

Öffentliches Recht

Standort: Versammlungsrecht

Problem: Blockade von Bahngleisen

OVG LÜNEBURG, BESCHLUSS VOM 26.02.2004
11 LA 239/03 (NVwZ-RR 2004, 575)

Problemdarstellung:

Das OVG Lüneburg hatte sich mit der Frage auseinander zu setzen, ob die Polizei Demonstranten von durch diese blockierten Bahngleisen entfernen durfte, obwohl - anders als bei den vielfach vorgekommenen "Castor"-Fällen, in denen ein bestimmter Zug blockiert werden sollte - zum Zeitpunkt der Blockade gar kein Zug fuhr. Das Gericht bejaht dies i.E. unter dem Hinweis, dass sich nach der Eisenbahn-, Bau- und Betriebsordnung (EBO) niemand auf Gleisen aufhalten dürfe. §§ 62, 63 II und 64 b EBO verbieten den Aufenthalt dort auch zu Zeiten, in denen üblicherweise kein Zugverkehr herrscht, weil immer die (abstrakte) Gefahr besteht, dass sich ein außerplanmäßiger Zug nähern könnte, etwa in Folge einer Verspätung, Umleitung, Sonder-, Einsatz- oder Kontrollfahrt. Die damit verbundene Lebensgefahr für die Versammlungsteilnehmer und Dritte rechtfertigt eine Auflösung der Versammlung ebenso wie deren Vollstreckung durch die Polizei im Wege unmittelbaren Zwangs.

Prüfungsrelevanz:

Die RA hat bereits des öfteren über Probleme im Zusammenhang mit Blockadeversammlungen berichtet, die über Jahre die Strafgerichte und das BVerfG im Hinblick auf eine Nötigung anderer Verkehrsteilnehmer beschäftigt haben (vgl. zuletzt BVerfG, RA 2002, 1 = NJW 2002, 1031). Vorliegend ging es nun nicht um Repression, sondern um die Gefahrenabwehr. Eine öffentliche Versammlung unterfällt dem Versammlungsgesetz, das nach solchen in geschlossenem Raum und solchen unter freiem Himmel differenziert. Erstere können nur nach § 5 VersG, letztere nur nach § 15 VersG verboten bzw. aufgelöst werden. Für die Gefährdung der öffentlichen Sicherheit i.S.d. § 15 VersG genügt es nach der vorliegenden Entscheidung auch, wenn die Rechtsordnung, deren Schutz die "öffentliche Sicherheit" ja umfasst, in Form einer lediglich zur Bekämpfung abstrakter Gefahren geschaffenen Norm verletzt ist. Ferner sollte zur Kenntnis genommen werden, dass nach nahezu allg.M. Art. 8 I GG keinen Anspruch gegen Privatpersonen auf Überlassung eines Privatgrundstücks zur Durchführung einer Versamm-

lung gewährt, und zwar schon deshalb nicht, weil Grundrechte nur den Staat verpflichten (Art. 1 III GG).

Vertiefungshinweise:

Blockade von Bahngleisen: *BVerfG*, NJW 1998, 3113; *OVG Lüneburg*, NVwZ-RR 1997, 474; *VGH Mannheim*, NVwZ 2000, 1201

Kursprogramm:

Examenskurs : "Verkehrsblockade"
 Examenskurs : "Tomatenkrieg"

Leitsatz:

Die Blockade von Bahngleisen ist nicht durch das Grundrecht der Versammlungsfreiheit (Art. 8 I GG) gedeckt.

Sachverhalt:

Das VG hat die Klage des Kl., der im Vorfeld des Castor-Transportes vom März 2001 als Versammlungsleiter die Aktion "Eine Nacht im Gleisbett" bei P (Landkreis Lüchow-Dannenberg) am 3.3.2001 von 18 bis 8.30 Uhr des Folgetages durchführen wollte, auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der Versammlungsauflösung am 3.3.2001 gegen 18.20 Uhr und der Räumung der Schienenstrecke von Versammlungsteilnehmern gegen 19, 21 und 21.30 Uhr durch die Polizei abgewiesen. Das OVG hat die Berufung nicht zugelassen.

Aus den Gründen:

A. Ansicht des VG

Der Kl. wendet sich im Berufungszulassungsverfahren im Wesentlichen gegen die Auffassung des VG, die Polizeimaßnahmen seien nach § 15 II VersG gerechtfertigt gewesen, weil eine Versammlung auf Schienen gegen die §§ 62, 63 II und 64 b der Eisenbahn-, Bau- und Betriebsordnung - EBO -, die das Grundrecht der Versammlungsfreiheit (Art. 8 I GG) in verfassungsrechtlich unbedenklicher Weise einschränkten, und damit gegen die öffentliche Sicherheit verstoße. Da diese eisenbahnrechtlichen Vorschriften einer generell bestehenden Gefahr entgegenwirken sollten, komme es für die Zulässigkeit einer Versammlung auf den Schienen auch nicht darauf an, ob für die Zeit der Demon-

stration mit einem Zugverkehr konkret gerechnet werden müsse. Deshalb sei es unerheblich, dass der Kl. geplant habe, die Versammlung auf den Gleisen nach der Durchfahrt des letzten fahrplanmäßigen Zuges des Abends beginnen und rechtzeitig vor Durchfahrt des ersten fahrplanmäßigen Zuges am Folgetag enden zu lassen. Angesichts der beträchtlichen abstrakten Gefahr, denen die eisenbahnrechtlichen Vorschriften begegnen wollten, verlangten Art. 8 I GG und der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz auch nicht, dass die Besetzung von Bahngleisen für die Zeit ermöglicht werde, in denen ein Zugverkehr konkret nicht zu erwarten sei.

B. Bestätigung durch das OVG

Diese Ausführungen sind nicht zu beanstanden. Sie befinden sich - worauf das VG hingewiesen hat - in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des BVerfG (BVerfG, Entscheidung vom 12.3.1998 - 1 BvR 2165/96 und 1 BvR 2168/96). Auch der früher für das Versammlungsrecht zuständige 13. Senat des erkennenden Gerichts hat entschieden, dass die Blockade von Schienenwegen nicht durch das Grundrecht der Versammlungsfreiheit gedeckt ist (OVG Lüneburg, NVwZ-RR 1997, 474 = NdsVB1 1996, 190; so auch VGH Mannheim, NVwZ 2000, 1201 - zum Verbot einer „Probekblockade“).

Dem kann der Kl. nicht mit Erfolg entgegenhalten, dass diese Auffassung auf einer grundsätzlich unrichtigen Einschätzung der Tragweite und Bedeutung des Art. 8 I GG beruhe. Insbesondere seien Versammlungen auf den Schienen grundsätzlich zulässig, wenn in der Zeit, in der die Versammlung stattfinden soll, Zugverkehr - wie hier am 3./4. 3.2001 von 18 bis 8.30 Uhr - weder geplant noch sonst zu erwarten sei.

I. Bekämpfung abstrakter Gefahren

Hierbei verkennt der Kl., dass die betreffenden eisenbahnrechtlichen Vorschriften - so auch das BVerfG (NJW 1998, 3113) - einer generell bestehenden Gefahr entgegenwirken sollen, so dass es nicht darauf ankommt, ob in der fraglichen Zeit Zugverkehr stattfindet oder nicht. Dass in dem den genannten Beschlüssen des BVerfG zu Grunde liegenden Sachverhalt am Tag der Blockade auf der Strecke ein die Castorbehälter transportierender Zug erwartet wurde, bedeutet entgegen der Interpretation des Kl. nicht, dass in einer Fallkonstellation wie der vorliegenden die Rechtslage anders zu beurteilen wäre. Denn das BVerfG hat ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die betreffenden eisenbahnrechtlichen Vorschriften einer generell bestehenden, also abstrakten Gefahr begegnen sollen. Irgendwelche Einschränkungen sind den Ausführungen des BVerfG nicht zu entnehmen. Es musste deshalb auch nicht geklärt werden, ob der Vortrag der Bekl. zutrifft, dass in der Vorphase des Castortransports neben dem üblichen planmäßigen Schienenver-

kehr in größerem Umfang unregelmäßige und unangekündigte Überwachungsfahrten auf der Strecke stattfanden.

II. Wahl eines Privatgeländes als Versammlungsort

Ebenso wenig kann der Kl. damit gehört werden, dass das Selbstbestimmungsrecht des Veranstalters über die Versammlung auch die Wahl des Versammlungsortes umfasse, so dass grundsätzlich auch Versammlungen innerhalb der Bahngleise zulässig sein müssten. Hier ist jedoch zu berücksichtigen, dass die betreffenden Gleisanlagen im Eigentum der Deutschen Bahn AG stehen. Es ist allgemein anerkannt, dass mit der Gestaltungsfreiheit des Veranstalters bezüglich des Ortes der Versammlung kein Anspruch gegen Private auf Überlassung eines Grundstücks eingeräumt ist (vgl. Herzog, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 8 Rdnrn. 40 f. und 78; Dietel/Gintzel, Demonstrations- und Versammlungsfreiheit, 12. Aufl., § 1 VersG Rdnr. 52; Hettich, VersammlungsR in der kommunalen Praxis, 1. Aufl. [2003], Rdnr. 189). Die Deutsche Bahn AG hat dem Kl. weder die Benutzung der Bahngleise bei Pisselberg privatrechtlich gestattet noch kann von deren mutmaßlicher Einwilligung ausgegangen werden. Dass die Deutsche Bahn AG mehrheitlich von der öffentlichen Hand betrieben und das Schienennetz auch im öffentlichen Interesse unterhalten wird (vgl. zu dieser Problematik VGH Kassel, NVwZ 2003, 874 - Kundgebung am Frankfurter Flughafen; Dietel/Gintzel, § 1 VersG Rdnr. 52; Ridder u.a., VersammlungsR, 1. Aufl. [1992], § 15 VersG Rdnrn. 197 ff.), führt nicht dazu, dass sie Veranstaltern und Teilnehmern von Demonstrationen den Aufenthalt im Bereich des Gleiskörpers ermöglichen muss. Denn § 62 EBO sieht ausdrücklich vor, dass Bahnanlagen von Personen, die nicht amtlich dazu befugt sind, nur insoweit betreten werden dürfen, als sie dem allgemeinen Verkehrsgebrauch dienen oder ein besonderes Nutzungsverhältnis dazu berechtigt. Ein Aufenthalt innerhalb der Gleise ist nicht gestattet. Nach § 63 II EBO ist von den Gleisen ein genügender Abstand zu halten. Wer vorsätzlich ohne amtliche Befugnis eine Bahnanlage betritt oder sich innerhalb der Gleise aufhält, begeht eine Ordnungswidrigkeit (§ 64 b EBO). Diese Vorschriften machen deutlich, dass Gleise - anders als etwa ein dem Gemeingebrauch gewidmeter Bahnhofsvorplatz - öffentlich nicht zugänglich sind und damit auch ein Betretungsrecht zu Versammlungszwecken nicht besteht. Die Deutsche Bahn AG unterliegt deshalb insoweit nicht einer Grundrechtsbindung aus Art. 8 I GG.

III. Rechtsprechung des EuGH

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem vom Kl. zitierten Urteil des EuGH vom 12.6.2003 (NJW 2003, 3185 = EuZW 2003, 592 m. Anm. Koch). Jener Entscheidung lag ein mit dem vorliegenden Fall nicht vergleichbarer Sachverhalt zu Grunde. Es handelte sich

um die Klage eines internationalen Transportunternehmens im Zusammenhang mit einer 30-stündigen Blockade der Brenner-Autobahn im Juni 1998 durch einen umweltpolitischen Verband. Der EuGH verneinte eine Verletzung des EG-Vertrags durch Österreich, dessen Behörden die Blockade nicht untersagt hatten. Die Garantie des freien Warenverkehrs könne durch die Grundrechte der Versammlungsfreiheit und der Meinungsfreiheit, die sowohl die EG als auch die Mitgliedstaaten zu beachten hätten, beschränkt werden. Da jedoch auch diese beiden Grundrechte nicht schrankenlos gelten würden, seien die betroffenen Interessen - freier Warenverkehr einerseits, Demonstra-

tions- und Meinungsfreiheit andererseits - anhand sämtlicher Umstände des Einzelfalles gegeneinander abzuwägen. Das Gemeinschaftsrecht räume den zuständigen Behörden dabei ein weites Ermessen ein, das hier nicht verletzt sei.

Aus diesem Urteil des EuGH, in dem es vorrangig um den Grundsatz des freien Warenverkehrs und Haftungsfragen geht, können aber keinerlei für den Kl. günstigen Schlüsse auf den vorliegenden Fall, der die Auflösung einer Versammlung und die Räumung einer im Eigentum der Deutschen Bahn AG stehenden Schienenstrecke von Versammlungsteilnehmern durch die Polizei betrifft, gezogen werden.

Standort: Verfassungsbeschwerde

Problem: Frist bei Gesetzen

HessStGH, BESCHLUSS VOM 04.05.2004
P.St. 1872 (NVwZ 2004, 981)

Problemdarstellung:

Der Hessische Staatsgerichtshof hatte sich mit der Frage zu befassen, ob die Jahresfrist des § 45 HessStGHG für Grundrechtsklagen auch in den Fällen gilt, in denen das Gesetz während der Frist noch verfassungsgemäß war, aber nach Fristablauf verfassungswidrig geworden ist. Wendet man die Frist in diesen Fällen auch an, führt dies de facto dazu, dass der Bürger die Norm überhaupt nicht unmittelbar angreifen kann, weil eine entsprechende Klage nach Fristablauf unzulässig wäre, vor Fristablauf mangels Verfassungswidrigkeit der Norm aber noch gar nicht erhoben werden konnte.

Das Gericht entschied sich trotz dieser Verkürzung des Rechtsschutzes dafür, die Frist auch in diesen Fällen anzuwenden, weil dies zum ersten im Interesse der Rechtssicherheit sei, § 45 II HessStGHG zum zweiten keine Ausnahmen kenne und zum dritten anderweitiger Rechtsschutz, vor allem in Form der Inzidentkontrolle oder einer Richtervorlage, noch möglich bleibe.

Besondere Beachtung verdient dabei die Erwähnung des gesetzgeberischen Unterlassens. Die ASt. hatten gegen den Fristbeginn argumentiert, ihr Antrag richte sich auch gegen das Unterlassen des Gesetzgebers, die verfassungswidrig gewordene Norm durch eine verfassungsgemäße zu ersetzen. Für dieses Unterlassen aber sei die Frist nicht verstrichen. Der StGH kontert dieses Argument mit der Feststellung, letztlich sei jedem verfassungswidrigen Gesetz immanent, dass der Gesetzgeber es unterlässt, durch die Änderung dieses Gesetzes einen verfassungsgemäßen Zustand herzustellen. Die Frist des § 45 II HessStGHG würde folglich stets umgangen werden können, wenn man auf den Zeitpunkt des Unterlassens abstelle.

Prüfungsrelevanz:

Die Entscheidung ist deshalb länderübergreifend interessant, weil § 45 II HessStGHG genau § 93 III BVerfGG, also der Frist für Verfassungsbeschwerden gegen solche Rechtsakte entspricht, gegen die dem Bürger kein Rechtsweg zu den Fachgerichten offen steht. Hauptbeispiel hierfür sind Vb. gegen Gesetze (so auch hier). Das BVerfG hat bisher ausdrücklich offen gelassen, wie es in dem hier vom HessStGH entschiedenen Fall für § 93 III BVerfGG entscheiden würde. Immerhin ist mit dem vorliegenden Beschluss, der mehrfach auf die BVerfGG-Rspr. und § 93 III BVerfGG verweist, eine vertretbare Meinung gefunden.

Hingewiesen sei nach darauf, dass sich ein ähnliches Problem bei Organstreitverfahren mit § 64 III BVerfGG ergeben kann, wenn sich ein Organ durch ein Unterlassen eines anderen Organs in seinen organ-schaftlichen Rechten verletzt fühlt. Hierzu liegt eine BVerfG-Entscheidung vor (siehe Vertiefungshinweise), ausweislich derer die Frist in diesen Fällen auch gilt und spätestens beginnt, sobald das Organ sich weigert, in der begehrten Weise tätig zu werden.

Da im vorliegenden Fall die Klage schon wegen Verfristung unzulässig war, kommt das Gericht nicht mehr dazu, in der Sache zu entscheiden, in der es um die ungleiche und daher möglicherweise verfassungswidrige Zuschneidung von Wahlkreisen ging. Dieses Problem ist aber für sich genommen sehr aktuell (vgl. ebenfalls die Vertiefungshinweise) und sollte daher zumindest in den Grundzügen ebenfalls bekannt sein.

Vertiefungshinweise:

- Antragsfrist im Organstreit bei Unterlassen: *BVerfG*, RA 2002, 69 = NVwZ 2002, 66; vgl. auch *ThürVerfGH*, LKV 1999, 361
- Gesetzgeberisches Unterlassen als tauglicher Antragsgegenstand einer Verfassungsbeschwerde: *BVerf-*

GE 25, 1; 50, 290; 56, 54; 65, 1

□ Einteilung der Wahlkreise: BVerfG, RA 2002, 7 = BayVBl 2002, 17; NdsStGH, RA 2000, 314 = DVBl 2000, 627

Leitsätze:

1. Die Jahresfrist des § 45 II HessStGHG für die Erhebung einer Grundrechtsklage gegen eine Rechtsvorschrift gilt ausnahmslos und uneingeschränkt.

2. Dies betrifft auch die Fälle, in denen die Grundrechtsklage darauf gestützt wird, das Gesetz sei ursprünglich verfassungsgemäß gewesen, aber erst nach Ablauf der Jahresfrist verfassungswidrig geworden.

Sachverhalt:

Die Ast. wandten sich mit ihrer am 24.3.2003 erhobenen Grundrechtsklage gegen den in der Anlage zu § 7 I des hessischen Landtagswahlgesetzes vom 18.9.1950 i.d.F. vom 19.2.1990, zuletzt geändert durch Gesetz vom 1.10.2002 - HessLWahlG - festgelegten Zuschnitt des Wahlkreises Nr. 26 (Wetterau II) und regten darüber hinaus an, auch den Zuschnitt weiterer Wahlkreise für nichtig oder unvereinbar mit der Verfassung des Landes Hessen zu erklären. Der derzeit bestehende Zuschnitt der Wahlkreise wurde 1980 festgelegt, ist seit 1983 in Kraft (damals: Anlage zu § 8 I HessLWahlG) und lag erstmals der hessischen Landtagswahl vom 25.9.1983 zu Grunde. Die Ast. waren bei den hessischen Landtagswahlen vom 2.2.2003 im Wahlkreis 26 (Wetterau II) wahlberechtigt. Dieser Wahlkreis weist mit am Wahltag 110.834 Wahlberechtigten eine Größe auf, die um mehr als 40% den rechnerischen Durchschnittswert von damals 78.742 Wahlberechtigten je Landtagswahlkreis übersteigt. Die Anträge wurden zurückgewiesen.

Aus den Gründen:

Die Grundrechtsklage ist unzulässig. Die Ast. haben die Jahresfrist des § 45 II HessStGHG versäumt.

A. Jahresfrist verstrichen

Nach dieser gesetzlichen Regelung kann eine Grundrechtsklage gegen eine Rechtsvorschrift nur binnen eines Jahres nach deren In-Kraft-Treten erhoben werden. Die von den Ast. angegriffene Wahlkreiseinteilung des Landes Hessen beruht auf der Anlage zu § 7 I HessLWahlG (vor der Neufassung: § 8 I HessLWahlG). Diese Vorschrift ist als Teil des Landtagswahlgesetzes vom 18.9.1950 durch Art. 1 Nr. 17 des Gesetzes zur Änderung des Landtagswahlgesetzes und des Gesetzes über Volksabstimmung vom 18.9.1980 mit Wirkung vom 1.1.1983 in Kraft getreten. Insbesondere fasst das Gesetz vom 18.9.1980 die früheren Wahlkreise 24 und 42, zu denen jeweils die

Wohnorte der Ast. gehört hatten, zu dem Wahlkreis 26 (Wetterau II) zusammen. Weder aus der Neufassung des Landtagswahlgesetzes vom 19. 2. 1990 noch aus der letzten Änderung des Landtagswahlgesetzes durch Art. 1 des Gesetzes zur Änderung des Wahlprüfungsrechts vom 1.10.2002 oder einer früheren Änderungsvorschrift ergibt sich eine Änderung des mit dem Gesetz vom 18.9.1980 vorgenommenen Wahlkreiszuschnitts, von Berichtigungen durch die Zusammenlegung von Gemeinden oder dergleichen abgesehen. Insbesondere aber hat sich der Zuschnitt des Wahlkreises 26 (Wetterau II) bis heute nicht geändert. Die Jahresfrist des § 45 II HessStGHG endete demgemäß am 1.1.1984. Die Grundrechtsklage der Ast. ging jedoch erst am 24.3.2003 bei dem HessStGH ein.

B. Fristbeginn trotz ursprünglich fehlender Beschwer der Ast.

Unbeachtlich für den Fristablauf ist, ob die Ast. in den Jahren 1983/1984 wahlberechtigt waren, denn mit dem Wortlaut und dem Sinn des § 45 II HessStGHG wäre es nicht vereinbar, eine erst nach Ablauf der Frist eingetretene "Beschwer" als ausreichende Grundlage für eine Grundrechtsklage anzusehen (vgl. zu § 93 III BVerfGG: BVerfGE 30, 112 [126]; vgl. auch Günther, Verfassungsgerichtsbarkeit in Hessen, 2004, § 45 StGHG Rdnr. 21 m.w.N.).

C. Fristbeginn auch bei gesetzgeberischem Unterlassen

Die Ast. können sich schließlich nicht mit Erfolg darauf berufen, die Verfristung sei unbeachtlich, weil es der Gesetzgeber pflichtwidrig unterlassen habe, das zunächst verfassungskonforme Landtagswahlgesetz nach Eintritt des von ihnen behaupteten Wandels der Auffassungen in Rechtsprechung und Literatur verfassungskonform anzupassen.

I. Gesetzgeberisches Unterlassen als tauglicher Antragsgegenstand

Zwar ist das BVerfG in einigen Entscheidungen davon ausgegangen, der Gesetzgeber könne verfassungsrechtlich verpflichtet sein, eine ursprünglich als verfassungsmäßig angesehene Regelung im Wege der Nachbesserung neu zu gestalten, wenn sich seit Erlass des Gesetzes die tatsächlichen Verhältnisse geändert haben oder wenn sich eine Prognose später als falsch herausgestellt hat (vgl. BVerfGE 25, 1 [13]; 50, 290 [335, 377f.]; 56, 54 [72 f.]; 65, 1 [55 f.]). Ob damit aber die Fristregelung des § 93 III BVerfGG, die der in § 45 II HessStGHG entspricht, unbeachtet bleiben kann, wenn sich die Verfassungsbeschwerde in solchen Fällen gegen ein Unterlassen des Gesetzgebers richtet, hat das BVerfG offen gelassen (vgl. BVerfGE 56, 54 [71 f.]).

II. Fristgeltung auch in diesem Fall

Die Jahresfrist des § 45 II HessStGHG für die Erhe-

bung einer Grundrechtsklage gegen eine Rechtsvorschrift gilt jedenfalls ausnahmslos und uneingeschränkt. Dies betrifft auch den Fall, dass ein bestehendes und ursprünglich verfassungsgemäßes Gesetz erst später als ein Jahr seit seinem In-Kraft-Treten verfassungswidrig geworden ist und den Bürger erst dann - nach Fristablauf - in seinen Grundrechten verletzt. Hessisches Recht lässt in keinem Fall zu, nach Ablauf der Jahresfrist des § 45 II HessStGHG die Grundrechtsklage gegen ein bestehendes Gesetz zu erheben. Dies kann nicht dadurch umgangen werden, der Gesetzgeber habe es pflichtwidrig unterlassen, die verfassungswidrige Regelung durch eine verfassungsgemäße zu ersetzen.

1. Wortlautargument

§ 45 II HessStGHG ist eindeutig und lässt daher keine Ausnahmen zu. Danach kann eine Grundrechtsklage gegen eine Rechtsvorschrift "nur" binnen eines Jahres seit In-Kraft-Treten der Rechtsvorschrift erhoben werden. Im Falle einer unterlassenen Nachbesserung durch den Gesetzgeber geringere Anforderungen zu stellen, würde die Frist des § 45 II HessStGHG unterlaufen. Letztlich ist nämlich jedem verfassungswidrigen Gesetz immanent, dass der Gesetzgeber es unterlässt, durch die Änderung dieses Gesetzes einen verfassungsgemäßen Zustand herzustellen (vgl. auch

BVerfGE 23, 229 [238]; Benda/Klein, VerfassungsprozessR, 2. Aufl. [2001], § 19 BVerfGG Rdnr. 501; Günther, § 45 StGHG Rdnr. 24 m.w.N. aus Rspr. u. Lit.).

2. Effektiver Rechtsschutz trotzdem möglich

Eine verfassungswidrige Rechtsschutzlücke entsteht durch die strenge Handhabung des Fristfordernisses nicht. Der HessStGH, der das Verwerfungsmonopol hinsichtlich verfassungswidriger Normen besitzt, kann in anderen zulässigen Verfahren die Verfassungswidrigkeit einer Norm auch nach Ablauf der Jahresfrist des § 45 II HessStGHG feststellen. Dies gilt etwa im Normenkontrollverfahren, auf eine gerichtliche Vorlage hin oder als Vorfrage bei der Entscheidung über ein bei ihm anhängiges verfassungsrechtliches Verfahren. Jedem gerichtlichen Klage- oder Antragsverfahren ist immanent, dass seine wirksame Durchführung von bestimmten prozessualen Voraussetzungen abhängt. Der im Rahmen der Grundrechtsklage durch den Fristablauf begründete Nachteil, dass der Einzelne das (bestehende) Gesetz dann nicht mehr unmittelbar, sondern erst nach einer Erschöpfung des Rechtswegs anfechten kann, ist angesichts des übergeordneten Gebots der Rechtssicherheit in Kauf zu nehmen (Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein, BVerfGG, Stand: Sept. 2003, § 93 Rdnr. 43).

Standort: Baurecht

Problem: Autohaus im allgemeinen Wohngebiet

OVG BERLIN, URTEIL VOM 15.8.2003
2 B 18/01 (NVWZ-RR 2004, 556)

Problemdarstellung:

Das OVG Berlin hatte darüber zu entscheiden, ob ein Autohandel im sog. Innenbereich (§ 34 BauGB) zulässig ist, wenn sich die Gegend als "allgemeines Wohngebiet" i.S.d. § 4 BauNVO darstellt.

Um im Innenbereich zulässig zu sein, muss sich ein Vorhaben u.a. seiner Art nach in die nähere Umgebung "einfügen", § 24 I BauGB. Dies setzt einen Vergleich der vorhandenen Bebauung vor Ort mit der geplanten Bebauung voraus, also eine *konkrete* Betrachtungsweise. Etwas anderes gilt jedoch nach dem insoweit spezielleren § 34 II BauGB dann, wenn der Innenbereich einem der in der BauNVO bezeichneten Gebiete entspricht. Dann beurteilt sich die Zulässigkeit des Vorhabens seiner Art nach allein nach der BauNVO, also *abstrakt* nach deren Normen.

Liegt - wie im Fall - ein allgemeines Wohngebiet vor, kommt § 4 BauNVO zur Anwendung, in dem sich ein Autohandel bestenfalls unter einen "sonstigen nicht störenden Gewerbebetrieb" nach § 4 III Nr. 2 BauNVO subsumieren lässt. Fraglich war, was "nicht störend" bedeutet. Das OVG stellt diesbezüglich auf den Gebietscharakter ab, der zunächst und vor allem durch

Emissionen, aber auch durch die Optik eines Vorhabens gestört werden könne. Im Fall lagen zwar keine störenden Emissionen vor, aber der Autohandel war so groß und so gestaltet, dass er die ganze Umgebung gewerblich prägte. Dies ließ das OVG genügen, um einen "nicht störenden Gewerbebetrieb" und damit die Vereinbarkeit mit §§ 34 II BauGB i.V.m. 4 BauNVO zu verneinen. Der Kläger musste seinen Betrieb zurückbauen.

Prüfungsrelevanz:

Es sei an dieser Stelle darauf hingewiesen, dass seit 20.7.04 das "Gesetz zur BauGB an EU-Richtlinien" (BGBl I, 1359) in Kraft ist, welches das BauGB in vielen Bereichen geändert hat. Dadurch ist das Baurecht insgesamt wieder in den Fokus gerückt, und die wichtigsten Änderungen müssen jedem Examenskandidaten bekannt sein (vgl. schon die Literaturobser- vation in RA 08/04 sowie unten die Vertiefungshinweise). Auch für § 34 BauGB sind diese relevant, denn in die Vorschrift sind die neuen Absätze 3 und 3a eingefügt worden.

Hingewiesen sei ferner noch einmal darauf, dass eine Abriss- bzw. Rückbauverfügung neben der formellen stets auch die materielle Illegalität voraussetzt, die vom OVG auch lehrbuchartig geprüft werden (vgl. nur

OVG NW, RA 2003, 714 [Einzelheiten dort] = NWVBl 2003, 386). Darüber hinaus darf einer solchen Verfügung keine Bestandskraft entgegen stehen, die aber wiederum voraussetzt, dass das Vorhaben zumindest irgendwann einmal legal war, woran es hier fehlte.

Vertiefungshinweise:

Zulässigkeit eines Gewerbebetriebes im allgemeinen Wohngebiet: *OVG NW*, NVwZ-RR 2004, 481; NVwZ-RR 2004, 245

Die Änderungen des BauGB zum 20.7.04: *Finkelnburg*, NVwZ 2004, 897

Formelle und materielle Illegalität: *BVerwG*, BRS 7 VA 1b (S. 77); *OVG NW*, RA 2003, 714 = NWVBl 2003, 386; *Rasch*, BauR 1988, 266

Kursprogramm:

Examenskurs : "Das illegale Wochenendhaus"

Examenskurs : "Die Eissporthalle"

Leitsätze:

1. Ein Autohandelsbetrieb mit einem Ausstellungsgelände für bis zu 60 Kraftfahrzeuge, Bürocontainer, Fahnenmasten und branchentypischen Werbeanlagen ist in einem unbeplanten Bereich, der einem allgemeinen Wohngebiet entspricht, kein sonstiger nicht störender Gewerbebetrieb im Sinne des § 34 II BauGB i.V. mit § 4 III Nr. 2 BauNVO.

2. Für die Frage der gebietsunverträglichen Störung durch einen Gewerbebetrieb ist neben den von einer Nutzung typischerweise ausgehenden Lärmimmissionen auch von Bedeutung, ob ein Betrieb überhaupt dem Typus der in allgemeinen Wohngebieten zulässigen Gewerbebetrieben entspricht. Hierbei kann auch die optische Dominanz des gewerblichen Erscheinungsbildes mit der Zweckbestimmung eines allgemeinen Wohngebiets unvereinbar sein, die insoweit eine optische Unterordnung gewerblicher Nutzungen voraussetzt.

Sachverhalt:

Der Kl. betreibt einen Autohandel für Neu- und Gebrauchtwagen nebst Autovermietung auf dem Grundstück S. in Berlin-T. Hierfür nutzt er einen eingezäunten, mit Steinsplitt befestigten Teil des Grundstücks (ca. 600 qm) als Ausstellungsfläche für bis zu 60 Kraftfahrzeuge. Auf dem Gelände stehen noch zwei Container zur Büronutzung sowie Fahnenmasten und weitere branchentypische Werbeanlagen. Den Autohandel hat der Kl. von seinem Vorgänger im Jahr 1993 übernommen. Diesem war am 27.3.1990 vom Rat des Stadtbezirks Berlin-T. eine Genehmigung zur Ausübung des Gewerbes "Verkauf von neuen und gebrauchten Pkw, Erweit.: Verkauf von Kfz-Ersatzteilen,

Handel, Campingmöbel" erteilt worden. In einer zusätzlichen "Aktenkundigen Belehrung des Gewerbetreibers" vom 30.3.1990 durch das Amt heißt es, dass der Gewerbetreibende verpflichtet sei, "sich über alle gültigen Rechtsvorschriften zu informieren und diese einzuhalten". Mit Bescheid vom 5.8.1997 ordnete der Bkl. unter Fristsetzung von einem Monat nach Unanfechtbarwerden des Bescheides sowie unter Androhung eines Zwangsgeldes in Höhe von 5.000 DM die Einstellung der Nutzung des Grundstücks für den Handel mit Kraftfahrzeugen an. Unter Fristsetzung von drei Monaten nach Unanfechtbarwerden des Bescheides und Androhung der Ersatzvornahme mit vorläufig geschätzten Kosten von insgesamt 20.000 DM ordnete er überdies die Entfernung der beiden Container, sämtlicher Werbeanlagen und des Steinsplittbelags an sowie die Wiederherrichtung einer unversiegelten, gärtnerisch angelegten Grundstücksfläche.

Nach Zurückweisung seines Widerspruchs erhob der Kl. dagegen Klage, die das VG abwies. Seine vom OVG zugelassene Berufung blieb erfolglos.

Aus den Gründen:

Die Berufung gegen das Urteil des VG hat keinen Erfolg. Die mit Bescheid vom 5.8.1997 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 8.10.1997 erfolgte Unter-sagung der Nutzung des Grundstücks S. für den Autohandel sowie die angeordnete Beseitigung der betriebszugehörigen baulichen Anlagen sind rechtmäßig und verletzen den Kl. nicht in seinen Rechten (§ 113 I 1 VwGO).

A. Ermächtigungsgrundlage

Die rechtlichen Voraussetzungen, unter denen gem. § 70 I 1 und 2 BerlBauO eine bauliche Nutzung untersagt und die Beseitigung baulicher Anlagen angeordnet werden kann, sind erfüllt, denn der Autohandelsbetrieb des Kl. steht im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften.

B. Tatbestand

Er ist weder durch frühere Rechtsakte bauordnungsrechtlich genehmigt noch bauordnungsrechtlich genehmigungsfähig und es besteht auch keine Möglichkeit, auf andere Weise rechtmäßige Zustände herzustellen. Ein etwaiger materiell-rechtlicher Bestandsschutz steht dem Vollzug der angefochtenen Nutzungsuntersagung und Beseitigungsanordnung nicht entgegen.

I. Formelle Illegalität

Der branchentypisch ausgestattete Autohandelsplatz des Kl. stellt gem. § 55 I BerlBauO eine bauordnungsrechtlich genehmigungsbedürftige, aber nicht genehmigte gewerbliche Gesamtanlage dar, die die Nutzung des Geländes und die damit im Zusammenhang stehenden einzelnen baulichen Anlagen (Container, Fahnenmaste, Werbeanlagen, Einfriedung, vgl. § 2 I 1 und

2 BerlBauO) sowie die Teile des Geländes, die als bauliche Anlagen gelten (Steinsplittaufschüttung und Ausstellungsplatz, vgl. § 2 I 3 Nrn. 1 und 2 BerlBauO) mit umfasst.

Die dem Rechtsvorgänger des Kl. am 27. 3. 1990 erteilte Gewerbe genehmigung ersetzt die erforderliche Baugenehmigung nicht, denn sie betraf nur die Ausübung des Gewerbes "Verkauf von neuen und gebrauchten Pkw" und bezog sich auf die dort genannten Waren und Erzeugnisse, wie auch die "Aktenkundige Belehrung des Gewerbeträgers" vom 30.3.1990 klarstellt. Die hiervon ausgehende Legitimation war nur gewerberechtl. Natur, denn die Kriterien und Anforderungen für die Erteilung der Erlaubnis durch die Gewerbebehörde bezogen sich gem. § 3 I und II der Durchführungsverordnung zum Gewerbegesetz vom 8.3.1990 (GBl. I, 140) - DVO-GewG - auf die fachliche Eignung und persönliche Zuverlässigkeit des Gewerbetreibenden sowie auf die Gewährleistung von Ordnung, Sicherheit, Sittlichkeit, Hygiene und Umweltschutz bei der Ausübung des Gewerbes. Die nach anderen Gesetzen erforderlichen spezifischen Genehmigungen, Erlaubnisse oder Zulassungen für die gewerbliche Tätigkeit schloss die Gewerbe genehmigung gem. § 3 IV DVO-GewG ausdrücklich nicht ein. Für die Annahme einer Konzentrationswirkung der Vorschrift, die die baurechtliche Genehmigung zur Nutzung des Grundstücks als Autohandelsplatz einschließt, ist damit kein Raum.

II. Materielle Illegalität

1. Innenbereich

Bauplanungsrechtlich richtet sich die Zulässigkeit der Art der baulichen Nutzung des Grundstücks nach § 34 II BauGB i.V. mit § 4 BauNVO, denn es liegt in einem unbeplanten Gebiet, das einem allgemeinen Wohngebiet entspricht. Die Ortsbesichtigung durch den erkennenden Senat hat ergeben, dass die Eigenart der hier maßgeblichen näheren Umgebung eine weitgehend einheitliche Prägung durch kleine Einfamilienhäuser, teilweise auch in Doppelhausbebauung mit Gärten aufweist. Auf Grund der hier vorhandenen kleinteiligen Bau- und Nutzungsstruktur genügt es, auf den Bereich zwischen der W., der O., dem G. und der S. als planungsrechtlich relevanten Umkreis abzustellen, denn aus der Einheitlichkeit des Erscheinungsbildes der Umgebung ergibt sich ein entsprechend enger, maßstabbildender Rahmen für die Zulässigkeit der Bebauung (vgl. BVerwGE 55, 370 [385]; Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, Stand: Januar 2003, § 34 Rdnrn. 34 und 36).

2. Einfügen in die Umgebung

In diesem Bereich ist keine mit der Nutzung des Kl. vergleichbare gewerbliche Nutzung vorhanden. In der näheren Umgebung finden sich lediglich vereinzelt

teilgewerbliche Nutzungen, wie das Büro einer Bau firma, eines Schornsteinbaubetriebs und eines Immobilienhändlers sowie die Gewerberäume eines Frisör- und Kosmetiksalons und eines Gas-Wasser-Installateurs. Unmittelbar an das Grundstück des Kl. grenzt ein durch den gesamten Baublock von der S. bis zur O. reichendes freies Feld an, das dem Gebiet sogar noch einen eher ländlichen als städtischen Charakter verleiht. [...] Hinsichtlich der Zulässigkeit der Art der baulichen Nutzung kann an die in § 4 BauNVO typisierend aufgeführten Nutzungsarten angeknüpft werden (vgl. BVerwG, BauR 2001, 212). Gem. § 4 II BauNVO sind in allgemeinen Wohngebieten regelmäßig Wohngebäude und der Versorgung des Gebiets dienende Läden, Schank- und Speisewirtschaften sowie nicht störende Handwerksbetriebe zulässig.

a. Autohandel als "nicht störender Gewerbebetrieb"

Der Autohandelsbetrieb des Kl. wäre hier gem. § 4 III Nr. 2 BauNVO ausnahmsweise zulässig, wenn es sich um einen nicht störenden Gewerbebetrieb im Sinne dieser Vorschrift handeln würde. Die Frage der Gebietsverträglichkeit einer Nutzung, d.h. wie "störend" ein Betrieb sich auf die Umgebung auswirkt, ist an der spezifischen Zweckbestimmung des jeweiligen Baugebiets zu messen, die dessen Charakter zugleich eingrenzend bestimmt. Die hierzu entwickelten Vorstellungen des Gesetzgebers über den Gebietscharakter eines allgemeinen Wohngebiets kommen in den Bestimmungen über die regelhafte Zulässigkeit baulicher Anlagen (§ 4 II Nrn. 1 bis 3 BauNVO), aber auch in dem jeweils zugeordneten Ausnahmekatalog (§ 4 III Nrn. 1 bis 5 BauNVO) zum Ausdruck, mit dem ein gewollter funktionaler Zusammenhang besteht. Die normierte allgemeine Zweckbestimmung und der hierin liegende Funktionswert bleiben jedoch auch für die Auslegung und Anwendung der tatbestandlich normierten Ausnahmen bestimmend (vgl. BVerwGE 116, 155).

b. Mögliche störende Faktoren

Allgemeine Wohngebiete dienen gem. § 4 I BauNVO vorwiegend dem Wohnen. Da nach Möglichkeit ein ungestörtes Wohnen gewährleistet sein soll, beurteilt sich die Gebietsverträglichkeit in erster Linie nach dem Kriterium der gebietsunüblichen Störung. Dies ist nicht nur mit der Einhaltung einer bestimmten immissionsschutzrechtlichen Lärmsituation gleichbedeutend. Vielmehr kann auch die durch eine bestimmte Nutzung in ein allgemeines Wohngebiet hineingetragene atypische Gebietsunruhe eine solche Störung sein (vgl. BVerwGE 116, 155).

aa. Emissionen

Aus dem Regel-Ausnahmekatalog des § 4 BauNVO wird deutlich, dass der Gesetzgeber Betriebe mit einem gewissen Störpotenzial jedenfalls nur dann in ei-

nem allgemeinen Wohngebiet bauplanungsrechtlich als zulässig erachtet, wenn deren Ansiedlung im Interesse einer gebietsbezogenen, verbrauchernahen Versorgung liegt, denn von dieser Voraussetzung hat der Gesetzgeber verschiedene gewerbliche Nutzungen in § 4 II Nr. 2 BauNVO abhängig gemacht. Ebenso dürfte bei den unter § 4 III Nr. 5 BauNVO des Ausnahmekatalogs genannten Tankstellen, deren gesonderte Aufzählung darauf hindeutet, dass sie prinzipiell nicht zu den nicht störenden sonstigen Gewerbebetrieben i.S. des § 4 III Nr. 2 BauNVO zählen, der Gedanke der Erreichbarkeit und gebietsbezogenen Versorgung mit Kraftstoff als einer Ware des täglichen Bedarfs zu Grunde gelegen haben, auch wenn dieser Grund nicht ausdrücklich in der Gesetzesbegründung aus dem Jahre 1962 (vgl. BR-Dr 62/53) genannt ist.

Einen gebietsbezogenen Versorgungscharakter hat der Autohandel des Kl. nicht, so dass das mögliche Störpotenzial bei dieser Art von Gewerbebetrieb dafür maßgebend ist, ob er zu den sonstigen nicht störenden Gewerbebetrieben i.S. des § 4 III Nr. 2 BauNVO zählt und damit noch gebietsverträglich ist. Unter diesem Gesichtspunkt erweist sich der Betrieb des Kl. hier als gebietsunverträglich.

Der Senat folgt in diesem Zusammenhang zwar nicht der dem angefochtenen Urteil des VG vom 29.3.2001 unter Berufung auf die Rechtsprechung des VGH Mannheim (VBIBW 1987, 342 f.) zu Grunde gelegten Annahme, dass bei einem Autohandelsbetrieb stets von typischen Störungen durch Lärmimmissionen des motorisierten Kundenverkehrs, durch ständiges Öffnen, Schließen und Zuschlagen von Türen, Motorhauben und Kofferraumdeckeln sowie durch Probefahrten mit Bremsversuchen und gelegentlichem Aufheulenlassen des Motors auszugehen sei. Eine solche Geräuschkulisse dürfte typischerweise eher im Zusammenhang mit Reparaturwerkstätten oder auch teilweise auf Tankstellen zu erwarten sein, als auf einem Ausstellungsgelände für Kraftfahrzeuge, zumal auf dem Grundstück selbst neben der für die Wagen in Anspruch genommenen Stellfläche für etwaige Fahr- und Bremsversuche kaum noch Platz sein dürfte.

Die verbliebene Fahrgasse auf dem Platz dürfte jedenfalls nur für ein verhaltenes Befahren des Geländes geeignet sein. Darüber hinaus entspricht das Vorbringen des Kl. der Lebenserfahrung, dass die Auswahlentscheidung des Kunden - in negativer Hinsicht - meist schon nach der ersten Sitzprobe getroffen und nicht jeder ins Auge gefasste Wagen auch fahrtechnisch geprüft und ausprobiert wird. Die von ihm genannte geringe Anzahl von Verkäufen im Monat dürfte die Frequentierung des Platzes durch einen motorisierten Kundenverkehr auch in vertretbaren Grenzen halten, so dass das Störpotenzial des Autohandelsbetriebs des Kl. hinsichtlich der regelmäßig von ihm zu erwartenden Immissionen eher gering sein dürfte.

bb. Störung durch Optik

Für die Frage der Gebietsverträglichkeit und der Gefährdung des Gebietscharakters können aber neben den typischerweise von einer Nutzung ausgehenden Störungen in Form von Lärmeinwirkungen auch andere Gesichtspunkte allein oder ergänzend maßgebend sein (vgl. BVertvGE 116, 155 = NVwZ 2002, 1118f.), denn die wertende Betrachtung muss auch die Frage einbeziehen, ob ein Kraftfahrzeughandel der vorliegenden Art auf Grund seines optischen Erscheinungsbildes und dessen Wirkungen auf den Gebietscharakter überhaupt dem Typus der in allgemeinen Wohngebieten zulässigen Gewerbebetriebe entspricht.

Anders als ein Autohandel in Geschäfts- und Ausstellungsräumen, der sich schon äußerlich eher einem allgemeinen Wohngebiet anpasst, soweit er jedenfalls auch größtmäßig entsprechend beschränkt ist, stellt ein Autohandelsplatz auf ca. 600 qm Grundstücksfläche mit Warenpräsentation im Freien, kombiniert mit zahlreichen betriebszugehörigen, provisorisch wirkenden baulichen Anlagen in Form von Containern, Fahnenmasten und branchentypischen Werbeanlagen ein gewerbliches Element innerhalb des hier anzutreffenden einheitlichen Wohngebietscharakters dar, dessen Erscheinungsbild eine optisch störende, nicht mehr gebietsadäquate Dominanz entfaltet. Die vorwiegend auf das Wohnen ausgerichtete Zweckbestimmung allgemeiner Wohngebiete setzt zugleich eine optische Unterordnung gewerblicher Nutzungen voraus, die hier jedenfalls nicht mehr gegeben ist. Vielmehr verändert das auffällig hervortretende gewerbliche Erscheinungsbild des Betriebs den Umgebungscharakter.

III. Kein Bestandsschutz

Der Kl. kann sich gegenüber der angefochtenen Nutzungsuntersagung und Beseitigungsanordnung des Bekl. auch nicht auf materiellen Bestandsschutz berufen, der deren Durchsetzung hindern könnte.

Nach der zum Zeitpunkt der Einrichtung des Autohandelsplatzes durch den Rechtsvorgänger des Kl. im März 1990 noch geltenden Deutschen Bauordnung vom 2.10.1958 - DBO - waren Bauwerke und Grundstücksnutzungen innerhalb der dort genannten Baugebiete nur zulässig, wenn sie diesem nach Art, Umfang, Zweck und Eigenart entsprachen (§ 81 DBO). Dies war hier nicht der Fall, denn in städtischen Wohngebieten waren schon nach damaligem Recht nur nicht störende gewerbliche Betriebe zulässig (vgl. §§ 82 b, 84 d DBO). Insoweit kann auf die entsprechenden Ausführungen zu der Gebietsverträglichkeit der Nutzung des Grundstücks als Autohandelsplatz im Zusammenhang mit § 4 BauNVO verwiesen werden.

C. Rechtsfolge

Die angefochtene Nutzungsuntersagung und Beseitigungsanordnung des Bekl. ist auch nicht im Hinblick auf eine etwaige Duldung vergleichbarer Autohäuser

in der näheren Umgebung des klägerischen Grundstücks unter Verletzung des Gleichheitssatzes (Art. 3 I GG) ermessensfehlerhaft. Der Bekl. hat zuletzt in seinem Schriftsatz vom 25.7.2003 sowie auf einer eingezeichneten Gebietskarte, die die Lage und Entfernung der genannten fünf Autohäuser wiedergibt, dargelegt, dass sich diese Autohäuser weit außerhalb des beurteilungsrelevanten Bereichs in anderen Baugebieten befinden und schon deshalb nicht als Bezugsobjekte eignen. Soweit der Kl. im Ortstermin angeboten hat, bei gleichzeitiger Ausnutzung der ihm erteilten Baugenehmigung für das Einfamilienhaus mit einem Laden im Erdgeschoss die Ausstellungsfläche auf eine Größe von ca. 300 qm bzw. auf 15 Stellplätze zu reduzieren

und die Container und Fahnenmaste zu beseitigen, führt dies nicht zu einer Ermessensfehlerhaftigkeit der vom Bekl. aufrecht erhaltenen Nutzungsuntersagung und Beseitigungsanordnung, denn auf diese Weise können keine rechtmäßigen Zustände i.S. des § 70 I 1 BerlBauO hergestellt werden. Zum einen handelt es sich hierbei lediglich um ein Angebot ohne konkret prüfbare Bauunterlagen und zum anderen gewinnt ein baurechtswidriger Zustand seine Genehmigungsfähigkeit nicht schon allein daraus, dass ein in stärkerem Maße gesetzwidriger Zustand beseitigt wird und der verbliebene damit etwas näher an die materielle Legalität rückt (vgl. Wilke/Dageförde/Knuth/Meyer, BerlBauO, 5. Aufl. [1999], § 70 Rdm. 15).

Standort: Verwaltungsrecht-AT

Problem: Zeugnisnote als VA

VG BRAUNSCHWEIG, URTEIL VOM 18.02.2004
6 A 106/03 (NVWZ-RR 2004, 576)

Problemdarstellung:

Das vorliegende Urteil, mit dem das VG über eine Klage gegen die negative Bewertung des Sozialverhaltens einer Schülerin in ihrem Zeugnis entschied, ist aus zwei Gründen interessant:

1. Seit langem ist streitig, ob und wann Schulnoten Verwaltungsakte sind. Diese Frage ist schon für die Bestimmung der richtigen Klageart von Bedeutung, da nur Verwaltungsakte mit Anfechtungsklage angefochten und mit Verpflichtungsklage erstritten werden können, § 42 I VwGO. Stuft man Zeugnisnoten als Realakte ein, bleibt nur die allgemeine Leistungsklage. Dass am VA-Charakter eine Reihe weiterer Vorschriften hängen, bspw. über das Widerspruchsverfahren (§§ 68 ff. VwGO) und das Verwaltungsverfahren (§§ 28, 37, 39 VwVfG) sei nur am Rande erwähnt.

In den Urteilsgründen findet sich eine sehr gute Übersicht über den Meinungsstand. Das VG ist der Ansicht, dass Noten, die sich auf den Abschluss auswirken (Versetzung oder nicht, Bestehen der Prüfung oder nicht usw.) nur als unselbstständigen Teil der Abschlussentscheidung ansehen und ihnen deshalb mangels eigenen Regelungscharakters die VA-Qualität absprechen. Nicht für den Abschluss relevante Noten sollen hingegen Verwaltungsakte sein, weil sie das Fortkommen des Betroffenen gleichwohl behindern können. Im vorliegenden Fall könnte etwa der Berufseinstieg der Klägerin, welche den Realschulabschluss geschafft hatte, durch die negative Bewertung ihres Sozialverhaltens erschwert werden. Deshalb sei ihre diesbezügliche Benotung, die sich auf den Abschluss nicht auswirkte, ein Verwaltungsakt.

2. Bei der Überprüfung von Schulnoten steht der Behörde nach h.M. ein von den Gerichten nur eingeschränkt überprüfbarer Beurteilungsspielraum zu.

Während ein solcher von der Lit. teilweise für alle unbestimmten Rechtsbegriffe bejaht wird, erkennt die Rspr. ihn nur in besonderen Fallgruppen an, zu denen u.a. die Notenvergabe gehört. Weitere Fallgruppen sind beamtenrechtliche Beurteilungen, Entscheidungen kollegial besetzter Organe und Prognoseentscheidungen wertenden Charakters. Diesen Fallgruppen ist gemeinsam, dass die Sachkompetenz der Behörde ausnahmsweise höher ist als die des sie kontrollierenden Gerichts. Das VG leitet den Beurteilungsspielraum sehr anschaulich her.

Ist ein Beurteilungsspielraum gegeben, schließt sich die Frage an, in welchem Umfang das Gericht das Vorliegen bzw. Nichtvorliegen des betreffenden Tatbestandsmerkmals überhaupt noch prüfen darf. Hierzu haben sich - entsprechend der Ermessensfehlerlehre auf Rechtsfolgenseite - sogen. "Beurteilungsfehler" herausgebildet. Das Gericht darf danach lediglich prüfen, ob (1.) das Verfahren fehlerfrei war, (2.) die Grenzen des Bewertungsspielraums nicht evident überschritten worden sind, (3.) die Behörde bei ihrer Entscheidung von falschen Tatsachen ausgegangen ist und (4.) sie sachfremde und damit willkürliche Erwägungen angestellt hat.

Prüfungsrelevanz:

Das VG folgt zum VA-Charakter von Zeugnisnoten der im vordringen befindlichen, vom OVG Münster (RA 2001, 325 = DVBl 2001, 823) begründeten Ansicht, durch die das Thema "Schulnote als VA" wieder aktuell geworden ist. Zu beachten ist allerdings, dass dieser Rspr. nicht unkritisch zu folgen ist. Eine Regelungswirkung i.S.d. § 35 S. 1 VwVfG erfordert die unmittelbare Herbeiführung einer Rechtsfolge. Die von den Gerichten beschriebenen negativen Auswirkungen auf die Berufsfreiheit (Art. 12 GG) sind aber wohl tatsächlicher Natur. Die Grundrechtsrelevanz mit dem Regelungscharakter gleichzusetzen bzw. für einen

solchen argumentativ heranzuziehen, ist nach den vorliegenden Entscheidungen zwar vertretbar, überzeugt aber ohne weitere Begründung nicht, denn auch Realakte können in Grundrechte eingreifen.

Neben der in der vorliegenden Entscheidung angesprochenen Regelungswirkung lässt sich bei Schülern die VA-Qualität der Schulnote auch unter dem Gesichtspunkt der "Außenwirkung" mit Blick auf die besondere Nähebeziehung der Schüler zum Staat (Stichwort: "Besonderes Gewaltverhältnis") problematisieren, müsste i.E. aber bejaht werden, da durch die Notengebung die Person des Schülers (nach anderer Terminologie: das Status- oder Grundverhältnis) betroffen ist und nicht nur der Schulbetrieb.

Die Frage nach einem möglichen Beurteilungsspielraum stellt sich grds. bei jedem unbestimmten Rechtsbegriff. In der Klausur muss sie jedenfalls dann erörtert werden, wenn eine der allgemein anerkannten Fallgruppen vorliegt, da in diesen Fällen die nahezu allg.M. einen Beurteilungsspielraum bejaht, was wiederum zur Folge hat, dass das Gericht - und demzufolge auch der Verfasser eines Gutachtens über die Erfolgsaussichten einer Klage - das Tatbestandsmerkmal nur noch sehr eingeschränkt im o.g. Rahmen überprüfen darf. Einen hervorragenden Überblick über die Problematik bietet Maurer, Allg. VerwR, § 7 Rz. 31 ff. Gegen die "Lehre vom Beurteilungsspielraum", welche der Verwaltung bei *allen* unbestimmten Rechtsbegriffen schon im Tatbestand der Norm eine dem Ermessensspielraum vergleichbare Prärogative zubilligen will, wird von der h.M. eingewendet, dies lasse sich mit Art. 19 IV GG nicht vereinbaren, weil dann die Kontrollmöglichkeiten der Verwaltungsgerichte so weit eingeschränkt würden, dass effektiver Rechtsschutz kaum mehr möglich sei. Auch findet der Ermessensspielraum in § 114 S. 1 VwGO eine gesetzliche Anerkennung, die dem Beurteilungsspielraum fehlt. Letzterer muss daher auf die genannten Fallgruppen beschränkt bleiben.

Vertiefungshinweise:

Zum Beurteilungsspielraum: *OVG NW*, 2001, 325 = DVBl 2001, 823; RA 1999, 306 = NWVBl 1999, 188; *VG Lüneburg*, RA 2000, 645 = NdsVBl 2000, 251; *Maurer*, Allg. VerwR, § 7 Rz. 31 ff.

Zur VA-Qualität von Schul- und Prüfungsnoten: *BVerwG*, DVBl 1994, 1356; *DÖV* 1983, 819; *DÖV* 1995, 114; DVBl 1994, 1356; *OVG NW*, 2001, 325 = DVBl 2001, 823

Kursprogramm:

Assessorkurs : "Das Prüfungsgespräch"

Leitsätze:

1. Bei der in einem Realschul-Abschlusszeugnis do-

kumentierten Bewertung des Sozialverhaltens handelt es sich um einen selbstständig anfechtbaren Verwaltungsakt.

2. Die niedersächsischen Bestimmungen zur Bewertung des Sozialverhaltens von Schülern entsprechen den Regelungserfordernissen, die sich aus dem Rechtsstaats- und dem Demokratieprinzip der Verfassung ergeben. Grundrechte der Schüler und ihrer Eltern werden durch die auf diesen Bestimmungen beruhende Bewertung des Sozialverhaltens grundsätzlich nicht verletzt.

3. Das Verwaltungsgericht darf die Bewertung des Sozialverhaltens lediglich darauf überprüfen, ob sie auf der Grundlage eines fehlerhaften Bewertungsverfahrens zu Stande gekommen ist und ob die Grenzen des Bewertungsspielraums überschritten sind, weil die Klassenkonferenz bei ihrer Entscheidung von falschen Tatsachen ausgegangen ist, allgemein anerkannte Bewertungsgrundsätze missachtet oder sachfremde und damit willkürliche Erwägungen angestellt hat.

4. Die Bewertung des Sozialverhaltens ist fehlerhaft und aufzuheben, wenn sie nicht alle Bewertungsgesichtspunkte berücksichtigt hat, die im Zeugnis erlass des Niedersächsischen Kultusministeriums aufgeführt sind, und wenn nicht ausgeschlossen werden kann, dass dieser Fehler das Bewertungsergebnis zu Lasten des Schülers beeinflusst hat.

5. Die Schule muss die Bewertung nachvollziehbar begründen. Daran fehlt es, wenn die Ausführungen nicht erkennen lassen, dass den Bewertungsbeiträgen der Lehrkräfte ein einheitliches Bewertungssystem zu Grunde liegt, das den im Zeitpunkt der Konferenzentscheidung geltenden Vorschriften entspricht.

6. Bei der Bewertung darf nicht zu Lasten des Schülers berücksichtigt werden, dass er an freiwilligen Freizeitaktivitäten von Mitschülern und Klassenlehrer nicht teilgenommen hat.

7. Das Sozialverhalten darf nicht allein wegen einer persönlichkeitsimmanenten Zurückhaltung des Schülers negativ bewertet werden.

Sachverhalt:

Die Kl. wendet sich gegen die in ihrem Realschul-Abschlusszeugnis zum Ausdruck gekommene Bewertung ihres Sozialverhaltens. Die im August 1985 geborene Kl. besuchte bei der Bkl. den Realschulzweig. Am 11.6.2002 beschloss die Klassenkonferenz über das der Kl. zu erteilende Abschlusszeugnis. Die Konferenz kam zu dem Ergebnis, das Sozialverhalten der Kl. sei mit "entspricht den Erwartungen mit Einschränkungen" zu bewerten, und fasste den Beschluss, im Abschlusszeugnis der Kl. unter der Rubrik "Sozialverhalten" keine Eintragungen vorzunehmen. Die Konferenz entschied auf der Grundlage von Zensurenlisten der in

der Klasse der Kl. unterrichtenden Lehrkräfte; diese Listen enthielten die aus der Sicht des jeweiligen Lehrers zu erteilende Note für das Sozialverhalten der Kl. Die Kl. erhob Widerspruch gegen die Bewertung ihres Sozialverhaltens im Abschlusszeugnis. Zur Begründung trug sie vor, ihr Sozialverhalten sei nicht negativ zu bewerten. Im vorangegangenen Halbjahreszeugnis habe sie noch die Bewertung "entspricht den Erwartungen in vollem Umfang" erhalten. Innerhalb weniger Wochen könne sich das Verhalten kaum derart negativ ändern.

Am 17.12.2002 beschloss die Klassenkonferenz, dem Widerspruch könne nicht abgeholfen werden. Der Konferenz lag eine von der Klassenlehrerin der Kl. - der Zeugin D. - unter dem 10.12.2002 verfasste schriftliche Zusammenstellung der "Bewertungsgesichtspunkte zur Beurteilung des Sozialverhaltens" der Kl. vor. In der Zusammenstellung, die auf Beiträgen der die Kl. unterrichtenden Lehrkräfte beruhte, sind die folgenden Bewertungsgesichtspunkte und Einzelbewertungen mit kurzer Begründung aufgelistet: Reflexionsfähigkeit: "befriedigend", Konfliktfähigkeit: "befriedigend", Vereinbarungen und Einhalten von Regeln, Fairness: "gut", Übernahme von Verantwortung: "ausreichend", Mitgestaltung des Gemeinschaftslebens: "mangelhaft".

Die Bezirksregierung teilte der Kl. mit, ihr Widerspruch sei unzulässig, weil es sich bei der Bewertung des Sozialverhaltens nicht um einen Verwaltungsakt handle. Im Übrigen sei die Kl. durch das Zeugnis rechtlich nicht beschwert, weil die angegriffene Bewertung im Zeugnis gar nicht erscheine und keinen Einfluss auf die Entscheidung über den Schulabschluss habe. Die Bezirksregierung behandelte den Widerspruch als Beschwerde und wies diese zurück, weil die Bewertung nicht zu beanstanden sei. Dabei führte sie unter anderem aus, für die Bewertung des Sozialverhaltens stünden nach dem Zeugnis erlass vier Abstufungen zur Verfügung. Da die Schule zu der Auffassung gekommen sei, das Sozialverhalten habe den Erwartungen nur mit Einschränkungen entsprochen, also eine Verschlechterung um eine Stufe angenommen habe, sei diese Bewertung im Abschlusszeugnis durch Striche auszuweisen. Nachdem die Kl. um einen förmlichen Bescheid gebeten hatte, wies die Bezirksregierung den Widerspruch unter Bezugnahme auf ihr Schreiben vom 20.1.2003 mit Widerspruchsbescheid vom 17.2.2003 als unzulässig zurück. Das VG gab der Klage statt.

Aus den Gründen:

A. Zulässigkeit

Die Klage ist als Verpflichtungsklage (§ 42 I, 2. Fall VwGO) zulässig. Wendet sich ein Schüler gegen die in seinem Realschul-Abschlusszeugnis dokumentierte Bewertung des Sozialverhaltens, so ist die Klage nicht

gegen die in dem Zeugnis zum Ausdruck gekommene Entscheidung über den Realschulabschluss, sondern gegen die angegriffene Einzelbewertung zu richten. Bei der Bewertung des Sozialverhaltens in einem Realschul-Abschlusszeugnis handelt es sich um einen selbstständig anfechtbaren Verwaltungsakt i.S. des § 35 S. 1 VwVfG.

I. Zeugnisnote als VA

Inwieweit die in Abschlusszeugnissen enthaltenen Einzelnoten als Verwaltungsakte anzusehen sind und eigenständig angegriffen werden können, wird in Rechtsprechung und Literatur nicht einheitlich beurteilt. Teilweise wird der Verwaltungsaktcharakter von Zeugnisnoten generell verneint (z.B. Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 6. Aufl., § 35 Rdnr. 129 m.w.N.). Zum Teil wird nur die Abschlussnote als Verwaltungsakt angesehen (z.B. Littmann, in: Seyderhelm/Nagel/Brockmann, NdsSchulG, Loseblatt, Stand: Februar 2004, § 59 Anm. 8). In der Rechtsprechung wird dagegen überwiegend eine Verpflichtungsklage für möglich gehalten und dabei teilweise auch die Einzelnote unter bestimmten Voraussetzungen als Verwaltungsakt qualifiziert (vgl. OVG Münster, NVwZ-RR 2001, 384 m.w.N.; VG Meiningen, Urteil vom 30.10.1996 - 8 K 558/94).

1. Keine generalisierende Betrachtung

Die Auffassungen, die den Verwaltungscharakter von Einzelnoten in Abschlusszeugnissen generell verneinen, überzeugen nicht. Auch solche Noten können tatsächliche Auswirkungen auf Berufswahl und Berufsausübung des Schülers haben und in diesem Sinne Rechtsfolgen herbeiführen. Derartige tatsächliche Auswirkungen mit objektiv berufsregelnder Tendenz sind als Eingriffe in das Grundrecht der Berufsfreiheit anzusehen (vgl. OVG Münster, NVwZ-RR 2001, 384 m.w.N.; Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 7. Aufl., Art. 12 Rdnr. 12; Tettinger, in: Sachs, GG, 3. Aufl., Art. 12 Rdnrn. 72 ff.). Außerdem ist zu berücksichtigen, dass nach der Gegenansicht die Rechtssicherheit nur eingeschränkt gewährleistet wäre: Rechtsschutz wäre vor Gericht nur durch eine allgemeine Leistungsklage zu erlangen, für die keine bestimmten Fristen gelten.

2. Vielmehr differenzierende Betrachtung nötig

Nach Auffassung der Kammer gilt daher Folgendes:

a. Unselbstständige Bestandteile der Abschlussentscheidung

Die in einem Abschlusszeugnis ausgewiesenen Einzelnoten sind nicht als Verwaltungsakte anzusehen und damit nicht selbstständig angreifbar, soweit sie lediglich die Grundlage für die in dem Zeugnis zum Ausdruck gekommene Entscheidung über den Abschluss bilden. In diesen Fällen hat nur die Entscheidung über den Schulabschluss den für die Annahme

eines Verwaltungsakts erforderlichen Regelungscharakter. Bei den ihr zu Grunde liegenden Noten handelt es sich um unselbstständige Bestandteile der Gesamtbewertung, die nur mit einer gegen die Gesamtbewertung gerichteten Klage angegriffen werden können. Die rechtliche Überprüfung der Gesamtbewertung schließt dann die Prüfung einzelner bemängelter Noten ein (vgl. OVG Lüneburg, DVBl 1985, 69).

b. Selbstständiger Regelungscharakter

Als Verwaltungsakte sind dagegen diejenigen Einzelnoten eines Abschlusszeugnisse eigenständig angreifbar, denen eine selbstständige rechtliche Bedeutung zukommt und die die Rechtspositionen des Schülers unmittelbar betreffen (ebenso OVG Münster, NVwZ-RR 2001, 384). Das ist schon dann der Fall, wenn die Note nach den maßgeblichen rechtlichen Bestimmungen für die Entscheidung über den Schulabschluss keine Bedeutung hat, für die weitere Schullaufbahn des Schülers aber erheblich ist oder seine Chancen beim Eintritt in das Berufsleben beeinflussen kann (OVG Münster, NVwZ-RR 2001, 384; VGH Mannheim, NVwZ-RR 1989, 479f.; Brockmann, in: Seyderhelm/Nagel/Brockmann, NdsSchulG, Loseblatt, Stand: Februar 2004, § 34 Anm. 5.1.1). Da in diesen Fällen kein rechtlicher Zusammenhang zwischen der Einzelnote und der Entscheidung über den Schulabschluss besteht, könnte der Schüler mit der Anfechtung dieser Entscheidung die Überprüfung der Einzelnote gar nicht erreichen. Auch das Abschlusszeugnis ist als solches kein zumindest teilweise anfechtbarer Verwaltungsakt, sondern lediglich eine öffentliche Urkunde, in der die zuvor von der Klassenkonferenz getroffenen Entscheidungen dokumentiert werden (ebenso VG Hannover, Beschluss vom 22.4.2002 - 6 A 363/02; Littmann, § 59 Anm. 8; anders Brockmann, § 34 Anm. 5.1.1).

3. Subsumtion

Nach diesen hier entsprechend anzuwendenden Grundsätzen ist die in einem Realschul-Abschlusszeugnis festgehaltene Bewertung des Sozialverhaltens als ein selbstständig anfechtbarer Verwaltungsakt anzusehen. Nach dem Sprachgebrauch der schulrechtlichen Bestimmungen handelt es sich dabei zwar nicht um eine Zeugnisnote im eigentlichen Sinne, sondern um eine einem anderen Stufensystem folgende Bewertung besonderer Art (vgl. Nrn. 3.7.3, 3.1 und 3.4 des Erlasses des MK vom 22.3.1996 - SVBl S. 87 - in der hier maßgeblichen, zuletzt durch Erlass vom 8.3.2000 - SVBl S. 135 - geänderten F., im Folgenden: Zeugnis-erlass). Auch diese Bewertung hat jedoch eine selbstständige rechtliche Bedeutung und wirkt sich unmittelbar auf Rechtspositionen des Schülers aus. Sie ist nicht Grundlage für die Entscheidung über den Erwerb eines Abschlusses an der Realschule (vgl. die §§ 6 bis 8 der VO über die Abschlüsse im Sekundarbereich I vom

7.4.1994 - NdsGVBl S. 197, zuletzt geändert durch VO vom 4.2.2000 - NdsGVBl S. 2), kann jedoch die Chancen des Schülers beim Eintritt in das Berufsleben maßgeblich beeinflussen. Die Bewertung bringt zum Ausdruck, inwieweit der Schüler in der Lage gewesen ist, eine Balance herzustellen zwischen seinen individuellen Ansprüchen, den Interessen anderer sowie den für ein Gemeinschaftsleben notwendigen Regeln, und beruht unter anderem auf Beobachtungen zu Konfliktfähigkeit und Verantwortungsbewusstsein (vgl. Nr. 3.7.2 des Zeugnis-erlasses sowie Bade, SVBl 2001, 147 f.). Dabei handelt es sich um Fähigkeiten, die für viele Berufe von entscheidender Bedeutung sind. Die Bewertung des Sozialverhaltens in einem Abschlusszeugnis, das bei Bewerbungen üblicherweise vorzulegen ist, kann die Aussichten auf eine Arbeitsstelle daher verbessern oder - im Falle eines negativen Ergebnisses - auch verschlechtern. Dabei ist ohne Bedeutung, ob das Zeugnis eine ausformulierte Bewertung enthält oder das für diese Eintragung vorgesehene Feld statt dessen - wie im Zeugnis der Kl. - mit Strichen "entwertet" ist. Striche wurden dort nach der ständigen Praxis der niedersächsischen Schulen in dem hier maßgeblichen Zeitpunkt der Konferenzentscheidung vom Juni 2002 in Abschlusszeugnissen nur gesetzt, wenn das Sozialverhalten negativ bewertet worden war. Dieses Verfahren war weithin bekannt und in einem ministeriellen Erlass vorgegeben (vgl. Nrn. 6.7, 6.9 des Zeugnis-erlasses, Bade, SVBl 2001, 147 [149]).

II. Zeugnisberichtigung

Grundsätzlich kann der gegen eine Einzelbewertung vorgehende Schüler neben einem Verpflichtungsantrag einen zusätzlichen, mit der allgemeinen Leistungsklage geltend zu machenden Antrag auf Ausstellung eines berechtigten Zeugnisses stellen (§ 113 IV VwGO analog; vgl. Kopp/Schenke, VwGO, 13. Aufl., § 113 Rdnr. 177). Dafür besteht jedoch im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung regelmäßig - wie hier - noch kein Rechtsschutzbedürfnis, weil die bekl. Schule auch bei einem Erfolg der Verpflichtungsklage nur zur Neubewertung und damit nicht zwangsläufig zu einer Änderung des Bewertungsergebnisses verpflichtet wäre. Unabhängig davon hätte die Kl. bei veränderter Bewertung einen von der Bekl. soweit ersichtlich nicht bestrittenen Berichtigungsanspruch.

B. Begründetheit

Die Klage ist auch begründet. Die Entscheidung der Klassenkonferenz vom 11.6.2002 über die Bewertung des Sozialverhaltens der Kl. und der Widerspruchsbekleid der Bezirksregierung sind rechtswidrig und verletzen die Kl. in ihren Rechten. Die Kl. hat einen Anspruch darauf, dass die Bekl. das Sozialverhalten neu bewertet.

I. Grundsätzliche Zulässigkeit einer Note für Sozial-

verhalten

Die auf Verwaltungsvorschriften beruhende Praxis der niedersächsischen Schulen, das Sozialverhalten der Schülerinnen und Schüler zu bewerten, ist im Grundsatz verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.

1. Grundrechte

Schulen dürfen das Sozialverhalten von Schülern bewerten. Weder das elterliche Erziehungsrecht (Art. 6 II GG) noch das Grundrecht des Schülers auf eine möglichst ungehinderte Entfaltung seiner Persönlichkeit (Art. 2 I GG) begründet einen Anspruch darauf, Aussagen zum Sozialverhalten zu unterlassen (BVerwG, NJW 1982, 250; OVG Lüneburg, Beschluss vom 16.07.2002 - 13 PA 113/02; Avenarius/Heckel, Schulrechtskunde, 7. Aufl., S. 489 m.w.N. - auch zu abweichenden Auffassungen). Der staatliche Erziehungs- und Bildungsauftrag der Schulen (Art. 7 GG, Art. 4 NdsVerf., § 2 NdsSchulG) ist nicht auf die Wissensvermittlung beschränkt, sondern umfasst auch die Gesamterziehung des jungen Menschen und damit die Anleitung zu einem angemessenen Sozialverhalten. Soweit die Vorgaben für das Sozialverhalten vom Erziehungs- und Bildungsauftrag der Schulen gedeckt sind, dürfen die Schulen dieses Verhalten auch bewerten und die Bewertungen in Zeugnissen zum Ausdruck bringen.

Allerdings muss die Schule bei der Bewertung des Sozialverhaltens für die unterschiedlichen Wertvorstellungen offen sein, die in diesem Bereich möglich und mit dem staatlichen Erziehungs- und Bildungsauftrag sowie der freiheitlich demokratischen Grundordnung der Verfassung vereinbar sind. Demgemäß haben die Schulen jede Indoktrinierung zu einem bestimmten Sozialverhalten zu unterlassen, wenn auch andere Verhaltensweisen mit dem Erziehungs- und Bildungsauftrag der Schulen vereinbar und von der Verfassung geschützt sind (vgl. BVerwG, NJW 1982, 250). Die niedersächsischen Regelungen über die Bewertung des Sozialverhaltens entsprechen im Grundsatz diesen verfassungsrechtlichen Anforderungen [...].

2. Vorbehalt des Gesetzes

Die Bewertung des Sozialverhaltens durch die niedersächsischen Schulen verstößt auch nicht gegen das Rechtsstaats- und das Demokratieprinzip der Verfassung, die den Gesetzgeber verpflichten, in grundrechtsrelevanten Bereichen des Schulrechts die wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen und nicht der Verwaltung zu überlassen.

Ob und ggf. inwieweit die Bewertung des Sozialverhaltens danach der Regelung in einem förmlichen Gesetz oder wenigstens in einer Rechtsverordnung bedarf, ist im Einzelnen umstritten (vgl. BVerwG, NJW 1982, 250 m.w.N.). Diese Fragen können hier aber offen bleiben. Der niedersächsische Gesetzgeber ermächtigt die Klassenkonferenzen dazu, das Gesamt-

verhalten der Schülerinnen und Schüler zu beurteilen (§ 35 III 2 Nr. 3 NdsSchulG). Dass die Einzelheiten der Bewertung in Verwaltungsvorschriften geregelt sind, ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden (im Ergebnis ebenso OVG Lüneburg, Beschluss vom 16.7.2002 - 13 PA 113/02; Brockmann, § 34 Anm. 5.1.2). Die Bewertung ist eine originär pädagogische Aufgabe. Dies im Detail zu regeln, würde den Gesetzgeber wegen der Komplexität des Bewertungsvorgangs und der zu beachtenden Flexibilität von Einzelbestimmungen überfordern (vgl. BVerwG, NVwZ 1998, 859 - zur Leistungsbewertung in versetzungsrelevanten Fächern).

II. Bewertung der Klägerin

Die Bekl. hat das Sozialverhalten der Kl. rechtsfehlerhaft bewertet.

1. Beurteilungsspielraum

Die Bewertung des Sozialverhaltens durch die Klassenkonferenz ist der verwaltungsgerichtlichen Prüfung weitgehend entzogen. Bei fachlich-pädagogischen Bewertungen von Schülerleistungen, wie sie für die Festsetzung der Zeugnisnoten erforderlich sind, steht den Lehrern ein Bewertungsspielraum zu (vgl. VG Braunschweig, Beschluss vom 04.09.2000 - 6 B 421/00; Urteil vom 30.10.2003 - 6 A 663/02 m.w.N.). Dies gilt entsprechend für die Bewertung des Sozialverhaltens. Auch insoweit ist davon auszugehen, dass es für die Bewertung wesentlich auf nicht reproduzierbare Eindrücke der unterrichtenden Lehrkräfte von dem Schüler und seinem Verhalten ankommt und dem VG die für eine abgewogene eigene Beurteilung erforderliche pädagogischfachliche Kompetenz fehlt. Die Lehrkräfte müssen im Übrigen bei ihrem wertenden Urteil von Einschätzungen und Erfahrungen ausgehen, die sie im Laufe ihrer Berufspraxis bei der Beurteilung des Schülerverhaltens entwickelt haben. Die konkrete Bewertung erfolgt im Rahmen eines Bezugssystems, das von den persönlichen Erfahrungen und Vorstellungen der Lehrkräfte beeinflusst wird. Die komplexen Erwägungen, die einer Bewertung zu Grunde liegen, lassen sich nicht regelhaft erfassen. Eine gerichtliche Kontrolle würde insoweit die Maßstäbe verzerren. Denn in dem verwaltungsgerichtlichen Verfahren eines einzelnen Schülers könnte das Gericht die Bewertungskriterien, die für alle anderen Schüler maßgebend waren, nicht abschließend feststellen. Es müsste eigene Bewertungskriterien entwickeln und an die Stelle derjenigen der Lehrkräfte setzen. Dies wäre mit dem Grundsatz der Chancengleichheit unvereinbar, weil einzelne Schüler so die Möglichkeit einer vom Vergleichsrahmen der Lehrkräfte unabhängigen Bewertung erhielten.

2. Prüfungskompetenz

Das Gericht darf die Bewertung des Sozialverhaltens

daher lediglich darauf überprüfen, ob sie auf der Grundlage eines fehlerfreien Bewertungsverfahrens zu Stande gekommen ist und ob die Grenzen des Bewertungsspielraums überschritten worden sind, weil die Klassenkonferenz bei ihrer Entscheidung von falschen Tatsachen ausgegangen ist, allgemein anerkannte Bewertungsgrundsätze missachtet oder sachfremde und damit willkürliche Erwägungen angestellt hat.

3. Subsumtion

Nach diesen Maßstäben ist die angegriffene Bewertung wegen rechtserheblicher Bewertungsfehler aufzuheben. Die Kammer hat nicht die Überzeugung ge-

winnen können, dass die Klassenkonferenz bei der Bewertung des Sozialverhaltens der Kl. die anerkannten Bewertungsgrundsätze beachtet hat [wird ausführlich begründet].

4. Rechtsfolgen

Da der Bekl. weiterhin ein Bewertungsspielraum zur Verfügung steht, führen die festgestellten Bewertungsfehler nur dazu, dass die angegriffenen Entscheidungen aufzuheben sind und die Bekl. i.Ü. zu verpflichten ist, das Sozialverhalten der Kl. neu zu bewerten (vgl. § 113 V 2 i.V.m. 113 I 1 VwGO).

IMPRESSUM

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

Zivilrecht

Standort: Verbraucherschutzrecht

Problem: Widerruf von Immobiliendarlehen

OLG BREMEN, ESCHLUSS VOM 27.05.2004
2 U 20/02, 23/02 UND 53/02 (NJW 2004, 2238)

Problemdarstellung:

Im vorliegenden Fall geht es - wieder einmal - um enttäuschte Kapitalanleger, welche sich anlässlich von Hausbesuchen ihres Anlageberaters entschieden hatten, viel Geld in sogenannte Steuersparmodelle zu investieren. Konkret sollte Wohnungseigentum in einem sogenannten "Boarding-House" erworben werden, welches als Hotel mit der kostengünstigen Möglichkeit der Selbstversorgung Anziehungspunkt für Geschäftsreisende werden sollte. Dieses Projekt scheiterte allerdings, nachdem die Anleger sich bereits zur Aufnahme langfristiger Immobiliendarlehen bei der Kl. entschieden hatten. Diese kündigte sodann die Darlehen wegen ausgebliebener Zahlungen und verlangte Darlehensrückzahlungen. Die Bekl. verwies demgegenüber darauf, in einer Haustürsituation zum Darlehensabschluss bestimmt worden und über ihre diesbezügliche Widerrufsmöglichkeit nicht belehrt worden zu sein. Sie machten von ihrem unbefristeten Widerrufsrecht Gebrauch, worauf die Kl. entgegnete, sie habe nicht gewusst, dass der über mehrere Zwischenstationen eingeschaltete Anlageberater Hausbesuche abgestattet habe.

In den drei betroffenen Verfahren, die sich in unterschiedlichen Verfahrensstadien befinden und das OLG Bremen zur Vorlage der nachstehenden Rechtsfragen an den EuGH bewogen haben, geht es zunächst um die Frage, inwieweit ein Widerrufsrecht nach § 1 I HWiG (= § 312 I 1 BGB n. F., vgl. auch §§ 312 a, 506 III BGB n. F.) voraussetzt, dass die Haustürsituation, in welcher ein Verbraucher zum Vertragsschluss bewogen wurde, dessen Vertragspartner zurechenbar ist. Sodann werden Einzelheiten des durch den Widerruf entstandenen Rückgewährschuldverhältnisses gem. § 3 HWiG (= § 357 i. V. m. §§ 346 ff BGB; vgl. zum Teil auch § 506 II BGB n. F.) erörtert, insbesondere, inwieweit der Widerruf eines Darlehensvertrages die sofortige Pflicht zur Rückzahlung der Darlehensvaluta nach sich ziehen darf, wenn der Darlehensnehmer noch in der Haustürsituation entschieden hat, dass dieses Geld direkt an Dritte ausgezahlt werden soll.

Prüfungsrelevanz:

Verschiedene Probleme, welche die ordnungsgemäße

Umsetzung der Richtlinie 85/577/EWG in nationales Recht mit sich brachte, sind zwischenzeitlich gelöst. Insbesondere wurde durch die Neufassung der §§ 312 a, 491 III, 506 BGB durch das OLG-VertrÄndG vom 23.07.2002 klargestellt, dass ein Widerrufsrecht aufgrund eines Haustürgeschäftes nur dann durch das Verbraucherdarlehensrecht verdrängt werden kann, wenn sich aus diesem tatsächlich ein Widerrufsrecht ergibt. Für Immobiliendarlehen ist ein Widerrufsrecht nunmehr grundsätzlich gegeben, gem § 506 III BGB n. F. kann es nur abbedungen werden, solange es sich nicht um ein Haustürgeschäft handelt (vgl. Palandt/Heinrichs, § 312 a Rz. 1).

Andere der in dieser Entscheidung angesprochenen Probleme sind aber nach wie vor aktuell, da sie durch die Integration der Verbraucherschutzgesetze in das BGB nicht gelöst wurden (vgl. etwa Palandt/Heinrichs, § 312 Rz. 6 zu der Kontroverse über die Zurechnung der Haustürsituation entsprechend § 123 BGB und Palandt/Heinrichs, § 357 Rz. 5 zum Rückzahlungsanspruch des Darlehensgebers nebst marktüblichen Zinsen). Insoweit sollte die Vorbereitung auf juristische Staatsexamina auch künftig die weitere Entwicklung des Verbraucherschutzrechtes nicht außer Acht lassen.

Vertiefungshinweise:

Zur richtlinienkonformen Auslegung des alten Verbraucherschutzrechtes: *BGH*, RA 2003, 98 = NJW 2003, 199

Zum Erstattungsanspruch des Darlehensgebers nach Widerruf: *BGH*, NJW 2003, 422

Kursprogramm:

Examenskurs: "Existenzgründung auf Raten"

Assessorkurs: "Der Ehelohn"

Leitsätze:

Gemäß Art. 234 II EG werden dem EuGH folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1. Ist es mit Art. 1 I der Richtlinie 85/577/EWG vereinbar, die Rechte des Verbrauchers, insbesondere sein Widerrufsrecht, nicht nur vom Vorliegen einer Haustürsituation nach Art. 1 I der Richtlinie abhängig zu machen, sondern auch von zusätzlichen Zurechnungskriterien wie der vom Gewerbetreibenden bewusst herbeigeführten Einschal-

tung eines Dritten in den Vertragsabschluss oder von einer Fahrlässigkeit des Gewerbetreibenden hinsichtlich des Handelns des Dritten beim Vertrieb mittels Haustürgeschäft?

2. Ist es mit Art. 5 II der Richtlinie 85/577/EWG vereinbar, dass ein Immobiliendarlehensnehmer, der nicht nur den Darlehensvertrag in einer Haustürsituation geschlossen, sondern zugleich auch die Auszahlung der Valuta auf ein praktisch nicht mehr seiner Disposition unterliegendes Konto in der Haustürsituation veranlasst hat, die Valuta im Fall des Widerrufs an den Darlehensgeber zurückzahlen muss?

3. Ist es mit Art. 5 II der Richtlinie 85/577/EWG vereinbar, dass der Immobiliendarlehensnehmer, falls er nach dem Widerruf zur Rückzahlung der Valuta verpflichtet ist, diese nicht zu den im Vertrag vorgesehenen Ratenterminen, sondern sofort in einer Summe zurückzahlen muss?

4. Ist es mit Art. 5 II der Richtlinie 85/577/EWG vereinbar, dass der Immobiliendarlehensnehmer, falls er auch im Falle des Widerrufs zur Rückzahlung der Valuta verpflichtet ist, das Darlehen marktüblich zu verzinsen hat?

Sachverhalt:

Die Kl. der drei Vorlageverfahren, eine Volksbank, verlangt von den Bekl. der Vorlageverfahren Rückzahlung von Darlehen, die sie den Bekl. jeweils zum Erwerb von Appartements in einem Boarding-House in St. bei Stuttgart gewährt hat. Eine Bauträgerfirma, hinter der der Architekt und Ingenieur S stand, erwarb im Oktober 1990 das Eigentum an einem circa 2600 qm großen Grundstück in St., um darauf ein als Boarding-House bezeichnetes Hotel mit 188 Hotelzimmerappartements zu errichten, an denen jeweils Anleger im Rahmen eines Steuersparmodells Wohnungseigentum erwerben sollten. Der von der Bauträgerfirma als Käuferin bezahlte und von der Kl. finanzierte Kaufpreis von 5,5 Mio. DM enthielt auch eine Vergütung für den Projektgedanken und die Mitwirkung der Verkäuferseite beim Vertrieb. Das geplante Hotel sollte Gästen, insbesondere Geschäftsleuten, vor allem ein mehrwöchiges Wohnen in der Nähe der Stuttgarter Stadtgrenze mit der Möglichkeit der Selbstversorgung bieten, so dass durch Einsparung von Personalkosten die vergleichbaren Hoteltarife unterschritten werden konnten.

Zur Finanzierung des Grundstückserwerbs der Bauträgerfirma sowie eines Teils der Planungs- und Bauleistungen nahm diese einen Kredit bei der Kl. in Höhe von ca. 9,0 Mio. DM auf, der mittels einer Grundschuld in Höhe von 10,0 Mio. DM an dem Grundstück abgesichert wurde. Der Hotelbetrieb wurde einer Betreiberfirma als Pächterin übertragen. Für den Vertrieb der Wohnungseinheiten schaltete die Bauträgerfirma,

nachdem der Vertrieb über den Grundstücksveräußerer kaum Erfolg hatte, eine weitere von ihr beherrschte Vertriebsfirma, die D, ein, die sich ihrerseits selbstständiger Vermittler bediente, darunter eines Finanzdienstleistungsbüros und des für dieses im norddeutschen Raum tätigen, inzwischen - möglicherweise auf Grund einer Gewalttat - verstorbenen Bremer Anlagevermittlers W. Für den Abschluss der Verträge mit den einzelnen Anlegern schalteten die Bauträgerfirma und die D die Firma T-Verwaltungen GmbH als Treuhänderin ein. Die D erstellte einen Prospekt unter Zugrundelegung einer zu erzielenden Monatspacht von 34 DM/qm. Ferner entwickelte sie einen „Fahrplan“ über die einzelnen Schritte, die zur Verwirklichung des Erwerbsgeschäfts und seiner Finanzierung notwendig waren. Im Prospekt wurde unter anderem damit geworben, dass die Kl. den Bauträger finanziere und die Mittelverwendungskontrolle übernommen habe. Der Prospekt enthielt dazu auch ein wörtliches Zitat aus einem Schreiben der Kl. über die bisherige angenehme Zusammenarbeit mit der Bauträgerfirma und die durchzuführende Mittelverwendungskontrolle.

Zur Finanzierung des Eigentumswohnungserwerbs der einzelnen Anleger sollten zunächst andere Banken als die Kl. eingeschaltet werden. Die Kl. gewann nach deren Absage die D-Bank, die auch ein Wertgutachten einholte, bei dem allerdings eine Pachteinnahme von 17 DM/qm zu Grunde gelegt wurde. Die D-Bank sollte nach Absprache mit der Kl. 60% der Gesamtaufwendungen mit erstrangiger Sicherung finanzieren, die Kl. dagegen die restlichen 40%. Von den 188 Anlegern erhielten dann schließlich - abgesehen von vier Finanzierungen durch die B-Bank - 112 Anleger erstrangige Darlehen der D-Bank, während im Übrigen die Kl. in Absprache mit der Bauträgerfirma die weitere Finanzierung übernahm. Die letzten Wohneinheiten wurden schließlich erst 1994 vermarktet und finanziert. Zur Vermittlung der Erwerbs- und Finanzierungsgeschäfte nahm der Anlagevermittler W mit zahlreichen Familien im Raum Bremen Kontakt auf und bewog sie auf der Grundlage des Prospekts der D zum Erwerb einer von der Kl. finanzierten Eigentumswohnung des Boarding-Houses. Auf diese Weise wurde auch der Kontakt zu den Bekl. der drei Vorlageverfahren hergestellt, die sämtlich vortragen, der Vermittler W habe sie unaufgefordert zu Hause besucht.

Das Boarding-House wurde von der Bauträgerfirma errichtet. Während des Baus und der übrigen Projektdurchführung stand das für den Kreditbereich zuständige Vorstandsmitglied der Kl. nach der Aussage einer für die Treuhänderfirma tätigen Zeugin in einem strafrechtlichen Ermittlungsverfahren gegen Verantwortliche der Kl. im ständigen Kontakt zum Architekten S. An der Grundsteinlegung nahm das Vorstandsmitglied der Kl. teil. Im Februar 1993 wurde das Gebäude fertig

gestellt. Nach fünfmonatigem Betrieb stellte die Pächterin die Pachtzahlungen ein und wurde Anfang 1994 insolvent. Bis Ende 1993 bezahlte die Bauträgerfirma die vorgesehene Pacht. Die geplante Auslastung wurde von Anfang an nicht erreicht. Auch die Bauträgerfirma wurde 1995 insolvent. S, gegen den ebenfalls strafrechtlich ermittelt wurde, setzte sich ins Ausland ab.

Der Württembergische Genossenschaftsverband stellte in seinem Prüfungsbericht für den Jahresabschluss der Kl. für 1995 fest, dass die monatlichen Einnahmen aus dem Betrieb des Boarding-House sehr gering waren und nur einen unbedeutenden Teil zum Kapitaldienst beitrugen, dieser also nahezu in vollem Umfang von den Erwerbern aus eigenen Mitteln aufgebracht werden musste. Auf Grund der Unrentabilität des Objekts hatten bereits zu diesem Zeitpunkt über die Hälfte der Anleger die Zahlungen eingestellt. Der Bericht fasste sein Ergebnis dahin zusammen, dass es für die Kl. wegen der hohen Kompetenzüberschreitung des (daraufhin ausgeschiedenen) zuständigen Vorstandsmitglieds und der Nichtbeachtung der üblichen Sorgfaltspflicht bei der Finanzierung von Bauträgerkrediten zu einem außergewöhnlich hohen Risiko gekommen war. Mit der Anlage wurden auch später nur unzureichende Einnahmen erzielt. Die Wohnungseinheiten sind auf Grund von Beschränkungen in der Teilungserklärung praktisch nicht gesondert verwertbar, da eine Eigenutzung oder Einzelvermietung ausscheidet.

Der Bekl. im Verfahren 2 U 20/02 (A) erteilte der D am 07.09.1992 eine „Selbstauskunft zur Vorlage bei Kreditinstituten“, in der er sein Nettoeinkommen mit 2.700,68 DM angab, und auf Verbindlichkeiten von knapp 50.000,00 DM aus einer vorher von W vermittelten Beteiligung an einem Immobilienfonds hinwies. In einem schriftlichen „persönlichen Berechnungsbeispiel“ errechnete der Vermittler für den Bekl. bei einem zu versteuernden Einkommen von 48.000,00 DM und einer Immobilieninvestition von 237.328,00 DM eine Steuerersparnis von 37.456,00 DM (davon 26.608,00 DM Umsatzsteuerrückvergütung) und ersuchte die D mit Schreiben vom selben Tage, das auch A unterschrieb, um die Vorbereitung der Beteiligung des A im Hinblick auf die Wohnungseinheit Nr. 17. Am 08.09.1992 beurkundete ein Notar ein Angebot des A zum Abschluss eines formularmäßigen Treuhandvertrags mit der Treuhandfirma zum Erwerb einer Eigentumseinheit des Boarding-House. Nach dem Treuhandvertrag sollte die Treuhänderin Vollmacht zum Abschluss aller erforderlichen Verträge und für die Einrichtung eines Erwerbersonderkontos erhalten. Die Darlehensverträge, die mit der Kl. geschlossen werden sollten, sollten grundpfandrechtlich abgesichert werden, mit der Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung in das Grundstück und das gesamte übrige Vermögen des Schuldners. Als Ober-

grenze der Darlehensbelastung waren für das Appartement samt zugehöriger Garage 237.327,35 DM berechnet, die sämtlich als Fremdmittel aufgenommen werden sollten. Das Disagio sollte gesondert finanziert werden. Für die Aufteilung der Mittelverwendung wurden ein Grundstücksanteil von 15,2%, ein Gebäudeanteil von 51,34% und ein Möblierungsanteil von 4,9% angesetzt, während der Rest auf Neben- und Dienstleistungskosten entfallen sollte. Dieses Angebot nahm die Treuhandfirma an und kaufte dann mit notariellem Vertrag vom 29.09.1992 im Namen des A von der Bauträgerfirma das Wohnungseigentum an dem 26,12 qm großen Appartement Nr. 17 samt Pkw-Stellplatz zum Preis von 160.784,39 DM. Die verkaufende Bauträgerfirma trat die Kaufpreisforderung an die Kl. ab, der Bekl. als Käufer seinen Auflassungsanspruch. Der Kaufpreis sollte in Raten auf das Projektkonto der Bauträgerfirma bei der Kl. überwiesen werden. Zur Sicherung sollten Grundschulden dienen. Die Grundschuldgläubigerin wurde angewiesen, alle Zahlungen nur auf das Projektkonto bei der Kl. zu leisten.

Am 06.10.1992 schloss A mit der Kl. einen Darlehensvertrag über 143.697,10 DM zur Finanzierung des Appartements. Das Darlehen war mit 6,8 % Zinsen pro Jahr zu verzinsen, auf vier Jahre und fünf Monate festgeschrieben und sollte bei einem Disagio von 10% in Höhe von 129.328,10 DM auf ein Girokonto bei der Kl. ausgezahlt werden. Als Zins und Tilgung hatte A auf dieses Konto monatlich 934,00 DM zu zahlen. An den Vertragstext schloss sich eine Information über das Recht zum Widerruf an. Darin hieß es, dass die einwöchige Widerrufsfrist mit Aushändigung der Durchschrift dieser Information über das Recht zum Widerruf beginne. Ferner hieß es, dass der Widerruf als nicht erfolgt gelte, wenn der Darlehensnehmer das Darlehen nicht binnen zwei Wochen entweder nach Erklärung des Widerrufs oder nach Auszahlung des Darlehens zurückzahle. A trat ferner 1993 seine künftigen Steuererstattungsansprüche an die Kl. ab. Wie das Objekt im Übrigen für den Anleger finanziert wurde, ist nicht vorgetragen. Mit der Klage machte die Kl. nach fristloser Kündigung zum 30.01.1998 die von ihr errechnete Gesamtforderung nebst Verzugszinsen geltend. Das LG Bremen hat der Klage stattgegeben, da kein Schadensersatzanspruch des A bestehe. Für die Anlagevermittlung hafte die Kl. nicht, da diese nicht im darlehensvertraglichen Pflichtenkreis tätig gewesen seien. Dass der Anlagevermittler W eventuell Darlehensvertragsformulare der Kl. überreicht habe, begründe noch keine Einstandspflicht der Kl. für seine Erklärung. Das Darlehen sei schließlich auch nicht nach dem Haustürgeschäftwiderrufgesetz (HWiG) widerruflich. Aber selbst bei einem Widerruf sei A zur Kapitalrückzahlung verpflichtet. Auf die Berufung hat der Senat Beweis darüber erhoben, ob der Darlehensver-

trag in einer Haustürsituation geschlossen worden ist, und die Klage sodann abgewiesen. Auf die - zugelassene - Revision hat der BGH mit Urteil vom 27.01.2004 (NJW 2004, 1376 = NZM 2004, 314) das Urteil des Senats aufgehoben und die Sache an den Senat zurückverwiesen, damit dieser die für eine Rückabwicklung nach § 3 HWiG erforderlichen Feststellungen treffe.

Im Rechtsstreit 2 U 23/92 geht es um ein im Sachverhalt paralleles Darlehen der Kl., an die beklagten Eheleute B zur Finanzierung des Appartements Nr. 91, für das der Gesamtkaufpreis nach dem Kaufvertrag vom 08.12.1992 ebenfalls 160.784,39 DM betrug. Die Kl. gewährte den Eheleuten B hier am 01.12.1992 ein Darlehen über 113.697,05 DM bei einem Disagio von 10%, das mit 6,25% pro Jahr zu verzinsen war und auf das monatlich 686,00 DM gezahlt werden sollten. Hierfür war die zweitrangige Sicherung der Kl. hinter der D-Bank vorgesehen, die ein erstrangig gesichertes Darlehen zum Gesamtbetrag von 69.400,00 DM für dasselbe Appartement gegeben hatte. Hier verlangte die Kl. nach Kündigung vom 30.01.1998 wegen eingetretener Rückstände Rückzahlung der Darlehensvaluta nebst Zinsen von den B als Gesamtschuldnern. Das LG Bremen hat der Klage stattgegeben. Im Berufungsverfahren hat der Senat Beweis erhoben; danach ist davon auszugehen, dass der Darlehensvertrag ebenfalls auf Grund Besuchs des Vermittlers W in der Wohnung der B zu Stande gekommen ist. Der Rechtsstreit wurde zwischenzeitlich mit Rücksicht auf das Revisionsverfahren in der Rechtssache 2 U 20/02 ausgesetzt und steht nunmehr zur Entscheidung an.

In der Rechtssache 2 U 53/02 nimmt die Kl. den Bekl. C. auf Rückzahlung eines ihm am 31.08.1992 gewährten Darlehens über 92.333,71 DM zu 6,8% Zinsen jährlich bei einem Disagio von 10% zur Finanzierung des Appartements Nr. 137 des Boarding-House sowie wegen Ausgleichs eines in diesem Zusammenhang geführten Kontokorrentkontos in Anspruch. Für diesen Grundpfandkredit erlangte die Kl. wiederum nur die Sicherung durch eine Grundschuld mit Rang nach der D-Bank als gleichzeitiger Kreditgeberin. Das LG hat hier Beweis erhoben über die Art des Vertragsabschlusses. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme ist davon auszugehen, dass der Vermittler W, der C kurz vorher privat bekannt geworden war, überraschend an der Tür des C geklingelt, beim ersten Besuch die Kl. als Darlehensgeberin für ein Steuersparmodell genannt und Gehaltsbescheinigungen mitgenommen sowie bei einem erneuten Besuch Prospekte mitgebracht hat. Auch auf den Hinweis, dass der Bekl. bei einem Nettoeinkommen von 3.500,00 DM schon für die Renovierung seiner eigenen Wohnung vorab 1.800,00 DM monatlich zu zahlen hatte, hat der Vermittler W nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme

dies wegen des Steuervorteils für unproblematisch erklärt und beim nächsten Besuch das Darlehensvertragsformular der Kl. zur Unterschrift vorgelegt. Das LG hat daraufhin die Klage abgewiesen. Da der Immobiliendarlehensvertrag in einer Haustürsituation geschlossen worden sei, habe er nach der Rechtsprechung des EuGH (Slg. 2001, I-9945 Heininger) und des BGH (BGHZ 150, 248) widerrufen werden können. Gegen dieses Urteil hat die Kl. Berufung eingelegt, über die der Senat zu entscheiden hat.

Der Senat hat ferner in einer Reihe weiterer Verfahren ebenfalls über Darlehensrückzahlungsansprüche der Kl. auf Grund der Finanzierung von Appartements des Boarding-House in St. zu entscheiden. Nicht in allen Verfahren ist der Nachweis geführt, dass der Darlehensvertrag in einer Haustürsituation geschlossen worden ist. Soweit dies jedoch der Fall ist, hat der Vermittler W die Darlehensnehmer unaufgefordert in ihrer Privatwohnung aufgesucht und zumindest überwiegend mit Rechenbeispielen über Steuervorteile auf Grund einer Beteiligung an dem Steuersparmodell der Bauträgerfirma zu einer Darlehensunterschrift bewogen, obwohl die Darlehensnehmer nur über durchschnittliche oder unterdurchschnittliche Einkommen verfügten und teilweise schon durch erhebliche anderweitige Verbindlichkeiten belastet waren. Dass die Bauträgerfirma und die Kl. trotz der bei realistischer Betrachtung geringen Chancen einer reibungslosen Vertragsdurchführung mit Vertragspartnern aus diesem Anlegerkreis und die Kl. darüber hinaus mit einer sehr risikoreichen Sicherung durch zweitrangige Grundpfandrechte zufrieden waren, kann sich der Senat nur aus dem Zugzwang erklären, der sich bei der Vermarktung eines schwer absetzbaren, aber bereits weitgehend realisierten Bauprojekts ergeben kann. Die Beibringung der für den Kredit notwendigen Daten und der Darlehensunterschriften geschah nach dem ausdifferenzierten „Fahrplan“, der eine enge Koordination des Objektvertriebs mit der Darlehenseinwerbung vorsah und nach dem auch die sonstigen Vermittler unmittelbar mit Aufgaben zur Vorbereitung und Realisierung des Darlehensvertrags befasst waren. Die Vertragserklärungen der Bekl. sind dementsprechend jeweils in der Haustürsituation abgegeben worden.

Der Senat hat dem EuGH die in den Leitsätzen wiedergegebenen Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt.

Aus den Gründen:

A. Das nationale Recht

I. Die Rechtslage nach der Entscheidung des EuGH im Fall Heininger

Das LG Bochum hat bereits in seinem Vorlagebe-

schluss vom 29.07.2003 (NJW 2003, 2612) das nationale Recht dargestellt. Nach dem Urteil des EuGH vom 13.12.2001 (Slg. 2001, I-9945 = NJW 2002, 281 = NZM 2002, 189 L - Heininger) besteht in der nationalen Rechtsprechung Konsens darüber, dass auch für die Immobiliendarlehensverträge, die in einer Haustürsituation geschlossen worden sind, das Widerrufsrecht nach § 1 I HWiG gilt (BGHZ 150, 248 = NJW 2002, 1881 = NZM 2002, 539 u. die st. Rspr.), der auf der Basis der Richtlinie 85/577/EWG vom 20.12.1985 erlassen worden ist und für die streitgegenständlichen Darlehensverträge (i.d.F. bis zum 30.09.2000) Geltung hat. Dieses Widerrufsrecht ist zeitlich unbefristet, soweit die gem. § 2 HWiG vorgeschriebene Belehrung unterblieben ist (BGHZ, NJW 2003, 424 [426] = NZM 2003, 173). Da bis zur Entscheidung des EuGH die deutsche Rechtspraxis auf Grund des § 5 II HWiG davon ausging, dass bei Immobiliendarlehensverträgen die Vorschriften des Verbraucherkreditgesetzes (VerbrKrG) diejenigen des Gesetzes über den Widerruf von Haustürgeschäften verdrängten, war bei den Vertragsabschlüssen keine Belehrung nach § 2 HWiG erfolgt, so dass diese Immobiliendarlehensverträge auch noch nach Jahren widerrufen werden konnten und in den Vorlageverfahren auch rechtzeitig widerrufen worden sind. Die Vorlagefragen beziehen sich nun sowohl auf eine Voraussetzung wie auf die Rechtsfolgen des Widerrufs nach dem Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften.

II. Die Voraussetzungen des Widerrufsrechts nach § 1 HWiG

Hinsichtlich der Voraussetzungen des Widerrufsrechts besteht zum nationalen Recht eine Kontroverse, die auch europarechtliche Vorgaben berührt. Der BGH vertritt in ständiger Rechtsprechung die Auffassung, dass es für das Widerrufsrecht nicht allein auf das Vorliegen einer Haustürsituation, sondern auf deren Zurechenbarkeit ankommt (BGH, NJW 2003, 424 [425] = NZM 2003, 173; ebenso die h. M., s. nur Ulmer, in: MünchKomm, 3. Aufl., § 1 HWiG Rz. 14 f. m. w. N.). Diese Rechtsprechung knüpft an die Amtliche Begründung der Bundesregierung zum Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften an (BT-Dr 10/2876, S. 11), wo zur Auslegung des § 1 HWiG ausdrücklich auf die Rechtsgrundsätze zur arglistigen Täuschung nach § 123 BGB verwiesen wurde. Derjenige, der in einer Haustürsituation überrumpelt und zur Abgabe einer Willenserklärung veranlasst worden ist, soll danach nicht besser gestellt werden, als ein arglistig Getäuschter. Nach § 123 II BGB ist das täuschende Handeln eines Dritten einem Vertragspartner nur zurechenbar, wenn dieser das Handeln des Dritten kannte oder kennen musste. Hat ein Kreditgeber nur davon Kenntnis, dass eine Immobilie über Vermittler verkauft wird, lässt dies nach der Rechtsprechung des BGH (NJW 2003, 424) nicht den Schluss zu, dass die Darlehens-

vertragserklärung des Kunden in einer Haustürsituation erfolgt sein könnte.

Demgegenüber geht die Mindermeinung (KG, NJW 1996, 1480; Derleder/Knops/Bamberger, Hdb. d. deutschen und europ. BankvertragsR, § 9 Rz. 51) davon aus, dass Haustür- und Täuschungssituation nicht vergleichbar sind. Wer einen gewerblichen Vertragspartner in dessen Büro aufsuche und dort kontrahiere, könne regelmäßig eine Täuschung eher vermeiden als ein in seiner Wohnung Überrumpelter die Abgabe einer Vertragserklärung. Die (latente) Aggressivität der Einwerbung könne in der Haustürsituation größer sein als bei Täuschungen im gewöhnlichen Geschäftsverkehr. Der Darlehensgeber habe auch die Organisationshoheit über die Vermittlung seiner Formularverträge und müsse sich auch das Verhalten von Vermittlern zurechnen lassen. Die Richtlinie 85/577/EWG biete auch keinen Ansatzpunkt für eine derartige Beschränkung des Widerrufsrechts, da dieses dort lediglich an die Haustürsituation anknüpfe.

Der Senat hat im Verfahren 2 U 20/02 der Kl. das Handeln des maßgeblichen Kreditvermittlers bei der Vorbereitung und dem Abschluss des Darlehensvertrages in der Haustürsituation zugerechnet und ausgeführt, dieser könne nicht als Dritter i. S. d. § 123 II BGB qualifiziert werden. Dem ist der BGH in seinem das Urteil des Senats aufhebenden Revisionsurteil in dieser Sache nicht ausdrücklich entgegengetreten, sondern hat einen wirksamen Widerruf zu Grunde gelegt. Andererseits führt der BGH seine Rechtsprechung fort, dass die Haustürsituation dem Kreditgeber nur unter den Voraussetzungen des § 123 II BGB, also nur bei fahrlässiger Unkenntnis oder Kenntnis des Handelns des Dritten, zuzurechnen sei. Er rechnet demgemäß regelmäßig bei der Beurteilung einer Immobilienfinanzierung im Rahmen von Steuersparmodellen dem Kreditgeber das Handeln von Vermittlern beim Vertrieb der finanzierten Objekte nicht zu (vgl. zuletzt BGH-Beschlüsse vom 20.04.2004 - XI ZR 389/02, 390/02, 391/02 und 392/02 [unveröff.], jew. auf S. 2). Die erste Vorlagefrage greift dementsprechend die Voraussetzungen auf, unter denen die Haustürsituation dem Kreditgeber zuzurechnen ist. Der Senat wäre bei Zugrundelegung der Kriterien des BGH (NJW 2003, 424 [425] = NZM 2003, 173) gehindert, den Bekl. ein Widerrufsrecht nach § 1 HWiG einzuräumen, da der über mehrere selbstständige Vertriebsfirmen eingeschaltete Vermittler W der Kl. unstreitig nicht bekannt war. In jedem Fall müsste der Senat bei einer Abweichung von der Linie des BGH weiterhin mit einer Korrektur rechnen, selbst wenn sich die Kl. in Zukunft nicht mehr auf den rechtlichen Gesichtspunkt der fehlenden Zurechenbarkeit des Vermittlerverhaltens berufen will. Der Vorlage der Rechtsfrage zur Zurechnung der Haustürsituation steht in den Verfahren 2 U 23/02 und 2 U 53/02 auch die Bindung des Senats nach § 563 II ZPO nicht entgegen.

III. Die Rechtsfolgen des Widerrufs

1. Die Rückzahlungspflicht

Für die Rechtsfolgenseite stellt Art. 7 der Richtlinie 85/577/EWG klar, dass sich die Rechtsfolgen des Widerrufs nach einzelstaatlichem Recht richten, insbesondere bezüglich der Rückerstattung von Zahlungen und der Rückgabe von Waren. Dementsprechend hat der nationale Gesetzgeber in § 3 II HWiG der hier maßgeblichen Fassung die Rückgewährverpflichtungen in der Weise geregelt, dass die empfangenen Leistungen zurückzugewähren sind. Der BGH geht insoweit davon aus, dass der Darlehensnehmer die Darlehensvaluta auch dann zurückzahlen muss, wenn diese an einen Dritten, etwa an einen Bauträger, geflossen ist (BGHZ, 152, 331 = NJW 2003, 422 [423] = NZM 2003, 171, und die st. Rspr.). Dies hat das LG Bochum in seinem Vorlagebeschluss (NJW 2003, 2612) unter dem Aspekt der Effektivität des Verbraucherschutzes („*effet utile*“) problematisiert und insbesondere zu erwägen gegeben, ob nicht eine rechtliche Einheit zwischen Kauf- und Darlehensvertrag im Sinne eines verbundenen Geschäfts bestehe, weil derartige Kapitalanlagemodelle eine enge Abstimmung der Ausgestaltung von Immobilienfonds und Darlehensverträgen voraussetzen. Da die Auszahlung der Valuta an den Veräußerer nicht auf einer eigenverantwortlichen Entscheidung des Darlehensnehmers beruhe, will es einen Rückzahlungsanspruch gegen den Darlehensempfänger verneinen. Demgegenüber ist in der Literatur die Meinung vertreten worden, die Richtlinie 85/577/EWG enthalte keine Regelungen zum verbundenen Geschäft und zu einem etwaigen Einwendungsdurchgriff vom (möglicherweise unwirksamen) Erwerbsgeschäft auf das Darlehensgeschäft (s. insb. Häublein, ZBB 2004, 1 [7]; Hoffmann, ZIP 2004, 49 [53 f.]). Art. 5 II der Richtlinie, nach dem der Verbraucher das Recht hat, sich aus allen aus dem widerrufenen Vertrag erwachsenen Verpflichtungen zu lösen, gebe kein Recht, sich aus dem Immobilienkauf zu lösen und die Rückführung der Valuta deswegen zu beschränken (Hoffmann, ZIP 2004, 49 [54], der jedoch nach nationalem Recht die Regeln über verbundene Geschäfte anwenden will). Andererseits besteht in der Diskussion zum Vorlagebeschluss des LG Bochum weithin Konsens darüber, dass Art. 7 der Richtlinie dem nationalen Gesetzgeber kein unbeschränktes Gestaltungsermessen geben kann, da sonst das Widerrufsrecht über sehr nachteilige Rechtsfolgen ausgehebelt werden könnte (s. nur Hoffmann, ZIP 2004, 49 [55]; Häublein, ZBB 2004, 1 [6]; Staudinger, Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht [GPR] 2003/2004, 21 [23]). Da die Mitgliedstaaten verpflichtet sind, für Verstöße gegen Richtlinienrecht wirksame und verhältnismäßige Sanktionen vorzusehen (EuGH, Slg. 1997, 1111 = EuZW 1997, 344 Rz. 35 - *Ebony Maritime*, u. die st. Rspr.), wird demgemäß auch vorgeschlagen, eine Aus-

zahlung der Darlehensvaluta durch Überweisung an einen Dritten, etwa den Bauträger, zu verneinen, wenn diese Überweisung auf dem widerrufenen Darlehensvertrag beruht (Häublein, ZBB 2004, 1 [7]).

Der Senat vertritt demgegenüber die Auffassung, dass unabhängig von der möglichen wirtschaftlichen Einheit von Erwerbs- und Finanzierungsgeschäft und der Erstreckung von Einwendungen aus dem Erwerbsgeschäft auf das Finanzierungsdarlehen nach europäischem Recht die Frage zu beantworten ist, ob der Darlehensnehmer nach dem Widerruf eines in einer Haustürsituation zu Stande gekommenen Immobiliendarlehens die Valuta auch dann zurückzahlen hat, wenn er über sie wegen der in der Haustürsituation getroffenen Disposition praktisch nicht frei verfügen konnte. So ist die Sachlage in den Vorlageverfahren, wo der Kreditvermittler W die Bekl. in ihren Privatwohnungen überraschen aufgesucht, ihnen die Beteiligung an dem Steuersparmodell angeboten, den Darlehensvertrag zur Unterschrift vorgelegt und die unterschriebenen Formularverträge der Kl. zumindest indirekt hat zukommen lassen. Im Darlehensvertragsformular war stets die Auszahlung des Nettokredits auf ein Konto bei der Kl. selbst vorgesehen, über das jeweils die Finanzierung der Appartements des Boarding-House gesichert war. Da die Kl. zudem sogar die Mittelverwendungskontrolle übernommen hatte, war gewährleistet, dass die Verwendung der Valuta lückenlos ihrer Bestimmung und Kontrolle unterlag, wie sich auch daran gezeigt hat, dass die Valuten der Anleger ohne Grundlage in den Darlehensverträgen zum Teil auch an eine Schwesterfirma der Pächterin ausgezahlt wurden. Die Bekl. konnten also in der Haustürsituation allenfalls eine Unterschrift ablehnen, aber bei der Leistung der Unterschrift zu keinem Zeitpunkt noch eine Verfügung über die Darlehensvaluta treffen. Der definitive Abfluss der Valuta an einen Dritten, sei es an die Bauträgerfirma oder ein anderes Unternehmen, war also automatisch mit dem Abschluss des Haustürgeschäfts verbunden. Wäre der Darlehensnehmer bei dieser Sachlage zur Rückzahlung des Darlehens verpflichtet, dann wäre damit das Widerrufsrecht des Verbrauchers prinzipiell unterlaufen. Dabei kommt es nicht darauf an, ob der Brutto- oder der Nettokredit in einer einmaligen Rückzahlung oder in Raten, verzinslich oder unverzinslich zurückzahlen ist (dazu III 2 und 3). In jedem Fall wäre der durch die Richtlinie 85/577/EWG vorgesehene Schutz vor Überrumpelung insofern ausgeschaltet, als der Darlehensnehmer gerade die Folge der Überrumpelung, den Abfluss der Darlehensvaluta an einen Dritten ohne eigenes freies Dispositionsrecht, weiterhin so zu tragen hätte, wie wenn dies nicht in einer Überrumpelungssituation geschehen wäre.

Der BGH vertritt zum nationalen Recht die Auffas-

sung, dass der Darlehensnehmer die Valuta gem. §§ 362 II, 185 BGB empfangen und demgemäß bei Widerruf zurückzugewähren hat, wenn diese auf seine Weisung auf das Konto eines Dritten geflossen ist (BGHZ 152, 331 = NJW 2003, 422 [423] = NZM 2003, 171, u. die st. Rspr.). Das soll nur dann nicht gelten, wenn der Dritte "verlängerter Arm" des Darlehensgebers ist (BGHZ 93, 264 = NJW 1985, 1020), was jedoch für den Fall des Empfangs durch eine Bauträgerfirma zu verneinen ist. Der BGH stützt sich für seine Auffassung auf die allgemeine bereicherungsrechtliche Doktrin, dass bei Unwirksamkeit von Verträgen die Rückgewähr grundsätzlich im Verhältnis von anweisendem und angewiesenem Vertragspartner erfolgen soll (s. dazu nur Larenz/Canaris, SchuldR II/2, 13. Aufl., § 70 IV 3). Der BGH steht auf dem Standpunkt, dass die Entscheidung über die Rückgewähr der Darlehensvaluta nach Art. 7 der Richtlinie 85/577/EWG Sache des nationalen Rechts ist.

Demgegenüber vertritt der Senat die Auffassung, dass Art. 7. der Richtlinie dem einzelstaatlichen Recht nur die Regelung der einzelnen Rechtsfolgen des Widerrufs und damit des Wie der Rückabwicklung überlässt, während das Ob der Rückabwicklung insbesondere auch durch Art. 5 II der Richtlinie geregelt ist, der mit dem Widerruf die Verpflichtungen aus dem Haustürgeschäft entfallen lässt. Zudem hat der nationale Gesetzgeber auch hinsichtlich der einzelnen Rechtsfolgen des Widerrufs darauf zu achten, dass mit ihnen nicht der durch das Widerrufsrecht gewährte Schutz des Verbrauchers vor der Überrumpelung in der Haustürsituation unterlaufen wird. Daher neigt der Senat zu der Auffassung, dass bei Wahrung des *effet utile* der Richtlinie 85/577/EWG und insbesondere ihres Art. 5 II der Darlehensnehmer die Darlehensvaluta nicht zurückzuzahlen hat, wenn er in der Haustürsituation nicht nur zum Abschluss des Darlehensvertrags, sondern zugleich in irreversibler Weise bewegt worden ist, die Darlehensvaluta ohne weiteres Dispositionsrecht an einen Dritten fließen zu lassen. Aus der Anweisung des Überrumpelten kann sich danach keine Rückzahlungspflicht ergeben. Daraus ergibt sich die zweite Vorlagefrage, die der Senat in den Verfahren 2 U 23/02 und 2 U 53/02, in denen keine Bindung nach § 563 II ZPO besteht, dem EuGH stellen kann.

2. Die Pflicht zur sofortigen Rückzahlung

Die dritte und die vierte Vorlagefrage des Senats entsprechen der Vorlagefrage 4 im Beschluss des LG Bochum vom 29.07.2003 (NJW 2003, 2613). Der Senat stellt sie hier erneut, um klarzustellen, dass eine Antwort hierauf nur notwendig ist, falls der EuGH die Rückzahlungspflicht nach der vom Senat gestellten zweiten Vorlagefrage bejahen sollte, und dass die Frage der Rückzahlung in Raten von der nach der Verzinsung getrennt werden kann. Der BGH legt § 3 I 1

HWiG dahin aus, dass der Darlehensnehmer die Darlehensvaluta nach dem Widerruf des Darlehens nicht in den vertraglich vorgesehenen Raten, sondern in einer Summe sofort zurückzuzahlen hat (BGHZ 152, 331 = NJW 2003, 422 [423] = NZM 2003, 171). Der BGH hat dabei eingeräumt, dass der Darlehensnehmer mit der Pflicht zur sofortigen Rückzahlung erheblich schlechter gestellt ist als ohne Widerruf und dass der Widerruf deswegen für viele Darlehensnehmer wirtschaftlich wenig oder nicht interessant sei. Er führt dies jedoch auf eine bewusste Entscheidung des Gesetzgebers zurück, für die sich anführen lasse, dass der Widerrufende auch nicht besser stehen könne, als ein arglistig Getäuschter. Er hat hinzugefügt, eine etwaige abweichende Auffassung des EuGH könne er wegen der eindeutigen Regelung des § 3 I HWiG auch in keinem Fall in deutsches Recht umsetzen (BGH, NJW 2004, 153 [154] = NZM 2003, 991). Die Möglichkeit einer etwa notwendigen europarechtskonformen Interpretation hat er insoweit nicht erwogen, obwohl er eine solche im Fall Heiningen begründet hat. In der Literatur ist demgegenüber zum Teil darauf verwiesen worden, dass eine Pflicht zur sofortigen Rückzahlung den Verbraucher von der Geltendmachung seines Widerrufsrechts abschrecken müsste und dass ein derart ruinöser Widerruf den europarechtlichen Vorgaben nicht gerecht werde (s. insb. Hoffmann, ZIP 2004, 46 [56]). Im übrigen werden zum nationalen Recht verschiedene Wege aufgewiesen, eine Pflicht zur sofortigen Rückzahlung zu vermeiden, sei es über die Heranziehung des § 271 BGB (Hoffmann, ZIP 2004, 49 [56]), sei es über eine entsprechende Anwendung des § 817 S. 2 BGB.

Der Senat ist der Auffassung, dass sich der nationale Gesetzgeber nicht bewusst für eine sofortige Darlehensrückzahlung entschieden hat. Das ergibt sich schon daraus, dass bei Erlass des Gesetzes über den Widerruf von Haustürgeschäften vom 16.01.1986 (BGBl I, 122) die Vergabe von Immobiliarkrediten in Haustürsituationen in der Praxis nicht anzutreffen war, schon gar nicht mit Kreditvolumina bis zu 100.000,00 DM und mehr. Bis zum In-Kraft-Treten des Gesetzes über den Widerruf von Haustürgeschäften war die Vergabe von Krediten im Reisegewerbe gem. § 56 I Nr. 6 GewO verboten. Daraus hatte die zivilgerichtliche Rechtsprechung die Nichtigkeit derartiger Verträge gem. § 134 BGB geschlossen (BGHZ 71, 358 = NJW 1978, 1970; BGHZ 93, 264 = NJW 1985, 1020). Nach In-Kraft-Treten des Gesetzes über den Widerruf von Haustürgeschäften hat der BGH für einen Vertrag aus dem Jahre 1988 seine Rechtsprechung im Jahre 1996 geändert und die Auffassung vertreten, dass es nach der Einräumung eines Widerrufsrechts des Verbrauchers in § 1 HWiG der Heranziehung des § 56 I Nr. 6 GewO nicht mehr bedürfe, die neue Haustürregelung vielmehr angemessen sei (BGHZ 131, 385 [388

f.] = NJW 1996, 926). Der Gesetzgeber hatte allerdings bereits § 56 I Nr. 6 GewO mit In-Kraft-Treten des Verbraucherkreditgesetzes vom 1. 1. 1991 aufgehoben (Art. 8 VerbrKrG). Auch zu diesem Zeitpunkt war eine Immobiliarkreditvergabepraxis in Haustürsituationen nicht bekannt. Im Übrigen war es stets Sache der Zivilgerichte, die zivilrechtlichen Rechtsfolgen der gewerberechtlichen Norm zu bestimmen. Aus dieser Rechtsentwicklung kann zwar entnommen werden, dass der Gesetzgeber sich bewusst für die Regelung durch Haustürgeschäftwiderrufsgesetz und Verbraucherkreditgesetz an Stelle einer gewerberechtlichen Bestimmung und damit auch gegen eine Nichtigkeit von Verträgen entschieden hat, die im Reisegewerbe geschlossen worden sind, nicht aber für eine bestimmte Form der Rückabwicklung. Daher ist eine Entscheidung des Gesetzgebers für eine sofortige Rückzahlung zu verneinen.

Der Senat ist ferner der Auffassung, dass der Widerruf wegen Vertragsschlusses in einer Haustürsituation dem Darlehensnehmer nicht an Stelle einer Ratenzahlungspflicht eine Pflicht zur sofortigen Rückzahlung auferlegen kann. Dann müsste er hohe Darlehensbeträge, der Bekl. A etwa einen Betrag von weit über 50.000,00 Euro, zurückzahlen, über den er nicht frei verfügen konnte und der nach Darlehensvertragsabschluss irreversibel an die Bauträgerfirma geflossen ist. Damit wäre bei seinen Einkommensverhältnissen die Zahlungsunfähigkeit ebenso vorprogrammiert wie bei den sonstigen Anlegern mit unterdurchschnittlichem Einkommen und geringen Steuervorteilen. Dem Darlehensnehmer, der dies vermeiden wollte, wäre somit von der Ausübung des Widerrufsrechts abzuraten. Da die Mitgliedstaaten verpflichtet sind, für Verstöße gegen Richtlinienrecht wirksame und verhältnismäßige Sanktionen vorzusehen und Verbraucher nicht durch die Ausgestaltung ihres nationalen Rechts von der Ausübung ihrer Rechte abzuschrecken (EuGH, Slg. 2002, I-10 875 = NJW 2003, 275 = EuZW 2003, 27 Rz. 32 ff. Cofidis), ist somit nach Auffassung des Senats die Pflicht zur sofortigen Rückzahlung nach den europarechtlichen Vorgaben ausgeschlossen. Die nationalen Zivilgerichte werden dann gegebenenfalls wiederum eine europarechtskonforme Auslegung der nationalen Vorschriften wie im Fall Heininger vornehmen müssen, die durch Wortlaut und Geschichte des § 3 I HWiG auch nicht verbaut ist. Damit kann auch vermieden werden, dass die Zuerkennung eines Widerrufsrechts für in der Haustürsituation abgeschlossene Immobiliardarlehensverträge durch den EuGH im Fall Heininger wegen der abschreckenden Wirkung einer Pflicht zur sofortigen Rückzahlung folgenlos bliebe.

Im Übrigen hält der Senat die Situation eines in der Haustürsituation Überrumpelten auch insoweit nicht mit der eines im gewöhnlichen Geschäftsverkehr Ge-

täuschten für vergleichbar. An der Vorlage der Rechtsfrage zur sofortigen Rückzahlbarkeit ist der Senat auch im Verfahren 2 U 20/02 nicht gehindert, da der BGH in seinem Revisionsurteil keine Vorgaben zu den Modalitäten der Rückzahlung gemacht hat.

3. Die Pflicht zur marktüblichen Verzinsung

Der BGH gewährt dem Darlehensgeber nach Widerruf eines Darlehens gem. § 1 HWiG einen Anspruch auf die marktübliche Verzinsung des ausgezahlten Nettokreditbetrags (BGHZ 152, 331 = NJW 2003, 422 = NZM 2003, 171), auch wenn die Darlehensvaluta dem Darlehensnehmer nicht unmittelbar zugeflossen ist. Auch insoweit räumt er ein, dass ein Widerruf den Darlehensnehmer belaste, beruft sich aber hierfür ebenfalls auf eine bewusste Entscheidung des nationalen Gesetzgebers. In der Literatur (s. insb. Hofmann, ZIP 2004, 49 [55]) ist diese Verzinsungspflicht vor allem unter Berufung auf die Entscheidung des EuGH im Fall „Travel Vac“ (EuGH, Slg. 1999, I-2195 = NZM 1999, 580 = EuZW 1999, 377 Rz. 53 ff) in Frage gestellt worden. Dort hat der EuGH eine Vertragsklausel, die pauschalen Schadensersatz im Falle eines Rücktritts vom Haustürgeschäft vorsah, beanstandet und dies damit begründet, dass eine Bestrafung des Verbrauchers für den Widerruf untersagt sei. Daraus wird der Schluss gezogen, dass eine Nutzungsentschädigung für die Darlehensüberlassung in Fällen unterbliebener Belehrung Art. 5 II der Richtlinie 85/577/EWG widerspricht. Der Senat schließt sich dieser Auffassung an, da die marktübliche Verzinsung regelmäßig dem Darlehensgeber trotz des Widerrufs vertragliche Zinsen über viele Jahre sichern und den Widerruf damit insoweit folgenlos machen würde. Es kann sogar sein, dass die marktübliche Verzinsung höher läge als die vertraglich vereinbarte. Die Pflicht zur marktüblichen Verzinsung ist allerdings bei höheren Verzugszinsen nach § 288 I BGB nur dann von praktischer Bedeutung, wenn der Darlehensnehmer nicht zur sofortigen Rückzahlung verpflichtet ist und deswegen nicht mit dem Gesamtbetrag in Verzug geraten kann. Sie stellt aber im Falle der Ratenzahlungspflicht eine Zusatzverpflichtung dar, die dem Darlehensnehmer bei Ausübung seines Widerrufsrechts ebenfalls die vertraglichen oder sogar höhere Zinsen auferlegt. Insoweit ist auch zu beachten, dass der Darlehensnehmer nach Ablauf der bei Immobiliarkrediten üblichen Zinsbindungszeiten unter Umständen einen für sich günstigeren Zins aushandeln kann, während ihm dies bei Auferlegung der marktüblichen Zinsen bis zur Tilgung verwehrt ist.

Im Übrigen deutet der Wortlaut des § 3 HWiG keineswegs auf eine marktübliche Verzinsung während der Darlehenslaufzeit hin. § 3 III HWiG betrifft nur die Nutzungsvergütung bis zum Zeitpunkt der Ausübung des Widerrufsrechts, während im Übrigen die Nut-

zungsvergütung nicht ausdrücklich angesprochen ist. Die nationale Zivilrechtsprechung ist daher nicht gehindert, den europarechtlichen Vorgaben durch Vermeidung einer das Widerrufsrecht unterlaufenden Pflicht des Darlehensnehmers zu marktüblicher Verzinsung zu entsprechen. Der Senat ist an der diesbezüglichen Vorlagefrage wiederum auch im Verfahren 2 U 20/02 nicht durch Bindung nach § 563 II ZPO gehindert, da das Revisionsurteil keine Vorgabe zur Verzinsungspflicht macht.

B. Die Erläuterung der Vorlagefragen

I. Vorlagefrage 1

Sollte der EuGH die Vorlagefrage 1 dahin beantworten, dass für das Widerrufsrecht bei einem in der Haustürsituation abgeschlossenen Immobiliendarlehensvertrag das bloße Vorliegen der Haustürsituation genügt, dann wird die nationale Zivilrechtsprechung nicht mehr die Zurechnungskriterien des § 123 II BGB zu Grunde legen und auf die Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis des Kreditinstituts hinsichtlich der Haustürsituation abstellen können. Diese Zurechnungskriterien haben ohnehin weder im Wortlaut der Richtlinie noch des § 1 HWiG einen Niederschlag gefunden. Damit wird den betroffenen Kreditgebern auch nichts Unzumutbares abverlangt. Beim Abschluss eines Darlehensvertrags werden regelmäßig die Darlehensvertragsformulare der Kreditinstitute verwendet. Soweit diese Kreditvermittlern überlassen werden, lässt sich ohne weiteres der Vertragskontakt unter Ausklammerung unaufgeforderter Hausbesuche organisieren. Soweit Kreditinstitute Unkenntnis der Vermittlung in Haustürsituation geltend gemacht haben, kann ihnen kein berechtigter Vertrauensschutz zugebilligt werden.

II. Vorlagefrage 2

Sollte der EuGH die Zahlungspflicht eines Kreditnehmers verneinen, der in der Haustürsituation den Abfluss der Valuta ohne eigenes freies Dispositionsrecht veranlasst hat, so wird dies außer der Kl. der Vorlageverfahren nur diejenigen Kreditinstitute betreffen, die seit Beginn der neunziger Jahre dazu übergegangen sind, sich der Kreditvermittlung in Haustürsituationen auch für Immobiliarkredite mit hohen Beträgen zu bedienen. Das betrifft nach der Kenntnis des Senats nur einen relativ kleinen Teil der Kreditinstitute. Darüber hinaus hat der BGH in den Konstellationen, wo die Anleger einem Geschäftsbesorger die schriftliche oder notarielle Vollmacht zum Abschluss eines Darlehensvertrags erteilt haben, darauf abgestellt, ob der Geschäftsbesorger den Darlehensvertrag in einer Haustürsituation geschlossen hat (BGHZ 144, 223 = NJW 2000, 2268 [2270] = NZM 2000, 773, u. die st. Rspr.). Da die Geschäftsbesorger die Darlehensverträge aber im gewöhnlichen Geschäftsverkehr zu schließen pflegen, steht dem Darlehensnehmer dann kein Widerrufs-

recht zu. Es geht somit allein um die Fallkonstellation, wo Kreditvermittler in einer Haustürsituation den Darlehensvertrag vorbereitet und die Vertragserklärung des Darlehensnehmers eingeholt haben. Diese Verträge sind in der Zwischenzeit zu einem erheblichen Teil erfüllt und teilweise auch genehmigt worden. Soweit dies nicht geschehen ist, wird dies zwar meist Immobilien betreffen, die wie das Boarding-House schwer zu vermarkten waren oder sind. Bei der Anwendung der Richtlinie 85/577/EWG und des Gesetzes über den Widerruf von Haustürgeschäften kommt es jedoch nicht auf die Verwertbarkeit des finanzierten Objekts, sondern auf die Beseitigung der Überrumpelungswirkung gegenüber den Darlehensnehmern an, die ohne die Haustürsituation keinen Kontakt zu einem Kreditinstitut aufgenommen hätten. Falls der EuGH eine Zahlungspflicht des Darlehensnehmers unter den genannten Voraussetzungen verneinen sollte, wären die betroffenen Kreditinstitute auf die Haftung der Bauträgerseite angewiesen, die sie sich regelmäßig von vornherein vertraglich gesichert haben. Insoweit wird es dann Aufgabe der nationalen Gerichte sein zu prüfen, ob eine zusätzliche gesetzliche Haftung der Veräußererseite besteht, wie sie etwa über die (auch vom LG Bremen im Verfahren 2 U 53/02) vorgenommene analoge Anwendung des § 9 II 4 VerbrKrG zu verwirklichen wäre.

Die Rückabwicklung wird sich zudem auf verschiedene Fallkonstellationen beziehen müssen und auch davon abhängen, ob sich ein etwaiger Vollmachtmangel hinsichtlich des Erwerbsgeschäfts des Darlehensnehmers nach § 134 BGB i. V. m. Art. 1 RBERG auswirkt. Ferner wird zu klären sein, auf welche Weise der Darlehensnehmer eine erworbene Immobilie zurückzugewähren hat, sei es an den Darlehensgeber oder an den Veräußerer. Für diese Rechtsfragen ist nach Art. 7 der Richtlinie das Recht des Mitgliedstaats maßgeblich.

III. Die weiteren Vorlagefragen und ihr Verhältnis

Hinsichtlich der Vorlagefragen 3 und 4 wird auf die Erläuterung des LG Bochum zu seiner vierten Vorlagefrage Bezug genommen. Falls der EuGH auf die Vorlagefrage 2 des Senats die Rückzahlungspflicht bejahen will, kommt es für die Entscheidung des Senats zunächst auf die Pflicht zur sofortigen Zahlung nach Vorlagefrage 3 an. Wenn auch diese Frage bejaht werden sollte, ist die Vorlagefrage 4 zur marktüblichen Verzinsung der Valuta wegen der höheren Verzugszinsen nach § 288 I BGB für die drei Vorlageverfahren ohne Bedeutung, während sie im Fall einer Ratenzahlungspflicht entscheidungserheblich ist.

Der Senat hat sich trotz der nicht unbedeutlichen Dauer der Vorlageverfahren, die sich auch wegen des Revisionsverfahrens ergeben hat, zur Vorlage der Rechtsfragen gem. Art. 234 II EG entschlossen, um eine abschließende Klärung der europarechtlichen

Vorfragen zur rechtlichen Beurteilung der in der Haus-türsituation abgeschlossenen Immobiliendarlehensver-träge zu ermöglichen (zur Auseinandersetzung mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung in der Literatur und bei den Oberlandesgerichten s. insb. Fischer, VÜR 2004, 8). Er hält dies nach seinem pflichtgemäßen Er-messen vor allem deswegen für angezeigt, weil der für Bankrechtsfragen zuständige XI. Zivilsenat des BGH

seinerseits eine Vorlage abgelehnt hat, sogar für den Fall einer Abweichung des deutschen Rechts vom euro-päischen Recht (BGH, NJW 2004, 153 [154] = NZM 2003, 991). Unter diesen Voraussetzungen erscheint eine inhaltliche Abstimmung der Richtlinie 85/577/EWG mit dem nationalen Recht zur Vermeidung von Dauerkonflikten als unabweisbar.

Standort: Familienrecht

Problem: Arbeitnehmerabfindung und § 1378 BGB

BGH, URTEIL VOM 21.04.2004
XII ZR 185 / 01 (NJW 2004, 2675)

Problemdarstellung:

Im vorliegenden Fall war der Antragsteller (Ast.), der durch seinen der Antragsgegnerin (Ag.) am 09.01.1999 zugestellten Scheidungsantrag das Ehe-scheidungsverfahren (vgl. §§ 1564 ff BGB, §§ 622 ff ZPO) eingeleitet hatte, bereits während der Trennungs-zeit der Eheleute aufgrund einer Vereinbarung mit sei-nem Arbeitgeber zum 30.11.1998 in Vorruhestand ge-gangen und hatte hierfür eine Abfindung i. H. v. ins-gesamt 260.000,00 DM brutto erhalten. Nach Eintritt des Vorruhestandes bezog der Ast. nur noch ein Ar-beitslosengeld. Gleichwohl leistete er jedenfalls bis Juni 2001 Trennungsunterhalt (vgl. § 1361 BGB) i. H. v. monatlich 1.670,00 DM an die Ag., den er zu einem Großteil aus dem Abfindungsbetrag bestritten haben muss.

Die Ag. führte sodann ihren Zugewinnausgleichsan-spruch gem. § 1378 BGB als sog. Folgesache in das Scheidungsverfahren ein (vgl. §§ 621 I Nr. 8, 623 I 1 ZPO) und begehrte eine Berechnung ihres Anspruches, bei welcher der gesamte Abfindungsbetrag als Endver-mögen des Ast. i. S. d. §§ 1375, 1376 II BGB be-rücksichtigt werden sollte.

Der BGH entschied in der Revisionsinstanz, dass es zu einem doppelten Ausgleich der Abfindung nicht kom-men dürfe, soweit diese Zahlung aufgrund einer Eini-gung der Parteien bereits in die Berechnung des Tren-nungsunterhaltes einbezogen worden sei. Insoweit soll die Abfindung dem güterrechtlichen Ausgleich nach § 1378 BGB dann entzogen sein.

Prüfungsrelevanz:

Die vorliegende Entscheidung besitzt keinesfalls nur Relevanz für Examenskandidaten, die sich im Rahmen ihres Wahlfaches mit dem Familienrecht auseinander-zusetzen haben. Die Kenntnis jedenfalls der drei grundlegend unterschiedlichen Arten der ehelichen Unterhaltsverpflichtungen (§§ 1360, 1360 a BGB: ehelicher Unterhalt; § 1361 BGB: Trennungsunterhalt; §§ 1569 ff BGB: naheehelicher Unterhalt) sowie die Grundzüge des Zugewinnausgleichsanspruches gem. §

1378 BGB und seiner Berechnung sind durchaus zum Pflichtstoff zu zählen. Diese skizzierten Mindestkennt-nisse reichen zum Verständnis der vorliegenden Ent-scheidung aber bereits aus, so dass die Lektüre auch für "Nichtwahlfachler" eine gute Gelegenheit bietet, die familienrechtlichen Kenntnisse für "den Fall der Fälle" im Examen noch etwas zu vertiefen.

Vertiefungshinweise:

- Zum Ausgleich ehebezogener Zuwendungen im gesetzlichen Güterstand: *BGH, FamRZ 2003, 230*
- Zur Berücksichtigung eines vom Arbeitgeber zu-gesagten "Alterskapitals" im Zugewinnausgleich: *BGH, FamRZ 2003, 153*

Kursprogramm:

- Examenskurs:* "Das Ende"
- Assessorkurs:* "Die gepfändete Mietzinsforderung"
- Assessorkurs:* "Grundstücksauseinander-setzung"

Leitsatz:

Haben die Parteien kraft - gegebenenfalls still-schweigender - Vereinbarung eine arbeitsrechtliche Abfindung des Unterhaltsverpflichteten in die Un-terhaltsberechnung einbezogen, steht dies einem zusätzlichen güterrechtlichen Ausgleich zu Gunsten des Unterhaltsberechtigten entgegen.

Sachverhalt:

Die Parteien streiten im Revisionsverfahren nur noch darum, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang eine Abfindung, die dem am 30.11.1998 in den Vorru-hestand getretenen Ast. für den Verlust seines Arbeits-platzes gezahlt wurde, beim Zugewinnausgleich in dessen Endvermögen zu berücksichtigen ist.

Auf den der Ag. am 09.01.1999 zugestellten Antrag wurde die am 15.07.1977 geschlossene Ehe des am 13.11.1943 geborenen Ast. und der am 03.06.1949 geborenen Ag. durch Verbundurteil vom 28.07.2000 geschieden. Zugleich wurde der Ast. unter Klageab-weisung im Übrigen verurteilt, an die Ag. einen Zu-gewinnausgleich von 14.215,00 DM zu zahlen. Hier-gegen legten beide Parteien Berufung ein. Das OLG

hat den Ast. verurteilt, einen Zugewinnausgleich von 86.100,00 DM nebst Zinsen zu zahlen. Dagegen richtet sich die zugelassene Revision des Ast., mit der er seine Verurteilung bekämpft, soweit sie 7.013,00 DM übersteigt. Das Rechtsmittel führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

Aus den Gründen:

A. Unstreitiger Zugewinnausgleich i. H. v. 7.013,00 DM gem. § 1378 BGB

Zwischen den Parteien steht außer Streit, dass die Ag. weder ein Anfangsvermögen noch ein Endvermögen hatte, und der Ast. - ohne Berücksichtigung der Abfindung - ebenfalls kein Anfangsvermögen, als Endvermögen hingegen eine Lebensversicherung mit einem Zeitwert zum Stichtag (09.01.1999) von 14.026,00 DM hatte. Die Verurteilung zum hälftigen Ausgleich dieses Betrags nimmt der Ast. hin.

B. Berücksichtigung der Arbeitnehmerabfindung als Endvermögen des Ast.?

I. Entscheidung und Begründung des BerGer.

Das BerGer. hat dem Endvermögen des Ast. auch die von dessen Arbeitgeber gem. Vereinbarung vom 17./22.12.1997 gezahlte Abfindung hinzugerechnet, und zwar in Höhe von 25.947,00 DM, die von der am 31.12.1998 gezahlten ersten Rate von 36.000,00 DM (brutto) am Stichtag noch auf dem Konto des Ast. vorhanden waren, sowie in Höhe weiterer 171.000,00 DM netto (224.400,00 DM brutto), deren Fälligkeit zwar durch gesonderte Vereinbarung des Ast. mit seinem Arbeitgeber auf den 31.01.1999 - also nach dem Stichtag - hinausgeschoben worden war, die das BerGer. aber als Anspruch auf eine künftige, nicht von einer Gegenleistung abhängige und daher ebenfalls zum Endvermögen zählende Leistung bewertet hat.

Somit hat das BerGer. seiner Entscheidung ein Endvermögen von 25.947,00 DM + 171.000,00 DM + 14.026,00 DM (Lebensversicherung) = 210.973,00 DM zu Grunde gelegt. Zugleich hat das BerGer. es abgelehnt, die Abfindung in Bezug zur Dauer der Betriebszugehörigkeit des Ast. zu setzen und den Anteil, der dann rechnerisch auf die Dauer der Betriebszugehörigkeit vor der Eheschließung entfallen würde, als Anfangsvermögen des Ast. anzusehen.

Gleichwohl hat das BerGer. den Ast. nicht verurteilt, den gesamten Zugewinn von 210.973,00 DM auszugleichen, sondern den Zugewinnausgleichsanspruch der Ag. gem. § 1381 BGB auf die Hälfte von 172.200,00 DM = 86.100,00 DM begrenzt, um ein nach seiner Auffassung grob unbilliges Ergebnis zu vermeiden. Insoweit hat es darauf abgestellt, dass der Ast. in der Zeit vom Stichtag bis zur zweitinstanzli-

chen Entscheidung (Februar 1999 - Juni 2001) unstreitig monatlich 1.670,00 DM Unterhalt an die Ag. gezahlt hat. Davon seien nur monatlich 333,00 DM aus dem vom Ast. bezogenen Arbeitslosengeld zu decken gewesen, so dass er insgesamt 29 x (1.670,00 DM - 333,00 DM) = 38.773,00 DM aus dem Abfindungsbetrag gezahlt habe. Um diesen Betrag hat das BerGer. den ausgleichenden Zugewinn des Ast. mit der Begründung gekürzt, dies sei erforderlich, aber auch ausreichend, um eine grob unbillige Doppelbelastung zu vermeiden.

II. Entscheidung des BGH in der Revision

Dies hält den Angriffen der Revision nicht in allen Punkten stand.

1. Unbeachtlichkeit der Relevanz der Abfindung im Rahmen des güterrechtlichen Ausgleichs im vorliegenden Fall

Es bedarf letztlich keiner Entscheidung, ob Abfindungen, die einem Arbeitnehmer vor dem Stichtag gewährt worden sind, im Zugewinn stets und in vollem Umfang ausgleichspflichtig sind, und zwar unabhängig von der Art der Ansprüche, die dadurch abgegolten werden sollen (vgl. BGH, NJW 1998, 749 = LM H. 4/1998, § 675 BGB Nr. 245 = FamRZ 1998, 362). Insoweit kann auch dahinstehen, ob es - mit dem BerGer. - als gerechtfertigt anzusehen ist, den gegebenenfalls ausgleichenden Zugewinn gem. § 1381 BGB um den Teilbetrag der Abfindung zu kürzen, den der Ausgleichspflichtige bis zum Zeitpunkt der Entscheidung über den Zugewinnausgleich dazu verwandt hat, Unterhalt an den Ausgleichsberechtigten zu zahlen. Denn durch die vom BerGer. vorgenommene Kürzung ist der Ast. und Revisionskl. nicht beschwert.

2. Ausklammerung der Abfindung aus dem güterrechtlichen Ausgleich durch Einbeziehung in den unterhaltsrechtlichen Ausgleich

Das BerGer. hat festgestellt, dass der Ast. auf Grund einer in der Trennungszeit getroffenen Vereinbarung der Parteien monatlichen Trennungsunterhalt in Höhe von 1.670,00 DM (davon 370,00 DM durch Übernahme der Leasingraten für den Pkw der Ag.) zahlte, nach Einstellung dieser Zahlungen zum Jahresende 1998 durch einstweilige Anordnung verpflichtet wurde, diese Zahlungen ab 01.02.1999 wieder aufzunehmen, und seitdem monatlichen Unterhalt von 1.670,00 DM an die Ag. zahlt.

Dies lässt den bereits in erster Instanz vom FamG gezogenen Schluss zu, dass die Parteien mit ihrer Unterhaltsvereinbarung, zumindest aber mit der nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses des Ast. (30.11.1998) stillschweigend getroffenen Vereinbarung, sie unverändert beizubehalten bzw. wieder in Kraft zu setzen, den an die Stelle laufenden Arbeitseinkommens getretenen Abfindungsbetrag einvernehm-

lich als unterhaltsrelevant angesehen haben. Denn es lag - wie auch die fiktive Unterhaltsberechnung des BerGer. auf der Grundlage des ab Februar 1999 vom Ast. bezogenen Arbeitslosengeldes zeigt - auf der Hand, dass eine Unterhaltsverpflichtung in dieser Höhe für die Zukunft nur in Betracht kam, wenn die Abfindung in die Unterhaltsregelung einbezogen wurde.

Mit einer solchen Vereinbarung können die Parteien im Rahmen der Privatautonomie (§ 1408 I BGB) eine Abfindung durch Ehevertrag dem güterrechtlichen Ausgleich entziehen und stattdessen ihren unterhaltsrechtlichen Ausgleich vereinbaren. Die hier getroffene Vereinbarung entspricht zwar nicht der erforderlichen Form eines Ehevertrags. Gleichwohl steht sie dem von der Ag. begehrten Ausgleich der Abfindung im Wege des Zugewinnausgleichs nach Treu und Glauben entgegen, soweit die Ag. sich damit in Widerspruch zu der früheren Vereinbarung setzt, auf Grund derer sie bereits erhebliche Zahlungen erhalten hat und an der sie ersichtlich auch nach Geltendmachung ihres Zugewinnausgleichsanspruchs festhält.

Eine solche zweifache Teilhabe an der Abfindung, nämlich sowohl unterhaltsrechtlich als auch güterrechtlich, widerspricht dem Grundsatz, dass ein güterrechtlicher Ausgleich nicht stattzufinden hat, soweit eine Vermögensposition bereits auf andere Weise, sei es

unterhaltsrechtlich oder im Wege des Versorgungsausgleichs, ausgeglichen wird (vgl. Senat, NJW 2003, 1396 = FPR 2003, 244 = FamRZ 2003, 432, [433] m. w. Nachw.).

3. Aufhebung und Zurückverweisung an das BerGer. zwecks weiterer Sachverhaltsaufklärung

Der Senat ist nicht in der Lage, abschließend zu entscheiden. Das BerGer. hat nämlich - aus seiner Sicht folgerichtig - keine Feststellungen dazu getroffen, welche Vorstellungen der Parteien im Einzelnen der Unterhaltsvereinbarung zu Grunde lagen. Insbesondere fehlen Feststellungen dazu, ob mit dem vereinbarten Unterhalt die gesamte Abfindung als ausgeglichen gelten sollte oder gegebenenfalls nur der noch zu berechnende Teil, der bei verzinslicher Anlage benötigt wird, um den Unterhalt der Ag. und den eigenen Unterhalt des Ast. bis zu dessen Rentenbezug zu decken.

Der Rechtsstreit war daher im Umfang der Aufhebung der angefochtenen Entscheidung an das BerGer. zurückzuweisen, damit es diese Feststellungen nachholen und den Parteien Gelegenheit zu ergänzendem Vortrag hierzu gewähren kann. Dabei wird das BerGer. auch zu klären haben, ob der Ast. den vereinbarten Unterhalt auch über den 30.06.2001 hinaus unverändert weitergezahlt hat.

Standort: Kaufrecht

Problem: Mangelbeseitigung durch Selbstvornahme

LG GIEßEN, URTEIL VOM 10.03.2004
1 S 413 / 03 (NJW 2004, 2906)

Problemdarstellung:

Der Käufer eines EG-Neuwagens sah sich in diesem Fall schon nach sehr kurzer Laufzeit seines PKW mit einem Motorschaden konfrontiert, hatte allerdings auch auf die Durchführung fälliger Inspektionen verzichtet. Er ließ sodann einen Ersatzmotor einbauen, ohne den Fahrzeugverkäufer über den Schaden zu informieren oder ihm gar eine Frist zur Nacherfüllung zu setzen. Erst als der PKW-Hersteller unter Hinweis auf das unvollständig ausgefüllte Serviceheft eine Kostenbeteiligung ablehnte, trat der Käufer an Verkäufer heran und verlangte klageweise Kostenerstattung, womit er nun allerdings auch in der 2. Instanz gescheitert ist.

Als Anspruchsgrundlage für das Kostenerstattungsverlangen war hier an Schadensersatz statt der Leistung gem. §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 I 1 Fall 2 BGB oder - hierauf stützte sich zunächst die Klage - an die Teilerstattung des Kaufpreises nach wirksamer Minderung gem. § 346 I i. V. m. §§ 437 Nr. 2, 323 I, 441 I, IV BGB zu denken. Dabei stand der Kl. aber jeweils vor dem Problem, dass er dem Bekl. keine erfolglose Frist zur Beseitigung des Mangels gesetzt hatte. In der

Berufungsinstanz führte er deshalb weiter an, dass die Mangelbeseitigung infolge des Einbaus des neuen Motors bereits unmöglich geworden sei, so dass der beklagte Verkäufer sich die ersparten Kosten einer eigenen Nachbesserung gem. § 326 II 2 BGB auf den Kaufpreis anrechnen lassen müsse. Da der Kaufpreis bereits vollständig bezahlt war, hatte das BerGer. nunmehr zu entscheiden, ob in Analogie zu § 326 II 2 BGB auch ein Rückzahlungsanspruch wegen ersparter Aufwendungen angenommen werden kann, obwohl die Voraussetzungen entsprechender Gewährleistungsrechte nicht vorlagen. Das BerGer. hat dies im Ergebnis zu Recht abgelehnt, da anderenfalls der durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz durch den Gesetzgeber in den Vordergrund gestellte Vorrang der Erfüllung unterlaufen werden könnte.

Prüfungsrelevanz:

Fragen des Mängelgewährleistungsrechtes im Kauf wie im Werkvertragsrecht sind klassischer und hochgradig relevanter Prüfungsstoff in den juristischen Staatsexamina. Häufig taucht hier das Problem auf, dass entnervte Käufer oder Besteller auf eigene Faust vorhandene Mängel beseitigen, ohne zuvor eine Nacherfüllungsfrist gesetzt oder gar eine entsprechende

Vorgehensweise nach Fristablauf angekündigt zu haben. Die vorliegende Entscheidung verdeutlicht, dass derartige Ungeduld grundsätzlich nicht dazu führen darf, dass dem Vertragspartner das Recht zur zweiten Andienung sowie die Möglichkeit, den geltend gemachten Mangel überhaupt erst einmal zu überprüfen, genommen werden. Auch der von der Klägerseite angestrebte "Kunstgriff", über § 326 II 2 BGB analog einen Anspruch auf Ersatz ersparter Aufwendungen zu konstruieren, blieb daher erfolglos.

In terminologischer Hinsicht muss darauf hingewiesen werden, dass das BerGer. mit dem zuweilen zitierten "Minderungsanspruch" denjenigen auf teilweise Kaufpreisrückzahlung nach durchgeführter Minderung gemeint haben wird, da die Minderung selbst bekanntlich kein Anspruch, sondern ein Gestaltungsrecht ist. Klausurverfasser sollten hier auf eine unmissverständliche Terminologie achten, da diesbezügliche Fehler im Examen als besonders schwerwiegend bewertet werden.

Vertiefungshinweise:

Zur Nachlieferung beim Stückkauf: *LG Ellwangen*, RA 2003, 192 = NJW 2003, 517

Zur eigenmächtigen Ersatzvornahme des Käufers: *Lorenz*, NJW 2003, 1417

Kursprogramm:

Examenskurs: "Keine Lust auf Schönheits-reparaturen"

Examenskurs: "Der nostalgische Ofen"

Leitsatz:

Lässt der Käufer einen Mangel des gekauften Fahrzeugs selbst reparieren, ohne dem Verkäufer Gelegenheit zur Nachbesserung einzuräumen, ist dieser weder nach Gewährleistungsrecht noch nach den Regeln der Unmöglichkeit im Hinblick auf ersparte Aufwendungen zur Zahlung verpflichtet.

Sachverhalt:

Der Kl. begehrt die Kosten für den Einbau eines Ersatzmotors in ein bei dem Bekl. gekauftes Fahrzeug. Am 16.03.2002 kaufte der Kl. einen EG-Neuwagen Typ S zum Preis von 6.700,00 Euro. Im Kaufvertragsformular ist als Verkäufer der Bekl. angegeben. Das Formular ausgefüllt sowie eine selbstständige "Garantievereinbarung zum Kauf über Pro-Car-Produkte" übernommen hatte ein Autohändler M, auf dessen Gelände das verkaufte Fahrzeug stand. Das Fahrzeug wurde im April 2002 an den Kl. übergeben. Bei einem Kilometerstand von 7.400 km erlitt es im November 2002 einen Motorschaden. Zwischenzeitlich fällig gewordene Inspektionen sind vom Kl. nicht durchgeführt worden. Er wandte sich an den Autohändler M, der

erklärte, die Garantie greife im Hinblick auf die fehlenden Eintragungen im Serviceheft nicht ein. Der Kl. ließ anschließend für 2.106,90 Euro einen Ersatzmotor in das Fahrzeug einbauen, ohne sich zuvor an den Bekl. gewandt zu haben. Mit Schreiben vom 07.01.2003 teilte das die Reparatur durchführende Autohaus auf Wunsch des Kl. die Schadensursache schriftlich mit. Der Kl. wandte sich an die S Deutschland GmbH, die jedoch im Hinblick auf das nicht ausgefüllte Serviceheft mit Schreiben vom 12.05.2003 eine Kostenbeteiligung ablehnte. Mit Schreiben vom 28.05.2003 forderte der Kl. erstmals den Bekl. zur Übernahme der Reparaturkosten auf.

Das AG hat die erstinstanzlich nur auf Minderung gerichtete Klage abgewiesen, weil der Kl. dem Bekl. keine Gelegenheit bzw. Frist zur Nacherfüllung gem. § 439 BGB eingeräumt hat. Mit der Berufung verfolgt der Kl. den Minderungsanspruch weiter. Zusätzlich stützt die Berufung den Zahlungsanspruch auf § 326 II 2 BGB im Hinblick darauf, dass der Bekl. durch die Selbstvornahme der Reparatur durch den Kl. Nachbesserungskosten erspart habe. Das Rechtsmittel hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

A. Zulässigkeit der Klageänderung in der Berufungsinstanz gem. §§ 533 I Nr. 1, 263 ZPO

Die Kammer erachtet die in der Berufungsbegründung vorgenommene Klageänderung als zulässig (vgl. Zöller/Greger, ZPO, 24. Aufl., § 263 Rz. 11 b, § 531 Rz. 26, § 533 Rz. 6) und sachdienlich. Die Berufung stützt sich unter Hinweis auf eine erfolgte Mangelanzeige und Fristsetzung weiterhin auch auf den Ersatz der Reparaturkosten im Wege der Gewährleistung; darin liegt ein teilweises Weiterverfolgen des erstinstanzlichen Antrags und eine entsprechende Beschwer des Kl. Soweit die Berufung zusätzlich Zahlung in Höhe der Reparaturkosten unter dem Gesichtspunkt der Anrechnung ersparter Nachbesserungsaufwendungen des Verkäufers gern. § 326 II 2 BGB (analog) verlangt, stellt dies eine Änderung des Klageantrags dar. Da dem neuen Vorbringen im Wesentlichen der bisherige Streitstoff zu Grunde liegt, erachtet die Kammer die Klageänderung aus Gründen der Prozesswirtschaftlichkeit für sachdienlich (§§ 533 Nr. 1, 263 ZPO).

B. Keine Gewährleistungsansprüche mangels erfolgloser Nachfristsetzung

Zu Recht (§ 540 I 2 ZPO) hat das AG Mängelgewährleistungsrechte des Kl. verneint. Nach der Novellierung des Kaufrechts durch die Schuldrechtsreform 2002 steht die Geltendmachung von Minderungs- bzw. Schadensersatzansprüchen unter dem Vorrang der fehlgeschlagenen Nacherfüllung. Dazu hätte der Kl. den Bekl. unter Fristsetzung vergeblich zur Nacherfüllung aufgefordert haben müssen. Dies ist nach den

Feststellungen des amtsgerichtlichen Urteils nicht geschehen. (Wird ausgeführt.)

Da zur ausnahmsweise gegebenen Entbehrlichkeit der Nachbesserungsaufforderung weder substantiiert vorgebracht worden ist, noch sich greifbare Anhaltspunkte dafür aus den Umständen ergeben, kann der Kl. keine Minderungs- oder Schadensersatzansprüche geltend machen.

C. Kein Aufwendungsersatzanspruch gem. § 326 II 2 BGB analog

Nach Auffassung der Kammer steht dem Kl. auch kein Anspruch wegen ersparter Aufwendungen (analog) § 326 II 2 BGB zu.

Der von der Berufung unter Bezugnahme auf die Kommentierung bei Palandt/Heinrichs, BGB, 63. Aufl., § 326 Rz. 9 u. 13 (unter Hinw. auf die Ausführungen von Lorenz, NJW 2003, 1417) vertretenen Auffassung vermag sich die Kammer nicht anzuschließen. Der Gegenmeinung (vgl. AG Kempen, MDR 2003, 1406 [1407] m. Anm. Dötsch; Büdenbender. AnwKomm-BGB, SchuldR, § 437 Rz. 14) ist der Vorzug zu geben.

I. Vergleich mit dem Selbstvornahmerecht gem. §§ 634 Nr. 2, 637 BGB

Der Gesetzgeber hat mit der Schuldrechtsnovellierung zwar dem Besteller eines Werkvertrags das Recht zur Selbstvornahme eingeräumt (§ 637 BGB), eine vergleichbare Regelung für das Kaufrecht jedoch nicht getroffen. Die Aufzählung der Rechte des Käufers im Gewährleistungsfall ergibt sich allein aus § 437 BGB. Soweit teilweise (vgl. Jauernig/Berger, BGB, 10. Aufl., § 439 Rz. 8) ein Selbstvornahmerecht entsprechend § 637 BGB im Hinblick auf den für den Käufer umständlichen Weg, die Kosten der Selbstvornahme sich durch einen Nachbesserungstitel gem. § 887 ZPO zu verschaffen, in Erwägung gezogen wird, kann dies nur die Fälle einer vorherigen - hier nicht gegebenen - Inverzugsetzung des Verkäufers betreffen. Denn auch dem Besteller eines Werkvertrags ist nur unter dieser Voraussetzung gestattet, den Ersatz der erforderlichen Aufwendungen für die Selbstbeseitigung des Mangels zu verlangen (§ 637 I BGB). Auch nach altem Recht war für den Fall eines vertraglich eingeräumten Nachbesserungsanspruchs als alleiniges Gewährleistungsrecht des Autokäufers ein Ersatz der Selbstvorkosten nach der Entscheidung BGH, NJW 1991, 1882 nur dann anzunehmen, wenn sich der Verkäufer in Verzug befunden hatte (in dem dortigen Fall durch die Weigerung eines anderen Vertragshändlers).

II. Umgehung des "Rechts zur zweiten Andienung" durch eine Analogie zu § 326 II 2 BGB

Das der Systematik des novellierten Kaufrechts somit grundsätzlich fremde Recht zur Selbstvornahme ist

auch nicht wegen der von Lorenz (NJW 2003, 1414 [1418, 1419]) dargelegten Bedenken in den Fällen anzunehmen, in denen der Verkäufer allein wegen der vom Käufer durch die Reparatur herbeigeführten Unmöglichkeit der Nachbesserung seine damit ersparten Kosten "behalten" darf. Nach Auffassung der Kammer liegt auch unter Berücksichtigung der von Lorenz aufgezeigten Aspekte keine durch Analogie zu § 326 II 2 BGB zu schließende Regelungslücke vor.

1. Recht zur zweiten Andienung als Chance des Verkäufers, den vollen Kaufpreis zu erhalten

Nach der Neuregelung des Kaufrechts muss der Verkäufer die Möglichkeit haben, sich durch eine so genannte "zweite Andienung" den Kaufpreis zu verdienen. Diese Möglichkeit wird ihm in den Fällen unwiderruflich genommen, in denen der Käufer selbst repariert. Dabei hat es allein der Käufer in der Hand, wann er repariert und ob er die formellen Voraussetzungen einer erstattungsfähigen Ersatzvornahme herbeiführt. Versäumt er dies und geht das Risiko einer Reparatur ohne Inkennntnissetzung des Verkäufers ein, erscheint es nicht unbillig, ihn für den Fall, dass der Verkäufer im Nachhinein eine Kostenbeteiligung ablehnt, dieses Risiko tragen zu lassen.

2. Verkäufer muss den Mangel prüfen und über Nacherfüllung entscheiden können

Darüber hinaus erschöpft sich die Bedeutung des Setzens einer Nacherfüllungsfrist nicht lediglich darin, dem Verkäufer die Chance einzuräumen, durch Nachbesserung doch noch die vertraglich geschuldete Gegenleistung zu erhalten. Durch die Mängelanzeige hat der Verkäufer zudem die Möglichkeit, den Mangel selbst zu prüfen. Seine Entscheidung, ob der behauptete Mangel anerkannt wird, welche Reparaturmaßnahmen zur Mangelbeseitigung erforderlich sind, ob er die vom Käufer gewählte "Lieferung einer mangelfreien Sache" (Ersatzlieferung) oder die "Beseitigung des Mangels" (Nachbesserung) akzeptiert oder verweigert (vgl. § 439 III BGB), ist abhängig von einer Prüfungsmöglichkeit. Gerade im Autohandel dürften betriebsbezogene Besonderheiten wie etwa Lager- oder Arbeitskapazitäten, aber auch Beziehungen zum Herstellerwerk ausschlaggebend für die aus Sicht des Verkäufers kostengünstigste Variante der Vertragserfüllung sein. Durch das eigenmächtige Vorgehen des Käufers sind dem Verkäufer diese Möglichkeiten genommen.

3. Beweisschwierigkeiten infolge eigenmächtiger Ersatzvornahme

Hinzu kommen Beweisschwierigkeiten. Während bei eingeräumter Prüfungsmöglichkeit Art und Umfang des behaupteten Mangels unter Beteiligung des Verkäufers - unter Umständen durch Einschaltung eines Sachverständigen - festgestellt werden können, sieht

sich dieser im Falle der Selbstvornahme mit dem Reparaturergebnis konfrontiert. Auch wenn zunächst der klagende Käufer die ersparten Aufwendungen des Verkäufers (vgl. Lorenz, NJW 2003, 1414 [1419]) darlegen und beweisen müsste, wären die Verteidigungsmöglichkeiten des Verkäufers in unbilliger Weise eingeschränkt, da sie wesentlich von der Dokumentation der durchgeführten Reparatur abhängen. Ob die vom Käufer beauftragte Drittfirma das Schadensbild richtig

ermittelt, keine unnötigen Arbeiten veranlasst und korrekt abgerechnet hat, ist auch in diesem Fall für den beklagten Verkäufer nur noch sehr schwer widerlegbar. Das - pauschale - Vorbringen der Berufung, Streitigkeiten über Umfang und Schwere der Mängel wären in Anbetracht des Verhaltens des Bekl. nach dem Anschreiben vom 28.05.2003 sowieso entstanden, überzeugt nicht und vermag dies nicht zu entkräften.

Strafrecht

Standort: § 228 StGB

Problem: Sittenwidrigkeit einer Körperverletzung

BGH, URTEIL VOM 26.05.2004
2 STR 505/03 (NJW 2004, 2458)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte hatte mit seiner Freundin auf deren Wunsch hin sog. "Fesselspiele" durchgeführt, bei denen er sie insb. - nach ihren Anweisungen - mit einem Metallrohr würgte, was zu ihrem Tod führte. Das Landgericht hatte den Angeklagten nur wegen fahrlässiger Tötung (§ 222 StGB) verurteilt, eine Strafbarkeit wegen Körperverletzung mit Todesfolge (§ 227 StGB) hatte es mit der Begründung abgelehnt, das Grunddelikt der Körperverletzung (§ 223 StGB) scheide wegen einer rechtfertigen Einwilligung des Opfers aus, so dass eine Qualifikation nicht in Betracht käme. Der BGH hob dieses Urteil auf; eine rechtfertigende Einwilligung des Opfers scheide aus, da die Tat sittenwidrig sei (§ 288 StGB).

Prüfungsrelevanz:

Die im vorliegenden Fall relevanten Problemkreise, sowohl die Körperverletzungsdelikte als auch die rechtfertigende Einwilligung, stellen in beiden Examen einen Standardstoff dar.

Eine rechtfertigende Einwilligung ist grundsätzlich bei jedem Delikt möglich, das disponible Rechtsgüter schützt, also solche, über die das Opfer verfügen kann (z.B. §§ 223, 303, 306 StGB, vgl. auch den Überblick bei Schönke/Schröder-Lenckner, Vor §§ 32 ff. Rn. 33 ff.).

Ein besondere Voraussetzung bei einer rechtfertigenden Einwilligung in eine Körperverletzung (die nach herrschender Meinung bei der Einwilligung in andere Delikte nicht - auch nicht analog - anzuwenden ist, vgl. LK-Hirsch, Vor § 32 Rn. 125; Joecks, Vor § 32, Rn. 28; a.A.: Geerds, GA 54, 268) ist, dass die Tat nicht gegen die guten Sitten verstößt (§ 228 StGB). Hierbei ist nur zu prüfen, ob die Körperverletzung gegen die guten Sitten verstößt und nicht die Sittenwidrigkeit der Einwilligung selbst (ein beliebter Fehler; vgl. Schönke/Schröder-Lenckner, Vor §§ 32 ff. Rn. 37 f.).

Im vorliegenden Fall, in dem es um die Sittenwidrigkeit sadomasochistischer Praktiken geht, betont der BGH, dass es für die Sittenwidrigkeit der Tat nicht entscheidend sei, welchen Zweck der Täter mit ihr verfolgen (so aber noch RGSt 74, 91; BGHSt 4, 24;

Lackner/Kühl, § 228 Rn. 10), sondern allein Art und Umfang der Verletzung, d.h. welcher Gefahr der Täter das Opfer aussetze bzw. welche Schäden bei diesem eintreten (so auch LK-Hirsch, § 228 Rn. 9; Tröndle/Fischer, § 228 Rn. 9). Dies bedeutet, dass sich die Sittenwidrigkeit des Verhaltens des Angeklagten nicht bereits aus dem sexuellen Bezug der Handlung ergibt, so dass sadomasochistische Praktiken nicht generell als sittenwidrig angesehen werden können. Eine Sittenwidrigkeit soll jedoch dann gegeben sein, wenn diese Praktiken zu einer konkreten Lebensgefahr des Opfers führen.

Ein weiterer Punkt, den der BGH in einem obiter dictum anspricht (da die Einwilligung des Opfers im vorliegenden Fall sowieso unwirksam war) ist die Frage, ob auch eine rechtfertigende Einwilligung in eine fahrlässige Tötung (§ 222 StGB) möglich ist. Die Rechtsprechung hatte eine solche Einwilligung grundsätzlich mit der Begründung abgelehnt, dass es sich bei dem Leben - wie sich § 216 StGB entnehmen ließe - nicht um ein disponibles Rechtsgut handle (BGHSt 4, 93; OLG Düsseldorf, NStZ-RR 1997, 325) und hatte in diesen Fällen allenfalls das Vorliegen einer - den Tatbestand ausschließenden - eigenverantwortlichen Selbstgefährdung des Opfer geprüft. In der Literatur mehren sich jedoch die Stimmen, die auch hier die Möglichkeit einer rechtfertigenden Einwilligung eröffnen wollen (Wessels/Beulke, AT, Rn. 191 f.; Schönke/Schröder-Lenckner, Vor § 32 Rn. 104). Im vorliegenden Urteil scheint jedenfalls der 2. Senat des BGH einer entsprechenden Änderung der bisherigen Rechtsprechung nicht abgeneigt zu sein.

Vertiefungshinweise:

Zu § 228 StGB: BGHSt 4, 88; Lenckner, JuS 1968, 249; Roxin, JuS 1964, 373

Zur rechtfertigenden Einwilligung i.R.v. § 222 StGB: BGHSt 4, 93; OLG Düsseldorf, NStZ-RR 1997, 325; OLG Zweibrücken, NStZ 1995, 89; Dölling, JR 1994, 520; Hammer, JuS 1998, 785; Herzberg, NStZ 2004, 1; Otto, Jura 1984, 536; Trüg, JA 2002, 214

Kursprogramm:

Examenskurs: "Kein Humor"

Leitsatz:

Einverständnislich vorgenommene sadomasochisti-

sche Praktiken, die zu Körperverletzungen führen, verstoßen nicht als solche gegen die "guten Sitten" im Sinne von § 228 StGB. Sittenwidrig ist die Tat jedoch, wenn bei vorausschauender objektiver Betrachtung der Einwilligende durch die Körperverletzungshandlung in konkrete Todesgefahr gebracht wird.

Sachverhalt:

Die Lebensgefährtin des Angeklagten, Irene R., zeigt großes Interesse an der Ausübung außergewöhnlicher sexueller Praktiken, vor allem sog. "Fesselspiele". Hierzu gehörte unter anderem, dass der Angeklagte, der an diesen "Spielen" kein Interesse hatte und dabei selbst angekleidet blieb, mit einem Gegenstand Druck auf ihren Kehlkopf, ihr Zungenbein oder ihre Luftröhre ausüben mußte, um auf diese Weise den von ihr erstrebten vorübergehenden Sauerstoffmangel hervorzurufen, der für sie eine erregende Wirkung hatte. In der Vergangenheit fanden dabei für diesen Würgevorgang Stricke oder Seile Verwendung.

Nachdem eine zeitlang derartige Fesselspiele nicht mehr stattgefunden hatten, weil der Angeklagte Sicherheitsbedenken geäußert hatte, verlangte Frau R. von ihm am 18. Mai 2002, dem Tattag, erneut die Durchführung eines Fesselspiels und bereitete die dazu erforderlichen Utensilien (Stricke, ein Holzstück sowie ein Metallrohr) selbst vor. Der Angeklagte sträubte sich zunächst und kam ihrem Wunsch dann doch nach. Wegen der Leibesfülle von Frau R., die in letzter Zeit deutlich an Körperumfang zugenommen hatte, äußerte er aber Bedenken, da er auf Grund der Fixierung der Beine über den Bauch hinweg zum Kopf befürchtete, diese könnte keine Luft mehr bekommen. Sie zerstreute seine Bedenken jedoch und verlangte, er solle dieses Mal statt des bisher verwendeten Stricks das Metallrohr benutzen.

Der Angeklagte äußerte auch insoweit zunächst Vorbehalte, ließ sich dann aber umstimmen und fesselte seine Lebensgefährtin wie von ihr gewünscht.

Zunächst benutzte er für den Würgevorgang das bereit gelegte Holzstück, ging dann auf Wunsch seiner Lebensgefährtin dazu über, das Metallrohr zum Würgen zu verwenden. Dabei erkannte er, dass die Verwendung eines sich nicht den Konturen des Halses anpassenden Gegenstandes gefährlich war und erklärte ihr dies auch, ließ sich dann aber von seiner Lebensgefährtin zur Verwendung überreden und verstärkte auf deren Wunsch hin sogar die Einwirkung noch. Den Eintritt eines tödlichen Verlaufs infolge seiner gewaltvollen Einwirkung auf den Hals des Opfers hielt er für möglich, vertraute jedoch darauf, dass dies nicht geschehen werde. Nach seinen persönlichen Fähigkeiten und dem Maß seines individuellen Könnens war er imstande, die Gefährlichkeit seines Tuns zu erkennen und die sich daraus ergebenden Sorgfaltsanforderungen zu erfüllen.

Im Verlauf der intervallartigen, gegen den Hals der Frau R. gerichteten mehrfachen und mindestens drei Minuten währenden Aktionen drückte er dann mit dem Metallrohr zu. Dadurch erzielte er die gewünschte Kompression der Halsgefäße und insbesondere der arteriellen und venösen Blutversorgung des Gehirns, allerdings auch eine von ihm nicht gewollte, massive, durch den Einsatz des Metallrohrs hervorgerufene knöcherne Verletzung des Kehlskeletts.

Diese Verletzungen waren aber nicht tödlich, vielmehr verstarb Frau R. an den Folgen der massiven Kompression der Halsgefäße und der dadurch unterbundenen Sauerstoffzufuhr zum Gehirn mit nachfolgendem Herzstillstand.

Als Frau R. sich nicht mehr vernehmlich artikulierte, löste der Angeklagte die Fesselungen in dem Glauben, sie sei - wie nach solchen Handlungen in der Vergangenheit üblich - eingeschlafen. Nachmittags kamen ihm wegen des Zeitablaufs Bedenken, er musste feststellen, dass Frau R. nicht mehr am Leben war. Von einem zunächst geplanten Selbstmord nahm er Abstand und meldete sich bei der Polizei, wo er einen von ihm verfassten Abschiedsbrief abgab und erklärte, Frau R. getötet zu haben.

Aus den Gründen:

I. Entscheidung des Landgerichts

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen fahrlässiger Tötung zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr und zehn Monaten verurteilt und die Vollstreckung der Strafe zur Bewährung ausgesetzt. [...]

Das Landgericht hat einen (bedingten) Tötungsvorsatz des Angeklagten nicht als erwiesen angesehen. Er habe zwar die Gefährlichkeit seiner Gewalthandlung erkannt, habe aber ernsthaft darauf vertraut, dass der Tod nicht eintreten werde. Auch eine Körperverletzung mit Todesfolge hat die Schwurgerichtskammer verneint. Die Tat des Angeklagten sei nicht sittenwidrig gewesen (§ 228 StGB), da er mit wirksamer Einwilligung des Tatopfers die Körperverletzungshandlungen (Kompression der Halsgefäße mittels des Rohres) vorgenommen habe. Das Verhalten des Angeklagten sei daher nur als fahrlässige Tötung zu bewerten.

Gegen diese Entscheidung wenden sich der Angeklagte, der sein Rechtsmittel nicht näher begründet, und die Staatsanwaltschaft mit ihren jeweils auf die Verletzung sachlichen Rechts gestützten Revisionen. Die Staatsanwaltschaft meint, das Landgericht habe einen, zumindest bedingten, Tötungsvorsatz des Angeklagten zu Unrecht als nicht gegeben angesehen, darüber hinaus habe es rechtsfehlerhaft einen Verstoß der vom Angeklagten verwirklichten Körperverletzung gegen die guten Sitten verneint.

Das Rechtsmittel des Angeklagten ist unbegründet, das der Staatsanwaltschaft hat Erfolg.

II. Revision der Staatsanwaltschaft

Soweit sich das Rechtsmittel gegen die Verneinung eines vorsätzlichen Tötungsdelikts wendet, ist es unbegründet im Sinne von § 349 Abs. 2 StPO.

Das Landgericht ist innerhalb der gebotenen Gesamtschau aller objektiven und subjektiven Tatumstände (vgl. BGHSt 36, 1, 9 f.; BGHR StGB § 212 Abs. 1 Vorsatz, bedingter 24, 41; BGH NStZ 2000, 583) rechtsfehlerfrei davon ausgegangen, der Angeklagte habe ernsthaft darauf vertraut, der als möglich erkannte Tod von Frau R. werde nicht eintreten.

Keinen Bestand haben kann das Urteil aber deshalb, weil die Schwurgerichtskammer ein Verbrechen der Körperverletzung mit Todesfolge verneint.

1. Keine eigenverantwortliche Selbstverletzung des Opfers

Der Angeklagte hat durch die massive Kompression der Halsgefäße und die dadurch unterbundene Sauerstoffzufuhr zum Gehirn beim Tatopfer einen Herzstillstand und damit dessen Tod herbeigeführt; die dem Angriff auf den Hals des Tatopfers innewohnende spezifische Gefahr hat sich somit im tödlichen Ausgang niedergeschlagen. Hinsichtlich der Verursachung des Todes ist dem Angeklagten, wie das Landgericht zutreffend festgestellt hat, Fahrlässigkeit vorzuwerfen, so dass die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 227 StGB (vgl. BGHSt 31, 96, 98; BGH NStZ 1992, 335; 2001, 478; NJW 1971, 152, 153) vorliegen.

Der Angeklagte ist Täter, da er die maßgebliche Tatherrschaft über das zum Tode führende Geschehen innehatte. Dass Irene R. den Ablauf mitsteuerte, indem sie ihm Anweisungen gab und seine Bedenken hinsichtlich der Gefährlichkeit seines Tuns mehrfach zerstreute, steht dem nicht entgegen. Das festgestellte Tatgeschehen ist deshalb nicht als Teilnahme an einer "eigenverantwortlichen Selbstverletzung bzw. Selbsttötung" (vgl. dazu BGH NStZ 2003, 537, 538 m.w.N.; BGH, Urteil vom 11. Dezember 2003 - 3 StR 120/03, zum Abdruck in BGHSt bestimmt, S. 8; Lenckner in Schönke/Schröder, StGB 26. Aufl. vor § 32 Rdn. 107) zu werten, sondern stellt eine täterschaftlich begangene einverständliche Fremdgefährdung dar.

2. Keine rechtfertigende Einwilligung des Opfers

Das Handeln des Angeklagten ist entgegen der Ansicht der Schwurgerichtskammer aber nicht durch die Einwilligung des Tatopfers gerechtfertigt.

a. Zur Sittenwidrigkeit der Körperverletzung i.S.v. § 228 StGB

Gemäß § 228 StGB ist eine mit Einwilligung der verletzten Person vorgenommene Körperverletzung rechtswidrig, wenn die Tat trotz der Einwilligung gegen die guten Sitten verstößt. Der Begriff der "guten Sitten" betrifft weniger außerrechtliche, ethisch-moralische Kategorien. Um dem Gebot der Vorhersehbar-

keit staatlichen Strafens zu genügen, muss der Begriff der guten Sitten auf seinen rechtlichen Kern beschränkt werden. Ein Verstoß gegen die Wertvorstellungen einzelner gesellschaftlicher Gruppen oder des mit der Tat befassten Strafgerichts genügt nicht. Lässt sich nach rechtlichen Maßstäben die Sittenwidrigkeit nicht sicher feststellen, scheidet eine Verurteilung wegen eines Körperverletzungsdelikts aus (vgl. BGH, Urteil vom 11. Dezember 2003 - 3 StR 120/03 UA S. 10 m.w.N.).

Welche Kriterien im einzelnen als Beurteilungsgrundlage für die Sittenwidrigkeit der Tat heranzuziehen sind, ist umstritten. Streitig ist vor allem, ob die Tat allein nach Art und Umfang des Rechtsgutsangriffs zu betrachten ist oder ob bzw. inwiefern auch der mit der Tat verfolgte Zweck oder die zugrundeliegenden Umstände für das Sittenwidrigkeitsurteil von Bedeutung sind. Nach einer auf das Reichsgericht zurückgehenden Rechtsprechung und nach einem Teil der Literatur sind der Zweck sowie die der Tat zugrundeliegenden Ziele und Beweggründe der Beteiligten maßgeblich in die Beurteilung einzubeziehen, auch bzw. gerade dann, wenn es sich um "unlautere", d.h. sittlich-moralisch verwerfliche Zwecke handelt (BGHSt 4, 24, 31; RGSt 74, 91, 94; vgl. auch OLG Düsseldorf NStZ-RR 1997, 325, 327; LG Mönchengladbach NStZ-RR 1997, 169, 170, BayObLG NJW 1999, 372, 373 und BayObLGSt 1977, 105, 106 f.; Stree in Schönke/Schröder aaO § 228 Rdn. 8; Lackner/Kühl, StGB 24. Aufl. § 228 Rdn. 10; Berz GA 1969, 145).

Gegen eine allein oder vorrangig auf den Zweck der Handlung abstellende Betrachtung wird vor allem vorgebracht, dass sie häufig zu unklaren Abgrenzungen führe und sich zu sehr vom Rechtsgutsschutz entferne (vgl. Tröndle/Fischer, StGB 51. Aufl. Rdn. 9; Hardtung in MüKo Rdn. 25 jew. zu § 228). Die grundsätzliche Ausrichtung am Zweckgedanken gebe das vom Gesetz vorgegebene ausschließliche Abstellen auf die Tat als Bezugspunkt der Sittenwidrigkeit der Sache nach auf, weil sie Gesichtspunkte einbeziehe, die nur die Sittenwidrigkeit der Einwilligung selbst betreffen (vgl. Hirsch in LK 11. Aufl. § 228 Rdn. 9 und in 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe der Wissenschaft, Bd. IV S. 199, 218; Otto in Festschrift für Tröndle [1989] S. 157, 168).

Nach neuerer Rechtsprechung und in der Literatur überwiegend vertretener Auffassung ist für die Sittenwidrigkeit der Tat entscheidend, ob die Körperverletzung wegen des besonderen Gewichts des jeweiligen tatbestandlichen Rechtsgutsangriffs unter Berücksichtigung des Umfangs der eingetretenen Körperverletzung und des damit verbundenen Gefahrengrads für Leib und Leben des Opfers trotz Einwilligung des Rechtsgutsträgers nicht mehr als von der Rechtsordnung hinnehmbar erscheint. Für das Sittenwidrigkeitsurteil im Sinne des § 228 StGB ist demnach grundsätzlich auf Art und Gewicht des Körperverletzungserfolgs

und den Grad der möglichen Lebensgefahr abzustellen, weil generalpräventiv-fürsorgliche Eingriffe des Staates in die Dispositionsbefugnis des Rechtsgutshabers nur im Bereich gravierender Verletzungen zu legitimieren sind (vgl. Hirsch in LK aaO § 228 Rdn. 9 und in BGH-Festgabe S. 199, 219; Tröndle/Fischer aaO Rdn. 9 zu § 228 StGB; Otto aaO S. 157, 168; Göbel, Die Einwilligung im Strafrecht als Ausprägung des Selbstbestimmungsrechts [1992] S. 55 f.; Arzt, Willensmängel bei der Einwilligung [1970] S. 36 ff.; ähnlich Frisch, FS-Hirsch [1999] S. 485, 487), die in ihrem Gewicht an die in § 226 StGB geregelten erheblichen Beeinträchtigungen heranreichen.

Der mit der Tat verfolgte Zweck ist nach dieser Ansicht für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit nach § 228 StGB nur ausnahmsweise von Bedeutung, nämlich dann, wenn die betreffende Körperverletzung für sich allein betrachtet als sittenwidrig anzusehen wäre, eine solche negative Bewertung aber durch einen positiven oder jedenfalls einsehbaren Zweck kompensiert wird. Selbst bei schwerwiegenden Rechtsgutsangriffen ist danach der Bereich der freien Disposition des Rechtsgutshabers nicht überschritten, wenn ein positiv kompensierender Zweck hinzukommt, wie z.B. bei lebensgefährlichen ärztlichen Eingriffen, die zum Zwecke der Lebenserhaltung vorgenommen werden (vgl. Hirsch aaO § 228 Rdn. 9; Tröndle/Fischer aaO Rdn. 10). Teilweise wird in diesem Zusammenhang vorgeschlagen, eine Güterabwägung vorzunehmen, um die Rechtfertigung eines schweren, mit Einwilligung erfolgten Eingriffs in die körperliche Integrität zu begründen; insbesondere könne ein höherrangiges Interesse im Sinne des § 34 StGB beachtlich sein (vgl. etwa Göbel aaO S. 56; Otto aaO S. 168; Arzt aaO S. 39).

b. Gewicht des Rechtsgut Angriffs als entscheidendes Kriterium für Sittenwidrigkeit

In Übereinstimmung mit dem Urteil des 3. Strafsenats vom 11. Dezember 2003 (3 StR 120/03), das zum strafbaren Verabreichen von Betäubungsmitteln mit tödlichen Folgen ergangen ist, und der herrschenden Lehre hält der Senat für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit der Tat nach § 228 StGB vorrangig das Gewicht des jeweiligen tatbestandlichen Rechtsgutsangriffs und damit ein objektives Kriterium für ausschlaggebend. Hierbei sind in erster Linie der Umfang der vom Opfer hingenommenen körperlichen Misshandlung oder Gesundheitsschädigung und der Grad der damit verbundenen Gefahr maßgeblich.

c. Zur rechtlichen Würdigung des Landgerichts

Diesen rechtlichen Ansatz hat das Landgericht nicht bedacht.

aa. Zur fehlenden Sittenwidrigkeit der Tat wegen sexueller Motivation der Körperverletzung

Das Handeln des Angeklagten kann danach nicht al-

lein wegen der speziellen sexuellen Motivation als gegen die guten Sitten verstößend angesehen werden.

Die Ansicht des Reichsgerichts, wonach bei sadomasochistischen Praktiken die Körperverletzungen "zu Unzuchtswirken" erfolgten und deshalb trotz einer etwaigen Einwilligung ein Verstoß gegen die guten Sitten vorliege (vgl. RG JW 1928, 2229 mit krit. Anmerkung Bohne JW 1929, 1015; HRR 1931, 1611), ist nicht zuletzt wegen der gewandelten Moralauffassungen überholt (vgl. dazu die überwiegende Tendenz in der neueren Literatur, wonach sadomasochistische Handlungen, die zu tatbestandsmäßigen Körperverletzungen führen, nicht bereits wegen eines "abnormen" sexuellen Zwecks als sittenwidrig einzustufen sind: Hirsch aaO § 228 Rdn. 9; Stree aaO § 228 Rdn. 7; Tröndle/Fischer aaO Rdn. 10; Paeffgen in NK-StGB § 228 Rdn. 37; Roxin, Strafrecht AT 13. Aufl. Teilband 1 § 13 Rdn. 38 unter Aufgabe seiner in JuS 1964, 371, 379 geäußerten abweichenden Auffassung; Maurach/Schroeder/Maiwald, Strafrecht Besonderer Teil 8. Aufl. Teilband 1, § 8 Rdn. 14; Frisch in Festschrift für Hirsch S. 485, 502; May, Die Anwendbarkeit des § 226 a StGB bei einverständlichen sadistischen und masochistischen Körperverletzungen [1996] S. 97 f.; Niedermair, Körperverletzung mit Einwilligung und die guten Sitten [1999] S. 192; Sitzmann GA 1991, 71, 79).

Bei Sadomasochismus handelt es sich um eine "existierende und praktizierte Form des Sexuallebens", die in den unterschiedlichsten Erscheinungsformen zutage tritt und etwa in heterosexuellen, homosexuellen, pädophilen oder auf Autoerotik beschränkten Varianten vorkommt. Sadomasochistische Vorgänge stellen sich als sehr uneinheitlich dar und werden von Ehepaaren, Singles, in monogamen oder promiskuitiven Beziehungen praktiziert (May aaO S. 2, 10). Zur Frage der Bewertung sadomasochistischer Handlungen lässt sich überdies - auch unter Berücksichtigung ihrer gesamten Bandbreite - wohl kaum nach allgemeinen Anschauungen in der Bevölkerung ein eindeutiges Sittenwidrigkeitsurteil feststellen. Außerdem lässt sich gegen eine so begründete Bewertung als sittenwidrig anführen, dass dies den Wertungen des 4. Strafrechtsreformgesetzes vom 23. November 1973 (BGBl I 1725) widersprechen würde, welches die frühere Kennzeichnung der Straftatbestände im 13. Abschnitt des Besonderen Teils des StGB als "Sittlichkeitsdelikte" durch diejenige als "Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung" ersetzt und damit ein anderes Rechtsgut in den Vordergrund gerückt hat (vgl. Roxin aaO § 13 Rdn. 38; Niedermair aaO S. 188).

bb. Zur Sittenwidrigkeit der Tat wegen konkreter Lebensgefahr

Wie dargelegt, hält der Senat das Ausmaß oder das Gewicht der drohenden Rechtsgutverletzung für maßgebend mit der Folge, dass ab einem bestimmten

Grad der körperlichen Beeinträchtigung oder einer möglichen Lebensgefahr der Einwilligung alleine grundsätzlich keine rechtfertigende Wirkung zukommt. Ob diese Grenze überschritten ist, ist auf Grund einer "ex-ante" vorzunehmenden Beurteilung zu entscheiden. Der Senat kann hier offen lassen, ab welcher Verletzungsintensität Sittenwidrigkeit in Betracht kommt und ob bzw. unter welchen Voraussetzungen weitergehende Zwecke oder sonstige Umstände in die Würdigung der Tat einzubeziehen sind. Die Grenze zur Sittenwidrigkeit ist jedenfalls dann überschritten, wenn bei vorausschauender objektiver Betrachtung aller maßgeblichen Umstände der Tat der Einwilligende durch die Körperverletzungshandlung in konkrete Todesgefahr gebracht wird.

Für diese Eingrenzung sprechen sowohl der Normzweck des § 228 StGB als auch die aus der Vorschrift des § 216 StGB abzuleitende gesetzgeberische Wertung. Sie begrenzen die rechtfertigende Kraft der Einwilligung in eine Tötung oder Körperverletzung, da das Gesetz ein soziales Interesse am Erhalt dieser Rechtsgüter auch gegen den Willen des Betroffenen verfolgt. Die Beeinträchtigung durch den Rechtsgutsinhaber selbst (in Form einer Selbsttötung oder -verletzung) ist zwar straflos; im Allgemeininteresse wird aber die Möglichkeit, existentielle Verfügungen über das Rechtsgut der eigenen körperlichen Unversehrtheit oder des eigenen Lebens zu treffen, begrenzt. Der Schutz der Rechtsgüter körperliche Unversehrtheit und Leben gegen Beeinträchtigungen durch Dritte wird demnach nicht schlechthin, sondern nur innerhalb eines für die Rechtsordnung tolerierbaren Rahmens zur Disposition des einzelnen gestellt.

cc. Zur Sittenwidrigkeit der Tat im vorliegenden Fall

Daran gemessen sind im vorliegenden Fall die Grenzen, innerhalb derer das Handeln des Angeklagten von der Allgemeinheit noch hingenommen werden kann, überschritten. Das über einen Zeitraum von mindestens drei Minuten andauernde, intervallartig - also unter abwechselnder Verstärkung und Verringerung des Drucks - ausgeführte Würgen des Tatopfers mit Hilfe eines starren, sich nicht den Konturen des Halses anpassenden Metallrohrs brachte das Tatopfer für den Angeklagten erkennbar nicht nur in eine abstrakte Lebensgefahr im Sinne des § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB, sondern in eine konkrete Gefahr. Denn bei der hier gewählten Vorgehensweise war das Risiko, durch die Handlung unmittelbar den Tod seiner Lebensgefährtin herbeizuführen, für den Angeklagten weder kalkulierbar noch beherrschbar.

Dies führt zur Aufhebung des Urteils auf die Revision der Staatsanwaltschaft.

Die rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen zum äußeren Tatgeschehen können dagegen aufrecht erhalten bleiben. Hierdurch ist der neue Tatrichter aber nicht gehindert, ergänzende Feststellungen, namentlich

zur subjektiven Seite (vgl. dazu IV. 1), zu treffen.

III. Revision des Angeklagten

Das Rechtsmittel des Angeklagten ist unbegründet. Die Verurteilung wegen fahrlässiger Tötung weist keinen Rechtsfehler zu Lasten des Angeklagten auf.

1. Zur erforderlichen Vorhersehbarkeit beim Fahrlässigkeitsdelikt

Das Landgericht hat unter Zugrundelegung seiner Rechtsauffassung zu Recht fahrlässiges Tun des Angeklagten bejaht. Fahrlässig handelt, wer eine objektive Pflichtwidrigkeit begeht, sofern er diese nach seinen subjektiven Kenntnissen und Fähigkeiten vermeiden konnte, und wenn gerade die Pflichtwidrigkeit objektiv und subjektiv vorhersehbar den Erfolg herbeigeführt hat. Die Einzelheiten des durch das pflichtwidrige Verhalten in Gang gesetzten Kausalverlaufs brauchen dagegen nicht vorhersehbar zu sein (vgl. BGH NJW 2001, 1075 = NStZ 2001, 143). Diese Voraussetzungen liegen nach den Feststellungen vor.

2. Zur Einwilligungsfähigkeit des Opfers

Den Angeklagten beschwert nicht, dass die Schwurgerichtskammer die Frage der Einwilligungsfähigkeit des Tatopfers (vgl. BGHSt 4, 90; 5, 362; 8, 358; 12, 382; 23, 1) nicht erörtert hat, da eine etwa fehlende Einwilligungsfähigkeit eine Rechtfertigung ausgeschlossen hätte.

3. Zur rechtfertigenden Einwilligung i.R.v. § 222 StGB

Den Angeklagten beschwert auch nicht, dass das Landgericht nicht geprüft hat, inwieweit die nach seiner Ansicht die Rechtswidrigkeit beseitigende Einwilligung des Tatopfers im Rahmen von § 227 StGB auch Auswirkungen auf die der Verurteilung zugrundegelegte Fahrlässigkeitstat hatte. Dies ist hier unschädlich, da auch unter Zugrundelegung der nach Meinung des 3. Strafsenats (Urteil vom 11. Dezember 2003 - 3 StR 120/03 S. 15; vgl. aber Urteil des 4. Strafsenats vom 20. Juni 2000 - 4 StR 162/00, [insoweit in NStZ 2000, 583 nicht abgedruckt] unter Hinweis auf BGHSt 4, 88, 93; 7, 112, 115) beachtlichen Argumente in der Wissenschaft für die Auffassung, eine rechtfertigende Einwilligung in eine fahrlässige Tötung sei grundsätzlich möglich (vgl. Lenckner in Schönke/Schröder, StGB vor §§ 32 ff. Rdn. 104; Hirsch in LK vor § 32 Rdn. 95; Samson in SK-StGB Anhang zu § 16 Rdn. 33; Schlehofer in MüKo vor §§ 32 ff. Rdn. 114; Schroeder in LK § 16 Rdn. 180; Schaffstein in Festschrift für Welzel [1974], S. 557, 571; Dölling GA 1984, 71, 85 ff. und JR 1994, 520, 521; Otto Jura 1984, 536, 540; Weber in Festschrift für Baumann [1992], S. 43, 48; Herzberg NStZ 2004, 1, 8, 9), hier eine solche Rechtfertigung der Tat angesichts des höchst riskanten Verhaltens des Angeklagten, welches Irene R. in konkrete Todesgefahr brachte, ausscheidet. Denn wenn schon

die Einwilligung in die Gefährdungshandlung wegen der Höhe der Gefahr und des Gewichts des konkret drohenden Erfolgs keine rechtfertigende Wirkung entfalten konnte, gilt dies erst recht für den Erfolg, in dem sich die Gefährdung realisiert hat.

4. Zum Irrtum des Angeklagten über die Gefährlichkeit seines Tuns

Eine Verurteilung wegen fahrlässiger Tötung scheidet auch dann nicht aus, wenn sich der Angeklagte über das Maß der Gefährlichkeit seines Tuns geirrt haben sollte. Selbst wenn dies als Tatbestandsirrtum im Rahmen von § 16 Abs. 1 StGB angesehen werden sollte (vgl. unten IV. 1), blieb angesichts der festgestellten Umstände ein Schuldspruch wegen fahrlässiger Tötung nach § 222 StGB unberührt (§ 16 Abs. 1 Satz 2 StGB).

IV. Hinweise für die neue Hauptverhandlung

1. Zu Irrtümern des Angeklagten

Falls die neu zur Entscheidung berufene Schwurgerichtskammer zu einer Verurteilung des Angeklagten wegen Körperverletzung mit Todesfolge kommen sollte, wird ein möglicher vorsatz- oder schuldausschließender Irrtum des Angeklagten zu erörtern sein.

Nach den bisherigen Feststellungen liegt ein Irrtum über die tatsächlichen Umstände der Tat eher fern. Insbesondere hatte der Angeklagte, wie aus seinem Verhalten deutlich wird, die Gefährlichkeit seines Tuns erkannt. Es ist nicht davon auszugehen, dass er einem Irrtum über das Bestehen der konkreten Lebensgefahr unterlag, welcher als Irrtum über die tatsächlichen Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes entsprechend den Regeln des Tatbestandsirrtums nach § 16 Abs. 1 StGB zu behandeln wäre (vgl. BGH, Urteil vom 11. Dezember 2003 - 3 StR 120/03, S. 14; BGHSt 31, 264, 286 f.).

In Betracht kommt möglicherweise ein Irrtum über die Bewertung der vorgenommenen Körperverletzung als

sittenwidrig. Dies wäre aber nur ein Verbotsirrtum, wenn die Sittenwidrigkeit der in Aussicht genommenen Tat unrichtig beurteilt (vgl. Hirsch in LK aaO § 228 Rdn. 51; Stree aaO § 228 Rdn. 12; Paeffgen in NK-StGB [1998] § 228 Rdn. 109; Jescheck/Weigend Strafrecht AT 5. Aufl. S. 466; Schaffstein, Göttinger Festschrift für das OLG Celle (1961) S. 175, 194 ff.; OLG Düsseldorf NStZ-RR 1997, 325, 327; OLG Hamm JMBINW 1964, 128, 129; a. A. Engisch ZStW 70 (1958) 566, 585 f.; Tröndle/Fischer aaO § 228 Rdn. 25) oder wenn eine unwirksame Einwilligungserklärung für wirksam gehalten worden ist (vgl. BGHSt 4, 113, 119; 16, 309, 313; BGH NJW 1978, 1206). Da es bei der Beurteilung der Körperverletzung als sittenwidrig um eine rechtliche Bewertung geht, wäre ein Irrtum des Angeklagten nach § 17 StGB zu beurteilen, der angesichts der sehr hohen Gefahr für das Leben der Irene R. für den Angeklagten vermeidbar gewesen sein könnte. Insoweit kann es geboten sein, zu den Vorstellungen des Angeklagten nähere Feststellungen zu treffen.

2. Zur Strafmilderung wegen der (unwirksamen) Einwilligung

Darüber hinaus wird die zur Entscheidung berufene Schwurgerichtskammer bei einer Verurteilung wegen Körperverletzung mit Todesfolge die Möglichkeit einer Strafmilderung aufgrund der nicht rechtfertigenden, aber tatsächlich immerhin vorliegenden Einwilligung zu bedenken haben (vgl. BGH MDR bei Dallinger 1969, 194; Stree in Schönke/Schröder aaO § 228 Rdn. 1 und § 46 Rdn. 25; Jescheck/Weigend aaO S. 334; Dölling GA 1984, 71, 93; Geppert ZStW 83 [1971], 947, 999). Auch die Annahme eines minder schweren Falles gemäß § 227 Abs. 2 StGB wird zu erwägen sein, da die bisherigen Feststellungen nahelegen, dass Irene R. in voller Kenntnis der Tragweite ihrer Entscheidung eingewilligt hat.

Standort: § 211 StGB

Problem: Rechtsfolgenlösung des BGH

BGH, URTEIL VOM 01.07.2004
3 STR 107/04 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte hatte das Opfer, mit dem er in einem Asylbewerberheim zusammen lebte, im Schlaf erstochen, weil dieses ihn am Tag zuvor tötlich angegriffen und bedroht hatte, obwohl das Opfer im Zeitpunkt des Angriffs alkoholisiert war und sich später dafür entschuldigt hatte. Das Landgericht verurteilte den Angeklagten wegen Mordes aus Heimtücke, verhängte jedoch wegen analoger Anwendung von § 49 I Nr. 1 StGB nur eine zietige Freiheitsstrafe (sog. "Rechtsfol-

genlösung"). Der BGH hob dieses Urteil auf, da für eine Anwendung der von ihm entwickelten rechtsfolgenlösung im vorliegenden Fall kein Raum sei.

Prüfungsrelevanz:

Tötungsdelikte werden in beiden Examen immer wieder geprüft und gerade die spezifischen Probleme des § 211 StGB stellen einen Standardstoff dar.

Ein erhebliches Problem des § 211 StGB stellt dessen Rechtsfolge dar: anders als bei allen Delikten des StGB, die stets einen Strafraum eröffnen und so dem Gericht die Möglichkeit bieten, Besonderheiten des Einzelfalles auf Strafzumessungsebene Rechnung zu

tragen, ist die Rechtsfolge beim Mord zwingend lebenslange Freiheitsstrafe ohne die Möglichkeit einer Strafzumessung. Um eine verfassungskonforme Anwendung von § 211 StGB zu gewährleisten, besteht deshalb Einigkeit darüber, dass die Mordmerkmale stets restriktiv auszulegen sind (BVerfGE 45, 187; Tröndle/Fischer, § 211 Rn. 3 mwN).

Trotzdem legt der BGH für das Vorliegen des Mordmerkmals der Heimtücke - relativ - geringe Anforderungen an und geht von einer heimtückischen Tötung dann aus, wenn der Täter die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers bewusst in feindlicher Willensrichtung zur Tötung ausnutzt (BGHSt 2, 251; 11, 139; 18, 37). Von der herrschenden Literatur hingegen wird anstelle oder zusätzlich zu den Kriterien des BGH noch ein besonders verwerflicher Vertrauensbruch des Täters verlangt, d.h. es wird vorausgesetzt, dass zwischen Täter und Opfer ein Vertrauensverhältnis besteht (SK-Horn, § 211 Rn. 32 ff.; Schönke/Schröder-Eser, § 211 Rn. 26 mwN). Der BGH hat dies bisher stets abgelehnt, da die Literatur den Anwendungsbereich des Heimtückemordes zu sehr einschränken würde und klassische Fälle der heimtückischen Tötung (sog. "Heckenschützenfälle") nicht mehr und § 211 StGB fallen würden, weil Täter und Opfer sich regelmäßig nicht kennen würden.

Da der BGH somit einen Heimtückemord eher annimmt als die herrschende Literatur, hat der Große Strafsenat zur Vermeidung unbilliger Ergebnisse bei der Verhängung einer lebenslangen Freiheitsstrafe vorgeschlagen, in bestimmten außergewöhnlichen Fällen nicht die in § 211 I StGB eigentlich zwingend vorgesehene lebenslange Freiheitsstrafe zu verhängen, sondern die Strafe über § 49 I Nr. 1 StGB analog zu mildern (sog. "Rechtsfolgenlösung", vgl. BGHSt 30, 105). Diese Anregung ist von der Rechtsprechung aufgegriffen worden und hat auch in der Literatur Anklang gefunden (Lackner/Kühl, Vor § 211 Rn. 20 f.). Kritisiert worden ist hieran aber insb. die Entscheidung des BGH, die Rechtsfolgenlösung nur beim Heimtückemord und nicht beim Vorliegen anderer Mordmerkmale anzuwenden (vgl. BGHSt 42, 301). Während teilweise eine Ausweitung dieser Lösung auch auf andere Mordmerkmale gefordert wird (Schönke/Schröder-Eser, § 211 Rn. 10 a), wird in der Rechtsfolgenlösung als solcher teilweise auch eine Überschreitung der verfassungsrechtlichen Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung gesehen und eine tatbestandsbezogene Lösung, insb. durch weitere Restriktion des Mordmerkmals der Heimtücke gefordert (Bruns, JR 1983, 28; Spindel, StV 1984, 46).

Im vorliegenden Fall betont der BGH noch einmal, dass für die Anwendung der Rechtsfolgenlösung ganz außergewöhnliche Umstände vorliegen müssen, die die Verhängung einer lebenslangen Freiheitsstrafe als unverhältnismäßig erscheinen lassen und nicht jeder

für den Täter sprechende Umstand, selbst wenn dieser bei einem Totschlag gem. § 213 StGB zu einem minder schweren Fall führen würde, die Anwendung der Rechtsfolgenlösung rechtfertigt.

Vertiefungshinweise:

☐ Zur Rechtsfolgenlösung des BGH i.R.v. § 211 StGB: *BGHSt* 30, 105; 41, 72; *Küper*, JuS 2000, 740; *Meurer*, NJW 2000, 2936; *Misch*, JuS 1996, 121; *Otto*, Jura 1994, 141;

Kursprogramm:

☐ *Examenskurs*: "Enttäuschte Liebe"

Leitsätze (der Redaktion):

1. Zur Anwendung der sog. Rechtsfolgenlösung für die Strafzumessung beim Heimtückemord reicht nicht jeder Entlastungsfaktor, der nach § 213 StGB Berücksichtigung finden würde, aus. Vielmehr kann das Gewicht des Mordmerkmals der Heimtücke nur durch Entlastungsfaktoren, die den Charakter außergewöhnlicher Umstände haben, so verringert werden, dass jener Grenzfall eintritt, in welchem die Verhängung lebenslanger Freiheitsstrafe trotz der Schwere des tatbestandsmäßigen Unrechts wegen erheblich gemilderter Schuld unverhältnismäßig wäre. Ob diese Voraussetzungen vorliegen, hat der Tatrichter aufgrund einer umfassenden Würdigung der Tat sowie der zu ihr hinführenden Umstände zu prüfen.

2. Ein solcher außergewöhnlicher Umstand kann in dem Bestehen einer für den Angeklagten zermürbenden, nahezu ausgewogenen, notstandsnahen Situation schwerster seelischer Bedrängnis oder Erregung liegen, die der Tat den Stempel des Außergewöhnlichen aufdrückt.

Sachverhalt:

Der Angeklagte bewohnte mit vier anderen Chinesen ein Zimmer in einem Asylbewerberheim. Am Morgen des 27. Mai 2003 tötete er den dort in seinem Bett schlafenden W ohne Vorwarnung durch mindestens 14 Stiche mit einem Küchenmesser in Hals und Brust.

Der Tat war folgendes Geschehen vorausgegangen: In der Nacht zum 26. Mai 2003 hatte W dem Angeklagten in erheblich alkoholisiertem Zustand eine teilweise gefüllte Bierflasche an den Kopf geworfen und ihm dadurch eine Platzwunde zugefügt, die im Krankenhaus versorgt werden musste. Er hatte zudem gesagt, er schlage den Angeklagten tot. Obwohl er sich Stunden später beim Angeklagten für sein Verhalten in der Nacht entschuldigt hatte, entwickelte dieser eine zunehmende Furcht vor weiteren körperlichen Angriffen. Im Verlauf des Tages entwarf der der deutschen Sprache nicht mächtige Angeklagte unter Zuhilfenahme

eines Wörterbuches einen Antrag, mit dem er erreichen wollte, von W getrennt zu werden. Als er den Leiter des Asylbewerberheims am Abend nicht mehr antraf, entschied er sich, den Antrag am nächsten Tag abzugeben. An diesem Morgen blieb er im Bett liegen, bis die drei anderen Chinesen das Zimmer verlassen hatten. Nachdem er ungefähr eineinhalb Stunden darüber nachgedacht hatte, tötete er den W aus der - unbegründeten - Furcht, dieser werde sonst ihn töten, sowie aus Wut über die in der vorvergangenen Nacht erlittene Verletzung. Dabei war ihm bewusst, eine Trennung von seinem Opfer auch durch den von ihm vorbereiteten Antrag an den Leiter des Wohnheims erreichen zu können; er sah dies aber nicht mehr als hinreichend sicher an.

Aus den Gründen:

I. Entscheidung des Landgerichts

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Heimtückemordes unter Anwendung der in der Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen (BGHSt 30, 105) entwickelten Grundsätze zur außergewöhnlichen Strafmilderung zu einer Freiheitsstrafe von 13 Jahren verurteilt. Mit ihrer auf den Strafausspruch beschränkten Revision rügt die Staatsanwaltschaft die Verletzung materiellen Rechts und beanstandet, dass das Landgericht keine lebenslange Freiheitsstrafe verhängt hat. Das Rechtsmittel hat Erfolg.

II. Entscheidung des BGH

Die vom Landgericht unter Anwendung der sog. Rechtsfolgenlösung (BGHSt 30, 105) vorgenommene Strafraumenverschiebung nach § 49 Abs. 1 StGB hält rechtlicher Prüfung nicht stand.

Diese Rechtsprechung trägt dem Umstand Rechnung, dass das Mordmerkmal der Heimtücke auch in Fällen erfüllt sein kann, bei denen die Verhängung der lebenslangen Freiheitsstrafe wegen des sonstigen Gepräges der Tat das aus dem Grundgesetz abzuleitende Verbot unverhältnismäßigen staatlichen Strafens verletzen würde. Eine abschließende Definition oder eine Aufzählung der außergewöhnlichen Umstände, die in Fällen heimtückischer Tötung zur Verdrängung der lebenslangen Freiheitsstrafe führen können, hat der Große Senat für Strafsachen für unmöglich gehalten, jedoch auf beispielhaft in Betracht kommende Fallkonstellationen hingewiesen, u. a. auf in großer Verzweiflung begangene oder aus gerechtem Zorn auf Grund einer schweren Provokation verübte Taten, ebenso auf Taten, die in einem vom Opfer verursach-

ten und ständig neu angefachten, zermürbenden Konflikt oder in schweren Kränkungen des Täters durch das Opfer, die das Gemüt immer wieder heftig bewegen, ihren Grund haben. Allerdings reicht nicht jeder Entlastungsfaktor, der nach § 213 StGB Berücksichtigung finden würde, zur Annahme der Unverhältnismäßigkeit der lebenslangen Freiheitsstrafe aus. Vielmehr kann das Gewicht des Mordmerkmals der Heimtücke nur durch Entlastungsfaktoren, die den Charakter außergewöhnlicher Umstände haben, so verringert werden, dass jener Grenzfall eintritt, in welchem die Verhängung lebenslanger Freiheitsstrafe trotz der Schwere des tatbestandsmäßigen Unrechts wegen erheblich gemilderter Schuld unverhältnismäßig wäre (vgl. Senat NStZ 1982, 69). Ob diese Voraussetzungen vorliegen, hat der Tatrichter aufgrund einer umfassenden Würdigung der Tat sowie der zu ihr hinführenden Umstände zu prüfen (Senat NStZ 1982, 69; BGH NStZ 1984, 20; BGHR StGB § 211 Abs. 1 Strafmilderung 2 und 3).

Wie der Generalbundesanwalt zutreffend dargelegt hat, wird das angefochtene Urteil dieser Anforderung nicht gerecht. Das Landgericht hat zu Gunsten des Angeklagten gewertet, dass sich dieser, nachdem er kurz zuvor Opfer einer grundlosen gefährlichen Körperverletzung des Getöteten geworden war, zum Zeitpunkt der Tat in einem Zustand tatsächlicher Todesangst befand. Ob sich die Tat deshalb - wie das Landgericht meint - im Grenzbereich des § 35 Abs. 2 StGB bewege (freilich ohne die Voraussetzungen dieser Vorschrift zu erfüllen), kann dahinstehen; denn jedenfalls hat die Strafkammer nicht berücksichtigt, dass sich bis zu jener Körperverletzung das Verhältnis zwischen dem Angeklagten und dem Opfer als gut und problemlos dargestellt hatte, der Übergriff des Opfers auf den Angeklagten in erkennbar erheblich alkoholisiertem Zustand geschehen war, sich das Opfer alsbald danach dafür entschuldigt hatte und seither nur eine kurze Zeit vergangen war, weshalb das Bestehen einer für den Angeklagten zermürbenden, nahezu ausweglosen, notstandsnahen Situation schwerster seelischer Bedrängnis oder Erregung, die der Tat den Stempel des Außergewöhnlichen aufgedrückt hätte (vgl. BGH NJW 1983, 54, 55; NStZ 1983, 553, 554; 1984, 20; 1990, 490; 1995, 231; 2003, 146), eher ferngelegen hatte. Zudem lässt das Urteil unerörtert, dass der Angeklagte zu der Tat auch durch die Wut über den in seinen Augen grundlosen Wurf mit der Bierflasche und die damit einhergehende Ehrkränkung und Verletzung motiviert worden war.

Standort: §§ 52, 263 V StGB**Problem: Gewerbsmäßigkeit und Tateinheit**

BGH, URTEIL VOM 17.06.2004
3 STR 344/03 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Die Angeklagten boten Kunden die Anlage von Geldern als Kapitalanlage in einem sog. "Guaranteed Fund" an, der eine hohe Rendite abwerfen sollte. Tatsächlich wurden die eingezahlten Gelder unter den Beteiligten verteilt und den Kunden lediglich fingierte Kontoauszüge vorgelegt, die tatsächlich nicht existierende Gewinne verzeichneten. Das Landgericht hatte die Angeklagten wegen gewerbsmäßigen Bandenbetrugs (§ 263 V StGB) verurteilt, die einzelnen von ihnen geleisteten Beiträge jedoch als eine Tat (§ 52 StGB) bewertet. Eine Revision der Angeklagten hiergegen wies der BGH zurück.

Prüfungsrelevanz:

§ 263 StGB ist traditionell einer der beliebtesten Tatbestände im Examen - jedenfalls aus Sicht der Prüfer. Auch Probleme im Rahmen von Regelbeispielen (z.B. § 263 III StGB) werden oft abgefragt. Da § 263 V StGB lediglich zwei der Regelbeispiele des § 263 III StGB zu einer Qualifikation kombiniert, ist diese Vorschrift als besonders examensrelevant anzusehen, insb. da es um Probleme der bandenmäßigen Begehung geht, die in der jüngeren Vergangenheit häufiger Gegenstand höchstrichterlicher Rechtsprechung gewesen ist.

Der BGH beschäftigt sich in der vorliegenden Entscheidung zunächst mit der Frage der Gewerbsmäßigkeit, die bei zahlreichen Delikten als strafbegründendes Tatbestandsmerkmal, Regelbeispiel oder qualifizierendes Element Berücksichtigung findet (z. B. §§ 180 a I, 243 I 2 Nr. 3, 260 I Nr. 1, 263 III 2 Nr. 1, V, 267 III 2 Nr. 1 StGB). Der BGH betont in der vorliegenden Entscheidung noch einmal, dass die Gewerbsmäßigkeit lediglich subjektive Voraussetzungen habe und dann gegeben sei, wenn der Täter sich durch die wiederholte Begehung entsprechender Taten eine Einnahmequelle von erheblichem Umfang und einiger Dauer verschaffen will (BGHSt 1, 383; Schönke/Schröder-Stree, Vor §§ 52 ff. Rn. 95 mwN). Unter diesen Umständen kann bereits die erstmalige Begehung eines entsprechenden Delikts durch den Täter eine gewerbsmäßige Tat darstellen (BGH, NJW 1998, 2914; StV 1998, 663; Tröndle/Fischer, Vor § 52 Rn. 37). Im vorliegenden Fall betont der BGH, dass es eine Gewerbsmäßigkeit nicht ausschließe, dass die einzelnen vom Täter geplanten Delikte zueinander in Tateinheit (§ 52 StGB) stehen. Die Frage einer Tateinheit oder -mehrheit erlange erst auf Konkurrenz-

ebene Bedeutung und könne deshalb zur Auslegung von Tatbestandsmerkmalen oder Regelbeispielen nicht herangezogen werden, so dass die Tatsache, dass die einzelnen vom Täter geplanten Taten zu einer Tateinheit i.S.v. § 52 StGB zusammengezogen werden, die Feststellung der Gewerbsmäßigkeit nicht berühre.

Schließlich befasst sich der BGH noch mit der Auswirkung verschiedenereteiligungsformen auf die Konkurrenzen. Ausgangspunkt der Prüfung von Konkurrenzen ist stets die Frage, ob die verschiedenen Delikte durch eine oder mehrere Handlungen begangen wurden, wobei - vorbehaltlich einer Gesetzeskonkurrenz - im ersteren Falle Tateinheit, im letzteren Tatmehrheit besteht (vgl. die Darstellung bei Wesels/Beulke, AT, Rn. 752 ff.). Der BGH geht in Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre insofern davon aus, dass die Frage, ob eine oder mehrere Handlungen gegeben sind, für jeden Beteiligten gesondert zu prüfen ist, d.h. eine Handlungseinheit z.B. beim Mittäter oder mittelbaren Täter dann anzunehmen ist, wenn dieser nur eine Handlung vornimmt, ungeachtet dessen, wie viele Handlungen bei dem die eigentliche Tathandlung ausführenden Mittäter oder Tatmittler vorliegen (BGH, NStZ 1999, 451; Tröndle/Fischer, Vor § 52 Rn. 2 e; Lackner/Kühl, Vor § 52 Rn. 22). Eine Minderheitsmeinung nimmt dies jedoch nur bei der Teilnahme an und prüft bei der Mit- und mittelbaren Täterschaft (wegen der hier erfolgenden Zurechnung fremder Handlungen) auch für den die Tathandlung nicht selbst ausführenden Täter, ob beim Handelnden eine oder mehrere Handlungen vorliegen (Schönke/Schröder-Stree, § 52 Rn. 21).

Vertiefungshinweise:

- Zur Gewerbsmäßigkeit: BGH, NJW 1996, 1069; NStZ 1995, 85; 1998, 98;
- Zum Bandenbegriff, insb. beim Betrug: BGH, NJW 2001, 2266; wistra 2002, 21; Ellbogen, wistra 2002, 8; Engländer, JR 2001, 78; Müller, GA 2002, 318; Sya, NJW 2001, 343;
- Zu Tateinheit und -mehrheit bei mehreren Beteiligten: BGH, NStZ-RR 1999, 297; NStZ 2000, 83; wistra 2001, 336; wistra 2003, 342; RA 2003, 578

Kursprogramm:

- Examenskurs: "Das eingespielte Team"

Leitsatz:

Der Verurteilung eines Bandenmitglieds wegen gewerbsmäßigen Bandenbetrugs steht nicht entgegen, dass die Einzeldelikte der Betrugsserie der Tätergruppierung in seiner Person aus Rechtsgründen in

gleichartiger Tateinheit zusammentreffen und daher gemäß § 52 Abs. 1 StGB gegen ihn nur auf eine Strafe zu erkennen ist.

Sachverhalt:

Im Laufe des Jahres 1998 fassten der Angeklagte H, der frühere Mitangeklagte G sowie W den Entschluss, zu betrügerischen Zwecken im Kapitalanlagenbereich ein Unternehmen in der englischen Rechtsform der "Limited" zu errichten. Die Opfer sollten im Telefonhandel dazu verleitet werden, Gelder als Einlage in einen - tatsächlich nicht existierenden - "Guaranteed Fund" zu zahlen. Eine Kapitalanlage war in Wahrheit nicht vorgesehen. Vielmehr sollten die eingehenden Gelder nach Abzug der Kosten unter den Beteiligten verteilt werden.

Der Angeklagte Y wurde frühzeitig in diese Planungen eingeweiht. Um später an den Erlösen teilzuhaben, beteiligte er sich schon am Aufbau des Unternehmens, indem er in vielfältiger Weise an der Gründung der Firma, der Anwerbung von Personal, der Einrichtung des Scheinfirmensitzes in Han. sowie der tatsächlichen Betriebsstätte in Ha. und an der Herstellung von Werbematerial mitwirkte.

Anfang Oktober 1998 wurde der Betrieb des Unternehmens in den Büroräumen in Ha. aufgenommen. Dem Angeklagten H fiel die Aufgabe zu, die - zunächst fünf - Telefonverkäufer zu leiten und einzuweisen. Daneben übte er die Funktion eines "Buchhalters" aus, der bei ständiger Präsenz im Büro den "Verkauf" kontrollierte, die Zahlungsabwicklung mit den Kunden absprach und die diesen gegenüber vorzutäuschende Kontoführung abwickelte. Er wurde aber auch selbst als Telefonverkäufer tätig. Mitte November 1998 stellte er den Angeklagten F als weiteren Telefonverkäufer ein.

Die potentiellen Kunden wurden zunächst von sog. Broschürenwerbern angerufen und in groben Zügen über die Geldanlage im "Guaranteed Fund" informiert. Zeigten sie Interesse, so wurde ihnen von dem vermeintlichen Geschäftssitz in Han. eine Werbebroschüre zugesandt. Sobald mit dem Zugang dieser Broschüre gerechnet wurde, rief einer der Telefonverkäufer unter einem Falschnamen bei dem Interessenten an, um ihn zu einer Geldanlage zu überreden. Sagte dieser zu, oblag es dem Angeklagten H, den Abschluss buchhalterisch und praktisch mit dem Kunden abzuwickeln. Er rief daher unter seinem Decknamen erneut den Kunden an und vereinbarte mit ihm die Zahlungsabwicklung sowie die Übersendung von unterzeichnetem "Beteiligungsantrag" und Zahlungsnachweis per Fax an den Scheinfirmensitz in Han. Ging das Fax dort ein, informierte der dort tätige "director" der Gesellschaft telefonisch den Angeklagten H im Büro in Ha. Dieser veranlasste aufgrund dessen sofort die Herstellung eines entsprechenden Kontoauszuges in zweifacher Ausfertigung. Ein Exemplar heftete er in der entspre-

chenden Kundenakte ab, das andere leitete er zusammen mit einem "Versicherungsschein" für die Kapitalanlage weiter nach Han., wo beides vom Scheinsitz der Firma an den jeweiligen Kunden versandt wurde. Die Transporte nach Han. führte zunächst G, ab Dezember 1998 der Angeklagte Y durch. Der Angeklagte H erkundigte sich dann, um das Vertrauen des Kunden zu stärken, telefonisch bei diesem, ob er Kontoauszug und "Versicherungsschein" erhalten habe und alles zu seiner Zufriedenheit abgewickelt worden sei.

In der Folge wurden den Kunden weitere Kontoauszüge übersandt, auf denen die Gutschrift erster Renditen verzeichnet war. Dies diente als Grundlage für "Loadinggespräche", durch die die Telefonverkäufer die Kunden zur Erhöhung ihrer Kapitalanlage verleiten sollten. Wegen seiner besonderen Fähigkeiten bei den "Loadinggesprächen" wurden dem Angeklagten F ab Anfang 1999 sämtliche Kundenakten zum Zwecke des Loadings vorgelegt. Auch wurden die Telefonate an ihn als vermeintlichen Verkaufsleiter weitergeleitet, in denen die anderen Telefonverkäufer bzw. der Angeklagte H bei den Kunden nicht den gewünschten Erfolg erzielen konnten. Im einzelnen vermochte das LG nicht zu klären, welche Kunden von welchem Verkäufer oder Loader zu den jeweiligen einzelnen Erstanlagen und späteren Erhöhungen der Einlagen veranlasst wurden. Fest steht allein, dass sämtliche Mitarbeiter in dem Büro in Ha. bei der Täuschung der Kunden arbeitsteilig zusammenwirkten. Der Angeklagte Y hatte indessen keinen direkten Kontakt zu den Kunden.

Zwischen dem 20. Oktober 1998 und dem 23. März 1999 wurden auf diese Weise 23 Anleger zur Zahlung von insgesamt 2.665.297,05 DM und 100.000 ATS verleitet. Die eingehenden Geldbeträge hob der "director" in Han. von den dort errichteten Bankkonten in bar ab. Das Geld wurde sodann nach Ha. verbracht. Auch diese Transporte führte ab November 1998 der Angeklagte Y durch.

Die Angeklagten H und F wurden bei der Verteilung der Gelder nach festen Prozentsätzen bedacht. Der Angeklagte H erhielt auf dieser Grundlage im Tatzeitraum mindestens 112.542,98 DM, der Angeklagte F mindestens 100.000 DM. Der Angeklagte Y wurde für seine Kurierfahrten zwischen Ha. und Han., die er drei- bis viermal wöchentlich durchführte, mit 2.000 DM pro Fahrt entlohnt. Auch für seine sonstigen Tätigkeiten wurden ihm Zahlungen geleistet, deren genaue Höhe jedoch nicht festgestellt werden konnte.

Aus den Gründen:

I. Entscheidung des Landgerichts; Rechtsmittel

Das Landgericht hat die Angeklagten - den Angeklagten F unter Freispruch im Übrigen - des gewerbsmäßigen Bandenbetruges (§ 263 Abs. 5 StGB) schuldig gesprochen und den Angeklagten H zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von sechs Jahren, den Angeklagten Y zu

einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren sowie einer Gesamtgeldstrafe von 180 Tagessätzen und den Angeklagten F zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren und sechs Monaten verurteilt. In diese Gesamtstrafen sind jeweils die Einzelstrafen einbezogen, die gegen die Angeklagten im Urteil des Landgerichts Hamburg vom 26. April 2001 ausgesprochen worden waren.

Mit ihren Revisionen rügen die Angeklagten die Verletzung formellen und sachlichen Rechts. Der Angeklagte F macht darüber hinaus das Verfahrenshindernis des Strafklageverbrauchs geltend. Die Rechtsmittel bleiben ohne Erfolg.

Die Verfahrensrüge des Angeklagten H ist nicht ausgeführt und daher unzulässig (§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO). Soweit er nach Zustellung der Antragschrift des Generalbundesanwalts mit Schriftsatz vom 13. Oktober 2003 erstmals eine rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung bis zur Abfassung der Anklageschrift geltend macht, ist diese Verfahrensrüge (vgl. BGHR MRK Art. 6 Abs. 1 Satz 1 Verfahrensverzögerung 7 und 11) verspätet (§ 345 Abs. 1 Satz 1 StPO); sie entspricht zudem auch nicht den Anforderungen des § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO.

Im Übrigen hat die revisionsrechtliche Prüfung keinen durchgreifenden Rechtsfehler zum Nachteil der Angeklagten ergeben. Auch das vom Angeklagten F geltend gemachte Verfahrenshindernis besteht nicht. Der Senat nimmt bezüglich der erhobenen Einzelbeanstandungen Bezug auf die zutreffenden Ausführungen des Generalbundesanwalts in seinen Antragschriften vom 2. Oktober 2003. Weitergehender Erörterung bedarf allein die Frage, ob das Landgericht die Angeklagten des gewerbsmäßigen Bandenbetruges schuldig sprechen durfte, obwohl es sie jeweils nur wegen einer Tat im materiellrechtlichen Sinne verurteilt hat. [...]

II. Rechtliche Würdigung des Landgerichts

Das Landgericht hat den Angeklagten H und Y "sämtliche Verkäufe und Loadings" zugerechnet. Der Angeklagte H habe zwar mit jedem Kunden selbst Telefonate im Rahmen der Zahlungsabwicklung geführt, ohne dass jedoch die konkreten Tatbeiträge im einzelnen noch hätten festgestellt werden können. Durch seine geschäftsleitende Tätigkeit würden die einzelnen betrügerischen Geschäftsvorfälle in seiner Person jedoch derart eng verbunden, dass sie für ihn eine einzige Betrugstat darstellten. Ebenso seien sämtliche organisatorischen Maßnahmen und die Kurierdienste des Angeklagten Y rechtlich als eine einheitliche Tat einzuordnen. Eine Aufspaltung seiner Tatbeiträge liege im Hinblick auf die organisatorische Verzahnung seiner Aktivitäten über den gesamten Tatzeitraum fern.

Auch die Tatbeiträge des Angeklagten F seien als ein einheitlicher Betrug zu werten. Zwar habe er ab Anfang Januar 1999 mit zahlreichen Kunden Verkaufs- und Loadingtelefonate geführt. Seine konkreten Tat-

beiträge seien jedoch nicht mehr exakt zurechenbar. Er habe jede Kundenakte zum Zwecke des Loading auf den Schreibtisch bekommen und sich ständig bereit gehalten, um in Problemfällen gegenüber den Kunden mit der Autorität des Verkaufsleiters aufzutreten. Diese organisatorische Stellung und seine ständige Bereitschaft verbinde seine nicht exakt feststellbaren Tatbeiträge zu einer einheitlichen Tat.

III. Keine Rechtsfehler bei der Verurteilung

Auf dieser Grundlage lässt die Verurteilung der Angeklagten wegen gewerbsmäßigen Bandenbetruges im Ergebnis keinen sie beschwerenden Rechtsfehler erkennen. Insbesondere steht dem Schuldspruch nach § 263 Abs. 5 StGB nicht entgegen, dass das Landgericht das strafrechtlich relevante Verhalten der Angeklagten als eine materiell-rechtliche Tat im Sinne des § 52 Abs. 1 StGB bewertet hat.

1. Zur Gewerbsmäßigkeit und zu den Konkurrenzen

a. Zur Gewerbsmäßigkeit

Gewerbsmäßig handelt, wer sich durch wiederholte Tatbegehung eine nicht nur vorübergehende Einnahmequelle von einigem Umfang und einiger Dauer verschaffen will. Liegt diese Absicht vor, ist bereits die erste Tat als gewerbsmäßig begangen einzustufen, auch wenn es entgegen den ursprünglichen Intentionen des Täters zu weiteren Taten nicht kommt (BGH NJW 1998, 2913, 2914; BGH NStZ 1995, 85; 2004, 265, 266). Eine Verurteilung wegen gewerbsmäßiger Deliktsbegehung setzt daher schon im Grundsatz nicht notwendig voraus, dass der Täter zur Gewinnerzielung mehrere selbstständige Einzeltaten der jeweils in Rede stehenden Art verwirklicht hat. Ob die Angeklagten gewerbsmäßig gehandelt haben, beurteilt sich vielmehr nach ihren ursprünglichen Planungen (vgl. RGSt 58, 19, 21) sowie ihrem tatsächlichen, strafrechtlich relevanten Verhalten über den gesamten ihnen jeweils anzulastenden Tatzeitraum.

Hinsichtlich der Angeklagten H und F kann den Feststellungen hierzu entnommen werden, dass sie ihre Tätigkeit in dem Unternehmen jeweils mit dem Willen aufnahmen, durch persönliche Telefonate mit potentiellen Kunden eine Vielzahl möglicher Opfer betrügerisch zu schädigen, um sich bzw. die anderen Beteiligten aus den erlangten Geldern rechtswidrig zu bereichern. Ihre Planungen waren somit darauf gerichtet, durch für sich tatsächlich jeweils selbstständige Handlungen eine möglichst große Zahl von Betrugsdelikten eigenhändig zu verwirklichen. Diese Planungen haben sie nach Überzeugung des Landgerichts auch umgesetzt, indem sie durch eine - wenn auch zahlenmäßig nicht exakt feststellbare - Mehrzahl von Erstanwerbungs- und Loadinggesprächen verschiedene Opfer zur Überweisung von Geldbeträgen verleiteten. Hinzu kommen beim Angeklagten H seine Anrufe bei den -

von anderen Telefonverkäufern angeworbenen - Erstkunden zum Zwecke der technischen Abwicklung der Erstanlage, die sich als jeweils individueller mittäterschaftlicher Tatbeitrag zu einem einzelnen selbstständigen Betrugsdelikt darstellen. Damit sind die Voraussetzungen gewerbsmäßigen Tätigwerdens für die Angeklagten H und F belegt.

Für den Angeklagten Y gilt im Ergebnis nichts anderes. Zwar hat dieser mangels unmittelbaren Kontakts zu den Kunden in keinem Einzelfall eine Betrugstat in allen Tatbestandsmerkmalen eigenhändig verwirklicht. Auch ist für ihn kein mittäterschaftlicher Tatbeitrag festgestellt, durch den er gezielt ein individuelles Einzeldelikt der Betrugsserie vor dessen Vollendung gesondert gefördert hätte. Jedoch hat er nicht nur in der Gründungsphase des Unternehmens, sondern auch durch die Aufnahme und regelmäßige Durchführung der notwendigen Kurierfahrten zwischen Ha. und Han. durch wiederholte, für sich rein tatsächlich selbständige Handlungen mittäterschaftliche Tatbeiträge erbracht, durch die er die Organisation des Unternehmens aufrechterhielt und damit die von seinen Tatgenossen verwirklichten Einzeldelikte wenn auch nicht individuell, so jedenfalls allgemein förderte, um sich aus den Betrugserlösen zu bereichern. Auch er wollte daher in einem rein tatsächlichen Sinne wiederholt an einer Vielzahl von Betrugstaten mitwirken und hat diesen Plan umgesetzt. Dies reicht für die Annahme gewerbsmäßigen Handelns ebenfalls aus.

b. Zur Annahme von Tateinheit (§ 52 StGB)

Die konkurrenzrechtliche Einordnung der Einzelaktivitäten der Angeklagten als eine Betrugstat im Sinne des § 52 Abs. 1 StGB ist hier für die Annahme des Qualifikationsmerkmals der Gewerbsmäßigkeit demgegenüber ohne Bedeutung. Insoweit gilt:

aa. Zur Annahme von Tateinheit und -mehrheit bei mehreren Beteiligten

Zutreffend ist das Landgericht bei der Bewertung des Konkurrenzverhältnisses der strafrechtlich relevanten Einzelaktivitäten der Angeklagten der Sache nach von dem Grundsatz ausgegangen, dass bei der Beteiligung mehrerer Mittäter an einer Deliktsserie für jeden von ihnen gesondert zu prüfen und zu entscheiden ist, ob die einzelnen Straftaten der Serie in seiner Person tateinheitlich oder tatmehrheitlich zusammentreffen. Maßgeblich ist hierbei der Umfang des Tatbeitrages bzw. der Tatbeiträge jedes Mittäters. Erfüllt er hinsichtlich aller oder einzelner Taten der Serie sämtliche Tatbestandsmerkmale in eigener Person oder leistet er für alle oder einige Einzeltaten zumindest einen individuellen, nur je diese fördernden Tatbeitrag, so sind ihm diese Taten - soweit nicht natürliche Handlungseinheit vorliegt - als tatmehrheitlich begangen zuzurechnen. Allein die organisatorische Einbindung des Täters in ein betrügerisches Geschäftsunternehmen ist

demgegenüber nicht geeignet, diese Einzeldelikte der Tatserie rechtlich zu einer Tat im Sinne des § 52 Abs. 1 StGB zusammenzufassen (vgl. BGHSt 26, 284, 285 f.; BGH NStZ 1996, 296, 297 sub 2.d; 1997, 233; BGH wistra 2003, 342 f.). Erbringt er dagegen im Vorfeld oder während des Laufs der Deliktsserie Tatbeiträge, durch die alle oder je mehrere Einzeldelikte seiner Tatgenossen gleichzeitig gefördert werden, so sind ihm die je gleichzeitig geförderten einzelnen Straftaten als tateinheitlich begangen zuzurechnen, da sie in seiner Person durch den einheitlichen Tatbeitrag zu einer Handlung im Sinne des § 52 Abs. 1 StGB verknüpft werden. Ob die Mittäter die einzelnen Delikte nach obigen Grundsätzen gegebenenfalls tatmehrheitlich begangen haben, ist demgegenüber ohne Bedeutung (st. Rspr.; vgl. nur BGH NStZ-RR 2003, 265, 267; BGH wistra 2001, 336, 337 m. w. N.; a.A. Stree in Schönke/Schröder, StGB 26. Aufl. § 52 Rdn. 21).

Beim Zusammenwirken mehrerer Beteiligter im Rahmen eines Unternehmens, das - allein oder auch - zum Zwecke der Begehung von Straftaten über eine längere Zeit betrieben wird, ist nach diesen Maßstäben eine Vielzahl von Möglichkeiten denkbar, wie in der Person jedes einzelnen Beteiligten je nach seinen Tätigkeitsbereichen bzw. seinen tatsächlich entfalteten Aktivitäten die aus dem Unternehmen heraus begangenen Straftaten konkurrenzrechtlich zusammentreffen können. Die Aufklärung der firmeninternen Vorgänge, die für eine in allen Einzelheiten zutreffende konkurrenzrechtliche Bewertung der dem jeweiligen Beteiligten zurechenbaren Einzeltaten notwendig wäre, wird demgegenüber jedoch vielfach nicht möglich oder nur mit einem unverhältnismäßigen Ermittlungs- bzw. Verhandlungsaufwand durchführbar sein. Dieses Aufklärungsdefizit war nach früherer Rechtsprechung weitgehend deswegen unproblematisch, weil derartige Tatserien meist - ob nach den hierzu aufgestellten rechtlichen Maßstäben stets zutreffend, sei dahingestellt - als fortgesetzte Handlung rechtlich zu einer Tat im Sinne des § 52 Abs. 1 StGB verbunden wurden. Seit diese Rechtsfigur durch den Beschluss des Großen Senats für Strafsachen vom 3. Mai 1994 (BGHSt 40, 138) im wesentlichen - so auch für den Straftatbestand des Betruges - aufgegeben worden ist, stellt sich das Problem der tatsächlichen Aufklärung und zutreffenden konkurrenzrechtlichen Bewertung von Tatserien unter Mitwirkung mehrerer Beteiligter neu. Zur Überwindung der dadurch aufgeworfenen Schwierigkeiten behilft sich die Rechtsprechung nunmehr damit, dass sie - abgesehen von durch einen Tatgenossen eigenhändig verwirklichten oder durch einen individuellen Tatbeitrag mitverwirklichten Einzeldelikten - Tatbeiträge eines Mittäters, mittelbaren Täters oder Gehilfen zum Aufbau, zur Aufrechterhaltung und zum Ablauf eines auf Straftaten ausgerichteten Geschäftsbetriebes unter Heranziehung des Zweifelssatzes (vgl. BGH NStZ 1994, 586) rechtlich weitgehend zu einem - un-

eigentlichen - Organisationsdelikt zusammenfasst, durch welches mehrere Einzelhandlungen oder mehrere natürliche Handlungseinheiten rechtlich verbunden und hiermit die aus der Unternehmensstruktur heraus begangenen Straftaten in der Person dieser Tatbeteiligten zu einer einheitlichen Tat oder gegebenenfalls zu wenigen einheitlichen Taten im Sinne des § 52 Abs. 1 StGB zusammengeführt werden (BGH NSTz 1996, 296 f.; BGH NJW 1998, 767, 769; 2004, 375, 378).

Hiergegen ist, insbesondere unter dem Aspekt der Verfahrensvereinfachung, grundsätzlich nichts einzuwenden; denn da die konkurrenzrechtliche Einordnung der Einzeltaten deren Gesamtunrechts- und Schuldgehalt im allgemeinen nicht berührt (vgl. BGHSt 40, 218, 239; 41, 368, 373; BGH NSTz 1997, 233; BGH, Beschl. vom 30. März 2004 - 4 StR 529/03), führt die Verurteilung wegen nur einer Tat oder nur weniger tatmehrheitlicher Taten in aller Regel im Ergebnis zu einer den Angeklagten weder ungerechtfertigt belastenden noch unberechtigt begünstigenden Straffolge. Jedoch darf hierüber nicht aus dem Blick verloren werden, dass dem Angeklagten jedes durch einen Mithäter, Tatmittler oder Haupttäter vollendetes selbständiges Einzeldelikt zuzurechnen ist. Dies ist zur Kennzeichnung des Schuldumfangs im Schuldspruch grundsätzlich dadurch zum Ausdruck zu bringen, dass das Vorliegen gleichartiger Tateinheit kenntlich gemacht wird (vgl. BGH NSTz 1994, 35; BGHR StGB § 52 Abs. 1 Handlung, dieselbe 30 und § 263 Täterschaft 1; BGH wistra 2001, 44; missverständlich demgegenüber BGHR StGB § 263 Abs. 1 Konkurrenzen 10 und § 266 Abs. 1 Konkurrenzen 2). Hiervon kann nur dann ausnahmsweise abgesehen werden, wenn durch die genaue Bezeichnung des Konkurrenzverhältnisses der Schuldspruch unübersichtlich und schwer verständlich würde (BGH NSTz 1996, 610, 611).

bb. Zur Annahme von Tateinheit im vorliegenden Fall
Ob das Landgericht diese Grundsätze bei allen Angeklagten zutreffend angewendet hat, insbesondere ob nicht jedenfalls bei dem Angeklagten H aufgrund der festgestellten Telefonate mit jedem einzelnen Kunden zur technischen Abwicklung der Erstanlage zumindest 23 Betrugstaten tatmehrheitlich hätten ausgeurteilt werden müssen, kann dahinstehen. Ebenso bedürfen die Schuldsprüche insofern keiner Korrektur, als das Landgericht das Vorliegen gleichartiger Tateinheit nicht zum Ausdruck gebracht hat. Denn durch die Ausurteilung nur einer einheitlichen Betrugstat werden die Angeklagten hier nicht beschwert, insbesondere wird die Annahme gewerbsmäßiger Tatbegehung hierdurch nicht ausgeschlossen.

Die Betrachtung der rechtlichen und tatsächlichen Gründe, die dazu führten, dass das Landgericht die verschiedenen Einzelaktivitäten der Angeklagten, durch die diese zur Verwirklichung der ihnen zurechenbaren Betrugsfälle beigetragen haben, als “diesel-

be Handlung” im Sinne des § 52 Abs. 1 StGB gewertet hat, zeigt, dass die konkurrenzrechtliche Einordnung keine geeignete Rechtfertigung dafür darstellen kann, gewerbsmäßige Tatbegehung zu verneinen. Sie hängt weitgehend von Zufälligkeiten ab, verschleiert eher den Umfang der tatsächlichen strafrechtlichen Aktivitäten der Angeklagten sowie die Bedeutung, die diesen für die Verwirklichung der Deliktsserie zukam, und verdeckt - bei Ausurteilung nur einer einheitlichen Betrugstat - insbesondere den wesentlichen Umstand, dass den Angeklagten alle während des ihnen anlastbaren Tatzeitraums aus dem Unternehmen heraus begangenen Betrugsdelikte zuzurechnen sind. Sie beruht bei den Angeklagten H und Y allein auf der Anwendung des Zweifelssatzes, weil das Landgericht die genaue Zahl der von diesen eigenhändig in allen Tatbestandsmerkmalen und damit tatmehrheitlich verwirklichten Betrugstaten nicht festzustellen vermochte, obwohl es andererseits davon überzeugt war, dass diese Angeklagten eine Mehrzahl von Betrugsdelikten tatmehrheitlich begangen haben. Beim Angeklagten Y ist lediglich deshalb von nur einer Tat nach § 52 Abs. 1 StGB auszugehen, weil zum einen keine isolierten Kausalverknüpfungen zwischen seinen verschiedenen Tätigkeiten und bestimmten einzelnen betrügerischen Schädigungen bestehen und zum anderen bereits seine Mitwirkung bei der Errichtung des Unternehmens sich auf alle späteren Betrugsdelikte fördernd ausgewirkt hat. Die inhaltlichen Voraussetzungen der Gewerbsmäßigkeit werden hierdurch nicht berührt.

Eine andere Betrachtung würde dem Regelungsgehalt der §§ 52, 53 StGB nicht gerecht. Dieser erschöpft sich in Fragen der Strafenbildung (vgl. BVerfGE 56, 22, 30 f.; BGHSt 43, 252, 256) und ist daher nur für die Rechtsfolgenseite relevant. Zur Auslegung von Tatbestands- bzw. Qualifikationsmerkmalen des Besonderen Teils des StGB vermag er dagegen nichts beizutragen (vgl. Schmitz in MünchKomm-StGB § 244 Rdn. 41).

Entsprechend war bereits in der früheren Rechtsprechung zu der rechtlichen Handlungseinheit der Fortsetzungstat anerkannt, dass Gewerbsmäßigkeit auch dann vorliegen kann, wenn dem Täter “nur” eine fortgesetzte Handlung zur Last liegt und sein Wille auch nicht auf die Begehung weiterer im Verhältnis zur Fortsetzungstat selbständige Handlungen gerichtet war. Dem lag der Gedanke zugrunde, dass es keinen rechtfertigenden Grund dafür gebe, einen von vornherein zu wiederholtem Handeln entschlossenen, also besonders bedenkenlosen Täter nur deshalb nicht wegen gewerbsmäßigen Handelns zu verurteilen, weil dieser - auch - den Gesamtvorsatz hatte, sich die fortlaufende Einnahmequelle von einiger Dauer in mehreren Einzelakten einer (von ihm selbst selten zutreffend als solche beurteilten) fortgesetzten Handlung zu verschaffen. Dabei dürfe nicht übersehen werden, dass die fortgesetzte Tat nur im rechtlichen, nicht aber im na-

türlichen Sinne "eine" Tat ist, die sich aus mehreren stets vom Vorsatz des Täters getragenen Verletzungen desselben Rechtsguts zusammensetzt, aus denen der Täter immer wieder neue materielle Vorteile ziehen kann (BGHSt 26, 4, 8; BGH NJW 1992, 381, 382).

Diese normative Bewertung trifft auch auf vorliegende Fallgestaltung zu, in der - wenn auch unter anderem dogmatischen Ansatz - ebenfalls alle aus dem Unternehmen heraus begangenen Betrugsdelikte den Angeklagten rechtlich als eine Tat im Sinne des § 52 Abs. 1 StGB zugerechnet werden. Die Zusammenfassung mehrere Betrugsdelikte zu einer rechtlichen Handlungseinheit vermag danach generell die Annahme von gewerbsmäßiger Tatbegehung nicht auszuschließen. Ob gleiches auch dann zu gelten hat, wenn ein Tatbeteiligter an einer Deliktsserie nur durch eine Handlung bzw. in natürlicher Handlungseinheit stehende Betätigungen mitgewirkt hat, bedarf hier keiner Entscheidung.

2. Zum Vorliegen eines Bandenbetrugs (§ 263 V StGB)

Bandenmäßig im Sinne des § 263 Abs. 5 StGB handelt, wer den Betrug als Mitglied einer Bande begeht, die sich zur fortgesetzten Begehung von Straftaten nach den §§ 263 bis 264 oder 267 bis 269 StGB verbunden hat. Eine derartige Bande ist gegeben, wenn sich mindestens drei Personen mit dem Willen zusammengeschlossen haben, im einzelnen noch ungewisse Straftaten der genannten Art zu begehen (vgl. BGHSt 46, 321). Danach ist auch hier - wie bei der Gewerbsmäßigkeit - nicht vorausgesetzt, dass die Bandenmitglieder tatsächlich mehrere Betrugstaten bzw. andere der in § 263 Abs. 5 StGB genannten Delikte begangen haben. Vielmehr ist es ausreichend, wenn es im Zeitpunkt ihres Zusammenschlusses ihre gemeinsame Absicht war, mehrere noch nicht im einzelnen konkretisierte derartige Taten zu verwirklichen. Scheidet in einem derartigen Fall ein Tatgenosse schon nach der ersten unter seiner Beteiligung begangenen Straftat aus oder fliegt die Gruppierung insgesamt zu diesem Zeitpunkt bereits auf, so ist er wegen eines einzigen Bandenbetruges zu verurteilen (BGH bei Dallinger MDR 1967, 269; Schmitz aaO Rdn. 44). Die (beabsichtigte) wiederholte Tatbegehung als Voraussetzung der Gewerbsmäßigkeit und die (beabsichtigte) fortgesetzte Tatbegehung als Voraussetzung von Bandenmäßigkeit sind daher strukturell identisch. Für den Bandenbetrug kann daher im Grundsatz nichts anderes gelten, als oben für den gewerbsmäßigen Betrug ausgeführt: maßgebend dafür, ob fortgesetzt eine Mehrzahl im einzelnen noch ungewisser Straftaten der in § 263 Abs. 5 StGB benannten Art begangen werden sollten oder begangen wurden, sind die - geplanten - tatsächlichen Abläufe sowie deren Umsetzung; unerheblich ist demgegenüber, ob diese in der Person eines Bandenmit-

gliedes aufgrund der besonderen Art seiner Tatbeiträge und gegebenenfalls unter Heranziehung des Zweifelsatzes rechtlich zu einer Tat im Sinne des § 52 Abs. 1 StGB zusammengefaßt werden oder würden.

Allerdings besteht beim Bandenbetrug im Vergleich zum gewerbsmäßigen Betrug eine Besonderheit, die dieses Ergebnis indessen noch erhärtet: während das nach der Gesetzesauslegung für gewerbsmäßiges Handeln erforderliche Merkmal der (beabsichtigten) wiederholten Tatbegehung auf den Willen des einzelnen Täters abstellt, hat das Tatbestandsmerkmal der (beabsichtigten) fortgesetzten Tatbegehung nach dem Gesetzeswortlaut die Vorstellungen der Bande in ihrer Gesamtheit im Blick. Geht diese - wie angesichts der nicht näheren Konkretisierung der Einzeltaten nahezu notwendig - dahin, dass die Deliktsserie durch Aktivitäten verwirklicht wird, die jedenfalls in der Person einzelner Mitglieder der Tätergruppierung tatsächlich selbständige Straftaten darstellen, ist daher bereits mit der ersten Tatbegehung für die daran Mitwirkenden das Merkmal der Bandenmäßigkeit erfüllt. Ob die Tatbeiträge eines Beteiligten zu diesem und den (geplanten) nachfolgenden Delikten rechtlich zu einer Tat im Sinne gleichartiger Tateinheit verknüpft würden, ist daher noch weniger von Belang als bei der Frage der Gewerbsmäßigkeit. Eine abweichende Betrachtung bliebe auch hier den Begrifflichkeiten der Konkurrenzlehre verhaftet, obwohl diese lediglich Fragen der Strafenbildung betrifft. Sie würde darüber hinaus dem Schutzziel des Qualifikationsmerkmals der Bandenmäßigkeit geradezu entgegenwirken, das durch die erhöhte Strafandrohung auch der Gefahr begegnen will, dass durch die gruppenspezifischen Prozesse innerhalb des Zusammenschlusses mehrerer tatgeneigter Personen ein ständiger Anreiz zur Begehung weiterer einschlägiger Straftaten geschaffen wird (vgl. BGHSt 23, 239, 240).

Zwar hat die frühere Rechtsprechung demgegenüber stets betont, dass die beabsichtigte Verwirklichung nur einer Fortsetzungstat, also ebenfalls einer rechtlichen Handlungseinheit, eine bandenmäßige Tatbegehung nicht zu begründen vermöge (s. etwa BGH NStZ 1986, 409; 1993, 294; BGHR BtMG § 30 Abs. 1 Nr. 1 Bande 3, wo allerdings bereits Bedenken gegen diese Rechtsprechung angedeutet werden; s. andererseits BGHSt 35, 374 zu § 370 Abs. 3 Nr. 4 AO). Abgesehen davon, dass diese Ansicht in einem kaum erklärbaren Widerspruch zu der gleichzeitig bejahten Möglichkeit einer gewerbsmäßig begangenen Fortsetzungstat stand, kann aus ihr nunmehr schon deshalb nichts mehr abgeleitet werden, weil die Rechtsfigur der Fortsetzungstat für Betrugsserien nicht mehr anzuerkennen ist (BGHSt 40, 138). Nach alledem wurden die Angeklagten zu Recht wegen gewerbsmäßigen Bandenbetrugs verurteilt, so dass ihre Revisionen zu verwerfen sind.

Urteile in Fallstruktur

Standort: Öffentliches Recht

Problem: Anwaltswerbung

BVERFG, URTEIL VOM 28.07.2004
1 BVR 159/04 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Das BVerfG hatte sich in der nachstehenden Entscheidung erneut mit der Zulässigkeit der Werbung von Rechtsanwälten zu beschäftigen. Diese ist in der Berufsordnung der Rechtsanwälte (BORA) relativ stark eingeschränkt. Das BVerfG setzt aber seine seit Jahren erkennbare Tendenz fort, Freiberuflern in weitaus größerem Umfang Werbung zu gestatten, als dies bei wortgetreuer Anwendung der einschlägigen Vorschriften des einfachen Rechts (hier: §§ 6, 7 BORA) möglich wäre. So ermöglichte es im vorliegenden Fall einem Rechtsanwalt, sich im Briefkopf als "Spezialist für Verkehrsrecht" zu bezeichnen, obwohl § 7 I BORA es ausdrücklich untersagt, andere Angaben als Fachanwaltsbezeichnungen, Interessen- und/oder Tätigkeitsschwerpunkte hinzuzusetzen. § 7 I BORA "rettet" das BVerfG nur im Wege einer verfassungskonformen Auslegung vor der Nichtigkeit. Man müsse die Vorschrift so verstehen, dass sie nur berufswidrige Werbung verbiete.

Prüfungsrelevanz:

Inhaltlich geht es um eine auf Art. 12 I GG gestützte Verfassungsbeschwerde. Dass die Berufsfreiheit eines der wichtigsten und examensrelevantesten Grundrechte überhaupt ist, ohne dessen sichere Kenntnis sich niemand einer Examensprüfung unterziehen sollte, bedarf keiner weiteren Ausführungen. Gerade zum hier angesprochenen Thema "Werbung von Freiberuflern" gibt es in der jüngeren Vergangenheit zahlreiche Gerichtsentscheidungen auf allen Ebenen, so dass sich dieser Einstieg für Prüfungsaufgaben momentan besonders anbietet.

Diese Thematik betrifft auch andere Bereiche des Rechts, etwa die Meinungsfreiheit des Art. 5 I GG, wenn es um die Veröffentlichung von Anwaltslisten oder Anwaltsrankings geht. Häufig stellen sich auch wettbewerbsrechtliche Fragen, etwa nach einem Verstoß gegen § 1 UWG. Nicht unerwähnt bleiben soll schließlich der völker- und europarechtliche Einschlag. So hat erst kürzlich der EGMR entschieden, dass ein Werbeverbot für Ärzte gegen Art. 10 EMRK verstoßen kann, wengleich sie grundsätzlich innerhalb eines gewissen Spielraums zulässig sein soll (sie-

he zu allem die Vertiefungshinweise).

Vertiefungshinweise:

- Werberecht für Anwälte: *BVerfGE* 57, 121; 76, 196; 82, 18; *NJW* 2001, 3324; *NJW* 2001, 2620; *OLG Stuttgart*, *NJW-RR* 2002, 1067; *AG Schwerte*, *NJW-RR* 2002, 1146
- Anwaltsranking und Meinungsfreiheit: *BVerfG*, *NJW* 2003, 277; daran anschließend *OLG München*, *NJW* 2003, 1534
- Werbung von Freiberuflern im Lichte des Art. 10 EMRK: *EGMR*, *NJW* 2003, 497

Kursprogramm:

- Examenskurs* : "Der alte Mann als Kassenarzt"

Leitsatz (der Redaktion):

Zur Verfassungsmäßigkeit des an einen Rechtsanwalt gerichteten Verbots, auf seinem Briefkopf die Bezeichnung "Spezialist für Verkehrsrecht" zu führen.

Sachverhalt:

Der Beschwerdeführer betätigt sich seit ca. 25 Jahren vornehmlich auf dem Gebiet des Verkehrsrechts. Er gehört u.a. als stellvertretender Vorsitzender dem geschäftsführenden Ausschuss der Arbeitsgemeinschaft Verkehrsrecht des Deutschen Anwalt-Vereins an, ist seit Jahrzehnten Mitglied des Gesetzgebungsausschusses Verkehrsrecht des Deutschen Anwalt-Vereins, des Vorstandes der Deutschen Akademie für Verkehrswissenschaft und eines Fachausschusses der Bundesanstalt für Straßenwesen. Er ist weiterhin Herausgeber und Schriftleiter der Zeitschriften "Zeitschrift für Schadensrecht" und "Spektrum für Versicherungsrecht". Außerdem ist er im Bereich des Verkehrsrechts publizierend und als Referent tätig gewesen.

Um diese Spezialisierung deutlich machen zu können, teilte der Beschwerdeführer der für ihn zuständigen Rechtsanwaltskammer C. mit, dass er sich künftig als "Spezialist für Verkehrsrecht" bezeichnen werde, da es eine Fachanwaltschaft für Verkehrsrecht bislang nicht gebe. Die zuständige Abteilung der Anwaltskammer bestätigte dem Beschwerdeführer zunächst, dass er die Bezeichnung - auch auf seinem Briefkopf - führen dürfe. Nachdem dies jedoch bei anderen Rechtsanwaltskammern auf Kritik gestoßen war, änderte der Vor-

stand der Rechtsanwaltskammer C. seine Auffassung und belehrte den Beschwerdeführer gemäß § 73 Abs. 2 Nr. 1 der Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO) dahingehend, auf dem Briefkopf die Selbstbezeichnung als "Spezialist" zu unterlassen.

Gegen diesen Bescheid hat der Beschwerdeführer den Anwaltsgerichtshof um Entscheidung angerufen mit dem Ziel, eine Erlaubnis für die gewünschte Selbstdarstellung auch auf dem Briefkopf zu erhalten, weil die Angabe von Interessen- und Tätigkeitsschwerpunkten nicht ausreichend sei, seine tatsächlich vorhandene Spezialisierung nach außen kund zu tun.

Der Anwaltsgerichtshof hat den Antrag abgelehnt. Die durch die Anwaltskammer erfolgte Belehrung sei materiell rechtmäßig. Der Beschwerdeführer dürfe die von ihm gewünschte Bezeichnung gemäß § 7 Abs. 1 in Verbindung mit § 6 Abs. 2 der Berufsordnung für Rechtsanwälte (BORA) nicht führen. Nach diesen Vorschriften dürften unabhängig von der Angabe von Fachanwaltsbezeichnungen als Teilbereiche der Berufstätigkeit nur Interessen- und/oder Tätigkeitsschwerpunkte benannt werden. Vorliegend wolle der Beschwerdeführer der Sache nach einen Tätigkeitsschwerpunkt bewerben. Gemäß § 7 Abs. 1 BORA dürfe er daher auch nur diesen Begriff verwenden. Diese Beschränkung stelle keinen Verstoß gegen Art. 12 Abs. 1 GG dar. Denn dem Beschwerdeführer verbleibe die Möglichkeit, in Praxisbroschüren, Rundschreiben und anderen vergleichbaren Informationsmitteln wie beispielsweise dem Internet auf seine Spezialisierung hinzuweisen. Verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Vorschrift des § 7 BORA bestünden nicht. Die Norm diene der legitimen Verhinderung einer Irreführung der Rechtsuchenden. Zudem wirke sie einer Aushöhlung des numerus clausus der Fachanwaltschaften entgegen.

Ist der Beschwerdeführer (Bf.) durch das Verbot, auf seinem Briefkopf die Bezeichnung "Spezialist für Verkehrsrecht" zu führen, in seiner Berufsfreiheit aus Art. 12 I GG verletzt?

[Anm.: Auszug aus der Berufsordnung der Rechtsanwälte (BORA):

§ 6 Werbung

(1) Der Rechtsanwalt darf über seine Dienstleistung und seine Person informieren, soweit die Angaben sachlich unterrichten und berufsbezogen sind.

(2) In Praxisbroschüren, Rundschreiben und anderen vergleichbaren Informationsmitteln dürfen auch andere als die nach § 7 erlaubten Hinweise sowie Erläuterungen der Interessen- und Tätigkeitsschwerpunkte gegeben werden. [...]

§ 7 Interessen- und Tätigkeitsschwerpunkte

(1) Unabhängig von der Angabe von Fachanwaltsbe-

zeichnungen dürfen als Teilbereiche der Berufstätigkeit nur Interessen- und/oder Tätigkeitsschwerpunkte benannt werden. Insgesamt sind nicht mehr als fünf Benennungen zulässig, davon höchstens drei Tätigkeitsschwerpunkte. Interessen- und Tätigkeitsschwerpunkte sind jeweils als solche zu bezeichnen.

(2) Interessenschwerpunkte darf nur benennen, wer besondere Kenntnisse auf dem benannten Gebiet nachweisen kann, die im Studium, durch vorherige Berufstätigkeit, durch Veröffentlichungen oder in sonstiger Weise erworben wurden.

Tätigkeitsschwerpunkte darf nur benennen, wer zusätzlich auf dem benannten Gebiet nach der Zulassung seit mindestens zwei Jahren in erheblichem Umfang tätig gewesen ist.]

Lösung:

Der Bf. ist in seiner Berufsfreiheit aus Art. 12 I GG verletzt, wenn ein nicht gerechtfertigter Eingriff in den Schutzbereich dieses Grundrechts vorliegt.

A. Schutzbereich betroffen

Art. 12 I 1 GG gibt seinem Wortlaut nach allen Deutschen das Recht, ihren Beruf frei zu wählen. Unter einem Beruf ist jede auf Dauer angelegte, entgeltliche und erlaubte Tätigkeit zu verstehen. Dass dazu auch die Tätigkeit als Rechtsanwalt gehört, liegt auf der Hand.

Im vorliegenden Fall geht es dem Bf. jedoch nicht um die Berufswahl, also etwa den Zugang zur Anwaltschaft und den Verbleib in dieser, sondern die Berufsausübung in Form der Gestaltung seines Briefkopfes. Davon ist in Art. 12 I 1 GG zwar nicht explizit die Rede. Art. 12 I 1 GG schützt die Berufsfreiheit aber gleichwohl in einem umfassenden, sich auch auf die Berufsausübung erstreckenden Sinne. Denn in der Berufsausübung aktualisiert sich täglich die Berufswahlentscheidung. Zudem unterwirft Art. 12 I 2 GG die Berufsausübung der Regelung durch oder aufgrund eines Gesetzes; kann die Berufsausübung aber eingeschränkt werden, ist damit zugleich gesagt, dass sie zunächst geschützt ist.

B. Eingriff

Unter einem Eingriff ist jede Verkürzung des Schutzbereichs zu verstehen. Das BVerfG bejaht einen solchen unter kurzem Hinweis auf seine frühere Rspr. zu diesem Thema:

"Den Angehörigen freier Berufe soll für sachgerechte, nicht irreführende Information im rechtlichen und geschäftlichen Verkehr Raum bleiben (vgl. BVerfGE 82, 18 <28>). Staatliche Maßnahmen, die sie dabei beschränken, sind Eingriffe in die Freiheit der Berufsausübung (vgl. BVerfGE 85, 248 <256>)."

C. Rechtfertigung

Fraglich ist, ob der Eingriff verfassungsrechtlich ge-

rechtfertigt ist. Dann müsste er von den Schranken des Grundrechts gedeckt sein.

I. Schranken

Wie erwähnt können die Einschränkungen der Berufsausübung nur, aber immerhin durch oder aufgrund eines Gesetzes geregelt werden, Art. 12 I 2 GG. Als diese Schranke konkretisierende Normen kommen hier die §§ 6 ff. der Berufsordnung für Rechtsanwälte (BORA) in Betracht, die ihrerseits auf § 59 b Abs. 2 Nr. 2 und 3 der Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO) beruhen.

II. Eingriff von Schranken gedeckt

Diese Schranken können den Eingriff aber nur decken, wenn sie selbst verfassungsgemäß sind (vgl. BVerfGE 101, 331 <347>) und ihre Anwendung auf den konkreten Einzelfall nicht gegen die Verfassung verstößt.

1. Verfassungsmäßigkeit der Schranke

a. § 59 b Abs. 2 Nr. 2 und 3 BRAO

Gegen die Verfassungsmäßigkeit des § 59 b Abs. 2 Nr. 2 und 3 BRAO, der nur zum Erlass der einschlägigen Vorschriften der BORA ermächtigt, bestehen keinerlei Bedenken. Es ist nicht ersichtlich, warum das Grundgesetz es nicht zulassen sollte, dass das Nähere zu den beruflichen Pflichten im Berufsstand der Rechtsanwälte durch eine Berufsordnung in Form einer Satzung geregelt wird.

b. § 7 BORA

Fraglich ist jedoch, ob die Beschränkung anwaltlicher Werbung auf Interessen- und Tätigkeitsschwerpunkte im Briefkopf nach § 7 BORA verfassungsgemäß ist. Diese haben zur Folge, dass nur in Praxisbroschüren, Rundschreiben und anderen vergleichbaren Informationsmitteln zur Bewerbung von Teilbereichen der Berufstätigkeit auch über anderes als über Interessen- und Tätigkeitsschwerpunkte sowie Fachanwaltsbezeichnungen informiert werden darf. Diese Regelung könnte gegen den aus dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 III GG folgenden Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verstoßen. Verhältnismäßig ist eine Norm nur dann, wenn sie zur Erreichung eines legitimen Zwecks geeignet, erforderlich und angemessen ist. Das BVerfG sieht die Notwendigkeit einer verfassungskonformen Auslegung der ihrem Wortlaut schon nicht erforderlichen Regelung:

aa. Legitimer Zweck

“Die werberechtlichen Vorschriften in der Berufsordnung für Rechtsanwälte dienen dem Zweck, die Unabhängigkeit des Rechtsanwalts als Organ der Rechtspflege zu sichern; mit der Stellung eines Rechtsanwalts ist im Interesse des rechtsuchenden Bürgers eine Werbung nicht vereinbar, die ein reklamehaftes

Anpreisen in den Vordergrund stellt und mit der eigentlichen Leistung des Anwalts und dem unabdingbaren Vertrauensverhältnis im Rahmen eines Mandats nichts mehr zu tun hat (vgl. BVerfGE 76, 196 <207 f.>; 82, 18 <26>). Verboten werden kann daher neben solchen Werbemethoden, die Ausdruck eines rein geschäftsmäßigen, ausschließlich am Gewinn orientierten Verhaltens sind, insbesondere diejenige Werbung, die Gefahr läuft, den Rechtsuchenden in die Irre zu führen (vgl. BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats, NJW 2001, S. 2620).”

bb. Geeignetheit

Dass jede Form der Beschränkung der Außendarstellung eines Rechtsanwalts letztlich auch die Gefahr von Missbrauch durch marktschreierische Werbung und dgl. verringert, liegt auf der Hand. Solche Beschränkungen sind daher zumindest geeignet, die Erreichung des angestrebten Zwecks zu fördern.

cc. Erforderlichkeit

Das BVerfG verneint aber die Erforderlichkeit eines pauschalen Verbots der Außendarstellung auf Briefköpfen über Interessen- und Tätigkeitsschwerpunkte hinaus, denn damit würden auch die Fälle sachlicher Darstellung erfasst, in denen eine Beeinträchtigung des legitimen Zwecks gar nicht zu befürchten ist:

“Die durch die werberechtlichen Regelungen geschützten Rechtsgüter und insoweit vom Normgeber verfolgten Ziele rechtfertigen es jedoch nicht, Angaben und Zusätze, die eine ausgeübte Tätigkeit näher charakterisieren sollen, ohne Rücksicht auf ihren Sinn und Zweck oder ihren Informationswert für Dritte zu verbieten. Dies hat das Bundesverfassungsgericht bereits ausdrücklich im Zusammenhang mit dem Werbeverbot der freiberuflichen Ärzte ausgeführt (vgl. BVerfG, NJW 2002, 1331). Dieser Rechtsprechung ist der Bundesgerichtshof gefolgt (vgl. für die Werbung der Ärzte: BGH, NJW-RR 2003, 1288; vgl. im Zusammenhang mit § 59 k BRAO und § 9 BORA: BGH, NJW 2004, 1099). Auch das Landesberufsgericht für Heilberufe beim Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen hat Kurzinformationen über eine Praxis auf dem Briefkopf unter Berücksichtigung der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung zugelassen (vgl. Arztrecht 2004, 46; vgl. zum Ganzen auch: BVerfG, 2. Kammer des Ersten Senats, Beschluss vom 29. April 2004 - 1 BvR 649/04 - sowie Beschluss vom 30. April 2004 - 1 BvR 2334/03 - jeweils veröffentlicht in Juris). Für Rechtsanwälte gilt insoweit nichts anderes. Sofern zutreffende Angaben über die spezielle Qualifikation des Anwalts in sachlicher Form erfolgen und die Angaben nicht irreführend sind, lässt sich ein Verbot dieser Selbstdarstellung von Verfassungs wegen nicht rechtfertigen (vgl. dazu auch BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats, NJW 1993, S. 2988 <2989>; BVerfG, a.a.O.).

Auch die Wahl eines bestimmten Mediums rechtfertigt es regelmäßig nicht, die Grenzen erlaubter Außendarstellung von freiberuflich Tätigen enger zu ziehen. Das Bundesverfassungsgericht hat bereits mehrfach entschieden, dass ein zur Selbstdarstellung gewähltes Medium für sich betrachtet nicht die Unzulässigkeit der Werbung begründen kann (vgl. BVerfGE 94, 372 <392 f.>; BVerfG, Beschlüsse der 2. Kammer des Ersten Senats, NJW 2002, 1331; NJW 2003, 3470). Aus europäischen Maßstäben im freiberuflichen Werberecht ergibt sich ebenfalls nichts anderes. Weder der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften noch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte legen insoweit restriktivere Maßstäbe fest."

dd. Verfassungskonforme Auslegung

"Die Regelungen von § 7 Abs. 1, § 6 Abs. 2 BORA sind daher nur dann verfassungskonform, wenn sie dahingehend ausgelegt werden, dass auch im Zusammenhang mit anderen als den in § 6 Abs. 2 BORA genannten Medien lediglich eine berufswidrige Werbung unzulässig ist."

2. Verfassungsmäßige Anwendung

Die Norm müsste aber auch in verfassungskonformer, d.h. insbesondere verhältnismäßiger Weise angewendet worden sein.

[Anm.: Das BVerfG macht an dieser Stelle noch breite Ausführungen zu seiner Prüfungscompetenz hinsichtlich der Anwendung der Schranke auf den konkreten Einzelfall, weil es nicht berufen ist, hierüber im Sinne einer "Superrevisionsinstanz" zu entscheiden. Vielmehr stellt es ausdrücklich klar, dass die Subsumtion des Sachverhalts unter die Norm allein Sache der Fachgerichte sei. Das BVerfG prüfe lediglich, ob hierbei spezifisches Verfassungsrecht verletzt worden sei, etwa weil Bedeutung und Tragweite von Normen des GG verkannt oder missachtet worden sind. Zu diesen gehört auch der aus Art. 20 III GG ableitbare Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, der im Folgenden geprüft wird.]

In dieser Falllösung sind Ausführungen zur Prüfungscompetenz des BVerfG hingegen nicht angezeigt, weil in der Fallfrage nicht vom BVerfG die Rede ist. Hätte der Bearbeiter aber eine Entscheidung des BVerfG zu begutachten, also z.B. zu den Erfolgsaussichten einer Verfassungsbeschwerde Stellung zu nehmen, müsste dieser Umstand beachtet und ggf. auch erwähnt werden, sofern bspw. ein Beteiligter Umstände rügt, die nicht die Verletzung von Verfassungsrecht betreffen.]

a. Legitimer Zweck

Auch das gegenüber dem Bf. ergangene Verbot diene dem legitimen Zweck, die Integrität der Rechtsanwaltschaft als Organ der Rechtspflege zu sichern und eine Irreführung potenzieller Mandanten zu verhindern.

b. Geeignetheit

Hierzu wäre das Verbot nach dem zuvor Gesagten allerdings nur geeignet, wenn die vom Bf. verwendete Bezeichnung "Spezialist für Verkehrsrecht" tatsächlich als "berufswidrige Werbung" im Sinne der o.g. verfassungskonformen Auslegung des § 7 BORA einzustufen wäre. Bestünde hingegen schon die Gefahr einer solchen nicht, wäre das an den Bf. gerichtete Verbot, auf seinem Briefkopf die Bezeichnung "Spezialist für Verkehrsrecht" zu führen, auch nicht zur Bekämpfung einer solchen geeignet.

aa. Verwechslungsgefahr

Das BVerfG sieht zunächst die Gefahr, dass die Bezeichnung als "Spezialist" mit den gesetzlich vorgesehenen Bezeichnungen wie Tätigkeits- und Interessenschwerpunkt oder Fachanwalt verwechselt werden könnte, verneint eine solche aber i.E.:

"Das ist vorliegend schon deshalb zweifelhaft, weil die von der Bundesrechtsanwaltskammer in ihrer Stellungnahme herausgestellte Stufenfolge von Interessenschwerpunkt, Tätigkeitsschwerpunkt und Fachanwalt überhaupt nur in solchen Bereichen aussagekräftig sein kann, für die es eine Fachanwaltschaft gibt. Fachanwälte sind aber nicht notwendig Spezialisten. Dies ergibt sich schon aus § 43 c Abs. 1 BRAO, der die Führung von zwei Fachanwaltsbezeichnungen erlaubt. Angesichts der Weite der Tätigkeitsfelder, für die Fachanwaltschaften eingerichtet sind, wird insoweit keine Spezialisierung vorausgesetzt. Wer sich als Spezialist bezeichnet, bringt auch zum Ausdruck, dass er bevorzugt, wenn nicht gar ausschließlich, einen Teilbereich des Vollberufs bearbeitet. Für die Tätigkeitsschwerpunkte, von denen ein Rechtsanwalt drei (neben zwei Interessenschwerpunkten) benennen darf, scheidet Spezialistentum von vornherein aus. Spezialisiert sich ein Anwalt tatsächlich auf einen engen Bereich aus dem weiten Feld der Rechtsberatung, wehrt er mit der Außendarstellung als Spezialist zugleich die Inanspruchnahme in sonstigen Materien weitgehend ab. Die so informierten Rechtsuchenden werden bei ihm nur unter besonderen Umständen Rechtsrat auf anderen Feldern nachfragen. Die mit einer solchen Information verbundene dauerhafte Einengung der Berufstätigkeit kann mit den Begriffen des Schwerpunkts oder der Fachanwaltsbezeichnung nicht ausgedrückt werden."

bb. Irreführung

Ferner könnte eine Irreführung der potenziellen Mandanten vorliegen, wenn sich jemand als "Spezialist" bezeichnet, der kein Spezialist ist. Im vorliegenden Fall können dem Bf. aber Spezialkenntnisse nach Ansicht des BVerfG nicht abgesprochen werden:

"Nach den Feststellungen in den angegriffenen Entscheidungen lässt sich nicht begründen, dass Rechtsuchende dadurch in die Irre geführt werden könnten,

dass der Beschwerdeführer sich auch auf seinem Briefkopf und nicht nur in Faltblättern, im Internet oder in Kanzleibroschüren als Verkehrsrechtsspezialisten bezeichnet. Die Selbstbezeichnung eines bestimmten Rechtsanwalts als "Spezialist für Verkehrsrecht" stellt für den Rechtsrat Suchenden grundsätzlich eine interessengerechte und sachangemessene Information dar. [...] Eine Irreführung käme insoweit nur in Betracht, wenn der Bf. tatsächlich im allgemeinen Wortsinn kein Spezialist wäre. Das wird vorliegend weder von der Rechtsanwaltskammer noch vom Gericht geltend gemacht. Die Bundesrechtsanwaltskammer hält eine Irreführungsfahrdennoch für gegeben, weil der Begriff des Spezialisten nicht hinreichend konkret sei und sein Inhalt stark vom Selbstverständnis desjenigen abhängt, der mit ihm werbe. Angesichts der umfassenden Erfahrungen des Beschwerdeführers sowohl

rechtstheoretischer wie -praktischer Art auf dem Gebiet des Verkehrsrechts läuft jedoch kein Rechtsuchender Gefahr, den Begriff im Fall des Beschwerdeführers falsch zu verstehen oder eine in irgendeiner Hinsicht überhöhte Erwartungshaltung an dessen einschlägige Kenntnisse mitzubringen."

cc. Ergebnis

Sonstige Umstände, die für eine "berufswidrige Werbung" sprechen könnten, sind nicht ersichtlich. Nach alledem ist das Verbot also schon nicht geeignet, eine solche zu unterbinden. § 7 BORA ist auf den Bf. mithin in unverhältnismäßiger Weise angewendet worden und kann den Eingriff in dessen Grundrecht aus Art. 12 I GG nicht rechtfertigen. Der Bf. ist in seiner Berufsfreiheit verletzt.

Standort: Zivilrecht

Problem: Abgebrochene Internetauktion

LG BERLIN, URTEIL VOM 20.07.2004
4 O 293 / 04 (NJW 2004, 2831)

Problemdarstellung:

Der Bkl. wurde hier auf Erfüllung eines Kaufvertrages in Anspruch genommen, nachdem er eine Internetauktion über das Internet-Auktionshaus "eBay" vorzeitig abgebrochen hatte. Der Kl. war zum Zeitpunkt des Abbruchs der Auktion der Höchstbietende.

Das LG Berlin hatte sich hier zunächst mit der Frage auseinanderzusetzen, wie die Voraussetzungen eines wirksamen Vertragsschlusses gem. den über 100 Jahre alten Vorschriften der §§ 145 ff BGB mit dem heutigen Rechtsverkehr mit seinen technisch vielfältigen Möglichkeiten des elektronischen Datenaustausches in Einklang zu bringen sind. Hierbei konnte es allerdings auf eine in seinen Grundzügen bereits gefestigte höchstrichterliche Rechtsprechung zu dieser Thematik zurückgreifen.

Ergänzt wurde dieser Fall durch Fragen der Stellvertretung im Rahmen von Internetauktionen sowie durch die Kombination eines Leistungsantrages Zug um Zug gegen Erbringung der Gegenleistung mit einem Feststellungsantrag bezüglich des Annahmeverzuges des Bkl. hinsichtlich dieser Gegenleistung. Die richtige Bearbeitung der letztgenannten Problematik setzt Grundkenntnisse hinsichtlich des Zusammenspiels von Erkenntnisverfahren und späterem Zwangsvollstreckungsverfahren voraus, da es dem Kl. hier darum ging, das Vorliegen besonderer Vollstreckungsvoraussetzungen und deren Nachweis gem. §§ 756, 765 ZPO möglichst frühzeitig sicherzustellen.

Prüfungsrelevanz:

Durch die technische Entwicklung des Erklärungsaus-

tausches im Rechtsverkehr, insbesondere durch den Boom sogenannter Internetauktionen, die zu einem Großteil über das auch in diesem Fall involvierte Internetauktionshaus Ebay abgewickelt werden, haben grundlegende Fragen aus dem Allgemeinen Teil des BGB eine Art Renaissance als Examensstoff erfahren, da es gilt, die seit Jahrzehnten unveränderten Regelungen bezüglich des Zustandekommens von Verträgen, des Wirksamwerdens von Willenserklärungen, der Anfechtung derselben, etc. in überzeugender Weise auf die technisierte Welt des 21. Jahrhunderts anzuwenden.

Auch in anderer Hinsicht beschäftigen eBay-Auktionen gegenwärtig die Gerichte. So hat der BGH in einem anhängigen Verfahren (Termin der Urteilsverkündung: voraussichtlich 03.11.2004) zu entscheiden, ob bei Verkäufen durch Unternehmer i. S. d. § 14 BGB Verbrauchern (§ 13 BGB) ein Widerrufsrecht gem. §§ 312 d I 1, 355 BGB zusteht, oder ob dem von vornherein § 312 d IV Nr. 5 BGB (kein Widerrufsrecht bei Versteigerungen i. S. d. § 156 BGB) entgegensteht. Die im vorliegenden Fall vertretene Auffassung des LG Berlin (keine Anwendbarkeit von § 156 BGB) dürfte hier für die Annahme eines Widerrufsrechtes sprechen. Dann wäre aber weiter zu beachten, dass der Unternehmer den Vertrag mittels eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebssystems geschlossen haben muss, vgl. § 312 b I BGB a. E. Die Anforderungen an ein solches "System" sind allerdings vergleichsweise gering, zudem stellt § 312 b I a. E. BGB die Vermutung eines solchen Systems auf, so dass im Streitfall der Unternehmer das Gegenteil darlegen und beweisen müsste (vgl. Palandt/Heinrichs, § 312 b Rz. 11).

Angesichts der Aktualität derartiger Fragestellungen ist Examenskandidaten in jeder Phase ihrer Vorbereitung zu raten, die Entwicklung der Rechtsprechung auf

diesem gebiet im Auge zu behalten. Die RA wird hierüber dementsprechend auch in Zukunft regelmäßig berichten.

Vertiefungshinweise:

- Zur Anwendung des BGB-AT auf e-commerce-Geschäfte: *Kimmelman/Winter*, JuS 2003, 532
- Zur Versteigerung im Internet: *BGH*, NJW 2002, 363; Urteilsbesprechung: *Lettl*, JuS 2002, 219

Kursprogramm:

- Examenskurs*: "Anrufbeantworter aus dem Internet"

Leitsatz (der Redaktion):

Das Einstellen eines Verkaufsangebots bei einer Online-Auktion ist verbindlich oder enthält zumindest eine antizipierte verbindliche Annahmeerklärung des vom Bieter abgegebenen Höchstgebots. Ein solches Angebot kann nicht durch den Anbieter im Wege der vorzeitigen Beendigung der Auktion als Willenserklärung „gelöscht“ werden.

Sachverhalt:

Der Kl. nimmt den Bekl. auf Erfüllung aus einem Vertrag, der über das Internetauktionenhaus ebay geschlossen sein soll, in Anspruch. Das Internetauktionenhaus ebay führt auf seiner Website Online-Auktionen durch, an denen als Käufer oder Verkäufer nur teilnehmen kann, wer sich zuvor bei ebay angemeldet und dabei die Allgemeinen Geschäftsbedingungen akzeptiert hat.

[Anm.: Diese Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthalten unter anderem folgende Regelungen:

§ 9 Vertragsschluss

1. Indem ein Mitglied als Anbieter zwecks Durchführung einer Online-Auktion einen Artikel auf die ebay-Website einstellt, gibt es ein verbindliches Angebot zum Vertragsschluss über diesen Artikel ab. Dabei bestimmt der Anbieter eine Frist, binnen derer das Angebot durch ein Gebot angenommen werden kann (Laufzeit der Online-Auktion). [...]

3. Mit dem Ende der von dem Anbieter bestimmten Laufzeit der Online-Auktion oder im Falle der vorzeitigen Beendigung durch den Anbieter kommt zwischen dem Anbieter und dem das höchste Gebot abgebenden Bieter ein Vertrag über den Erwerb des von dem Anbieter in die ebay-Website eingestellten Artikels zustande. [...]

§ 15 Verkaufsagent

1. Ebay-Mitglieder können die Berechtigung erlangen, mit dem eBay Verkaufsagenten-Logo im eigenen Namen für Dritte Artikel auf dem eBay-Marktplatz zu

verkaufen. [...]

5. Der Verkaufsagent ist verpflichtet, Artikel für Dritte im eigenen Namen zu verkaufen. Jede vertragliche Konstruktion, die darauf abzielt, den Verkaufsagenten von seinen vertraglichen Pflichten gegenüber dem Höchstbieter zu entbinden, ist untersagt und führt zur unmittelbaren Sperrung des Mitglieds als Verkaufsagent."]

Der Bekl. bot unter dem Pseudonym "oldtimeragent_com" bei einer Auktion den streitgegenständlichen Oldtimer Jensen Interceptor, Baujahr 1974, zum Kauf an. Unter der Artikelbeschreibung gab er unter anderem an: "Für die Richtigkeit der Angaben zeichnet der Besitzer und Eigentümer des Fahrzeugs verantwortlich. Die Agentur oldtimeragent_com stellt bei dieser Auktion nur den Abwicklungsservice zur Verfügung und ist zu keinem Zeitpunkt Eigentümer des Fahrzeugs ..." Das Angebot begann am 04.04.2004 und sollte am 11.04.2004 enden. Am 06.04.2004 fügte der Bekl. zum Angebot hinzu: "Bezüglich der Anfragen: Im Rahmen der Restauration wurde der ursprüngliche Serie 3 Motor mit kompletter Technik (Kühlung/Getriebe) gegen das neuere Serie 4 Paket getauscht ... Es handelt sich bei dem angebotenen Jensen um ein Automatikgetriebe." Der Kl. bot im Laufe der Auktion 8.218,12 Euro. Vor Ende der Auktion und zu einem Zeitpunkt, zu dem der Kl. Höchstbietender war, beendete der Bekl. das Angebot vorzeitig und löschte die darauf abgegebenen Gebote, unter ihnen das Höchstgebot des Kl. Dabei machte er nicht von der Möglichkeit Gebrauch, in seiner Artikelbeschreibung einen Grund für die Löschung anzugeben. In der Beschreibung des Auktionenhauses ebay zur vorzeitigen Beendigung von Angeboten, die nicht Bestandteil der Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist, heißt es auszugsweise:

"Grundsätzlich sind alle bei ebay eingestellten Artikel verbindliche Angebote. Aus diesem Grund dürfen Sie nur in Ausnahmefällen ein Angebot vor dem Angebotsende zurückziehen. Wenn bereits Gebote auf diesen Artikel vorliegen, dürfen Sie diese streichen. Gründe für eine vorzeitige Angebotsrücknahme können sein: Beim Einstellen des Artikels haben Sie sich bezüglich seiner Beschaffenheit geirrt..."

Nach der vorzeitigen Beendigung der Auktion forderte der Kl. den Bekl. per E-Mail vom 11.04.2004 auf, seine Kontoverbindung zur Überweisung des Kaufpreises mitzuteilen und Instruktionen zu geben, wann und wo er das Fahrzeug abholen könne. Als der Bekl. nicht reagierte, forderte ihn der Kl. durch seinen Prozessbevollmächtigten mit Schreiben vom 16.04.2004 auf, Name und Adresse des Eigentümers des Pkw bekanntzugeben, damit der Kaufvertrag abgewickelt werden könne. Dies verweigert der Bekl. durch seinen Prozess-

bevollmächtigten mit Schreiben vom 26.04. 2004. Mit Schreiben vom 24.05.2004 teilte der Bekl. zudem mit, er habe die Auktion abgebrochen, weil er zunächst nicht gewusst habe, dass bei dem Oldtimer ein Serie 4 Motor eingebaut worden sei und dass es sich um einen Automatikwagen gehandelt habe. Zudem sei er irrtümlich davon ausgegangen, der Wagen sei ausschließlich unter Verwendung von original Jensen Car Company Ersatzteilen restauriert worden. Zu einem späteren Zeitpunkt versuchte der Bekl., den Oldtimer ein zweites Mal unter Verwendung der identischen Artikelbeschreibung zu versteigern.

Der Kl. erhob daraufhin Klage vor dem zuständigen LG mit dem Antrag, den Bekl. zu verurteilen, ihm den Pkw Oldtimer Jensen zu übergeben, Zug-um-Zug gegen Zahlung von 8.218,12 Euro und festzustellen, dass der Bekl. sich im Verzug der Annahme befindet.

Wie wird das Gericht entscheiden ?

Lösung:

A. Leistungsklage auf Herausgabe des Oldtimers

Die Klage auf Herausgabe des Oldtimers Zug um Zug gegen Zahlung von 8.218,12 Euro hat Erfolg, soweit sie zulässig und begründet ist.

I. Zulässigkeit der Klage

Von der Zulässigkeit der Leistungsklage wird ausgegangen, da der Kl. das zuständige Gericht angerufen hat und anderweitige Zulässigkeitsprobleme nicht ersichtlich sind.

II. Begründetheit

Fraglich ist, ob der Kl. die Herausgabe des Oldtimers Jensen Interceptor verlangen kann. Dieses könnte sich aus einem Anspruch des Kl. auf Übergabe und Übereignung des Fahrzeugs gem. § 433 I 1 BGB ergeben.

1. Anspruch entstanden

Dann müssten die Parteien einen Kaufvertrag geschlossen haben, durch den der Bekl. sich zur Lieferung des Oldtimers verpflichtet hat. Ein solcher Vertrag besteht aus zwei übereinstimmenden, mit Bezug aufeinander abgegebenen Willenserklärungen, dem Angebot und der Annahme.

a. Angebot gem. § 145 BGB des Kl.

Ein Angebot des Klägers könnte darin zu sehen sein, dass er den Oldtimer auf der Website des Online-Auktionshauses eBay einstellte.

aa. Tatbestand einer Willenserklärung

Dann müsste dieses Verhalten zunächst den Tatbestand einer Willenserklärung erfüllen, das heißt, es müsste ein willensgesteuertes Verhalten vorliegen, das einen Rechtsbindungswillen und einen konkreten Ge-

schäftswillen erkennen ließ.

Hier erscheint zum einen der Rechtsbindungswille fraglich, da das Einstellen eines Artikels in eine online-Auktion auch eine Aufforderung an die Bieter sein könnte, durch ihr Gebot ein Angebot auf Abschluss eines Vertrages abzugeben (sog. "invitatio ad offerendum"). In diesem Fall käme ein Vertrag erst dann zustande, wenn das eBay-Mitglied, welches den Artikel eingestellt hat, das in dem Höchstgebot liegende Angebot auf Vertragsabschluss annimmt. Insofern wäre eine Internetauktion dann mit einem Vertragsabschluss im Rahmen einer Versteigerung gem. § 156 BGB vergleichbar. Hiergegen sprechen allerdings die Geschäftsbedingungen des Internetauktionshauses sowie die Auslegung des Verhaltens des Bekl. aus der Sicht eines objektiven Dritten mit Rücksicht auf die Verkehrssitte.

"Das Einstellen des Angebots des Bekl. in die Online-Auktion ist eine Willenserklärung und stellt bereits ein rechtsverbindliches Verkaufsangebot i. S. des § 145 BGB dar, welches der Kl. durch sein Höchstgebot angenommen hat. Eine Willenserklärung ist eine Äußerung, die auf die Herbeiführung eines rechtsgeschäftlichen Erfolgs gerichtet ist. Ob eine Äußerung als Willenserklärung zu verstehen ist, bedarf der Auslegung. Ein Angebot als empfangsbedürftige Willenserklärung ist so auszulegen, wie sie der Erklärungsempfänger nach Treu und Glauben unter der Berücksichtigung der Verkehrssitte verstehen musste. Dass das Einstellen eines Verkaufsangebots bei einer Online-Auktion verbindlich ist [...], ergibt sich schon aus Sinn und Zweck einer Auktion. Könnte sich der Verkäufer noch jederzeit überlegen, ob er das Angebot gelten lässt oder nicht, würde ein Bieten wenig Sinn machen und wäre jeder Bieter der Willkür der Anbieter ausgesetzt. Bei der Auslegung von Willenserklärungen bei Internet-Auktionen können zudem die Allgemeinen Geschäftsbedingungen als Auslegungsgrundlage herangezogen werden (vgl. BGH, NJW 2002, 363). Unter Heranziehung von § 9 Nr. 1 der AGB von eBay ergibt sich ebenfalls, dass derjenige, der einen Artikel auf die Website einstellt, ein verbindliches Angebot zum Vertragsschluss über diesen Artikel abgibt."

Das Verhalten des Bekl. war mithin als rechtsverbindlich aufzufassen.

Es könnte aber weiter fraglich sein, ob es auch einen hinreichend bestimmten Geschäftswillen erkennen ließ. Ein Vertragsangebot muss inhaltlich grundsätzlich so bestimmt sein, dass es durch bloße Zustimmung angenommen werden kann (vgl. Palandt/Heinrichs, § 145 Rz. 1). Dies erscheint hier zweifelhaft, da weder die Person des Käufers noch der Kaufpreis bei Einstellen des Oldtimers in die Internetauktion feststanden, es sich bei diesen Angaben aber um unverzichtbare Elemente (sog. "essentialia negotii", vgl. Palandt/Heinrichs, vor § 145 Rz. 3) handelt. Gleichwohl kann hier von einem hinreichend be-

stimmten Geschäftswillen des Bekl. ausgegangen werden.

“Die Willenserklärung des Bekl. ist auch hinreichend bestimmt. Sie richtet sich zwar an eine nicht konkret bezeichnete Person (ad incertam personam), genügt aber dem Bestimmtheitsanfordernis, weil zweifelsfrei erkennbar war, dass der Bekl. mit genau dem Auktionsteilnehmer abschließen wollte, der das Höchstgebot abgab. Da der Vertrag mit dem Höchstbietenden geschlossen werden soll, stehen zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses auch die essentialia negotii fest, weil der Kaufpreis in dem von dem Höchstbietenden genannten Betrag besteht.”

Das Einstellen eines Artikels in eine online-Auktion auf der eBay-Website erfüllt mithin den Tatbestand einer Willenserklärung in Form eines Vertragsangebotes i. S. d. § 145 BGB.

[Anm.: Das LG Berlin führt hierzu weiter aus: “Selbst wenn man die Willenserklärung des Bekl. noch nicht selbst als Verkaufsangebot qualifiziert, stellt sie zumindest eine - rechtlich zulässige - antizipiert erklärte Annahme des vom Kl. abgegebenen Höchstgebots dar. Außer Frage steht, dass das abgegebene Höchstgebot des Kl. eine wirksame, auf den Abschluss eines Kaufvertrags mit dem Bekl. gerichtete Willenserklärung darstellt.”]

bb. Wirksamwerden der Angebotsklärung

Das Angebot des Bekl. müsste auch wirksam geworden sein.

(1) Zugang der Willenserklärung, § 130 I 1 BGB

Eine empfangsbedürftige Willenserklärung wird gem. § 130 I 1 BGB wirksam, wenn sie dem Erklärungsempfänger nach Abgabe auch zugeht. Ein Zugang ist unter Abwesenden gegeben, wenn die Erklärung so in den Machtbereich des Empfängers gelangt, dass dieser unter normalen Umständen die Möglichkeit zur Kenntnisnahme hat (Palandt/Heinrichs, § 130 Rz. 5). Problematisch ist hier, dass der Bekl. seine Erklärung nur über die eBay-Website online gestellt hat, so dass Interessierte sie aufrufen konnten. Es erscheint fraglich, ob das Ansehen der Erklärung während eines Besuchs der Website bereits den Zugang i. S. d. § 130 I 1 BGB bewirkt. Erklärungen, die per e-mail abgegeben werden, gelten etwa erst dann als zugegangen, wenn sie in der eigenen Datenverarbeitungsanlage des Erklärungsempfängers oder im Empfangsbriefkasten des Providers abrufbar gespeichert sind (Palandt/Heinrichs, § 130 Rz. 7a).

Diese Abgrenzung kann im Ergebnis aber dahinstehen, wenn gar nicht der Zugang des Angebotes beim einzelnen Bieter maßgeblich ist, sondern die Abgabe und der Zugang gegenüber dem Betreiber der eBay-Website. Dieses könnte sich daraus ergeben, dass eBay als Empfangs- oder Passivvertreter i. S. d. § 164 III BGB

die Erklärungen für die Teilnehmer an den Online-Auktionen entgegennimmt. Bei Einschaltung eines Empfangsvertreters ist der Zugang einer Erklärung bereits mit Zugang bei dem Vertreter erfolgt (Palandt/Heinrichs, vor § 164 Rz. 12). Voraussetzung für eine Passivvertretung ist, dass der Vertreter zur Entgegennahme von Erklärungen ermächtigt und in Abgrenzung zum Empfangsboten mit eigenen rechtsgeschäftlichen Entscheidungsbefugnissen versehen ist (Palandt/Heinrichs, vor § 164 Rz. 11 f.).

Das Internet-Auktionshaus eBay lässt nur solche Mitglieder als Teilnehmer an Auktionen zu, die zuvor die eBay-Versteigerungsbedingungen akzeptiert haben. Auch behält eBay sich die Sperrung einzelner unzuverlässiger Teilnehmer vor. Damit trifft der Websitebetreiber eine Vorauswahl hinsichtlich derjenigen Erklärungen, die akzeptiert und an andere Auktionsteilnehmer weitergeleitet werden, womit sich wiederum jeder Teilnehmer einverstanden erklärt. Dies entspricht den Voraussetzungen der Passivvertretung.

“Die wechselseitigen Erklärungen der Parteien sind ebay als Empfangsvertreter der Parteien (§ 164 III BGB) jeweils zugegangen und damit wirksam geworden (§ 130 I 1 BGB).”

(2) Kein rechtzeitiger Widerruf gem. § 130 I 2 BGB

Der Bekl. könnte die Wirksamkeit des Angebotes aber noch dadurch verhindert haben, dass er dem Kl. rechtzeitig einen Widerruf i. S. d. § 130 I 2 BGB zugehen ließ, indem er sein Angebot vor Ende der Laufzeit der Online-Auktion löschte. Den obigen Ausführungen zum Zugang des Angebotes zufolge wäre dieser Widerruf aber verspätet, so dass fraglich ist, ob bei Online-Auktionen Abweichungen von der Vorschrift des § 130 I 2 BGB möglich sind.

“Ein [...] verbindliches Angebot kann [...] auch nicht durch den Anbieter im Wege der vorzeitigen Beendigung seiner Auktion als Willenserklärung "gelöscht" werden. Willenserklärungen können nach den Regeln des Allgemeinen Teils des BGB nur durch Anfechtung wieder beseitigt werden, eine etwaige "Löschung" außerhalb der Anfechtungsregeln gibt es nicht. Dies wird zudem durch § 9 Nr. 3 der AGB bestätigt, nach dem im Falle der vorzeitigen Beendigung durch den Anbieter zwischen dem Anbieter und dem das höchste Gebot abgebenden Bieter ein Vertrag über den Erwerb des von dem Anbieter in die eBay-Website eingestellten Artikels zu Stande kommt. Die in der Beschreibung der vorzeitigen Beendigung von dem Auktionshaus eBay angegebene Möglichkeit der Löschung von Angeboten bzw. Geboten gibt lediglich das Gesetz (§ 119 II BGB) wiederholend an, unter welchen Voraussetzungen eine Willenserklärung durch Anfechtung wieder beseitigt werden kann. Dass die Willenserklärung von dem jeweiligen Anbieter zunächst tatsächlich aus dem Text im Internet gelöscht werden kann, ändert an ihrer rechtlichen Existenz, sofern nicht ein Anfecht-

tungsgrund nachgewiesen werden kann, nichts. Zudem ist diese Beschreibung nicht AGB-Bestandteil und kann nur ganz ergänzend als Auslegungshilfe herangezogen werden.”

Auch ein wirksamer Widerruf oder eine “Löschung” des Angebotes liegen mithin nicht vor, so dass das Angebot des Bekl. wirksam geworden ist.

cc. Verpflichtung des Bekl. durch das Angebot

Wer ein Vertragsangebot abgibt, ist hieran nach Maßgabe des § 145 BGB auch gebunden. Eine Bindungswirkung für den Bekl. könnte hier aber fehlen, wenn sein Angebot gem. § 164 I 1 BGB unmittelbar für und gegen den tatsächlichen Eigentümer des Jensen Interceptor wirkte, der durch den Bekl. lediglich vertreten wurde. Dem steht nicht von vornherein entgegen, dass der Bekl. den Namen des Eigentümers in der Auktion nicht angegeben hat, da es sich insoweit auch um ein sog. “offenes Geschäft für den, den es angeht” handeln könnte (vgl. Palandt/Heinrichs, § 164 Rz. 1, 9). Allerdings müsste die Einschaltung eines Stellvertreters bei Online-Auktionen auf der eBay-Website dann zulässig sein. Dem könnte ein rechtsgeschäftlicher Ausschluss der Stellvertretung entgegenstehen (zur Zulässigkeit derartiger Ausschlussabreden vgl. Palandt/Heinrichs, vor § 164 Rz. 4 m. w. N.). “Bei der Abgabe des Angebots trat der Bekl. nicht (nur) als Vertreter des Eigentümers des Fahrzeugs auf, § 164 I BGB. Der Wille des Bekl., im fremden Namen zu handeln, ergibt sich zwar aus seiner dem Verkaufsangebot beigefügten Erklärung, er stelle bei dieser Auktion nur den Abwicklungsservice zur Verfügung und sei zu keinem Zeitpunkt Eigentümer des Fahrzeugs. Dabei wäre es unschädlich, dass der Name des Vertretenen nicht genannt wird. Dies entspricht jedoch nicht den Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Internetauktionshauses eBay und ist daher unzulässig. Der Bekl. ist vielmehr selbst Partei des Kaufvertrags mit dem Kl. geworden. Nach § 15 Nr. 5 der AGB ist allenfalls den Mitgliedern, denen die Berechtigung verliehen ist, das ebay Verkaufsgenten Logo zu führen, gestattet, Artikel für Dritte, aber im eigenen Namen zu verkaufen. Ein Vertretergeschäft ist selbst unter diesen Umständen nicht zulässig. Der Vertrag kommt im Übrigen vielmehr, wie sich aus § 9 Nr. 1 der AGB ergibt, mit dem Mitglied als Anbieter zu Stande. Anbieter und Mitglieder sind also immer personenidentisch, so dass ein Handeln für einen Dritten ausgeschlossen ist.”

Mithin war allein der Bekl. durch das Angebot gem. § 145 BGB gebunden.

b. Annahmeerklärung des Kl.

Der Kl. müsste das Angebot auch angenommen haben. Bereits aus den obigen Ausführungen zu a. aa. ergibt sich, dass der Höchstbietende das in dem Einstellen des Artikels zu sehende Angebot annimmt. Der Kl.

war hier der Höchstbietende, so dass eine Annahmeerklärung vorliegt. Einer nochmaligen Erklärung des Bekl. bedurfte es insoweit nicht.

“Da bei der Online-Auktion ein Vertrag auf die eben dargestellte Weise schon mit dem Einstellen des Artikels und dem Höchstgebot zu Stande kommt, ist § 156 BGB nicht anwendbar (vgl. BGH, NJW 2002, 363).”

c. Zwischenergebnis

Da beide Erklärungen auch inhaltlich übereinstimmen, liegt ein Kaufvertrag vor und der Lieferanspruch des Kl. aus § 433 I 1 BGB ist entstanden.

2. Anspruch erloschen

Dieser Anspruch könnte allerdings wieder erloschen sein, wenn das Angebot des Bekl. gem. § 142 I BGB infolge einer wirksamen Anfechtung als von Anfang an nichtig anzusehen ist.

Voraussetzung hierfür ist, dass ein Anfechtungsgrund vorlag und der Bekl. fristgerecht eine Anfechtungserklärung i. S. d. § 143 I BGB gegenüber dem richtigen Anfechtungsgegner abgegeben hat.

a. Fristgerechte Anfechtungserklärung, §§ 143 I, 121 I BGB

Eine Anfechtungserklärung könnte in dem vorzeitigen Beenden der Online-Auktion zu sehen sein, wobei problematisch ist, ob dieses schlichte Beenden den Anforderungen an eine Anfechtungserklärung genügt.

“Zwar ist die von dem Bekl. vorgenommene Löschung bzw. vorzeitige Beendigung des Angebots als diesbezügliche Anfechtungserklärung auszulegen, wobei für die rechtliche Beurteilung gem. § 166 I BGB auf die Person des Vertreters abzustellen ist. Die Löschung macht deutlich, dass der Löschende das Angebot nicht mehr gelten lassen will. Es fehlt jedoch bei der Löschung im gegebenen Fall die Erkennbarkeit für den Anfechtungsgegner, auf welchen tatsächlichen Grund diese Anfechtung gestützt ist (Palandt/Heinrichs, § 143 Rz. 3). Diese Erkennbarkeit ist Bestandteil einer wirksamen Anfechtungserklärung. Bei der vorzeitigen Beendigung eines Angebots bei ebay wird der beendende Anbieter aufgefordert, zu seiner Artikelbeschreibung einen Grund für die Beendigung hinzuzufügen. Dies hat der Bekl. vorliegend nicht getan.”

Als weitere Anfechtungserklärung könnte demzufolge lediglich das Schreiben des Bekl. vom 24.05.2004 herangezogen werden, in welchem der Bekl. angab, warum er sich nicht an den Vertrag gebunden fühlen wollte.

“[...] Zu diesem Zeitpunkt ist aber die Frist des § 121 I BGB jedenfalls abgelaufen. Die Anfechtung muss unverzüglich, das heißt ohne schuldhaftes Zögern erfolgen. Dem Anfechtungsberechtigten muss eine hinreichende Überlegungsfrist gegeben werden, zum Beispiel um den Rat eines Rechtskundigen einzuholen. Jedoch ist Obergrenze in der Regel eine Frist von zwei

Wochen, während vorliegend der Bekl. über einen Monat gewartet hat. Schon aus diesem Grund ist die Anfechtung nicht wirksam geworden."

b. Anfechtungsgrund gem. § 119 II BGB

Nachdem den obigen Ausführungen zu 2. a. zufolge schon keine ordnungsgemäße Anfechtungserklärung des Bekl. vorlag, soll lediglich hilfsweise untersucht werden, inwieweit überhaupt ein Anfechtungsgrund vorlag, auf den der Bekl. seine Anfechtung in zulässiger Weise hätte stützen können. Der Bekl. selbst hat angegeben, er habe ursprünglich nicht gewusst, dass in dem Oldtimer ein Serie 4 Motor eingebaut worden sei und dass es sich um ein Automatikfahrzeug handle. Außerdem habe er ursprünglich angenommen, der Jensen sei nur mittels Originalersatzteilen restauriert worden. Dies könnte auf einen Irrtum über verkehrswesentliche Eigenschaften des Oldtimers gem. § 119 II BGB hindeuten. Dann aber müsste der Bekl. sich entsprechend andere Vorstellungen bei Abgabe der Willenerklärungen gemacht haben.

"[...] In dem ursprünglichen Angebot wurde die Motoreigenschaft, von der der Bekl. spricht, überhaupt nicht genannt. Diese Eigenschaftsbeschreibungen wurden lediglich ergänzt, nachdem interessierte Bieter danach gefragt hatten, was sich aus der vom Bekl. selbst gewählten Überschrift "Bezüglich der Anfragen:" ergibt. Ergänzende, also zusätzliche Beschreibungen sind aber ganz üblich bei eBay und stellen hier gerade keine Änderung der ursprünglichen Beschreibung dar. Lediglich bei einer wirklichen Änderung der Angaben hätte aber nachvollzogen werden können, dass der Bekl. vorher gerade von einer anderen Vorstellung ausgegangen ist, sich also geirrt hat.

Dass der Pkw kein Schaltwagen, sondern mit einem Automatikgetriebe ausgestattet ist, wusste der Bekl. auch schon vorher, er ist ja in seiner ursprünglichen Artikelbeschreibung gerade von einem Automatikgetriebe ausgegangen. Auch die Aussage, dass der Wagen bei der Restaurierung doch nicht nur mit Original Jensen Car Company Teilen erneuert wurde, würde den Bekl. nicht zur Anfechtung nach § 119 II BGB berechtigen. Zum einen ist der Bekl. hinsichtlich dieses Irrtums beweisfällig geblieben. Es spricht aber auch vieles dafür, dass der Bekl. sich auch hier gerade nicht geirrt hat, zumal er in der späteren Auktion denselben Pkw mit derselben Beschreibung wieder bei eBay zu versteigern versucht hat und die Angabe über die Original Jensen Car Company Teile gerade nicht abgeändert hat.

Zum anderen ist eine Anfechtung des Bekl. schon deshalb ausgeschlossen, weil er sich damit als Verkäufer der Mängelhaftung gem. §§ 437ff. BGB entziehen könnte (Palandt/Heinrichs, § 119 Rdnr. 28)."

Eine wirksame Anfechtung scheitert mithin auch am Fehlen eines Anfechtungsgrundes.

c. Zwischenergebnis

Der Lieferanspruch des Kl. ist daher auch nicht erloschen.

3. Anspruch durchsetzbar

Der Anspruch des Kl. ist gem. §§ 320 I 1, 322 I BGB nur Zug um Zug gegen Zahlung des seitens des Kl. gem. § 433 II BGB geschuldeten Kaufpreises i. H. V. 8.218,12 Euro durchsetzbar, was der Kl. allerdings durch entsprechende Antragstellung selbst berücksichtigt hat.

III. Ergebnis zur Leistungsklage

Das Gericht wird den Bekl. auf die Leistungsklage hin antragsgemäß verurteilen.

B. Klage auf Feststellung des Annahmeverzuges

Auch die Feststellungsklage müsste zulässig und begründet sein. Zudem müsste der Kl. diese beiden Klagen in einem Rechtsstreit verbinden dürfen.

I. Zulässigkeit der Feststellungsklage

Hinsichtlich der Zulässigkeit ist allein fraglich, ob der Kl. das gem. § 256 I ZPO erforderliche rechtliche Interesse an der begehrten Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses hat.

Ein Rechtsverhältnis i. S. d. § 256 I ZPO ist eine aus dem vorgetragenen Sachverhalt abgeleitete rechtliche Beziehung der Parteien untereinander oder zu einem bestimmten Gegenstand (Thomas/Putzo, § 256 Rz. 5).

"[...] Zwar handelt es sich bei dem Annahmeverzug, welcher laut des Klageantrags zu 2 durch das Gericht festgestellt werden soll, nicht um ein Rechtsverhältnis i. S. des § 256 I ZPO, sondern um eine gesetzlich definierte Voraussetzung unterschiedlicher Rechtsfolgen, also lediglich eine Vorfrage zur Beurteilung dieser Rechtsfolgen. Jedoch muss in Fällen, in denen der Kl. wie hier eine Verurteilung des Bekl. zu einer Zug um Zug zu erbringenden Leistung begehrt, der weitere Antrag des Kl., den Annahmeverzug des Schuldners hinsichtlich der ihm gebührenden Leistung festzustellen, aus Zweckmäßigkeitgesichtspunkten für zulässig erachtet werden (vgl. BGH, NJW 2000, 2663).

Diese Ausnahme ergibt sich aus dem schutzwürdigen Interesse des Kl., den für die Vollstreckung nach den §§ 756, 765 ZPO erforderlichen Nachweis des Annahmeverzugs bereits im Erkenntnisverfahren erbringen zu können (BGH, NJW 2000, 2663)."

Die Feststellungsklage ist mithin zulässig.

II. Zulässigkeit der objektiven Klagehäufung gem. § 260 ZPO

Inwieweit der Kl. seine beiden Anträge im Wege der objektiven Klagehäufung in einer Klage zusammenfassen durfte, richtet sich nach § 260 ZPO, der eine Identität der Parteien, des zuständigen Prozessgerichtes sowie der Prozessart verlangt.

Zweifel könnten hier allenfalls bezüglich der letztgenannten Voraussetzung bestehen, da der Kl. einen Leistungs- mit einem Feststellungsantrag verbindet. Hierbei handelt es sich allerdings nur um verschiedene Klage-, nicht jedoch um verschiedene Prozessarten. Insoweit steht § 260 ZPO lediglich der Verbindung etwa von Hauptsacheverfahren und einstweiligem Rechtsschutz entgegen (vgl. Thomas/Putzo, § 260 Rz. 13 mit weiteren Bsp.).

Im vorliegenden Fall sind die Voraussetzungen des § 260 ZPO dagegen erfüllt.

III. Begründetheit der Feststellungsklage

Die Feststellungsklage ist begründet, soweit der Bekl. sich hinsichtlich des Kaufpreisanspruches aus § 433 II BGB tatsächlich nach Maßgabe der §§ 293 ff BGB in Annahmeverzug befindet. Dazu müsste eine ordnungsgemäßes Angebot auf einen erfüllbaren Anspruch des

Bekl. vorliegen, welches dieser zurückgewiesen hat.

“Der Bekl. befindet sich mit der Annahme des Kaufpreises in Annahmeverzug gem. § 293 i. V. mit § 295 BGB seit der Verweigerung der Kaufvertragsabwicklung vom 26.04.2004. Hat der Zug um Zug leistungspflichtige Gläubiger erklärt, er werde die Gegenleistung nicht erbringen, so genügt ein wörtliches Angebot gem. § 295 BGB. Die Aufforderung des Kl. an den Bekl. vom 11.04.2004, seine Kontoverbindung zwecks Überweisung des Kaufpreises mitzuteilen, reicht als wörtliches Angebot aus, weil der Bekl. hier der Ansicht ist, ein Vertrag sei gar nicht zu Stande gekommen und daher sei ein Erbringen seiner Leistung nicht erforderlich.”

Somit ist auch die Feststellungsklage begründet.

C. Gesamtergebnis

Die Klage wird in vollem Umfang Erfolg haben.

Standort: § 315 b StGB

BGH, BESCHLUSS VOM 08.06.2004
4 STR 160/04 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte hatte mit seinem Pkw das Opfer überfahren, während sich dieses auf einem Grünstreifen vor einem Polizeirevier befand. Das Landgericht hatte den Angeklagten insb. wegen gefährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr (§ 315 b I Nr. 3 StGB) verurteilt. Der BGH hob diese Verurteilung auf, da eine Beeinträchtigung der Sicherheit des Straßenverkehrs dem vorliegenden Sachverhalt nicht zu entnehmen sei.

Prüfungsrelevanz:

§ 315 b StGB, der wegen der ihm eigenen Probleme traditionell einen beliebten Prüfungsstoff darstellt, dürfte wegen der insofern gegenwärtig zahlreichen Rechtsprechung noch an Examensrelevanz gewonnen haben.

Im vorliegenden Fall geht es i.R.v. § 315 b StGB um die Frage, welche Voraussetzungen an eine “Beeinträchtigung der Sicherheit des Straßenverkehrs” im Sinne dieser Vorschrift zu stellen sind. Der BGH stellt klar, dass im vorliegenden Fall, in dem sich das Opfer auf einer Rasenfläche, also außerhalb des Straßenverkehrs, befunden hat, durch seine Gefährdung und Schädigung eine Beeinträchtigung der Sicherheit des Straßenverkehrs nicht gegeben sein kann. Der BGH betont jedoch, dass dies anders sein kann, wenn zwar die Schädigung erst außerhalb des Straßenverkehrs eintritt, die Gefährdung des Opfers jedoch bereits im Straßenverkehr gegeben war (wenn z.B. der Täter mit einem Auto einen Fußgänger durch den Straßenverkehr jagt, ihn aber erst außerhalb des Straßenverkehrs-

Problem: Gefährdung des Straßenverkehrs

raumes erfasst).

Auch bietet der vorliegende Fall Anlass, auf das Mordmerkmal der Heimtücke sowie das Problem der Anwendbarkeit von § 315 b I Nr. 3 StGB auf Verkehrsteilnehmer einzugehen.

Vertiefungshinweise:

Zum Mordmerkmal der Heimtücke: *BGHSt* 2, 251; *NJW* 2003, 2464 (= *RA* 2003, 463); *Bosch/Schindler*, *Jura* 2000, 78; *Frommel*, *StV* 1987, 292; *Küper*, *JuS* 2000, 740; *Lesch*, *JA* 1997, 536; *Otto*, *Jura* 1994, 146; *Rengier*, *NStZ* 1986, 505;

Zu § 315 b StGB, insb. bei Begehung durch Verkehrsteilnehmer: *BGH*, *NStZ-RR* 2000, 343; *StraFo* 2003, 215 (= *RA* 2003, 327); *Geppert*, *Jura* 1996, 639; *Ranft*, *Jura* 1987, 608;

Kursprogramm:

Examenskurs: “Hoffentlich Allianz versichert”

Leitsätze (der Redaktion):

1. Geschütztes Rechtsgut der Bestimmung des § 315 b StGB ist die Sicherheit des Straßenverkehrs. Sie bezieht sich nur auf den öffentlichen Verkehrsraum und setzt daher voraus, dass durch die Tathandlung in den Verkehr auf Wegen und Plätzen, die jedermann oder allgemein bestimmten Gruppen dauernd oder vorübergehend zur Benutzung offen stehen, eingegriffen worden ist.

2. Die Anwendbarkeit der Strafvorschrift des § 315 b StGB wird nicht schon dadurch ausgeschlossen, dass die konkrete Gefahr oder gar der Schaden erst außerhalb des öffentlichen Verkehrsraums eintreten. So hätte der Senat keine Bedenken, einen tat-

bestandsmäßigen gefährlichen Eingriff in den Straßenverkehr nach § 315 b StGB auch dann zu bejahen, wenn der Täter mit seinem Pkw das Opfer bereits auf der Straße verfolgt, er es aber erst außerhalb des öffentlichen Verkehrsraums erfasst. Befindet sich wie hier das Opfer dagegen von vorneherein - d.h. in dem Zeitpunkt, in dem sich der Täter zur Tatbegehung entschließt und sein Fahrzeug zweckwidrig als Waffe oder Schadenswerkzeug einsetzt ("pervertiert") - außerhalb des öffentlichen Verkehrsraums, fehlt es an einer Beeinträchtigung der Sicherheit des Straßenverkehrs und damit an einer tatbestandlichen Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 315 b StGB.

Sachverhalt:

A beobachtete von seinem Auto aus, das in Fahrtrichtung gesehen am rechten Straßenrand der Pfarrer-Findl-Straße in E. gegenüber dem dortigen Polizeigebäude stand, dass der G auf den Haupteingang des Polizeigebäudes zuzuging und dabei die zwischen dem Polizeiparkplatz und dem zum Eingang führenden gepflasterten Weg befindliche, mehrere Meter breite (Zier-)Rasenfläche überquerte. In diesem Moment beschloss A in einer sich steigernden Aufwallung von Wut und Verärgerung, sich an G zu rächen und ihn durch den Einsatz seines Pkw zu verletzen, wobei er auch den möglichen Tod des G billigend in Kauf nahm. Er fuhr deshalb vom rechten Straßenrand mit aufheulemdem Motor beschleunigend nach links über die Straße und den angrenzenden Gehweg auf den Grünstreifen, wo er den Geschädigten von hinten erfasste, der nach links weggeschleudert wurde und auf dem Grünstreifen verletzt liegen blieb. Durch die Kollision schlug A mit dem Kopf auf das Lenkrad seines Fahrzeugs, wurde bewusstlos und konnte von den herbeieilenden Polizisten festgenommen werden.

Wie hat A sich nach dem StGB strafbar gemacht?

[Anm.: Das Mordmerkmal der niedrigen Beweggründe ist nicht zu prüfen.]

Lösung:

A. Strafbarkeit des A wegen versuchten Mordes gem. §§ 211, 22, 23 I StGB durch Überfahren des G
A könnte sich durch das Überfahren des G wegen versuchten Mordes gem. §§ 211, 22, 23 I StGB strafbar gemacht haben.

I. Vorprüfung

Da G nicht verstorben ist, ist der Mord nicht vollendet. Die Strafbarkeit des versuchten Mordes ergibt sich aus dessen Verbrechenscharakter (§§ 211 I, 12 I, 23 I StGB).

II. Tatentschluss

A müsste Tatentschluss zur Begehung eines Mordes gehabt haben.

Der Tatentschluss beinhaltet den Willen zur Verwirklichung des objektiven Tatbestands sowie das Vorliegen der besonderen subjektiven Tatbestandsmerkmale; er entspricht also dem subjektiven Tatbestand der vollendeten Tat (Wessels/Beulke, AT, Rn. 596).

1. Bzgl. Tötung des G

A müsste zunächst den Tatentschluss gehabt haben, G zu töten.

A hatte es billigend in Kauf genommen, dass G an den Folgen des Überfahrens sterben würde, so dass er Tatentschluss bzgl. der Tötung des G hatte.

2. Bzgl. Heimtücke

A könnte Tatentschluss gehabt haben, den G heimtückisch zu töten. Wann eine Tötung heimtückisch i.S.v. § 211 StGB ist, ist streitig.

a. Rechtsprechung

Nach der Rechtsprechung ist eine Tötung dann heimtückisch, wenn der Täter die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers bewusst in feindlicher Willensrichtung zur Tötung ausnutzt (BGHSt 7, 221; NJW 2003, 1955). Arglos ist, wer sich in der unmittelbaren Tatsituation keines Angriffs seitens des Täters versieht (BGHSt 7, 218). Aufgrund dieser Arglosigkeit muss das Opfer wehrlos sein, d.h. es darf keine oder nur eine reduzierte Verteidigungsmöglichkeit besitzen (BGHSt 11, 143).

A wusste, dass sich der G in dem Zeitpunkt, in dem A ihn überfuhr, keines Angriffs auf sein Leben von Seiten des A versah; A wusste ebenfalls, dass G sich deshalb nicht gegen den Eingriff verteidigen konnte und wollte auch die Arg- und Wehrlosigkeit des G in feindlicher Willensrichtung zur Tötung ausnutzen. A hatte somit nach dieser Auffassung Tatentschluss zu einer heimtückischen Tötung.

b. Herrschende Literatur

Die herrschende Literatur verlangt für das Merkmal der Heimtücke zusätzlich zum Ausnutzen der Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers in feindlicher Willensrichtung einen besonders verwerflichen Vertrauensbruch (SK-Horn § 211 Rn. 32; Otto, JR 1991, 383).

A stellte sich nicht vor, dass zwischen ihm und dem Opfer G überhaupt ein Vertrauensverhältnis bestand, so dass er auch keinen Vertrauensbruch beabsichtigte. Nach dieser Auffassung hatte A somit keinen Tatentschluss bzgl. einer heimtückischen Tötung.

c. Stellungnahme

Zwar ist der Literaturlösung zugute zu halten, dass es angesichts der hohen Strafandrohung des § 211 (lebenslange Freiheitsstrafe als zwingende Rechtsfolge)

geboten erscheint, die Mordmerkmale restriktiv auszu-legen. Jedoch ist diese Auffassung zu eng, da nach ihr der klassische Fall des sog. "Heckenschützen", d.h. die Tötung des Opfers aus dem Hinterhalt, in aller Regel keine Heimtücke darstellen dürfte, obwohl diese Form der Tötung dem typischen Leitbild des als besonders verwerflich eingestuften Meuchelmordes entspricht. Sollte im Einzelfall wegen der etwas weiteren Auslegung des Tatbestandes durch die erste Meinung ein unbilliges Ergebnis drohen, da ein Verhalten als Mord zu bewerten wäre, das die für den Mord erforderliche Verwerflichkeit nicht erreicht, so könnte eine Korrektur (außerhalb des Tatbestandes) in der Rechtsfolge erfolgen (vgl. insofern das Urteil des BGH zur sog. "Rechtsfolgenlösung" in diesem Heft). Zu folgen ist somit der ersten Meinung.

A hatte Tatentschluss bzgl. einer heimtückischen Tötung des G.

A hatte somit Tatentschluss zur Begehung eines Mordes.

III. Unmittelbares Ansetzen

A müsste auch unmittelbar zur Verwirklichung des Tatbestandes angesetzt haben.

Der Täter setzt dann unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung an, wenn er die Schwelle zum "jetzt geht es los" überschreitet, was der Fall ist, wenn er Handlungen vornimmt, die nach seiner Vorstellung ohne wesentliche Zwischenschritte in die Tatbestandsverwirklichung einmünden sollen und deswegen aus seiner Sicht auch bereits eine konkrete Gefährdung des geschützten Rechtsguts eingetreten ist (Schönke/Schröder-Eser, § 22 Rn. 42).

Spätestens in dem Zeitpunkt, in dem er den G mit dem Auto erfasste, waren aus Sicht des A keine wesentlichen Zwischenschritte mehr zur Tötung des G erforderlich und das durch § 211 StGB geschützte Rechtsgut (Leben des G) auch konkret gefährdet.

A hat also unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung angesetzt.

IV. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

V. Kein Rücktritt (§ 24 StGB)

Anhaltspunkte für einen strafbefreienden Rücktritt des A sind nicht gegeben.

VI. Ergebnis

A ist strafbar gem. §§ 211, 22, 23 I StGB.

B. Strafbarkeit des A wegen gefährlicher Körperverletzung gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 2, 3, 5 StGB durch Überfahren des G

Dadurch, dass er den G mit seinem Pkw überfuhr, könnte A sich auch noch wegen gefährlicher Körper-

verletzung gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 2, 3, 5 StGB strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

1. Grunddelikt: § 223 I StGB

A müsste den G körperlich misshandelt und/oder an der Gesundheit geschädigt haben.

Körperliche Misshandlung ist jede üble unangemessene Behandlung, die das körperliche Wohlbefinden und/oder die körperliche Integrität des Opfers nicht nur unwesentlich beeinträchtigt (BGH, NJW 1995, 2643); eine Gesundheitsschädigung ist das Hervorrufen oder Steigern eines pathologischen (also krankhaften) Zustands (OLG Düsseldorf, MedR 1984, 29).

Das Überfahren mit einem Kraftfahrzeug stellt eine üble, unangemessene Behandlung dar, die zumindest das körperliche Wohlbefinden des G erheblich beeinträchtigt hat. Da G lt. Sachverhalt "verletzt" liegenblieb, ist davon auszugehen, dass auch eine Gesundheitsschädigung gegeben ist. A hat G also sowohl körperlich misshandelt als auch an der Gesundheit geschädigt.

2. Qualifikation: § 224 I StGB

a. § 224 I Nr. 2 StGB

A könnte mit dem Pkw ein gefährliches Werkzeug verwendet haben.

Gefährliches Werkzeug i.S.v. § 224 I Nr. 2 StGB ist jeder Gegenstand, der nach seiner Beschaffenheit und der Art seiner konkreten Verwendung dazu geeignet ist, erhebliche Verletzungen zuzufügen (BGHSt 30, 375; NstZ 1999, 616; Tröndle/Fischer, § 224 Rn. 9).

Ein Pkw, der - wie im vorliegenden Fall - dazu benutzt wird, einen Menschen zu überfahren, ist geeignet, erhebliche Verletzungen oder sogar den Tod des Opfers hervorzurufen. A hat also mit dem Auto ein gefährliches Werkzeug verwendet.

b. § 224 I Nr. 3 StGB

Das plötzliche Überfahren des G könnte auch einen hinterlistigen Überfall darstellen.

Ein hinterlistiger Überfall i.S.v. § 224 I Nr. 3 StGB setzt stets voraus, dass der Täter seine wahren (Verletzungs-) Absichten planmäßig verdeckt; das bloße Ausnutzen eines Überraschungsmoments genügt hierfür in der Regel nicht (BGH, MDR/D 1956, 526; Schönke/Schröder-Stree, § 224 Rn. 10).

A hat seine Absicht, den G zu überfahren, vor diesem nicht verborgen, er hat es lediglich zur Begehung der Tat ausgenutzt, dass der G ihn bis zum Überfahren nicht bemerkt hatte. Dies reicht jedoch für einen hinterlistigen Überfall nicht aus.

c. § 224 I Nr. 5 StGB

Das Überfahren mit dem Auto könnte auch eine le-

bensgefährdende Behandlung darstellen.

Nach herrschender Meinung muss die Handlung i.R.v. § 224 I Nr. 5 nur abstrakt geeignet sein, das Leben des Opfers zu gefährden (BGH, NStZ-RR 1997, 7; Frisch, JuS 1990, 365 mwN); nach einer Minderheitsmeinung ist eine konkrete Lebensgefährdung erforderlich (Schröder, JZ 1967, 522). Dieser Streit kann im vorliegenden Fall jedoch dahinstehen, da das Überfahren mit dem Pkw zu einer konkreten Lebensgefahr bei G geführt hat.

3. Vorsatz

A müsste auch vorsätzlich gehandelt haben.

A hatte Vorsatz, den G zu töten (s.o.). Da die Körperverletzung ein Durchgangsstadium zur Tötung darstellt, ist der Körperverletzungsvorsatz im Tötungsvorsatz stets enthalten (so die herrschende "Einheitstheorie": BGH, NJW 2001, 980; Schönke/Schröder-Eser, § 212 Rn. 17; a.A. ("Gegensatztheorie"): RGSt 61, 375). Auch wollte A ein gefährliches Werkzeug verwenden und den G lebensgefährlich behandeln.

II. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

III. Ergebnis

A ist strafbar gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 2, 5 StGB

C. Strafbarkeit des A wegen gefährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr gem. §§ 315 b I Nr. 3 StGB durch Überfahren des G

A könnte sich durch das Überfahren des G wegen gefährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr gem. § 315 b I Nr. 3 StGB strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

1. Tathandlung: "ähnlicher, ebenso gefährlicher Eingriff" (§ 315 b I Nr. 3 StGB)

A müsste einen (den Nrn. 1 und 2) ähnlichen, ebenso gefährlichen Eingriff vorgenommen haben.

Hierbei ist jedoch zunächst fraglich, ob § 315 b StGB auf das Verhalten des A überhaupt Anwendung findet. Da § 315 b StGB einen "Eingriff" in den Straßenverkehr verlangt, also eine von außerhalb des Straßenverkehrs kommende, verkehrsfremde Gefährdungshandlung, kann dieser Tatbestand durch einen Verkehrsteilnehmer grundsätzlich nicht verwirklicht werden. Verkehrsteilnehmer sind insofern privilegiert als sie, wenn sie durch ihr Verhalten andere gefährden, grundsätzlich nur dem (engen) Tatbestand des § 315 c StGB unterfallen und nicht dem (weiteren) Tatbestand des § 315 b I Nr. 3 StGB. Insofern kommt § 315 c StGB also eine "Sperrwirkung" zu (BGH, StraFo 2003, 215 (= RA 2003, 327)). In Ausnahmefällen kann jedoch § 315 b StGB auch ein Verhalten eines Verkehrsteilnehmers erfassen, nämlich dann, wenn dieser

einen Verkehrsvorgang zu einem Eingriff in den Straßenverkehr "pervertiert", d.h. wenn ein Fahrzeugführer mit (zumindest bedingtem) Schädigungsvorsatz das von ihm gesteuerte Kraftfahrzeug in verkehrsfeindlicher Gesinnung bewusst zweckwidrig einsetzt (BGH aaO). Dies ist insb. dann der Fall, wenn der Täter das Fahrzeug als Waffe oder Schädigungswerkzeug missbraucht.

A hat im vorliegenden Fall seinen Pkw nicht als Fortbewegungsmittel benutzt, sondern allein, um den G zu verletzen, sodass eine bewusste Zweckentfremdung gegeben ist. A handelte auch in verkehrsfeindlicher Gesinnung, da ihm der Schutz anderer Verkehrsteilnehmer gleichgültig war. Auch hatte er Tötungs- und damit Schädigungsvorsatz (s.o.). Das Verhalten des A stellt somit eine "Pervertierung" der Teilnahme am Straßenverkehr dar, so dass § 315 b I Nr. 3 StGB auf A Anwendung findet.

Mit dem direkten Zufahren auf den G hat der A auch eine Handlung vorgenommen, die von der Schwere und vom Vorwerfbarkeitsgrad her den in § 315 b I Nr. 1 und 2 StGB genannten Tathandlungen entspricht; ein "ähnlicher, ebenso gefährlicher Eingriff" i.S.v. § 315 b I Nr. 3 StGB liegt somit vor.

2. Dadurch Gefahr für Leib oder Leben eines anderen oder für fremde Sachen von bedeutendem Wert

Durch seine Handlung müsste A auch Leib oder Leben eines anderen oder fremde Sachen von bedeutendem Wert konkret gefährdet haben.

Leib und Leben des G sind nicht nur gefährdet worden, G hat sogar eine Gesundheitsschädigung erlitten (s.o.), so dass dieses Tatbestandsmerkmal erfüllt ist.

3. Beeinträchtigung der Sicherheit des Straßenverkehrs

A müsste durch seine Handlung auch die Sicherheit des Straßenverkehrs beeinträchtigt haben.

Hierzu der BGH: "Insoweit fehlt es nach den Feststellungen an der für die Anwendung des § 315 b StGB vorausgesetzten Beeinträchtigung der Sicherheit des Straßenverkehrs. Geschütztes Rechtsgut der Bestimmung des § 315 b StGB ist die Sicherheit des Straßenverkehrs. Sie bezieht sich nur auf den öffentlichen Verkehrsraum und setzt daher voraus, dass durch die Tathandlung in den Verkehr auf Wegen und Plätzen, die jedermann oder allgemein bestimmten Gruppen dauernd oder vorübergehend zur Benutzung offen stehen, eingegriffen worden ist (st. Rspr.; BGHSt 16, 7, 9 f., BGH VRS 61, 122 f.; OLG Düsseldorf NJW 1982, 2391). Daran fehlt es hier.

Nach ständiger Rechtsprechung ist ein Verkehrsraum dann öffentlich, wenn er entweder ausdrücklich oder mit stillschweigender Duldung des Verfügungsberechtigten für jedermann oder aber für eine allgemein bestimmte größere Personengruppe zur Benutzung zugelassen ist und auch so benutzt wird (zuletzt Senats-

urteil vom 4. März 2004 - 4 StR 377/03 - m.w.N., zur Veröffentlichung in BGHSt vorgesehen). In diesem Sinne gehörte die Rasenfläche vor dem Polizeigebäude, auf der sich der Nebenkläger befand, nicht mehr zum öffentlichen Verkehrsraum. Daran würde sich auch dann nichts ändern, wenn - wozu das Urteil sich nicht verhält - tatsächlich einzelne Besucher den Weg vom Parkplatz zum Polizeigebäude über den Rasen "aus Bequemlichkeit" abkürzen; denn die vereinzelte Inanspruchnahme der Rasenfläche, die ersichtlich nicht als Zuweg zum Polizeigebäude diene, würde auch eine bloß faktische Öffentlichkeit der Fläche nicht begründen (vgl. BGH NZV 1998, 418; OLG Köln VM 2000, 86; zu Grünstreifen als nicht-öffentlicher Verkehrsraum OLG Köln VRS Bd. 65, 156 f.).

Bei dieser Sachlage scheidet eine Strafbarkeit nach § 315 b StGB aus. Dem steht nicht entgegen, dass die Tat ihren Ausgang vom öffentlichen Straßenverkehr aus genommen hat, indem der Angeklagte mit seinem Pkw über die Straße und den angrenzenden Gehweg (insoweit noch öffentlicher Verkehrsraum; vgl. BGHSt 22, 365, 367) hinweg auf die Rasenfläche fuhr (wie hier BGH VRS 61, 122 f.; OLG Düsseldorf NJW 1982, 2391; Hentschel, Straßenverkehrsrecht 37. Aufl. StGB § 315 b Rdn. 2). Allerdings wird die Anwendbarkeit der Strafvorschrift des § 315 b StGB nicht schon dadurch ausgeschlossen, dass die konkrete Gefahr oder gar der Schaden erst außerhalb des öffentlichen Verkehrsraums eintreten. So hätte der Senat keine Bedenken, einen tatbestandsmäßigen gefährlichen Eingriff in den Straßenverkehr nach § 315 b StGB auch dann zu bejahen, wenn der Täter mit seinem Pkw

das Opfer bereits auf der Straße verfolgt, er es aber erst außerhalb des öffentlichen Verkehrsraums erfasst. Befindet sich wie hier das Opfer dagegen von vorne herein - d.h. in dem Zeitpunkt, in dem sich der Täter zur Tatbegehung entschließt und sein Fahrzeug zweckwidrig als Waffe oder Schadenswerkzeug einsetzt ("pervertiert") - außerhalb des öffentlichen Verkehrsraums, fehlt es an einer Beeinträchtigung der Sicherheit des Straßenverkehrs und damit an einer tatbestandlichen Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 315 b StGB. Dass die Tathandlung in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Straßenverkehr steht, führt zu keinem anderen Ergebnis (unklar König in LK-StGB 11. Aufl. § 315 b Rdn. 61). Kriminalpolitische Überlegungen (vgl. Landsberg NSTZ1983, 223) haben dabei außer Betracht zu bleiben."

Eine Beeinträchtigung der Sicherheit des Straßenverkehrs ist somit nicht gegeben.

II. Ergebnis

A ist nicht strafbar gem. § 315 b StGB.

D. Gesamtergebnis und Konkurrenzen

Durch dieselbe Handlung (das Überfahren des G) hat A sowohl den Tatbestand der gefährlichen Körperverletzung als auch den des versuchten Mordes verwirklicht (s.o.). Neben dem versuchten Tötungsdelikt bleibt das vollendete Körperverletzungsdelikt aus Klarstellungsgründen bestehen (BGHSt 44, 196; Schönke/Schröder-Eser, § 212 Rn. 23 mwN).

A ist also strafbar gem. §§ 211, 22, 23 I; 223 I, 224 I Nr. 2, 5; 52 StGB.

*Literaturauswertung**Öffentliches Recht*

Autor/Titel:	Burgi, Martin / Teuber, Christian: "Die Folter im Polizeirecht"
Fundstelle:	NWVBI 2004, 401 (Heft 10)
Inhalt:	Offensichtlich durch den Fall "Jakob v. Metzler" inspirierte, in einen Rechtsbehelf eingekleidete Examensklausur zur Verwaltungsvollstreckung mit verfassungsrechtlichem Einschlag zum Folterverbot aus Art. 1, 2 II, 104 GG. Die Klausur ist nach Landesrecht NW gelöst, lässt sich aber auf andere Bundesländer leicht übertragen.

Autor/Titel:	"§212a BauGB und die Auswirkungen auf den einstweiligen Rechtsschutz nach § 80 V VwGO"
Fundstelle:	NVwZ 2004, 915 (Heft 8)
Inhalt:	Der Inhalt des Beitrags erklärt sich bereits durch den Titel. Letztlich geht es darum, ob § 212a BauGB bei offenen Erfolgsaussichten in der Hauptsache eine Wertung des Gesetzgebers dahingehend entnommen werden kann, dass im Zweifel das Vollzugsinteresse des Bauherrn das Aufschubinteresse des Nachbarn überwiegen soll. Der Autor bejaht dies nach ausführlicher Auslegung der Norm, insbesondere vor dem Hintergrund ihrer Entstehungsgeschichte.

Autor/Titel:	Hufen, Friedhelm / Bickenbach, Christian: "Der Rechtsschutz gegen Nebenbestimmungen zum Verwaltungsakt"
Fundstelle:	JuS 2004, 867 (Heft 10)
Inhalt:	Der Rechtsschutz gegen Nebenbestimmungen ist seit Jahrzehnten umstritten und gehört zu den schwierigsten Problemen des allgemeinen Verwaltungsrechts überhaupt. Der Beitrag setzt sich ausführlich mit der Rspr. des BVerwG und den in der Literatur vertretenen Ansichten auseinander. Es handelt sich um einen Fortsetzungsbeitrag; im vorliegenden ersten Teil werden zunächst die einzelnen Arten der Nebenbestimmungen besprochen.

Zivilrecht

Autor/Titel:	Wendehorst, Christiane: "Der Rückgriff"
Fundstelle:	Jura 2004, 505 (Heft 8)
Inhalt:	Mit dem Begriff "Rückgriff" wird eine Vielzahl verschiedener Möglichkeiten bezeichnet, auf die ein Schuldner zurückgreifen kann, um nach erbrachter Leistung einen Dritten auf teilweisen oder vollständigen Ausgleich der durch die eigene Leistung bewirkten Vermögensminderung in Anspruch zu nehmen. Da sich entsprechende Regelungen an ganz unterschiedlichen Stellen im Gesetz finden und auch unterschiedliche dogmatische Konstruktionen zur Anwendung kommen, stellt dieser Aufsatz eine sehr hilfreiche und Überblick vermittelnde Zusammenfassung des Themas dar.

Autor/Titel:	Thamm, Manfred / Möffert, Franz-Josef: "Die Mängelrüge im Handelsverkehr im Lichte jüngster Rechtsprechung"
Fundstelle:	NJW 2004, 2710 (Heft 38)
Inhalt:	Die Untersuchungs- und Rügepflicht eines Käufers beim beiderseitigen Handelskauf gem. § 377 HGB, deren Missachtung gem. § 377 II HGB zur Genehmigungsfiktion bezüglich der gelieferten Ware und damit zum Ausschluss der Gewährleistungsrechte des Käufers führen kann, zählt zu den Besonderheiten des Handelsverkehrs, die gleichwohl zum unverzichtbaren Handwerkszeug bei der Bearbeitung kaufrechtlicher Fälle gehören. Relativ unbestimmte Gesetzesformulierungen, wie etwa die Pflicht zur "unverzüglichen" Mängelrüge - der Verweis auf die Legaldefinition des § 121 I BGB schafft auch nicht viel mehr Klarheit, gehört aber gleichwohl in eine Klausurbearbeitung - eröffnen zahlreiche Streitigkeiten und damit eine vielfältige Rechtsprechung, welche die Autoren hier zusammenfassen.

Autor/Titel:	Derleder, Peter / Hoolmans, Fabian: "Vom Schuldnerverzug zum Gläubigerverzug und zurück"
Fundstelle:	NJW 2004, 2787 (Heft 39)
Inhalt:	Der - auch in dieser RA-Ausgabe häufig zitierte - Grundsatz des Vorrangs der Vertragserfüllung und seine Stärkung durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz werden von den Autoren hier zum Anlass genommen, zu überprüfen, inwiefern Nacherfüllungsangebote des Schuldners einen eingetretenen Schuldnerverzug beenden und möglicherweise direkt den Gläubigerverzug herbeiführen können. Insofern werden sehr schön die Auswirkungen der Novellierung des besonderen Schuldrechts auf die Verzugsregelungen, die zum 01.01.2002 vergleichsweise geringfügige Änderungen erfahren haben, aufgezeigt.

Strafrecht

Autor/Titel:	Zaczyk, Rainer: "Das Mordmerkmal der Heimtücke und die Notwehr gegen eine Erpressung"
Fundstelle:	JuS 2004, 750 (Heft 9)
Inhalt:	Im Rahmen der Besprechung einer BGH-Entscheidung (NJW 2003, 1955 (= RA 2003, 399)) präsentiert der Verfasser verschiedene Ansatzpunkte zur Bestimmung des Mordmerkmals der "Heimtücke" und diskutiert (insb. unter den Gesichtspunkten der Geeignetheit und Gebotenheit), ob die Tötung eines Erpressers durch Notwehr gerechtfertigt sein kann.

Autor/Titel:	Kudlich, Hans / Pragal, Oliver: "Übungsklausur - Strafrecht: Der Anstifter als Opfer des Angestifteten"
Fundstelle:	JuS 2004, 791 (Heft 9)
Inhalt:	Die Frage, wie sich ein error in persona des Haupttäters beim Teilnehmer auswirkt, ist nicht erst seit den "Rose-Rosahl"-Entscheidung des Preußischen Obertribunals (GA 7, 322) und dem "Hoferben"-Urteil des BGH (NJW 1991, 933) heftig umstritten. Besonders interessant wird diese Konstellation, wenn sich die Tat infolge des Irrtums des Haupttäters gegen den Teilnehmer selbst richtet. Ein solchen Fall wird hier - kurz aber unter Berücksichtigung aller wichtigen Meinungen und Argumente - von den Verfassern als Musterklausur gelöst.

Autor/Titel:	Lesch, Heiko: "Das System der Rechtsmittel gegen Strafurteile"
Fundstelle:	JA 2004, 679 (Heft 8/9)
Inhalt:	Ganz kurz stellt der Autor die verschiedenen Rechtsmittel dar mit denen im Strafprozess Urteil angefochten werden können, geht auf die jeweiligen Einheiten und Unterschiede ein und gibt einen Überblick über zu erwartende Gesetzesänderungen.