichtigung von Verfassungsrecht bei der Auslegung des § 5 II WiStrG*

Bei der Auslegung des Begriffs der "Ausnutzung eines geringen Angebots an vergleichbaren Räumen" in § 5 II 1 WiStrG ist zunächst zu berücksichtigen, dass die Vorschrift das Prinzip der Vertragsfreiheit (Art. 2 GG) und die Eigentumsgarantie des Art. 14 GG einschränkt. Diese Einschränkung ist unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten daher nur insoweit gerechtfertigt, als sie durch die Sozialbindung des Eigentums - hier: im Hinblick auf den Schutz des Mieters vor Ausnutzung einer bestehenden Mangellage - geboten ist. Eine ausdehnende Auslegung zum Nachteil des Vermieters kommt deshalb nicht in Betracht; sie ist überdies weder durch den Schutzzweck der Norm noch durch ihren Wortlaut veranlasst.

### *2. Schutzzweck des § 5 II WiStrG*

Soweit die Ordnungswidrigkeitenbestimmung des § 5 WiStrG über § 134 BGB in das Zivilrecht hineinwirkt, geht es nicht - jedenfalls nicht vorrangig - um die Verhinderung von Wettbewerbsstörungen (vgl. dazu Lamm, Wohnraummietrecht, 2. Aufl., § 5 WiStrG Rn. 1; Schmidt-Futterer/Blank aaO, Rn. 1), sondern um den Schutz des Mieters. Durch die Sanktion der (Teil-)Nichtigkeit der Vereinbarung über die Höhe der Miete sollen der Mieter davor geschützt und der Vermieter davon abgehalten werden, auf Grund einer unausgewogenen Lage auf dem Mietwohnungsmarkt eine unangemessen hohe Miete zu versprechen bzw. zu fordern. Zwischen der Mangellage und der Vereinbarung der überhöhten Miete muss daher ein Kausalzusammenhang bestehen; daran fehlt es unter anderem dann, wenn der Mieter unabhängig von der Lage auf dem Wohnungsmarkt bereit ist, eine verhältnismäßig hohe Miete zu bezahlen, etwa deshalb, weil er aus persönlichen Gründen - beispielsweise wegen einer von ihm bevorzugten Wohnlage - nur eine bestimmte und keine vergleichbare andere Wohnung beziehen will. Dasselbe gilt, wenn der Mieter die Wohnung mietet, ohne sich zuvor über ähnliche Objekte und die Höhe der üblichen Miete erkundigt zu haben. In allen diesen Fällen bedarf der Mieter nicht des Schutzes, den das Gesetz demjenigen Wohnungssuchenden gewähren will, der sich auf die unangemessen hohe Miete nur deshalb einlässt, weil er sonst auf dem unausgewogenen Wohnungsmarkt keine seinen berechtigten Erwartungen entsprechende Wohnung zu finden vermag.

### *3. Schlussfolgerung: Berücksichtigung der konkreten Motive des Mieters*

Diese Auslegung steht im Einklang mit dem Wortlaut des § 5 Abs. 2 WiStrG ("infolge der Ausnutzung"). Dabei kann offenbleiben, ob und inwieweit die subjektiven Merkmale des Ordnungswidrigkeitentatbestandes im Rahmen des § 134 BGB erfüllt sein müssen (vgl. Senatsurteil BGHZ 115, 123, 129 f.). Jedenfalls darf

bei dem Tatbestandsmerkmal der "Ausnutzung" nicht allein auf das Verhalten des Vermieters und die objektive Lage auf dem maßgeblichen Wohnungsmarkt abgestellt werden. Angesichts der Vielgestaltigkeit der denkbaren Motivlage des Mieters für den Vertragsschluss muss sich das Merkmal der "Ausnutzung" auch auf seine Person beziehen; wer die geforderte Miete ohne weiteres oder aus besonderen persönlichen Gründen zu zahlen bereit ist, wer mithin eine objektiv bestehende Ausweichmöglichkeit nicht wahrnimmt, wird nicht "ausgenutzt" (ebenso z.B. Lamm aaO Rn. 31; a.A. Schmidt-Futterer/Blank aaO, Rn. 76).

### *III. Auswirkungen auf die Darlegungs- und Beweislast des Mieters*

Nach diesen Grundsätzen ist eine Beweiserleichterung in Gestalt eines Anscheinsbeweises oder einer Vermutung zugunsten des Mieters weder geboten noch gerechtfertigt.

#### *1. Keine Anwendbarkeit der Grundsätze des Anscheinsbeweises*

Der Anscheinsbeweis setzt einen typischen Geschehensablauf voraus, der nach der Lebenserfahrung auf eine bestimmte Ursache hinweist und so sehr das Gepräge des Gewöhnlichen und Üblichen trägt, dass die besonderen und individuellen Umstände in ihrer Bedeutung zurücktreten (BGHZ 104, 256, 259). Das ist bei individuellen Verhaltensweisen von Menschen in bestimmten Lebenslagen ohnehin allenfalls in eng begrenzten Ausnahmefällen anzunehmen (BGHZ aaO und BGHZ 123, 311, 314 ff.). Die Beantwortung der Frage, aus welchen Gründen ein Mieter in einer bestimmten Situation einen Mietvertrag abgeschlossen hat, kann von den unterschiedlichsten Faktoren abhängen; sie entzieht sich einer derartigen typisierenden Betrachtungsweise.

#### *2. Durch den Mieter vorzutragende und zu beweisende Tatsachen*

Für eine Beweiserleichterung oder sogar eine Beweislastumkehr besteht im übrigen auch im Hinblick auf den Schutzzweck des § 5 WiStrG kein Bedürfnis. Dem Mieter ist es ohne weiteres möglich und zumutbar, darzulegen, ob in seinem konkreten Fall der Vermieter die Lage auf dem Wohnungsmarkt zur Vereinbarung einer unangemessen hohen Miete ausgenutzt hat. Dazu braucht er lediglich vorzutragen, welche Bemühungen bei der Wohnungssuche er bisher unternommen hat, weshalb diese erfolglos geblieben sind und dass er mangels einer Ausweichmöglichkeit nunmehr auf den Abschluss des für ihn ungünstigen Mietvertrages angewiesen war. Es gibt keinen rechtfertigenden Grund, ihn - abweichend von den allgemeinen Regeln der Darlegungs- und Beweislast - von der Obliegenheit zum Vortrag dieser für ihn günstigen Tatsachen zu befreien mit der Folge, dass der Vermieter darzutun

hätte, dass die Höhe der vereinbarten Miete nicht auf der Mangellage beruhte. Entgegen der Auffassung des BerGer. kann die Existenz eines Zweckentfremdungsverbots oder einer ähnlichen Verordnung nicht ausreichen, um ohne weitere tatsächliche Grundlagen das Merkmal der unzulässigen Ausnutzung einer Wohnungsmangellage zu bejahen.

### 3. Unzureichender Vortrag des Mieters im konkreten Fall

Nach alledem bleibt es auch bei einer Fallgestaltung wie der vorliegenden grundsätzlich dabei, dass der Mieter diejenigen Tatsachen darzutun und gegebenenfalls zu beweisen hat, aus denen sich die Ausnutzung der Mangelsituation im Sinne des § 5 WiStrG in seinem konkreten Fall ergibt. Dazu fehlt es bislang an jeglichem Vortrag des Kl. und entsprechenden Feststellungen des Tatrichters. Rechtsfehlerhaft hat sich das BerGer. mit dem Bestehen des Zweckentfremdungsverbots und der Verordnung über die Gefährdung der Wohnraumversorgung in Berlin als Indiz begnügt und angenommen, hieraus und aus den Regeln der Preisbildung in der freien Marktwirtschaft ergebe sich, dass der Bekl. das geringe Angebot bei der Mietpreisvereinbarung auch ausgenutzt habe; Anhaltspunkte dafür, dass der Kl. aus besonderen Gründen ohnehin nur an dieser einen Wohnung interessiert gewesen sei und die Mietzinsbildung deshalb unabhängig von den Marktverhältnissen abgelaufen sei, lägen nicht vor. Das ist, wie ausgeführt, nicht ausreichend.

Fehlt es mithin bislang an einer tragfähigen Grundlage für die Annahme des BerGer., der Bekl. habe bei Abschluss des Mietvertrages gegen das Verbot des § 5 WiStrG verstoßen, entfällt damit zugleich der gemäß § 134 BGB zur Teilnichtigkeit der Mietpreisvereinbarung führende Gesetzesverstoß. Damit ist der Tatbestand der ungerechtfertigten Bereicherung des Bekl. hinsichtlich des Teils der Miete, der die ortsübliche Miete um mehr als 20 % übersteigt, nicht erfüllt. Mit der vom LG gegebenen Begründung lässt sich daher das angefochtene Urteil nicht aufrechterhalten.

### IV. Aufhebung und Zurückverweisung zwecks weiterer Tatsachenfeststellung

Auf die Revision der Bekl. ist deshalb das Berufungsurteil aufzuheben, und die Sache ist an das BerGer. zurückzuverweisen (§ 563 I und III ZPO). Zu einer eigenen Sachentscheidung ist der Senat nicht in der Lage, weil es weiterer tatrichterlicher Feststellungen bedarf. Die Erwägungen, mit denen das BerGer. eine Mangellage auf dem Wohnungsmarkt angenommen und eine Verwirkung des angeblichen Rückforderungsanspruchs des Kl. verneint hat, sind allerdings aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

In der neuen Berufungsverhandlung werden die Parteien Gelegenheit haben, ihr Vorbringen zu der Frage zu ergänzen, ob und gegebenenfalls welche erfolglosen Bemühungen der Kl. unternommen hat, bevor er am 10. Februar 1993 den Mietvertrag mit dem Bekl. abgeschlossen hat.

## Standort: Deliktsrecht / Verjährung

## Problem: Hemmung der Verjährung

BGH, URTEIL VOM 17.02.2004  
VI ZR 429 / 02 (NJW 2004, 1654)

### Problemdarstellung:

Der Kl. hatte hier unstreitig Schadensersatzansprüche gegen die Bekl. aus einem Verkehrsunfall im April 1995. Die Bekl. hatte die zunächst geltend gemachten Ansprüche mit Schreiben vom 02.05.1996 vollständig reguliert. In der seinerzeit erfolgten Zahlung war zugleich ein Anerkenntnis zu sehen, das gem. § 208 BGB a. F. zu einer Unterbrechung der Verjährung führte. Die gem. § 852 I BGB a. F. dreijährige Verjährungsfrist begann bezgl. der Ansprüche des Kl. mithin gem. § 217 BGB a. F. von neuem zu laufen. Als dann im Jahre 1997 beim Kl. Folgebeschwerden auftraten, die im September 1998 sogar zu einer mit Einkommenseinbußen verbundenen Versetzung des Kl. führten, und die dieser auf das Unfallereignis aus 1995 zurückführte, wandte der Kläger sich im Februar 1999 erneut an die Bekl. Diese erklärte mit Schreiben vom 02.03.1999 den Verzicht auf die Einrede der Verjährung bis zum 31.12.2000. Am 21.02.2001 erklärte sie

einen erneuten Verzicht bis Ende 2001, soweit die Verjährung nicht schon eingetreten sei. Während der gesamten Zeit schwebten zwischen den Parteien Verhandlungen über die Ersatzfähigkeit der Folgeschäden.

Als es dann im Juni 2001 zum Prozess kam, berief die Bekl. sich auf die Einrede der Verjährung.

Der BGH hatte sich nunmehr mit der Frage auseinandersetzen, ob der Verjährungsverzicht der Bekl. bis Ende 2000 einer gleichzeitigen Hemmung der Verjährung gem. § 852 II BGB a. F. wegen der schwebenden Verhandlungen entgegenstehe, so dass die Bekl. sich seit dem 01.01.2001 auf die eingetretene Verjährung berufen konnte. Der BGH ist dieser Auffassung entgegengetreten und hat klargestellt, dass ein Verzicht auf die Einrede der Verjährung der gleichzeitigen Anwendung des § 852 II BGB a. F. nicht entgegenstehe.

### Prüfungsrelevanz:

Durch die Schuldrechtsmodernisierung ist die besondere deliktsrechtliche Verjährungsvorschrift des § 852 BGB a. F. mit Wirkung zum 01.01.2002 entfallen. Das vorliegende Urteil ist gleichwohl weiterhin aktuell, da



durch die Schuldrechtsmodernisierung weite Teile des alten § 852 BGB zur allgemeinen Verjährungsregelung erhoben wurden. Insbesondere findet sich in dem § 852 II BGB a. F. entsprechender Hemmungstatbestand der Verjährung nunmehr in § 203 BGB n. F., so dass die Ausführungen des BGH etwa zum Begriff der "Verhandlungen" ebenso auf die neue Rechtslage übertragbar sind, wie die grundlegende Entscheidung, dass Verjährungsverzicht und Verjährungshemmung sich nicht gegenseitig ausschließen.

**Vertiefungshinweis:**

Witt: "Schuldrechtsmodernisierung 2001/2002 - Das neue Verjährungsrecht", JuS 2002, 105 ff

**Kursprogramm:**

Examenskurs: "Der defekte Synthesizer"

**Leitsatz:**

**Die Hemmung der Verjährung wegen schwebender Verhandlungen zwischen den Parteien wird durch die Erklärung, bis zu einem bestimmten Zeitpunkt auf die Erhebung der Einrede der Verjährung zu verzichten, grundsätzlich nicht berührt.**

**Sachverhalt:**

Der Kl. verlangt weiteren Schadensersatz nach einem Verkehrsunfall im April 1995, bei dem die Bekl. die zunächst angemeldeten Ansprüche durch Zahlung vom 2. Mai 1996 in vollem Umfang reguliert hatte.

1997 traten beim Kl. Folgebeschwerden auf. Im September 1998 wurde er auf einen anderen Arbeitsplatz umgesetzt, was mit Gehaltseinbußen verbunden war. Er wandte sich deshalb im Februar 1999 an die Bekl.; mit Schreiben vom 2. März 1999 verzichtete diese auf die Erhebung der Einrede der Verjährung bis zum 31. Dezember 2000. Im Juni 2000 gab die Bekl. ein chirurgisches Gutachten in Auftrag, das am 26. Oktober 2000 vorgelegt wurde. Sie übersandte das Gutachten am 7. Dezember 2000 dem Rechtsanwalt des Kl., der mit ihrer Sachbearbeiterin einige Telefongespräche über die Ansprüche führte. Mit Schreiben vom 8. Februar 2001 bekräftigte die Bekl. ihren Standpunkt, dass aufgrund des Gutachtens vom 26. Oktober 2000 von einer unfallbedingten Umsetzung des Kl. nicht ausgegangen werden könne. Nach einem weiteren Telefonat erklärte sie mit Schreiben vom 21. Februar 2001 den Verzicht auf die Einrede der Verjährung bis zum Ende des Jahres 2001, "soweit diese bislang nicht eingetreten ist". Mit Schreiben vom 19. März 2001 übersandte der Kl. ihr eine ärztliche Bescheinigung und erinnerte mit Schreiben vom 4. und 8. Mai 2001 an die Bearbeitung. Die Bekl. berief sich mit Schreiben vom 14. Mai 2001 erneut auf das Gutachten vom 26. Oktober 2000, stellte jedoch dem Kl. anheim, ihr weitere Unterlagen zu übersenden. Am 9. Juli 2001 hat

der Kläger die vorliegende Klage eingereicht, die der Bekl. am 16. Juli 2001 zugestellt worden ist. Das LG hat die Klage auf die Einrede der Verjährung abgewiesen. Die Berufung ist ohne Erfolg geblieben. Die vom erkennenden Senat zugelassene Revision führt zur Aufhebung und Zurückverweisung.

**Aus den Gründen:**

**A. Entscheidung und Begründung des BerGer.**

Nach Auffassung des BerGer. sind mögliche weitere Schadensersatzansprüche verjährt. Die eingetretenen Folgeschäden seien voraussehbare Folgen der vom Kl. erlittenen Verletzungen. Die mit Kenntnis vom Schaden und der Person des Schädigers anlaufende Verjährungsfrist umfasse deshalb auch die Schadensersatzansprüche wegen dieser Beschwerden. Die ursprüngliche Hemmung der Verjährung nach § 3 Nr. 3 Satz 2 PflVG habe mit dem Regulierungsschreiben der Bekl. vom 2. Mai 1996 geendet. Gleichzeitig habe die Zahlung am 2. Mai 1996 die Verjährung gemäß § 208 BGB a. F. unterbrochen und eine neue dreijährige Verjährungsfrist in Lauf gesetzt.

Diese am 3. Mai 1996 neu angelaufene Verjährungsfrist sei bis zur Vollendung der Verjährung am 2. Mai 1999 nicht erneut gehemmt worden, auch wenn vor diesem Zeitpunkt Verhandlungen zwischen den Parteien geführt worden sein sollten. Denn aufgrund der Erklärung der Bekl. vom 2. März 1999, auf die Einrede der Verjährung zu verzichten, habe bis zum 31. Dezember 2000 der Einrede der Verjährung der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung entgegengestanden. In diesem Fall trete eine Hemmung durch wieder aufgenommene Verhandlungen nicht ein (Erman-Hefermehl, BGB, 9. Aufl., § 205 Rdn. 3). Die Erklärung habe keinen Einfluss auf den Lauf der Verjährungsfrist gehabt (§ 225 BGB a. F.). Die Berufung auf die Verjährung stehe auch nicht im Hinblick darauf, dass die Bekl. mit jenem Schreiben und dem vom 21. Februar 2001 den Verzicht auf die Einrede der Verjährung erklärt habe, in Widerspruch zu Treu und Glauben. Der auf einem Einredeverzicht beruhende Vertrauensschutz des Gläubigers sei nur solange gerechtfertigt, wie die den Einwand der unzulässigen Rechtsausübung begründenden Umstände andauerten. Wenn der Verzicht - wie hier bis zum 31. Dezember 2000 - von vornherein befristet sei, könne der Gläubiger nach Ablauf der Befristung nicht mehr darauf vertrauen, dass der Schuldner die Einrede der Verjährung nicht erheben werde. Aus der Erklärung vom 21. Februar 2001 ergebe sich nichts anderes, da diese den Verzicht auf die Einrede der Verjährung für bereits verjährte Ansprüche ausgeschlossen habe.

Da die Verjährung bereits am 3. Mai 1999 eingetreten sei, hätten auch die Verhandlungen im Dezember 2000 eine Hemmung der Verjährung nicht mehr bewirken können.

*B. Entscheidung des BGH in der Revision*

Die Ausführungen des BerGer. halten der revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht stand.

*I. Erklärung des Verjährungsverzichts lässt einen gesetzlichen Hemmungstatbestand unberührt*

Da das BerGer. offenlässt, ob vor der von ihm angenommenen Vollendung der Verjährung am 2. Mai 1999 Verhandlungen zwischen den Parteien geführt worden sind, ist für die revisionsrechtliche Beurteilung davon auszugehen, dass solche Verhandlungen geführt wurden. Bereits im Hinblick darauf rechtfertigen die vom BerGer. getroffenen Feststellungen nicht die rechtliche Beurteilung, die mit der Klage geltend gemachten Ansprüche seien verjährt.

Die Revision wendet sich zu Recht gegen die Auffassung des BerGer., wegen des am 2. März 1999 erklärten Verzichts auf Erhebung der Einrede der Verjährung habe eine Hemmung durch wiederaufgenommene Verhandlungen nicht eintreten können. Wie die Revision geltend macht, ergibt sich bereits aus einer früheren Entscheidung des erkennenden Senats, dass eine Hemmung der Verjährung wegen schwebender Verhandlungen zwischen den Parteien ungeachtet der Erklärung, bis zu einem bestimmten Zeitpunkt auf die Erhebung der Einrede der Verjährung zu verzichten, möglich ist (vgl. § 852 II BGB a.F.). Der Senat hat nämlich ausgeführt, es spreche alles dafür, dass wegen schwebender Verhandlungen zwischen den Parteien die Verjährungsfrist gehemmt gewesen sei (§ 852 II BGB), so dass auch ungeachtet des "Verjährungsverzichts" im Zeitpunkt der Klageerhebung noch keine Verjährung eingetreten sein konnte (vgl. Senatsurteil vom 10. März 1987 - VI ZR 88/86 - VersR 1987, 770, 771). Hiernach kommt eine Hemmung der Verjährung nach § 852 II BGB a.F. trotz eines "Verjährungsverzichts" in Betracht.

Der vorliegende Fall gibt zu keiner anderen Beurteilung Anlass. Nur sie wird dem Sinn und Zweck eines vom Haftpflichtversicherer erklärten Verzichts auf Erhebung der Einrede der Verjährung gerecht. Ein solcher Einredeverzicht, wie er im Verlauf von Verhandlungen zwischen Haftpflichtversicherern und den Geschädigten häufig erklärt wird, verhindert nämlich nur, dass sich der Versicherer nach einem Scheitern von Verhandlungen, die über das Ende der Verjährungsfrist hinaus angedauert haben, mit Erfolg auf den Eintritt der Verjährung berufen kann. Er soll die Möglichkeit einer gerichtlichen Auseinandersetzung offenhalten (vgl. Senatsurteil vom 17. Januar 1978 - VI ZR 116/76 - VersR 1978, 423). Durch ihn wird jedoch eine sich aus den gesetzlichen Vorschriften ergebende Hemmung der Verjährungsfrist nicht berührt. Insofern hat das BerGer. möglicherweise eine Formulierung im Kommentar von Erman missverstanden, wonach keine

Hemmung eintrete, wenn der Einrede der Verjährung die Einrede der unzulässigen Rechtsausübung entgegenstehe (vgl. Erman/Hefermehl, BGB, 10. Aufl., § 205 Rdn. 3). Zwar ist es richtig, dass eine nach Erklärung eines Verjährungsverzichts bestehende Einrede der unzulässigen Rechtsausübung für sich genommen nicht zu einer Hemmung der Verjährung führt (vgl. BGH, Urteil vom 6. Dezember 1990 - VII ZR 126/90 - NJW 1991, 974, 975). Das bedeutet lediglich, dass ein befristeter Verjährungsverzicht den Ablauf der Verjährung unberührt lässt, rechtfertigt aber nicht die Folgerung des BerGer., dass ein solcher Verzicht den Eintritt eines gesetzlichen Hemmungstatbestandes durch Aufnahme von Verhandlungen ausschließt.

*II. Zum Begriff der hemmungsbegründenden "Verhandlungen"*

Ergänzend weist der Senat darauf hin, dass nach den im Berufungsurteil getroffenen Feststellungen - auch ohne revisionsrechtliche Unterstellung - viel dafür spricht, eine Hemmung der Verjährung nach §§ 852 II, 205 BGB a.F. anzunehmen.

Das für den Beginn der Verjährungshemmung maßgebliche "Verhandeln" im Sinne des § 852 II BGB a.F. ist weit zu verstehen. Nach ständiger Rechtsprechung des Senats genügt dafür jeder Meinungs-austausch über den Schadensfall zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten, sofern nicht sofort und eindeutig jeder Ersatz abgelehnt wird. Verhandlungen schweben daher schon dann, wenn der in Anspruch Genommene Erklärungen abgibt, die dem Geschädigten die Annahme gestatten, der Verpflichtete lasse sich auf Erörterungen über die Berechtigung von Schadensersatzansprüchen ein. Nicht erforderlich ist, dass dabei eine Vergleichsbereitschaft oder eine Bereitschaft zum Entgegenkommen signalisiert wird (vgl. Senatsurteile vom 8. Mai 2001 - VI ZR 208/00 - VersR 2001, 1255, 1256; vom 20. Februar 2001 - VI ZR 179/00 - VersR 2001, 1167; vom 31. Oktober 2000 - VI ZR 198/99 - VersR 2001, 108, 110, insoweit nicht abgedruckt in BGHZ 145, 358).

Hier waren die Parteien schon vor der grundsätzlich im Mai 1999 ablaufenden Verjährungsfrist dadurch in Verhandlungen eingetreten, dass sich der Kl. im Februar 1999 an die Bekl. wandte und diese mit Schreiben vom 2. März 1999 auf die Erhebung der Einrede der Verjährung bis zum 31. Dezember 2000 verzichtete. Insoweit kommt es entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung nicht darauf an, ob der Kl. bereits im Februar 1999 konkrete Ansprüche bei der Bekl. geltend machte oder diese im Schreiben vom 5. Februar 1999 zunächst lediglich darum bat, auf die Einrede der Verjährung zu verzichten [wird ausgeführt].

*Strafrecht***Standort: § 261 StGB****Problem: Annahme von Verteidigerhonorar**

BVERFG, URTEIL VOM 30.03.2004  
2 BvR 1520/01, 2 BvR 1521/01 (NSTZ 2004, 259)

**Problemdarstellung:**

Die Beschwerdeführer - beides Rechtsanwälte und Strafverteidiger - waren (in letzter Instanz vom BGH) wegen Geldwäsche (§ 261 StGB) verurteilt worden, weil sie sich ihr Strafverteidigerhonorar von ihren Mandanten mit Bargeld bezahlen ließen, obwohl sie wussten, dass dieses aus einer in § 261 I 2 StGB genannten Straftat stammte. Mit der Verfassungsbeschwerde rügten die Beschwerdeführer insb., dass dieses Urteil in verfassungswidriger Weise in ihre Berufsfreiheit als Rechtsanwälte und Strafverteidiger eingreife. Das BVerfG bestätigte jedoch die BGH-Rechtsprechung (vgl. BGHSt 47, 68), dass eine Strafbarkeit des Verteidigers wegen Geldwäsche durch Annahme des Verteidigerhonorars dann verfassungskonform sei, wenn der Anwalt sicher gewusst habe, dass das Geld aus einer der in § 261 I 2 StGB genannten Straftaten stammte.

**Prüfungsrelevanz:**

Das vorliegende Urteil ist ein solches des BVerfG, befasst sich somit lediglich mit der Frage, ob die Verurteilung eines Verteidigers wegen Geldwäsche durch Annahme eines Honorars verfassungskonform ist; weitere strafrechtsspezifische Gesichtspunkte werden allenfalls am Rande erörtert (so dass sich dieses Urteil auch in den ÖRechts-Teil dieser RA einfügen würde).

Sinn und Zweck des Tatbestands der Geldwäsche (§ 261 StGB) ist es, zu verhindern, dass illegal erworbenes Geld straflos in "legale" Vermögenswerte umgewandelt werden kann (BGH, NJW 1997, 3322 f.; Tröndle/Fischer, § 261 Rn. 3a). Hierzu hat der Gesetzgeber einen Tatbestand geschaffen, der wegen seiner außerordentlichen Weite (vgl. insb. § 261 II StGB) einer Einschränkung durch eine restriktive Auslegung bedarf (Barton, StV 1993, 160; Bottke, wistra 1995, 123; Schönke/Schröder-Stree, § 261 Rn. 14 ff.).

Ein klassisches Problem in diesem Zusammenhang ist die Frage, ob ein Strafverteidiger, dessen Mandant wegen einer der Katalogtaten des § 261 I 2 StGB verfolgt wird, sich wegen Geldwäsche (insb. gem. § 261 II Nr. 1 StGB) strafbar machen kann, wenn er von seinem Mandanten ein Honorar annimmt, das aus dieser Tat stammt (vgl. hierzu die ausführliche Darstellung bei Tröndle/Fischer, § 261 Rn. 32 ff.). Es besteht zwar

Übereinstimmung dahingehend, dass § 261 II Nr. 1 StGB in der genannten Konstellation einer Einschränkung bedarf, um das Vertrauensverhältnis zwischen Mandant und Verteidiger nicht auszuhöhlen und eine effektive Verteidigung zu gewährleisten, aber auch um den Rechtsanwalt vor der Gefahr zu schützen, sich durch die Ausübung seiner Aufgaben als Verteidiger selbst der Strafverfolgung preiszugeben (insofern werden auch oft Parallelen gezogen zu der Frage, ob sich ein Strafverteidiger wegen Strafvereitelung (§ 258 StGB) strafbar machen kann, vgl. Tröndle/Fischer, § 261 Rn. 33 d). Die Lösungsansätze sind durchaus unterschiedlich: teilweise wird § 261 StGB gänzlich auf Strafverteidiger nicht angewandt (von Galen, StV 2000, 575), teilweise wird § 261 StGB dann ausgeschlossen, wenn der Verteidiger sich den Vermögensgegenstand ausschließlich zur Befriedigung seiner Honorarforderung verschafft und der Anspruch des durch die Vortat Verletzten hierdurch nicht vereitelt oder gefährdet wird (OLG Hamburg, NJW 2000, 673). Eine dritte Auffassung nimmt an, dass Art. 2 I GG i.V.m. der Unschuldsvermutung und des Rechtes des Angeklagten auf "Waffengleichheit" einen Rechtfertigungsgrund zugunsten des Verteidigers bildet (OLG Hamm, NJW 2000, 636; Bernsmann, StraFo 2001, 344; Lüderssen, StV 2000, 206). Schließlich wird vorgeschlagen, die erforderliche Reduktion über den subjektiven Tatbestand herbeizuführen und § 261 II StGB auf Verteidiger nur bei direktem Vorsatz anzuwenden (Matt, GA 2002, 137). Der letzteren Auffassung haben sich der BGH (BGHSt 47, 68) und - in der vorliegenden Entscheidung - auch das BVerfG angeschlossen. Eine Geldwäsche durch die Annahme eines Verteidigerhonorars ist somit zwar möglich, aber nur, wenn der Verteidiger sicher weiß, dass das Geld aus einer Katalogtat stammt. Dass diese Auslegung des § 261 II StGB dazu führt, dass § 261 V StGB, der auch leichtfertiges Handeln unter Strafe stellt, letztlich auf Verteidiger keine Anwendung findet, betont das BVerfG im vorliegenden Urteil noch einmal.

Interessant am vorliegenden Urteil sind auch die Anweisungen des BVerfG an die Staatsanwaltschaften und Strafgerichte zur gebotenen Einschränkung strafprozessualer Maßnahmen gegen Strafverteidiger wegen des Verdachtes der Geldwäsche in den genannten Fällen. Ob die vorliegende Entscheidung aber tatsächlich "ein juristischer Paukenschlag" ist, "der Gesetzgeber und Strafjustiz den hohen verfassungsrechtlichen Rang der Strafverteidigung nachdrücklich ins

Bewusstsein rufen soll" (Dahs/Krause/Widmaier, NStZ 2004, 261), bleibt wohl abzuwarten.

#### **Vertiefungshinweise:**

□ Geldwäsche durch Annahme eines Verteidigerhonorars: *BGHSt* 47, 68; *OLG Hamburg*, NJW 2000, 673; *Ambos*, JZ 2002, 70; *Bernsmann*, StraFo 2001, 344; *Burger*, wistra 2002, 1; *Dahs/Krause/Widmaier*, NStZ 2004, 261; *von Galen*, StV 2000, 575; *Katholnigg*, JR 2002, 30; *Meyer-Abich*, NStZ 2001, 465; *Nestler*, StV 2001, 641

#### **Leitsätze:**

**1. § 261 Absatz 2 Nummer 1 des Strafgesetzbuchs ist mit dem Grundgesetz vereinbar, soweit Strafverteidiger nur dann mit Strafe bedroht werden, wenn sie im Zeitpunkt der Annahme ihres Honorars sichere Kenntnis von dessen Herkunft hatten.**

**2. Strafverfolgungsbehörden und Gerichte sind bei der Anwendung des § 261 Absatz 2 Nummer 1 StGB verpflichtet, auf die besondere Stellung des Strafverteidigers schon ab dem Ermittlungsverfahren angemessene Rücksicht zu nehmen.**

#### **Sachverhalt:**

Die Beschwerdeführer sind Rechtsanwälte. Sie wenden sich gegen ihre strafgerichtliche Verurteilung wegen Geldwäsche durch Annahme eines Strafverteidigerhonorars [...]. Den Feststellungen der Fachgericht zufolge hatten sie nach der Festnahme ihrer Mandanten jeweils einen Betrag von 200.000 DM in bar als Honorarvorschuss für die Vertretung im Haftbefehrsverfahren entgegengenommen, obwohl sie sicher wussten, dass das Geld aus Betrugstaten herrührte (zu weiteren Einzelheiten vgl. NStZ 2001, 535). Das Landgericht hatte die Beschwerdeführer deshalb wegen Geldwäsche (§ 261 StGB) verurteilt. Eine Revision der Beschwerdeführer zum BGH blieb erfolglos. Die Beschwerdeführer legten daraufhin Verfassungsbeschwerde ein.

#### **Aus den Gründen:**

*I. Zur Verfassungsmäßigkeit der Verurteilung eines Verteidigers wegen Geldwäsche durch Annahme des Verteidigerhonorars.*

*1. Keine Verfassungswidrigkeit des dem angefochtenen Urteil zugrunde liegenden Verständnisses des § 261 StGB*

Die Auslegung, dass die Annahme eines Honorars oder eines Honorarvorschusses durch einen Strafverteidiger strafbare Geldwäsche im Sinne des § 261 Abs. 2 Nr. 1 StGB sein kann, begegnet keinen grundsätzlichen verfassungsrechtlichen Bedenken und überschreitet insbesondere nicht die richterlicher Gesetzesauslegung von Verfassungen wegen gesetzten Grenzen. [...]

*2. Zum Eingriff in die Berufsfreiheit des Verteidigers (Art. 12 GG) durch § 261 StGB*

§ 261 Abs. 2 Nr. 1 StGB bedeutet für den Strafverteidiger einen Eingriff in sein Grundrecht auf freie Berufsausübung (Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG). [...]

Zum Mandantenkreis eines forensisch tätigen Strafverteidigers zählen typischerweise Personen, die in den Verdacht einer Katalogtat der Geldwäsche geraten sind und gegen die deshalb ein Ermittlungsverfahren geführt wird. [...]

Die Wahrnehmung dieser beruflichen Aufgabe und der Umstand, dass der Strafverteidiger aus dem Verteidigungsverhältnis Informationen sowohl über den Lebenssachverhalt, der dem Tatvorwurf zugrunde liegt, als auch über die Vermögensverhältnisse seines Mandanten erlangt, können das Risiko des Strafverteidigers, selbst in den Anfangsverdacht einer Geldwäsche zu geraten, signifikant erhöhen (vgl. W. Schmidt, StraFo 2003, S. 2, 4).

Die mit § 261 Abs. 2 Nr. 1 StGB verbundenen Unsicherheiten und Risiken resultieren nicht nur aus den Handlungsbedingungen des Mandatsverhältnisses, sondern auch aus der weiten Fassung des subjektiven Tatbestands. Der Gesetzgeber hat auf qualifizierende subjektive Tatbestandsmerkmale verzichtet; bedingter Vorsatz oder gar Leichtfertigkeit genügen für die Zurechnung zur Schuld (vgl. § 261 Abs. 5 StGB). Hält der Strafverteidiger es im Zeitpunkt der Entgegennahme des Honorars für möglich, dass dieses aus einer Katalogtat stammt, und billigt er dies, so kann er wegen vorsätzlicher Geldwäsche strafbar sein (vgl. Tröndle/Fischer, Kommentar zum StGB, 51. Aufl. 2003, § 261, Rn. 41). Die Vorstellung des Handelnden über Tatsachen wird sich - von den seltenen Fällen eines glaubhaften Geständnisses abgesehen - regelmäßig allein aus äußeren Indikatoren erschließen, deren Bewertung kaum sicher vorherzusehen ist, auch wenn sie im Ergebnis zur Überzeugung des Gerichts den Vorwurf tragen, der Strafverteidiger habe die kriminelle Herkunft seines Honorars für möglich gehalten und deshalb vorsätzlich gehandelt. [...]

Die Gefahr möglicher eigener Strafbarkeit, die für den Strafverteidiger aus § 261 Abs. 2 Nr. 1 StGB folgt, wenn die Bestimmung auf ihn wie auf Angehörige beliebiger anderer Berufsgruppen angewandt wird, ist mit der Gefahr eines Interessenkonflikts verbunden, der die professionelle Arbeit des Strafverteidigers erheblich erschweren oder sogar unmöglich machen kann. Ein Strafverteidiger, der sich durch die Annahme eines Honorars der Gefahr eigener Strafverfolgung ausgesetzt sieht, kann die von ihm gewählte berufliche Tätigkeit nicht mehr frei und unabhängig ausführen und ist nicht in der Lage, die ihm von Verfassungen wegen anvertraute Aufgabe der Interessenwahrnehmung für den Beschuldigten zu erfüllen. [...]

Die materielle Strafnorm und das ihr zugeordnete strafprozessuale Instrumentarium sind insofern auch

geeignet, das Vertrauensverhältnis zwischen Anwalt und Mandant zu gefährden. [...]

Die Strafdrohung des § 261 Abs. 1 Nr. 1 StGB stellt, wenn sie auf Strafverteidiger wie auf Jedermann angewandt wird, schon in Frage, ob ein Mandant noch auf die Verschwiegenheit seines Verteidigers zählen kann. Dies gilt zumal in Fällen, in denen die Staatsanwaltschaft ein förmliches Ermittlungsverfahren gegen den Strafverteidiger einleitet. [...] Müsste ein Beschuldigter schon dann damit rechnen, dass sein Verteidiger das übernommene Mandat im Interesse des Selbstschutzes niederlegen wird, wenn der Verteidiger es nur für möglich hält, dass sein Mandant die ihm zur Last gelegte Katalogtat begangen hat, so könnte er sich, von seinem Verteidiger zu Beginn des Mandats über das mögliche Auftreten dieses Falles informiert, an einer offenen, rückhaltlosen und vertrauensvollen Kommunikation mit seinem Verteidiger über einen zentralen Punkt des Tatverdachts gehindert sehen, um den Verteidiger seiner Wahl nicht zu verlieren.

Staatsanwaltschaftliche Ermittlungsmaßnahmen gegen den Strafverteidiger können das Vertrauensverhältnis zwischen Anwalt und Mandant noch tiefgreifend stören. [...] Muss ein Mandant fürchten, dass der strafverfolgende Staat sich Zugang zu vertraulichen Informationen in der Hand seines Verteidigers verschaffen kann, so wird er sich an vertrauensvoller Offenheit gehindert sehen.

Dem Verteidiger kann nicht uneingeschränkt angesonnen werden, einer durch den Strafgesetzgeber geschaffenen Gefahrenlage mit Niederlegung des Wahlmandats und Pflichtverteidigerbeordnung zu begegnen. [...]

### 3. Zum Erfordernis einer verfassungskonformen Auslegung des § 261 StGB

Ein durch diese weite Auslegung der Strafnorm des § 261 Abs. 2 Nr. 1 StGB bewirkter Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit der Strafverteidiger wäre verfassungsrechtlich nicht in vollem Umfang gerechtfertigt. Er verstieße ohne verfassungskonforme Reduktion gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. [...]

#### a. Verfassungskonforme Auslegung gebietet es nicht, den Verteidiger von der Anwendung des § 261 StGB komplett auszunehmen

Eine völlige Freistellung des Strafverteidigers von der Strafdrohung des § 261 Abs. 2 Nr. 1 StGB wird vom Prinzip der Verhältnismäßigkeit freilich nicht gefordert. Das Grundgesetz verlangt keinen strafrechtsfreien Raum, in dem der Strafverteidiger uneingeschränkt bemakeltes Vermögen als Honorar annehmen und damit, etwa in Abstimmung mit dem Katalogtäter oder durch Scheinhonorierung, die Ziele des Gesetzgebers beim Verbot der Geldwäsche unterlaufen darf. Weder das Grundrecht der Berufsausübungsfreiheit noch die Garantie der freien Wahl eines Strafverteidigers in ei-

nem fairen Strafverfahren tragen die Freistellung eines Strafverteidigers vom Verbot der Geldwäsche, wenn dieser sich bemakeltes Geld bewusst verschafft und damit seine Rolle als Strafverteidiger zur Geldwäsche missbraucht. Eine derartige Freistellung wäre überdies geeignet, das Vertrauen der Bevölkerung in die persönliche Integrität und Zuverlässigkeit der Strafverteidiger in Zweifel zu ziehen und damit die Institution der Strafverteidigung langfristig zu schwächen.

Der mit § 261 Abs. 2 Nr. 1 StGB verbundene Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit der Strafverteidiger und in die Institution der Wahlverteidigung sind verfassungsrechtlich gerechtfertigt, wenn der Strafverteidiger im Zeitpunkt der Entgegennahme des Honorars (oder des Honorarvorschusses) sicher weiß, dass dieses aus einer Katalogtat herrührt. Die bewusste Übertragung bemakelter Vermögenswerte unter dem Schirm des verfassungsrechtlich geschützten Vertrauensverhältnisses ist ein Missbrauch der privilegierten Verteidigerstellung, der vor der Verfassung keinen Schutz verdient. Weiß der Strafverteidiger im Zeitpunkt der Annahme des Verteidigerhonorars sicher, dass die erhaltenen Mittel aus einer Katalogtat herrühren, so tritt er aus seiner Rolle als Organ der Rechtspflege heraus. [...]

#### b. Begrenzung des § 261 II Nr. 1 StGB auf direkten Vorsatz beim Verteidiger ist verfassungskonform

Die Strafvorschrift des § 261 Abs. 2 Nr. 1 StGB ist im Falle der Begrenzung des subjektiven Tatbestands auf Wissentlichkeit hinsichtlich der Herkunft des Honorars von Verfassungen wegen nicht zu beanstanden. Den verbleibenden Gefahren für die Berufsausübungsfreiheit des Strafverteidigers und das Institut der Wahlverteidigung können und müssen die mit der Umsetzung der materiellen Norm betrauten Staatsanwaltschaften und Gerichte Rechnung tragen.

#### c. Erfordernis der Berücksichtigung der besonderen Stellung des Verteidigers durch die Strafverfolgungsorgane

Die Staatsanwaltschaft ist verpflichtet, im Rahmen der ihr obliegenden Prüfung und Entscheidung, ob ein Anfangsverdacht der Geldwäsche gegen einen Strafverteidiger zu bejahen ist, auf die dargelegten Gefahren für die verfassungsrechtlich geschützten Rechtsgüter besonders Bedacht zu nehmen.

Im frühen Stadium eines Ermittlungsverfahrens ist die Frage, ob die notwendige Schuldform nachweisbar sein wird, regelmäßig nicht sicher zu beantworten. Wichtigstes Indiz ist gemeinhin die Verwirklichung des objektiven Tatbestands, die hier - weil die Strafvorschrift ein sozial unauffälliges Handeln pönalisiert - nur wenig Aussagekraft hat. Dieser Beweisschwierigkeit hinsichtlich der inneren Tatseite haben die Strafverfolgungsbehörden Rechnung zu tragen. Die Übernahme eines Wahlmandats wegen einer Katalog-

tat genügt daher für sich genommen zur Begründung eines Anfangsverdachts nicht (vgl. Beschluss des Landgerichts Berlin vom 24. Juli 2003, NJW 2003, S. 2694 ff.). Der Anfangsverdacht setzt vielmehr auf Tatsachen beruhende, greifbare Anhaltspunkte für die Annahme voraus, dass der Strafverteidiger zum Zeitpunkt der Honorarannahme bösgläubig war. Indikatoren für die subjektive Tatseite können beispielsweise in der außergewöhnlichen Höhe des Honorars oder in der Art und Weise der Erfüllung der Honorarforderung gefunden werden.

Auch bei der Durchführung des Ermittlungsverfahrens ist den Strafverfolgungsbehörden von Verfassungen wegen Zurückhaltung auferlegt. Hinsichtlich der Entscheidung, ob die gegen den Strafverteidiger bestehende Verdachtslage zu der Einleitung eines Ermittlungsverfahrens zwingt, hat die Staatsanwaltschaft neben dem damit verbundenen Eingriff in die Berufsausübung des betroffenen Strafverteidigers auch zu berücksichtigen, dass ein Einschreiten zugleich das Recht des Mandanten auf den Beistand eines Verteidigers seines Vertrauens beeinträchtigen kann. Da die Staatsanwaltschaft an den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gebunden ist und von den ihr zustehenden Eingriffsbefugnissen nur schonenden Gebrauch machen wird, bedarf es der von Teilen der Literatur geforderten "Ermittlungsimmunität" für Strafverteidiger (vgl. Grüner/Wasserburg, GA 2000, S. 430, 443 f.) nicht.

Auch die Strafgerichte sind verpflichtet, der besonderen Rolle der Strafverteidiger bei der ihnen anvertrauten Aufgabe der Tatsachenfeststellung und Beweiswürdigung angemessen Rechnung zu tragen. Dies gilt

insbesondere für die Feststellung der Anknüpfungstatsachen für das Wissen des Strafverteidigers, das auch ohne Geständnis des Mandanten im Wege des Indizienbeweises nachgewiesen werden kann. Die Feststellung sicheren Wissens aufgrund äußerer Indikatoren wird dabei regelmäßig - wie auch in sonstigen Konstellationen schwieriger Beweislagen und in vergleichbaren Fällen einer möglichen Strafbarkeit des Verteidigers durch ein Verhalten, das im Zusammenhang mit seiner beruflichen Tätigkeit steht (vgl. BGHSt 38, 345, 350; 46, 36, 43 ff.; 46, 53, 58 f.) - besondere Anforderungen an die richterliche Beweiswürdigung stellen. Welche Anforderungen dies im Einzelnen sind, legen die dazu berufenen Fachgerichte fest. Sie sind von Verfassungen wegen verpflichtet, der Ausstrahlungswirkung der Berufsausübungsfreiheit des Strafverteidigers angemessen Rechnung zu tragen.

#### *d. Keine Anwendung von § 261 V StGB auf Strafverteidiger*

Damit steht zugleich fest, dass § 261 Abs. 5 StGB, der in subjektiver Hinsicht Leichtfertigkeit genügen lässt, auf die Honorarannahme durch Strafverteidiger keine Anwendung finden kann. [...]

#### *II. Zurückweisung der Verfassungsbeschwerden*

Die Verfassungsbeschwerden bleiben im Ergebnis ohne Erfolg. [...]

Das Urteil des Landgerichts [...] ist von Verfassungen wegen nicht zu beanstanden. Das Landgericht hat im Rahmen der Sachverhaltsfeststellung und der Beweiswürdigung der Ausstrahlungswirkung des § 12 I 1 GG angemessen Rechnung getragen. [...]

### **Standort: §§ 252, 255 a StPO**

### **Problem: Beweisverwertungsverbot**

BGH, URTEIL VOM 12.02.2004

3 STR 185/03 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

#### **Problemdarstellung:**

Der Ermittlungsrichter hatte bereits im Ermittlungsverfahren den fünfjährigen Sohn der Angeklagten nach Zustimmung der zuständigen Ergänzungspflegerin und des Kindes selbst vernommen. Von dieser Vernehmung, an der der Verteidiger der Angeklagten teilnahm, hatte der Richter die Angeklagten selbst gem. § 168 c III StPO ausgeschlossen. Die Vernehmung wurde auf Video aufgezeichnet. In der Hauptverhandlung machte die Ergänzungspflegerin für den Zeugen von dessen Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch. Das Landgericht ließ daraufhin das Videoband der früheren Vernehmung des Zeugen abspielen und stützte die Verurteilung der Angeklagten wesentlich auf den Inhalt des Videos. Der BGH hob das Urteil auf, da es unzulässig gewesen sei, das Videoband in der Hauptverhandlung abzuspielen.

#### **Prüfungsrelevanz:**

Die sich aus den §§ 250 ff. StPO ergebenden Beweisverwertungsverbote sind in beiden Examen Prüfungsgegenstand (wenn auch im ersten nur in ihren Grundzügen). Da die im vorliegenden Fall zentrale Norm des § 255 a StPO auf diese Vorschriften verweist, besitzt diese Entscheidung eine erhebliche Prüfungsrelevanz.

Gem. § 252 StPO ist die Verlesung der früheren Aussage eines vor der Hauptverhandlung vernommenen zeugnisverweigerungsberechtigten Zeugen dann unzulässig, wenn dieser sich nachträglich auf sein Zeugnisverweigerungsrecht beruft. Nach ganz herrschender Meinung ist im Falle des § 252 StPO jedoch nicht nur die Verlesung eines Vernehmungsprotokolls zulässig, sondern grundsätzlich auch die Vernehmung der früheren Verhörsperson (vgl. Meyer-Goßner, § 252 Rn. 13 f.). Während die herrschende Literatur davon ausgeht, dass sich das Verwertungsverbot des § 252 StPO auf alle Verhörspersonen erstreckt (AK-Meier, § 252 Rn. 20; Fezer, JuS 1977, 670; Geppert, Jura 1988,

306), hält der BGH im Falle des § 252 StPO die Vernehmung der Verhörsperson dann für zulässig, wenn es sich hierbei um einen Richter handelt und dieser den zeugnisverweigerungsberechtigten Zeugen bei dessen früherer Vernehmung über sein Verweigerungsrecht belehrt hatte (BGHSt 32, 25; 46, 189; NJW 1996, 1501). Da § 255 a I StPO für die Vorführung einer Bild-Ton-Aufzeichnung insb. auch auf § 252 StPO vereist, geht der BGH davon aus, dass dieser Verweis auch die genannte Ausnahme vom Beweisverwertungsverbot erfasst. Somit kann zwar die Bild-Ton-Aufzeichnung der früheren Vernehmung eines zeugnisverweigerungsberechtigten Zeugen, der sich erst nachträglich auf sein Verweigerungsrecht beruft, nicht vorgespielt werden; jedoch kann der Richter, der die die Bild-Ton-Aufzeichnung durchgeführt hat, als Zeuge vernommen werden. Dies führt - wie der BGH darlegt - zu dem widersprüchlichen Ergebnis, dass das unzuverlässigere Beweismittel (der Richter als Zeuge) verwertbar ist, das qualitativ höherwertige (die Bild-Ton-Aufzeichnung) jedoch nicht.

Bzgl. § 255 a II 1 StPO betont der BGH, dass die hier zugelassene Verwertung der Bild-Ton-Aufzeichnung voraussetzt, dass nicht nur der Verteidiger des Angeklagten, sondern auch der Angeklagte selbst Gelegenheit hatte, an der Bild-Ton-Aufzeichnung mitzuwirken. Der BGH stellt klar, dass dies nicht voraussetzt, dass der Angeklagte in dem Raum zugegen war, in dem die Aufzeichnung vorgenommen wurde. Es genüge insofern, wenn die Vernehmung in einen anderen Raum übertragen werde, in dem sich der Angeklagte aufhalte. In diesem Fall müsse der Angeklagte jedoch Gelegenheit haben (ggf. durch Vermittlung des Richters) Fragen an den Zeugen zu stellen.

Weiter stellt der BGH klar, dass die Verwertung der Bild-Ton-Aufzeichnung i.R.v. § 255 a II 1 StPO nicht voraussetzt, dass der Zeuge ihr zustimmt, da die Verwertbarkeit einer früheren Aussage nicht zur Disposition des Zeugen stehen dürfe.

#### **Vertiefungshinweise:**

Zu § 255 a StPO: *Diemer*, NJW 1999, 1673; *Fischer*, JZ 1998, 820

Zur Zulässigkeit der Vernehmung des Ermittlungsrichters im Falle des § 252 StPO: *BGHSt* 32, 25; 36, 384; 45, 342; 46, 189; *Eisenberg*, NSStZ 1988, 488; *Eser*, NJW 1963, 234; *Geppert*, Jura 1988, 306; *Fezer*, JZ 1990, 876; *Ranft*, StV 2000, 525; *Welp*, JR 1996, 78

#### **Kursprogramm:**

*Assessorkurs*: "Eine schrecklich nette Familie"

**nisverweigerungsrecht nach § 52 StPO Gebrauch, darf die Bild-Ton-Aufzeichnung seiner früheren richterlichen Vernehmung nach § 255 a Abs. 1 StPO i. V. m. § 252 StPO nicht zu Beweis Zwecken vorgeführt werden, obgleich auf das weniger zuverlässige Beweismittel der Vernehmung des Richters zurückgegriffen werden kann.**

**2. Die Vorführung der Bild-Ton-Aufzeichnung nach § 255 a Abs. 2 Satz 1 StPO scheidet aus, wenn der Beschuldigte gem. § 168 c Abs. 3 StPO bei der ermittelungsrichterlichen Vernehmung ausgeschlossen war und daher keine Gelegenheit zur Mitwirkung hatte. Dies gilt auch dann, wenn sein Verteidiger an dieser Vernehmung teilgenommen hat.**

**3. Sind die Voraussetzungen des § 255 a Abs. 2 Satz 1 StPO erfüllt, kann der Zeuge durch nachträgliche Ausübung seines Zeugnisverweigerungsrechts die Verwertung der Bild-Ton-Aufzeichnung seiner früheren richterlichen Vernehmung nicht verhindern.**

#### **Sachverhalt:**

Am Morgen des 22. April 2002 verstarb Ceylan B., die dreijährige Tochter der Angeklagten, an den Folgen von Misshandlungen, die ihr - nach den Feststellungen des Landgerichts - die Angeklagten in der vorangegangenen Nacht zugefügt hatten. Da deren Sohn Mirsad B. als Tatzeuge in Betracht kam, beantragte die Staatsanwaltschaft für den knapp fünfjährigen Mirsad die Einrichtung einer Ergänzungspflegschaft mit dem Wirkungskreis "Entscheidung über die Ausübung des Zeugnisverweigerungsrechts (und) Erteilung der Aussagegenehmigung nach § 52 StPO". Mit Beschluss vom 24. April 2002 bestellte das Amtsgericht das Jugendamt zum Ergänzungspfleger, das seinerseits mit der Wahrnehmung der Pflegschaft eine Mitarbeiterin beauftragte. Diese erklärte am 26. April 2002 schriftlich gegenüber dem Polizeipräsidium, dass im Strafverfahren gegen die Angeklagten auf die Ausübung des Zeugnisverweigerungsrechts gemäß § 52 StPO verzichtet und die Zustimmung zur Vernehmung erteilt werde.

Der Ermittlungsrichter bestimmte daraufhin Termin zur Vernehmung Mirsads, verständigte hiervon die Verteidiger der Angeklagten und schloss diese selbst gemäß § 168 c Abs. 3 StPO von der Anwesenheit bei der Vernehmung mit der Begründung aus, es sei zu befürchten, dass das Kind in Gegenwart der Angeklagten nicht die Wahrheit sagen werde. Am 29. April 2002 wurde Mirsad in Gegenwart des Verteidigers der Angeklagten Mehrije B. als Zeuge vernommen, nachdem ihn der Ermittlungsrichter zu Beginn der Vernehmung über sein Zeugnisverweigerungsrecht belehrt hatte. Mirsad beantwortete die Frage, ob er die Belehrung verstanden habe, mit einem Kopfnicken und war zur Aussage bereit. Er gab an, die Angeklagten hätten seine Schwester Ceylan und ihn misshandelt, wobei der Angeklagte Ceylan mit einem Gürtel geschlagen

#### **Leitsätze:**

**1. Macht ein Zeuge nachträglich von seinem Zeug-**

habe. Die Vernehmung wurde zeitgleich von zwei Kameras aus verschiedenen Perspektiven aufgenommen und auf Videobänder aufgezeichnet.

Im Hauptverhandlungstermin vom 24. September 2002 gab die Mitarbeiterin des Jugendamtes in Wahrnehmung der Ergänzungspflegschaft folgende Erklärung ab: "Ich bin befugt, insoweit die elterliche Gewalt auszuüben, dass ich auch über das Zeugnisverweigerungsrecht von Mirsad B. entscheiden kann. Mirsad B. macht von seinem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch. Er ist das Kind der Angeklagten und soll mit den Eltern nicht konfrontiert werden."

Die Strafkammer sah daraufhin von der zunächst beabsichtigten Ladung Mirsads ab. Statt dessen wurde am 14. Oktober 2002 der Ermittlungsrichter über das Ergebnis der richterlichen Vernehmung vom 29. April 2002 als Zeuge gehört; in seiner Gegenwart wurde eine der beiden Videoaufzeichnungen der Vernehmung "in Augenschein genommen". Nach den Urteilsgründen hat das Landgericht seine Überzeugung von der Schuld der Angeklagten ganz wesentlich auf den Inhalt dieser Videoaufzeichnung gestützt.

### **Aus den Gründen:**

#### *I. Entscheidung des Landgerichts; Revisionen der Angeklagten*

Das Landgericht hat die Angeklagten wegen Körperverletzung mit Todesfolge zu Freiheitsstrafen von zehn Jahren (Bekim B.) beziehungsweise sieben Jahren (Mehrije B.) verurteilt.

Mit ihren Revisionen machen die Angeklagten die Verletzung förmlichen und sachlichen Rechts geltend. Die Rechtsmittel haben mit einer von beiden Angeklagten erhobenen Verfahrensrüge Erfolg. Zu Recht beanstanden die Beschwerdeführer, dass die Strafkammer die Videoaufzeichnung einer ermittelungsrichterlichen Vernehmung ihres gemeinsamen Sohnes Mirsad vorgeführt und bei der Urteilsfindung verwertet hat.

#### *II. Entscheidung des BGH*

Die zulässigen Rügen sind begründet.

Unter welchen Voraussetzungen die gemäß § 250 StPO grundsätzlich gebotene persönliche Vernehmung eines Zeugen in der Hauptverhandlung durch das Vorführen der Bild-Ton-Aufzeichnung einer früheren Vernehmung dieses Zeugen ersetzt werden kann, bestimmt sich nach der durch das Zeugenschutzgesetz in die Strafprozessordnung eingefügten Bestimmung des § 255 a StPO. Danach durften die Angaben, die Mirsad B. bei seiner Vernehmung durch den Ermittlungsrichter gemacht hatte, nicht durch Vorführung der Videoaufzeichnung zum Gegenstand der Beweisaufnahme gemacht und verwertet werden. Dabei kann dahinstehen, ob die Verwertung der Videoaufzeichnung - auch soweit als Rechtsgrundlage § 255 a Abs. 2 StPO in Betracht kommt - bereits deshalb unzulässig war,

weil sie nicht durch förmlichen Gerichtsbeschluss angeordnet wurde. Insofern wird zwar - anders als bei Anwendung des § 255 a Abs. 1 StPO, die nach der entsprechend anzuwendenden Vorschrift des § 251 Abs. 4 StPO einen mit Gründen versehenen Gerichtsbeschluss voraussetzt - mangels ausdrücklicher gesetzlicher Regelung das Erfordernis eines Gerichtsbeschlusses unterschiedlich beurteilt (bejahend Diemer in KK 5. Aufl. § 255 a Rdn. 14; Gollwitzer in Löwe/Rosenberg, StPO 25. Aufl. § 255 a Rdn. 17; ablehnend Meyer-Goßner, StPO 46. Aufl. § 255 a Rdn. 11). Die Streitfrage bedarf hier indes keiner vertieften Erörterung. Ein entsprechender Rechtsfehler wäre jedenfalls nicht gerügt.

#### *1. Zur Unzulässigkeit der Vorführung der Videoaufzeichnung (§ 255a I StPO i.V.m. § 252 StPO)*

Einer Vorführung der Videoaufzeichnung nach § 255 a Abs. 1 StPO stand das entsprechend anzuwendende Verlesungs- und Verwertungsverbot des § 252 StPO entgegen.

##### *a. Zu den Voraussetzungen des § 252 StPO*

Die Voraussetzungen des § 252 StPO liegen vor. Als Sohn der Angeklagten war Mirsad B. gemäß § 52 Abs. 1 Nr. 3 StPO zur Verweigerung des Zeugnisses berechtigt. Er hat zwar nicht - wie § 252 StPO dies seinem Wortlaut nach voraussetzt - in der Hauptverhandlung sein Zeugnisverweigerungsrecht geltend gemacht; indes hat das zur Entscheidung über die erforderliche Zustimmung zur Vernehmung (§ 52 Abs. 2 StPO) berufene Jugendamt durch seine mit der Wahrnehmung der Ergänzungspflegschaft beauftragte Mitarbeiterin die Zustimmung versagt. Dies steht dem Gebrauchmachen des Zeugnisverweigerungsrechts durch den minderjährigen Zeugen mit der Folge gleich, dass Mirsad in der Hauptverhandlung nicht vernommen werden durfte (§ 52 Abs. 2 Satz 1 StPO) und eine Niederschrift über seine frühere Vernehmung nicht hätte verlesen werden dürfen.

##### *b. Keine Verwertbarkeit der Videoaufzeichnung wegen Zustimmung des Zeugen (BGHSt 45, 203)*

Eine Verwertung der Aussage Mirsads bei der ermittelungsrichterlichen Vernehmung durch Vorführung der Videoaufzeichnung war - entgegen der Auffassung des Generalbundesanwalts - auch nicht mit Blick auf die in der Entscheidung BGHSt 45, 203 entwickelten Grundsätze zulässig. Nach diesem Urteil ist allerdings der von seinem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch machende Zeuge nicht gehindert, nach ordnungsgemäßer Belehrung die Verwertung der bei einer nichtrichterlichen Vernehmung gemachten Aussage zu gestatten. Ob dem gefolgt werden könnte, kann der Senat erneut offenlassen (zweifelnd schon Senat NStZ 2003, 498). Ferner kann dahinstehen, ob die Entscheidung BGHSt 45, 203 bei Gestattung eine Verwertung der früheren



Aussage gegen die ausdrückliche Regelung des § 252 StPO auch durch Verlesung und damit im Falle des § 255 a Abs. 1 StPO durch Vorführung der Videoaufzeichnung oder nur durch Anhörung der nichtrichterlichen Vernehmungsperson für zulässig erklärt hat. Denn der Verwertung der Videoaufzeichnung steht unter dem Gesichtspunkt der Gestattung entscheidend entgegen, dass - worauf die Revisionen zutreffend hinweisen - eine wirksame Gestattung nur dann angenommen werden könnte, wenn sich (auch) Mirsad mit der Verwertung seiner früheren Aussage einverstanden erklärt hätte.

Der gesetzliche Vertreter eines im Sinne von § 52 Abs. 2 Satz 1 StPO verstandesunreifen Zeugen entscheidet nicht an dessen Stelle über die Ausübung des Zeugnisverweigerungsrechts, was mit der höchstpersönlichen Natur dieses Rechts unvereinbar wäre; er hat vielmehr lediglich darüber zu befinden, ob er einer Vernehmung des Zeugen zustimmt oder nicht (BGHSt 21, 303, 305 f.; 23, 221, 222). Der kindliche Zeuge soll damit vor einer Aussagebereitschaft geschützt werden, deren mögliche Folgen er vielleicht nicht erkennen oder beurteilen kann (BGHSt 19, 85, 86; 23, 221, 222). Dem Zustimmungserfordernis kommt daher eine ausschließlich negative Bedeutung zu: Versagt der gesetzliche Vertreter seine Zustimmung, darf das Kind auch dann nicht vernommen werden, wenn es zur Aussage bereit wäre; stimmt der gesetzliche Vertreter einer Vernehmung zu, kann das Kind dennoch das Zeugnis rechtswirksam verweigern (BGHSt 23, 221, 222). Diese für die Ausübung des Zeugnisverweigerungsrechts entwickelten Grundsätze müssten - falls der Entscheidung BGHSt 45, 203 zu folgen wäre - für die Gestattung der Verwertung früherer Aussagen in gleicher Weise gelten.

Mirsad ist aber nicht befragt worden, ob er mit einer Vorführung und Verwertung des Videos einverstanden war oder nicht. Eine Vorführung der Videoaufzeichnung nach § 255 a Abs. 1 StPO kam deshalb nicht in Betracht.

### *c. Keine Verwertbarkeit der Videoaufzeichnung wegen Zulässigkeit der Vernehmung der richterlichen Vernehmungsperson*

Es ist nicht zu verkennen, daß sich die Regelung des § 255 a Abs. 1 StPO, soweit sie für die Vorführung der Bild-Ton-Aufzeichnung einer Zeugenvernehmung nicht nur die §§ 251, 253 und § 255 StPO, sondern auch § 252 StPO als anwendbar erklärt, für Fälle, in denen die Aufzeichnung einer richterlichen Vernehmung betroffen ist, nicht stimmig in die bestehende Rechtslage einfügt. Danach kann zwar bei Zeugnisverweigerung gemäß § 52 StPO in der Hauptverhandlung - entsprechend der ausdrücklichen Anordnung des § 252 StPO - das Protokoll einer früheren Zeugenvernehmung, auch das einer richterlichen Vernehmung, nicht verlesen werden. Auch kann die frühere

Aussage grundsätzlich nicht durch Vernehmung der Vernehmungsperson in die Hauptverhandlung eingeführt werden. Eine Ausnahme gilt indes für den Fall einer früheren richterlichen Vernehmung. Nach ständiger Rechtsprechung hindert § 252 StPO nicht, über den Inhalt einer Aussage, die ein Zeuge bei einer richterlichen Vernehmung nach ordnungsgemäßer Belehrung über sein Zeugnisverweigerungsrecht gemacht hat, durch Vernehmung des Richters Beweis zu erheben, wenn der Zeuge sich in der Hauptverhandlung auf sein Zeugnisverweigerungsrecht beruft (BGHSt 2, 99; 21, 218; 36, 384; 46, 189, 195).

### *aa. Herleitung der Zulässigkeit der Vernehmung einer richterlichen Vernehmungsperson in den Fällen des § 252 StPO*

Diese Einschränkung des aus § 252 StPO abzuleitenden umfassenden Verwertungsverbots wird mit dem Unterschied begründet, den das Strafverfahrensrecht zwischen richterlichen und nichtrichterlichen Vernehmungen macht. In älteren Entscheidungen hat sich der Bundesgerichtshof in erster Linie darauf berufen, dass der Richter - anders als der vernehmende Polizeibeamte oder Staatsanwalt - verpflichtet sei, Zeugen auf ihr Zeugnisverweigerungsrecht hinzuweisen (BGHSt 2, 99, 106). Seit Inkrafttreten des § 163 a Abs. 5 StPO, der auch für Vernehmungen durch die Polizei und die Staatsanwaltschaft eine Belehrung der Zeugen über ihr Zeugnisverweigerungsrecht vorschreibt, sieht die Rechtsprechung das tragende Argument für die unterschiedliche Behandlung richterlicher und nichtrichterlicher Vernehmungen darin, dass das Gesetz - wie aus § 251 Abs. 1 und Abs. 2 StPO zu entnehmen ist - richterlichen Vernehmungen ganz allgemein höheres Vertrauen entgegenbringt (BGHSt 21, 218, 219; 36, 385, 386).

Dieser Beschränkung der Reichweite des sich aus § 252 StPO ergebenden Verwertungsverbots durch die Rechtsprechung ist zwar vielfach entgegeng gehalten worden, dass sie mit dem Sinn und Zweck der Vorschrift, die vorrangig dem Zeugenschutz diene, nicht in Einklang zu bringen sei. Indes kann dieser Einwand nicht überzeugen. Auch mit Blick auf den Konflikt des zeugnisverweigerungsberechtigten Zeugen zwischen einerseits der Wahrheitspflicht und andererseits dem Interesse, den Angehörigen nicht zu belasten, läßt sich die Zulässigkeit der Vernehmung des Richters über die frühere Aussage des Zeugen erklären. Sie rechtfertigt sich auch dadurch, dass dem Zeugen wegen der für ihn erkennbaren und regelmäßig von ihm empfundenen erhöhten Bedeutung der richterlichen Vernehmung für das Strafverfahren nach der Belehrung durch den Richter deutlicher als bei einer polizeilichen Vernehmung vor Augen steht, dass er sich zwar aus dem ihn treffenden Interessenwiderstreit durch Gebrauchmachen von dem Zeugnisverweigerungsrecht befreien, aber, falls er aussagt, diese Angaben vor einem Richter

nicht ohne weiteres wieder beseitigen kann.

*bb. Zur Unzulässigkeit der Vorführung der Videoaufzeichnung in den Fällen der §§ 255 a I, 252 StPO*

Vor diesem Hintergrund ist die in § 255 a Abs. 1 i. V. m. § 252 StPO getroffene Regelung wenig verständlich, soweit sie auch die Vorführung der Videoaufzeichnung einer richterlichen Vernehmung untersagt. Während das schriftliche Protokoll die Aussage des Zeugen in der Regel nicht wörtlich wiedergibt, vermittelt die Videoaufzeichnung die frühere Aussage des Zeugen - einschließlich der nonverbalen Vernehmungsinhalte und der erfolgten Interaktionen - in allen Einzelheiten sehr viel genauer, als der auf der Grundlage seiner Erinnerung aussagende Richter es könnte. Ihre Unverwertbarkeit in den Fällen des § 252 StPO führt deshalb zu dem mit Blick auf die Qualität der Wiedergabe der früheren Aussage schwer verständlichen Ergebnis, dass die Verwertung des qualitativ höherwertigen Beweismittels untersagt, der Rückgriff auf ein weniger zuverlässiges aber gestattet ist. Der darin liegende Wertungswiderspruch vergrößert sich noch, wenn zur Unterstützung des Gedächtnisses des Richters als Vorhalt nicht nur die Vernehmungsniederschrift verlesen (vgl. BGHSt 11, 338, 341; 21, 149, 150), sondern auch eine Bild-Ton-Aufzeichnung der früheren Vernehmung vorgespielt werden darf, - was in konsequenter Übertragung dieser Rechtsprechung naheliegt - (vgl. Meyer-Goßner, StPO 46. Aufl. § 255 a Rdn. 3), jedoch nicht unbestritten ist (kritisch hierzu Rieß StraFo 1999, 1, 3).

Angesichts dieser Widersprüche könnte es naheliegen, den in § 255 a Abs. 1 StPO enthaltenen Verweis auf § 252 StPO einschränkend dahin auszulegen, dass die Vorführung von Videoaufzeichnungen richterlicher Vernehmungen stets zulässig ist, wenn der Richter über den Inhalt der früheren Aussage als Zeuge vernommen werden darf. Im Ergebnis scheidet eine solche Auslegung des § 255 a Abs. 1 StPO jedoch aus. Zwar finden sich in den Gesetzesmaterialien zum Zeugenschutzgesetz keine Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber der ihm bekannten Rechtsprechung, nach der bei nachträglicher Zeugnisverweigerung eine Vernehmung des Richters über den Inhalt der früheren Aussage zulässig ist, die Grundlage entziehen wollte. Einer restriktiven Auslegung des § 255 a Abs. 1 StPO steht aber der eindeutige Gesetzeswortlaut entgegen: Der Gesetzgeber hat die Vorführung einer Bild-Ton-Aufzeichnung bewusst den strafprozessualen Vorschriften unterworfen, die sich auf die Verlesung der Niederschrift über eine Zeugenvernehmung beziehen (BTDrucks. 13/7165 S. 11). Macht ein Zeuge nachträglich von seinem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch, darf deshalb die Videoaufzeichnung seiner früheren richterlichen Vernehmung ebensowenig vorgeführt werden, wie eine Verlesung der Vernehmungsniederschrift in Betracht käme; in diesem Fall kann

nur auf das weniger zuverlässige Beweismittel einer Vernehmung des Richters als Zeuge zurückgegriffen werden.

Eine Korrektur dieses mit Blick auf die Qualität der Beweismittel widersprüchlichen Ergebnisses muss dem Gesetzgeber vorbehalten bleiben. Zur Prüfung, ob die aufgezeigten Unstimmigkeiten um den Preis einer nachhaltigen Verschlechterung der Beweissituation in einer Vielzahl von Verfahren dadurch ausgeräumt werden muss, dass die Rechtsprechung zur Zulässigkeit der Vernehmung der richterlichen Verhörsperson aufgegeben wird, besteht im gegebenen Fall kein Anlass. Der Senat würde indes auch dazu neigen, an der bisherigen Rechtsprechung festzuhalten, gegen die sich der Gesetzgeber nicht ausgesprochen hat, und damit die Systemunstimmigkeit hinzunehmen.

*2. Keine Zulässigkeit der Verwertung der Videoaufzeichnung gem. § 255 a II 1 StPO*

Auf § 255 a Abs. 2 Satz 1 StPO, der es unter weitergehender Durchbrechung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes in Verfahren wegen bestimmter Straftaten gestattet, die persönliche Vernehmung eines noch nicht 16 Jahre alten Zeugen durch das Abspielen der Bild-Ton Aufzeichnung einer früheren richterlichen Vernehmung zu ersetzen, ließ sich die Vorführung der Videoaufzeichnung im vorliegenden Fall ebenfalls nicht stützen.

*a. Anwendbarkeit von § 255 a II StPO trotz Fehlens einer Katalogtat*

Die Anwendung der Vorschrift scheidet allerdings nicht bereits daran, dass der den Angeklagten zur Last gelegte Straftatbestand der Körperverletzung mit Todesfolge (§ 227 StGB) im Deliktskatalog des § 255 a Abs. 2 Satz 1 StPO nicht ausdrücklich genannt wird. Diese Aufzählung ist zwar abschließend; eine Videoaufzeichnung nach § 255 a Abs. 2 StPO wird aber nicht dadurch ausgeschlossen, dass sich der Anklagevorwurf auch auf eine andere, tateinheitlich begangene, in diesem Katalog nicht enthaltene Straftat erstreckt (BTDrucks. 13/4983 S. 8; Schlüchter in SK-StPO 19. Lfg. § 255 a Rdn. 11; Gollwitzer in Löwe/Rosenberg StPO 25. Aufl. § 255 a Rdn. 10 f.; Diemer in KK 5. Aufl. § 255 a Rdn. 8; Meyer-Goßner, StPO 46. Aufl. § 255 a Rdn. 8). Andernfalls verfehlte die Regelung ihren Zweck, in Verfahren wegen bestimmter, das Kindeswohl schwer beeinträchtigender Straftaten junge Zeugen vor den zusätzlichen psychischen Belastungen oder gar Schädigungen durch eine erneute Vernehmung in der Hauptverhandlung zu schützen (BTDrucks. 13/4983 S. 5; Diemer in KK 5. Aufl. § 255 a Rdn. 7; Meyer-Goßner aaO). Aus demselben Grund muss die Vorführung einer Videoaufzeichnung nach dieser Vorschrift auch dann möglich sein, wenn eine tatbestandlich verwirklichte Katalogtat im Wege der Gesetzeskonkurrenz durch das angeklagte Delikt

verdrängt wird.

Das war hier der Fall: Der den Beschwerdeführern zur Last gelegte Tatbestand der Körperverletzung mit Todesfolge schließt stets den im Katalog des § 255 a Abs. 2 StPO aufgeführten Tatbestand der fahrlässigen Tötung (§ 222 StGB) mit ein (BGHSt 8, 54).

*b. Keine Mitwirkungsmöglichkeit der Angeklagten bei der früheren Vernehmung*

Der Verwertung der Videoaufzeichnung gemäß § 255 a Abs. 2 Satz 1 StPO steht aber die einschränkende Voraussetzung des letzten Halbsatzes dieser Vorschrift entgegen. Die Beschwerdeführer hatten keine Gelegenheit gehabt, an der auf Videoband aufgezeichneten ermittelungsrichterlichen Vernehmung Mirsads mitzuwirken, da sie gemäß § 168 c Abs. 3 StPO von der Anwesenheit bei dieser Vernehmung ausgeschlossen worden waren.

Die von § 255 a Abs. 2 Satz 1 StPO vorausgesetzte Gelegenheit zur Mitwirkung umfasst neben dem Recht auf Anwesenheit bei der Vernehmung insbesondere die Befugnis, dem Zeugen Fragen zu stellen (vgl. Art. 6 Abs. 3 Buchst. d MRK) und Vorhalte zu machen (Gollwitzer in Löwe/Rosenberg, StPO 25. Aufl. § 255 a Rdn. 12; Diemer in KK 5. Aufl. § 255 a Rdn. 10). Zwar hatten hier die Verteidiger der Angeklagten in dem beschriebenen Sinn die Gelegenheit, an der ermittelungsrichterlichen Vernehmung Mirsads mitzuwirken. Dagegen war den Angeklagten selbst, nachdem der Ermittlungsrichter sie gemäß § 168 c StPO von der Vernehmung ausgeschlossen hatte, diese Möglichkeit verschlossen. Damit waren die Voraussetzungen einer Vorführung nach § 255 a Abs. 2 StPO nicht gegeben. Der vollständige Ausschluss eines Angeklagten gemäß § 168 c Abs. 3 StPO - bzw. ein Absehen von der Benachrichtigung vom Vernehmungstermin nach § 168 c Abs. 5 StPO - entzieht einer späteren Vorführung der Videoaufzeichnung in der Hauptverhandlung gemäß § 255 a Abs. 2 Satz 1 StPO stets die Grundlage, ohne dass es darauf ankäme, ob der Ausschluss im konkreten Fall rechtlich zulässig war oder nicht (ebenso Gollwitzer aaO; Wache in KK 5. Aufl. § 168 e Rdn. 7; Meyer-Goßner aaO § 255 a Rdn. 8 a; Julius in HK-StPO 4. Aufl. § 255 a Rdn. 9).

In der Literatur wird zwar abweichend auch die Auffassung vertreten, dass der zulässige Ausschluß des Beschuldigten von der Vernehmung nach § 168 c Abs. 3 StPO durch die Teilnahme seines - gegebenenfalls zu bestellenden - Verteidigers kompensiert werden könne (Diemer in KK 5. Aufl. § 255 a Rdn. 10; Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 4. Aufl. Rdn. 1328 1; Pfeiffer, StPO 4. Aufl. § 255 a Rdn. 3). Eine Auslegung des § 255 a Abs. 2 Satz 1 letzter Halbs. StPO dahin, dass die Mitwirkungsmöglichkeit nur nach Maßgabe der von § 168 c StPO getroffenen, auch einschränkenden Regelungen gewährleistet gewesen sein musste, ist indes schon mit dem eindeutigen Wortlaut

des Gesetzes nicht in Einklang zu bringen. Danach setzt § 255 a Abs. 2 Satz 1 StPO - abweichend von der zwischen Verteidigung und Angeklagten differenzierenden Regelung des § 168 c StPO - eine kumulative Mitwirkungsmöglichkeit des Angeklagten und seines Verteidigers voraus; von einer Gelegenheit zur Mitwirkung des Angeklagten kann aber nicht ausgegangen werden, wenn er - wie im gegebenen Fall - von der Anwesenheit bei der Vernehmung ausgeschlossen ist. Eine andere Auslegung des § 255 a Abs. 2 Satz 1 letzter Halbs. StPO widerspräche auch den Vorstellungen des Gesetzgebers, der den Anwendungsbereich der Vorschrift bewusst auf Bild-Ton-Aufzeichnungen richterlicher Zeugenvernehmungen beschränkt hat, weil nur bei diesen (gemäß § 168 c Abs. 2 StPO) dem Beschuldigten die Anwesenheit gestattet ist (vgl. BTDrucks. 13/4983 S. 8; Schlüchter in SK-StPO 19. Lfg. § 255 a Rdn. 13).

Eine § 168 c Abs. 3 StPO berücksichtigende, restriktive Auslegung von § 255 a Abs. 2 Satz 1 letzter Halbs. StPO wäre schließlich auch mit Blick auf die schutzwürdigen Interessen des Angeklagten an einer effektiven Wahrnehmung seiner Verteidigung nicht in Einklang zu bringen. Gerade da § 255 a Abs. 2 Satz 1 StPO in weitergehender Durchbrechung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes zum Schutze junger Zeugen eine Ersetzung ihrer Vernehmung und damit gleichsam die Vorverlagerung eines Teiles der Hauptverhandlung aus ihr heraus in das Ermittlungsverfahren zuläßt, muss sichergestellt sein, dass dem Zeugen schon bei dieser Vernehmung Fragen gestellt werden können, die etwaige Schwächen seiner Aussage verdeutlichen oder ihren Beweiswert erschüttern. Dazu ist der Verteidiger, der in dieser Phase des Ermittlungsverfahrens regelmäßig noch keine Akteneinsicht hatte, im allgemeinen aber nur in der Lage, wenn gleichzeitig auch der Angeklagte bei der Vernehmung anwesend ist. Nicht erforderlich ist, dass Angeklagter und Verteidiger sich dabei im gleichen Raum wie der Zeuge aufhalten; es genügt zur Wahrung der Mitwirkungsbefugnisse vielmehr, dass die Vernehmung gemäß § 168 c StPO zeitgleich in Bild und Ton in einen anderen Raum übertragen wird, von dem aus die Anwesenheitsberechtigten durch Vermittlung des Richters Fragen an den Zeugen richten können (Gollwitzer in Löwe/Rosenberg, StPO 25. Aufl. § 255 a Rdn. 12; Meyer-Goßner, StPO 46. Aufl. § 255 a Rdn. 8 a).

*c. § 255 a II 1 StPO auch ohne Zustimmung des Zeugen möglich*

Da die Vorführung der Videoaufnahme nach § 255 a Abs. 2 Satz 1 StPO schon mangels Mitwirkungsmöglichkeit des Angeklagten unzulässig war, kann offenbleiben, ob ihr - wie die Revisionen meinen - auch entgegenstand, dass die Mitarbeiterin des Jugendamtes die erforderliche Zustimmung zur Vernehmung Mirsads nicht erteilt hatte (§ 252 i. V. m. § 52 Abs. 2 StPO;

s. oben 1.). Der Senat neigt allerdings der Auffassung zu, dass dies nicht der Fall gewesen wäre (aA Gollwitzer aaO § 255 a Rdn. 20; Diemer in KK 5. Aufl. § 255 a Rdn. 11; Meyer-Goßner aaO § 255 a Rdn. 8): § 255 a Abs. 2 Satz 1 StPO nimmt im Unterschied zu Absatz 1 dieser Vorschrift auf § 252 StPO nicht Bezug. Zwar wurde in einem frühen Stadium des Gesetzgebungsverfahrens, das zu dem nunmehr geltenden § 255 a StPO führte und in welchem zunächst eine dem heutigen § 255 a Abs. 2 StPO vergleichbare Regelung als neuer § 250 Abs. 2 StPO vorgesehen war, die Auffassung vertreten, dass § 252 StPO im Hinblick auf die beabsichtigte Neuregelung keiner Änderung bedürfe, da es sich von selbst verstehe, daß in den Fällen der Unzulässigkeit einer Protokollverlesung auch eine Bild-Ton-Aufzeichnung einer früheren richterlichen Vernehmung nicht abgespielt werden dürfe (vgl. den Gesetzentwurf des Bundesrates zur Änderung der StPO vom 19. Juli 1996, BTDrucks. 13/4983 S. 8). Diese Überlegungen betrafen indes noch eine Gesetzeskonzeption, die mit der schließlich Gesetz gewordenen Regelung des § 255 a Abs. 2 Satz 1 StPO nicht vergleichbar war. Diese ist maßgeblich von dem Bestreben bestimmt, in der Hauptverhandlung die Verwertbarkeit von Videoaufzeichnungen früherer richterlicher Vernehmungen junger Zeugen zu erleichtern, um solche Zeugen soweit wie möglich vor den mit wiederholten Vernehmungen verbundenen Belastungen zu bewahren. Die mehrmalige persönliche Vernehmung solcher Zeugen sollte deshalb zur Ausnahme gemacht werden (vgl. jetzt § 255 a Abs. 2 Satz 2 StPO). Um dieses Ziel zu erreichen, hat der Gesetzgeber im weiteren Gesetzgebungsverfahren Regelungen geschaffen, die im Ergebnis dazu führten, dass ein Teil der Hauptverhandlung, nämlich die persönliche Vernehmung des jungen Zeugen, in das Ermittlungsverfahren vorverlagert wurde. Dies hat er verfahrensrechtlich dadurch sichergestellt, dass er dem Beschuldigten und seinem Verteidiger die nicht einschränkbare Gelegenheit der Mitwirkung an der ermittelungs-

richterlichen Vernehmung des Zeugen garantierte, um damit die Verwertbarkeit der Videoaufzeichnung in der Hauptverhandlung zu gewährleisten. Gerade diese Garantie der Gelegenheit zur Mitwirkung des Beschuldigten und seines Verteidigers an der richterlichen Vernehmung war in dem zitierten vorangegangenen Entwurf eines neuen § 250 Abs. 2 StPO nicht vorgesehen.

Handelt es sich aber bei der aufgezeichneten ermittelungsrichterlichen Zeugenvernehmung um einen vorverlagerten Teil der Hauptverhandlung, kann der Zeuge seine hierbei gemachte Aussage und damit auch die gefertigte Aufzeichnung durch eine nachträgliche Ausübung seines Zeugnisverweigerungsrechts ebensowenig unverwertbar machen, wie es ihm möglich wäre, bei mehrfacher Vernehmung in der Hauptverhandlung durch nachträgliche Zeugnisverweigerung seine Angaben, die er an einem früheren Hauptverhandlungstag gemacht hatte, der Verwertung durch das Gericht zu entziehen. Er ist daher auch nicht zu befragen, ob er nachträglich von seinem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch macht oder nicht. Gleiches müsste im übrigen auch gelten, wenn der Zeuge sich erstmals bei einer Nachvernehmung gemäß § 255 a Abs. 2 Satz 2 StPO auf sein Zeugnisverweigerungsrecht beruft.

### 3. Zum Beruhen des Urteils auf dem Fehler

Auf der unzulässigen Vorführung und Verwertung der Videoaufzeichnung beruht das angefochtene Urteil, weil die Strafkammer ihre Überzeugung von der Täterschaft der Angeklagten maßgeblich auf die vorgespielte Videoaufnahme gestützt hat. Das Beruhen kann nicht mit der Erwägung ausgeschlossen werden, dass die Strafkammer den Inhalt der früheren Aussage Mirsad B.s in zulässiger Weise auch durch die Vernehmung des Ermittlungsrichters zum Gegenstand der Hauptverhandlung gemacht hat; denn auf das Zeugnis des Ermittlungsrichters, das allein Grundlage der Beweiswürdigung sein könnte, nimmt das Urteil an keiner Stelle Bezug.

## Standort: § 27 StGB

## Problem: Hilfeleistung

BGH, URTEIL VOM 18.03.2004  
4 STR 533/03 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

### Problemdarstellung:

Der Angeklagte hatte dabei geholfen, Kontakte zwischen einem bezahlten Mörder und dessen Auftraggeber herzustellen, wobei jedoch der Mörder nicht wusste, dass der Angeklagte in das Mordkomplott eingeweiht war. Das Landgericht hatte den Angeklagten vom Vorwurf der Beihilfe zum Mord freigesprochen, da diesem nicht nachgewiesen werden könne, dass er die Haupttat tatsächlich gefördert habe.

Der BGH hob dieses Urteil auf. Eine Beihilfe (jedenfalls in Form der Kettenbeihilfe) sei dem Angeklagten doch nachzuweisen; anderenfalls käme eine Verurteilung wegen Nichtanzeige geplanter Straftaten (§ 138 I StGB) in Betracht.

### Prüfungsrelevanz:

Voraussetzungen und Arten der Beihilfe stellen als klassisches Problem im Rahmen des Allgemeinen Teils häufig den Gegenstand von Examensaufgaben dar. Das vom BGH auch angesprochene Problem der Postpendenz hingegen hat eher im 2. Examen Rele-

vanz.

Ein im vorliegenden Urteil angesprochenes Problem ist die Frage, ob und wenn ja inwiefern eine Beihilfeleistung für die Haupttat ursächlich sein muss, inwiefern also eine Beihilfe voraussetzt, dass die Haupttat tatsächlich "gefördert" wird (vgl. die Übersicht bei Schönke/Schröder-Cramer/Heine, § 27 Rn. 7 ff.). Einigkeit besteht lediglich darüber, dass die Beihilfehandlung nicht *conditio sine qua non* für den Erfolg der Haupttat zu sein braucht (Tröndle/Fischer, § 27 Rn. 2 c mwN). Die Literatur lässt es insofern teilweise ausreichen, dass der Gehilfenbeitrag geeignet ist, die Haupttat zu fördern und deshalb das Risiko des Erfolges der Haupttat erhöht, was die Beihilfe letztlich zu einem Gefährungsdelikt macht (Otto, JuS 1982, 563; Herzberg, GA 71, 1). Die herrschende Literatur verlangt, dass der Beitrag des Gehilfen für die Haupttat zumindest mitursächlich geworden ist (sog. Zufluss- oder Verstärkerkausalität, vgl. Dreher, MDR 1972, 553; Geppert, Jura 1999, 266; Murmann, JuS 1999, 548). Nach ständiger Rechtsprechung muss der Gehilfenbeitrag nur die Handlung des Haupttäters fördern; im konkreten Erfolg der Haupttat braucht er sich nicht niederschlagen (BGHSt 2, 130; 46, 107; NSTZ 1995, 28). Auch im vorliegenden Fall folgt der BGH dieser Rechtsprechung.

Ein vom BGH in der vorliegenden Entscheidung am Rande erwähnte Form der Beihilfe ist die sog. "Kettenbeihilfe". Diese ist dann gegeben, wenn nicht unmittelbar dem Haupttäter, sondern einem Gehilfen Hilfe geleistet wird. Kettenbeihilfe, also Beihilfe zur Beihilfe, ist letztlich (ebenso wie Anstiftung zur Beihilfe) Beihilfe zur Haupttat (Wessels/Beulke, AT, Rn. 583; Schönke/Schröder-Cramer/Heine, § 27 Rn. 18 mwN). In Gesetz findet die Kettenbeihilfe freilich (anders als die Kettenanstiftung, vgl. § 30 I StGB) keine ausdrückliche Erwähnung.

Schließlich spricht der BGH in seinen Hinweisen an den neuen Tatrichter noch die Fallgruppe der Postpendenz an: eine solche ist gegeben, wenn von zwei strafbaren Sachverhalten der zeitlich frühere nur möglicherweise, der zeitlich spätere aber sicher gegeben ist. Steht z.B. fest, dass der Täter sich in Kenntnis ihrer Herkunft gestohlene Sachen verschafft hat, bleibt jedoch ungewiss, ob er vielleicht an der Vortat beteiligt war, so wird er eindeutig wegen Hehlerei (§ 259 StGB) bestraft, obwohl diese im Falle einer Mittäterschaft an der Vortat eigentlich ausgeschlossen wäre (vgl. § 259 I StGB: "Sache, die ein anderer gestohlen [...] hat") (BGHSt 35, 90; Tröndle/Fischer, § 1 Rn. 30). Im vorliegenden Fall erklärt der BGH, eine Postpendenz auch in den Fällen annehmen zu wollen, in denen der Täter vom Vorhaben einer Katalogtat des § 138 I StGB erfährt, was ihn zur Anzeige verpflichtet, selbst wenn die Möglichkeit besteht, dass der Anzeigepflichtige selbst Beteiligter an der anzuzeigenden Tat

ist, was eine Anzeigepflicht eigentlich entfallen lassen würde (BGH, NSTZ 1982, 244; Lackner/Kühl, § 138 Rn. 6 mwN). Diese Auffassung entspricht der herrschenden Literatur (SK-Rudolphi, § 138 Rn. 35 mwN), stellt jedoch eine Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung dar, nach der der Angeklagte in der genannten Konstellation in doppelter Anwendung des Grundsatzes "in dubio pro reo" sowohl vom Vorwurf des § 138 StGB als auch wegen der Beteiligung an der Vortat freigesprochen worden war (vgl. BGHSt 36, 167).

#### Vertiefungshinweise:

□ Zur Kausalität der Beihilfe: BGHSt 46, 107; Geppert, Jura 1999, 266; Harzer, StV 1996, 336; Puppe, Jura 1998, 21;

□ Zur Kettenbeihilfe: RGSt 23, 300; BGH, NSTZ 1996, 562; Martin, DRiZ 1955, 290; Herzberg, GA 71, 1

□ Zur Postpendenz i.R.v. § 138 I StGB: BGHSt 36, 167; 39, 164; Geilen, FamRZ 1964, 387; Joerden, JZ 1988, 847; Tag, JR 1995, 133

#### Kursprogramm:

□ Examenskurs: "Kein Blut für Draci"

#### Leitsätze (der Redaktion):

**1. Eine Hilfeleistung im Sinne von § 27 I StGB setzt zwar voraus, dass eine Handlung die Herbeiführung des Taterfolgs des Haupttäters objektiv fördert; für den Erfolg selbst muss sie jedoch nicht ursächlich sein.**

**2. Beihilfe im Sinne von § 27 StGB ist auch die sog. "Kettenbeihilfe", d.h. die (psychische) Unterstützung eines Gehilfen.**

**3. Zwar kommt nach der bisherigen Rspr. des BGH eine Strafbarkeit nach § 138 StGB nicht in Betracht, wenn der Verdacht einer Tatbeteiligung am Ende der Beweisaufnahme noch fortbesteht. Nach dieser Rechtsprechung ist, wenn sich der Verdacht der Tatbeteiligung nicht ausräumen lässt, der Angeklagte vielmehr in (doppelter) Anwendung des Zweifelssatzes freizusprechen. An dieser Rechtsprechung beabsichtigt der Senat nicht länger festzuhalten. Vielmehr neigt er der Auffassung zu, dass in den Fällen, in denen nicht geklärt werden kann, ob der Nichtanzeigende auch an der Vortat beteiligt war, jedenfalls eine Bestrafung aus § 138 StGB zu erfolgen hat.**

#### Sachverhalt:

A erteilte K den Auftrag, Ko zu töten. Für die Durchführung der Tat versprach A dem K, der sich in finanziellen Schwierigkeiten befand, 10.000 DM, die nach der Tat in Raten bezahlt werden sollten. Etwa 2 bis 2

1/2 Wochen vor der Tat erklärte sich K gegenüber A zur Tatbegehung bereit. Am 17.10.02 erschoss er Ko, einer Absprache mit A folgend, aus nächster Nähe in dessen Fahrzeug. Die Tatwaffe hatte er von A erhalten. Der Angeklagte hatte A, mit dem er eng befreundet war, im Spätsommer 2000 mit K bekannt gemacht. Ob er dieses oder weitere Zusammentreffen veranlasste, um A den K als Täter für den geplanten Mord zuzuführen, konnte das Landgericht nicht feststellen.

Jedenfalls erfuhr der Angeklagte zu einem nicht feststellbaren Zeitpunkt vor der Tat, dass sich K gegenüber A gegen Zahlung eines Geldbetrages zur Tötung des Ko bereit erklärt hatte. Um eine Verbindung zwischen A und K zu verschleiern, kam A mit dem Angeklagten überein, dass dieser künftig sämtliche Kontaktaufnahmen zwischen K und A vermitteln sollte. A setzte K hiervon in Kenntnis, ließ ihn, in Absprache mit dem Angeklagten, jedoch im Glauben, der Angeklagte sei in die Tatplanung nicht eingeweiht. In der Folgezeit bat K den Angeklagten mindestens fünfmal um die Herstellung eines Kontakts zu A, den der Angeklagte jeweils auch vermittelte. Das Schwurgericht konnte jedoch nicht feststellen, ob die daraufhin zwischen A und K geführten Gespräche "der Tatvorbereitung dienten oder einen anderen Inhalt hatten". Der Angeklagte war auch zugegen, als A und K etwa eine Woche vor der Tat nach D fuhren, wo K das ihm bis dahin nicht bekannte Tatopfer gezeigt wurde. Der Zweck dieser Fahrt war dem Angeklagten bekannt. Unmittelbar nach Begehung des Mordes rief K, einer vor der Tat mit A getroffenen Vereinbarung folgend, den Angeklagten an und teilte ihm mit, es sei "alles ok". Der Angeklagte, der wusste, dass K hiermit die Ausführung der Tat bestätigte, leitete diese Information, ebenfalls absprachegemäß, an A weiter. Schließlich überbrachte der Angeklagte im Auftrag des A dem K die erste Rate des für die Tatbegehung versprochenen Geldbetrages.

### *Aus den Gründen:*

#### *I. Prozessgeschichte*

Das Landgericht Münster hatte den Angeklagten mit Urteil vom 5. September 2001 aus tatsächlichen Gründen vom Vorwurf der Beihilfe zum Mord freigesprochen. Auf die Revisionen der Nebenklägerinnen hob der Senat diese Entscheidung, soweit sie den Angeklagten betraf, durch Urteil vom 8. August 2002 - 4 StR 88/02 - samt den Feststellungen auf und verwies die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht zurück. Die Revision des Mitangeklagten K, der als Haupttäter wegen heimtückisch und aus Habgier begangenen Mordes verurteilt worden war, hatte der Senat durch Beschluss vom 11. Juli 2003 gemäß § 349 Abs. 2 StPO als unbegründet verworfen.

Das Landgericht hat den Angeklagten erneut freige-

sprochen. Die StA und die Nebenklägerinnen wenden sich mit ihren auf die Verletzung sachlichen Rechts gestützten Revisionen gegen dieses Urteil.

#### *II. Begründung des Landgerichts*

Die Schwurgerichtskammer hat den Angeklagten, der bestreitet, von dem Mordkomplott Kenntnis gehabt zu haben, vom Vorwurf der Beihilfe zum Mord aus tatsächlichen Gründen freigesprochen. Obwohl er in die geplante Tat eingeweiht gewesen sei, könne ihm - unter Anwendung des Zweifelssatzes - nicht nachgewiesen werden, dass er die Haupttat objektiv gefördert habe. An einer Verurteilung des Angeklagten wegen Nichtanzeige eines geplanten Mordes gemäß § 138 Abs. 1 Nr. 6 StGB hat sich das Landgericht aus Rechtsgründen gehindert gesehen, weil es - in umgekehrter Anwendung des Zweifelssatzes - nicht sicher auszuschließen vermochte, dass der Angeklagte Tatbeiträger des Mordes war.

#### *III. Entscheidung des BGH*

Der Freispruch vom Vorwurf der Beihilfe zum Mord hält rechtlicher Überprüfung nicht stand. Die Annahme des Landgerichts, es könne nicht festgestellt werden, dass der Angeklagte durch die Vermittlung der Gespräche zwischen K und A den Mord an Ko gefördert habe, begegnet in mehrfacher Hinsicht durchgreifenden rechtlichen Bedenken.

##### *1. Zum "Hilfeleisten" i.R.v. § 27 StGB*

Soweit das Landgericht seine Auffassung damit begründet, es habe sich nicht feststellen lassen, dass die zwischen K und A vor der Tat geführten Gespräche für die Tatvorbereitung "erforderlich" gewesen seien, ist bereits zu besorgen, dass es seiner rechtlichen Bewertung in Bezug auf das Vorliegen einer strafbaren Beihilfehandlung im Sinne des § 27 Abs. 1 StGB einen zu engen Maßstab zugrunde gelegt hat. Eine Hilfeleistung im Sinne dieser Vorschrift setzt zwar voraus, dass eine Handlung die Herbeiführung des Taterfolgs des Haupttäters objektiv fördert; für den Erfolg selbst muss sie jedoch nicht ursächlich sein (st. Rspr.; vgl. nur BGHSt 46, 107, 109 m.w.N.).

Es kommt deshalb nicht entscheidend darauf an, ob K und A anlässlich der vom Angeklagten vermittelten Gespräche notwendige Tatvorbereitungen trafen. Auch der Umstand, dass K von der Gutgläubigkeit des Angeklagten ausgegangen sein mag, ist rechtlich ohne Bedeutung; denn § 27 StGB setzt nicht einmal voraus, dass der Täter überhaupt von der Hilfeleistung Kenntnis erlangt hat (BGHR StGB § 27 Abs. 1 Vorsatz 8).

##### *2. Zur Beweiswürdigung des Landgerichts bzgl. des Hilfeleistens*

Darüber hinaus ist das Schwurgericht auf der Grundlage einer nicht erschöpfenden und deshalb rechtsfehlerhaften Beweiswürdigung zu dem Ergebnis gelangt,

zwischen K und A seien - möglicherweise - keine tatvorbereitenden Gespräche geführt worden. Seine Überzeugung stützt das Landgericht ausschließlich darauf, es gebe zum Inhalt der vom Angeklagten vermittelten Gespräche weder Zeugenaussagen noch Erkenntnisse aus einer Telefonüberwachung. Bei dieser Würdigung hat das Landgericht wesentliche Umstände, die in die entgegengesetzte Richtung weisen, unbeachtet gelassen und nicht gewürdigt.

Nach den Urteilsfeststellungen liegen zahlreiche Anhaltspunkte dafür vor, dass K nach seiner Zusage, die Tat zu begehen, mit A noch weitere tatvorbereitende Gespräche führte. Es ist schon nicht ersichtlich, welchen anderen Anlass K gehabt haben sollte, an A heranzutreten. Außer dem Mordkomplott bestand zwischen den beiden Personen keine Verbindung. Darüber hinaus ist nach den Feststellungen davon auszugehen, dass A mit K eine Verabredung im Hinblick auf die Durchführung der Vorbereitungsfahrt nach Dülmen, bei welcher K das Tatopfer gezeigt wurde, getroffen hatte. Ferner beauftragte A "zu einem nicht feststellbaren Zeitpunkt" den K, ihm, dem A, den Vollzug der Tat über den Angeklagten ausrichten zu lassen. Anhaltspunkte dafür, dass sich K und A bereits vor Einschaltung des Angeklagten als Vermittler über diese Umstände verständigt hatten, liegen nach den Urteilsgründen nicht vor. Die Tatsache, dass das Schwurgericht die vorgenannten Umstände nicht erörtert hat, lässt besorgen, dass es ihre Bedeutung in diesem Zusammenhang nicht erkannt hat.

### 3. Zur "Kettenbeihilfe"

Schließlich hat sich das Landgericht darauf beschränkt zu prüfen, ob der Angeklagte Beihilfe zur Anstiftung des A geleistet hat. Dies hat es zwar rechtsfehlerfrei verneint. Es hat aber rechtsfehlerhaft nicht in Betracht gezogen, dass A über die Anstiftung des K hinaus entweder als Mittäter des Mordes oder zumindest als Gehilfe des Haupttäters im Rahmen der Tatvorbereitung weitere wesentliche Tatbeiträge geleistet hat, die der Angeklagte gefördert haben kann (vgl. BGHR StGB § 25 Abs. 2 Mittäter 12; § 26 Bestimmen 6). So hat A dem K die Tatwaffe überlassen und diese nach Ausführung der Tat wieder an sich genommen. Ferner hat er mit K die Durchführung der Tat besprochen und die Vorbereitungsfahrt nach Dülmen nicht nur organisiert, sondern selbst daran teilgenommen. Außerdem stand er mit K auch nach dessen Zusage, den Mord zu begehen, noch mehrfach in Kontakt.

Diese Tatbeiträge kann der Angeklagte schon durch die gegenüber A erteilte Zusage, Kontakte zu K zu vermitteln, im Sinne des § 27 Abs. 1 StGB (psychisch) unterstützt haben (vgl. zur sogenannten Kettenbeihilfe: Cramer/Heine in Schönke/Schröder StGB 26. Aufl. § 27 Rdn. 18). In gleicher Weise könnte auch die Beglei-

tung des Angeklagten bei der Vorbereitungsfahrt nach Dülmen eine tatfördernde Bedeutung erlangt haben.

### 4. Zum Beruhen der angefochtenen Entscheidung auf den dargelegten Mängeln

Der Senat kann nicht ausschließen, dass das Schwurgericht bei Berücksichtigung der vorgenannten Umstände sowohl die Bereitschaft des Angeklagten, als Vermittler zwischen K und A zur Verfügung zu stehen, als auch die Vermittlertätigkeit selbst unter dem Gesichtspunkt einer Beteiligung des Angeklagten an dem Mord anders als geschehen beurteilt hätte.

### III. Hinweise an das Tatsachengericht bzgl. der Möglichkeit einer Postpendenz

Die Sache bedarf daher erneuter Verhandlung und Entscheidung. Der neue Tatrichter wird dabei - ohne Bindung an die zum Nachteil des K getroffenen Feststellungen - auch zu der Haupttat eigene Feststellungen zu treffen haben, da das Urteil in Bezug auf den Angeklagten wiederum insgesamt aufgehoben ist.

Für die erneute Hauptverhandlung weist der Senat außerdem auf folgendes hin:

Sollte das Gericht wiederum zu dem Ergebnis gelangen, dass dem Angeklagten trotz Kenntnis von der geplanten Tat eine Hilfeleistung im Sinne des § 27 StGB unter Anwendung des Zweifelssatzes nicht nachzuweisen ist, wird es zu prüfen haben, ob eine Verurteilung wegen Nichtanzeige einer geplanten Straftat nach § 138 Abs. 1 (Nr. 6) StGB zu erfolgen hat.

Zwar kommt, ausgehend von dem Grundsatz, dass für einen Tatbeteiligten eine Mitteilungspflicht nach § 138 StGB nicht besteht, nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs eine Strafbarkeit nach § 138 StGB nicht in Betracht, wenn der Verdacht einer Tatbeteiligung am Ende der Beweisaufnahme noch fortbesteht. Nach dieser Rechtsprechung ist, wenn sich der Verdacht der Tatbeteiligung nicht ausräumen lässt, der Angeklagte vielmehr in (doppelter) Anwendung des Zweifelssatzes freizusprechen (BGHSt 39, 164, 167; 36, 167, 174; BGH bei Holtz MDR 1979, 635; 1986, 794; 1988, 276). An dieser Rechtsprechung beabsichtigt der Senat, gegebenenfalls unter Aufgabe entgegenstehender eigener Rechtsprechung, nicht länger festzuhalten. Vielmehr neigt er der in der Literatur mit beachtlichen Argumenten vertretenen Auffassung zu, dass in den Fällen, in denen nicht geklärt werden kann, ob der Nichtanzeigende auch an der Vortat beteiligt war, jedenfalls eine Bestrafung aus § 138 StGB zu erfolgen hat (vgl. Cramer/Sternberg-Lieben in Schönke/Schröder aaO § 138 Rdn. 29; Hanack in LK 11. Aufl. § 138 Rdn. 75; Rudolphi in SKStGB § 138 Rdn. 35; Lackner/Kühl, StGB 24. Aufl. § 138 Rdn. 6; Joerden Jura 1990, 633, 640 f.). [...]

*Urteile in Fallstruktur***Standort: Öffentliches Recht****Problem: Ladenschluss**

BVERfG, URTEIL VOM 09.06.2004

1 BVR 636/02 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

**Problemdarstellung:**

Das BVerfG hat im vorliegenden Urteil erneut zur Verfassungsmäßigkeit des Ladenschlusses Stellung genommen. Dabei hat es einige Probleme erörtert, die jedem Examenskandidaten geläufig sein sollten:

1. Das BVerfG sieht kein Bedürfnis nach einer bundeseinheitlichen Regelung des Ladenschlusses i.S.d. Art. 72 II GG mehr. Da das LadSchlG in seiner ursprünglichen Fassung jedoch älter ist als Art. 72 II GG in seiner jetzigen, strengen Fassung, gilt es über Art. 125 a II 1 GG ungeachtet dessen fort. Probleme ergaben sich allerdings dadurch, dass insbesondere der Ladenschluss an Werktagen auch nach Geltung des Art. 72 II GG in seiner jetzigen Fassung noch geändert worden war. Das BVerfG hält dies im Lichte des Art. 125a II GG ebenfalls für zulässig, weist aber zugleich darauf hin, dass dies keinesfalls für eine völlige Neuregelung des Ladenschlusses gelten könne. Diese obliege allein den Ländern.

2. Das BVerfG prüft Verstöße gegen Art. 12 I GG und Art. 3 I GG. Dabei differenziert es nach dem Ladenschluss an Werktagen einerseits und an Sonn- und Feiertagen andererseits. Im LadSchlG gibt es mittlerweile eine derartige Fülle von Ausnahmen vom Ladenschluss, dass es vier Richter des BVerfG als unangemessen ansahen, die übrigen, nicht unter die Ausnahmetatbestände fallenden Anbieter *an Werktagen* weiterhin mit einem Ladenschluss zu belegen, zumal der Schutzzweck des LadSchlG - insbesondere der Arbeitnehmerschutz - anderweitig hinreichend sichergestellt sei. Da die anderen vier Richter dem sich jedoch nicht angeschlossen haben, fand sich keine Mehrheit im 1. Senat des BVerfG für einen Verfassungsverstoß. Für *Sonn- und Feiertage* herrschte hierüber sogar Einigkeit, da die Sonntagsruhe ihrerseits über Art. 140 GG i.V.m. Art. 139 WRV Verfassungsrang genießt, und eine Abwägung derselben mit den Grundrechten der Verkäufer im Wege praktischer Konkordanz die Öffnung der Geschäfte an diesen Tagen nicht erforderte.

**Prüfungsrelevanz:**

Die Grundrechte aus Art. 12 I GG und Art. 3 I GG gehören zum Basiswissen im ersten juristischen Staatsexamen. Die Entscheidung gibt mit Blick auf Art. 12 I GG Gelegenheit, die sogen. "Drei-Stufen-Theorie",

nach der das BVerfG die Angemessenheit von Eingriffen in Art. 12 I GG beurteilt, noch einmal zu wiederholen. Da das BVerfG diese Theorie in st.Rspr. vertritt, leitet es sie in der vorliegenden Entscheidung nicht mehr her, sondern setzt sie wie selbstverständlich voraus. Danach gilt:

Die lediglich das "Wie" der Berufsfreiheit betreffenden Berufsausübungsregelungen (wie z.B. der Ladenschluss) sind durch vernünftige Gemeinwohlerwägungen zu rechtfertigen. Subjektive Berufswahlregelungen, also das "Ob" des Zugangs zum Beruf betreffende, an die Person des Betroffenen anknüpfende Regelungen (wie z.B. der "numerus clausus", BVerfGE 33, 303), bedürfen zu ihrer Rechtfertigung hingegen besonders wichtiger Gemeinwohlerwägungen, während das "Ob" regelnde objektive, von der Person losgelöste Berufswahlregelungen (wie z.B. Taxikontingente, BVerfGE 11, 168) nur durch überragend wichtige Gemeinwohlgründe gerechtfertigt sein können.

In Bezug auf Art. 3 I GG sei auf die - vom BVerfG hier freilich ebenfalls nicht erwähnte - "neue Formel" hingewiesen, nach der jedenfalls in ihren Auswirkungen bedeutende Ungleichbehandlungen nicht mehr nur der reinen Willkürkontrolle unterliegen, sondern verhältnismäßig sein müssen.

**Vertiefungshinweise:**

- Grundlegend zum Ladenschluss: *BVerfGE* 13, 230
- Neuere Ladenschluss-Entscheidungen: *OVG Bautzen*, RA 1999, 605 = NJW 1999, 2539; *BVerwG*, NJW 1999, 1567; *OVG Magdeburg*, NJW 1999, 2538
- Zu Art. 12 I GG und zur "Drei-Stufen-Theorie": *BVerfG*, RA 2001, 373 = DVBl 2001, 979; *Erichsen*, Jura 1995, 542; *Kimms*, JuS 2001, 664
- Zur "neuen Formel" bei Art. 3 I GG: *BVerfGE* 101, 54, 101; *Michael*, JuS 2001, 866; *Pieroth/Görisch*, NWVBl 2001, 282

**Kursprogramm:**

- Examenskurs*: "Der alte Mann als Kassenarzt"
- Examenskurs*: "Martina"

**Leitsätze:**

**1. Gilt ein Bundesgesetz gemäß Art. 125 a Abs. 2 Satz 1 GG als Bundesrecht fort, obwohl die Voraussetzungen des Art. 72 Abs. 2 GG in der seit 1994 maßgebenden Fassung nicht erfüllt sind, bleibt der Bundesgesetzgeber zur Änderung einzelner Vor-**



**schriften zuständig. Eine grundlegende Neukonzeption ist ihm jedoch verwehrt.**

**2. Das grundsätzliche Verbot der Ladenöffnung an Sonn- und Feiertagen ist mit dem Grundgesetz vereinbar.**

**3. Zur Verfassungsmäßigkeit der Vorschriften über den Ladenschluss an Werktagen.**

#### **Sachverhalt:**

Die Beschwerdeführerin betreibt am Alexanderplatz in Berlin-Mitte ein Warenhaus. Sie hielt ihr Warenhaus am Samstag, dem 31. Juli 1999, nach 16.00 Uhr und ebenfalls am Sonntag, dem 1. August 1999, zum Verkauf geöffnet und bot ihr gesamtes Warensortiment - versehen mit einem Aufkleber "Berlin-Souvenir" - an. Ein Mitbewerber erwirkte daraufhin, gestützt auf das Ladenschlussgesetz, eine einstweilige Verfügung gegen sie, die ihr untersagte, an Samstagen ab 16.00 Uhr und an Sonntagen Waren zu verkaufen. Auf den Widerspruch der Beschwerdeführerin bestätigte das Landgericht die einstweilige Verfügung. Im Verfahren der Hauptsache verurteilte das Landgericht die Beschwerdeführerin zur Unterlassung der Öffnung ihres Kaufhauses an Samstagen nach 16.00 Uhr sowie an Sonntagen. Das Kammergericht wies die Berufung der Beschwerdeführerin zurück.

Mit ihrer gegen die Entscheidungen des Kammergerichts und des Landgerichts gerichteten Verfassungsbeschwerde macht die Beschwerdeführerin im Wesentlichen geltend, die angegriffenen Entscheidungen verletzen sie in ihrer Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG), weil jedenfalls heutzutage die ursprünglich den Ladenschluss rechtfertigenden Gründe teils entfallen, teils - wie z.B. der Arbeitnehmerschutz - durch andere Normen hinreichend gesichert seien. Darüber hinaus rügt sie eine Verletzung des Gleichheitssatzes (Art. 3 I GG), weil sie sich im Verhältnis zu den Verkaufsstellen, die unter eine der zahlreichen im LadSchlG geregelten Ausnahmetatbestände fallen, willkürlich ungleich behandelt fühlt.

Ist die Beschwerdeführerin (Bf.) tatsächlich in ihren Grundrechten verletzt?

#### **Lösung:**

In Betracht kommt eine Verletzung der Grundrechte der Bf. aus Art. 12 I und 3 I GG. Diesbezüglich ist zwischen dem Ladenschluss an Werktagen und an Sonn- und Feiertagen zu differenzieren.

#### *1. Teil: Ladenschluss an Werktagen*

Ein Grundrechtsverstoß kommt zunächst durch den Ladenschluss an Werktagen (§ 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und 3 LadSchlG) in Betracht.

#### *1. Verstoß gegen Art. 12 GG*

Die Berufsfreiheit der Bf. wäre verletzt, wenn ein nicht

gerechtfertigter Eingriff in den Schutzbereich des Art. 12 I 1 GG vorläge.

#### *1. Schutzbereich betroffen*

“Art. 12 Abs. 1 GG schützt die Freiheit der Berufsausübung. Unter Beruf ist jede auf Erwerb gerichtete Tätigkeit zu verstehen, die auf Dauer angelegt ist und der Schaffung und Aufrechterhaltung einer Lebensgrundlage dient (vgl. BVerfGE 102, 197 [212]). Erfasst wird grundsätzlich jede berufliche Betätigung, auch die als Inhaber von Verkaufsstellen (vgl. BVerfGE 104, 357 [364]).”

#### *2. Eingriff*

Die Verurteilung der Beschwerdeführerin müsste in das Recht der Berufsausübungsfreiheit eingreifen. Dazu genügt jede spürbare, nicht bloß in einer Bagatelle bestehende Verkürzung. Der Ladenschluss an Werktagen macht es Verkäufern unmöglich, zu den Ladenschlusszeiten ihre Waren zu verkaufen, Umsätze zu machen und somit ihrem Beruf nachzugehen.

#### *3. Rechtfertigung durch Schranken*

Derartige Eingriffe bedürfen nach Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG einer gesetzlichen Grundlage, die den Anforderungen des Grundgesetzes an grundrechtsbeschränkende Gesetze genügt. Als Konkretisierung dieses Gesetzesvorbehalts kommt hier § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und 3 LadSchlG in Betracht. Fraglich ist, ob die Norm i.Ü. verfassungsgemäß ist.

#### *a. Formelle Verfassungsmäßigkeit*

In formeller Hinsicht ist allein die Gesetzgebungskompetenz des Bundes fraglich.

#### *aa. Kompetenztitel*

“Die Regelung der Ladenschlusszeiten ist Gegenstand der konkurrierenden Gesetzgebung gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 (Handel) und Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG (Arbeitsschutz) (vgl. BVerfGE 13, 230 [233]).“

#### *bb. Bundeszuständigkeit bei konkurrierender Kompetenz*

Bei konkurrierender Gesetzgebung des Bundes nach Art. 74 GG müssen aber auch die in Art. 72 II GG genannten Anforderungen an die Notwendigkeit einer bundeseinheitlichen Regelung erfüllt sein. Das BVerfG verneint dies:

#### *(1). Art. 72 II GG nicht erfüllt*

“Eine bundesrechtliche Regelung des Ladenschlusses ist für die Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet oder für die Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse nicht erforderlich. In den Gesetzesmaterialien zur Novellierung des Ladenschlussgesetzes im Jahre 1996 finden sich keine Darlegungen zum Vorliegen

dieser Voraussetzungen. Es ist auch nicht ersichtlich, dass insbesondere die Erhaltung der Funktionsfähigkeit des deutschen Wirtschaftsraums oder die Vermeidung der Rechtszersplitterung eine bundesstaatliche Rechtsetzung über die Ladenöffnungszeiten erfordert. Der Gesetzgeber hat durch weit reichende Ermächtigungen an die Bundesländer zur Schaffung von Ausnahmen selbst zum Ausdruck gebracht, dass er einheitliche rechtliche Regelungen für das gesamte Bundesgebiet nicht für geboten erachtet. Ein Erfordernis bundeseinheitlicher Regelung hat sich auch nach der Novellierung im Jahre 1996 nicht gezeigt. Vielmehr sind die Ausnahmemöglichkeiten mit der erneuten Novellierung im Jahre 2003 noch erweitert worden.”

*(2). Fortgeltung nach Art. 125 a II 1 GG*

Insoweit wäre das LadSchlG schon mangels Gesetzgebungskompetenz des Bundes verfassungswidrig. Allerdings ist das LadSchlG erstmals vor In-Kraft-Treten des Art. 72 Abs. 2 GG in der jetzigen Fassung des Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes vom 27. Oktober 1994 (BGBl I S. 3146) erlassen worden. Die zu diesem Zeitpunkt bereits geltenden Bundesgesetze bleiben nach Art. 125 a Abs. 2 Satz 1 GG als Bundesrecht in Kraft. Insoweit steht Art. 72 II GG dem LadSchlG nicht entgegen.

*(3). Änderungskompetenz*

Allerdings ist das LadSchlG auch nach In-Kraft-Treten des Art. 72 II GG in seiner jetzigen Fassung mehrfach geändert worden, u.a. auch der hier streitgegenständliche § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und 3 LadSchlG. Fraglich ist, ob auch dies von Art. 125 a II 2 GG gedeckt ist. Das BVerfG bejaht dies grundsätzlich:

*(a). Änderungen*

“Dem Bundesgesetzgeber wird durch Art. 125 a Abs. 2 Satz 2 GG die Änderung des fortbestehenden Bundesrechts nicht verwehrt. Die Länder haben demgegenüber eine solche Änderungskompetenz nicht. Die Länder dürfen allerdings eine landesrechtliche Neuregelung durch Ersetzung des Bundesrechts vornehmen, wenn eine bundesgesetzliche Ermächtigung dazu auf der Grundlage des Art. 125 a Abs. 2 Satz 2 GG geschaffen worden ist. Aus dieser Rechtslage folgt im Umkehrschluss, dass es den Ländern verwehrt ist, bei Fortbestand der bundesrechtlichen Regelung einzelne Vorschriften zu ändern. Die andernfalls entstehende Mischlage aus Bundes- und Landesrecht für ein und denselben Regelungsgegenstand im selben Anwendungsbereich wäre im bestehenden System der Gesetzgebung ein Fremdkörper. [...]

Mit der im Jahre 1994 erfolgten Neufassung des Art. 72 Abs. 2 GG sowie der Einrichtung eines speziellen verfassungsgerichtlichen Verfahrens in Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 a GG hat der verfassungsändernde Gesetzgeber allerdings das Ziel verfolgt, die Position der Länder zu

stärken (vgl. BVerfGE 106, 62 [136]). Art. 125 a Abs. 2 Satz 1 GG weicht von der Vorgabe, dass der Bund im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung ein Gesetzgebungsrecht nur unter den enger gefassten Grenzen des Art. 72 Abs. 2 GG hat, allein in Bezug auf eine schon bestehende Bundesregelung ab. Die Änderungskompetenz des Bundes ist, sofern die Voraussetzungen des Art. 72 Abs. 2 GG nicht gegeben sind, eng ausulegen und an die Beibehaltung der wesentlichen Elemente der in dem fortgeltenden Bundesgesetz enthaltenen Regelung geknüpft. Diese darf vom Bundesgesetzgeber modifiziert werden.”

*(b). Jedoch keine Bundeskompetenz zur Neukonzeption*  
Allerdings darf die Änderungskompetenz des Bundes nicht zu einer grundlegenden Neukonzeption missbraucht werden. Diese Zuständigkeit liegt nach dem BVerfG allein bei den Ländern:

“Zu einer grundlegenden Neukonzeption wären dagegen nur die Länder befugt, allerdings erst nach einer Freigabe durch Bundesgesetz. Art. 125 a Abs. 2 Satz 1 GG selbst enthält keine Zuweisung einer weiteren Kompetenz an den Bund. Die Norm darf freilich nicht dazu führen, dass eine sachlich gebotene oder politisch gewollte Neuregelung nur deshalb unterbleibt, weil der Bund sie nicht vornehmen darf, er aber nicht bereit ist, die Materie den Ländern durch Freigabe zur Regelung zu überlassen. Das in Art. 125 a Abs. 2 Satz 2 GG dem Bund eingeräumte Ermessen ist unter Berücksichtigung des Grundsatzes bundes- und länderfreundlichen Verhaltens (vgl. BVerfGE 104, 238 [247 f.]; BVerfG, EuGRZ 2004, S. 196 [201]) entsprechend eingeschränkt. Reicht die bloße Modifikation der Regelung auf Grund sachlicher Änderungen nicht mehr aus oder hält der Bund aus politischen Erwägungen eine Neukonzeption für erforderlich, so verengt sich der Entscheidungsspielraum des Gesetzgebers beim Fehlen der Voraussetzungen des Art. 72 Abs. 2 GG dahingehend, dass er die Länder zur Neuregelung zu ermächtigen hat.”

*(c). Subsumtion*

Fraglich ist also, ob die zwischenzeitlichen Neufassungen des LadSchlG nur (zulässige) Änderungen bestehender Regelungen oder eine (unzulässige) völlige Neukonzeption darstellen. Das BVerfG bejaht ersteres: “Das Ladenschlussgesetz ist durch die Änderungen im Jahre 1996 nicht durch eine neue Regelung ersetzt, sondern nur in Einzelheiten modifiziert worden. Dazu war der Bund befugt. Die Gesetzesnovelle vom 30. Juli 1996 ließ das gesetzgeberische Konzept unberührt und veränderte nur einzelne Regelungen. Die Ladenschlusszeiten wurden verringert und die Ausnahmereiche ausgeweitet. Die gesetzgeberischen Ziele und die Art der Zielverwirklichung blieben dabei unberührt.”

Mithin ist § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und 3 LadSchlG formell verfassungsgemäß.

#### *b. Materielle Verfassungsmäßigkeit*

Das LadSchlG müsste ferner materiell verfassungsgemäß sein, wobei hier nur die Verhältnismäßigkeit i.S.d. Art. 20 III GG fraglich ist. Verhältnismäßig ist eine Maßnahme, die zur Erreichung eines legitimen Zwecks geeignet, erforderlich und angemessen ist.

##### *aa. Legitimer Zweck*

Die Regelung des § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 LadSchlG über den Ladenschluss am Samstag ab 16.00 Uhr müsste also zunächst einem legitimen Zweck dienen. Das BVerfG führt gleich drei legitime Schutzzwecke an:

##### *(1). Arbeitnehmerschutz*

“Ein zur Beschränkung der Berufsausübungsfreiheit hinreichender Gemeinwohlbelang ist der Arbeitsschutz. Durch Regeln über die Schließungszeiten von Verkaufsstellen verwirklicht das Ladenschlussgesetz Arbeitsschutz im Hinblick auf die Verteilung der Arbeitszeit im Tagesverlauf. Durch die Ladenschlusszeiten wird zugleich der Rhythmus des öffentlichen Lebens und der Freizeit beeinflusst. Die Regeln zur Arbeitszeitgestaltung dienen dazu, dem Personal möglichst weitgehend den arbeitsfreien Abend und die arbeitsfreie Nacht sowie ein zusammenhängendes freies Wochenende zu sichern (vgl. BVerfGE 104, 357, 360). Die Regelung des Ladenschlussgesetzes über die werktägliche Öffnungszeit unter Einschluss des Samstags umfasst den Schutz vor Nacharbeit. Nacharbeit ist unter Schutzaspekten besonders bedeutsam, weil sie dem menschlichen Biorhythmus zuwiderläuft und deshalb zu Schlaflosigkeit, Appetitstörungen, Störungen des Magen-Darm-Traktes, erhöhter Nervosität und Reizbarkeit sowie zu einer Herabsetzung der Leistungsfähigkeit führen kann (vgl. BVerfGE 85, 191 [208]).”

##### *(2). Wettbewerbsschutz*

“Ein mit dem Arbeitsschutz zusammenhängender Zweck des Ladenschlussgesetzes ist die Sicherung der Wettbewerbsneutralität (vgl. BVerfGE 104, 357 [360] mit Hinweis auf BVerfGE 13, 237 [240]). Würde das Ladenschlussrecht nur für Verkaufsstellen gelten, in denen Arbeitnehmer beschäftigt werden, hätten Inhaber- oder Familienbetriebe insoweit einen Wettbewerbsvorteil, als sie für den geschäftlichen Verkehr mit den Kunden auch während der Zeit geöffnet sein dürften, in denen Verkaufsstellen, die Arbeitnehmer einsetzen, geschlossen sein müssten. Die Begrenzung der Ladenöffnung am Abend dient ferner dem Ziel, Geschäfte ohne oder mit wenigen Beschäftigten in der Konkurrenz mit großen Unternehmen insoweit nicht zu benachteiligen, als es diesen leichter fallen kann,

mit Hilfe von Schichtarbeit länger geöffnet zu haben. Der Schutz vor Konkurrenz ist zwar nicht als eigenständiges Ziel zur Beschränkung der Berufsfreiheit anzuerkennen (so insbesondere betreffend die Berufszulassung BVerfGE 7, 377 [408]; 11, 168 [188 f.]). Es ist dem Gesetzgeber aber nicht verwehrt, Konkurrenzvorteile zu unterbinden, die aus der Verfolgung eines anderweitigen legitimen Schutzziels abgeleitet werden können, wie hier aus den Schutzvorkehrungen für Ladenangestellte.”

##### *(3). Verwaltungskontrolle*

“Schließlich verfolgt der Gesetzgeber mit der Ladenschlussregelung das Ziel einer wirksamen und möglichst einfachen Verwaltungskontrolle (vgl. BVerfGE 13, 230 [235]; 104, 357 [360]). Auch dieser Zweck ist grundsätzlich legitim.”

##### *bb. Geeignetheit*

§ 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 LadSchlG müsste ferner geeignet sein, den vom Gesetzgeber bezweckten Arbeitnehmerschutz zu erreichen. Dazu das BVerfG:

“Die Regelung bewirkt weitgehend die Wahrung eines festen Feierabends für Ladenangestellte. Für die Verwirklichung der vom Gesetzgeber ursprünglich als eigenständiges Ziel verfolgten wirksamen und möglichst einfachen Verwaltungskontrolle ist die Regelung allerdings nur noch eingeschränkt geeignet. Als die Ladenöffnungszeiten noch begrenzter als gegenwärtig waren, ermöglichte die Festsetzung einheitlicher Öffnungszeiten die relativ einfache Erkennung eines Verstoßes gegen die gesetzlichen Arbeitszeiten (vgl. BRDrucks 310/54, S. 2). Angesichts zulässiger Öffnungszeiten von 80 (seit 2003 von 84) Stunden in der Woche bei einer Arbeitswoche von regelmäßig unter 40 Stunden (vgl. BTDrucks 15/396, S. 7) sind die Ladenschlussregeln kaum noch geeignet, die Kontrolle der Einhaltung der Vorgaben des Arbeitszeitgesetzes zu unterstützen.”

##### *cc. Erforderlichkeit*

Die angegriffene Norm müsste auch erforderlich für die Verfolgung der vom Gesetzgeber angestrebten Ziele sein. Das wäre sie dann nicht, wenn die legitimen Zwecke - wie von der Bf. behauptet - durch andere, sie weniger belastende Regelungen in gleicher Weise bereits erreicht würden. Das BVerfG tritt dem jedoch entgegen:

##### *(a). ArbZG*

“Das Arbeitszeitgesetz (ArbZG) vom 6. Juni 1994 (BGBl I S. 1170) gewährt nicht einen gleichermaßen wirksamen Schutz wie das Ladenschlussgesetz, das durch seine schematische Regelung einen verkaufsfreien Abend wirksam sichern kann. Ohne die Regelungen des Ladenschlussgesetzes könnten die Ladeninhaber einen Anreiz haben, Verkaufsstellen auch oder

gar vorrangig dann zu öffnen, wenn andere Arbeitnehmer nicht arbeiten müssen. Dies wäre ihnen durch das Arbeitszeitgesetz nicht untersagt, das ein grundsätzliches Verbot der Nacharbeit nicht enthält. Insoweit würden die in den Verkaufsstellen Arbeitenden bei der Verteilung der Arbeitszeit auf den Tagesablauf aus dem Rhythmus des öffentlichen Lebens und der Freizeitgestaltung anderer herausfallen.“

*(b). BetrVG*

“Das Betriebsverfassungsgesetz (im Folgenden: BetrVG) bietet zwar Möglichkeiten für einen Schutz der beschäftigten Arbeitnehmer auch im Hinblick auf die Arbeitszeitverteilung, garantiert diesen aber nicht. § 87 Abs. 1 BetrVG räumt dem Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht bei der Festlegung des Beginns und des Endes der täglichen Arbeitszeit einschließlich der Pausen sowie bei der "Verteilung der Arbeitszeit auf die einzelnen Wochentage" (Nr. 2) und bei einer vorübergehenden Verkürzung oder Verlängerung der betriebsüblichen Arbeitszeit ein (Nr. 3). Mit Hilfe dieses Mitbestimmungsrechts ist eine betriebliche Arbeitszeitregelung erzwingbar. Dieses Mittel greift aber nur bei Betrieben, die über einen Betriebsrat verfügen. Das ist bei vielen Einzelhandelsgeschäften schon deshalb nicht der Fall, weil die Wahl eines Betriebsrats erst ab einer Beschäftigtenzahl von fünf Arbeitnehmern vorgesehen ist (vgl. § 1 Abs. 1 Satz 1 BetrVG). Darüber hinaus zeigt sich, dass Betriebsräte nicht überall dort gebildet werden, wo sie eingerichtet werden können. So gibt es im Einzelhandelsbereich in bestimmten Supermarktketten keine Betriebsräte.“

*(c). Tarifverträge*

“Nicht gleich geeignet sind ferner Tarifverträge. Grundsätzlich können zwar alle Betriebe von tarifvertraglichen Regelungen erfasst werden. Es ist jedoch nicht gesichert, dass eine Tarifbindung eingegangen wird oder entsprechende Tarifverträge für allgemeinverbindlich erklärt werden. Nur durch eine Allgemeinverbindlicherklärung erfassen die Rechtsnormen des Tarifvertrags in seinem Geltungsbereich auch die nicht tarifgebundenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer (vgl. § 5 Abs. 4 Tarifvertragsgesetz - TVG). Die wenigen allgemeinverbindlichen Tarifverträge im Einzelhandel enthalten gegenwärtig jedoch keine entsprechenden Arbeitszeitregelungen, wohl aber Bestimmungen insbesondere über vermögenswirksame Leistungen, Entgeltfortzahlungen und Regelungen zur Förderung der Altersteilzeit. Zwar kennen die nicht für allgemeinverbindlich erklärten Manteltarifverträge für die Arbeitnehmer im Einzelhandel eingehende Regelungen über die regelmäßige Arbeitszeit, über Überstunden, Spätöffnungs-, Nacht-, Sonn- und Feiertagsarbeit sowie über damit verbundene Zuschläge. Diese Tarifverträge gelten aber unmittelbar und zwingend nur zwischen den beiderseits Tarifgebundenen, die unter den

Geltungsbereich des Tarifvertrags fallen (vgl. § 4 Abs. 1 Satz 1 TVG). Damit wird nur ein Teil der Arbeitnehmer vom tarifvertraglichen Arbeitszeitschutz erfasst.“

*(d). Freiwillige Beschränkung der Wirtschaft*

“Eine gesetzliche Regelung der Ladenschlusszeiten wäre nicht erforderlich, wenn das Anliegen auch ohne gesetzgeberische Intervention durch marktorientiertes Verhalten der beteiligten Wirtschaftskreise erreichbar wäre. Das aber ist nicht zu erwarten. [...]“

*dd. Angemessenheit*

Die Berufsausübung einschränkende Regelungen sind nach der sogenannten "Drei-Stufen-Theorie" des BVerfG verfassungsgemäß, wenn sie durch vernünftige Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt und verhältnismäßig sind (vgl. BVerfGE 70, 1 [28]; st.Rspr.). Eingriffe in die Berufsfreiheit dürfen deshalb nicht weiter gehen, als es die sie rechtfertigenden Gemeinwohlbelange erfordern (vgl. BVerfGE 101, 331 [347]; 104, 357 [364]). Fraglich ist, ob nicht solche Verkäufer (wie die Bf.) unangemessen benachteiligt werden, die nicht unter die zahlreichen Ausnahmetatbestände des LadSchlG fallen.

*(1). Ausnahmetatbestände*

Das BVerfG arbeitet zunächst die zahlreichen Ausnahmetatbestände heraus:

“Bei der Prüfung der Angemessenheit ist zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber in seinem Regelwerk eine große Zahl von Ausnahmemöglichkeiten vorgesehen hat. Die Sonderregelungen in Abweichung von § 3 Abs. 1 Satz 1 LadSchlG finden sich in den §§ 4 bis 23 LadSchlG, die für einzelne Gewerbe, Örtlichkeiten oder Warengruppen abweichende Ladenschlusszeiten ermöglichen. Die im Einzelnen unterschiedlichen Ausnahmeregelungen erlauben Ladenöffnungen auch abends, nachts sowie an Sonn- und Feiertagen. Der Gesetzgeber schafft Möglichkeiten zum Verkauf und Erwerb bestimmter Waren, die - wie Arzneimittel oder Ersatzteile für Kraftfahrzeuge - dringend benötigt werden und deren Bedarf für den Nachfragenden unvorhersehbar gewesen sein mag (vgl. zum Beispiel § 4 Abs. 1 Satz 2 und § 6 Abs. 2 LadSchlG). Erfasst werden ferner Waren, die außerhalb der regulären Ladenöffnungszeiten hergestellt werden und/oder zum sofortigen Gebrauch oder Verzehr gedacht sind. Dies sind etwa Produkte im Sinne von § 5 LadSchlG (beispielsweise Sonntagszeitungen) und frische Backwaren, frische Früchte oder Blumen im Sinne von § 10 Abs. 1 und § 12 Abs. 1 LadSchlG. § 8 Abs. 1 und 2, § 9 Abs. 1 und 2 LadSchlG enthalten eine Ausnahmeregelung für Personenbahnhöfe und Flughäfen, die durch Rechtsverordnungen in bestimmter Hinsicht wieder eingeschränkt werden kann. Im Grundsatz besteht hier die Möglichkeit zur 24-stündigen Ladenöffnung außerhalb der allgemeinen Ladenschlusszeiten

mit Begrenzungen auf die Abgabe von Reisebedarf an Reisende. Die Bestimmungen enthalten ferner Ermächtigungen an die zuständigen Stellen, abweichende Festsetzungen im Wege der Rechtsverordnung zu treffen. Im Hinblick auf Verkaufsstellen auf Personenhöfen ermächtigt § 8 Abs. 2a LadSchlG zum Erlass einer Rechtsverordnung, die für Städte mit über 200.000 Einwohnern eine spezielle Regelung zur Versorgung von Reisenden "mit Waren des täglichen Gebrauches und Verbrauchs sowie mit Geschenkartikeln" vorsieht. Ermöglicht werden in bestimmten Bahnhöfen werktägliche Ladenöffnungen bis 22.00 Uhr. § 10 LadSchlG erlaubt den Erlass einer Rechtsverordnung mit Sonderregeln für Kur- und Erholungsorte zwecks Verkauf bestimmter Waren. § 14 LadSchlG ermöglicht "aus Anlass von Märkten, Messen oder ähnlichen Veranstaltungen" die Öffnung an höchstens vier Sonn- und Feiertagen im Jahr. Ergänzt werden die Sonderregeln durch § 23 LadSchlG, der es den obersten Landesbehörden erlaubt, in Einzelfällen befristete Ausnahmen zu bewilligen, wenn diese im öffentlichen Interesse dringend nötig werden (vgl. zu Erfahrungen damit Wallerath, NJW 2001, S. 781 [782]; Rozek, NJW 1999, S. 2921; NVwZ 2003, S. 397). Weitere Ausnahmen gibt es für Tankstellen (§ 6 LadSchlG). Diese können in der Folge auch zum Wareneinkauf zu Ladenschlusszeiten ohne die Notwendigkeit einer Benutzung der damit verbundenen Tankstelle aufgesucht werden. Eine solche Tankstelle ist nicht nur eine Verkaufsstelle im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 1 LadSchlG, sondern sie kann auch mit einem Schank- oder Speisebetrieb verbunden sein. In § 7 Abs. 1 des Gaststättengesetzes (im Folgenden: GastG) wird die Befreiung von den Ladenschlusszeiten ausdrücklich für den Zubehörsbereich ausgesprochen. Danach dürfen im Gaststättengewerbe während der Ladenschlusszeiten Zubehörswaren an Gäste abgegeben werden. Insoweit ist etwa der Verkauf von Presseerzeugnissen, Süßigkeiten, Tabakwaren, Obst und Reiseandenken zulässig. § 7 Abs. 2 GastG listet zudem Waren auf, die außerhalb der Sperrzeit zum alsbaldigen Verzehr oder Verbrauch an jedermann über die Straße abgegeben werden können (unter anderem Getränke, zubereitete Speisen sowie Tabak- und Süßwaren). Zu beachten sind insoweit allein die Vorschriften über Sperrzeiten (vgl. § 18 GastG). Ähnlich vielfältig ist die Lage bei den so genannten Kiosken (§ 5 LadSchlG), die ebenfalls mit einem Schank- oder Speisebetrieb im Sinne von § 7 GastG verbunden sein können."

*(2). Keine unangemessene Benachteiligung der übrigen Anbieter*

Das BVerfG hält es jedoch ungeachtet dessen für angemessen, die übrigen, nicht unter die Ausnahmetatbestände fallenden Anbieter an Werktagen mit einem Ladenschluss zu belegen, da dies nach wie vor durch vernünftige Gemeinwohlbelange gerechtfertigt sei:

"Auch angesichts dieser Ausnahmeregeln bewirkt § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 LadSchlG allerdings keine unangemessene Beschränkung der Berufsausübungsfreiheit. Gegenteiliges kann nach § 15 Abs. 4 Satz 3 BVerfGG wegen Stimmgleichheit im Senat nicht festgestellt werden. Nach Auffassung der Richterinnen und Richter Haas, Steiner, Hohmann-Dennhardt und Bryde, die die Entscheidung insoweit gemäß § 15 Abs. 4 Satz 3 BVerfGG tragen, hat der Gesetzgeber bei der Regelung der Ladenschlusszeiten seinen erheblichen Gestaltungsspielraum mit den Festsetzungen in § 3 Abs. 1 Satz 1 LadSchlG, am Samstag zunächst nur bis 16.00 Uhr und seit 2003 nur bis 20.00 Uhr Verkaufsstellen öffnen zu dürfen, nicht überschritten. [...]

Die hohe Bedeutung, die der Gesetzgeber dem besonderen Arbeitszeitschutz im Einzelhandel zugemessen hat, ist von ihm durch die differenzierende Regelung des Ladenschlussgesetzes nicht in Frage gestellt worden. Schutz der Beschäftigten im Verkauf hinsichtlich der Verteilung der Arbeitszeit im Tagesablauf und insbesondere Schutz vor Nacharbeit, der auch verfassungsrechtlich besonderes Gewicht hat (vgl. BVerfGE 85, 191 [212 f.]), gewährt das Gesetz trotz der beschriebenen Ausnahmen nach wie vor für die weit überwiegende Zahl der Ladenangestellten. Der Anteil der vom Ladenschluss ausgenommenen Betriebe wird im Einzelhandel auf etwa 6 Prozent geschätzt. Da in den privilegierten Verkaufsstellen wie Tankstellen und Bahnhofsläden typischerweise eher weniger Angestellte beschäftigt sind als in den sonstigen Einzelhandelsgeschäften, insbesondere Kaufhäusern und Großmärkten, wird die Zahl der von den Ausnahmeregelungen betroffenen Arbeitnehmer noch unter diesem Prozentsatz liegen, so dass der Gesetzgeber davon ausgehen kann, dass sein mit dem Ladenschlussgesetz verfolgtes Ziel des besonderen Arbeitnehmerschutzes nach wie vor für weit über 95 Prozent der Ladenangestellten greift. Zur Sicherung dieses Arbeitszeitschutzes darf das Erwerbsinteresse der Einzelhandelsbetriebe zurückgestellt werden (vgl. BVerfGE 13, 237 [241]). [...]

Es ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, dass der Gesetzgeber in bestimmten Bereichen den Verbraucherinteressen größere Bedeutung beigemessen hat und insoweit das ansonsten geschützte Arbeitnehmerinteresse an festen arbeitsfreien Zeiten hat zurücktreten lassen. Die hier zusätzlich vom Gesetzgeber verfolgten besonderen Zwecke rechtfertigen die Ausnahmen. Dazu gehört das Ziel, den Bedarf von Reisenden in Bahnhöfen, Flughäfen und Tankstellen zu befriedigen, wobei er auch berücksichtigen darf, dass die langfristige Öffnung entsprechender Verkaufsstellen ohne Zusatz- oder Folgeverkäufe nicht rentabel wäre. Der Gesetzgeber darf auch das Ziel berücksichtigen, Kur-, Erholungs- und Ausflugsgebiete attraktiv zu machen, und er darf vorsorgen, dass ein Kaufbedürfnis aus besonderen Anlässen wie Messen oder Märkten befriedigt werden kann. Durch diese Sonderregelun-

gen wird die Wettbewerbssituation der nicht privilegierten Bewerber nicht unangemessen beeinträchtigt. Die Privilegierungen erfassen trotz ihrer großen Zahl nur einen geringen Anteil der Verkaufsstellen, die sich allenfalls zum Teil in direkter Konkurrenz zu den nicht privilegierten Betrieben befinden. Die Besonderheiten der privilegierten Verkaufsstellen nach Lage, Sortiment und Preisgestaltung sind regelmäßig so groß, dass nicht damit gerechnet zu werden braucht, dass sie in nennenswertem Umfang Umsatz von den nicht privilegierten Betrieben abziehen. Werden durch einen möglicherweise rechtswidrigen Vollzug des Gesetzes im Einzelfall konkrete und nachweisbare Wettbewerbsnachteile für nicht privilegierte Betriebe bewirkt, begründet dies nicht die Unangemessenheit der gesetzlichen Regelung, sondern deutet auf mangelnde Kontrolle hin. Gegebenenfalls kann Rechtsschutz vor den Fachgerichten erlangt werden. [...]"

Mithin ist der Eingriff gerechtfertigt, die Bf. also nicht in Art. 12 GG verletzt.

## II. Verstoß gegen Art. 3 I GG

Fraglich ist allerdings die Vereinbarkeit mit Art. 3 I GG. Dieser verbietet jedenfalls eine willkürliche Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem. Fraglich ist also, ob sich eine Vergleichsgruppe finden lässt, die im Verhältnis zur Bf. in nicht zu rechtfertigender Weise besser gestellt wird. Das BVerfG untersucht dies im Hinblick auf 2 Vergleichsgruppen, verneint aber i.E. - wiederum mit 4:4 Stimmen - einen Gleichheitsverstoß:

### 1. Vergleichsgruppe: Von Ausnahmetatbeständen begünstigte Anbieter

"Die angegriffene Regelung verletzt den allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) nicht. Die rechtfertigenden Gründe für die unterschiedliche Behandlung der Einzelhandelsgeschäfte sind auch unter Wettbewerbsgesichtspunkten bereits im Zusammenhang mit Art. 12 Abs. 1 GG gewürdigt worden (siehe oben). Einen weiter gehenden Schutz gewährt der Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG nicht (vgl. BVerfGE 84, 133 [158])."

### 2. Vergleichsgruppe: Versandhandel

"Ein Gleichheitsverstoß liegt auch nicht darin, dass für Anbieter von Waren, die nicht unter das Ladenschlussgesetz fallen, und für Gewerbebetriebe andere Betriebszeiten gelten als für Einzelhandelsgeschäfte. Beim Einkauf durch Bestellung anhand eines Katalogs, durch e-commerce oder Teleshopping geschieht dies nicht über die für den Einzelhandel üblichen Verkaufsstellen, und es erfordert vor allem nicht eine Bearbeitung der Bestellung und Auslieferung der Waren außerhalb der üblichen Arbeitszeiten."

### 3. Vergleichsgruppe: Gewerbebetriebe ohne Verkaufs-

stellen

"Zur Ungleichbehandlung von Verkaufsstellen einerseits und anderer Gewerbebetriebe andererseits hat das Bundesverfassungsgericht im Jahre 1961 ausgeführt, dass sich Gewerbebetriebe wie das Verkehrsgewerbe und das Gaststättengewerbe in so erheblichem Maße von dem Einzelhandel abheben, dass der Gesetzgeber durch Art. 3 Abs. 1 GG nicht verpflichtet ist, entweder für sie eine dem Ladenschlussgesetz entsprechende Regelung zu treffen oder eine Regelung des Ladenschlusses zu unterlassen (vgl. BVerfGE 13, 230 [236]). Unterschiede zu industriellen und handwerklichen Gewerbebetrieben sind weiterhin gegeben. Im Übrigen ist die Ungleichbehandlung im Verhältnis zu Gewerbebetrieben durch das besondere Schutzbedürfnis der Arbeitnehmer in Einzelhandelsgeschäften gerechtfertigt. Dieses folgt daraus, dass bei Ladeninhabern ein besonderer ökonomisch bedingter Anreiz besteht, ihre Verkaufsstellen gerade zu Zeiten geöffnet zu halten, in denen andere Arbeitnehmer regelmäßig nicht arbeiten, weil diese gerade dann als Kunden der Einzelhandelsgeschäfte angesprochen werden können."

Der Ladenschluss an Werktagen gem. § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und 3 LadSchlG ist verfassungsgemäß.

### 2. Teil: Ladenschluss an Sonn- und Feiertagen

Auch der Ladenschluss an Sonn- und Feiertagen gem. § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 LadSchlG könnte gegen Art. 12 I GG und 3 I GG verstoßen.

### I. Verstoß gegen Art 12 GG

Insoweit gilt hinsichtlich des Eingriffs in den Schutzbereich das oben Gesagte. Bei der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung ergeben sich allerdings Unterschiede, auf die das BVerfG hinweist:

### 1. Verfassungsimmanente Schranke der Art. 140 GG i.V.m. 139 WRV

"Die Sonderregelung für Sonn- und Feiertage entspricht dem in Art. 140 GG in Verbindung mit Art. 139 WRV enthaltenen Grundsatz, dass der Sonntag und die staatlich anerkannten Feiertage als Tage der Arbeitsruhe und der seelischen Erhebung geschützt sind. Die durch Art. 140 GG aufgenommenen Vorschriften der Weimarer Reichsverfassung und somit auch Art. 139 WRV sind von gleicher Normqualität wie die sonstigen Bestimmungen des Grundgesetzes (vgl. BVerfGE 19, 206 [219]; 53, 366 [400]). Der in dieser Regelung vorgesehene Schutz der Sonn- und Feiertage bedeutet, dass Art. 12 Abs. 1 GG die Berufsausübung an diesen Tagen nur in eingeschränkter Weise gewährleistet. Art. 12 Abs. 1 GG ist zwar anwendbar, seine Beschränkung findet aber für das grundsätzliche Verbot der Sonn- und Feiertagsarbeit eine Rechtfertigung in der Verfassung selbst. Grundsätzlich hat die "werktägliche Geschäftigkeit" zu ruhen. Ausnah-

men von der Sonn- und Feiertagsruhe sind allerdings zur Wahrung höher- oder gleichwertiger Rechtsgüter möglich. [...]"

### 2. Konkretisierung durch Gesetz

"Der Schutz der Sonn- und Feiertage wird in Art. 139 WRV als gesetzlicher Schutz beschrieben. Dies bedeutet, dass die Institution des Sonn- und Feiertags unmittelbar durch die Verfassung garantiert ist, die Art und das Ausmaß des Schutzes aber einer gesetzlichen Ausgestaltung bedürfen. Der Gesetzgeber darf in seinen Regelungen auch andere Belange als den Schutz der Arbeitsruhe und der seelischen Erhebung zur Geltung bringen. Ein Kernbestand an Sonn- und Feiertagsruhe aber ist unantastbar, im Übrigen besteht Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers (vgl. auch BVerfG, NJW 1995, S. 3378 [3379])."

[Anm.: § 3 I 1 Nr. 1 LadSchlG ist bei der Novelle im Jahre 1996 unverändert geblieben, sodass er auch nach Änderung des Art. 72 II GG unproblematisch gemäß Art. 125a Abs. 2 Satz 1 GG als Bundesrecht fortgilt, ohne dass es auf das o.g. Problem der Änderungskompetenz des Bundes in Abgrenzung zur Neugestaltungskompetenz der Länder ankäme.]

### 3. Herstellung praktischer Konkordanz

"Bei Beschränkungen der Freiheit der Berufsausübung ist dem Gesetzgeber ein Ausgleich zwischen Art. 140 GG in Verbindung mit Art. 139 WRV einerseits und Art. 12 Abs. 1 GG andererseits aufzugeben. Der Schutz des Art. 140 GG in Verbindung mit Art. 139 WRV ist nicht auf einen religiösen oder weltanschaulichen Sinngehalt der Sonn- und Feiertage beschränkt. Umfasst ist zwar die Möglichkeit der Religionsausübung an Sonn- und Feiertagen. Die Regelung zielt in der säkularisierten Gesellschafts- und Staatsordnung aber auch auf die Verfolgung profaner Ziele wie die der persönlichen Ruhe, Besinnung, Erholung und Zerstreuung. [...] § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 LadSchlG verstieße nur dann gegen Art. 12 Abs. 1 GG, wenn der Gesetzgeber auf Grund überwiegender, den Schutz der Sonn- und Feiertagsruhe zurückdrängenden Rechtsgüter verfassungsrechtlich verpflichtet wäre, Ausnahmen von der Regel des Art. 139 WRV für Einzelhandelsgeschäfte vorzusehen."

Das BVerfG hält es aber (einstimmig) für verhältnismäßig, auf solche Ausnahmen zu verzichten:

#### a. Geeignetheit

"Dass das grundsätzliche Verbot der Ladenöffnung an Sonn- und Feiertagen zum Schutz der Arbeitsruhe und seelischen Erhebung an diesen Tagen geeignet ist, bedarf keiner weiteren Begründung."

#### b. Erforderlichkeit

"Auch ist keine gleich geeignete andere, die Ladeninhaber aber weniger beeinträchtigende Regelung vorstellbar. Es ist Sache des Gesetzgebers zu entscheiden, auf welchem regulativen Weg er seine Ziele erreichen will. Da Art. 140 GG in Verbindung mit Art. 139 WRV ihm auferlegt, den Ruheschutz an Sonn- und Feiertagen jedenfalls als Regel zu sichern, ist es nicht rechtfertigungsbedürftig, wenn er dies vorsieht. Dabei darf er an der deutschen Tradition eines grundsätzlichen Sonntagsschutzes festhalten und andere Interessen, etwa Freizeitinteressen, nur über Ausnahmetatbestände berücksichtigen. Die Freigabe der Regelung zur Selbstentscheidung des Einzelhandels würde zu mehr Flexibilität, aber voraussichtlich auch zu mehr Sonn- und Feiertagsarbeit führen und damit den regelmäßigen Schutz des Sonn- und Feiertags nicht in gleicher Weise wie das Verbot der Ladenöffnung sichern."

#### c. Angemessenheit

"§ 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 LadSchlG enthält angesichts des in Art. 139 WRV normierten Regel- Ausnahmeverhältnisses eine angemessene Beschränkung der Berufsausübungsfreiheit. Selbst wenn das Einkaufen an Sonn- und Feiertagen für einen Teil der Bevölkerung infolge von Veränderungen der Einkaufsgewohnheiten keinen "werktäglichen Charakter" haben, sondern zum Freizeitvergnügen geworden sein sollte und - wie die Beschwerdeführerin meint - mit dem Besuch eines Theaters oder Kinos vergleichbar wäre, so dass die Ladenöffnung in diesem Sinne "Arbeit für den Sonntag" wäre, müsste der Gesetzgeber den Schutz der Arbeitsruhe im Zuge der Abwägung mit der Berufsausübungsfreiheit nicht zurücktreten lassen. Auch für die Arbeit für den Sonn- und Feiertag gilt das in Art. 139 WRV normierte Regel- Ausnahmeverhältnis. Überwiegende Gründe, aus denen eine Befriedigung der gewandelten Freizeitbedürfnisse durch Ladenöffnung dennoch verfassungsrechtlich geboten wäre, sind nicht ersichtlich. [...]"

Ein Verstoß gegen Art. 12 I GG liegt also im Ladenschluss an Sonn- und Feiertagen nicht, da dieser durch Art. 140 GG i.V.m. Art. 139 WRV gedeckt ist.

#### II. Verstoß gegen Art. 3 I GG

"§ 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 LadSchlG verstößt auch nicht gegen Art. 3 Abs. 1 GG. Die maßgebenden Gesichtspunkte stimmen mit denen überein, die für die Prüfung anhand der Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 139 WRV in Verbindung mit Art. 140 GG herangezogen wurden."

Mithin ist die Bf. insgesamt nicht in ihren Grundrechten verletzt.

**Standort: Zivilrecht****Problem: Beschaffenheitsgarantie**

OLG KOBLENZ, URTEIL VOM 01.04.2004  
5 U 1385 / 03 (NJW 2004, 1670)

**Problemdarstellung:**

Das OLG Koblenz hatte sich in diesem Fall einmal mehr mit einem verkauften Gebrauchtwagen zu beschäftigen, dessen tatsächliche Kilometerlaufleistung nicht mit den vertraglichen Angaben übereinstimmte. Nachdem die Käuferin sich durch eine eingehende Untersuchung des KfZ hierüber Gewissheit verschafft hatte, erklärte sie den Rücktritt vom Kaufvertrag und verlangte Rückzahlung des Kaufpreises i. H. v. 10.000 Euro sowie die Erstattung der Kosten der Untersuchung.

Der Verkäufer hielt dem zunächst einen formularmäßig vereinbarten Gewährleistungsausschluss entgegen, im übrigen verwies er darauf, dass die Käuferin den Wagen zwischenzeitlich weiter benutzt habe, wofür sie ihn im Falle einer Vertragsrückabwicklung entschädigen müsse.

Der vertragliche Gewährleistungsausschluss konnte dem Verkäufer hier nicht helfen, da das Gericht seine Angaben zu der Laufleistung des PKW sogar als Beschaffenheitsgarantie mit der Folge des § 444 Fall 2 BGB wertete. Ferner lag ein Schwerpunkt der Entscheidung in der richtigen Bemessung der dem Bekl. zustehenden Nutzungsentschädigung.

**Prüfungsrelevanz:**

Die Haftung der Verkäufers für seine Angaben beim Gebrauchtwagenverkauf beschäftigt seit jeher immer wieder von neuem Rechtsprechung und Lehre. Die Schuldrechtsmodernisierung, welche die verschuldensunabhängige Haftung des Verkäufers für das Fehlen zugesicherter Eigenschaften gem. § 463 BGB a. F. entfallen ließ, brachte diesbezüglich nur auf den ersten Blick grundlegend Neues: Zwar sind Schadensersatzansprüche gegen den Verkäufer wegen eines Mangels der Kaufsache gem. § 437 Nr. 3 BGB generell abhängig vom Vertretenmüssen des Verkäufers, dieses liegt gem. § 276 I 1 BGB aber unabhängig von Vorsatz und Fahrlässigkeit auch dann vor, wenn eine Beschaffenheitsgarantie nicht eingehalten wurde. Die Beschaffenheitsgarantie ist mithin die Nachfolgerin der zugesicherten Eigenschaft nach altem Recht mit im Ergebnis sehr ähnlichen Rechtsfolgen.

Aufgrund der anhaltenden Vielfalt derartiger Entscheidungen ist davon auszugehen, dass diese klassischen Probleme des Kaufgewährleistungsrechtes auch künftig beliebtes Prüfungsthema in beiden juristischen Staatsexamina sein werden. Die Kenntnis der diesbezüglichen aktuellen Rechtsprechung ist mithin für eine sorgfältige Examenvorbereitung unverzichtbar.

**Vertiefungshinweis:**

Kaufrechtliche Probleme beim Gebrauchtwagenkauf: *Hampel*, JuS 2003, 465

**Kursprogramm:**

- Examenskurs*: "Das gebrauchte Cabrio"
- Assessorkurs*: "Der verunfallte Rolls Royce"
- Assessorkurs*: "Der versicherte PKW"

**Leitsätze:**

- 1. Erklärt der Verkäufer bei den vorvertraglichen Verhandlungen auf ausdrückliche Frage, die Gesamtfahrleistung eines gebrauchten Pkw stimme mit dem Tachostand überein, liegt darin eine Beschaffenheitsgarantie. Ein vertraglicher Gewährleistungsausschluss greift daher nicht.**
- 2. Der Verkäufer ist in einem derartigen Fall selbst bei fehlendem Verschulden schadensersatzpflichtig.**
- 3. Zur Berechnung der Gebrauchsvorteile eines Pkw, dessen Laufleistung erheblich höher ist als von den Kaufvertragsparteien angenommen.**

**Sachverhalt:**

Die Kl. erwarb am 6. 4. 2002 von dem Bekl. einen Pkw Mercedes Kombi, erstmals zugelassen am 2. 6. 1995, zum Preis von 10.000 Euro. Bei den Vertragsverhandlungen ließ sie sich von ihrem Schwiegervater, dem Zeugen K, vertreten. Dieser erfragte vom Bekl. die Anzahl der Vorbesitzer, die Unfallfreiheit und die Gesamtfahrleistung des Fahrzeugs. Der Kilometerstand des PKW wurde vom Tachometer abgelesen und sodann in das Kaufvertragsformular mit 207.172 Km eingetragen. Die Nachfrage des Zeugen K, ob dieser Kilometerstand stimme, wurde durch den Bekl. bejaht. Der Bekl. war auf Nachfrage aber nicht in der Lage, seinen Vertrag mit dem Vorbesitzer sowie das Scheckheft des PKW vorzulegen. Trotzdem kam der Kaufvertrag zustande, nachdem der Zeuge K den Bekl. Von 11.300 Euro auf 10.000 Euro "heruntergehandelt" hatte.

Ein später eingeholtes Sachverständigengutachten hat ergeben, dass der Kilometerzähler des Mercedes bei einer Laufleistung von über 300.000 Km gewaltsam um 100.000 Km oder 200.000 Km zurückgedreht worden ist. Der schriftliche Kaufvertrag sieht formularmäßig einen Gewährleistungsausschluss vor.

Trotzdem verlangt die Kl. nach erklärtem Rücktritt nunmehr Kaufpreistrückzahlung sowie die Kosten des eingeholten Sachverständigengutachtens. Der Bekl. lehnt jede Zahlung ab, hilfsweise verlangt er zumindest eine Nutzungsentschädigung für die Zeit, während derer die Kl. das Fahrzeug benutzen konnte.



Wie wird das Gericht über die zulässige Klage entscheiden ?

**Lösung:**

*A. Anspruch der Kl. auf Kaufpreistrückzahlung gem. § 346 I BGB i. V. m. §§ 437 Nr. 2, 323 I, 326 V BGB*

Die Kl. könnte gegen den Bekl. einen Anspruch auf Kaufpreistrückzahlung i. H. v. 10.000 Euro gem. § 346 I BGB i. V. m. §§ 437 Nr. 2, 323 I, 326 V BGB haben.

Dies setzt voraus, dass ein Rücktrittsgrund vorliegt, aufgrund dessen die Kl. wirksam vom Kaufvertrag zurücktreten konnte.

*I. Rücktrittsgrund gem. §§ 437 Nr. 2, 323 I, 326 V BGB*

Der erforderliche Kaufvertrag wurde zwischen den Parteien unstreitig geschlossen, wobei die durch den Zeugen K abgegebenen Erklärungen gem. § 164 I BGB Wirkung für und gegen die Kl. entfalteten, da diese sich durch den K vertreten ließ.

*I. Vorliegen eines Mangels zum maßgeblichen Zeitpunkt*

Die durch den Kl. gelieferte Kaufsache müsste sodann mit einem Sach- oder Rechtsmangel behaftet sein. Hier kommt ein Sachmangel in Betracht, der gem. § 434 I 1 BGB vorliegt, wenn die Kaufsache bei Gefahrübergang nicht die vereinbarte Beschaffenheit aufweist.

“Im Vertrag ist der Kilometerstand mit 207.172 km angegeben. Die Parteien sind bei ihren Verhandlungen davon ausgegangen, dass diese Angabe der Gesamtfahrleistung des Pkw entspricht. Diese Annahme ist falsch, da nach den nicht angegriffenen Feststellungen des Sachverständigen der Wegstreckenzähler bei einer Laufleistung von über 300.000 km gewaltsam um 100.000 km oder aber um 200.000 km zurückgedreht worden ist. Somit ist der der Kl. veräußerte Pkw mangelhaft (§ 434 BGB), da nach neuem Recht eine derartige Beschreibung der Beschaffenheit zum Vertragsinhalt wird, ohne dass es einer Zusicherung bedürfte (Palandt/Putzo, BGB, 63. Aufl., § 434 Rn. 13 – 16; Hampel, JuS 2003, 465).” Dieser Mangel lag auch bei Gefahrübergang - gem. § 446 BGB der Zeitpunkt der Übergabe der Kaufsache - vor.

*2. Weitere Rücktrittsvoraussetzungen gem. §§ 323 I, 326 V BGB*

Gem. § 323 I BGB hätte die Kl. dem Bekl. grundsätzlich eine erfolglose Frist zur Nacherfüllung nach §§ 437 Nr. 1, 439 I BGB setzen müssen, bevor sie vom Vertrag zurücktreten konnte. Über eine solche Fristsetzung ist indes nichts bekannt.

Die Frist könnte aber gem. § 326 V BGB entbehrlich sein. Diese Vorschrift statuiert ein eigenständiges Rücktrittsrecht vom gegenseitigen Vertrag für den Fall, dass die dem Schuldner obliegende Leistung un-

möglich ist. Der Rücktritt richtet sich im übrigen nach § 323 I BGB mit der Ausnahme des Fristsetzungserfordernisses. Die Kombination dieser Vorschrift mit dem Gewährleistungsrecht in § 437 Nr. 2 BGB ist dahingehend zu verstehen, dass es sich um die Unmöglichkeit der durch den Verkäufer gem. § 433 I 2 BGB geschuldeten Lieferung einer mangelfreien Kaufsache handeln muss. Es muss mit anderen Worten also ein unbehebbarer Mangel vorliegen (Hampel, JuS 2003, 465, 471).

Ein unbehebbarer Mangel liegt hier vor, da die erhöhte Kilometerlaufleistung, welche die Mangelhaftigkeit des verkauften Mercedes Kombi begründet, nicht rückgängig gemacht werden kann. Bei Verkauf eines derart alten Fahrzeugs mit einer Laufleistung von mehreren 100.000 Km ist eine Nacherfüllung in Form der Nachlieferung eines anderen, wirtschaftlich identischen Fahrzeuges ebenfalls nicht denkbar.

*[Anm.: Allein die Tatsache, dass es sich beim Kauf eines gebrauchten PKW um einen “Stückkauf” handelt, schließt nach wohl h.A. in der Rspr. die Möglichkeit der Nacherfüllung durch Nachlieferung nicht von vornherein aus, vgl. dazu LG Ellwangen, NJW 2003, 517 = RA 2003, 192; OLG Braunschweig, NJW 2003, 1053 = RA 2003, 324.]*

Somit bedurfte es keiner Fristsetzung der Kl. zur Herbeiführung der Rücktrittsvoraussetzungen.

*3. Kein Ausschluss des Rücktritts*

Der Rücktritt der Bekl. dürfte auch nicht kraft Gesetzes oder durch Rechtsgeschäfts ausgeschlossen sein.

*a. Gesetzliche Ausschlussgründe*

Der Rücktritt der Kl. wäre gem. § 323 V 2 BGB ausgeschlossen, wenn lediglich eine unerhebliche Pflichtverletzung des Bekl. - mithin ein Bagatellmangel - vorliegt. Davon kann aber keine Rede sein, wenn die tatsächliche Laufleistung des PKW die vereinbarte um mindestens 100.000 Km überschreitet.

Es liegen auch keine Anhaltspunkte dafür vor, dass der Mangel bei Vertragsschluss der Kl. bekannt war oder er ihr nur infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist, was einen Gewährleistungsausschluss gem. § 442 I BGB hätte nach sich ziehen können. Fraglich könnte allein sein, ob sich etwas anderes daraus ergibt, dass die Kl. sich bei Vertragsabschluss vertreten ließ.

“Der Schwiegervater der Kl., der Zeuge K, führte in Anwesenheit der Kl. für diese die Verhandlung. Sein Wissens- und Kenntnisstand ist (positiv wie negativ) nach den Grundsätzen der “Wissenszusammenrechnung” der Kl. zuzurechnen (Palandt/Heinrichs, § 166 Rdnr. 8).” Aber auch für ein Kennen oder Kennemüssen der den Mangel begründenden Umstände seitens des Zeugen K. gibt es keine Anhaltspunkte.

*b. Vertraglicher Gewährleistungsausschluss*

Allerdings sah der zwischen den Parteien abgeschlossene Kaufvertrag formulärmäßig einen Gewährleistungsausschluss vor. Hier könnte fraglich sein, ob die Ausschlussklausel ihrer Formulierung nach auch verdeckte Mängel wie den vorliegenden erfasst, und ob die formulärmäßige Vereinbarung eines so weitreichenden Gewährleistungsausschlusses mit den §§ 305 ff BGB vereinbar ist.

[Anmerkung: Da nichts über eine etwaige Eigenschaft des Bekl. als Unternehmer i. S. d. § 14 BGB bekannt ist, ist § 475 I BGB hier nicht unbedingt anzusprechen.]

Dies kann jedoch dahinstehen, wenn der Bekl. für die Richtigkeit der angegebenen Kilometerlaufleistung sogar eine Beschaffenheitsgarantie mit der Folge abgegeben hat, dass der Gewährleistungsausschluss bereits gem. §§ 443 I, 444 Fall 2 BGB unbeachtlich ist.

“Entgegen der Auffassung des LG hat der Bekl. hinsichtlich der Gesamtlaufleistung des Mercedes aber auch eine „Garantie für die Beschaffenheit“ übernommen, so dass der vereinbarte Gewährleistungsausschluss leer läuft (§ 443, 444 BGB). Ausgehend von den glaubhaften, nicht angegriffenen Zeugenaussagen und den Angaben der Parteien bei ihrer Anhörung ist dabei Folgendes zu berücksichtigen:

[...] Dem Zeugen K kam es erkennbar darauf an, hinsichtlich aller preisbestimmenden Merkmale von dem Bekl. eindeutige und unmissverständliche Angaben zu erhalten. Er erfragte die Anzahl der Vorbesitzer, die Unfallfreiheit und die Gesamtlaufleistung des Fahrzeugs. Er handelte sodann den Preis von 11.300 Euro auf 10000 Euro herunter mit der Bemerkung, dass ein Fahrzeug mit derart vielen Vorbesitzern kaum noch verkaufbar sei. Die anderen preisbestimmenden Merkmale spielten keine Rolle mehr, nachdem der Zeuge insoweit zufrieden stellende Angaben erhalten hatte. Die eindeutige Nachfrage des Zeugen K, ob der Tachostand mit der Gesamtfahrleistung des Fahrzeugs übereinstimme, hat der Bekl. (ohne eine Einschränkung zu machen) bejaht, nachdem zuvor der aktuelle Kilometerstand abgelesen und in das Formular übernommen worden war.

Wird berücksichtigt, dass der Zeuge K auch darum bat, den Vertrag des Bekl. mit dem Voreigentümer und das Scheckheft einzusehen, so wird deutlich, dass es ihm auf die Feststellung der wertbildenden Merkmale des Fahrzeugs wesentlich ankam. Da der Bekl. diese Urkunden nicht vorlegen konnte, liegt in der ansonsten nicht näher überprüfbareren Angabe, der Tachostand entspreche der tatsächlichen Laufleistung, die Übernahme einer Beschaffenheitsgarantie (Palandt/Putzo, § 444 Rn. 12). Selbst wenn der Zeuge K leichtgläubig gewesen sein sollte, wenn er dem Bekl. ohne weiteres glaubte, ändert dies nichts. Denn eine Garantieerklä-

rung bindet unabhängig davon, ob sie verlässlich erscheint oder ersichtlich "ins Blaue hinein" abgegeben wird. Das Risiko der Unrichtigkeit trägt der Erklärende, nicht der Erklärungsempfänger. Die Garantieübernahme nach neuem Recht ist an die Stelle der Zusage einer Eigenschaft getreten, so dass die dazu entwickelten Kriterien weiter herangezogen werden können (Hampel, JuS 2003, 467).”

Demzufolge kann der Bekl. sich hier nicht auf den vertraglichen Gewährleistungsausschluss berufen.

*4. Zwischenergebnis zum Rücktrittsgrund*

Es liegt demzufolge ein Rücktrittsgrund gem. §§ 437 Nr. 2, 323 I, 326 V BGB vor.

*II. Rücktrittserklärung gem. § 349 BGB*

Die Kl. müsste auch von ihrem Gestaltungsrecht Gebrauch gemacht und gem. § 349 BGB den Rücktritt erklärt haben. Hiervon ist den Sachverhaltsangaben zufolge auszugehen.

*III. Keine Unwirksamkeit des Rücktritts gem. § 438 IV 1 i. V. m. § 218 I 2 BGB*

Mangels entsprechender Datenangaben im Sachverhalt besteht kein Anlass zu der Annahme, der Rücktritt der Kl. könnte wegen Zeitablaufes gem. § 438 IV 1 i. V. m. § 218 I 2 BGB unwirksam sein.

*IV. Einrede der Erfüllung Zug-um-Zug gem. § 348 i. V. m. §§ 320, 320 BGB*

Der Anspruch der Kl. müsste auch durchsetzbar sein. Dem könnte hier die Einrede der nicht erbrachten Gegenleistung aus dem Rückgewährschuldverhältnis entgegenstehen, da gem. § 348 i. V. m. §§ 320, 322 BGB auch die Verpflichtungen aus dem rücktrittsbedingten Rückgewährschuldverhältnis Zug um Zug zu erfüllen sind. Dann müsste der Bekl. ebenfalls Rückgewähransprüche gem. §§ 346 ff BGB geltend machen können.

*1. Rückübereignung des PKW*

Der Bekl. kann zunächst infolge des wirksamen Rücktritts der Kl. von ihr gem. § 346 I BGB die Rückübereignung des Mercedes Kombi verlangen.

*2. Herausgabe gezogener Nutzungen*

Darüber hinaus könnte der Bekl. gem. § 346 I BGB auch einen Anspruch auf Herausgabe gezogener Nutzungen der zurückzugewährenden Sache haben, wenn die Kl. solche Nutzungen gezogen hat. Gem. § 100 Fall 2 BGB fallen unter den Begriff der Nutzungen auch reine Gebrauchsvorteile. Die Kl. hat mithin die Vorteile des Gebrauches des Mercedes Kombi herauszugeben, was gem. § 346 II Nr. 1 BGB durch Zahlung von Wertersatz zu geschehen hat.

[Anm.: Da sich insoweit zwei Zahlungsansprüche gegenüberstehen, besteht für den Bekl. gem. § 387 BGB die Möglichkeit der Aufrechnung, womit er den Rückzahlungsanspruch der Kl. zumindest teilweise gem. § 389 BGB zum Erlöschen bringen könnte. Aus Gründen der einfacheren Verständlichkeit werden hier trotzdem beide Gegenansprüche des Bekl. im Rahmen der Einrede gem. § 348 i. V. m. §§ 320, 322 BGB dargestellt.]

Fraglich ist, wie dieser Nutzungersatz berechnet werden kann.

“Beim Gebrauchtwagenkauf berechnet der Senat die Nutzungsvorteile nach einer linearen Amortisation unter Berücksichtigung der gefahrenen Kilometer und der Restlaufleistung des Fahrzeugs, die die Parteien bei ihrem Vertragsschluss (stillschweigend) zu Grunde gelegt haben (Senat, VRS 96, 241; VRS 84, 243; Rein-king/Eggert, Der Autokauf, 8. Aufl., Rn. 313, 315, 321, 322). Hier kann nicht darauf abgestellt werden, dass der Mercedes im Zeitpunkt der Übergabe tatsächlich 300.000 km oder 400.000 km gelaufen war. Vielmehr ist zwischen den Parteien unstrittig, dass der Kaufpreis von 10.000 Euro unter Berücksichtigung der angenommenen (bisherigen) Gesamtlauflistung von 200.000 km marktangemessen war. Die anzunehmende Restlaufleistung des Fahrzeugs schätzt der Senat auf dieser Grundlage auf etwa 150.000 km. Der Nutzungsvorteil pro Kilometer wird demnach dadurch errechnet, dass der Kaufpreis von 10.000 Euro multipliziert wird mit der unstrittigen Fahrleistung der Kl. von 10.588 km, sodann dividiert wird durch die angenommene Restlaufleistung von 150.000 km. Danach ergibt sich eine Nutzungsentschädigung von 0,067 Euro pro Kilometer, multipliziert mit der gefahrenen Anzahl der Kilometer einen Nutzungsvorteil von (gerundet) 710 Euro”.

#### V. Ergebnis

Die Kl. hat gegen den Bekl. einen Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises gem. § 346 I i. V. m. §§ 437 Nr. 2, 323 I, 326 V BGB i. H. V. 10.000 Euro, Zug um Zug gegen Rückübereignung des PKW Mercedes Kombi. Der Bekl. kann seinen Anspruch auf Zahlung von Nutzungersatz i. H. v. 710 Euro ebenfalls einredeweise dem Rückzahlungsanspruch entgegenhalten oder mit diesem aufrechnen.

#### B Anspruch auf Erstattung der Gutachterkosten gem. §§ 437 Nr. 3, 280 I BGB

Die Kl. könnte weiterhin einen Anspruch gegen den Bekl. auf Erstattung der Kosten des von ihr eingeholten Sachverständigengutachtens gem. §§ 437 Nr. 3, 280 I BGB haben.

[Anm.: Unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes wäre ebenfalls ein Anspruch der Kl. auf Schadensersatz

statt der Leistung gem. §§ 437 Nr. 3, 311a II BGB zu beachten, der inhaltlich auf Rückzahlung des an den Bekl. entrichteten Kaufpreises gerichtet wäre. Da das Rückzahlungsverlangen von der Kl. aber nur mit Hinweis auf den erklärten Rücktritt begründet wurde und das erkennende Gericht den Rückzahlungsanspruch allein auf § 346 I BGB gestützt hat, wird hier dieser Darstellungsweise gefolgt. Anders wäre im Klausurfall vorzugehen, wenn nach sämtlichen Ansprüchen der Kl. aus dem Kaufvertrag gefragt wäre, vgl. dazu die Musterklausur von Hampel, JuS 2003, 465 ff.]

#### I. Schadensersatz trotz Rücktritt

Dann müsste die Kl. trotz des bereits erklärten Rücktrittes auch infolge der Mangelhaftigkeit der Kaufsache entstandene Schäden im Wege des Schadensersatzes geltend machen können.

“Infolge der unrichtigen Beschaffenheitsgarantie (Laufleistung) kann die Kl. sowohl Rücktritt als auch Schadensersatz geltend machen (§§ 437 Nr. 2 u. 3, 325 BGB).”

#### II. Sachmangel bei Gefahrübergang

Bezüglich des Vorliegens eines Mangels zum maßgeblichen Zeitpunkt kann auf die obigen Ausführungen unter A. I. 1. Verwiesen werden.

#### III. Vertretenmüssen

Im Unterschied zur Rücktrittsmöglichkeit der Kl. ist der geltend gemachte Schadensersatzanspruch gem. § 280 I 2 BGB vom Vertretenmüssen des Bekl. abhängig, dem trotz der Pflichtverletzung in Form der Lieferung einer mangelhaften Sache grundsätzlich die Möglichkeit der Exkulpation bleibt. Der Maßstab des Vertretenmüssens richtet sich nach § 276 I BGB. Danach hat der Bekl. Vorsatz und jede Fahrlässigkeit zu vertreten, wenn sich nicht ein abweichender Maßstab aus dem Schuldverhältnis ergibt, insbesondere eine strengere Haftung aus der Übernahme einer Garantie.

“Hinsichtlich des Schadensersatzanspruchs bedarf es keines Verschuldens (§ 276 I 1 BGB), weil im Falle der Zusicherung einer Beschaffenheit verschuldensunabhängig gehaftet wird (Palandt/Heinrichs, § 276 Rn. 29).”

#### IV. Schaden i. S. d. § 280 I BGB

Die Gutachterkosten müssten sodann ein über § 280 I BGB ersatzfähiger Schaden sein.

#### 1. Abgrenzung zum Aufwendungsbegriff

Das erscheint zunächst fraglich, da es sich bei einem Schaden um eine unfreiwillige Vermögenseinbuße handeln muss, die Kl. den Sachverständigen aber freiwillig beauftragt hat, weshalb diese Kosten auch als Aufwendungen qualifiziert werden könnten.

[Anm.: Keinesfalls kommt hier aber die Anwendung des § 284 BGB in Betracht, da dieser Aufwendungen verlangt, die noch im Vertrauen auf den Erhalt der mangelfreien Leistung getätigt wurden.]

Letztlich durfte die Klägerin sich aber zu diesen Aufwendungen veranlasst sehen, da sie Gewissheit über den tatsächlichen Zustand des PKW brauchte, um so dann ihre Ansprüche gegenüber dem Bekl. geltend machen zu können. In einem solchen Fall sind Aufwendungen dieser Art auch unter den Schadensbegriff subsumierbar.

## 2. Kein Schadensersatz statt der Leistung oder Verzögerungsschaden

Schließlich dürfte es sich bei den Kosten nicht um Schadensersatz statt der Leistung oder einen Verzögerungsschaden handeln, weil sonst durch die Anwendung des § 280 I BGB allein die qualifizierten Voraussetzungen gem. §§ 281 - 283, 311a II BGB für den Schadensersatz statt der Leistung bzw. gem. § 286 BGB für den Verzögerungsschaden umgangen würden.

Die Gutachterkosten beruhen aber weder auf einer verspäteten Erbringung der Leistungen des Bekl., noch sind sie unmittelbar infolge der Mangelhaftigkeit der Kaufsache entstanden, was besonders daran deutlich wird, dass diese Kosten auch im Falle einer möglichen Nacherfüllung nicht entfielen, würde der Verkäufer die Nacherfüllung erbringen.

Somit liegt ein gem. §§ 437 Nr. 3, 280 I BGB ersatzfähiger Schaden vor.

## C Gesamtergebnis

Das Gericht wird den Bekl. gem. § 346 I i. V. m. §§ 437 Nr. 2, 323 I, 326 V BGB zur Rückzahlung des Kaufpreises und gem. §§ 437 Nr. 3, 280 I BGB zur Erstattung der Gutachterkosten verurteilen, allerdings gem. § 348 i. V. m. §§ 320, 322 BGB nur Zug um Zug gegen Rückübereignung des PKW Mercedes Kombi. Den Anspruch des Bekl. auf Nutzungsersatz gem. § 346 I, II 1 Nr. 1 BGB wird das Gericht je nach prozesualem Verhalten des Bekl. in die Zug-um-Zug-Einschränkung der Verurteilung aufnehmen oder vom Rückzahlungsanspruch der Kl. abziehen.

## Standort: Strafrecht

## Problem: Rücktritt trotz fehlender Schuldfähigkeit

BGH, BESCHLUSS VOM 15.10.2003  
1 STR 402/03 (NSTZ 2004, 324)

### Problemdarstellung:

Nachdem sie sich mit ihrem Freund gestritten hatte, legte die Angeklagte ein Messer bereit, obwohl sie damit rechnete, dass ihr Freund den Streit fortsetzen würde. Die Angeklagte wusste außerdem, dass sie in der Vergangenheit in vergleichbaren Situationen bereits mehrfach die Kontrolle verloren, einen Zustand der Schuldunfähigkeit erreicht und in diesem Zustand ihre früheren Lebensgefährten - insbesondere mit einem Messer - attackiert hatte. Sie rechnete damit, dass dies wieder passieren würde und dass sie ihrem derzeitigen Freund mit dem Messer unter Umständen tödliche Verletzungen beibringen könnte. Tatsächlich kam ihr Freund zurück, der Streit eskalierte, die Angeklagte verlor die Kontrolle und stach zu. Die beigebrachte Verletzung war lebensbedrohend, die Angeklagte stach jedoch nicht noch einmal zu, so dass das Opfer gerettet werden konnte.

Das Landgericht hatte die Angeklagte unter dem Gesichtspunkt der vorverlagerten Verantwortlichkeit (actio libera in causa) wegen versuchten Totschlags verurteilt. Der BGH hob die Verurteilung auf, da ein strafbefreiender Rücktritt der Angeklagten, die nicht erneut zugestochen hatte, hätte erörtert werden müssen.

### Prüfungsrelevanz:

Die Rechtsfigur der actio libera in causa (a.l.i.c.) ist wegen ihrer fehlenden ausdrücklichen Regelung und der damit verbundenen Probleme bzgl. Zulässigkeit und Voraussetzungen ein beliebtes Thema in Examensaufgaben beider Examen. Auch die vom BGH aufgeworfenen Fragen bzgl. eines Rücktritts betreffen häufige Examensprobleme.

Da ein Täter, der im Zeitpunkt der Tatbegehung schuldunfähig ist, gem. § 20 StGB nicht bestraft werden kann, stellt sich die Frage, wie mit einem Täter zu verfahren ist, der sich gezielt in einen Zustand der Schuldunfähigkeit versetzt (in der Regel durch Konsum von Alkohol oder anderen berauschenden Mitteln), um in diesem Zustand Straftaten zu begehen. Während Teile der Literatur sich insofern mit der Möglichkeit begnügen wollen, den Täter aus § 323 a StGB zu bestrafen (vgl. Salger/Mutzbauer, NSTZ 1993, 561 mwN), löst die herrschende Meinung dieses Problem über die Rechtsfigur der a.l.i.c. (vgl. zu den verschiedenen insofern vertretenen Auffassungen die Darstellungen bei Tröndle/Fischer, § 20 Rn. 49 ff. und Schönke/Schröder-Lenckner/Perron, § 20 Rn. 33 ff. sowie die nachfolgende Lösung).

Zwar hatte die Angeklagte im vorliegenden Fall keine berauschenden Mittel zu sich genommen; sie hatte jedoch in dem Wissen, dass eine Eskalation des Streites bevorstand und sie durch diese Eskalation voraussichtlich einen Zustand der Schuldunfähigkeit erreichen

würde, nicht nur sich diesem Streit nicht entzogen, sondern zusätzlich noch ein Messer bereitgelegt, mit dem sie später - ggf. tödliche - Verletzungen zufügen wollte. Ob es sich in dieser Konstellation auch tatsächlich um einen Fall der a.l.i.c. handelt, oder um eine ähnlich gelagerte, ebenso zu lösende Konstellation, hat die Rechtsprechung bisher offen gelassen, die herrschende Literatur sieht hierin eine a.l.i.c. (vgl. Blau, JR 1988, 516; Otto, Jura 1992, 329 mwN). I vorliegenden Fall liegt dies sogar besonders nahe, da der Alkoholkonsum der Angeklagten für den Eintritt der Schuldunfähigkeit mitursächlich war.

Interessant sind in diesem Zusammenhang die Ausführungen des BGH zum Rücktritt von der versuchten a.l.i.c. Da der Täter in dem Zeitpunkt, in dem er zurücktreten müsste, schuldunfähig ist, ist fraglich, ob er überhaupt noch in der Lage ist, zwischen beendetem und unbeendetem Versuch zu unterscheiden (was aber für die Rücktrittsvoraussetzungen i.R.v. § 24 I StGB entscheidend ist) und ob sein Verhalten noch freiwillig ist. Der BGH, der in der Vergangenheit die Freiwilligkeit des Rücktritts verneint hatte, wenn der Täter aufgrund eines Schockzustandes nicht mehr Herr seiner Entschlüsse war (BGHSt 21, 216; 42, 158), stellt jedoch im vorliegenden Fall klar, dass die Schuldunfähigkeit allein das Vorliegen eines (freiwilligen) Rücktritts nicht per se ausschließt. Außerdem betont er, dass in den Fällen, in denen sich nicht sicher ermitteln lässt, ob ein Rücktritt des Täters freiwillig war oder nicht, nach dem Grundsatz "in dubio pro reo" von der Freiwilligkeit des Rücktritts auszugehen ist.

#### Vertiefungshinweise:

□ Zur actio libera in causa: *BGHSt* 35, 143; *NStZ* 1995, 282; 1997, 230; 1999, 232; *Blau*, JR 1988, 516; *Hirsch*, *NStZ* 1997, 230; *Hruschka*, *JZ* 1997, 22; *Otto*, *Jura* 1992, 329; *Rath*, *JS* 1995, 405; *Rönnau*, *JA* 1997, 599; *Streng*, *JZ* 2000, 20

□ Zum Rücktritt bei Schuldunfähigkeit: *BGHSt* 7, 296; 21, 216; 35, 184; 42, 158; *Neumann*, *Kaufmann-Festschrift*, S. 581; *Roxin*, *FS-Lackner*, S. 307

#### Kursprogramm:

□ *Examenskurs*: "Die Schwiegermutter"

#### Leitsätze (der Redaktion):

**1. Auch ein Täter, der nach Tatbeginn schuldunfähig wird und zunächst mit natürlichem Vorsatz weiterhandelt, kann grundsätzlich mit strafbefreiender Wirkung vom Versuch zurücktreten.**

**2. An der Freiwilligkeit des Rücktritts kann es fehlen, wenn willensunabhängige Umstände die weitere Tatbegehung verhindert haben. Solche sind bei unwiderstehlichen inneren Hemmungen angenommen worden, etwa wenn der Täter infolge Schocks**

**oder seelischen Drucks unfähig zur weiteren Tatbegehung geworden war. Allerdings kann freiwilliger Rücktritt dann vorliegen, wenn Mitleid, seelische Erschütterung beim Anblick des bis dahin Angerichteten oder die Wiederkehr hinreichender Steuerungsfähigkeit nach Affektentladung ein willensgesteuertes Innehalten ermöglichen.**

**3. Bleibt offen, ob der Täter von der weiteren Tatausführung durch Umstände gehindert war, die von seinem Willen unabhängig waren, so ist nach dem Zweifelssatz von der Freiwilligkeit des Rücktritts auszugehen.**

#### Sachverhalt:

Die Angeklagte A befand sich in der Sylvesternacht 2002/2003 bei ihrem Freund O, dem späteren Tatopfer. Dieser richtete eine Sylvesterfeier aus. Zum Jahreswechsel gingen die anderen Gäste vor das Haus, während A sich zurückziehen und etwas hinlegen wollte. Hiermit war O überhaupt nicht einverstanden. Er fing an zu schimpfen und es entspann sich ein mit Worten ausgetragener Streit. Er schenkte sich schließlich - allein im Wohnzimmer - ein Glas Sekt ein, um nörgelnd alleine zu zechen.

A wollte sich im Schlafzimmer auf die am Boden liegende Matratze legen. Zuvor entnahm sie einer Küchenschublade ein scharfes Metzgermesser mit einer Klingenslänge von ca. 20 cm, das sie neben sich auf die Matratze legte. Aus ihren Erfahrungen der letzten zwölf Jahre, in denen sie alkoholisiert immer wieder in Streitsituationen - sogar mit Messern - gegenüber ihren jeweiligen Lebenspartnern gewalttätig geworden war, wusste A, zu welchem Ergebnis diese Vorbereitung führen könnte. Damit, dass O sie in Ruhe lassen würde, rechnete sie zu diesem Zeitpunkt nicht ernsthaft. Sie erwartete, dass er wieder zu ihr ins Schlafzimmer kommen würde, um sie zu beschimpfen und um zu streiten. O hatte sie allerdings nie geschlagen; auch jetzt rechnete sie damit nicht. Sie sah allerdings billigend voraus, dass sie bei einer Eskalation des Streits einen nicht mehr kontrollierbaren Aggressionsausbruch haben könnte, in dessen Verlauf sie unter Benutzung des eigens bereit gelegten Messers ihren Freund auch so erheblich verletzen könnte, dass er stürbe.

Schließlich ging O, der über das Verhalten der A weiter wütend war, tatsächlich zu ihr ins Schlafzimmer und trat gegen die Matratze. Er belegte sie mit Schimpfworten und wollte sie jetzt aus der Wohnung werfen. Durch diese Beschimpfung in Verbindung mit ihrer Alkoholisierung (Blutalkoholkonzentration: 2,11 Promille) kam es bei A, wie von ihr vorhergesehen, zu einem Impulskontrollverlust mit einem aggressiven Durchbruch. Sie geriet in einen Zustand, in dem sie nicht mehr wusste, was sie tat. Sie nahm das Messer auf und stach wild und kraftvoll auf O ein. Der Stich drang in die Brust des O und durchtrennte zwei Rippen nahe dem Brustbein; er traf den rechten Vorhof des

Herzens und verletzte diesen. Der Stich war lebensgefährlich. Aufgrund glücklicher Umstände bildete sich ein Blutgerinnsel, das die Verletzung des rechten Vorhofs des Herzens verstopfte. Deshalb verstarb O nicht alsbald, sondern konnte im Verlauf des Neujahrstages durch mehrere Operationen gerettet werden, nachdem die Schwere der Verletzung schließlich erkannt worden war.

Unmittelbar nach der Tat realisierte A, was sie ange richtet hatte. Sie hockte sich zu ihrem Freund auf den Boden, nahm dessen Kopf auf ihren Schoß und ver suchte ihn mit den Worten: "Papi, Papi, schrei nicht, es ist nichts passiert, ich liebe dich", zu trösten, bis sie von einem herbeieilenden Gast ihres Freundes ins Wohnzimmer geschickt wurde.

Strafbarkeit der A?

[Bearbeitervermerk: § 211 StGB ist nicht zu prüfen. Gehen Sie davon aus, dass die Fähigkeit der A zu ein sichtigungsgemäßigem Handeln im Zeitpunkt des Zuste chens (aufgrund eines aggressiven Impulskontrollverlusts) erheblich beeinträchtigt, möglicherweise sogar aufge hoben gewesen ist. Dies gilt aber nur für den Zeitpunkt des Zuste chens, nicht für den davor liegenden Zeit raum.]

### Lösung:

*A. Strafbarkeit wegen versuchten Totschlags gem. §§ 212 I, 22, 23 I StGB durch das Zuste chen*

A könnte sich dadurch, dass sie auf den O einstach, wegen versuchten Totschlags gem. § 212 I, 22, 23 I StGB strafbar gemacht haben.

#### I. Vorprüfung

Da O nicht verstorben ist, ist der Totschlag nicht voll endet. Die Strafbarkeit des versuchten Totschlags er gibt sich aus dessen Verbrechenscharakter (§§ 212 I, 12 I, 23 I StGB).

#### II. Tatentschluss

A müsste mit Tatentschluss zur Begehung eines Tot schlags gehandelt haben.

Tatentschluss ist der Wille zur Verwirklichung der objektiven Tatbestandsmerkmale und das Vorliegen der besonderen subjektiven Tatbestandsmerkmale; er entspricht also dem subjektiven Tatbestand der voll endeten Tat (Wessels/Beulke, AT, Rn. 596).

A hatte es zumindest billigend in Kauf genommen, den O durch die Messerstiche zu töten, so dass sie Tatent schluss bzgl. der Begehung eines Totschlags hatte.

#### III. Unmittelbares Ansetzen (§ 22 StGB)

A müsste auch unmittelbar zur Begehung des Tot schlags angesetzt haben.

Der Täter setzt dann unmittelbar zur Tatbestandsver

wirklichung an, wenn er die Schwelle zum "jetzt geht es los" überschreitet, was der Fall ist, wenn er eine Handlung vornimmt, die nach seinem Tatplan ohne weitere wesentliche Zwischenschritte in die Tat bestandsverwirklichung einmünden soll und deshalb aus seiner Sicht das Angriffsobjekt bereits konkret ge fährdet ist (BGHSt 31, 178; StV 1997, 241; Wes sels/Beulke, AT, Rn. 598; Roxin, JuS 1979, 1).

In dem Zeitpunkt, in dem sie zustach, waren aus Sicht der A keine wesentlichen Zwischenschritte mehr zur Tötung des O erforderlich und deshalb das geschützte Rechtsgut (das Leben des O) auch bereits konkret ge fährdet. Sie hat also auch unmittelbar zur Tatbestands verwirklichung angesetzt.

#### IV. Rechtswidrigkeit

A handelte rechtswidrig.

#### V. Schuld

A müsste auch schuldhaft gehandelt haben.

Im Zeitpunkt des Zuste chens war jedoch die Fähigkeit der A zu einsichtigungsgemäßigem Handeln wegen des ag gressiven Impulskontrollverlusts möglicherweise auf gehoben. Nach dem Grundsatz "in dubio pro reo" ist somit davon auszugehen, dass die A im Zeitpunkt des Zuste chens entweder bereits nicht mehr in der Lage war, das Unrecht ihrer Tat einzusehen, jedenfalls aber nicht mehr dazu in der Lage war, nach einer entspre chenden Einsicht zu handeln, so dass sie gem. § 20 StGB schuldunfähig war.

#### VI. Ergebnis

A hat sich durch das Zuste chen nicht gem. §§ 212 I, 22, 23 I StGB strafbar gemacht.

*B. Strafbarkeit wegen versuchten Totschlags gem. §§ 212 I, 22, 23 I StGB i.V. m. actio libera in causa durch das Bereitlegen des Messers*

A könnte sich jedoch durch das Bereitlegen des Mes sers wegen versuchten Totschlags i.V.m. dem Grund satz des verschuldeten Affekts im Wege vorverlagerter Verantwortlichkeit (einem Unterfall der actio libera in causa, vgl. Blau, JR 1988, 516; Otto, Jura 1992, 329) strafbar gemacht haben.

#### I. Zulässigkeit und Herleitung der Rechtsfigur der actio libera in causa

Fraglich ist zunächst, ob es überhaupt zulässig ist, die Verantwortlichkeit des Täters vorzuverlagern.

##### 1. Minderheitsmeinung

Nach einer Literaturauffassung ist die Rechtsfigur der actio libera in causa (a.l.i.c.) generell unzulässig, da sie jeder gesetzlichen Grundlage entbehre und somit eine Analogie zulasten des Täters darstelle, die aber in Strafrecht (gem. Art. 103 II GG, § 1 StGB) unzulässig ist (Hettinger, GA 1989, 1; Paeffgen, ZStW 97, 513;

Salger/Mutzbauer, NStZ 1993, 561). Selbst wenn eine Analogie zulasten des Täters im Strafrecht nicht sowieso unzulässig wäre, so wäre doch die wichtigste Voraussetzung für eine Analogie, die planwidrige Regelungslücke, nicht gegeben, da der Gesetzgeber durch die §§ 20, 323 a StGB eine hinreichende Lösung problematische Sachverhalte erlaube.

Nach dieser Auffassung käme eine Strafbarkeit der A wegen versuchten Totschlags i.V.m. a.l.i.c. nicht in Betracht.

## 2. Herrschende Meinung

Nach herrschender Meinung ist die a.l.i.c. grundsätzlich zulässig, ihre Herleitung ist jedoch wiederum streitig.

### a. Ausnahmemodell

Nach einer Auffassung ist bei Vorliegen der Voraussetzungen der a.l.i.c. von dem Grundsatz des § 20 StGB, dass der Täter "bei Begehung der Tat" schuld-fähig sein müsse, eine Ausnahme zu machen (Hruschka, JZ 1997, 22; Neumann, StV 1997, 25; LK-Jähnke, § 20 Rn. 78 mwN). Es reiche dann ausnahmsweise aus, dass er zu einem früheren Zeitpunkt schuld-fähig gewesen sei.

Nach dieser Auffassung könnte A sich gem. §§ 212 I, 22, 23 I StGB i.V.m. a.l.i.c. strafbar gemacht haben.

### b. Ausdehnungsmodell

Nach einer weiteren Meinung soll in den Fällen der a.l.i.c. der Grundsatz des § 8 StGB, dass für den Zeitpunkt der Tatbegehung die Vornahme der Tathandlung (hier: das Stechen mit dem Messer) maßgeblich ist, jedenfalls bzgl. § 20 StGB nicht gelten (Streng, JZ 2000, 22). Es soll dann der Zeitpunkt der Begehung der Tat im Rahmen der Schuld auf einen Zeitpunkt vor der eigentlichen Tathandlung ausgedehnt werden.

Auch nach dieser Auffassung könnte A sich gem. §§ 212 I, 22, 23 I StGB i.V.m. a.l.i.c. strafbar gemacht haben.

### c. Werkzeugmodell

Teilweise wird die a.l.i.c. auch für einen Unterfall der mittelbaren Täterschaft (§ 25 I 2. Fall StGB) gehalten: der (schuld-fähige) Täter benutze sich selbst (im schuldunfähigen Zustand), um die Tat zu begehen (Hirsch, NStZ 1997, 231; Spindel, JR 1997, 134; AK-Schild, § 20 Rn. 83). Bei konsequenter Fortführung dieses Gedankens wäre die a.l.i.c. dann auf solche Delikte nicht anwendbar, die nicht in mittelbarer Täterschaft begangen werden können, nämlich eigenhändige Delikte (Haft, JA 1979, 651; Schönke/Schröder-Cramer/Heine, Rn. 45-48). Da es sich jedoch beim Totschlag nicht um ein solches handelt, ist eine Strafbarkeit der A gem. §§ 212 I, 22, 23 I StGB i.V.m. a.l.i.c. möglich.

### d. Tatbestandsmodell

Insb. die Rechtsprechung begründet die a.l.i.c. damit, dass sie einfach das Gesamtgeschehen als "Begehung der Tat" i.S.v. § 20 StGB bewertet und somit eine vorgelagerte Handlung (das Herbeiführen des Zustands der Schuldunfähigkeit) als eigentliche Tathandlung ansieht (BGHSt 42, 238; LG Münster, NStZ-RR 1996, 266; Hardtung, NZV 1997, 102; SK-Horn, § 323 a Rn. 49). Bei Delikten, bei denen lediglich die Herbeiführung eines Erfolges bestraft werde (wie z.B. §§ 212 I, 223 I StGB) und es deshalb keine Rolle spiele, wie der Täter den Erfolg herbeiführe, könne man somit die Strafbarkeit auch auf eine vorgelagerte Handlung stützen, solange diese nur kausal für die Erfolgsherbeiführung sei. Diese Argumentation versagt allerdings bei Delikten, die nicht lediglich eine Erfolgsherbeiführung, sondern eine bestimmte Handlung verlangen (wie z.B. §§ 315 c, 316 StGB, vgl. BGHSt 42, 238), so dass die a.l.i.c. auch nach dieser Auffassung bei solchen "Verhaltensdelikten" nicht anwendbar ist. Da es sich jedoch bei der vorliegend in Rede stehenden Tat gem. § 212 I I StGB um ein reines Erfolgsdelikt handelt, wäre die a.l.i.c. nach dem Tatbestandsmodell anwendbar.

### 3. Stellungnahme

Zwar ist die a.l.i.c. tatsächlich nicht ausdrücklich im Gesetz vorgesehen, jedoch erscheint eine Lösung der fraglichen Fälle lediglich über § 323 a StGB - wie von der Minderheitsmeinung vorgeschlagen - wegen des geringen Höchststrafrahmens des § 323 a I StGB als unbefriedigend. Auch ließen sich Fälle wie der vorliegende, in denen sich der Täter durch eine andere Handlung als den Genuss berauschender Mittel in einen Zustand der Schuldunfähigkeit versetzt, über § 323 a StGB gar nicht erfassen.

Gegen das Ausnahmemodell spricht allerdings, dass dieses gegen den Wortlaut des § 20 StGB verstößt und deshalb tatsächlich eine (verbotene) Analogie zulasten des Täters darstellt. Das Ausdehnungsmodell vermag hingegen nicht zu erklären, wieso bei der a.l.i.c. im Rahmen des Tatbestandes ein anderer Zeitpunkt für die Begehung der Tat maßgeblich sein soll als im Rahmen der Schuld, was einen unzulässigen Bruch mit dem strafrechtlichen Koinzidenzprinzip darstellen würde. Dem Werkzeugmodell ist entgegen zu halten, dass der Täter - auch wenn er schuldunfähig wird - nicht zu "einem anderen" i.S.v. § 25 I 2. Fall StGB wird, so dass die a.l.i.c. kein Fall mittelbarer Täterschaft sein kann. Das Tatbestandsmodell hingegen stellt eine konsequente Fortführung des zu den Fahrlässigkeitsdelikten entwickelten Gedankens dar, dass eine Strafbarkeit grundsätzlich nicht nur an das Verhalten geknüpft werden kann, dass einen Erfolg unmittelbar herbeiführt, sondern auch an eine vorgelagerte Handlung. Dem Tatbestandsmodell ist somit zu folgen. Eine Strafbarkeit über die Rechtsfigur der a.l.i.c.

ist somit möglich.

## 2. Tatentschluss

A müsste Tatentschluss zur Begehung eines Totschlags i.V.m. a.l.i.c. gehabt haben, d.h. sie müsste den subjektiven Tatbestand verwirklicht haben.

### a. bzgl. der Herbeiführung eines Zustands des § 20 StGB

Die (versuchte) a.l.i.c. setzt zunächst den Willen des Täters voraus, sich selbst in einen Zustand der Schuldunfähigkeit (§ 20 StGB) zu versetzen (BGHSt 23, 135; Streng, JZ 1994, 713; Schönke/Schröder-Lenckner/Perron, § 20 Rn. 36 mwN).

A hatte das Messer bereit gelegt und (insb. aufgrund ihrer Erfahrungen aus ihren früheren Beziehungen) dabei billigend in Kauf genommen, dass es später zwischen ihr und dem O zu einem Streit kommen würde, der so sehr eskalieren würde, dass sie infolge ihrer Erregung einen Zustand der Schuldunfähigkeit erreichen würde. Sie hatte also Tatentschluss bzgl. der Herbeiführung eines Zustands des § 20 StGB.

### b. bzgl. der Begehung eines Totschlags gem. § 212 I StGB in diesem Zustand

A müsste weiter den Willen gehabt haben, in diesem Zustand einen Totschlag zu begehen.

A hatte billigend in Kauf genommen, dass sie den O im Verlaufe des Streits mit dem Messer so schwer verletzen würde, dass dieser daran stürbe. Sie hatte also Tatentschluss zur Begehung eines Totschlags im Zustand der Schuldunfähigkeit.

## 3. Unmittelbares Ansetzen (§ 22 StGB)

A müsste auch gem. § 22 StGB unmittelbar zur Verwirklichung des Tatbestandes angesetzt haben.

Teilweise wird angenommen, ein unmittelbares Ansetzen zur versuchten a.l.i.c. beginne bereits mit dem Herbeiführen des Zustandes der Schuldunfähigkeit (Maurach, JuS 1961, 374; SK-Rudolphi, § 24 Rn. 21); die Gegenauffassung nimmt ein unmittelbares Ansetzen in der genannten Konstellation erst dann an, wenn der Täter mit der Ausführung der in diesem Zustand auszuführenden Tat beginnt (LK-Vogler, § 24 Rn. 105; Schönke/Schröder-Eser, § 24 Rn. 56). Dieser Streit kann vorliegend jedoch dahinstehen, da A sowohl einen Zustand des § 20 bereits herbeigeführt hatte (s.o.) als auch bereits zur Verwirklichung des Totschlags unmittelbar angesetzt hatte (s.o.). Ein unmittelbares Ansetzen der A ist somit jedenfalls gegeben.

## 4. Rechtswidrigkeit

A handelte auch rechtswidrig.

## 5. Schuld

Da eine Strafbarkeit der A gerade über den Gedanken der vorverlagerten Verantwortlichkeit (*actio libera in*

*causa*) gebildet werden soll, ist es ausreichend, dass deren Schuldfähigkeit im maßgeblichen Zeitpunkt (bei Bereitlegen des Messers) noch gegeben ist; dass sie im Zeitpunkt des Zusteichens schuldunfähig war (s.o.), vermag die A nicht zu entlasten.

## 6. Rücktritt (§ 24 I StGB)

A könnte jedoch gem. § 24 I StGB strafbefreiend vom Versuch zurückgetreten sein.

### a. Kein fehlgeschlagener Versuch

Ein strafbefreiender Rücktritt der A wäre ausgeschlossen, wenn es sich um einen fehlgeschlagenen Versuch handeln sollte.

Ein Versuch ist dann fehlgeschlagen (und ein Rücktritt somit von vorneherein ausgeschlossen), wenn der Täter glaubt, dass er den Taterfolg gar nicht mehr oder jedenfalls nicht ohne Ingangsetzen einer ganz neuen Kausalkette, herbeiführen kann (BGHSt34, 53; NStZ 1999, 20; Tröndle/Fischer, § 24 Rn. 7 mwN).

Der BGH stellt insofern fest: "Die Angeklagte war ersichtlich nach dem [...] Messerstich durch äußere Umstände nicht gehindert, weiter auf ihr Opfer einzusteichen." Es ist also davon auszugehen, dass der A klar war, dass sie ohne Ingangsetzen einer ganz neuen Kausalkette den Taterfolg (den Tod des O) einfach durch erneutes Zusteichen hätte herbeiführen können. Der Versuch war somit nicht fehlgeschlagen.

### b. Beendeter oder unbeendeter Versuch

Da sich der Rücktritt der A nach § 24 I StGB richtet, ist es für die an die Rücktrittshandlung zu stellenden Anforderungen entscheidend, ob es sich um einen beendeten oder unbeendeten Versuch handelt.

Der BGH führt hierzu aus: "Die Prüfung eines etwaigen strafbefreienden Rücktritts der Angeklagten vom Totschlagsversuch hätte zunächst die Bewertung erfordert, ob der Versuch beendet war; solchenfalls wäre hier mangels konkreter Rettungsbemühungen der Angeklagten ein Rücktritt nicht mehr in Betracht gekommen (§ 24 Abs. 1 Satz 2 StGB). Für die Abgrenzung zwischen beendetem und unbeendetem Versuch ist die Vorstellung des Täters nach Abschluss der letzten Ausführungshandlung maßgebend (sog. Rücktrittshorizont). Beendet ist ein Versuch erst dann, wenn der Täter nach der letzten Ausführungshandlung die tatsächlichen Umstände, die den Erfolgseintritt - hier also den tödlichen Ausgang - nahelegen, erkennt oder den Erfolgseintritt in Verkennung der tatsächlichen Ungeeignetheit der Handlung für möglich hält. Deshalb kommt es darauf an, ob nach [dem] Messerstich für die Angeklagte erkennbar eine unmittelbare Lebensgefahr für das Opfer eingetreten war und ob sie mit einem tödlichen Ausgang rechnete oder nicht. Im ersten Falle hätte die Angeklagte Aktivitäten zur Verhinderung des Erfolges entfalten müssen, um straffrei zu bleiben; daran fehlte es hier. Im zweiten Falle reichte es, dass sie



mit der Tathandlung innehielt (vgl. nur BGHSt 35, 90, 93; BGHR StGB § 24 Abs. 1 Satz 1 Rücktritt 8; Tröndle/Fischer StGB 51. Aufl. § 24 Rdn. 15).

Bei dieser gebotenen Bewertung hätte der Tatrichter sich weiter die Frage vorlegen müssen, ob während des Zusteichens der Angeklagten deren Einsichtsfähigkeit jedenfalls insoweit erhalten war, dass sie eine Vorstellung von den Folgen ihre[s] Messerstiche[s] entwickeln konnte. Der Nichteinsichtsfähige wird dazu in der Regel nicht in der Lage sein. Unterbricht er allerdings sein Handeln bewusst, wird das für ein Wiedererlangen der Einsichtsfähigkeit sprechen (vgl. dazu MünchKomm-StGB/Herzberg § 24 Rdn. 138). Die Urteilsgründe deuten hierzu darauf hin, dass die Strafkammer von einer erhaltenen Einsichtsfähigkeit der Angeklagten ausgegangen ist, aber ihre Steuerungsfähigkeit zur Tatzeit als möglicherweise ausgeschlossen erachtet hat. Allerdings erscheint die Wortwahl der Strafkammer insoweit nicht eindeutig. So heißt es im Rahmen der Feststellungen, die Angeklagte habe nicht mehr gewusst, was sie tat. Der psychiatrische Sachverständige hat auch von 'partieller Amnesie' gesprochen. Zwischen dem Ausschluss oder der Einschränkung der Unrechtseinsichtsfähigkeit und der Steuerungsfähigkeit ist indessen genau zu unterscheiden (BGHSt 40, 341, 349; BGH bei Holtz MDR 1987, 93).

Hätte die Angeklagte unter Berücksichtigung ihres Impulskontrollverlustes und des aggressiven Durchbruchs nach dem [...] Messerstich erfasst, dass sie ihren Freund lebensgefährlich getroffen hatte und mit dessen Tod gerechnet, wäre der Versuch beendet gewesen. Da sie nach den bisherigen Feststellungen keine Rettungsbemühungen entfaltet hat, wäre sie dann insoweit nicht straffrei (hinsichtlich des versuchten Totschlags §§ 212, 22, 23 StGB). Die bislang getroffenen Feststellungen zur Frage der Beendigung des Totschlagsversuchs sind unklar; die Würdigung setzt sich damit nicht auseinander: einerseits erkannte die Angeklagte, was 'sie Schlimmes angerichtet hatte'; andererseits versuchte sie ihren Freund u.a. mit den Worten zu trösten, es sei 'nichts passiert', und sogar im Krankenhaus wurde der Ernst der Verletzung 'zunächst nicht direkt' erkannt. Allerdings war der [...] Stich mit solcher Wucht geführt, dass zwei Rippen des Opfers durchtrennt wurden."

Im Ergebnis ist jedoch - zumindest aufgrund des Grundsatzes "in dubio pro reo" davon auszugehen, dass die A nicht glaubte, den O bereits lebensgefährlich verletzt zu haben, so dass der Versuch unbeendet und ein Rücktritt der A somit noch möglich ist (s.o.).

#### *c. Rücktrittsvoraussetzungen (§ 24 I 1 Fall StGB)*

Für einen Rücktritt von einem - wie hier - unbeendeten Versuch ist es gem. § 24 I 1 Fall StGB erforderlich, dass der Täter freiwillig die weitere Ausführung der Tat aufgibt.

Zwar hat A die weitere Tatausführung aufgegeben,

indem sie nicht noch einmal zugestochen hat; fraglich ist jedoch, ob dies freiwillig geschah. Der Täter handelt freiwillig, wenn er seinen Entschluss zur Aufgabe der Tat eigenverantwortlich aufgrund innerer Motive heraus trifft; unfreiwillig ist der Rücktritt dann, wenn der Täter durch ein äußere Zwangslage an der weiteren Tatausführung gehindert oder durch seelischen Druck unfähig ist, die Tat zu vollenden (BGHSt 7, 299; Joicks, § 24 Rn. 21).

Hierzu der BGH: "Sollte die Angeklagte die Lebensgefährlichkeit ihres Handelns nach dem dritten Stich zunächst nicht erkannt haben, käme ein freiwilliger Rücktritt vom unbeendeten Tötungsversuch in Betracht. Hier wäre zu prüfen gewesen, aus welchem Grunde die Angeklagte nicht weiter zustach. Nachdem äußere Umstände sie daran ersichtlich nicht hinderten, könnte es an der Freiwilligkeit des Innehaltens gleichwohl fehlen, wenn willensunabhängige Umstände die weitere Tatbegehung verhindert hätten. Solche sind bei unwiderstehlichen inneren Hemmungen angenommen worden, etwa wenn der Täter infolge Schocks oder seelischen Drucks unfähig zur weiteren Tatbegehung geworden war (vgl. BGHSt 9, 48, 53). Allerdings kann freiwilliger Rücktritt dann vorliegen, wenn Mitleid, seelische Erschütterung beim Anblick des bis dahin Angerichteten oder die Wiederkehr hinreichender Steuerungsfähigkeit nach Affektentladung ein willensgesteuertes Innehalten ermöglichen (vgl. zu alledem BGHSt 7, 296, 299; 9, 48, 53; 21, 216, 217).

Für die Entscheidung ist die objektive Sachlage nur insoweit von Bedeutung, wie sie Rückschlüsse auf die innere Einstellung des Täters gestattet (BGH StV 1988, 527). Bleibt offen, ob der Täter von der weiteren Tatausführung - hier des Totschlags - durch Umstände gehindert war, die von seinem Willen unabhängig waren, so ist nach dem Zweifelssatz von der Freiwilligkeit des Rücktritts auszugehen (BGH bei Holtz MDR 1982, 969; MDR 1986, 271; BGH StV 1992, 10, 11; BGH, Beschluss vom 20. Januar 1995 - 2 StR 715/94; Tröndle/Fischer aaO § 24 Rdn. 28)."

Da sich jedenfalls nicht eindeutig feststellen lässt, dass die A nicht freiwillig gehandelt hat, wäre somit in dubio pro reo von der Freiwilligkeit der A auszugehen. A hat also freiwillig die weitere Ausführung der Tat aufgegeben und ist somit gem. § 24 I 1 Fall StGB strafbefreiend vom Versuch zurückgetreten.

#### *7. Ergebnis*

A ist nicht strafbar gem. §§ 212 I, 22, 23 I StGB i.V.m. a.l.i.c.

#### *C. Strafbarkeit wegen gefährlicher Körperverletzung gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 2, 5 StGB durch das Zusteichen*

A könnte sich durch das Zusteichen wegen gefährlicher Körperverletzung gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 2, 5 StGB strafbar gemacht haben.

*I. Tatbestand*

A hat den O durch den Stich übel und unangemessen behandelt und erheblich in seinem körperlichen Wohlbefinden und seiner körperlichen Unversehrtheit beeinträchtigt. Eine körperliche Misshandlung liegt somit vor. Auch stellt die Stichverletzung einen pathologischen Zustand dar, den die A herbeigeführt hat, so dass sie den O auch an der Gesundheit geschädigt hat. Außerdem hat A mit dem Messer ein gefährliches Werkzeug i.S.v. § 224 I Nr. 2 StGB verwendet, da dieses beim Zustechen geeignet ist, erhebliche Verletzungen herbeizuführen. Der Stich stellt außerdem eine lebensgefährdende Behandlung dar, so dass auch § 224 I Nr. 5 StGB vorliegt. Da A auch vorsätzlich handelte, hat sie den Tatbestand der gefährlichen Körperverletzung gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 2, 5 StGB verwirklicht.

*II. Rechtswidrigkeit und Schuld*

A handelte auch rechtswidrig. Im Zeitpunkt des Zustechens war A jedoch schuldunfähig (s.o.).

*IV. Ergebnis*

A hat sich nicht gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 2, 5 StGB strafbar gemacht.

*D. Strafbarkeit wegen gefährlicher Körperverletzung gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 2, 5 StGB i.V.m. actio libera in causa durch das Bereitlegen des Messers*

A könnte sich jedoch durch das Bereitlegen des Messers wegen gefährlicher Körperverletzung gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 2, 5 StGB i.V.m. a.l.i.c. strafbar gemacht haben.

*I. Tatbestand*

A hat sich in einen Zustand der Schuldunfähigkeit versetzt (s.o.) und in diesem Zustand eine vorsätzliche Straftat begangen, nämlich eine gefährliche Körperverletzung gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 2, 5 StGB (s.o.). Auch hatte sie Vorsatz sowohl bzgl. der Herbeiführung der Schuldunfähigkeit als auch bzgl. der Begehung einer gefährlichen Körperverletzung, und zwar auch bereits in dem Zeitpunkt, als sie das Messer bereitlegte. A hat also den Tatbestand der §§ 223 I, 224 I Nr. 2, 5 StGB i.V.m. a.l.i.c. verwirklicht.

*II. Rechtswidrigkeit*

A handelte auch rechtswidrig.

*III. Schuld*

Im hier maßgeblichen Zeitpunkt - dem Zeitpunkt des Bereitlegens des Messers - war A auch noch schuldunfähig, so dass sie schuldhaft handelte.

*IV. Ergebnis*

A ist strafbar gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 2, 5 StG i.V.m. a.l.i.c.

*Literaturauswertung**Öffentliches Recht*

|                     |   |
|---------------------|---|
| <b>Autor/Titel:</b> | Proppe, Günter: "Die ungenehmigte Nutzungsänderung"   |
| <b>Fundstelle:</b>  | JA 2004, 488 (Heft 6)   |
| <b>Inhalt:</b>      | Ein vornehmlich für Referendare interessanter Aktenvortrag aus dem Bereich des Baurechts, vor allem des vorläufigen Rechtsschutzes gegen eine Bauordnungsverfügung. Er eignet sich gerade für den Einstieg in den öffentlich-rechtlichen Aktenvortrag, denn der Fall selbst hat einen nur geringen Schwierigkeitsgrad. Der Beitrag formuliert den zu haltenden Aktenvortrag aus und gibt zu den entscheidenden Stellen Lösungshinweise. |

|                     |   |
|---------------------|---|
| <b>Autor/Titel:</b> | Mandelartz, Herbert / Grotelüsch, Henning: "Das Internet und die Rechtsprechung des BVerfG zur Öffentlichkeitsarbeit der Regierung"   |
| <b>Fundstelle:</b>  | NVwZ 2004, 647 (Heft 6)   |
| <b>Inhalt:</b>      | Das BVerfG hat sich mehrfach mit Warnungs- und Informationstätigkeiten der Regierung beschäftigt. Auch die RA hat über die jüngsten Entscheidungen ("Osho" und "Glykolwein", vgl. RA 2002, 449 und 494) ausführlich berichtet. Der Beitrag greift diese Rechtsprechung auf und erörtert die besonderen Probleme, die sich aus der Nutzung des Internets als Verbreitungsmedium ergeben. |

|                     |  |
|---------------------|--|
| <b>Autor/Titel:</b> | Zimmerling, Wolfgang / Brehm, Robert: "Der vorläufige Rechtsschutz im Prüfungsrecht"   |
| <b>Fundstelle:</b>  | NVwZ 2004, 651 (Heft 6)  |
| <b>Inhalt:</b>      | Die Autoren der Frage nach, unter welchen Voraussetzungen ein Prüfling nach für nicht bestandener Prüfung unter Zuhilfenahme vorläufigen Rechtsschutzes gleichwohl Zugang zum Beruf finden kann, obwohl im vorläufigen Rechtsschutz grds. die Hauptsache nicht vorweg genommen werden darf. Dabei gehen sie auch auf mögliche Schadensersatzansprüche ein. |

*Zivilrecht*

|                     |  |
|---------------------|--|
| <b>Autor/Titel:</b> | Altmeppen, Holger: "Verfassungswidrigkeit der akzessorischen Haftung in der GbR?"  |
| <b>Fundstelle:</b>  | NJW 2004, 1563 (Heft 22)   |
| <b>Inhalt:</b>      | Der Autor setzt sich dezidiert mit dem insbesondere von Canaris erhobenen Vorwurf, die aktuelle Rechtsprechung des BGH zur akzessorischen Haftung der Gesellschafter einer GbR für Gesellschaftsverbindlichkeiten sei mit dem GG nicht vereinbar, auseinander. |

|                     |   |
|---------------------|---|
| <b>Autor/Titel:</b> | Finkenauer, Thomas: "Vindikation, Saldotheorie, Arglistseinwand"  |
| <b>Fundstelle:</b>  | NJW 2004, 1704 (Heft 24)  |
| <b>Inhalt:</b>      | Besprechung der Entscheidung BGH NJW-RR 2004, 229, die mit ihrem Bezug auf die Anwendbarkeit der Saldotheorie über ihren klassischen bereicherungsrechtlichen Anwendungsbereich hinaus sowie mit Aussagen zum dolo-agit-Einwand gem. § 242 BGB ausgesprochen examensrelevante Themen behandelt. |

|                     |   |
|---------------------|---|
| <b>Autor/Titel:</b> | Oechsler, Jürgen: "Praktische Anwendungsprobleme des Nacherfüllungsanspruchs"   |
| <b>Fundstelle:</b>  | NJW 2004, 1825 (Heft 26)  |
| <b>Inhalt:</b>      | Der Aufsatz setzt sich sehr vertiefend mit speziellen Problemen bei der Anwendung des § 439 BGB auseinander, behandelt mit der Frage der Nachlieferungsmöglichkeit bei Stückschulden und der Abgrenzung von sog. Mangel- und Mangelfolgeschäden aber auch Probleme, die bereits auf dem Weg zu "Klassikern des neuen Gewährleistungsrechts" sind. |

### *Strafrecht*

|                     |   |
|---------------------|---|
| <b>Autor/Titel:</b> | Fürmann, Jochen: "Das Zeugnisverweigerungsrecht der StPO - Eine Übersicht"  |
| <b>Fundstelle:</b>  | JuS 2004, 303 (Heft 4)  |
| <b>Inhalt:</b>      | Dem Titel entsprechend liefert der Verfasser eine übersichtliche Darstellung über die gem. §§ 52 ff. StPO zeugnisverweigerungsberechtigten Personen, über Einzelheiten der Ausübung des Zeugnisverweigerungsrechts und die Folgen der Berufung auf dieses Recht. Außerdem werden kurze Denkanstöße (mit weiter führenden Literaturhinweisen) gegeben. |

|                     |   |
|---------------------|---|
| <b>Autor/Titel:</b> | Engländer, Armin: "Selbsttötung in 'mittelbarer Täterschaft'"   |
| <b>Fundstelle:</b>  | Jura 2004, 234 (Heft 4)   |
| <b>Inhalt:</b>      | Anhand zweier aktueller Entscheidungen (OLG Nürnberg, NJW 2003, 454 und BGH, NJW 2003, 2326 (= RA 2003, 534)) diskutiert der Autor die Frage, ob es zu einer Strafbarkeit führt, wenn der Täter durch einen Sterbewilligen als Werkzeug zu dessen Selbsttötung eingesetzt wird. Hierbei wird diese Konstellation mit derjenigen verglichen, in der der Täter das sterbewillige Opfer als Werkzeug (gegen sich selbst) benutzt; auch wird die allgemeine Abgrenzung zwischen Fremdtötung und Teilnahme an einer Selbsttötung angesprochen. |

|                     |  |
|---------------------|--|
| <b>Autor/Titel:</b> | Rengier, Rudolph: "Totschlag oder Mord und Freispruch aussichtslos? - Zur Tötung von (schlafenden) Familientyrannen"   |
| <b>Fundstelle:</b>  | NStZ 2004, 233 (Heft 5)  |
| <b>Inhalt:</b>      | Der Verfasser nimmt ein klassisches und ein aktuelles Urteil (BGH, NStZ 1984, 20; NStZ 2003, 2464 (= RA 2003, 463)) zum Anlass, die Veränderungen der Rechtsprechung zu der Frage, ob die Tötung eines schlafenden "Haustyrannen" (insb. als Mord oder Totschlag) strafbar ist und welche weiteren Entwicklungen der Rechtsprechung zu erwarten sind. Hierbei werden insb. die Voraussetzungen einer heimtückischen Tötung sowie die Möglichkeit eines (rechtfertigenden oder entschuldigenden) Notstandes diskutiert. |