

Öffentliches Recht

Standort: Verfassungsrecht

Problem: Kopftuch

BVERwG, URTEIL VOM 24.06.2004
2 C 45.03 (NJW 2004, 3581)

Problemdarstellung:

Das BVerwG hat die Revision der Klägerin gegen das Urteil des VGH Mannheim im sogen. "Kopftuch-Streit" erneut zurückgewiesen. Zu dieser Entscheidung sah sich das Gericht veranlasst, nachdem das BVerfG die ursprüngliche Revisionsentscheidung des BVerwG wegen eines Verstoßes gegen die Grundrechte der Lehrerin in spe aufgehoben hatte. Das BVerfG bemängelte insbesondere, dass es im Landesrecht Baden-Württembergs keine Norm gebe, auf deren Grundlage der Klägerin die Übernahme in den Schuldienst allein wegen des Tragen eines sogen. "islamischen Kopftuchs" verboten werden könne. Hierauf hatte zwischenzeitlich der Landesgesetzgeber reagiert und sein Schulgesetz entsprechend geändert. Das BVerwG hält den neu geschaffenen § 38 BWSchG für "noch" verfassungsgemäß, unter Berücksichtigung eines Gestaltungsspielraums des Gesetzgebers und des hohen Rangs der staatlichen Neutralitätspflicht.

Am Schluss lässt sich das Gericht zu der gewagten, mit Vorsicht zu genießenden (und i.Ü. auch nicht durch Zitate abgesicherten) These hinreißen, der Grundsatz "praktischer Konkordanz" verlange keine ausgleichende Beeinträchtigung beider widerstreitender Positionen, sondern sei auch gewahrt, wenn der Gesetzgeber eine Lösung wähle, nach der ein Recht dem anderen zu weichen habe. Das mag im Ausnahmefall stimmen, wenn sich der Konflikt etwa nicht anders auflösen lässt, und hier mag es sich auch um einen solchen Ausnahmefall handeln. Diese Ausführungen sind aber so sicher nicht verallgemeinerungsfähig, denn der vom BVerfG in st.Rspr. postulierte Grundsatz praktischer Konkordanz begründet ja gerade die Pflicht, staatliches Handeln auf Ausgleich - und nicht auf Vorrang - auszurichten.

Prüfungsrelevanz:

Examenskandidaten werden anlässlich dieses Urteils wieder mit der Kopftuch-Problematik, über die auch in der RA schon ausführlich berichtet wurde (s. Vertiefungshinweise), konfrontiert werden. Dabei werden sie wissen müssen, dass das BVerwG auch das sehr weit gehende Verbot des islamischen Kopftuchs in § 38

BWSchG für verfassungsgemäß hält, weil es durch mit Grundrechten der Lehrerin kollidierendes Verfassungsrecht gerechtfertigt sei. Dabei wird vor allem auf die staatliche Neutralität abgestellt. Als gesicherte Erkenntnis kann die schon vom BVerfG vertretene Ansicht gelten, dass es zu einer Betroffenheit derselben lediglich einer abstrakten Gefahr bedarf, es also nicht auf den konkreten Fall ankommt, und dass bei der Subsumtion unter diese abstrakte Gefährdung nicht die Intention der jeweiligen Lehrerin maßgeblich ist, sondern es darauf ankommt, wie das islamische Kopftuch vor dem Empfängerhorizont einer Vielzahl von Menschen wirkt.

Natürlich ist auch dieses Urteil noch nicht das letzte Wort. Die Klägerin wird es sich nicht nehmen lassen, die Sache erneut vor das BVerfG zu bringen. Wie dieses entscheidet, kann im Vorfeld niemand wissen. Schon die erste, ganz überwiegend ablehnend aufgenommene Entscheidung hatte ja für eine Überraschung gesorgt, indem sie sich in Widerspruch zu allen Entscheidungen der Fachgerichte setzte. Zudem ließ sie in den Sondervoten eine tiefe Zerstrittenheit des 1. Senats darüber erkennen, ob verbeamteten Lehrern überhaupt Grundrechte zustehen können, und ob es bejahendenfalls zu deren Einschränkung aufgrund kollidierender Verfassungsrechts eines einfach-gesetzlichen Konkretisierung bedarf. Sollte das BVerfG nun aber die sehr weit gehende Formulierung des § 38 BWSchG absegnen, dürfte dieses Thema, das die Öffentlichkeit und die Fachwelt seit fast 5 Jahren bewegt, endlich zu den Akten gelegt werden können.

Zur Prüfungstechnik des BVerwG ist anzumerken, dass das Gericht in seinem Urteil erst nach der Subsumtion unter § 38 BWSchG auf dessen Verfassungsmäßigkeit eingeht. Dies empfiehlt sich für Examenskandidaten nicht, und zwar weder im Gutachten noch in einem Urteil, denn die Frage nach der Tatbestandsmäßigkeit eines Verhaltens stellt sich erst, wenn es einen Tatbestand gibt, d.h. die Norm, welche die zu prüfenden Tatbestandsmerkmale enthält, ihrerseits wirksam ist. Diese Frage ist vor der Subsumtion, also entweder vorab unter dem Prüfungspunkt "Ermächtigungs- bzw. Rechtsgrundlage" oder aber unter dem jeweiligen Tatbestandsmerkmal zu beantworten, wobei es sich empfiehlt, die Prüfung vorzuziehen, wenn man die Wirksamkeit der Norm insgesamt anzweifelt (z.B. wegen fehlender Gesetzgebungskompetenz), während

es gut vertretbar ist, sie erst beim kritischen Tatbestandsmerkmal vorzunehmen, wenn man nur dessen Verfassungsmäßigkeit in Zweifel ziehen will und nicht der Auffassung ist, dass eine eventuelle Verfassungswidrigkeit auf andere, schon geprüfte Teile der Norm ausstrahlt. Im vorliegenden Fall wäre es unbedingt ratsam gewesen, die Prüfung vorab in der Rechtsgrundlage vorzunehmen, da die einzelnen Absätze und Sätze des § 38 BWSchG sich aufeinander beziehen, sie vom BVerwG insgesamt in Zweifel gezogen wurden und eine teilweise Aufrechterhaltung einzelner Passagen ohne einen verfassungswidrigen Rest nur schwer vorstellbar ist.

Vertiefungshinweise:

□ Die Historie des Kopftuch-Streits: *VG Stuttgart*, ZfBR 2000, 66; *VGH Mannheim*, NJW 2001, 2899; *BVerwGE* 116, 359; *BVerfGE* 108, 282

□ Literaturbeiträge und Fälle zur "Kopftuch"-Problematik: *Demel/Lochen*, JA 2002, 878; *Häußler*, BayVBl 2002, 619; *Triebel*, BayVBl 2002, 624; *Schöbener*, Jura 2003, 186; *Hufen*, JuS 2003, 1220; *Bertrams*, DVBl 2003, 1225

□ Kritisch zum Urteil des BVerfG: *Ipsen*, NVwZ 2003, 1210; *Pofalla*, NJW 2004, 1218

Kursprogramm:

□ Examenskurs: "Die betuchte Lehrerin"

□ Examenskurs: "Opferlamm"

Leitsatz:

Auf der Grundlage des 2004 geänderten baden-württembergischen Schulgesetzes darf die Einstellung als Lehrerin an Grund- und Hauptschulen im Beamtenverhältnis abgelehnt werden, wenn die Bewerberin nicht bereit ist, im Unterricht auf das Tragen eines "islamischen Kopftuchs" zu verzichten.

Sachverhalt:

Die 1972 in Kabul als Tochter afghanischer Eltern geborene Klägerin lebt seit 1987 in Deutschland und wurde 1995 eingebürgert. 1998 bestand sie die Zweite Staatsprüfung für das Lehramt an Grund- und Hauptschulen. Ihren Antrag auf Übernahme in den Schuldienst lehnte das Oberschulamt Stuttgart mit der Begründung ab, ihr fehle die persönliche Eignung, weil sie nicht bereit sei, während des Unterrichts darauf zu verzichten, aus religiösen Gründen ein Kopftuch zu tragen.

Mit ihrer Klage begehrt die Klägerin ihre Einstellung in den Schuldienst des Beklagten, hilfsweise die Neubeschickung ihres Antrags. Das Verwaltungsgericht hat die Klage abgewiesen. Auch die Berufung ist erfolglos geblieben. Das Bundesverwaltungsgericht hat

die Revision mit Urteil vom 4. Juli 2002 (BVerwG 2 C 21.01) zurückgewiesen. Das Bundesverfassungsgericht hat das Urteil aufgehoben und die Sache an das Bundesverwaltungsgericht zurückverwiesen. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, eine dem Beamten auferlegte Pflicht, als Lehrer im Unterricht die eigene Zugehörigkeit zu einer Religion nicht durch das Befolgen religiös begründeter Bekleidungsregeln sichtbar werden zu lassen, greife in die grundgesetzlich geschützte Glaubensfreiheit ein. Diese sei vorbehaltlos gewährleistet; Einschränkungen könnten sich daher nur aus der Verfassung selbst ergeben und bedürften überdies einer hinreichend bestimmten gesetzlichen Grundlage. Hierbei sei das Gebot strikter Gleichbehandlung verschiedener Glaubensrichtungen zu beachten.

Der baden-württembergische Gesetzgeber hat am 1. April 2004 ein Gesetz zur Änderung des Schulgesetzes erlassen (GBl. S. 178). Dessen § 38 lautet nunmehr:

(1) [...]

(2) *Lehrkräfte an öffentlichen Schulen nach § 2 Abs. 1 dürfen in der Schule keine politischen, religiösen, weltanschaulichen oder ähnliche äußeren Bekundungen abgeben, die geeignet sind, die Neutralität des Landes gegenüber Schülern und Eltern oder den politischen, religiösen oder weltanschaulichen Schulfrieden zu gefährden oder zu stören. Insbesondere ist ein äußeres Verhalten unzulässig, welches bei Schülern oder Eltern den Eindruck hervorrufen kann, dass eine Lehrkraft gegen die Menschenwürde, die Gleichberechtigung der Menschen nach Art. 3 des Grundgesetzes, die Freiheitsgrundrechte oder die freiheitlich-demokratische Grundordnung auftritt. Die Wahrnehmung des Erziehungsauftrags nach Art. 12 Abs. 1, Art. 15 Abs. 1 und Art. 16 Abs. 1 der Verfassung des Landes Baden-Württemberg und die entsprechende Darstellung christlicher und abendländischer Bildungs- und Kulturwerte oder Traditionen widerspricht nicht dem Verhaltensgebot nach Satz 1. Das religiöse Neutralitätsgebot des Satzes 1 gilt nicht im Religionsunterricht nach Art. 18 Satz 1 der Verfassung des Landes Baden-Württemberg.*

(3) *Die Ernennung eines Bewerbers nach § 9 des Landesbeamtengesetzes für eine Tätigkeit an öffentlichen Schulen nach § 2 Abs. 1 setzt als persönliches Eignungsmerkmal voraus, dass er die Gewähr für die Einhaltung des Absatzes 2 in seiner gesamten, voraussichtlichen Dienstzeit bietet. Für die Versetzung einer Lehrkraft eines anderen Dienstherrn in den baden-württembergischen Schuldienst gilt Satz 1 entsprechend.*

(4) *Für die Ableistung des Vorbereitungsdienstes für ein Lehramt können auf Antrag Ausnahmen von den Absätzen 2 und 3 im Einzelfall vorgesehen werden, soweit die Ausübung der Grundrechte es zwingend erfordert und zwingende öffentliche Interessen an der Wahrung der amtlichen Neutralität und des Schulfrie-*

dens nicht entgegenstehen.

(5) Absätze 2 bis 4 gelten entsprechend für Lehrkräfte im Angestelltenverhältnis.

Die Revision der Klägerin wurde erneut zurückgewiesen.

Aus den Gründen:

Die Revision der Klägerin ist unbegründet. Der Beklagte hat es mangels Eignung der Klägerin zu Recht abgelehnt, sie als Beamtin in den Schuldienst des Landes einzustellen.

A. Rechtsgrundlage

Rechtsgrundlage für die Ablehnung ist § 11 LBG in Verbindung mit § 38 Abs. 3 Satz 1 des baden-württembergischen Schulgesetzes in der Fassung des Gesetzes vom 1. April 2004 (GBl. S. 178) SchG. Zum Beamten kann danach nur ernannt werden, wer über die erforderliche Eignung verfügt. Als persönliches Eignungsmerkmal im Bereich der öffentlichen Schulen muss der Bewerber in seiner gesamten voraussichtlichen Dienstzeit die Gewähr dafür bieten, dass er das in § 38 Abs. 2 Satz 1 SchG geregelte Verbot einhält, in der Schule politische, religiöse, weltanschauliche oder ähnliche äußere Bekundungen abzugeben, die geeignet sind, die Neutralität des Landes gegenüber Schülern und Eltern oder den politischen, religiösen oder weltanschaulichen Schulfrieden zu gefährden oder zu stören.

I. Maßgeblicher Zeitpunkt der Beurteilung

Zur Anwendung und Überprüfung dieser Rechtsgrundlage, die in Kraft getreten ist, nachdem der Beklagte seine Entscheidung über die Eignung der Klägerin getroffen hat, ist der Senat befugt. Der maßgebliche Zeitpunkt für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage ergibt sich aus dem materiellen Recht, dem nicht nur die tatbestandlichen Voraussetzungen einer Ermächtigungsgrundlage oder eines Anspruchs selbst, sondern auch die Antwort auf die Frage zu entnehmen ist, zu welchem Zeitpunkt diese Voraussetzungen erfüllt sein müssen (vgl. Urteil vom 31. März 2004 BVerwG 8 C 5.03 ZOV 2004, 144; zur Veröffentlichung in der Entscheidungssammlung vorgesehen m. w. N.).

II. Bei Verpflichtungsklage regelmäßig letzte mündliche Verhandlung

Gegenstand des Streites ist die Ablehnungsentscheidung des Beklagten vom 10. Juli 1998 in der Fassung des Widerspruchsbescheides vom 3. Februar 1999. Dieser Bescheid ist weder durch die Änderung des Schulgesetzes gegenstandslos geworden, noch bedurfte es seiner Wiederholung, um ihn an die 2004 geänderte Rechtslage anzupassen. Inhaltlich besagt der Bescheid, der Klägerin fehle die nach § 11 Abs. 1 LBG erforderliche Eignung, weil sie durch ihre Weigerung, im Unterricht auf das Kopftuch zu verzichten, nicht

bereit sei, das Gebot staatlicher Neutralität in der Schule zu beachten. Ob der so begründete Bescheid mit der Rechtslage im Einklang steht, ist bei Verpflichtungsklagen auf Einstellung in das Beamtenverhältnis regelmäßig nach der im Zeitpunkt der behördlichen Entscheidung geltenden Sach- und Rechtslage zu entscheiden. Denn die Einstellung eines Beamtenbewerbers setzt neben der Feststellung objektiver Tatsachen (etwa der Erfüllung laufbahnrechtlicher und altersmäßiger Voraussetzungen) in der Form der Eignungsbeurteilung einen prognostischen Akt wertender Erkenntnis voraus, der nur eingeschränkt gerichtlich nachprüfbar ist und maßstabbildende Elemente enthält, die der Dienstherr im Hinblick auf den zu besetzenden Dienstposten selbst festzulegen hat (vgl. für Beförderungen Urteil vom 16. August 2001 BVerwG 2 A 3.00 BVerwGE 115, 58). Maßgeblich für den zu beurteilenden Sachstand ist deshalb grundsätzlich das Erkenntnismaterial, das der Behörde im Zeitpunkt ihrer Entscheidung vorliegt. Handelt es sich allerdings um die Frage, ob einem Einstellungsantrag im Hinblick auf ein gesetzliches Tatbestandsmerkmal aus Rechtsgründen stattgegeben werden muss oder nicht stattgegeben werden darf, so ist auf den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz abzustellen (vgl. Urteil vom 22. Januar 2002 BVerwG 1 C 6.01 BVerwGE 115, 352). Dabei ist in der Revisionsinstanz das Recht anzuwenden, das das Berufungsgericht anzuwenden hätte, wenn es zu diesem Zeitpunkt entschiede. Zwischenzeitlich eingetretene Rechtsänderungen sind für das Revisionsgericht in dem Umfang beachtlich, in dem sie das Berufungsgericht zu berücksichtigen hätte (vgl. Urteil vom 31. Mai 1994 BVerwG 1 C 5.93 BVerwGE 96, 86). Hier von geht auch das Bundesverfassungsgericht (a.a.O. S. 313) aus. Es hat die Sache an das Bundesverwaltungsgericht mit dem Hinweis zurückverwiesen, es sei zu erwarten, dass das Verfahren dort auf der Grundlage des gemäß § 127 Nr. 2 BRRG revidierten § 11 Abs. 1 LBG zum Abschluss gebracht werden könne; der maßgebliche Begriff der Eignung sei dabei entsprechend den gegebenenfalls veränderten Vorgaben im Schulrecht des Landes auszulegen und anzuwenden.

B. Tatbestand

Das Tragen eines Kopftuchs aus religiösen Gründen in einer öffentlichen Schule verstößt gegen das in § 38 Abs. 2 Satz 1 SchG geregelte Verbot, in der Schule politische, religiöse, weltanschauliche oder ähnliche äußere Bekundungen abzugeben, die geeignet sind, die Neutralität des Landes gegenüber Schülern und Eltern oder den politischen, religiösen oder weltanschaulichen Schulfrieden zu gefährden oder zu stören. Ob hierin zugleich ein Verhalten zu sehen ist, welches bei Schülern oder Eltern den Eindruck hervorrufen kann, dass eine Lehrkraft gegen die Menschenwürde, die Gleichberechtigung der Menschen nach Art. 3 GG, die

Freiheitsgrundrechte oder die freiheitlich-demokratische Grundordnung auftritt (§ 38 Abs. 2 Satz 2 SchG), bedarf keiner Entscheidung. Ebenso wenig bedarf es eines Eingehens auf die Frage, ob § 38 Abs. 2 Satz 2 SchG eine weitergehende Bedeutung hat.

I. Kopftuch als religiöses und/oder politisches Statement

1. Empfängerhorizont entscheidet

Eine Lehrerin, die in der Schule ein so genanntes islamisches Kopftuch trägt, gibt damit in eindeutiger Weise zu verstehen, dass sie sich zur Religion des Islam bekennt und sich gehalten sieht, dessen von ihr als verpflichtend empfundene Bekleidungs Vorschriften zu beachten. Hierin liegt eine Bekundung, nämlich die bewusste, an die Außenwelt gerichtete Kundgabe einer religiösen Überzeugung. Ob diese Bekundung vom Schutz der Religions- oder Meinungsäußerung umfasst wird, ist in diesem Zusammenhang ebenso unbeachtlich wie das ihr zugrunde liegende Motiv, also die Frage, ob die Bekundung freiwillig ist oder im Sinne eines tradierten Rollenverständnisses auf einem mehr oder weniger starken äußeren Zwang beruht. Entscheidend sind die von Dritten wahrgenommenen Erklärungswerte dieser Bekundung. Alle denkbaren Möglichkeiten, wie das Tragen eines Kopftuchs verstanden werden kann, sind zu berücksichtigen, wenn es um die Beurteilung geht, ob das Verhalten einen Eignungsmangel begründet (BVerfG a.a.O. S. 305).

II. Deutungsmöglichkeiten

Neben dem Bekenntnis zum Islam und zu dessen Bekleidungs Vorschriften kann das Kopftuch auch als ein Zeichen für das Festhalten an Traditionen der Herkunftsgesellschaft gedeutet werden. In jüngster Zeit wird in ihm verstärkt auch ein politisches Symbol des islamischen Fundamentalismus gesehen, das die Abgrenzung zu Werten der westlichen Gesellschaft, wie individuelle Selbstbestimmung und insbesondere Emanzipation der Frau, ausdrückt (BVerfG a.a.O. S. 304). Zwar ist dies nach den tatrichterlichen Feststellungen der Vorinstanzen wie dies auch das Bundesverfassungsgericht nicht anders sieht (a.a.O. S. 304) nicht die Botschaft, die die Klägerin mit dem Tragen des Kopftuchs vermitteln will. Das hat jedoch keine rechtliche Bedeutung. Auch insoweit ist der vom Bundesverfassungsgericht so bezeichnete Empfängerhorizont maßgeblich (a.a.O. S. 305). Dabei kommt es nicht auf die Sicht Einzelner an, die möglicherweise eine von weiteren Bevölkerungskreisen kaum geteilte Deutungsmöglichkeit vertreten, wohl aber auf eine Deutungsmöglichkeit, die einer nicht unerheblichen Zahl von Betrachtern nahe liegt. § 38 Abs. 2 Satz 1 SchG stellt dementsprechend insbesondere, wenn auch nicht ausschließlich, auf die Sicht der Schüler und Eltern ab, einer Gruppe, die zahlenmäßig nicht zu vernachlässi-

gen ist und die durch das Band der allgemeinen Schulpflicht in einer engen Beziehung zum Staat steht. Ob deren Sichtweise von der Mehrzahl der Bevölkerung geteilt wird, ist nicht entscheidend.

II. Verstoß gegen Neutralitätspflicht des Staates

Soweit in dem von einer Lehrerin getragenen Kopftuch eine religiöse und politische Bekundung zu sehen ist, ist diese geeignet, die Neutralität des Landes gegenüber Schülern und Eltern oder den politischen, religiösen oder weltanschaulichen Schulfrieden zu gefährden oder zu stören.

1. Abstrakte Gefährdung des Schulfriedens genügt

Das Verbot des § 38 Abs. 2 Satz 1 SchG knüpft an einen abstrakten Gefährdungstatbestand an. Nicht erst Bekundungen, welche die Neutralität des Landes oder den Schulfrieden konkret gefährden oder gar stören, fallen unter das Verbot. Es will vielmehr schon abstrakten Gefahren vorbeugen, um konkrete Gefahren für die Neutralität der Schule oder den Schulfrieden gar nicht erst eintreten zu lassen. Im Gesetzeswortlaut kommt dies darin zum Ausdruck, dass dieser entsprechende Verhaltensweisen bereits dann verbietet, wenn sie nur "geeignet" sind, die genannten Schutzgüter zu gefährden. Eine Betrachtung der konkreten Verhältnisse an einzelnen Schulen und deren Würdigung ist danach nicht vorgesehen.

2. Subsumtion

Eine derart abstrakte Gefährdung gerade der weltanschaulich-religiösen Neutralität der Schule und des religiösen Schulfriedens geht von dem Tragen eines islamischen Kopftuchs durch eine Lehrerin aus. Auch das Bundesverfassungsgericht, das eine konkrete Gefahr verneint hat (a.a.O. S. 307), sieht dies nicht anders; es stuft den Fall, dass Lehrer in der Schule religiös motivierte Kleidung tragen, die als Kundgabe einer Glaubensüberzeugung zu interpretieren ist, ausdrücklich als eine abstrakte Gefahr ein (a.a.O. S. 303). Die Schule ist der Ort, an dem die unterschiedlichen religiösen Auffassungen unausweichlich aufeinander treffen und wo sich das Nebeneinander besonders empfindlich auswirken kann. Die Entwicklung hin zu einer gewachsenen religiösen Vielfalt in der Gesellschaft hat daher zwangsläufig ein vermehrtes Potential möglicher Konflikte in der Schule mit sich gebracht. In dieser Lage können leichter Gefährdungen für den religiösen Schulfrieden aufkommen. Sie können sich vor allem aus der Besorgnis insbesondere der Eltern vor einer ungewollten religiösen Beeinflussung der Kinder entwickeln. Einbußen an Neutralität im Erscheinungsbild können zu solcher Besorgnis beitragen und lassen sich insoweit als eine abstrakte Gefahr bezeichnen. Ihr will der Landesgesetzgeber durch eine auch in der Kleidung sichtbar bleibende Neutralität der Lehrer begegnen.

III. Ergebnis

Die generelle und kompromisslose Weigerung, diesem Verbot Folge zu leisten, stellt sich somit nach dem Wortlaut des § 38 Abs. 3 SchG als Eignungsmangel dar, der die Berufung in das Beamtenverhältnis ausschließt.

C. Verfassungsmäßigkeit der Rechtsgrundlage

Soweit § 38 SchG hier anzuwenden ist, ist er mit höherrangigem Recht, insbesondere dem Grundgesetz, vereinbar.

I. Bestimmtheit

Inhaltlich ist insbesondere die Regelung in § 38 Abs. 2 Satz 1 SchG hinreichend bestimmt. Sie lässt die von ihr erfassten Schutzgüter die Neutralität des Landes und den Schulfrieden erkennen. Sie knüpft allein an die abstrakte Eignung eines Verhaltens an, diese Schutzgüter zu gefährden oder zu stören. Sie erfasst, dem generellen Charakter eines Gesetzes entsprechend, jegliche Art von Bekundungen, also auch mündliche oder schriftliche Äußerungen sowie, was § 38 Abs. 2 Satz 1 SchG klarstellt, auch jedes sonstige äußere Verhalten. Die bewusste Wahl einer religiös oder weltanschaulich bestimmten Kleidung fällt ohne weiteres unter diese Regelung. Die Bestimmtheit des Satzes 1 wird auch nicht durch die gesetzliche Klarstellung in § 38 Abs. 2 Satz 3 SchG in Frage gestellt. Die Darstellung christlicher und abendländischer Bildungs- und Kulturwerte von neutraler Warte ist etwas anderes als die Bekundung eines individuellen Bekenntnisses. Das eine hat mit dem anderen nichts zu tun, weil es bei der Darstellung nicht um persönliche innere Verbindlichkeit geht, die der Darstellende für sich anerkennen müsste. Auch kann und darf es nicht um missionarisches Werben für ein bestimmtes Glaubensbekenntnis gehen. Hiernach lässt sich der Klarstellung in Satz 3 eine zusätzliche Präzisierung dessen entnehmen, was in Satz 1 mit "Bekundung" gemeint ist, und nicht etwa eine Unklarheit oder Widersprüchlichkeit, wie sie die Revision sieht.

II. Grundrechtskonformität

1. Vorgaben des BVerfG

Wie das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil vom 24. September 2003 (a.a.O. S. 309) im Einzelnen dargelegt hat, ist der Landesgesetzgeber zuständig und berechtigt, eine gesetzliche Bestimmung zu erlassen, die den möglichen Konflikt widerstreitender Grundrechte der Lehrkräfte, Schüler und Eltern sowie des mit Verfassungsrang ausgestatteten staatlichen Erziehungsauftrags regelt. Dies gilt vor allem dann, wenn die betroffenen Grundrechte wie hier die positive und negative Glaubensfreiheit sowie das elterliche Erziehungsrecht nach dem Wortlaut der Verfassung ohne Gesetzesvorbehalt gewährleistet sind und eine Rege-

lung, welche diesen Lebensbereich ordnet, notwendigerweise ihre verfassungsimmanenten Schranken bestimmen und konkretisieren muss. Es gilt auch dann, wenn vorbehaltlos gewährte Grundrechte mit anderen Werten von Verfassungsrang abgewogen werden müssen, auf deren Inhalt der Staat gestalterischen Einfluss hat, wie dies etwa beim staatlichen Erziehungsrecht der Fall ist, das er nach Maßgabe gesellschaftlicher Verhältnisse beeinflussen kann. Hier ist der Gesetzgeber verpflichtet, die Schranken der widerstreitenden Freiheitsgarantien jedenfalls so weit selbst zu bestimmen, wie eine solche Festlegung für die Ausübung dieser Freiheitsrechte wesentlich ist (vgl. BVerfGE 83, 130).

2. Praktische Konkordanz

Die Lösung des verfassungsrechtlichen Spannungsverhältnisses durch § 38 Abs. 2 Satz 1 und Abs. 3 SchG verstößt nicht gegen das Prinzip praktischer Konkordanz bzw. das Gebot des verhältnismäßigen Ausgleichs der einander widerstreitenden Grundrechtspositionen. Auch unter Berücksichtigung dieses Prinzips liegt es noch im Rahmen der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers, die Grundrechtsposition der auf Seiten des Staates tätigen Lehrer zugunsten der Freiheitsrechte der Eltern und Schüler sowie zur Sicherung der Neutralität und des Schulfriedens zurücktreten zu lassen. Der Gesetzgeber darf dabei die allgemeinen beamtenrechtlichen Pflichten zu Mäßigung und Zurückhaltung für Lehrer dahin konkretisieren, dass sie in der Schule keine Kleidung oder sonstige Zeichen tragen dürfen, die ihre Zugehörigkeit zu einer bestimmten Religionsgemeinschaft erkennen lassen. Insofern sind unter Beachtung der verfassungsrechtlichen Vorgaben auch gesetzliche Einschränkungen der Glaubensfreiheit denkbar (BVerfGE 108, 282).

a. Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers

Eine Regelung, die Lehrern untersagt, in der Schule äußerlich dauernd sichtbar ihre Zugehörigkeit zu einer bestimmten Religionsgemeinschaft oder Glaubensrichtung erkennen zu lassen, ist Teil der Bestimmung des Verhältnisses von Staat und Religion im Bereich der Schule. Wie auf die Vielfalt der Glaubensüberzeugungen in der Schule zu antworten ist, insbesondere, welche Verhaltensregeln in Bezug auf Kleidung und sonstiges Auftreten für Lehrerinnen und Lehrer zur näheren Konkretisierung ihrer allgemeinen beamtenrechtlichen Pflichten und zur Wahrung des religiösen Friedens in der Schule aufgestellt werden sollen, kann und muss der demokratisch legitimierte Landesgesetzgeber entscheiden. Für die Beurteilung der tatsächlichen Entwicklungen, ihrer Bedeutung für die Wahrung oder Gefährdung des religiösen Friedens in der Schule wie auch der Auswirkungen von Maßnahmen, mit denen den abstrakten oder konkreten Gefahren begegnet werden kann, verfügt der Gesetzgeber über eine Einschät-

zungsprärogative, die Behörden und Gerichte nicht für sich in Anspruch nehmen können (vgl. BVerfGE 50, 290; 99, 367). Es ist seine Sache zu entscheiden, ob er eine großzügige Lösung wählt, die es ermöglicht, die zunehmende religiöse Vielfalt in der Schule aufzunehmen und als Mittel für die Einübung gegenseitiger Toleranz zu nutzen, oder ob er wegen des größeren Potenzials möglicher Konflikte in der Schule den Weg geht, der staatlichen Neutralitätspflicht im schulischen Bereich eine striktere und mehr als bisher distanzierende Bedeutung beizumessen und demgemäß auch durch das äußere Erscheinungsbild einer Lehrkraft vermittelte religiöse Bezüge von den Schülern grundsätzlich fern zu halten, um Konflikte mit Schülern, Eltern oder anderen Lehrkräften von vornherein zu vermeiden (BVerfGE 108, 282). Mit diesen Positionen lässt sich die Bandbreite seines Gestaltungsermessens kennzeichnen, innerhalb dessen er sich bei Wahrung der Gleichheit, Systemgerechtigkeit und Verhältnismäßigkeit frei entscheiden kann.

b. Präventivfunktion des Gesetzes

§ 38 SchG hält sich in diesem vom Bundesverfassungsgericht vorgezeichneten Rahmen. Der Landesgesetzgeber hat den Weg gewählt, möglichen Konflikten präventiv zu begegnen. Bereits die abstrakte Gefahr, die der staatlichen Neutralität oder dem Schulfrieden aus einer politischen, religiösen, weltanschaulichen oder ähnlichen äußeren Bekundung erwachsen kann, genügt ihm als Anlass, entgegenwirkende Verhaltensvorschriften aufzustellen. Das Einbringen religiöser oder weltanschaulicher Bezüge in Schule und Unterricht durch Lehrkräfte kann den in Neutralität zu erfüllenden staatlichen Erziehungsauftrag, das elterliche Erziehungsrecht und die negative Glaubensfreiheit der Schülerinnen und Schüler beeinträchtigen. Es eröffnet zumindest die Möglichkeit einer Beeinflussung der Schulkinder sowie von Konflikten mit Eltern, die zu einer Störung des Schulfriedens führen und die Erfüllung des Erziehungsauftrags der Schule gefährden können (BVerfG a.a.O. S. 302).

c. Keine Einzelfallregelung erforderlich

Der Landesgesetzgeber ist nicht gehalten, auf die Verhältnisse an einer einzelnen Schule oder in einem bestimmten Bezirk abzustellen oder gar eine individuelle Prüfung der Absichten vorzusehen, die eine Lehrerin etwa mit dem Tragen eines Kopftuchs verbindet. Denn wie dargelegt liegt es in seiner Gestaltungsfreiheit, abstrakten Gefahren schon im Vorfeld zu begegnen. Sie aber lassen sich für keine Schule und keinen Bezirk von vornherein ausschließen. Darüber hinaus geht es um eine Regelung auch der Anforderungen an die Eignung eines Lehrers. Will der Gesetzgeber daran festhalten, dass ein Lehrer prinzipiell dauerhaft an allen Schulen des Landes einsetzbar bleiben muss, so ist es nur folgerichtig, auf die generellen Verhältnisse an

den Schulen des Landes abzustellen. Hiermit wäre eine vereinzelnde Betrachtung nicht zu vereinbaren. Ausnahmen für bestimmte Formen religiös motivierter Kleidung in bestimmten Regionen, wie sie der Prozessbevollmächtigte des Beklagten in der mündlichen Verhandlung in Erwägung gezogen hat, kommen daher nicht in Betracht. Für sie bieten weder der Wortlaut des Gesetzes noch der Schutzzweck der Regelung eine Handhabe. Auch materielles Verfassungsrecht stünde dem entgegen (Art. 3 Abs. 1 GG in der Ausprägung des Maßstabs der Systemgerechtigkeit und das Gebot der strikten Gleichbehandlung der Religionsgesellschaften und Glaubensgemeinschaften). Ein Vollzugsdefizit, das auf eine mittelbare Diskriminierung hinausläufe (vgl. dazu Art. 2 Abs. 2 lit. b der Richtlinie 2000/78/EG vom 27. November 2000, ABl EG L 303/16), ist in der Regelung nicht angelegt.

d. Kein Gleichheitsverstoß

§ 38 Abs. 2 Satz 3 SchG verletzt nicht das Gleichheitsgebot, indem er die "Darstellung christlicher und abendländischer Bildungs- und Kulturwerte" von den nach Satz 1 verbotenen Bekundungen abgrenzt und als der Wahrnehmung des dem Neutralitätsgebot verpflichteten Erziehungsauftrags der Landesverfassung Baden-Württemberg nicht widersprechend bezeichnet. Begründet der Gesetzgeber Dienstpflichten, die in die Glaubensfreiheit von Amtsinhabern und Bewerbern um öffentliche Ämter eingreifen und damit für glaubensgebundene Bewerber den Zugang zum öffentlichen Dienst erschweren oder ausschließen, so ist das Gebot strikter Gleichbehandlung der verschiedenen Glaubensrichtungen sowohl in der Begründung als auch in der Praxis der Durchsetzung solcher Dienstpflichten zu beachten (BVerfG a.a.O. S. 298).

aa. "Christlich"

Eine unzulässige Bevorzugung der christlichen Konfession ist mit der Klarstellung in § 38 Abs. 2 Satz 3 SchG nicht verbunden. Der hier verwendete Begriff des "Christlichen" ist im Sinne des Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts vom 17. Dezember 1975 (BVerfGE 41, 29) auszulegen. Er bezeichnet ungeachtet seiner Herkunft aus dem religiösen Bereich eine von Glaubensinhalten losgelöste, aus der Tradition der christlich-abendländischen Kultur hervorgegangene Wertewelt, die erkennbar auch dem Grundgesetz zu Grunde liegt und unabhängig von ihrer religiösen Fundierung Geltung beansprucht. Hierzu gehören etwa die Auffassung von der unverfügbaren und unantastbaren Menschenwürde (Art. 1 GG), von der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 GG), von der Gleichheit aller Menschen und Geschlechter (Art. 3 GG) und von der Religionsfreiheit einschließlich der negativen Glaubensfreiheit (Art. 4 GG). Weiter umfasst der Begriff humane Werte wie Hilfsbereitschaft, Sorge für und allgemeine Rücksichtnahme auf den Nächsten so-

wie Solidarität mit den Schwächeren. Der Auftrag zur Weitergabe christlicher Bildungs- und Kulturwerte verpflichtet oder berechtigt die Schule deshalb keineswegs zur Vermittlung bestimmter Glaubensinhalte, sondern betrifft Werte, denen jeder auf dem Boden des Grundgesetzes stehende Beamte unabhängig von seiner religiösen Überzeugung vorbehaltlos zustimmen kann.

bb. Ehrfurcht vor Gott usw.

Dasselbe gilt von der Bezugnahme auf die Art. 12 Abs. 1, 15 Abs. 1 und 16 Abs. 1 der Verfassung des Landes Baden-Württemberg. In diesen Artikeln ist die Pflicht des Landes festgelegt, in den öffentlichen Volksschulen in der Schulform der christlichen Gemeinschaftsschule die Kinder in Ehrfurcht vor Gott, im Geiste der christlichen Nächstenliebe zur Brüderlichkeit aller Menschen und zur Friedensliebe, zur Liebe zu Volk und Heimat, zu sittlicher und politischer Verantwortung, zu beruflicher und sozialer Bewährung und zu freiheitlicher demokratischer Gesinnung zu erziehen. Auch hier bezieht sich die baden-württembergische Verfassung auf christliche Tugenden und nicht auf spezielle Glaubensinhalte. Für Art. 15 Abs. 1 der Landesverfassung folgt dies aus § 31 Abs. 1 und 2 BVerfGG, weil dieser Artikel Gegen-

stand des Verfassungsbeschwerdeverfahrens war, das der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 17. Dezember 1975 a.a.O. zugrunde gelegen hat. Im Übrigen folgt dies aus § 31 Abs. 1 BVerfGG.

III. Verhältnismäßigkeit

§ 38 SchG ist nicht unverhältnismäßig. Das Gebot eines angemessenen Ausgleichs konkurrierender Grundrechte und Rechte mit Verfassungsrang verlangt nicht, dass alle betroffenen Rechtspositionen gleichermaßen Einbußen erleiden. Der Gesetzgeber darf eine Lösung wählen, nach der eines der beteiligten (Grund-)Rechte zu weichen hat. Der religiöse Schulfrieden ist ein Schutzzweck von herausragender Bedeutung, der das hier strittige Verbot schon bei abstrakten Gefahren zu rechtfertigen vermag. Die islamische Glaubensgemeinschaft wird davon auch nicht übermäßig betroffen, da sich das Verbot auf Lehrer im Staatsdienst beschränkt, Schülerinnen auch an öffentlichen Schulen und Lehrerinnen an Privatschulen also das Tragen eines Kopftuchs unbenommen bleibt. Im Übrigen regelt es nur das Verhalten in der Schule, sieht also davon ab, das Verhalten des Beamten auch außerhalb des Dienstes vorzuschreiben (vgl. § 36 Satz 3 BRRG, § 54 Satz 3 BBG).

Standort: Kommunalrecht

Problem: Wirtschaftliche Betätigung

OVG NRW, BESCHLUSS VOM 12.10.2004
15 B 1873/04 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Das OVG NRW hatte es vorliegend mit einem Fall zu tun, in dem eine Gemeinde von ihr zu erbringende Entsorgungsleistungen ausgeschrieben hatte, und sich unter den Bietern neben Privatunternehmen eine andere Gemeinde befand, die einen nicht ausgelasteten Eigenbetrieb zur Abfallentsorgung unterhielt und sich durch die Übernahme der Müllentsorgung einer anderen Gemeinde eine bessere Auslastung ihrer eigenen Kapazitäten erhoffte. Dabei blieb sie mit ihrem Angebot deutlich unter den Preisen der privaten Konkurrenz. Einer der Privatunternehmer versuchte, eine weitere Beteiligung der Gemeinde am Vergabeverfahren durch eine Sicherungsanordnung nach § 123 I 1 VwGO einstweilen zu verhindern - ohne Erfolg. Das OVG NRW entschied, dass die Gemeindeordnung NRW zwar in § 107 III GO NRW eine enge Beschränkung der wirtschaftlichen Betätigung von Gemeinden außerhalb ihres eigenen Gemeindegebiets vorsehe, diese hier aber nicht anwendbar sei, da zwar eine wirtschaftliche Betätigung vorliege, gerade die Abfallentsorgung aber nach § 107 II GO NRW im Wege einer Fiktion aus diesem Begriff ausgenommen sei. Das Ge-

richt prüft sodann weiter, ob sich anderen Vorschriften der Gemeindeordnung oder des Verfassungsrechts ein Verbot für Gemeinden, außerhalb ihres eigenen Gemeindegebiets erwerbswirtschaftlich tätig zu werden, entnehmen lässt, verneint dies jedoch.

Prüfungsrelevanz:

Kaum ein Thema des Kommunalrechts ist gegenwärtig in Praxis und Examen so aktuell wie die erwerbswirtschaftliche Betätigung von Gemeinden. In Zeiten leerer Kassen ist den Kommunen jedes Mittel Recht, um sich Finanzmittel zu beschaffen, und deshalb hat die wirtschaftliche Betätigung von Gemeinden mit dem Ziel der Gewinnerzielung sprunghaft zugenommen. Dass diese damit den Privatunternehmen Konkurrenz machen, liegt auf der Hand, und hieraus ergeben sich äußerst interessante Konstellationen des Dritt- bzw. Konkurrentenschutzes.

Nachdem das OVG NRW in einer Aufsehen erregenden Entscheidung aus 2003 entschieden hatte, dass der in der GO NRW geforderte "öffentliche Zweck" für eine erwerbswirtschaftliche Betätigung Drittschutz zugunsten der privaten (mittelständischen) Konkurrenz entfalte (RA 2003, 651 als Urteil in Fallstruktur) und damit in gewisser Weise den Schutz der Privatunternehmen gestärkt hatte (wenn auch nicht wirklich, denn

das Gericht legte anschließend den "öffentlichen Zweck" extrem weit aus und ließ jede auch nur mittelbar gemeinnützige Tätigkeit bereits genügen), ist diese Entscheidung nun ein echter Keulenschlag.

Examenskandidaten in NRW werden sich merken müssen, dass die Beschränkungen der GO NRW für wirtschaftliche Betätigungen von Gemeinden für die Fälle nicht gelten, die nach § 107 II GO fiktiv nicht als solche gelten. Hinsichtlich der Übertragbarkeit dieser (und der oben zitierten) Entscheidung auf das Kommunalrecht anderer Bundesländer ist Vorsicht geboten, denn gerade in diesem Bereich haben die diversen Oberverwaltungsgerichte bzw. Verwaltungsgerichtshöfe aus den z.T. unterschiedlichen Formulierungen ihrer Gemeindeordnungen auch unterschiedliche Schlussfolgerungen gezogen (vgl. nur die Vertiefungshinweise zur Frage des Drittschutzes).

Vertiefungshinweise:

Aktuelle Beiträge zum Drittschutz gegen wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden: *Faber*, DVBl. 2003, 761; *Schink*, NVwZ 2002, 129; *Marin*, JZ 2002, 819

Aus der Rechtsprechung: *OVG NRW*, RA 2003, 651 = NWVB1 2003, 462; *OLG Karlsruhe*, RA 2001, 386 = VB1BW 2001, 234; *OLG Düsseldorf*, NJW-RR 1997, 1470; RA 2002, 145 = NVwZ 2002, 248 (wohl überholt durch *BGH*, RA 2002, 381 = JuS 2003, 958 m. Anm. *Warneke*); *BGH*, DVBl. 2003, 267

Kursprogramm:

Examenskurs: "Brot für M"

Leitsatz (der Redaktion):

Die Ausübung der in § 107 Abs. 2 Nr. 4 GO NRW aus dem Begriff der "wirtschaftlichen Betätigung" einer Gemeinde fiktiv heraus genommenen Tätigkeitsbereiche (hier: Abfallentsorgung) unterliegt keiner regionalen Beschränkung auf das Gemeindegebiet.

Sachverhalt:

Die ASt. ist ein privatwirtschaftlich tätiges Unternehmen, die Ag. eine kreisangehörige Stadt in NRW. Beide Parteien beteiligen sich als Bieter an einem von der Beigel. durchgeführten Vergabeverfahren, das in der Ausschreibung von Entsorgungsleistungen (Sammlung und Abtransport von Abfällen) bestand. Die ASt. ist der Auffassung, es bestehe für die Ag. nach der Gemeindeordnung ein Verbot wirtschaftlicher Betätigung jedenfalls über ihr eigenes Gemeindegebiet hinaus, weshalb sie - die ASt. - einen Anspruch auf Unterlassen weiterer Beteiligung seitens der Ag. am Vergabeverfahren der Beigel. habe. Sie erstrebt im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes die Sicherung dieses behaupteten Anspruchs.

Aus den Gründen:

Die zulässige Beschwerde ist unbegründet. Das Verwaltungsgericht hat den Antrag, der Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Anordnung gemäß § 123 VwGO zu untersagen, sich weiterhin am Vergabeverfahren, Ausschreibung von Entsorgungsleistungen, Los 1, der Beigeladenen zu beteiligen, insbesondere die Bindefrist zu verlängern, zu Recht abgelehnt.

A. Zulässigkeit

Er ist als Antrag gemäß § 123 der Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) zwar zulässig, aber unbegründet.

I. Rechtsweg

Der Senat lässt offen, ob im vorliegenden Beschwerdeverfahren des einstweiligen Rechtsschutzes der vom Verwaltungsgericht nicht gekläarte Verwaltungsweg trotz § 173 VwGO i.V.m. § 17a Abs. 5 des Gerichtsverfassungsgesetzes (GVG) allgemein oder jedenfalls hier wegen des Umstandes, dass das Verwaltungsgericht über das Antragsbegehren ohne Vorabentscheidung nach § 17a Abs. 3 Satz 2 GVG entscheiden hat, zu prüfen ist. Jedenfalls ist der Verwaltungsweg gegeben, weil eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art vorliegt (§ 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO). Die Antragstellerin erstrebt nämlich mit der beantragten einstweiligen Anordnung eine Regelung in Bezug auf ein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis. Entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin ist für das Antragsbegehren nicht der Vergaberechtsweg gemäß § 104 Abs. 2 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) gegeben. Dieser betrifft allein Ansprüche auf Einhaltung der Bestimmungen über das Vergabeverfahren und sonstige Ansprüche gegen öffentliche Auftraggeber, die auf die Vornahme oder das Unterlassen einer Handlung in einem Vergabeverfahren gerichtet sind. Damit kommen für den Vergaberechtsweg von vorneherein nur Ansprüche gegen die die Vergabe betreibende Beigeladene in Betracht, nicht aber der hier geltend gemachte Anspruch gegen einen kommunalen Bieter, sich wegen eines Verbots wirtschaftlicher Betätigung aus dem Gemeindegewirtschaftsrecht einer Beteiligung am Vergabeverfahren zu enthalten.

II. Allgemeines Rechtsschutzinteresse

Die Antragstellerin hat auch ein Rechtsschutzbedürfnis, das nicht wegen der Möglichkeit eines parallelen Vergabenaachprüfungsverfahrens entfällt. Ein Rechtsschutzbedürfnis könnte hier nur verneint werden, wenn der Antragstellerin eine einfachere oder effektivere Möglichkeit des Rechtsschutzes zur Verfügung stünde. Es ist nicht erkennbar, warum das Vergabenaachprüfungsverfahren gegenüber dem einstweiligen Rechtsschutz durch die Verwaltungsgerichtsbarkeit eine solche Möglichkeit sein sollte, zumal die hier gel-

tend gemachten öffentlich-rechtlichen Schranken wirtschaftlicher oder nichtwirtschaftlicher Betätigung von Kommunen primär der Beurteilung der Verwaltungsgerichtsbarkeit unterliegen und für die Vergabekammern und -senate allenfalls Vorfrage sein können. Die vom Verwaltungsgericht angeführten Gründe für die vermeintliche Vorzugswürdigkeit des Vergabenachprüfungsverfahrens mögen einen Anordnungsgrund für eine einstweilige Anordnung in Frage stellen, begründen aber nicht das Fehlen des nach dem Rechtsmissbrauchsverbot zu fordernden Rechtsschutzinteresses.

III. Antragsbefugnis

Schließlich ist die Antragstellerin als Wirtschaftsteilnehmerin, deren Marktinteressen durch die wirtschaftliche Betätigung der Antragsgegnerin beeinträchtigt wird, auch antragsbefugt (vgl. zur Reichweite des Drittschutzes OVG NRW, RA 2003, 651 = NWVBl 2003, 462). Die drittschützende Wirkung des Gemeindegewirtschaftsrechts erstreckt sich jedenfalls auch auf nicht im Gebiet der sich wirtschaftlich oder nichtwirtschaftlich betätigenden Gemeinde ansässige Konkurrenten, wenn das Konkurrenzverhältnis im Geltungsbereich der nordrhein-westfälischen Gemeindeordnung besteht.

B. Begründetheit

Der Antrag ist aber unbegründet. Die Antragstellerin hat den geltend gemachten Anordnungsanspruch, nämlich einen öffentlich-rechtlichen Unterlassungsanspruch aus § 107 Abs. 1 der Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen (GO NRW), nicht glaubhaft gemacht.

I. Begriff der "wirtschaftlichen Betätigung"

Bei der beanstandeten beabsichtigten Sammlung von Abfällen und deren Transport im Gebiet der Beigeladenen handelt es sich nämlich nicht um eine wirtschaftliche Betätigung im Rechtssinne, sodass sie den Schranken des § 107 Abs. 1 GO NRW nicht unterliegt.

1. Legaldefinition

Die der Schrankentrias dieser Vorschrift unterworfenen wirtschaftliche Betätigung wird legaldefiniert durch § 107 Abs. 1 Satz 3 GO NRW als Betrieb von Unternehmen, die als Hersteller, Anbieter oder Verteiler von Gütern oder Dienstleistungen am Markt tätig werden, sofern die Leistung ihrer Art nach auch von einem Privaten mit der Absicht der Gewinnerzielung erbracht werden könnte. Die beanstandete Tätigkeit der Antragsgegnerin erfüllt zwar der Sache nach diese Voraussetzungen.

2. Ausnahmefiktionen

Jedoch unterfällt sie wegen § 107 Abs. 2 Nr. 4 GO NRW nicht dem Begriff der wirtschaftlichen Betäti-

gung im Sinne des Gemeindegewirtschaftsrechts. Nach dieser Vorschrift gilt als wirtschaftliche Betätigung im Sinne des Abschnitts "Wirtschaftliche Betätigung und nichtwirtschaftliche Betätigung" der Gemeindeordnung nicht der Betrieb von Einrichtungen der Abfallentsorgung. Dadurch wird im Wege der Fiktion ein solcher Betrieb vollständig aus dem Anwendungsbereich der Regelungen über die wirtschaftliche Betätigung von Gemeinden ausgenommen, so dass er insbesondere nicht den Beschränkungen wirtschaftlicher Betätigung nach § 107 Abs. 1 GO NRW unterworfen ist. Dies mag man rechtspolitisch bedauern (so etwa Held u.a., Kommunalverfassungsrecht NRW, Loseblatt, (Stand: Mai 2004), Vor §§ 107 ff. GO Anm. 3.2, mit der Entgegensetzung des Betriebs "einer hoch defizitären städtischen Veranstaltungshalle" als wirtschaftlicher Betätigung einerseits und der Abfallentsorgung "mit mehreren hundert Millionen DM Umsätzen und satten Gewinnen" als nichtwirtschaftlicher Betätigung andererseits), ist aber als gesetzgeberische Entscheidung hinzunehmen.

Die hier in Rede stehende beabsichtigte Tätigkeit der Antragsgegnerin über ihren Eigenbetrieb im Gebiet der Beigeladenen erfüllt die Kriterien der so nach § 107 Abs. 2 Nr. 4 privilegierten Tätigkeit. Die Sammlung von Abfällen und deren Transport im Gebiet der Beigeladenen ist ein Kernbestandteil der Abfallentsorgung (§ 5 Abs. 6 Satz 1 des Landesabfallgesetzes - LABfG -).

II. Gebietsübergreifende Tätigkeit

Der Umstand, dass die Antragsgegnerin nicht auf eigenem Gebiet, sondern im Gebiet der Beigeladenen tätig werden will, steht der Privilegierung nicht entgegen.

1. Unanwendbarkeit des § 107 III GO NRW auf Fälle des § 107 II GO NRW

Eine Beschränkung der Betätigung in Bezug auf das Gebiet anderer Gemeinden sieht § 107 Abs. 3 GO NRW nur für eine wirtschaftliche Betätigung vor. Aus der fehlenden Erwähnung nichtwirtschaftlicher Betätigung in dieser Vorschrift kann nicht etwa im Umkehrschluss gefolgert werden, dass diese Betätigung außerhalb des eigenen Gemeindegebietes verboten sei. Nach der Systematik des § 107 GO NRW stellt diese Vorschrift in Absatz 1 Beschränkungen für eine wirtschaftliche Betätigung auf, von denen sie in Absatz 2 bestimmte Tätigkeitsfelder als fingiert nichtwirtschaftliche Betätigung ausnimmt. Absatz 3 erlaubt nicht etwa eine Betätigung in einem weiteren als durch die vorhergehenden Absätze gezogenen Rahmen, sondern verschärft die allgemeinen Schranken des Absatzes 1 für wirtschaftliche Betätigung außerhalb des eigenen Gemeindegebietes noch dadurch, dass zusätzlich die berechtigten Interessen der betroffenen anderen Gemeinden gewahrt sein müssen. Absatz 3 stellt sich somit als eine Verschärfung des Absatzes 1 dar, so dass

aus jenem Absatz für ein Verbot der nach Absatz 2 privilegierten Tätigkeiten außerhalb des eigenen Gemeindegebietes nichts hergeleitet werden kann.

2. Keine Gebietsbeschränkung in § 107 II GO NRW selbst

Auch kann der Ausschluss nichtwirtschaftlicher Betätigung außerhalb des eigenen Gemeindegebiets nicht aus einem vermeintlichen Ortsbezug der in Absatz 2 aufgezählten privilegierten Tätigkeiten gefolgert werden. Dafür gibt der Wortlaut keinerlei Anhalt. Richtig ist, dass es sich bei dem Privilegierungskatalog im Wesentlichen um althergebrachte kommunale Tätigkeiten der Daseinsvorsorge handelt, die ihren Ursprung in der örtlichen Gemeinschaft hatten. Es wäre jedoch geradezu widersinnig, zwar die wirtschaftliche Betätigung außerhalb des eigenen Gemeindegebietes unter dem Vorbehalt der Wahrung der berechtigten Interessen der betroffenen Gemeinden zuzulassen, aber die Betätigung in den hergebrachten Kernkompetenzfeldern der Gemeinden außerhalb des eigenen Gemeindegebietes zu untersagen. Im hier in Rede stehenden Fall hieße dies, dass Privatunternehmen zwar ihre Abfallentsorgungsleistungen unbeschränkt von kommunalen, Länder- und Staatsgrenzen anbieten könnten, die Gemeinden aber bei solchen Leistungen nur auf ihrem eigenen Gebiet tätig werden könnten. Damit würde der Privilegierungskatalog des § 107 Abs. 2 GO NRW im Ergebnis zu einem Tätigkeitsbeschränkungskatalog verfälscht.

3. Genehmigungspflicht nicht drittschützend

Eine nichtwirtschaftliche Betätigung wie die hier in Rede stehende Abfallentsorgungstätigkeit ist in räumlicher Hinsicht - insoweit ebenso wie die wirtschaftliche Betätigung - nur insofern beschränkt, als nach § 107 Abs. 4 GO NRW eine Genehmigung erforderlich ist, soweit die Betätigung auf ausländischen Märkten stattfinden soll. Dies soll allerdings nur die Gemeinde vor einer Überspannung ihrer Betätigung schützen. [...]

4. Keine ungeschriebene, § 107 GO NRW immanente Gebietsbeschränkung

Die nichtwirtschaftliche Betätigung im Sinne des Gemeindegewirtschaftsrechts unterliegt auch nach § 107 GO NRW keiner abgemilderten Beschränkung etwa in dem Sinne, dass eine die Grenzen des eigenen Gemeindegebietes überschreitende Abfallentsorgungstätigkeit jedenfalls in einem fördernden Zusammenhang mit der gebietsbezogenen Erfüllung des öffentlichen Zwecks stehen müsse, zu dem die Abfallentsorgungseinrichtung gegründet wurde (so aber OLG Düsseldorf, NWVB1 2003, 192 [198]). Dafür geben der Wortlaut des Gesetzes und sein Zweck nichts her.

a. Wortlautauslegung

Der Wortlaut des Gesetzes nimmt die Abfallentsor-

gung eindeutig vom Begriff der wirtschaftlichen Betätigung aus und unterwirft sie daher auch nicht deren Schranken, insbesondere nicht der Voraussetzung, dass ein öffentlicher Zweck die Betätigung erfordern muss.

b. Teleologie

Der Zweck des Ausnahmekatalogs des § 107 Abs. 2 GO NRW besteht gerade darin, die dort genannten Tätigkeiten von den Bindungen des § 107 Abs. 1 GO NRW auszunehmen. Das ist schon seit der erstmaligen Einführung von Schranken wirtschaftlicher Betätigung durch § 67 Abs. 1 der Deutschen Gemeindeordnung vom 30. Januar 1935 so, der in Absatz 2 ebenfalls einen Negativkatalog von Betätigungen enthielt, die nicht als wirtschaftliche Unternehmen gelten sollten. Der Sinn des Ausnahmekataloges ist gerade die Freistellung der dort genannten Tätigkeiten von Beschränkungen, so dass in die Vorschrift keine - auch nur reduzierten - Schranken hineingelesen werden können.

5. Keine Gebietsbeschränkung aus § 107 II 2 GO NRW

Auch § 107 Abs. 2 Satz 2 GO NRW ist für die Annahme einer Begrenzung der nichtwirtschaftlichen Betätigung unergiebig (anders OLG Düsseldorf, NWVB1 2003, 192 [198 f.]). Nach dieser Vorschrift sind auch Einrichtungen der nichtwirtschaftlichen Betätigung, soweit es mit ihrem öffentlichen Zweck vereinbar ist, nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten zu verwalten. Dies setzt keine Schranke für eine nichtwirtschaftliche Betätigung, sondern gibt nur Vorgaben dafür, unter welchen Voraussetzungen solche Einrichtungen nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten zu verwalten sind. Der Vorschrift kann allenfalls entnommen werden, dass der Gesetzgeber davon ausgeht, dass auch Einrichtungen der nichtwirtschaftlichen Betätigung regelmäßig einen öffentlichen Zweck verfolgen, wie es allgemein und auch hier der Fall ist, denn mit dem Eigenbetrieb verfolgt die Antragsgegnerin u.a. den öffentlichen Zweck und erfüllt die ihr nach § 5 Abs. 6 Satz 1 LAbfG übertragene Aufgabe, in ihrem Stadtgebiet Abfälle einzusammeln und zu den Abfallentsorgungsanlagen oder zu den Müllumschlagstationen zu transportieren. § 107 Abs. 2 Satz 2 GO NRW kann hier nicht mehr entnommen werden, als dass die Verwaltung der B nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten mit diesem Zweck vereinbar sein muss. [...]

III. Verfassungsrechtliche Schranken

Wenn auch das Gemeindegewirtschaftsrecht für die Zulässigkeit der in Rede stehenden nichtwirtschaftlichen Betätigung - abgesehen von der Genehmigungsbedürftigkeit für Auslandsaktivitäten in § 107 Abs. 4 GO NRW - keine besonderen Schranken aufstellt, so muss sich die Tätigkeit doch an den allgemeinen Schranken messen lassen, die für eine Wirtschaftstätigkeit des

Staates - auch soweit sie nur im Wege der Fiktion als nichtwirtschaftliche Betätigung qualifiziert wird - bestehen, hier solche aus dem Verfassungsrecht. Der Senat braucht aus Anlass des vorliegenden Falles diese Grenzen, die angesichts der wirtschaftspolitischen Neutralität des Grundgesetzes (vgl. BVerfGE 4, 7 [17]) und des Umstandes, dass auch die nordrhein-westfälische Landesverfassung keine bestimmte Wirtschaftsordnung vorschreibt (vgl. Müller-Terpitz, in: Löwer/Tettinger, Kommentar zur Verfassung des Landes Nordrhein- Westfalen, Vorbemerkungen vor Art. 24 - 29a Rn. 2) im Einzelnen streitig sind (vgl. etwa Ronellenfisch, Wirtschaftliche Betätigung des Staates, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III, § 84 Rn. 31 ff.; Löwer, Der Staat als Wirtschaftsobjekt und Auftraggeber, VVDStRL 60, 416 ff.; Berg, Die wirtschaftliche Betätigung des Staates als Verfassungs-

problem, GewArch 1990, 225 [228 ff.]; Ehlers, Die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand in der Bundesrepublik Deutschland, JZ 1990, 1089 [1094 ff.]) nicht festzulegen. Denn Verfassungsrecht verbietet den Kommunen nicht, die hier in Rede stehende Abfallentsorgungstätigkeit auf dem Markt anzubieten. Das ergibt sich daraus, dass diese Tätigkeit überhaupt nur deshalb ein marktgängiges Produkt ist, weil einige Kommunen - wie hier die Beigeladene - diese Leistung, zu deren Erbringung sie gesetzlich verpflichtet sind, am Markt nachfragen statt sie selbst zu erfüllen, sich also zur Erfüllung ihrer Aufgaben Privater bedienen. Es liegt auf der Hand, dass das Verfassungsrecht die Durchführung von Staatsaufgaben, hier die Abfallentsorgung im Gebiet der Beigeladenen, dem Staat, hier in Gestalt der Antragsgegnerin, nicht verbietet. [...]

Standort: Europarecht

Problem: Staatshaftung

EUGH, URTEIL VOM 30.09.2003

C-224/01 (BAYVBL 2004, 688)

BGH, URTEIL VOM 09.10.2003

III ZR 342/02 (BAYVBL 2004, 699)

Problemdarstellung:

Der EuGH leitet aus dem Wesen des EG-Vertrages einen (ungeschriebenen) gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruch ab, der dem Bürger bei Verstößen staatlicher Stellen gegen Europarecht einen eigenen, neben die Ansprüche aus nationalem Recht (hierzulande also insbesondere neben die Amtshaftung aus Art. 34 GG i.V.m. § 839 BGB) tretenden Anspruch auf Entschädigung gibt. Dieser Anspruch ist oftmals sehr wertvoll, denn er hängt - im Gegensatz zu § 839 BGB - nicht von einem Verschulden ab. Voraussetzung für einen solchen gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruch sind:

1. Der Verstoß einer staatlichen Stelle gegen (primäres oder sekundäres) Gemeinschaftsrecht,
2. dass die verletzte Rechtsnorm bezweckt, dem Einzelnen Rechte zu verleihen, wobei
3. der Geschädigte selbst in diesen Schutzbereich fällt,
4. der Verstoß hinreichend qualifiziert ist und
5. zwischen dem Verstoß und dem entstandenen Schaden ein unmittelbarer Kausalzusammenhang besteht.

Nachstehend sind zwei Entscheidungen wiedergegeben, in denen es um die weitere Konkretisierung und Fortentwicklung dieses Anspruchs ging. Zunächst hatte der EuGH Stellung zu der Frage zu nehmen, ob auch ein (letztinstanzliches) Gerichtsurteil einen solchen Anspruch auslösen kann. Der EuGH bejaht dies unter dem ausdrücklichen Hinweis, dass der Anspruch

für Verstöße *jeder* staatlichen Stelle gelte und auch ein Gericht als Judikativorgan nun einmal eine staatliche Stelle sei. Er trägt den hiergegen vorgebrachten Bedenken in Bezug auf die richterliche Unabhängigkeit und den Schutz der Rechtskraft aber dadurch Rechnung, dass der Verstoß gegen Gemeinschaftsrecht (oben Punkt 1.) *evident* sein müsse. Was evident in diesem Sinne sei, hänge vom Einzelfall ab; jedenfalls aber gehöre eine Missachtung der Rspr. des EuGH sowie die Verletzung der Vorlagepflicht nach Art. 234 III EG (Vorabentscheidungsverfahren) dazu (beachte: Nur das letztinstanzliche Gericht ist nach Art. 234 III EG vorlageverpflichtet; die Vorinstanzen sind nach Art. 234 II EG vorlageberechtigt, können also mangels Rechtspflicht nicht gegen Art. 234 EG verstoßen).

Der BGH stellt sich in der zweiten Entscheidung auf den Standpunkt, dass der gemeinschaftsrechtliche Staatshaftungsanspruch auch dem Grundsatz "kein dulde und liquidiere" (analog § 839 III BGB) unterliege, d.h. im Rahmen eines Mitverschuldens analog § 254 BGB zu kürzen oder ganz zu verneinen sei, wenn der Geschädigte es unterlassen habe, den Schaden selbst durch Einlegung von Rechtsbehelfen abzuwenden. Zu solchen Rechtsbehelfen gehöre auch ein Antrag nach § 80 V VwGO, um durch die Herbeiführung der aufschiebenden Wirkung den Eintritt von Zwischenschäden (hier: Zinsschäden) zu verhindern. Allerdings führe ein solches Unterlassen nur dann zum Ausschluss bzw. zur Kürzung des Anspruchs, wenn es kausal für den entstandenen Schaden gewesen sei, d.h. mit hinreichender Sicherheit davon ausgegangen werden kann, dass a) der Rechtsbehelf Erfolg gehabt hätte und b) dieser Erfolg dazu geführt hätte, dass der Schaden nicht eingetreten wäre.

Prüfungsrelevanz:

Das Urteil des EuGH hat bereits eine Vielzahl von Stimmen in der Literatur hervorgebracht. Hatte noch das OLG Koblenz (OLR-Report 2003, 26) am 8.10.2003 die Ansicht vertreten, dass das Richterprivileg, wie es z.B. in § 839 II BGB Niederschlag gefunden hat, auch ein europarechtlich anerkannter Grundsatz sei, wird man dies jetzt nicht mehr vertreten können. Wichtig ist auch, dass ein Gericht, das seiner Vorlagepflicht aus Art. 234 III EG nicht nachkommt, seine Entscheidung jetzt nicht mehr nur nach Art. 101 GG (Entzug des gesetzlichen Richters EuGH) mit der Verfassungsbeschwerde anfechtbar macht, sondern auch einen gemeinschaftsrechtlichen Entschädigungsanspruch produziert. Auch muss die Frage erlaubt sein, ob sich eine Anwendung des § 839 II BGB im Amtshaftungsprozess - jedenfalls bei europarechtlichem Bezug - überhaupt noch halten lässt.

Das Urteil des BGH bietet Gelegenheit, den Prüfungsklassiker § 80 V VwGO einmal im neuen Gewand zu präsentieren, nämlich inzidenter in einem Amtshaftungsanspruch. Dort wäre unter § 839 III BGB zu prüfen, ob ein Antrag nach § 80 V VwGO Erfolg gehabt hätte und ob dadurch der Eintritt des festgestellten Schadens ganz oder wenigstens zum Teil vermindert worden wäre.

Vertiefungshinweise:

Anmerkungen zum EuGH-Urteil: *Grune*, BayVBl 2004, 673; *Obwexer*, EuZW 2003, 718; *Frenz*, DVBl 2003, 1516; *Kremer*, NJW 2004, 480

Grundlegende Entscheidungen des EuGH zum gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruch: *EuGH*, NJW 1996, 1267 (*Brasserie du Pêcheur*); Slg. 2000, I-5123 (*Haim*); Slg. 1991, I-5403 (*Francovich*)

Unterlassener Gebrauch eines Rechtsmittels als Ausschlussgrund: *BGH*, NJW 1986, 1924

Kursprogramm:

Examenskurs : "Brasserie du pêcheur"

Examenskurs : "MP Travel Line"

Examenskurs : "Der alte Mann und das Recht"

1. Teil: Urteil des EuGH vom 30.09.2003, C-224/01 - Köbler**Leitsätze (der Redaktion):**

1. Der Grundsatz, dass die Mitgliedstaaten zum Ersatz von Schäden verpflichtet sind, die einem Einzelnen durch ihnen zuzurechnende Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht entstehen, ist auch dann anwendbar, wenn der fragliche Verstoß in einer Entscheidung eines letztinstanzlichen Ge-

richts besteht, sofern die verletzte Gemeinschaftsrechtsnorm bezweckt, dem Einzelnen Rechte zu verleihen, der Verstoß hinreichend qualifiziert ist und zwischen diesem Verstoß und dem dem Einzelnen entstandenen Schaden ein unmittelbarer Kausalzusammenhang besteht. Bei der Entscheidung darüber, ob der Verstoß hinreichend qualifiziert ist, muss das zuständige nationale Gericht, wenn sich der Verstoß aus einer letztinstanzlichen Gerichtsentscheidung ergibt, unter Berücksichtigung der Besonderheit der richterlichen Funktion prüfen, ob dieser Verstoß offenkundig ist.

2. Es ist Sache der Rechtsordnung der einzelnen Mitgliedstaaten zu bestimmen, welches Gericht für die Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten über diesen Schadensersatz zuständig ist.

Sachverhalt:

Mit Beschluss vom 7.5.2001, bei der Kanzlei des Gerichtshofes eingegangen am 6.6.2001, hat das Landgericht für Zivilrechtssachen Wien gemäß Art. 234 EG fünf Fragen nach der Auslegung von Art. 48 EG Vertrag (nach Änderung jetzt Art. 39 EG) und der sich u.a. aus den Urteilen vom 5.3.1996 in den Rechtssachen C-46/93 und C-48/93 (*Brasserie du pêcheur*, Slg. 1996, I-1029) und vom 17.9.1997 in der Rechtssache C-54/96 (*Dorsch Consult*, Slg. 1997, I-4961) ergebenden Rechtsprechung des Gerichtshofes zur Vorabentscheidung vorgelegt.

Diese Fragen stellen sich im Rahmen einer Schadensersatzklage, die Gerhard Köbler (im Folgenden: Kläger) gegen die Republik Österreich wegen Verstoßes gegen eine gemeinschaftsrechtliche Vorschrift durch ein Urteil des Verwaltungsgerichtshofs - des obersten Verwaltungsgerichts - erhoben hat.

Mit den ersten beiden Fragen, die zusammen zu prüfen sind, möchte das vorlegende Gericht wissen, ob der Grundsatz, dass die Mitgliedstaaten zum Ersatz von Schäden, die einem Einzelnen durch ihnen zuzurechnende Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht entstehen, verpflichtet sind, auch dann anwendbar ist, wenn der gerügte Verstoß aus einer Entscheidung eines letztinstanzlichen Gerichts folgt, und ob es gegebenenfalls Sache der Rechtsordnung der einzelnen Mitgliedstaaten ist, zu bestimmen, welches Gericht für die Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten über diesen Schadensersatz zuständig ist.

Aus den Gründen:**A. Herleitung des europäischen Staatshaftungsanspruchs aus dem EG-Vertrag**

30. Vorab ist darauf hinzuweisen, dass der Gerichtshof bereits entschieden hat, dass der Grundsatz der Haftung eines Mitgliedstaats für Schäden, die dem Einzelnen durch dem Staat zuzurechnende Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht entstehen, aus dem Wesen

des EG-Vertrags folgt (Urteile vom 19.11.1991 in den Rechtssachen C-6/90 und C-9/90, Francovich, Slg. 1991, I-5357, RdNr. 35; Brasserie du pêcheur, RdNr. 31; vom 26.3.1996 in der Rechtssache C-392/93, British Telecommunications, Slg. 1996, I-1631, RdNr. 38; vom 23.5.1996 in der Rechtssache C-5/94, Hedley Lomas, Slg. 1996, I-2553, RdNr. 24; vom 8.10.1996 in den Rechtssachen C-178/94, C-179/94 und C-188/94 bis C-190/94, Dillenkofer, Slg. 1996, I-4845, RdNr. 20; vom 2.4.1998 in der Rechtssache C-127/95, Norbrook Laboratories, Slg. 1998, I-1531, RdNr. 106, und vom 4.7.2000 in der Rechtssache C-424/97, Haim, Slg. 2000, I-5123, RdNr. 26).

B. Erstreckung auf Judikativhandeln

I. Grundsatz

31. Der Gerichtshof hat weiter entschieden, dass dieser Grundsatz für jeden Verstoß eines Mitgliedstaats gegen das Gemeinschaftsrecht unabhängig davon gilt, welches mitgliedstaatliche Organ durch sein Handeln oder Unterlassen den Verstoß begangen hat (Urteile Brasserie du Pêcheur, RdNr. 32; vom 1.6.1999 in der Rechtssache C-302/97, Konle, Slg. 1999, I-3099, RdNr. 62, und Haim, RdNr. 27).

32. Im Völkerrecht wird der Staat, dessen Haftung wegen Verstoßes gegen eine völkerrechtliche Verpflichtung ausgelöst wird, als Einheit betrachtet, ohne dass danach unterschieden würde, ob der schadensverursachende Verstoß der Legislative, der Judikative oder der Exekutive zuzurechnen ist. Dasselbe muss erst recht in der Gemeinschaftsrechtsordnung gelten, da alle staatlichen Instanzen einschließlich der Legislative bei der Erfüllung ihrer Aufgaben die vom Gemeinschaftsrecht vorgeschriebenen Normen, die die Situation des Einzelnen unmittelbar regeln, zu beachten haben (Urteil Brasserie du pêcheur, RdNr. 34).

II. Geltung auch für die Judikative

33. In Anbetracht der entscheidenden Rolle, die die Judikative beim Schutz der dem Einzelnen aufgrund gemeinschaftsrechtlicher Bestimmungen zustehenden Rechte spielt, wäre die volle Wirksamkeit dieser Bestimmungen beeinträchtigt und der Schutz der durch sie begründeten Rechte gemindert, wenn der Einzelne unter bestimmten Voraussetzungen dann keine Entschädigung erlangen könnte, wenn seine Rechte durch einen Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht verletzt werden, der einer Entscheidung eines letztinstanzlichen Gerichts eines Mitgliedstaats zuzurechnen ist.

34. Hierbei ist von Belang, dass ein letztinstanzliches Gericht definitionsgemäß die letzte Instanz ist, vor der der Einzelne die ihm aufgrund des Gemeinschaftsrechts zustehenden Rechte geltend machen kann. Da eine durch eine rechtskräftige Entscheidung eines solchen Gerichts erfolgte Verletzung dieser Rechte regelmäßig nicht rückgängig gemacht werden kann, darf

dem Einzelnen nicht die Befugnis genommen werden, den Staat haftbar zu machen, um auf diesem Wege den gerichtlichen Schutz seiner Rechte zu erlangen.

35. Im Übrigen ist ein Gericht, dessen Entscheidungen selbst nicht mehr mit Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechts angefochten werden können, insbesondere deshalb nach Art. 234 EG zur Anrufung des Gerichtshofes verpflichtet, um zu verhindern, dass dem Einzelnen durch das Gemeinschaftsrecht verliehene Rechte verletzt werden.

36. Demnach verlangt der Schutz der Rechte des Einzelnen, der sich auf das Gemeinschaftsrecht beruft, zwingend, dass diesem das Recht zustehen muss, vor einem nationalen Gericht den Ersatz des Schadens zu verlangen, der auf die Verletzung seiner Rechte durch eine Entscheidung eines letztinstanzlichen Gerichts zurückzuführen ist (vgl. in diesem Sinne Urteil Brasserie du pêcheur, RdNr. 35).

III. Gegenargumente

37. Einige Regierungen, die im Rahmen des vorliegenden Verfahrens Erklärungen eingereicht haben, haben geltend gemacht, dass der Grundsatz der Haftung des Staates für Schäden, die dem Einzelnen durch Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht entstehen, nicht auf Entscheidungen eines nationalen letztinstanzlichen Gerichts Anwendung finden könne. Sie haben sich u.a. auf den Grundsatz der Rechtssicherheit, insbesondere die Rechtskraft, auf die richterliche Unabhängigkeit und Autorität sowie auf das Fehlen eines für die Entscheidung über Rechtsstreitigkeiten über die Staatshaftung aufgrund solcher Entscheidungen zuständigen Gerichts berufen.

IV. Würdigung durch den EuGH

1. Schutz der Rechtskraft

38. Hierzu ist festzustellen, dass die Bedeutung des Grundsatzes der Rechtskraft nicht zu bestreiten ist (Urteil vom 1.6.1999 in der Rechtssache Eco Swiss, Slg. 1999, I-3055, RdNr. 46). Zur Gewährleistung des Rechtsfriedens und der Beständigkeit rechtlicher Beziehungen sowie einer geordneten Rechtspflege sollen nach Ausschöpfung des Rechtswegs oder nach Ablauf der entsprechenden Rechtsmittelfristen unanfechtbar gewordene Gerichtsentscheidungen nicht mehr in Frage gestellt werden können.

39. Die Anerkennung des Grundsatzes der Staatshaftung für Entscheidungen letztinstanzlicher Gerichte stellt jedoch die Rechtskraft einer solchen Entscheidung nicht in Frage. Ein Verfahren zur Feststellung der Haftung des Staates hat nicht denselben Gegenstand und nicht zwangsläufig dieselben Parteien wie das Verfahren, das zur rechtskräftigen Entscheidung geführt hat. Obsiegt nämlich der Kläger mit einer Haftungsklage gegen den Staat, so erlangt er dessen Verurteilung zum Ersatz des entstandenen Schadens,

aber nicht zwangsläufig die Aufhebung der Rechtskraft der Gerichtsentscheidung, die den Schaden verursacht hat. Jedenfalls verlangt der der Gemeinschaftsrechtsordnung innewohnende Grundsatz der Staatshaftung eine solche Entschädigung, nicht aber die Abänderung der schadensbegründenden Gerichtsentscheidung.

40. Der Grundsatz der Rechtskraft steht demnach der Anerkennung der Haftung des Staates für letztinstanzliche Gerichtsentscheidungen nicht entgegen.

2. Richterliche Unabhängigkeit

41. Auch dem Vorbringen zur richterlichen Unabhängigkeit und Autorität kann nicht gefolgt werden.

42. Was die richterliche Unabhängigkeit betrifft, so geht es bei dem genannten Haftungsgrundsatz nicht um die persönliche Haftung des Richters, sondern um die des Staates. Es ist nicht ersichtlich, dass die Unabhängigkeit eines letztinstanzlichen Gerichts durch die Möglichkeit, unter bestimmten Voraussetzungen die Haftung des Staates für gemeinschaftsrechtswidrige Gerichtsentscheidungen feststellen zu lassen, gefährdet würde.

3. Schutz der richterlichen Autorität

43. Zum Vorbringen, die Autorität eines letztinstanzlichen Gerichts könnte dadurch geschmälert werden, dass seine rechtskräftigen Entscheidungen implizit in einem Verfahren gerügt werden könnten, das die Feststellung der Haftung des Staates für diese Entscheidungen ermöglicht, ist zu bemerken, dass das Bestehen eines Rechtswegs, der unter bestimmten Voraussetzungen die Wiedergutmachung der nachteiligen Auswirkungen einer fehlerhaften Gerichtsentscheidung ermöglicht, auch als Bekräftigung der Qualität einer Rechtsordnung und damit schließlich auch der Autorität der Judikative angesehen werden kann.

4. Zuständigkeit für Schadensersatzklagen

44. Mehrere Regierungen haben außerdem vorgetragen, dass die Schwierigkeit, ein Gericht zu bestimmen, das für Rechtsstreitigkeiten über den Ersatz von aufgrund von Entscheidungen eines letztinstanzlichen Gerichts entstandenen Schäden zuständig sei, ein Hindernis für die Anwendung des Grundsatzes der Staatshaftung für solche Entscheidungen darstelle.

45. Da der der Gemeinschaftsrechtsordnung innewohnende Grundsatz der Staatshaftung aus Gründen namentlich des Schutzes der dem Einzelnen durch das Gemeinschaftsrecht eingeräumten Rechte auch für Entscheidungen eines letztinstanzlichen Gerichts gelten muss, ist es Sache der Mitgliedstaaten, es den Betroffenen zu ermöglichen, sich auf diesen Grundsatz zu berufen, indem sie ihnen einen geeigneten Rechtsweg zur Verfügung stellen. Die Durchführung dieses Grundsatzes darf nicht durch das Fehlen eines zuständigen Gerichts verhindert werden.

46. Nach ständiger Rechtsprechung ist es mangels einer gemeinschaftsrechtlichen Regelung Sache der nationalen Rechtsordnung der einzelnen Mitgliedstaaten, die zuständigen Gerichte zu bestimmen und das Verfahren für die Klagen auszugestalten, die den vollen Schutz der dem Einzelnen aus dem Gemeinschaftsrecht erwachsenden Rechte gewährleisten sollen (vgl. Urteile vom 16.12.1976 in der Rechtssache 33/76, Rewe, Slg. 1976, 1989, RdNr. 5, und in der Rechtssache 45/76, Comet, Slg. 1976, 2043, RdNr. 13; vom 27.2.1980 in der Rechtssache 68/79, Just, Slg. 1980, 501, RdNr. 25; Francovich).

47. Unter dem Vorbehalt, dass die Mitgliedstaaten für den wirksamen Schutz der individuellen, aus der Gemeinschaftsrechtsordnung hergeleiteten Rechte in jedem Einzelfall verantwortlich sind, ist es nicht Aufgabe des Gerichtshofes, bei der Lösung von Zuständigkeitsfragen mitzuwirken, die die Qualifizierung einer bestimmten, auf dem Gemeinschaftsrecht beruhenden Rechtslage im Bereich der nationalen Gerichtsbarkeit aufwirft (Urteile vom 18.1.1996 in der Rechtssache C-446/93, SEIM, Slg. 1996, I-73, RdNr. 32, und Dorsch Consult, RdNr. 40). [...]

50. Nach alledem ist der Grundsatz, dass die Mitgliedstaaten zum Ersatz von Schäden verpflichtet sind, die einem Einzelnen durch ihnen zuzurechnende Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht entstehen, auch dann anwendbar, wenn der fragliche Verstoß in einer Entscheidung eines letztinstanzlichen Gerichts besteht. Es ist Sache der Rechtsordnung der einzelnen Mitgliedstaaten, zu bestimmen, welches Gericht für die Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten über diesen Schadensersatz zuständig ist.

C. Voraussetzungen der Staatshaftung

I. Grundsatz

51. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes muss ein Mitgliedstaat Schäden, die einem Einzelnen durch Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht entstanden sind, ersetzen, wenn drei Voraussetzungen erfüllt sind: Die verletzte Rechtsnorm bezweckt, dem Einzelnen Rechte zu verleihen, der Verstoß ist hinreichend qualifiziert, und zwischen dem Verstoß gegen die dem Staat obliegende Verpflichtung und dem den geschädigten Personen entstandenen Schaden besteht ein unmittelbarer Kausalzusammenhang (Urteil Haim, RdNr.36).

II. Erstreckung auf Judikativhandeln

52. Das gilt auch für die Haftung des Staates für Schäden, die durch eine gemeinschaftsrechtswidrige Entscheidung eines nationalen letztinstanzlichen Gerichts verursacht wurden.

III. Aber: Nur Evidenzkontrolle

53. Was des Näheren die zweite dieser Voraussetzungen und ihre Anwendung bei der Prüfung einer Haf-

tung des Staates für eine Entscheidung eines nationalen letztinstanzlichen Gerichts angeht, so sind - wie auch die Mitgliedstaaten vorgetragen haben, die in dieser Rechtssache Erklärungen eingereicht haben - die Besonderheit der richterlichen Funktion sowie die berechtigten Belange der Rechtssicherheit zu berücksichtigen. Der Staat haftet für eine solche gemeinschaftsrechtswidrige Entscheidung nur in dem Ausnahmefall, dass das Gericht offenkundig gegen das geltende Recht verstoßen hat.

54. Bei der Entscheidung darüber, ob diese Voraussetzung erfüllt ist, muss das mit einer Schadensersatzklage befasste nationale Gericht alle Gesichtspunkte des Einzelfalls berücksichtigen.

55. Zu diesen Gesichtspunkten gehören u.a. das Maß an Klarheit und Präzision der verletzten Vorschrift, die Vorsätzlichkeit des Verstoßes, die Entschuldbarkeit des Rechtsirrtums, gegebenenfalls die Stellungnahme eines Gemeinschaftsorgans sowie die Verletzung der Vorlagepflicht nach Art. 234 Abs. 3 EG durch das in Rede stehende Gericht.

56. Ein Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht ist jedenfalls dann hinreichend qualifiziert, wenn die fragliche Entscheidung die einschlägige Rechtsprechung des Gerichtshofes offenkundig verkennt (vgl. in diesem Sinne Urteil *Brasserie du pêcheur*, RdNr. 57).

D. Konkurrenz zum nationalen Recht

57. Die drei in Randnummer 51 des vorliegenden Urteils genannten Voraussetzungen sind erforderlich und ausreichend, um einen Entschädigungsanspruch des Einzelnen zu begründen, schließen aber nicht aus, dass der Staat nach nationalem Recht unter weniger strengen Voraussetzungen haftet (vgl. Urteil *Brasserie du pêcheur*, RdNr.66).

58. Vorbehaltlich des Anspruchs auf Entschädigung, der bei Erfüllung dieser Voraussetzungen seine Grundlage unmittelbar im Gemeinschaftsrecht hat, hat der Staat die Folgen des verursachten Schadens im Rahmen des nationalen Haftungsrechts zu beheben, wobei die im nationalen Schadensersatzrecht festgelegten Voraussetzungen nicht ungünstiger sein dürfen als bei ähnlichen Rechtsbehelfen, die nur nationales Recht betreffen, und nicht so ausgestaltet sein dürfen, dass sie die Erlangung der Entschädigung praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren (Urteile *Francovich*, RdNrn. 41 bis 43, und *Norbrook Laboratories*, RdNr. 111).

2. Teil: Urteil des BGH vom 09.10.2003 - III ZR 342/02

Leitsätze:

1. Unter den Voraussetzungen des § 839 Abs. 3 BGB tritt auch eine Ersatzpflicht nach dem gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruch nicht ein.

2. Lässt sich nicht feststellen, dass ein Antrag des Geschädigten nach § 80 Abs. 5 VwGO Erfolg gehabt hätte, die aufschiebende Wirkung eines Gebührenbescheids anzuordnen (hier: Gebührenerhebung für Fleischuntersuchungen oberhalb der in der Entscheidung des Rates vom 15.6.1988 - 88/408/EWG - vorgesehenen Pauschalbeträge), kann die Ersatzpflicht für einen durch den Sofortvollzug eingetretenen Zinsschaden nicht mit der Begründung verneint werden, der Geschädigte habe die Einlegung eines solchen Rechtsmittels unterlassen.

Sachverhalt:

Die Klägerin nimmt als Rechtsnachfolgerin ihres während des Rechtsstreits verstorbenen Ehemanns die beklagte Gemeinde auf Ersatz eines in der Zeit vom 2.4.1991 bis 9.12.1997 erlittenen Zinsschadens in geltend gemachter Höhe von 84.837,65 DM aus dem gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruch in Anspruch. Das Berufungsgericht verneinte einen solchen Anspruch mit der Erwägung, der Klägerin sei es entsprechend §§ 254, 839 Abs. 3 BGB verwehrt, die streitgegenständlichen Verzugszinsen geltend zu machen. Denn der Ehemann habe es schuldhaft unterlassen, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden. Er hätte nämlich - über die gegen die Gebührenbescheide eingelegten Widersprüche hinaus - nach § 80 Abs. 5 VwGO beantragen müssen, die aufschiebende Wirkung seiner Widersprüche anzuordnen. Ein solcher Antrag hätte Erfolg gehabt, soweit die Gebührenbescheide die EG-Pauschalbeträge überschritten hätten. Die gerichtliche Entscheidung hätte bewirkt, dass der Ehemann der Klägerin nur Gebühren in der zulässigen Höhe hätte zahlen müssen. Eine Zinsbelastung durch Aufnahme eines Darlehens wäre dann vermieden worden. Aus dem gleichen Grunde sei ein möglicher Amtshaftungsanspruch wegen der rechtswidrigen Gebührenbescheide nach § 839 Abs. 3 BGB ausgeschlossen.

Aus den Gründen:

Diese Beurteilung hält der rechtlichen Überprüfung nicht stand.

A. Kein "dulde & liquidiere" auch beim gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruch

Nicht zu beanstanden ist allerdings der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts, dass auch ein gemeinschaftsrechtlicher Staatshaftungsanspruch aus Gründen, die in den Regelungen der §§ 254 und 839 Abs. 3 BGB angesprochen sind, gemindert oder ausgeschlossen sein kann. Entgegen der Auffassung der Revision ist eine Anwendung der in diesen Regelungen enthaltenen Grundsätze nicht deshalb ausgeschlossen, weil der gemeinschaftsrechtliche Staatshaftungsanspruch nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäi-

schen Gemeinschaften nicht von einem Verschulden abhängig gemacht werden darf, das über den hinreichend qualifizierten Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht hinausgeht.

I. Bestandsaufnahme der EuGH-Rechtsprechung

Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften hat entschieden, die Mitgliedstaaten hätten die Folgen eines verursachten Schadens, für den sie nach dem Gemeinschaftsrecht einzustehen hätten, im Rahmen ihres nationalen Haftungsrechts zu beheben. Mangels einer gemeinschaftsrechtlichen Regelung sei es Sache der nationalen Rechtsordnung, die zuständigen Gerichte zu bestimmen und das Verfahren für die Klagen auszugestalten, die den vollen Schutz der dem Einzelnen aus dem Gemeinschaftsrecht erwachsenden Rechte gewährleisten sollen. Dabei dürften die im Schadensersatzrecht der einzelnen Mitgliedstaaten festgelegten Voraussetzungen nicht ungünstiger sein als bei ähnlichen Klagen, die nur nationales Recht betreffen, und nicht so ausgestaltet sein, dass sie die Erlangung einer Entschädigung praktisch unmöglich machten oder übermäßig erschweren (vgl. EuGH, Urteil vom 19.11.1991, Rs. C-6/90 und C-9/90 - Francovich, Slg. 1991, I-5403, 5415 ff., RdNrn. 42, 43). Diese Rechtsprechung hat er in seinem Urteil vom 5.3.1996 fortgeführt und dahin gehend ergänzt, es sei, soweit es an Gemeinschaftsvorschriften fehle, Sache der nationalen Rechtsordnung jedes Mitgliedstaats, die Kriterien festzulegen, anhand deren der Umfang der Entschädigung bestimmt werden könne. Insbesondere könne das nationale Gericht bei der Bestimmung des ersatzfähigen Schadens prüfen, ob sich der Geschädigte in angemessener Form um die Verhinderung des Schadenseintritts oder um die Begrenzung des Schadensumfangs bemüht und ob er insbesondere rechtzeitig von allen ihm zur Verfügung stehenden Rechtsschutzmöglichkeiten Gebrauch gemacht habe. Nach einem allgemeinen, den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten gemeinsamen Grundsatz müsse sich nämlich der Geschädigte in angemessener Form um die Begrenzung des Schadensumfangs bemühen, wenn er nicht Gefahr laufen wolle, den Schaden selbst tragen zu müssen (Rs. C-46/93 und C-48/93 - Brasserie du Pêcheur, Slg. 1996, I-1131, 1153, 1155, 1157 = NJW 1996, 1267/1270f. zu RdNrn. 67, 74, 83-85). Es bestehen daher keine grundsätzlichen Bedenken, die den §§ 254, 839 Abs. 3 BGB zugrunde liegenden Rechtsgedanken auf den gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruch anzuwenden (in diesem Sinn auch Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 516; Streinz, Europarecht, 5. Aufl. 2001, RdNr. 374c; Fischer, Europarecht, 3. Aufl. 2001, § 7 RdNr. 87).

II. Antrag nach § 80 V VwGO als unterlassener Rechtsbehelf

Unbedenklich ist auch die Annahme des Berufungs-

gerichts, dass neben dem eingelegten Widerspruch, der bei Gebührenbescheiden von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung hat (§ 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 VwGO), als Rechtsbehelf gegen einen möglichen Sofortvollzug, auf dem die Beklagte bestanden hatte, ein Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO in Betracht kam, die aufschiebende Wirkung der Bescheide anzuordnen. Für den Bereich des Amtshaftungsrechts hat der Senat wiederholt entschieden, dass das schuldhaftes Unterlassen, einen Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung oder auf Erlass einer einstweiligen Anordnung zu stellen oder sich gesondert gegen die Vollziehung eines Steuer- oder Haftungsbescheides zu wehren, nach § 839 Abs. 3 BGB zum Verlust des Amtshaftungsanspruchs führen kann (vgl. Senatsbeschluss vom 13.7.1984 - III ZR 6/84 -, WM 1984, 1276; Senatsurteile vom 19.9.1985 - III ZR 71/83 -, NJW 1986, 1107, 1108; BGHZ 130, 332, 338; vom 7.11.1996 - III ZR 283/95 -, VIZ 1997, 247, 248; vom 16.11.2000 - III ZR 1/00 -, BayVBl 2001, 602 = NJW 2001, 1067 f.).

Das Berufungsgericht hat im ersten Urteil in dieser Sache § 839 Abs. 3 BGB für nicht anwendbar gehalten, weil der Ehemann der Klägerin mit der rechtzeitigen Widerspruchserhebung und den Anfechtungsklagen zum Verwaltungsgericht aus seiner damaligen Sicht alles ihm Zumutbare getan habe, um einen Schaden abzuwehren. Ob dem zugestimmt werden könnte, erscheint insoweit zweifelhaft, als ein Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO nach Lage der Dinge der gebotene Rechtsbehelf war, um sich gegen den Sofortvollzug der Gebührenbescheide zu wehren.

B. Kausalität zwischen Unterlassen und Schaden

Der Senat kann diese Frage jedoch offen lassen, weil eine Anwendung des § 839 Abs. 3 BGB aus anderen Gründen nicht in Betracht kommt. Die Ersatzpflicht kann nach § 839 Abs. 3 BGB nur verneint werden, wenn die Einlegung eines gebotenen Rechtsmittels den Eintritt des Schadens verhindert hätte. Für die Kausalität zwischen der Nichteinlegung des Rechtsmittels und dem Schadenseintritt ist der Schädiger beweispflichtig.

I. Hypothetischer Kausalverlauf

Wie der Senat bereits entschieden hat, ist bei der Frage, welchen Verlauf die Sache genommen hätte, wenn der Rechtsbehelf eingelegt worden wäre, nicht ohne weiteres - wie bei der Prüfung der Ursächlichkeit einer Amtspflichtverletzung - zugrunde zu legen, wie über den Rechtsbehelf richtigerweise hätte entschieden werden müssen (vgl. Senatsurteil vom 16.1.1986 - III ZR 77/84 -, NJW 1986, 1924, 1925). Diese Erwägungen, die der Senat in der genannten Entscheidung für eine Dienstaufsichtsbeschwerde angestellt hat, bei der es möglich erscheine, dass der Dienstvorgesetzte keinen Anlass sehe, das Verhalten des Untergebenen zu korrigieren, sind jedoch auf solche Rechtsbehelfe im weite-

ren Sinne, die ein Verhalten der Behörde selbst auslösen sollen, nicht beschränkt. Geht es, wie hier, um einen Antrag, der zu einer gerichtlichen Entscheidung führen soll, wird die wirkliche Rechtslage grundsätzlich eine größere Rolle spielen. Dennoch muss auch die Rechtspraxis in der in Rede stehenden Frage zu dem Zeitpunkt in Betracht gezogen werden, in dem der Rechtsbehelf hätte angebracht werden müssen, wenn er den Eintritt des Schadens hätte verhindern sollen.

II. Prognose bei Interessenabwägung

Bei Anlegung dieser Maßstäbe kann nicht davon ausgegangen werden, dass Anträge des Ehemannes der

Klägerin nach § 80 Abs. 5 VwGO zur Anordnung der aufschiebenden Wirkung der eingelegten Widersprüche geführt hätten. Die gegenteilige Annahme des Berufungsgerichts berücksichtigt nicht hinreichend, dass die von ihm wiedergegebene Rechtslage, wie sie durch die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften und vor allem der Verwaltungsgerichte in den letzten Jahren geklärt worden ist, in dem hier maßgeblichen Zeitraum 1991-1992 - namentlich in Ansehung eines einstweiligen Rechtsschutzverfahrens - noch nicht so der allgemeinen Rechtsüberzeugung entsprochen hat, dass ein Erfolg entsprechender Anträge zu erwarten war.

Standort: Prüfungsrecht

Problem: Fehler im Klausursachverhalt

BERLVERFGH, BESCHLUSS VOM 28.05.2004
VERFGH 188/03 (NVWZ 2004, 1351)

Problemdarstellung:

Dieser Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs Berlin lag ein Fall zugrunde, in dem sich während einer laufenden Klausur im 1. Juristischen Staatsexamen insgesamt zwei (!) Fehler im Sachverhalt herausstellten, die den Prüflingen sukzessive während der Bearbeitung der Klausur bekannt gegeben wurden. Eine Verlängerung der Schreibzeit wurde nicht gewährt. Der BerlVerfGH steht auf dem Standpunkt, dass dies auch nicht angezeigt gewesen sei, da man von einem durchschnittlich begabten Prüfling habe verlangen können, dass dieser die Fehler im Sachverhalt selbst als solche erkenne, für sich korrigiere und seiner Bearbeitung einen anderen - richtigen - Sachverhalt zugrunde lege.

Prüfungsrelevanz:

Diese Entscheidung wird viele Examenskandidaten empören. Wie soll ein Kandidat - zumal im Klausurstress - sicher erkennen, ob sich in den zu bearbeitenden Sachverhalt ein Fehler eingeschlichen hat, den er selbst zu korrigieren hat, oder ob die erkannte Ungeheimtheit nicht ganz bewusst aufgenommen worden ist und in ihr gerade ein Problem des Falles liegt? Und wer definiert den "durchschnittlich begabten Kandidaten"? Wäre wirklich 50 von 100 Kandidaten aufgefallen, dass es im konkreten Fall an einer Stelle des Manteltarifvertrags "Betrieb" statt "Betriebsrats" heißen musste?

Man kann hier jedem Prüfling nur raten, sich unverzüglich an die Aufsicht zu wenden, wenn ein ähnliches Problem auftaucht. Diese hat im Regelfall die Möglichkeit, Rücksprache zu halten und das Problem aufzuklären. Die dadurch verlorene Zeit ist das deutlich kleinere Übel im Verhältnis zur Bearbeitung eines Fal-

les, bei dem man sich nicht sicher ist, welchen Sachverhalt es eigentlich zu lösen gilt. Auf zusätzliche Schreibzeit darf man jedenfalls nach dieser Entscheidung nicht hoffen. In Hausarbeiten tritt der Zeitdruck zwar nicht in dieser Form auf, jedoch muss auch hier eine Rückfrage beim zuständigen Landesjustizprüfungsamt erlaubt sein, wenn der Sachverhalt keinen Sinn ergibt oder sich ein Fehler aufdrängt.

Vertiefungshinweise:

- Klausurbewertung nach Mittelwert der beiden Prüfergutachten zulässig: *BVerwG*, NVWZ 2004, 1375
- Anspruch auf Wiederholung der Prüfung: *VGH Mannheim*, DÖV 1984, 814
- Berufsfreiheit im Prüfungsrecht: *BVerfGE* 52, 380 [388]; 79, 212 [218]; 84, 34 [45]

Kursprogramm:

- Assessorkurs* : "Das Prüfungsgespräch"

Leitsatz (der Redaktion):

Zur Frage, wann bei einem erst während der Bearbeitung einer Klausur im Rahmen der Ersten Juristischen Staatsprüfung mitgeteilten Fehler im Sachverhalt eine Schreibzeitverlängerung zu gewähren ist.

Sachverhalt:

Anfang 2002 nahm der Bf. zum zweiten Mal an der Ersten Juristischen Staatsprüfung vor dem Justizprüfungsamt Berlin teil. Im Rahmen der schriftlichen Prüfung fertigte er eine Aufsichtsarbeit an, deren Schwerpunkt in den Fächern der Wahlfachgruppe 6 (kollektives Arbeitsrecht, Betriebsverfassungsrecht, Mitbestimmungsrecht und Personalvertretungsrecht) lag. In dem um 8.53 Uhr ausgeteilten, vier Seiten umfassenden Aufgabentext waren auf Seite 1 Teile eines Manteltarifvertrags abgedruckt, in denen es unter anderem

hieß:

 5: Einführung von Mehrarbeit, Sonntags-, Feiertags- und Nacharbeit.

(1) [...]

(2) Wenn es die wirtschaftlichen Belange des Betriebsrats erfordern oder wenn infolge Betriebsstörung ein unterbrochener Arbeitsprozess nicht mehr weitergeführt werden kann oder in sonstigen außergewöhnlichen Fällen, ist, falls eine Vereinbarung mit dem Betriebsrat nicht zu Stande kommt, Mehrarbeit bis zur Entscheidung der Schlichtungsstelle zu leisten.

Etwa 45 Minuten nach Beginn der Bearbeitungszeit wurde den Bearbeitern von einer Vertreterin des Justizprfungsamts mitgeteilt, dass sich im Aufgabentext ein redaktioneller Fehler eingeschlichen habe: In  5 II des Manteltarifvertrags müsse es statt "Betriebsrat" lediglich "Betrieb" heißen. Der Bf. korrigierte in seinem Aufgabenblatt das Wort „Betriebsrats" im ersten Halbsatz in das Wort "Betriebs". Etwa eine halbe Stunde später erfolgte eine weitere redaktionelle Korrektur an anderer Stelle des Aufgabentextes. Später fertigte der Bf. eine weitere Aufsichtsarbeit an, in der Fragen aus dem Pflichtfach Zivilrecht zu bearbeiten waren.

Mit Bescheid teilte der Prsident des Justizprfungsamts dem Bf. mit, dass beide Aufsichtsarbeiten mit 2,0 Punkten bewertet worden seien und stellte fest, dass der Bf. von der mündlichen Prüfung ausgeschlossen sei und die Erste Juristische Staatsprüfung wiederholt nicht bestanden habe, weil er in sechs schriftlichen Arbeiten eine schlechtere Note als „ausreichend" erhalten habe.

Gegen diesen Bescheid erhob der Bf. Widerspruch und beantragte zugleich, ihm die Teilnahme an den im September 2003 stattfindenden Aufsichtsarbeiten der nächsten Prfungskampagne zu ermöglichen. Dieser Antrag wurde abgelehnt. Am 4.8.2003 beantragte der Bf. beim VG, im Wege der einstweiligen Anordnung zur schriftlichen Prüfung für das Erste Juristische Staatsexamen für eine Aufsichtsarbeit im Pflichtfach Zivilrecht und für eine Aufsichtsarbeit in der Wahlfachgruppe 6 und zur mündlichen Prüfung für das Erste Juristische Staatsexamen vorläufig zugelassen zu werden.

Zur Begründung machte er unter anderem geltend, der erst nach 45 Minuten korrigierte Sachverhaltsfehler der Aufsichtsarbeit habe zu einem wesentlichen Zeitverlust geführt, der verfahrensfehlerhaft nicht durch eine Verlängerung der Bearbeitungszeit ausgeglichen worden sei. Der Fehler sei weder als bloßer Schreibfehler noch offensichtlich als Sachverhaltsfehler erkennbar gewesen, da gerade bei Examensklausuren mit ungewöhnlichen Sachverhalten gerechnet werden müsse. Er habe über die wirtschaftlichen Belange des Betriebsrats eine nicht unerhebliche Zeit nachgedacht und auch durch die Korrektur Zeit verloren. Beides

habe zu erheblichen Irritationen geführt.

Das VG verpflichtete das Land Berlin, dem Bf. die Möglichkeit zu geben, im September 2003 eine Aufsichtsarbeit im Pflichtfach Zivilrecht mitzuschreiben und die Prüfung insoweit vorläufig zu bewerten. Im übrigen wies es den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung zurück. Das OVG wies die Beschwerde zurück. Die 45 Minuten nach Beginn der Bearbeitungszeit für die Klausur der Wahlfachgruppe 6 angesagte Korrektur des Sachverhalts habe keine Schreibzeitverlängerung geboten. Veranlassung dazu hätte nur bestanden, wenn ein Sachverhaltsfehler geeignet sei, durch seinen Aussagegehalt einen "Durchschnittsprüfling" in seinen bisherigen Überlegungen zur Lösung des Falles zu irritieren. Auch wenn man beachte, dass ein Prüfling grundsätzlich auf die Fehlerfreiheit des ausgegebenen Aufgabentextes vertrauen dürfe und die Erwartung hege, die Aufgabe könne ungewöhnliche und unbekannte Probleme enthalten, sei der hier in Rede stehende Textfehler als solcher offensichtlich gewesen. Jedem auch nur in den Grundzügen des kollektiven Arbeitsrechts vorgebildeten Leser des in der Aufgabe wiedergegebenen Tarifvertrages habe ohne Notwendigkeit weiterer Überlegungen alsbald auffallen müssen, dass das Wort "Betriebsrats" keinerlei Sinn ergab, es vielmehr richtig "Betriebs" habe heißen müssen. Die Verfassungsbeschwerde wurde zurückgewiesen.

Aus den Gründen:

Die Verfassungsbeschwerde ist zulässig, jedoch unbegründet. Der Bf. ist durch den von ihm angegriffenen Beschluss nicht in den von ihm geltend gemachten, in der Verfassung von Berlin enthaltenen Rechten verletzt.

A. Rechtliches Gehör

I. Schutzzumfang

Aus der in Art. 15 I BerlVerf. enthaltenen verfassungsrechtlichen Verbürgung des rechtlichen Gehörs folgt zunächst, dass ein Gericht die Ausführungen der Verfahrensbeteiligten zur Kenntnis zu nehmen und bei seiner Entscheidung in Erwägung zu ziehen hat (vgl. BerlVerfGH, LVerfGE 3, 113 [117]). Das heißt jedoch nicht, dass das Gericht sich in den schriftlichen Entscheidungsgründen mit jedem Einzelvorbringen auseinander setzen muss. Vielmehr ist grundsätzlich davon auszugehen, dass ein Gericht das von ihm entgegengenommene Vorbringen der Beteiligten auch zur Kenntnis genommen und in Erwägung gezogen hat. Der VerfGH kann nur dann feststellen, dass ein Gericht seine Pflicht, den Vortrag der Parteien zur Kenntnis zu nehmen und zu erwägen, verletzt hat, wenn sich dies aus den Umständen des einzelnen Falls eindeutig ergibt (vgl. BerlVerfGH, LVerfGE 6, 80 [82]; st. Rspr.). Ein derartiger Fall liegt hier nicht vor.

II. Subsumtion

Das OVG hat zu der vom Bf. in den Mittelpunkt seiner Rechtsausführungen gestellten Frage, ob der erst nach 45 Minuten korrigierte Sachverhaltsfehler als ein solcher erkennbar war, in den Entscheidungsgründen eindeutig Stellung genommen. Es hat, wie schon das VG, einen Sachverhaltsfehler nur dann als für das Antragsbegehren erheblich angesehen, wenn der Fehler geeignet war, durch seinen Aussagegehalt einen "Durchschnittsprüfling" in seinen bisherigen Überlegungen zur Lösung des Falls zu irritieren. Dies hat das OVG unter ausdrücklicher Würdigung des Vortrags des Bf., dass ein Prüfling grundsätzlich auf die Fehlerfreiheit des ausgegebenen Aufgabentextes vertrauen dürfe und die Erwartung hege, die Aufgabe könnte ungewöhnliche und unbekanntere Probleme enthalten, verneint. Es hat in diesem Zusammenhang ausgeführt, jedem auch nur in den Grundzügen des kollektiven Arbeitsrechts vorgebildeten Leser des in der Aufgabe wiedergegebenen Tarifvertragstextes habe ohne Notwendigkeit weiterer Überlegungen alsbald auffallen müssen, dass das Wort "Betriebsrats" keinerlei Sinn ergab, es vielmehr richtig "Betriebs" habe heißen müssen. Damit war zugleich die in der Beschwerdeschrift vertretene Ansicht, der Fehler hätte Anlass geben können, zu Fragen der Auslegung von Tarifverträgen Stellung zu nehmen, konkludent verneint. Denn ein solcher keinerlei Sinn ergebender Fehler hätte nicht zur Auslegungs-, sondern zur Berichtigungsbedürftigkeit des Tarifvertrags geführt. Davor, dass sich das OVG der Rechtsauffassung des Bf. insoweit nicht angeschlossen hat, ohne sich mit jeder Einzelheit der dafür ins Feld geführten Gründe ausdrücklich auseinander zu setzen, schützt der Anspruch auf rechtliches Gehör nicht [...]. Ob die rechtliche Würdigung des Sachverhalts zutreffend ist oder nicht, hat der BerlVerfGH in diesem Zusammenhang nicht zu prüfen.

B. Chancengleichheit

Im Rahmen der Rüge, das in Art. 10 I BerlVerf. enthaltene Recht auf Gleichheit vor dem Gesetz sei verletzt, kann der VerfGH die Entscheidungen anderer Gerichte ebenfalls nur in engen Grenzen überprüfen. Die Gestaltung des Verfahrens, die Feststellung und Würdigung des Sachverhalts, die Auslegung des einfachen Rechts und seine Anwendung auf den Einzelfall sind Sache der dafür allgemein zuständigen Gerichte und insoweit der Nachprüfung durch den VerfGH entzogen (vgl. BerlVerfGHE 1, 7 [8]).

I. Schutzzumfang im Prüfungsrecht

Im Verfassungsbeschwerdeverfahren ist nur zu prüfen, ob das Gericht in der Verfassung von Berlin enthaltene Rechte des Bf. verletzt hat. Ein Verstoß gegen Art. 10 I BerlVerf. ist nur gegeben, wenn das Gericht bei seiner Entscheidung willkürlich gehandelt hat oder seine Gesetzesauslegung auf einer grundsätzlich unrichtigen

Anschauung von der Bedeutung und Reichweite dieses Grundrechts beruht. Das ist hier nicht der Fall. Der angegriffene Beschluss beruht auf keiner grundsätzlich unrichtigen Anschauung von der Bedeutung und Reichweite des das Prüfungsverfahren beherrschenden, auf Art. 10 I BerlVerf. beruhenden Grundsatzes der Chancengleichheit. Dieser Grundsatz gebietet es, möglichst gleichmäßige äußere Voraussetzungen für alle Prüflinge zu schaffen und damit allen Prüflingen gleiche Erfolgchancen einzuräumen (vgl. BVerwG, NVwZ-RR 1994, 585).

II. Subsumtion

Dem hat das OVG dadurch Rechnung getragen, dass es eine Schreibzeitverlängerung für geboten hielt, wenn ein erst während der Aufsichtsarbeit korrigierter Sachverhaltsfehler geeignet war, durch seinen Aussagegehalt einen "Durchschnittsprüfling" in seinen bisherigen Überlegungen zur Lösung des Falls zu irritieren. Die Auffassung des OVG, der hier in Rede stehende Fehler habe keinen Anlass für eine derartige Irritation geboten, beruht auf einer konkreten Sachverhaltswürdigung, deren Vertretbarkeit durch das Vorbringen der Verfassungsbeschwerde nicht schlüssig in Frage gestellt wird.

Anhaltspunkte dafür, dass diese Würdigung gegen das sich aus Art. 10 I BerlVerf. ergebende Willkürverbot verstößt, sind auch nicht sonst ersichtlich. Ein solcher Verstoß liegt bei gerichtlichen Urteilen nicht schon dann vor, wenn die Anwendung des einfachen Rechts Fehler enthält. Hinzukommen muss vielmehr, dass die Entscheidung sachlich schlechthin unhaltbar und deshalb objektiv willkürlich ist. Das ist nur dann der Fall, wenn sie unter keinem denkbaren Aspekt rechtlich vertretbar ist und sich daher der Schluss aufdrängt, dass sie auf sachfremden Erwägungen beruht. Davon kann hier keine Rede sein.

C. Berufsfreiheit

Auch das Recht des Bf. auf freie Berufswahl (Art. 17 BerlVerf.) ist nicht verletzt. Zwar steht außer Zweifel, dass dieses Grundrecht auch Geltung für das Prüfungsverfahren in der Juristischen Staatsprüfung beansprucht. Selbst eine nach einfachem Recht möglicherweise fehlerhafte und den widerstreitenden Interessen nicht hinreichend gerecht werdende gerichtliche Entscheidung zum Prüfungsverfahren begründet jedoch nicht in jedem Fall eine Verletzung dieses Grundrechts. Dieses wäre vielmehr nur dann verletzt, wenn die gerichtliche Entscheidung auf einer grundsätzlich unrichtigen Anschauung von der Bedeutung und Reichweite des Grundrechts beruht.

Auch davon kann hier keine Rede sein. Der angegriffene Beschluss enthält keinen Anhaltspunkt dafür, dass das OVG den Einfluss des Rechts auf freie Berufswahl auf die Verfahrensgestaltung außer Acht gelassen oder grundsätzlich fehlgeachtet hat. Dazu wird in der Ver-

fassungsbeschwerde auch nichts vorgetragen. Soweit der Bf. auf die Folgen hinweist, die die Verzögerung der Prüfung bis zum Abschluss des Hauptsacheverfahrens für ihn hat, ist sein Vorbringen unschlüssig, da das OVG nicht den Anordnungsgrund, sondern den Anordnungsanspruch verneint hat.

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: Schuldrecht****Problem: Treuwidriges Berufen auf § 273 BGB**

BGH, URTEIL VOM 08.06.2004
X ZR 173 / 01 (NJW 2004, 3484)

Problemdarstellung:

In diesem Fall verfolgte der Kl. seinen Anspruch auf Herausgabe eines Ackerschleppers gegen die Bekl., welche den Schlepper nach einem schweren Autobahnunfall geborgen hatte, bis in die Revisionsinstanz, obwohl die Bekl. bereits erstinstanzlich zur Herausgabe verurteilt worden war. Von entscheidender Bedeutung war allerdings, ob der Herausgabeanspruch des Kl. aus § 985 BGB uneingeschränkt bestand oder - so sahen es die Instanzgerichte - nur unter der Einschränkung einer Zug um Zug an die Bekl. zu leistenden Zahlung i. H. v. ca. 36.542,- DM (= ca. 18.684,- Euro). Die Bekl. vertrat den Standpunkt, sie habe noch am Unfallort einen Werkvertrag mit dem Kl. über die Bergung seiner schwer beschädigten Fahrzeuge sowie über die Reinigung der Autobahn von Sojaschrot, welches der Kl. geladen hatte, geschlossen und verlangte vor Rückgabe des Ackerschleppers Bezahlung der entsprechenden Rechnung, die der Kl. allerdings als weit überhöht zurückgewiesen hatte. Infolgedessen sah der Kl. sich gezwungen, für seinen landwirtschaftlichen Betrieb ein Ersatzfahrzeug zu beschaffen, wofür er ebenfalls Kostenersatz begehrte, während die Bekl. für jeden weiteren Tag, den das streitgegenständliche Fahrzeug in ihrem Betrieb stand, weitere Standentgelte beanspruchte.

Der Kl. hatte mit seiner Revision insoweit Erfolg, als der BGH das Urteil des BerGer. schon deshalb aufhob, als in der 2. Instanz bei der Prüfung des Zurückbehaltungsrechtes der Bekl. gem. § 273 I BGB von dem aktuellen Wert der behaupteten Ansprüche der Bekl. ausgegangen wurde, tatsächlich jedoch der Zeitpunkt der erstmaligen Ausübung des Zurückbehaltungsrechtes maßgeblich ist. Der X. Zivilsenat hob in seinem Urteil weiter hervor, dass es sich bei § 273 I BGB letztlich um einen besonderen Anwendungsfall des Verbots unzulässiger Rechtsausübung handele (§ 242 BGB), der nicht zur Anwendung kommen könne, wenn der Gegenanspruch des Schuldners, auf den dieser sein Zurückbehaltungsrecht stützt, gegenüber der Gläubigerforderung unverhältnismäßig gering sei. War dieses allerdings hier der Fall, so konnte ein Zurückbehaltungsrecht der Bekl. auch nicht nachträglich aufgrund der Standkosten, die gerade infolge der dann unberechtigten Herausgabe-verweigerung entstanden

waren, nunmehr angenommen werden.

Prüfungsrelevanz:

Die vorliegende Entscheidung eignet sich hervorragend zur Wiederholung und Vertiefung des Themas "Zurückbehaltungsrechte gegenüber § 985 BGB." Am Beispiel des § 273 BGB ist zum einen festzustellen, dass die Rechtsprechung Zurückbehaltungsrechte einerseits als Besitzrechte i. S. d. § 986 BGB einordnet, dies andererseits aber nicht zum Anlass nimmt, eine auf § 985 BGB gestützte Klage vollständig abzuweisen, sondern letztlich doch nur zu einer Zug-um-Zug-Verurteilung kommt, was von der ganz herrschenden Literatur seit jeher zu Recht als inkonsequent gerügt wird (vgl. Palandt/Bassenge, § 986 Rz. 4 m. w. N.)

Andererseits grenzt die Entscheidung sauber zwischen § 273 BGB und § 320 BGB ab und enthält grundlegende Ausführungen zu den Anforderungen der Rechtsprechung an die sog. "Konnexität" i. S. d. § 273 BGB.

Auch die Ausführungen zur Ermittlung der üblichen Vergütung i. S. d. § 632 II BGB, welche durch die zwischenzeitlich in Kraft getretene Schuldrechtsmodernisierung ihre Aktualität nicht verloren haben, sind durchaus lesenswert.

Nimmt man dann noch die vom BGH erörterte prozesuale Sonderkonstellation hinzu - der Kl. hatte seinem Rechtsanwalt praktisch während der Berufungsverhandlung das Mandat entzogen - so ergibt sich eine ganze Fülle höchstrichterlich behandelter Probleme mit Relevanz für beide juristischen Staatsprüfungen.

Vertiefungshinweise:

Geltendmachung des § 273 BGB gegenüber Anspruch auf Rückübertragung einer Sicherungsgrundschuld: *BGH*, RA 2000, 513 = NJW 2000, 2499

Zur Anwendbarkeit des § 273 BGB bezüglich polizeilich abgeschleppter PKW: *Fischer*, JuS 2002, 446

Kursprogramm:

Examenskurs: "Vergnügungsbus"

Assessorkurs: "Der erschlichene LKW"

Leitsätze:

1. Ein Schuldner, der unberechtigt die Herausgabe einer Sache verweigert, verstößt gegen die Grundsätze von Treu und Glauben, wenn er sich gegen-

über dem Herausgabeanspruch auf ein Zurückbehaltungsrecht wegen einer Gegenforderung beruft, die erst infolge seiner Herausgabeverweigerung durch Aufwendungen auf die Sache entstanden ist.
2. Für die Ermittlung der üblichen Vergütung i. S. von § 632 II BGB ist nicht die allgemeine Branchenüblichkeit des Preises maßgebend, sondern die konkret am Ort der Wertleistung zu ermittelnde. (Leitsatz 2 der Redaktion)

Sachverhalt:

Der Kl. nimmt die Bekl. auf Herausgabe seines Acker-schleppers Frastrac und auf Schadensersatz in Anspruch. Mit ihrer Widerklage verlangt die Bekl. Zahlung von Aufwendungen für Bergungsarbeiten und Folgekosten. Der Kl. wurde am 21.06.1997 gegen 1:00 Uhr nachts auf der Bundesautobahn M. in Fahrtrichtung H. in einen Verkehrsunfall verwickelt. Ein niederländischer Lkw fuhr auf das Gespann des Kl. (Zugmaschine nebst einem mit Sojaschrot beladenen Anhänger) auf. Hierbei wurden die Fahrzeuge des Kl. schwer beschädigt. Infolge des Umstürzens des Anhängers wurde der größte Teil der Ladung (rund 11 t Sojaschrot) auf der Autobahn verstreut. Die Bekl., die ein Bergungsunternehmen betreibt, übernahm die notwendige Reinigung der Autobahn und barg Schlepper und Anhänger. Hierfür stellte sie dem Kl. unter dem 07.07.1997 insgesamt 22.581,98 DM in Rechnung. Der Kl. verweigerte die Zahlung wegen Überhöhung der Rechnung. Er verlangt von der Bekl. Herausgabe der Zugmaschine sowie Ersatz von Finanzierungskosten in Höhe von 68.262,65 DM nebst Zinsen, weil er wegen unrechtmäßiger Zurückbehaltung des Frastrac ein Ersatzfahrzeug habe anschaffen müssen. Die Bekl. verweigerte zunächst Herausgabe der Zugmaschine wegen der Zahlungsverweigerung des Kl. Sie hat sodann den Anspruch auf Herausgabe anerkannt und sich auf ein Zurückbehaltungsrecht wegen der Abschlepp-, Bergungs- und Standkosten berufen. Das LG hat die Bekl. durch Teilanerkennnis- und Endurteil zur Herausgabe der Zugmaschine Zug um Zug gegen Zahlung der Bergungskosten und der Kosten für Entsorgung, Reinigung und Standentgelte in Höhe von 16.048,86 DM, weiterer Standentgelte von 19.313,14 DM bis zum 28.06.1999 und von 31,72 DM pro Tag ab dem 29.06.1999 sowie eines weiteren Betrags in Höhe von 1.179,90 DM für eine verauslagte Rechnung verurteilt; im Übrigen hat es die Klage abgewiesen. Dagegen hat der Kl. Berufung eingelegt, mit der er sein Klagebegehren in vollem Umfang weiterverfolgt hat. Die Bekl. hat in der Berufungsinstanz Widerklage auf Zahlung der Vergütung Zug um Zug gegen Herausgabe der Zugmaschine erhoben und ferner die Feststellung begehrt, dass sich der Kl. im Annahmeverzug befinde. Das BerGer. hat durch Versäumnisurteil vom 22.02.2001 die Berufung des Kl. zurückgewiesen und der Widerklage stattgegeben. Der Ein-

spruch des Kl. blieb ohne Erfolg. Die dagegen gerichtete Revision des Kl. führte zur Aufhebung des Berufungsurteils und Zurückverweisung des Rechtsstreits an das BerGer.

Aus den Gründen:

A. Entscheidung und Begründung des BerGer.

Das BerGer. hat angenommen, dem Herausgabeverlangen des Kl. aus § 985 BGB könne die Bekl. ein Recht zum Besitz (§ 986 BGB) entgegenhalten. Der Bekl. stehe ein Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB a. F. zu. Sie sei zur Herausgabe des Schleppers nur Zug um Zug gegen Erfüllung ihrer aus dem Bergungsvertrag der Parteien folgenden Ansprüche verpflichtet. Am wirtschaftlichen Zusammenhang von Forderung und Gegenforderung (Konnexität) könne kein Zweifel bestehen, weil die Bekl. durch Ausführung der Bergungsarbeiten in Besitz des Schleppers gekommen sei. Im Übrigen hat das BerGer. auf die von ihm für zutreffend gehaltenen Ausführungen des LG Bezug genommen.

B. Entscheidung des BGH in der Revision

Diese Erwägungen halten einer revisionsrechtlichen Prüfung nicht stand.

I. Grundsätzlich richtiger Anknüpfungspunkt: Zurückbehaltungsrecht der Bekl. gem. § 273 BGB

Im rechtlichen Ausgangspunkt zutreffend hat das BerGer. angenommen, dass als Grundlage für eine Zurückbehaltung des Schleppers durch die Bekl. § 273 BGB a. F. in Betracht kommt, weil die nicht erfüllten Zahlungsansprüche der Bekl. und der Herausgabeanspruch des Kl. nicht auf gegenseitigem Vertrag beruhen. Mit Recht ist es im Anschluss an die Erwägungen des LG auch davon ausgegangen, dass nach dieser Vorschrift die Verpflichtungen des Schuldners und sein Anspruch, wegen dessen Nichterfüllung er die von ihm geschuldete Leistung zurückbehalten will, aus "demselben rechtlichen Verhältnis" stammen müssen und dieser Begriff nach höchstrichterlicher Rechtsprechung nicht erfordert, dass die sich gegenüberstehenden Ansprüche auf demselben Rechtsverhältnis beruhen. Vielmehr genügt es, wenn ihnen ein innerlich zusammenhängendes, einheitliches Lebensverhältnis zu Grunde liegt, wenn beide Ansprüche also aus Rechtsgeschäften hervorgegangen sind, die in einem solchen natürlichen und wirtschaftlichen Zusammenhang stehen, dass es gegen Treu und Glauben verstoßen würde, wenn der eine Anspruch ohne Rücksicht auf den der anderen Seite zustehenden geltend gemacht und durchgesetzt werden könnte (BGHZ 92, 194 [196] = NJW 1985, 189; BGHZ 115, 99 [103 f.] = NJW 1991, 2645). Als besonderer Anwendungsfall des Verbots unzulässiger Rechtsausübung (§ 242 BGB) darf das Zurückbehaltungsrecht nicht in einer gegen Treu und

Glauben verstoßenden Weise ausgeübt werden (BGH, NJW 1990, 1171 [1172] m. w. N.; BGHZ 91, 73 [83] = NJW 1984, 2151; BGH, NJW 2000, 948 [949]). Da es nur der Sicherung eigener Ansprüche dient, ist seine Ausübung unter anderem dann ausgeschlossen, wenn der Schuldner wegen einer unverhältnismäßig geringen Forderung die gesamte Leistung zurückbehalten will (Palandt/Heinrichs, BGB, 61. Aufl., § 273 Rz. 18. m. w. N.). Ob dies der Fall ist, beurteilt sich auf der Grundlage der einzelnen Umstände, insbesondere aber der Höhe der Forderung zum Zeitpunkt der Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts.

1. Fehlerhafte Anwendung des § 273 BGB durch die Instanzgerichte

Diese Grundsätze haben die Instanzgerichte nicht beachtet. Bei der Prüfung des Gegenstands und der Höhe des Zahlungsanspruchs der Bekl. hat das LG nicht nur eine Konnexität zwischen dem Herausgabeanspruch des Kl. und dem Anspruch der Bekl. auf Zahlung der Bergungs- und Abschleppkosten laut Rechnung vom 22.07.1997 in der tatsächlich gerechtfertigten Höhe angenommen, sondern rechtsfehlerhaft auch alle nach der Verweigerung der Herausgabe des Schleppers durch die Bekl. entstandenen Kosten, vor allem die "Standgebühren", in der zuerkannten Höhe einbezogen. Das LG ist von einer zum Zeitpunkt seiner Entscheidung bestehenden Gegenforderung der Bekl. in Höhe von 36.541,90 DM (16.048,86 DM Abschleppkosten, Reinigung und "Standgebühren" laut Rechnung vom 07.07.1997, ferner 1.179,90 DM Gutachterkosten und 19.313,14 DM weitere Standgebühren) sowie täglichen Standkosten von 31,72 DM zuzüglich Mehrwertsteuer ab 29.06.1999 ausgegangen. Es hat der Bekl. ein Zurückbehaltungsrecht zuerkannt, weil "unabhängig von dem 1998 veranschlagten Restwert des Frastrac von circa 45.000,- bis 75.000,- DM ... auch wegen eines geringeren Betrags (der Gegenforderung) die Zurückbehaltung erfolgen" könne, "damit der Kl. einen Anreiz" habe, "das Fahrzeug schnellstmöglich auszulösen, zumal mittlerweile von einem erheblichen Wertverlust auszugehen" sei. Damit hat das LG in seiner Bewertung nicht das zum Zeitpunkt des Herausgabeverlangens des Kl. und der Verweigerung der Herausgabe durch die Bekl. bestehende Verhältnis zwischen dem Herausgabeanspruch des Kl. und dem Vergütungsanspruch der Bekl. abgewogen, sondern fehlerhaft ein Wertverhältnis zu Grunde gelegt, das zum maßgeblichen Zeitpunkt der Ausübung des Zurückbehaltungsrechts noch nicht bestand, wie die Revision mit Recht rügt (§ 286 ZPO).

2. Vorgaben für die erneute Prüfung des § 273 BGB durch das BerGer.

Bereits aus diesem Grunde konnte das angefochtene Urteil keinen Bestand haben. Bei der erneuten Befassung mit der Sache wird das BerGer. zunächst klären

müssen, wann der Kl. erstmals Herausgabe verlangt hat und welche Forderung der Bekl. zu diesem Zeitpunkt welchem Wert der Gegenstände gegenüberstand, deren Herausgabe die Bekl. wegen ihrer Ansprüche verweigert hat. In diesem Zusammenhang wird es dem unter Beweis gestellten Vorbringen des Kl. nachgehen müssen, am 22.06.1997 habe er die Herausgabe des Fahrzeugs von der Bekl. verlangt, die Bekl. habe dessen Herausgabe bereits damals von der vorherigen Begleichung der vollen Kosten abhängig gemacht, obwohl der Restwert der Zugmaschine die berechnete Kostenhöhe bei weitem überstiegen habe. Vor allem wird das BerGer. bei seiner Würdigung berücksichtigen müssen, dass die Summe der Rechnung vom 07.07.1997, wie von beiden Instanzgerichten festgestellt, tatsächlich mit 28% beträchtlich überhöht war und dass nach der Behauptung des Kl. die bei dem Unfall beschädigte Zugmaschine in dessen landwirtschaftlichem Betrieb dringend benötigt wurde. Bei seiner Abwägung wird das BerGer. davon ausgehen müssen, dass es auf die Umstände des Einzel falls ankommt. Im Rahmen der gebotenen Abwägung wird allerdings auch zu berücksichtigen sein, dass ein Zurückbehaltungsrecht auch dann gegeben sein kann, wenn der Wert der Forderung, wegen der die Herausgabe eines Gegenstands verweigert wird, erheblich geringer ist als der Wert der herausverlangten Sache; denn das Recht auf Zurückbehaltung würde seinen vom Gesetzgeber verfolgten Zweck verlieren, auf den Schuldner Druck auszuüben, wenn es nur dann ausgeübt werden könnte, wenn das Wertverhältnis in etwa ausgeglichen ist. Sollte das BerGer., möglicherweise nach ergänzendem Vortrag der Parteien und weiterer Beweisaufnahme, zu dem Ergebnis gelangen, dass zu dem maßgeblichen Zeitpunkt bereits kein Zurückbehaltungsrecht der Bekl. bestand, so konnte ein solches Recht auch nicht nachträglich wegen weiterer "Standgebühren" entstehen. Es mag bereits zweifelhaft sein, ob zwischen dem Herausgabeanspruch des Kl. und den "Standgebühren" ein Zusammenhang i. S. d. § 273 BGB a. F. besteht. Jedenfalls wäre es mit den Grundsätzen von Treu und Glauben nicht zu vereinbaren, wenn die Bekl. durch unberechtigte Verweigerung der Herausgabe eine Gegenforderung schaffen könnte, die sie zur Zurückbehaltung berechtigte.

II. Abhängigkeit des Schadensersatzanspruches des Kl. von der Frage des der Bekl. zustehenden Zurückbehaltungsrechts

Das LG hat den mit Klageantrag zu 2 geltend gemachten Schadensersatzanspruch des Kl., mit dem dieser Ersatz der Finanzierungskosten für eine neue Zugmaschine in Höhe von 68.262,50 DM verlangt hat, mit der Begründung abgewiesen, die Bekl. sei berechtigt gewesen, das Fahrzeug zurückzubehalten. Das BerGer. ist dem ohne Begründung gefolgt. Sollte sich erweisen, dass ein Zurückbehaltungsrecht zu dem maßgebli-

chen Zeitpunkt nicht bestand, wird der Schadensersatzanspruch des Kl. erneut zu prüfen sein.

III. Zum Vergütungsanspruch der Bekl.

Das BerGer. hat der Bekl. einen Vergütungsanspruch auf Zahlung von 16.048,86 DM (Bergungskosten), von weiteren 1.179,90 DM (Gutachterkosten), 19.313,14 DM (weitere "Standgebühren" vom 07.07.1997 bis 28.06.1999) sowie kalendertägliche Standgebühren ab 29.06.1999 in Höhe von 31,72 DM/Tag zuzüglich 16% Mehrwertsteuer, Zug um Zug gegen Herausgabe des Ackerschleppers aus Werkvertrag (§ 631 BGB a.F.) zuerkannt. Es hat angenommen, zwischen den Parteien sei an der Unfallstelle wirksam ein Werkvertrag zu Stande gekommen. Der Kl. sei bei der Auftragserteilung geschäftsfähig gewesen. Geschäftsunfähigkeit habe er nicht bewiesen. Jedenfalls sei der Anspruch auf Aufwendungsersatz auch aus Geschäftsführung ohne Auftrag begründet (§§ 683, 670 BGB). Ein entgegenstehender Wille des Kl. sei nach § 679 BGB unbeachtlich. Da die Bekl. das Bergen und Abschleppen von Unfallfahrzeugen gewerblich betriebe, könne die Bekl. hierfür die übliche Vergütung beanspruchen.

Die hiergegen geführten Angriffe der Revision bleiben ohne Erfolg. Selbst wenn entgegen den Feststellungen des BerGer. von der Geschäftsunfähigkeit des Kl. auszugehen wäre, änderte dies im Ergebnis nichts. Das BerGer. hat jedenfalls zu Recht einen Anspruch der Bekl. aus §§ 683, 670 BGB bejaht.

1. Anspruch auf Vergütung in branchenüblicher Höhe nach der Entscheidung des BerGer.

Hinsichtlich der Höhe des Anspruchs der Bekl. hat sich das BerGer. die Feststellungen des LG zu Eigen gemacht. Dieses hat, sachverständig beraten, bei der Ermittlung des üblichen Entgelts auf die Branchenüblichkeit abgestellt. Die Ortsüblichkeit der Leistung könne nicht ermittelt werden, weil es vom Standort der Bekl. gesehen im Umkreis von zehn, 15 oder auch mehr Kilometern keine vergleichbaren Unternehmen gebe. Das Vorbringen des Kl., der Unternehmer P hätte die Bergung zu einem Drittel des Preises der Bekl. ausgeführt, hat das BerGer. in anderem Zusammenhang nicht als entscheidungserheblich angesehen.

2. Maßgeblichkeit der ortsüblichen Vergütung nach der Revisionsentscheidung des BGH

Auch diese Ausführungen halten den Angriffen der Revision nicht stand. Mit Recht rügt die Revision, der Sachverständige B habe die angemessenen Kosten der Bergung auf der Grundlage einer so genannten Preis- und Strukturumfrage ermittelt, die der Verband der Bergungs- und Abschleppunternehmen e. V. durchgeführt habe. Bei der Würdigung dieses Beweisergebnisses habe das BerGer. das unter Beweis gestellte Vorbringen des Kl. außer Acht gelassen, dass es in

dem beschriebenen Umkreis der Bekl. zwei Unternehmen, die Firma H in S. und die Firma P in N. gebe, deren Geschäftstätigkeit mit der der Bekl. identisch sei und die den vorliegenden Bergungs- und Abschleppfall zu einem Preis von 5.000,-- bis 6.000,-- DM abgewickelt hätten. Üblich sei dieser Preis.

Mangels Vereinbarung ist nach § 632 II BGB a. F. die übliche Vergütung zu zahlen. Üblich ist die Vergütung, die zur Zeit des Vertragsschlusses nach allgemeiner Auffassung der beteiligten Kreise am Ort der Werkleistung gewährt zu werden pflegt. Vergleichsmaßstab sind Leistungen gleicher Art, gleicher Güte und gleichen Umfangs. Die Anerkennung der Üblichkeit setzt damit gleiche Verhältnisse in zahlreichen Einzelfällen voraus (BGH, NJW 2001, 151 [152] m. w. N.; Soergel, in: MünchKomm, BGB, 3. Aufl., § 632 Rz. 14). Die auf Grund von Abfragen durch einen Berufsverband ermittelte branchenübliche Vergütung entspricht nicht zwingend der ortsüblichen Vergütung. Der gerichtliche Sachverständige hat, wie seine Anhörung vor dem LG und vor allem sein Beispiel der ortsüblichen Mieten deutlich machen, das Bestehen ortsüblicher Preise bei Bergungsunternehmen verneint, weil in vielen Fällen im Umkreis von zehn, 15 oder mehr Kilometern keine vergleichbaren Unternehmen bestünden; er hat demnach nicht auf die konkreten örtlichen Verhältnisse abgestellt, sondern den allgemein branchenüblichen Preis seinen Ausführungen zu Grunde gelegt. Die Instanzgerichte sind dem gefolgt, ohne den Vortrag des Kl. zu berücksichtigen, im Streitfall bestünden in unmittelbarer Umgebung der Bekl. zwei vergleichbare Unternehmen mit erheblich niedrigeren Preisen. Ermittlungen zum ortsüblichen Preis wird das BerGer. nunmehr bei seiner erneuten Würdigung nachzuziehen haben.

IV. Zur Frage der Säumnis des Kl. im Berufungsverfahren

Bei der erneuten Verhandlung und Entscheidung wird das BerGer. weiter Folgendes zu beachten haben:

Das BerGer. hat in der angefochtenen Entscheidung sein Versäumnisurteil vom 22.02.2001 aufrechterhalten. Den Erlass des Versäumnisurteils hat es damit begründet, der Kl. sei säumig gewesen, weil er nach Kündigung des Mandats seines Prozessbevollmächtigten in der mündlichen Verhandlung vor dem BerGer. nicht mehr ordnungsgemäß durch einen beim OLG zugelassenen Rechtsanwalt vertreten gewesen sei. Dies greift die Revision mit Recht als verfahrensfehlerhaft an.

Nach § 542 I ZPO a. F. ist die Berufung auf Antrag durch Versäumnisurteil zurückzuweisen, wenn der Berufungskläger im Termin zur mündlichen Verhandlung nicht erscheint. Nach Absatz 3 gelten im Übrigen die Vorschriften über das Versäumnisverfahren im ersten Rechtszug (§§ 330, 333 ZPO a. F.). Danach

kann ein Versäumnisurteil gegen den Kl. ergehen, wenn dieser nicht erscheint oder nicht verhandelt. Verhandelt hat, wer sich zur Sache geäußert und Anträge gestellt hat. Die Stellung der Sachanträge ist regelmäßig als ein Verhandeln anzusehen, da in einem Sachantrag in aller Regel zugleich eine tatsächliche oder rechtliche Stellungnahme liegt (Prütting, in: MünchKomm-ZPO, 2. Aufl., § 333 Rz. 7).

Dies war hier der Fall. Ausweislich des Sitzungsprotokolls ist bei Aufruf in der Berufungsverhandlung vom 15.02.2001 der Prozessbevollmächtigte des Kl. erschienen. Nach Erörterung des Sach- und Streitstands wurden die Anträge gestellt. Das Gericht unterbreitete

sodann einen Vergleichsvorschlag, der den Kl. veranlasste, seinem Prozessbevollmächtigten das Mandat zu entziehen und die Beordnung eines Notarwalts zu beantragen. Da verhandelt worden ist, greift § 333 ZPO a. F. selbst dann nicht ein, wenn nach der Verhandlung die Vertretung niedergelegt oder die Fortsetzung der Verhandlung verweigert wird (Baumbach/Hartmann, ZPO, 62. Aufl., § 333 Rz. 4 f.). Hier von abgesehen, konnte das Erlöschen der Vollmacht gem. § 87 I ZPO rechtliche Wirksamkeit erst durch die Anzeige der Bestellung eines anderen Anwalts erlangen, so dass der Kl. auch nach der Kündigung des Mandatsvertrags durch einen Prozessbevollmächtigten vertreten war.

Standort: Amtshaftung

Problem: Fehlerhafte TÜV-Bescheinigung

BGH, BESCHLUSS VOM 30.09.2004
III ZR 194 / 04 (NJW 2004, 3484)

Problemdarstellung:

Der Kl. verlangte hier aus dem Gesichtspunkt der Amtshaftung gem. § 839 BGB i. V. m. Art. 34 GG Schadensersatz von dem Bundesland, dessen TÜV-Ingenieur dem von ihm erworbenen Wohnmobil die Verkehrstauglichkeit bescheinigt hatte. Im Vertrauen darauf hatte er das Fahrzeug erworben, um dann festzustellen, dass es aufgrund schwerwiegender Mängel von ihm im Straßenverkehr nicht benutzt werden konnte.

Der Kl. wollte, nachdem der Rechtsstreit in den beiden ersten Instanzen erfolglos war, über die Nichtzulassungsbeschwerde gem. § 544 ZPO die Revision erzwingen, obwohl es als gefestigte Rechtsprechung gilt, dass der Käufer eines KfZ mit seinen Vermögensinteressen nicht Dritter i. S. d. § 839 BGB ist, wenn er ein trotz gravierender technischer Mängel zugelassenes Fahrzeug kauft (vgl. Palandt/Tomas, § 839 Rz. 150 m. w. N. und die zahlreichen weiteren Nachweise in dieser Entscheidung). Der Kl. hatte mit seiner Argumentation, hiervon müsse eine Ausnahme möglich sein, wenn der TÜV-Sachverständige sogar die generelle Nichtzulassungsfähigkeit eines Fahrzeuges übersehen habe, keinen Erfolg, die Nichtzulassungsbeschwerde wurde durch Beschluss gem. § 544 IV ZPO zurückgewiesen.

Prüfungsrelevanz:

Die vorliegende Entscheidung streift den haftungsrechtlichen Beamtenbegriff (vgl. dazu etwa Palandt/Thomas, § 839 Rz. 29), stellt aber vor allem heraus, dass es für einen Amtshaftungsanspruch nach § 839 BGB i. V. m. Art. 34 GG nicht nur einer Pflichtverletzung des Beamten bedarf, sondern dass dem Beamten die betreffende Pflicht gerade zum Schutze des

Anspruchstellers auferlegt worden sein muss (vgl. Palandt/Thomas, § 839 Rz. 31, 47). Sie spricht damit Voraussetzungen des § 839 BGB an, die im Rahmen dieser Vorschrift von zentraler Bedeutung sind und in ihren Grundzügen in jedem Fall Gegenstand der Examensvorbereitung gewesen sein sollten. Eine besonders interessante Querverbindung zu "klassischem Prüfungsstoff" aus dem Bereich des Zivilrechts ergibt sich durch die Frage, inwieweit ein KfZ-Verkäufer einerseits eine Mithaftung für die Richtigkeit von TÜV-Begutachtungen übernimmt oder andererseits gerade hierdurch seine Haftung für auch vom TÜV übersehene Mängel einschränken kann (vgl. hierzu etwa die Fallgruppen bei Palandt/Putzo, § 434 Rz. 70 ff).

Vertiefungshinweise:

- Zum Mobbing als Amtsausübung i. S. d. Art. 34 GG: *BGH*, RA 2003, 18 = DVBl. 2002, 1639
- Zur Gemeinde als durch § 839 BGB geschützte "Dritte": *BGH*, RA 2003, 73

Kursprogramm:

- Examenskurs*: "Das gebrauchte Cabrio"
- Examenskurs*: "Die vergessene Motorsäge"

Leitsatz:

Der Grundsatz, dass die den amtlichen Sachverständigen für den Kraftfahrzeugverkehr bei der technischen Prüfung nach § 21 S. 3 StVZO treffenden Amtspflichten nicht dem Schutz des Vermögens des zukünftigen Fahrzeugerwerbers dienen, gilt auch, soweit die generelle Benutzbarkeit des Fahrzeugs in Frage steht.

Sachverhalt:

Der Kl. kaufte bei einem Fahrzeughändler ein Reise-mobil. Der Verkäufer führte das Fahrzeug zum Zwecke der Erteilung einer Betriebserlaubnis nach §

21 StVZO dem TÜV Nord in H. vor. Ein Ingenieur des TÜV erteilte am 05.10.1999 ein Gutachten zur Vorlage beim Straßenverkehrsamt für die Ausfertigung eines Fahrzeugbriefs, in dem er feststellte, dass das Fahrzeug den geltenden Vorschriften entspreche. Der Kl. macht geltend, das Fahrzeug sei mit über 7 t Leergewicht deutlich schwerer als von dem Sachverständigen ohne genügende Sachprüfung festgestellt (5,98 t). Infolgedessen habe der Kl. keine Verwendung für das Fahrzeug, den [...] Kaufpreis habe er vergebens aufgebracht. Er dürfe das Fahrzeug im Straßenverkehr nicht bewegen, weil die Betriebserlaubnis des Fahrzeugs erloschen sei; außerdem habe er nur eine Fahrerlaubnis für Fahrzeuge mit einem zulässigen Gesamtgewicht von 7,5 t, das in reisefähigem Zustand wegen der geringen Nutzlast nicht eingehalten werden könne.

LG und OLG haben den auf Amtshaftung gestützten Schadensersatzanspruch des Kl. gegen das bekl. Land abgewiesen. Die Revision blieb erfolglos.

Aus den Gründen:

Die gegen die Nichtzulassung der Revision gerichtete Beschwerde des Kl. hat keinen Erfolg, weil weder die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat noch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des RevGer. erfordert (§ 543 II 1 ZPO).

A. Keine Amtspflicht des TÜV-Sachverständigen gegenüber dem späteren Fahrzeugerwerber nach st. Rechtsprechung

Das klageabweisende Urteil des BerGer. liegt auf der Linie der bisherigen Rechtsprechung. Im Falle des § 21 StVZO handelt der amtlich anerkannte Sachverständige für den Kraftfahrzeugverkehr, der in dem vorzulegenden Kfz-Brief bescheinigen muss, dass das Fahrzeug richtig beschrieben ist und den geltenden Vorschriften entspricht, zwar in Ausübung hoheitlicher Befugnisse, jedoch verletzt er keine ihm gegenüber einem späteren Erwerber des Fahrzeugs obliegende Amtspflicht, wenn er fahrlässig Mängel übersieht oder unrichtige technische Angaben in dem Brief als richtig bescheinigt und der Erwerber dadurch einen Vermögensschaden erleidet; denn die Bescheinigung dient nicht dazu, allgemein im rechtsgeschäftlichen Verkehr das Vertrauen auf die Richtigkeit der Beschreibung in dem Brief zu schützen und dem Erwerber eine eigene Prüfung des fahrtechnischen Zustands

des Fahrzeugs abzunehmen (BGHZ 18, 110; NJW 1955, 1316; BGH, NJW 1973, 458 [459 f.]). Diese Rechtsprechung ist auch in der Fachliteratur anerkannt, und sie hat - soweit ersichtlich - keinen Widerspruch gefunden (vgl. Staudinger/Wurm, BGB, 2002, § 839 Rz. 719; Hübner, VersR 1985, 701 [703]; Hentschel, StraßenverkehrsR, 37. Aufl., § 21 StVZO Rz. 6; Greger, HaftungsR des Straßenverkehrs, 3. Aufl., § 16 StVG Rz. 453; Lütkes/Ferner/Kramer, Straßenverkehr, § 21 StVZO Rz. 9, 10).

B. Keine abweichende Beurteilung bei generell fehlender Zulassungsfähigkeit des Fahrzeugs

Die Nichtzulassungsbeschwerde macht geltend, der im Streitfall vorliegende Sachverhalt sei mit den den besagten Senatsurteilen zu Grunde liegenden Fallgestaltungen nicht vergleichbar. Es gehe hier - anders als dort - nicht um das Übergehen lediglich gewährleistungsrechtlicher Mängel, sondern darum, dass das vom TÜV zu überprüfende Fahrzeug von vornherein nicht zulassungsfähig, also "generell unbenutzbar" gewesen sei. Die Prüfungspflicht des § 21 S. 3 StVZO müsse aber Schutzwirkungen gegenüber potenziellen Käufern des geprüften Fahrzeugs jedenfalls insoweit entfalten, als die Frage der Zulassungsfähigkeit betroffen sei. Insoweit schaffe die Bescheinigung des Prüfingenieurs eine Verlässlichkeitsgrundlage hinsichtlich der generellen Benutzbarkeit des Fahrzeugs.

Indessen hat die von der Nichtzulassungsbeschwerde vorgenommene Differenzierung zwischen (keinen haftungsrechtlichen Drittschutz auslösenden) "gewährleistungsrechtlichen Mängeln" und der (vermögensrechtlichen Drittschutz begründenden) "generellen Benutzbarkeit (Zulassungsfähigkeit)" des Fahrzeugs keine hinreichende Grundlage. Ausgangspunkt ist, dass der TÜV bei allen wesentlichen Mängel des zu prüfenden Fahrzeugs, die die Verkehrssicherheit desselben betreffen, die Zulassungsfähigkeit des Fahrzeugs verneinen, die für die Zulassung erforderliche technische Bestätigung also ablehnen muss. Aus dieser Sicht betrifft entgegen der Nichtzulassungsbeschwerde auch der Fall des Senatsurteils vom 11.01.1973 (NJW 1973, 458 [abgenutzte Bremsen]) einen Fall fehlender "Zulassungsfähigkeit". Es gibt auch keinen Anlass, dem Gedanken einer sich auch vermögensrechtlich auswirkenden "Verlässlichkeitsgrundlage" bei der Kfz-Zulassung ein vergleichbares Gewicht zu geben wie bei der Erteilung einer Baugenehmigung (vgl. BGHZ 60, 112 [115 ff] = NJW 1973, 616).

Standort: Verbraucherschutz**Problem: Widerruf bei Internetauktionen**

BGH, URTEIL VOM 03.11.2004

VIII ZR 375 / 03 (BISLANG UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Nachdem in der Vergangenheit schon häufiger die Frage, inwieweit die Regelungen des BGB-AT über das Zustandekommen von Verträgen in den §§ 145 ff BGB auf heutige Formen der Kommunikation anwendbar sind und zu interessengerechten Ergebnissen führen, Gegenstand der Rechtsprechung war, was insbesondere bezüglich der Vertragsschlüsse über das Internetauktionshaus ebay zu einer mittlerweile schon gefestigten und durchaus nachvollziehbaren Rechtsprechung geführt hat (siehe etwa zuletzt die Entscheidung des LG Berlin vom 20.07.2004, vgl. die Vertiefungshinweise unten), hatte der BGH nunmehr über die Frage zu entscheiden, ob dem Verbraucher (§ 13 BGB), der auf diese Weise bei einem Unternehmer (§ 14 BGB) einen Artikel kauft, nach §§ 312 d I 1, 355 BGB die Möglichkeit eines Widerrufs dieses Vertrages offensteht. Hierbei ging es nicht so sehr um die Frage eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebs- oder Dienstleistungssystems i. S. d. § 312 b I BGB a. E. (vgl. zu den diesbezüglich geringen Anforderungen sowie zur den Unternehmer treffenden Darlegungs- und Beweislast Palandt/Heinrichs, § 312 b Rz. 11), sondern vielmehr um den Ausschlussgrund des § 312 d IV Nr. 5 BGB, wonach das Widerrufsrecht nicht besteht bei Verträgen, die in der Form von Versteigerungen (§ 156 BGB) geschlossen werden.

Der BGH lehnt die Anwendbarkeit des § 312 d IV Nr. 5 BGB ab und erhält somit das verbraucherschützende Widerrufsrecht jedenfalls für die mittlerweile sehr verbreiteten ebay-Internetauktionen. Jedenfalls hier kommen die Verträge nach Auffassung des Gerichts nicht durch Zuschlag i. S. d. § 156 BGB zustande, vielmehr nehme der bei Auktionsende Höchstbietende das in dem Einrichten der Versteigerung durch den Verkäufer liegende verbindliche Vertragsangebot an. Der BGH setzt damit die dogmatische Linie der Rechtsprechung zur rechtlichen Behandlung von Internetauktionen bei ebay konsequent fort und kommt zu verbraucherfreundlichen und damit begrüßenswerten Ergebnissen.

Prüfungsrelevanz:

Wer diese Entscheidung nicht schon aus eigenem Interesse liest, weil er selbst sich zuweilen gern im Online-Auktionshaus umsieht, der sollte jedenfalls aufgrund einer gewissenhaften Examensvorbereitung mit dem Urteil vertraut sein. Die Rechtsprechung zum Themenkreis "rechtliche Behandlung von Vertrags-

schlüssen im Internet", ganz besonders aber die verschiedenen Urteile mit Bezug zur Internetplattform ebay haben in der jüngsten Vergangenheit ein so großes Medieninteresse erzeugt, dass sie sich zur Verwertung in den juristischen Staatsprüfungen - in mündlichen Prüfungen jederzeit, inzwischen ist aber auch mit entsprechenden Klausuren zu rechnen - geradezu aufdrängen. Da der BGH sich nicht darauf beschränkt, zur Begründung seiner Entscheidung die Grundsätze der bisherigen Rechtsprechung - die ja die Nichtanwendbarkeit des § 156 BGB durchaus schon angenommen hat - zu wiederholen, sondern sich zudem ausführlich mit Sinn und Zweck sowie der Entstehungsgeschichte des heutigen § 312 d IV Nr. 5 BGB auseinandersetzt, sollte man sich zudem nicht mit der bloßen Kenntnis des Leitsatzes zufrieden geben, sondern sich Zeit für die komplette Entscheidung nehmen.

Vertiefungshinweise:

- Zu Ansprüchen des Bieters aus einer abgebrochenen Internetauktion: *LG Berlin*, RA 2004, 600 = NJW 2004, 2831
- 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"
- Examenskurs*: "Existenzgründung auf Raten"

Leitsatz:

Bei Kaufverträgen zwischen einem gewerblichen Anbieter und einem Verbraucher, die im Rahmen einer sog. Internet-Auktion durch Angebot und Annahme gemäß §§ 145 ff. BGB und nicht durch einen Zuschlag nach § 156 BGB zustande kommen, ist das Widerrufsrecht des Verbrauchers nicht nach § 312 d IV Nr. 5 BGB ausgeschlossen.

Sachverhalt:

Der Kl. handelt gewerblich mit Gold- und Silberschmuckstücken. Er stellte am 07.09.2002 auf der Website der eBay International AG (im folgenden: "eBay") ein "15,00 ct. Diamanten-Armband ab 1,- EUR" zur Versteigerung ein und bestimmte eine Laufzeit für die Internet-Auktion von einer Woche. Der Bekl. gab am 14.09.2002 mit 252,51 Euro das höchste Gebot ab, verweigert jedoch die Abnahme und Bezahlung des Armbands.

Der Kl. verlangt von dem Bekl. die Zahlung von 252,51 Euro zuzüglich 11,- Euro Versandkosten, ins-

gesamt 263,51 Euro nebst Zinsen. Das Amtsgericht hat die Klage abgewiesen und die Berufung zugelassen. Das Landgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit seiner vom BerGer. zugelassenen Revision verfolgt der Kl. seinen Klageantrag weiter.

Aus den Gründen:

A. Entscheidung und Begründung des BerGer.

Das BerGer. hat ausgeführt: Zwischen den Parteien sei ein Kaufvertrag in der Form eines Fernabsatzvertrages im Sinne des § 312 b I BGB zustande gekommen. Dem Kl. stehe jedoch ein Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises nicht zu, weil der Bekl. seine auf den Abschluss des Vertrages gerichtete Willenserklärung gem. § 312 d I BGB i. V. m. § 355 I BGB wirksam widerrufen habe. Das Widerrufsrecht des Bekl. sei nicht gemäß § 312 d IV Nr. 5 BGB ausgeschlossen, da es sich bei der durchgeführten Internet-Auktion nicht um eine Versteigerung im Sinne des § 156 BGB gehandelt habe. Der Kaufvertrag sei nicht wie bei einer Versteigerung nach § 156 BGB durch einen Zuschlag zustande gekommen, sondern dadurch, dass der Bekl. innerhalb der vom Kl. bestimmten Annahmefrist das an den Meistbietenden gerichtete Verkaufsangebot des Kl. angenommen habe.

B. Entscheidung des BGH in der Revision

Die Revision des Kl. hat keinen Erfolg und ist daher zurückzuweisen.

Dem Kl. steht gegen den Bekl. kein Anspruch aus § 433 II BGB auf Zahlung des Kaufpreises für das Armband zu, da der Bekl. seine auf den Abschluss des Kaufvertrages gerichtete Willenserklärung wirksam widerrufen hat (§§ 312 d I, 355 BGB).

I. Ansicht der Revision: Ausschluss des Widerrufsrechts des Bekl. gem. § 312 d IV Nr. 5 BGB

Zutreffend hat das BerGer. angenommen, dass die Parteien am 14.09.2002 im Rahmen einer sog. Internet-Auktion von eBay einen Kaufvertrag über das Armband geschlossen haben. Darüber besteht zwischen den Parteien kein Streit. Mit Recht hat das BerGer. auch die Voraussetzungen des § 312 d I BGB für ein Widerrufsrecht des Bekl. nach § 355 BGB bejaht. Der zwischen dem Kl. als Unternehmer (§ 14 I BGB) und dem Bekl. als Verbraucher (§ 13 BGB) online zustande gekommene Vertrag stellt einen Fernabsatzvertrag i. S. d. § 312 b I BGB dar. Dies wird von der Revision ebenso wenig in Zweifel gezogen wie die weitere Annahme des BerGer., dass der Bekl. seine auf den Abschluss des Vertrages gerichtete Willenserklärung rechtzeitig (§ 312 d II BGB) widerrufen habe. Die Revision meint jedoch, dem Bekl. habe nach § 312 d IV Nr. 5 BGB ein Widerrufsrecht nicht zugestanden, weil der Vertrag im Rahmen einer Versteigerung geschlossen worden sei. Damit dringt die Revision nicht durch.

II. Ansicht des BGH: Internetauktionen bei ebay keine Versteigerungen i. S. d. §§ 312 d IV Nr. 5, 156 BGB

Zu Recht hat das BerGer. die Voraussetzungen für einen Ausschluss des Widerrufsrechts gemäß § 312 d IV Nr. 5 BGB verneint. Nach dieser Vorschrift besteht das Widerrufsrecht, soweit nicht ein anderes bestimmt ist, nicht bei Fernabsatzverträgen, die in der Form von Versteigerungen (§ 156 BGB) geschlossen werden. Um einen solchen Vertrag handelt es sich im vorliegenden Fall nicht.

1. Fehlen eines Zuschlags i. S. d. § 156 BGB

Entgegen der Auffassung der Revision haben die Parteien den Kaufvertrag über das Armband im Rahmen der Internet-Auktion von eBay nicht in der Form einer Versteigerung i. S. d. § 156 BGB geschlossen. Nach § 156 S. 1 BGB kommt bei einer Versteigerung der Vertrag erst durch den Zuschlag zustande. Der Zuschlag ist die Willenserklärung des Auktionators, mit der dieser das Gebot eines Bieters annimmt (BGHZ 138, 339 [342]). An einem solchen Zuschlag fehlte es bei der auf der Website von eBay durchgeführten Internet-Auktion, die damit keine Versteigerung i. S. d. § 156 BGB darstellte.

a. "Normaler" Vertragsschluss durch Angebot und Annahme gem. §§ 145 ff BGB

Der bei der Internet-Auktion geschlossene Kaufvertrag der Parteien kam nicht nach § 156 BGB durch den Zuschlag eines Auktionators zustande, sondern durch Willenserklärungen - Angebot und Annahme - der Parteien gem. §§ 145 ff. BGB (vgl. BGHZ 149, 129 [133 ff]). Indem der Kl. auf der Website von eBay ein "15,00 ct. Diamanten-Armband ab 1,- EUR" zur Versteigerung anbot und die Internet-Auktion startete, gab er ein verbindliches Verkaufsangebot ab, das sich an den richtete, der innerhalb der Laufzeit der Auktion das höchste Gebot abgab. Dies war der Bekl., der das Angebot des Kl. mit seinem Gebot annahm. Davon geht auch die Revision aus. Dieser Erklärungsinhalt der Willenserklärungen der Parteien (§§ 133, 157 BGB) stand im Einklang mit den Bestimmungen über den Vertragsschluss in § 7 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen von eBay, denen die Parteien vor der Teilnahme an der Internet-Auktion zugestimmt hatten. Ein Zuschlag i. S. d. § 156 BGB war in diesen Geschäftsbedingungen nicht vorgesehen und wurde auch von eBay nicht erteilt.

b. Kein "Zuschlag durch Zeitablauf"

Fehl geht die Annahme der Revision, es habe sich bei der Internet-Auktion von eBay gleichwohl um eine Versteigerung nach § 156 BGB gehandelt. Der Vertrag sei im Wege eines "Zuschlags durch Zeitablauf" zustande gekommen, indem der Zuschlag als Annahmeerklärung durch den Zeitablauf der Auktion ersetzt worden sei. Dem kann nicht gefolgt werden. Der Zu-

schlag als Voraussetzung des Vertragsschlusses gem. § 156 BGB ist, wie ausgeführt, eine Willenserklärung, das heißt die auf die Herbeiführung eines rechtsgeschäftlichen Erfolgs gerichtete Äußerung einer Person (BGHZ 149, 129 [134] m.w.N.). Der bloße Zeitablauf, mit dem die Internet-Auktion endet, ist keine Willenserklärung und vermag eine solche auch nicht zu ersetzen. Mit der Festlegung der Laufzeit der Internet-Auktion bestimmte der Kl. gem. § 148 BGB eine Frist für die Annahme seines Angebots durch den Meistbietenden. Die vertragliche Bindung der Parteien beruht nicht auf dem Ablauf dieser Frist, sondern auf ihren - innerhalb der Laufzeit der Auktion wirksam abgegebenen - Willenserklärungen. Der bei der Internet-Auktion geschlossene Vertrag kam mithin nicht, wie die Revision meint, durch einen Zuschlag "unmittelbar durch Zeitablauf" zustande, sondern durch die Abgabe des Höchstgebots, mit dem der Bekl. das befristete Angebot des Kl. annahm. Dass dessen Angebot an den Meistbietenden gerichtet war und damit erst nach Auktionsende feststand, wer als Meistbietender Vertragspartner des Kl. geworden war, berührt die Wirksamkeit des Angebots nicht (vgl. BGHZ 149, 129 [135]).

2. Anwendbarkeit des § 312 d IV Nr. 5 BGB allein auf Versteigerungen i. S. d. § 156 BGB

Der Ausschluss des Widerrufsrechts nach § 312 d IV Nr. 5 BGB erstreckt sich nur auf solche Versteigerungen, bei denen der Fernabsatzvertrag - anders als bei der vorliegenden Internet-Auktion - nach § 156 BGB durch einen Zuschlag des Auktionators zustande kommt. Andere - von der dispositiven Vorschrift des § 156 BGB abweichende - Formen des Vertragsschlusses im Rahmen einer Versteigerung werden nicht von § 312 d IV Nr. 5 BGB erfasst. Dies folgt aus dem Wortlaut (a.), der systematischen Stellung (b.) und dem aus den Gesetzesmaterialien erkennbaren Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung (c.).

a. Wortlaut des § 312 d IV Nr. 5 BGB

Gemäß § 312 d IV Nr. 5 BGB besteht das Widerrufsrecht nicht bei Fernabsatzverträgen, die "in der Form von Versteigerungen (§ 156 BGB)" geschlossen werden. Zwar lässt sich die vorliegende Internet-Auktion, bei welcher der Kaufvertrag nicht nach § 156 BGB zustande kam, nach dem allgemeinen Sprachverständnis ebenfalls als Versteigerung ansehen. Die Ausnahmeregelung des § 312 d IV Nr. 5 BGB ist jedoch nach ihrem Wortlaut auf solche Versteigerungen beschränkt, bei denen sich der Vertragsschluss gem. § 156 BGB durch Gebot und Zuschlag vollzieht. Dies folgt aus der ausdrücklichen Bezugnahme auf § 156 BGB und aus der auf die Art des Zustandekommens des Vertrages abstellenden Formulierung, nach welcher der Fernabsatzvertrag "in der Form" von Versteigerungen nach § 156 BGB geschlossen worden sein

muss. Eine Erweiterung des Anwendungsbereichs der Vorschrift auf Versteigerungen, bei denen der Fernabsatzvertrag nicht in der Form des § 156 BGB geschlossen wird, ist aus dem Gesetzeswortlaut deshalb nicht herzuleiten.

b. Systematische Stellung des § 312 d IV Nr. 5 BGB

Die systematische Stellung des § 312 d IV Nr. 5 BGB spricht ebenfalls gegen eine erweiternde Auslegung. § 312 d IV Nr. 5 BGB enthält - neben anderen abschließend aufgeführten Tatbeständen (§ 312 d IV Nr. 1 bis 4) - eine Ausnahme von dem in § 312 d I BGB geregelten Grundsatz, dass dem Verbraucher, der mit dem Unternehmer einen Fernabsatzvertrag schließt, das Widerrufsrecht zusteht. Die Stellung der Norm als Ausnahme von dem gesetzlichen Grundsatz spricht für eine restriktive Handhabung der Vorschrift und damit gegen eine erweiternde Auslegung, nach der auch Internet-Auktionen, bei denen der Vertrag nicht in der Form des § 156 BGB geschlossen wird, von der Ausnahmeregelung erfasst würden.

c. Sinn und Zweck des § 312 d IV Nr. 5 BGB

Auch die Gesetzesmaterialien und der aus ihnen erkennbare Zweck der gesetzlichen Regelung sprechen nicht für, sondern gegen eine erweiternde Auslegung des Ausnahmetatbestandes für den Ausschluss des Widerrufsrechts.

aa. Zweck des Widerrufsrechts: Schutz des Verbrauchers vor "Fehlkäufen"

Die gesetzliche Regelung des Widerrufsrechts in § 312 d BGB geht auf eine Vorgabe der gemeinschaftsrechtlichen Fernabsatzrichtlinie zurück, die in Art. 6 ein Widerrufsrecht für Verbraucher vorsieht. Diese Vorgabe hat der deutsche Gesetzgeber zunächst in § 3 FernAbsG umgesetzt, dessen Regelungen sodann - inhaltlich im wesentlichen unverändert - in § 312 d BGB übernommen wurden. Der Zweck des Widerrufsrechts bei Fernabsatzverträgen besteht nach der Fernabsatzrichtlinie und dem Gesetzentwurf der Bundesregierung für das Fernabsatzgesetz darin, den Verbraucher vor der Gefahr einer Fehlentscheidung beim Kauf zu schützen, die daraus entsteht, dass der Verbraucher im Fernabsatzgeschäft regelmäßig nicht die Möglichkeit hat, die Ware vor Vertragsschluss zu besichtigen oder sich ihre Eigenschaften im persönlichen Gespräch erläutern zu lassen (vgl. Erwägungsgrund 14 der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.05.1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz - ABl. EG Nr. L 144 vom 04.06.1997, S. 19; Begründung der Bundesregierung zum Entwurf eines Gesetzes über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts sowie zur Umstellung von Vorschriften auf Euro, BT-Drucks. 14/2658, S. 15).

bb. Genereller Ausschluss von Versteigerungen in Art. 3 I der Fernabsatzrichtlinie

Die Fernabsatzrichtlinie selbst gilt allerdings gem. Art. 3 I insgesamt nicht für "Verträge, die bei einer Versteigerung geschlossen werden". Daraus ist jedoch nicht herzuleiten, dass das Widerrufsrecht des Verbrauchers auch bei Internet-Auktionen der vorliegenden Art nicht bestehen sollte. Die Fernabsatzrichtlinie enthält keine Bestimmung des Begriffs der Versteigerung. Weder der Wortlaut der Richtlinie noch die ihrem Entwurf zugrundeliegenden Materialien geben Aufschluss darüber, ob solche Internet-Auktionen, bei denen der Vertrag auf anderem Weg als durch den Zuschlag des Versteigerers zustande kommt, vom Anwendungsbereich der Fernabsatzrichtlinie ausgenommen sein sollten. In der Begründung des Rates zu dem am 29.06.1995 festgelegten Gemeinsamen Standpunkt (EG) Nr. 19/95 (ABl. EG Nr. C 288/1 vom 30.10.1995), in dem die Ausnahmebestimmung für Versteigerungen erstmals enthalten ist, wird lediglich ausgeführt, dass die "praktischen Einzelheiten einer Versteigerung" deren Ausschluss aus dem Anwendungsbereich der Richtlinie rechtfertigten (aaO, S. 10). Daraus ergibt sich jedoch nicht, ob über die herkömmlichen Versteigerungen hinaus auch Internet-Auktionen der vorliegenden Art vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausgeschlossen sein sollten. Der Umstand, dass das Internet trotz der im Jahr 1997 bereits verbreiteten Internetnutzung im Anhang I der Fernabsatzrichtlinie, in dem Beispiele für Fernkommunikationstechniken angegeben sind, nicht aufgeführt ist, spricht eher dagegen.

Davon abgesehen könnte aus der Fernabsatzrichtlinie für eine erweiternde Auslegung des § 312 d IV Nr. 5 BGB selbst dann nichts hergeleitet werden, wenn die vorliegende Internet-Auktion als Versteigerung im Sinne von Art. 3 I der Richtlinie anzusehen wäre. Die Richtlinie enthält im Hinblick auf die Verwirklichung des bezweckten Verbraucherschutzes nur Mindestvorgaben für die Mitgliedstaaten. Soweit die Richtlinie ihren eigenen Anwendungsbereich einschränkt, ist es den Mitgliedstaaten, wenn Rechtsnormen des Gemeinschaftsrechts nicht entgegenstehen, nicht verwehrt, weitergehende Regelungen zum Verbraucherschutz zu erlassen, mithin auch solche Regelungen, die den Ausnahmetatbestand für Versteigerungen enger fassen und die das Widerrufsrecht des Verbrauchers somit auch in Fällen zur Anwendung bringen, für welche die Richtlinie keine verbindliche Vorgabe enthält. Dementsprechend erlaubt Art. 14 S. 1 der Fernabsatzrichtlinie ausdrücklich, dass die Mitgliedstaaten in dem unter die Richtlinie fallenden Bereich mit dem EG-Vertrag in Einklang stehende strengere Bestimmungen erlassen oder aufrechterhalten können, um ein höheres Schutzniveau für die Verbraucher sicherzustellen.

cc. Entstehungsgeschichte des heutigen § 312 d IV Nr.

5 BGB

Der Regierungsentwurf zum Fernabsatzgesetz sah in § 1 III Nr. 7 lit. c) ebenso wie Art. 3 I der Fernabsatzrichtlinie zunächst vor, dass das Gesetz insgesamt keine Anwendung finden sollte auf Fernabsatzverträge, die "im Wege einer Versteigerung" geschlossen werden. Der Wortlaut des Entwurfs enthielt noch keine Bezugnahme auf § 156 BGB. Aus der Entwurfsbegründung (BT-Drucks. 14/2658, S. 33) ist zu entnehmen, dass dabei zunächst an Versteigerungen gedacht war, bei denen der Vertrag durch den Zuschlag des Auktionators zustande kommt. Es wird dort ausdrücklich auf gerichtliche Versteigerungen und die öffentliche Privatversteigerung Bezug genommen, bei denen für den Eintritt der rechtlichen Bindung jeweils der Zuschlag maßgeblich ist (§ 90 ZVG; vgl. auch § 7 der Verordnung über gewerbsmäßige Versteigerungen, BGBl. I 2003, S. 547). In der Entwurfsbegründung heißt es weiter, dass Versteigerungen im Wege des Fernabsatzes (z.B. im Internet) unangemessen behindert würden, wenn der Verbraucher ein gesetzliches Widerrufsrecht hätte (aaO). Jedoch gelte dies nur "für Verträge, bei welchen der Abschluss im unmittelbaren Anschluss an die Abgabe der Gebote durch virtuellen Zuschlag" erfolge (aaO). Ob die Verfasser der Entwurfsbegründung dabei einen online erteilten Zuschlag im Rechtssinne (§ 156 BGB) im Blick hatten oder den Zuschlagsbegriff in einem untechnischen Sinn verstanden haben, wird nicht deutlich, kann aber auch dahingestellt bleiben.

Aufgrund der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses wurde nämlich der Verbraucherschutz bei den im Rahmen von Versteigerungen geschlossenen Kaufverträgen gegenüber dem Regierungsentwurf und der Fernabsatzrichtlinie in zweifacher Hinsicht verstärkt. Der Anwendungsbereich des Fernabsatzgesetzes (§ 1 FernAbsG) wurde in der Beschlussempfehlung entgegen § 1 III Nr. 7 lit. c) des Regierungsentwurfs und entgegen Art. 3 I der Richtlinie auf Versteigerungen ausgedehnt, um dem Verbraucher auch bei Versteigerungen die vom Unternehmer nach § 2 FernAbsG zu erbringenden Informationen zuteil werden zu lassen (BT-Drucks. 14/3195, S. 30). Bei Versteigerungen sollte lediglich das in § 3 des Regierungsentwurfs geregelte Widerrufsrecht nicht zur Anwendung kommen. Der dafür nach der Beschlussempfehlung in § 3 II Nr. 5 FernAbsG vorgesehene Ausnahmetatbestand erhielt gegenüber § 1 III Nr. 7 lit. c) des Regierungsentwurfs eine im Wortlaut engere Fassung, indem zur Konkretisierung des Versteigerungsbegriffs ausdrücklich auf § 156 BGB Bezug genommen und der Ausschluss des Widerrufsrechts auf solche Fernabsatzverträge beschränkt wurde, die "in der Form von Versteigerungen (§ 156 des Bürgerlichen Gesetzbuchs) geschlossen werden". Der Gesetzgeber ist diesen Beschlussempfehlungen des Rechtsausschusses gefolgt und hat sie unverändert in das Fernabsatzgesetz und

nachfolgend lediglich mit einer unwesentlichen Fassungsänderung in das Bürgerliche Gesetzbuch übernommen. Daraus ist zu schließen, dass der Gesetzgeber dem Verbraucherschutz bei Versteigerungen eine stärkere Stellung einräumen wollte,

als es im Regierungsentwurf und in der Fernabsatzrichtlinie vorgesehen war, und dass er es dafür - entsprechend der Begründung des Rechtsausschusses zu § 1 FernAbsG (aaO, S. 30) - als notwendig erachtete, den Ausschluss des Widerrufsrechts auf Versteigerungen i. S. d. § 156 BGB zu beschränken und damit das Widerrufsrecht des Verbrauchers bei Internet-Auktionen der vorliegenden Art bestehen zu lassen. Demgemäß heißt es in der Begründung des Rechtsausschusses, die meisten "sog. Internetversteigerungen" seien keine

Versteigerung "im Rechtssinne", die in § 156 BGB als ein Vertragsschluss definiert werde, "bei dem das Angebot durch ein Gebot des einen Teils und die Annahme desselben durch den Zuschlag" erfolge; die Endgültigkeit "des Zuschlags" sei das Wesensmerkmal einer Versteigerung, das auch bei einer Versteigerung im Fernabsatz erhalten bleiben müsse (aaO). Auf diesen Erwägungen beruhte die Formulierung für die vom Rechtsausschuss vorgeschlagene Bestimmung in § 3 II Nr. 5 FernAbsG, nach der das Widerrufsrecht bei Fernabsatzverträgen, die "in der Form von Versteigerungen (§ 156 des Bürgerlichen Gesetzbuchs) geschlossen werden", nicht bestehen sollte. Da der Gesetzgeber der Empfehlung des Rechtsausschusses, nur - im vorgenannten Sinn - "echte Versteigerungen im Fernabsatz" (aaO, S. 30, 32) vom Widerrufsrecht auszunehmen, gefolgt ist, verbietet sich eine Ausdehnung des § 312 d IV Nr. 5 BGB auf Internet-Auktionen, bei denen der Fernabsatzvertrag - wie im vorliegenden Fall - nicht gem. § 156 BGB durch Gebot und Zuschlag zustande kommt.

dd. Objektiver Schutzzweck des § 312 d I BGB

Der Schutzzweck des in § 312 d I BGB geregelten Widerrufsrechts und die Interessenlage sprechen ebenfalls nicht für, sondern gegen eine erweiternde Auslegung des § 312 d IV Nr. 5 BGB. Das gesetzliche Widerrufsrecht soll, wie oben ausgeführt, den Verbraucher vor den Risiken von Fernabsatzgeschäften schützen, bei denen er die Ware vor Vertragsschluss in der Regel nicht hat in Augenschein nehmen können. Ein solches Schutzbedürfnis besteht auch bei Internet-Auktionen der vorliegenden Art. Der Bieter kann sich regelmäßig nur mittels der im Internet zur Verfügung gestellten Informationen über die angebotene Ware unterrichten. Der Verbraucher, der einen Gegenstand bei einer Internet-Auktion von einem Unternehmer erwirbt, ist somit den gleichen Risiken ausgesetzt und

in gleicher Weise schutzbedürftig wie bei anderen Vertriebsformen des Fernabsatzgeschäfts. Mithin erfordert es auch der Zweck des gesetzlichen Widerrufsrechts, den Ausnahmetatbestand des § 312 d IV Nr. 5 BGB, wie es seinem Wortlaut entspricht, auf Verträge zu beschränken, die in der Form von Versteigerungen gem. § 156 BGB, das heißt durch Gebot und Zuschlag, geschlossen werden. Schutzwürdige Interessen des Unternehmers oder von eBay stehen dem nicht entgegen. Dem Ausschluss des Widerrufsrechts nach § 312 d IV Nr. 5 BGB liegt die Erwägung zugrunde, dass die Durchführung einer Versteigerung durch das Widerrufsrecht erschwert werden könnte (vgl. BT-Drucks. 14/2658, S. 33 und BT-Drucks. 14/3195, S. 30). Dass diese Befürchtung für die Internet-Auktionen von eBay nicht begründet ist, ergibt sich bereits aus den Allgemeinen Geschäftsbedingungen von eBay, die in ihrer für die vorliegende Internet-Auktion maßgeblichen Fassung selbst davon ausgehen, dass ein gesetzliches Widerrufsrecht des Verbrauchers gegenüber einem Unternehmer bestehe. In § 6 V dieser Geschäftsbedingungen werden Unternehmer ausdrücklich verpflichtet, Verbraucher "über das gesetzliche Widerrufsrecht zu belehren". Unternehmer können und müssen sich bei ihrer Entscheidung, ob sie diesen Vertriebsweg des Fernabsatzgeschäfts nutzen und ihre Ware über die Internet-Auktionen von eBay anbieten wollen, darauf einstellen.

3. Keine entsprechende Anwendung des § 312 d IV Nr. 5 BGB

§ 312 d IV Nr. 5 BGB ist schließlich auch nicht entsprechend auf Internet-Versteigerungen der vorliegenden Art anzuwenden. Voraussetzung für die analoge Anwendung einer Rechtsnorm ist, dass das Gesetz eine planwidrige Regelungslücke enthält (BGHZ 155, 380 [389]). Eine solche Lücke, die sich aus einem unbeabsichtigten Abweichen des Gesetzgebers von seinem - dem konkreten Gesetzgebungsvorhaben zugrundeliegenden - Regelungsplan ergeben muss (BGHZ aaO, 390), liegt hier nicht vor. Der Gesetzgeber hat, wie aus den Materialien zum Fernabsatzgesetz ersichtlich ist, den Abschluss von Fernabsatzverträgen bei Internet-Auktionen gesehen und dafür bewusst eine Regelung getroffen, die lediglich solche Verträge von dem gesetzlichen Widerrufsrecht des Verbrauchers ausnimmt, die durch Gebot und Zuschlag gemäß § 156 BGB zustande kommen. Für alle hiervon abweichenden Formen des Abschlusses von Fernabsatzverträgen bei Internet-Auktionen steht dem Verbraucher, wie im vorliegenden Fall, gegenüber dem Unternehmer das Widerrufsrecht gemäß § 312 d I BGB zu.

Standort: Wiedereinsetzung gem. § 233 ZPO**Problem: Fristwahrung durch Fax**

BGH, BESCHLUSS VOM 21.07.2004
XII ZB 27 / 03 (NJW 2004, 3490)

Problemdarstellung:

Der Kl. beehrte hier Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nach §§ 233 ff ZPO, nachdem er die Berufungsbegründungsfrist des § 520 II ZPO (zwei Monate ab Zustellung des vollständigen Urteils, spätestens ab 5 Monaten nach Urteilsverkündung) versäumt hatte. Zu der Fristversäumung war es gekommen, weil in der Kanzlei des Klägeranwalts die Rechtsanwaltsfachangestellte am letzten Tag der Berufungsbegründungsfrist den entsprechenden Schriftsatz vorab per Telefax an das Berufungsgericht senden wollte. Hierbei gab sie versehentlich eine falsche Faxnummer ein und bemerkte dieses Versehen auch nicht bei Kontrolle des Sendeberichtes. Als das Missgeschick am Folgetag auffiel, war die Begründungsfrist bereits abgelaufen.

Die Frist des § 520 II ZPO ist mangels ausdrücklicher Bezeichnung zwar keine Notfrist i. S. d. § 224 I ZPO, gegen ihre Versäumung ist aufgrund der ausdrücklichen Nennung neben den Notfristen in § 233 ZPO gleichwohl ein Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand möglich (bea.: Seit 01.09.2004 beträgt in derartigen Fällen die Wiedereinsetzungsfrist gem. § 234 I 2 ZPO n. F. nunmehr einen Monat ab Behebung des Hindernisses i. S. d. § 233 ZPO). Voraussetzung für eine Wiedereinsetzung ist gem. § 233 ZPO allerdings, dass die betroffene Partei ohne ihr Verschulden gehindert war, die entsprechende Frist einzuhalten, wobei sie sich gem. § 85 II ZPO das Verschulden ihres Prozessbevollmächtigten - nicht auch das von dessen Büropersonal, vgl. Thomas/Putzo, § 85 Rz. 13 - zu rechnen lassen muss. Mithin kam es für die Erfolgsaussichten des Wiedereinsetzungsantrages insbesondere darauf an, ob die Fristversäumung auf eine - gemessen am Maßstab höchstrichterlicher Rechtsprechung - mangelhafte Büroorganisation des Klägervertreters oder auf einen Fehler allein der Angestellten dieses Rechtsanwalts zurückzuführen war. Der BGH ging in zweiter Instanz (vgl. dazu § 238 II 1 ZPO i. V. m. §§ 522 I 4, 574 ff ZPO; § 133 GVG) von einem Organisationsverschulden des Klägervertreters aus, da dessen (berücksichtigungsfähigem) Vortrag zufolge zwar die Anweisung an das Büropersonal bestand, Faxnummern sorgfältig einzugeben und stets den Sendebericht zu kontrollieren, nicht jedoch die Anweisung, Fristen erst nach nochmaliger Kontrolle des Sendeberichtes aus dem Fristenkalender zu streichen.

Prüfungsrelevanz:

Anträge auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand

gem. §§ 233 ff ZPO können insbesondere im Assessorexamen als Einstiegsprobleme Gegenstand von Klausuren sein; auch bietet es sich an, in Anwaltsklausuren Sachverhalte darzustellen, in denen unter anderem ein solcher Antrag zu erwägen ist. Häufig spielt dabei die Frage des Verschuldens der betroffenen Partei, sowie der Verschuldenszurechnung nach § 85 II ZPO eine zentrale Rolle. Die Maßstäbe, welche die Rechtsprechung an ein sorgfältiges Verhalten der Prozessbevollmächtigten anlegt, werden in diesem Beschluss seitens des BGH mit dem ausdrücklichen Hinweis eingeleitet, dass insoweit keine überspannten Anforderungen gestellt werden dürfen. Dass eine nicht geringe Zahl von Rechtsanwälten genau dieses aber der höchstrichterlichen Rechtsprechung nachsagt, ist eine unterschiedliche Bewertung, die aufgrund der verschiedenen Perspektiven der Beteiligten wohl schlicht unvermeidbar ist.

Jedenfalls bietet die vorliegende Entscheidung interessanten Stoff sowohl für die Vorbereitung auf das Assessorexamen als auch auf die mögliche spätere berufliche Praxis.

Vertiefungshinweise:

- Erfolgreiche Rechtsbeschwerde gegen verweigerte Wiedereinsetzung in den vorigen Stand: *BGH*, NJW 2004, 3491
- Zum Beweis des ersten Anscheins für den Zugang postalisch versandter Schreiben: *LG Potsdam*, RA 2001, 16 = NJW 2000, 3722

Kursprogramm:

- Assessorkurs*: "Spätes Kommen"
- Assessorkurs*: "Kein Zutritt"

Leitsätze:

- 1. Zu den Anforderungen an die Ausgangskontrolle bei der Übermittlung fristwahrender Schriftsätze durch Telefax.**
- 2. Die Rechtsbeschwerde gegen einen die Wiedereinsetzung versagenden Beschluss des Berufungsgerichts kann grundsätzlich nicht auf Tatsachen gestützt werden, die nicht schon im Verfahren der Wiedereinsetzung vorgetragen worden sind (im Anschluss an BGHZ 156, 165 = NJW 2004, 71).**

Sachverhalt:

Der Kl. war in der Zeit von Ende 1988 bis Anfang 1993 mit der Bekl. befreundet, hatte die Vaterschaft für ihre am 22.02.1990 geborene Tochter N anerkannt und für das Kind Unterhalt in Höhe von insgesamt 38.113,70 DM gezahlt. Nachdem in der Folgezeit

rechtskräftig festgestellt wurde, dass N nicht von ihm abstammt, verlangt der Kl. von der Bekl. Auskunft über den Namen des leiblichen Vaters ihres Kindes, hilfsweise Rückzahlung des geleisteten Kindesunterhalts. Das AG hat die Klage mit einem dem Kl. am 19.06.2002 zugestellten Urteil abgewiesen. Dagegen hat der Kl. am 17.07.2002 Berufung eingelegt, die er mit einem am (Dienstag) 20.08.2002 eingegangenen Schriftsatz vom 19.08.2002 begründet hat. Mit einem ebenfalls am 20.08.2002 eingegangenen Schriftsatz hat er Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Berufungsbegründungsfrist beantragt. Zur Begründung trägt er vor, sein Prozessbevollmächtigter habe den Berufungsschriftsatz rechtzeitig am 19.08.2002 gefertigt und sodann postalisch versandt. Zur Fristwahrung habe die äußerst zuverlässige und insbesondere mit Fristangelegenheiten äußerst gewissenhafte Rechtsanwaltsfachgehilfin L den Schriftsatz vorab per Telefax an das Gericht übersandt. Dabei habe sie versehentlich eine falsche Nummer gewählt (anstatt 205-3028 versehentlich 805-3028). Ebenfalls versehentlich sei sie davon ausgegangen, dass die Übertragung mit einem "o. k." bestätigt worden war. Zur Glaubhaftmachung hat der Kl. eine eidesstattliche Versicherung der Rechtsanwaltsfachgehilfin L vom 20.08.2002 eingereicht.

Mit Beschluss vom 19.12.2002 wies das BerGer. den Kl. auf die Verspätung und darauf hin, dass nicht von einer unverschuldeten Fristversäumung durch den Kl. ausgegangen werden könne. Der Kl. hat ergänzend vorgetragen, dass die Mitarbeiterinnen im Büro seines Prozessbevollmächtigten regelmäßig angewiesen werden, stets auf die korrekte Eingabe der Empfänger Nummer sowie die ordnungsgemäße und vollständige Übermittlung der Dokumente zu achten und dabei immer auch das Sendeprotokoll zu prüfen. Diesen Vortrag hat er durch ergänzende eidesstattliche Versicherung der Rechtsanwaltsfachangestellten L vom 10.01.2003 belegt. Mit Beschluss vom 16.01.2003 hat das BerGer. dem Kl. die begehrte Wiedereinsetzung in den vorigen Stand versagt und die Berufung als unzulässig verworfen. Dagegen richtet sich die Rechtsbeschwerde des Kl. Zur Begründung trägt er vor, die Rechtsanwaltsfachangestellte L sei wegen eines Fehlers beim Ablesen des Sendeprotokolls davon ausgegangen, dass der Schriftsatz beim OLG eingegangen sei. Deswegen sei der - ihm nicht zurechenbare - Fehler beim Ablesen des Sendeprotokolls und nicht etwa eine unzureichende Büroorganisation kausal für die Fristversäumung geworden. Zur Glaubhaftmachung hat der Kl. eine zweite ergänzende eidesstattliche Versicherung der Rechtsanwaltsfachangestellten L vom 03.02.2003 eingereicht. Die Rechtsbeschwerde war erfolglos.

Aus den Gründen:

Die Rechtsbeschwerde ist statthaft (§ 574 I i. V. m. §§

522 I 4, 238 II ZPO), aber unzulässig.

A. Keine grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache i. S. d. § 574 II Nr. 1 ZPO

Entgegen der Auffassung des Kl. kommt der Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung i. S. v. § 574 II Nr. 1 ZPO zu. Grundsätzliche Bedeutung hat eine Sache, wenn sie eine entscheidungserhebliche, klärungsbedürftige und klärungsfähige Rechtsfrage aufwirft, die sich in einer unbestimmten Vielzahl von Fällen stellen kann (BGHZ 151, 221 [223] = NJW 2002, 3029). Das ist hier nicht der Fall. Die Anforderungen an die Sorgfaltspflicht eines Rechtsanwalts bei der Ausgangskontrolle fristgebundener Schriftsätze sind in der Rechtsprechung des BGH hinreichend geklärt (vgl. zur Versendung fristgebundener Schriftsätze durch Fax BGH, NJW 2004, 367 = FamRZ 2004, 262; NJW-RR 2002, 60; BGHR ZPO § 233 Ausgangskontrolle 15 [Gründe]; VersR 1999, 996; NJWE-VHR 1998, 86; NJW 1998, 907). Nach dieser Rechtsprechung endet die Pflicht des Rechtsanwalts zur Ausgangskontrolle bei Übermittlung fristwahrender Schriftsätze per Telefax erst dann, wenn feststeht, dass der Schriftsatz wirklich übermittelt worden ist. Mit Rücksicht auf die Risiken beim Einsatz eines Telefaxgeräts kommt der Rechtsanwalt seiner Verpflichtung zu einer wirksamen Ausgangskontrolle nur dann nach, wenn er seinen dafür zuständigen Mitarbeitern die Weisung erteilt, sich einen Einzelnachweis ausdrucken zu lassen, auf dieser Grundlage die Vollständigkeit der Übermittlung zu prüfen und die Notfrist erst nach Kontrolle des Sendeberichts zu löschen. Ob die Büroorganisation des Prozessbevollmächtigten des Kl. diesen Anforderungen genügt, ist eine Frage des Einzelfalls und damit einer Verallgemeinerung nicht zugänglich.

B. Keine Entscheidung des BGH zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich

Die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung nach § 574 II Nr. 2 Alt. 2 ZPO erfordert eine Entscheidung des BGH nur in Fällen einer Divergenz oder dann, wenn bei der Auslegung oder Anwendung revisiblen Rechts Fehler über die Einzelfallentscheidung hinaus die Interessen der Allgemeinheit nachhaltig berühren. Letzteres ist vor allem dann der Fall, wenn Verfahrensgrundsätze, insbesondere die Grundrechte auf Gewährung rechtlichen Gehörs (Art. 103 I GG), auf wirkungsvollen Rechtsschutz (Art. 2 I GG i. V. m. dem Rechtsstaatsprinzip) und auf ein objektiv willkürfreies Verfahren (Art. 3 I GG i. V. m. dem Rechtsstaatsprinzip) verletzt sind. Dabei sollen Art und Weise eines Rechtsfehlers nach dem Willen des Gesetzgebers aber nur dann Bedeutung erlangen, wenn sie geeignet sind, das Vertrauen in die Rechtsprechung im Ganzen zu beschädigen. Regelmäßig ist eine auf § 574 II Nr. 2 Alt. 2 ZPO gestützte Rechtsbeschwerde deswegen nur zulässig, wenn dargelegt ist, dass ein Ver-

stoß gegen Verfahrensgrundrechte im Einzelfall klar zu Tage tritt, also offenkundig ist, und die angefochtene Entscheidung hierauf beruht (BGHZ 151, 221 [227]; Senat, FamRZ 2004, 696 m.w. N.).

I. Keine überzogenen Sorgfaltsanforderungen an Rechtsanwälte, Art. 103 I GG, Art. 2 I GG i. V. m. dem Rechtsstaatsprinzip

Nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG dient das Rechtsinstitut der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand in besonderer Weise dazu, die Rechtsschutzgarantie und das rechtliche Gehör zu gewährleisten. Die Verfahrensgrundsätze auf Gewährleistung wirkungsvollen Rechtsschutzes und auf rechtliches Gehör gebieten es daher, den Zugang zu den Gerichten und den weiteren Instanzen nicht in unzumutbarer, sachlich nicht gerechtfertigter Weise zu erschweren. Deswegen dürfen gerade bei der Auslegung der Vorschriften über die Wiedereinsetzung die Anforderungen an die Sorgfalt eines Rechtsanwalts und die Kausalität einer Pflichtverletzung nicht überspannt werden (BGHZ 151, 221 [227] = NJW 2002, 3029 m. w. N. aus der Rspr. des BVerfG).

II. Einhaltung dieser Grundsätze durch das Beschwerdegericht.

Gegen diese Grundsätze hat das BeschwGer. nicht verstoßen. Die Rechtsbeschwerde hat keinen erheblichen Unterschied der angefochtenen Entscheidung zu den zitierten Entscheidungen des BGH aufgezeigt. Eine Divergenz kommt nur dann in Betracht, wenn nach den Darlegungen der Rechtsbeschwerde der angefochtenen Entscheidung ein Rechtssatz zu Grunde liegt, der von einem die Entscheidung tragenden Rechtssatz eines höherrangigen Gerichts, eines anderen Spruchkörpers desselben Gerichts oder eines anderen gleichgeordneten Gerichts abweicht (vgl. BGH, NJW 2002, 2957; NJW 2003, 437). Das ist hier nicht der Fall. Nach der zitierten Rechtsprechung des BGH darf die Notfrist im Fristenkalender bei Übermittlung eines Schriftsatzes per Fax erst nach einer Kontrolle des

Sendeberichts gelöscht werden. Auf eine solche allgemein organisatorische Vorkehrung kommt es nur dann nicht an, wenn im Einzelfall konkrete Anweisungen erteilt worden sind, deren Befolgung die Fristwahrung ebenso sichergestellt hätte. Das hat der Kl. im Verfahren der Wiedereinsetzung nicht glaubhaft gemacht.

1. Sorgfaltswidrige Büroorganisation des Prozessbevollmächtigten des Kl.: Keine Anweisung, Notfristen erst nach Kontrolle des Sendeprotokolls zu löschen

Nach dem Vortrag des Prozessbevollmächtigten des Kl. im Wiedereinsetzungsverfahren beschränkte sich die Büroorganisation auf die Sorgfalt beim Absenden eines Telefax, ließ aber die Löschung der Notfrist schon vor der endgültigen Kontrolle der vollständigen Übermittlung zu. Denn nach dem Inhalt der zur Begründung der beantragten Wiedereinsetzung eingereichten eidesstattlichen Versicherungen ist die Frist ohne erneute Prüfung des Sendeprotokolls gelöscht und die fehlerhafte Übermittlung erst am Folgetag bemerkt worden. Hätte demgegenüber eine allgemeine Anweisung bestanden, Notfristen erst nach Kontrolle der vollständigen Übermittlung anhand des Protokolls zu löschen, wäre die noch ausstehende Frist für die Berufungsbegründung noch rechtzeitig am Abend des 19.08.2002 bemerkt worden.

2. Unbeachtlichkeit neuen Tatsachenvortrags in der Rechtsbeschwerdeinstanz

Auf den Inhalt der erst nach Erlass der angefochtenen Entscheidung vorgelegten und von den früheren eidesstattlichen Versicherungen abweichenden "Zweiten ergänzenden eidesstattlichen Versicherung" der Rechtsanwaltsfachangestellten L. vom 03.02.2003 kann es für die Zulässigkeit der Rechtsbeschwerde schon deswegen nicht ankommen, weil im Verfahren der Rechtskontrolle grundsätzlich keine neuen Tatsachen festgestellt werden können (BGHZ 156, 165 [167 f.] = NJW 2004, 71 = FamRZ 2004, 180 [181]).

Strafrecht**Standort: § 250 II Nr. 2 StGB****Problem: Verwenden eines Werkzeugs**

BGH, BESCHLUSS VOM 01.09.2004
2 STR 313/04 (NJW 2004, 3437)

Problemdarstellung:

Die Angeklagten überfielen eine Imbissbude, wobei einer von ihnen einen langen, spitzen Schraubenzieher bei sich führte, den er unter seiner Jacke verdeckte, um den Eindruck zu erwecken, er habe eine Pistole. Die Kassierin bemerkte den Schraubenzieher gar nicht, duldete allerdings die Wegnahme des Kassenbestandes, weil sie durch das Auftreten der Angeklagten eingeschüchtert war. Das LG Koblenz hatte die Angeklagten wegen schweren Raubes gem. §§ 249 I, 250 II Nr. 1 StGB verurteilt. Der BGH hob die Verurteilung bzgl. der Qualifikation auf, da ein "Verwenden" des Schraubenziehers nicht gegeben sei.

Prüfungsrelevanz:

Raub (§ 249 I StGB), räuberische Erpressung (§§ 253 I, 255 StGB) und räuberischer Diebstahl (§ 252 StGB) nebst den entsprechenden Qualifikationen (§§ 250, 251 StGB) stellen häufig Examensthemen dar. Neben dem klassischen Problem der Abgrenzung von Raub und räuberischer Erpressung (vgl. hierzu RA 2004, 735 ff.) beinhalten insb. auch die Qualifikationstatbestände diskussionswürdige Probleme.

Im Rahmen von § 250 I Nr. 1 a StGB hat sich (ebenso wie im gleichlautenden § 244 I Nr. 1 a StGB) mittlerweile die Frage, wann ein Werkzeug "gefährlich" im Sinne der Vorschrift ist, zu einem Standardproblem entwickelt (vgl. die Darstellung bei Tröndle/Fischer, § 244 Rn. 7 ff.). Ein Abstellen auf die konkrete Verwendung des Werkzeugs wie bei § 224 I Nr. 2 StGB (vgl. BGH, NStZ 1999, 616; Lackner/Kühl, § 224 Rn. 5 mwN) ist jedenfalls bei §§ 244 I Nr. 1 a, 250 I Nr. 1 a StGB nicht möglich, da diese Tatbestände eine Verwendung des Werkzeugs nicht voraussetzen. Von einer Meinung wird deshalb die abstrakte Möglichkeit, mit dem Werkzeug erhebliche Verletzungen zuzufügen, für ausreichend erachtet (SK-Günther, § 250 Rn. 11; Hörnle, Jura 1998, 169), andere Auffassungen stellen auf die bestimmungsgemäße Verwendung des Werkzeugs (Mitsch, BT2, 1/236) oder auf dessen typische Verwendung bei einem Diebstahl oder Raub ab (Schroth, NJW 1998, 2864). Teilweise wird auch zusätzlich zur abstrakten Möglichkeit der Zufügung schwerer Verletzungen durch das Werkzeug ein Verwendungsvorbehalt (Wessels/Hillenkamp, BT2, Rn.

262 f.; Geppert, Jura 1999, 602) oder zumindest ein konkretes Bewusstsein des Beisichführens verlangt (OLG Schleswig, NStZ 2004, 212 (= RA 2004, 356)). Da bei § 250 II Nr. 1 StGB - anders als bei § 250 I Nr. 1 a StGB - eine Verwendung des Werkzeugs erfolgen muss, ist es hier jedoch wieder (wie bei § 224 I Nr. 2 StGB) möglich, für die Gefährlichkeit des Werkzeugs auf dessen konkrete Verwendung abzustellen. Zwar setzt auch § 250 II Nr. 1 StGB nicht voraus, dass mit dem Werkzeug Gewalt angewandt wurde; eine Verwendung des Werkzeugs im Rahmen einer Drohung ist insofern ausreichend (BGHSt 45, 92; Tröndle/Fischer, § 250 Rn. 7). In diesem Fall kann dann jedoch geprüft werden, ob die angedrohte Verwendung eine solche i.S.v. § 224 I Nr. 2 StGB wäre, jedenfalls sofern es dem Täter auch tatsächlich möglich wäre, diese Verwendung vorzunehmen (so zumindest die Rechtsprechung, vgl. BGHSt 44, 103; StV 1999, 91).

Interessant wäre eine Entscheidung des BGH zu der Frage gewesen, ob - wie im vorliegenden Fall - ein Schraubenzieher, der wohl ein gefährliches Werkzeug i.S.v. § 250 II Nr. 1 StGB wäre, wenn der Täter damit auf das Opfer einstechen würde, auch als gefährliches Werkzeug i.S.v. § 250 II Nr. 1 StGB verwendet wird, wenn der Täter ihn unter seine Jacke steckt, um damit den Besitz einer Schusswaffe vorzutäuschen. Diese Frage musste der BGH jedoch nicht beantworten, da das Opfer im vorliegenden Fall den Schraubenzieher unter der Jacke des Täters gar nicht gesehen hatte. Somit liegt nämlich kein "Verwenden" i.S.v. § 250 II Nr. 1 StGB vor, da dies - wie der BGH vorliegend betont - im Falle eines Verwendens im Rahmen einer Drohung wenigstens voraussetzt, dass das Opfer das Werkzeug wahrnimmt.

Interessant ist auch die in einem Nebensatz geäußerte Auffassung des BGH, dass der Versuch der Verwendung eines gefährlichen Werkzeugs gem. § 250 II Nr. 1 StGB auf Konkurrenzebene hinter das vollendete Beisichführen des gefährlichen Werkzeugs gem. § 250 I Nr. 1 a StGB zurücktritt. Es erscheint nämlich nicht selbstverständlich, dass das Unrecht des § 250 I Nr. 1 a StGB, der einen Verwendungswillen nicht voraussetzt, dasjenige des versuchten § 250 II Nr. 1 StGB mitenthält.

Vertiefungshinweise:

☐ Zum gefährlichen Werkzeug i.S.v. §§ 244, 250 StGB: BGH, NJW 2002, 2889; 2003, 1677; NStZ-RR

2003, 12; *OLG Schleswig*, NStZ 2004, 212 (= RA 2004, 356); *Dencker*, JR 1999, 36; *Fischer*, NStZ 2003, 569; *Geppert*, Jura 1999, 599; *Graul*, Jura 2000, 204; *Krüger*, Jura 2002, 526; *Lesch*, JA 1999, 30

Zum Verwenden eines gefährlichen Werkzeugs i.S.v. § 250 II Nr. 1 StGB: *BGHSt* 45, 92; NStZ 1998, 511; 1999, 301; 2002, 86; *Boetticher/Sander*, NStZ 1999, 292; *Streng*, GA 2001, 359

Kursprogramm:

Examenskurs: "Der Bankräuber"

Examenskurs: "Der Besuch"

Leitsatz:

Das Verwenden einer Waffe oder eines gefährlichen Werkzeuges als Drohmittel bei § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB setzt voraus, dass die Drohung von dem Bedrohten wahrgenommen wird.

Sachverhalt:

Die Angeklagten kamen überein, eine Grillstube zu überfallen, wobei die Bedienung aufgrund Bedrohung die Wegnahme von Geld dulden sollte. Die Bedrohung sollte durch einen ca. 28 cm langen, spitz zulaufenden Schraubenzieher erfolgen. Während der Mitangeklagte D im Fluchtfahrzeug wartete, gingen der Angeklagte und sein mitangeklagter Bruder leicht verummmt in die Grillstube. Der Bruder des Angeklagten ergriff die Bedienung und hielt "den mitgeführten Schraubenzieher, zum Teil mit seiner Jacke verdeckt, gegen die rechte Hüfte der Zeugin, um den Eindruck zu erwecken, er habe eine Pistole. Die Angeklagten gaben der Zeugin durch Rufen des Wortes 'Geld' zu verstehen, dass sie ihnen die Einnahmen herauszugeben habe. Die Zeugin, die zwar den Druck mit dem Schraubenzieher nicht bemerkt hatte, jedoch unter dem Eindruck des bedrohlichen Auftretens der Angeklagten stand, öffnete die Kassenlade, aus der die Angeklagten 315 € entnahmen". Die Angeklagten entfernten sich zunächst zu Fuß, um dann plangemäß von dem Mitangeklagten D im Auto aufgenommen zu werden.

Aus den Gründen:

I. Entscheidung des Landgerichts

Das Landgericht hat den Angeklagten und die beiden nichtrevidierenden Mitangeklagten jeweils des schweren Raubes gemäß § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB schuldig gesprochen und den Angeklagten zu einer Freiheitsstrafe von sechs Jahren und die Mitangeklagten unter Einbeziehung von Vorverurteilungen zu Einheitsjugendstrafen von drei Jahren und sechs Monaten bzw. von fünf Jahren verurteilt.

Die Revision des Angeklagten, mit der er die Verletzung materiellen Rechtes rügt, hat in dem aus der Bechlussformel ersichtlichen Umfang Erfolg (§ 349

Abs. 4 StPO); im übrigen ist sie unbegründet (§ 349 Abs. 2 StPO).

Die getroffenen Feststellungen tragen den Schuldspruch gemäß § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB nicht, sondern nur den des § 250 Abs. 1 Nr. 1 a StGB.

II. Entscheidung des BGH

1. Zum Fehlen der Voraussetzungen des § 250 II Nr. 1 StGB

Die fehlerfrei getroffenen Feststellungen rechtfertigen nicht den Schuldspruch wegen schweren Raubes gemäß § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB. In den Fällen des § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB muss der Täter oder ein anderer Beteiligter das gefährliche Tatmittel zur Verwirklichung der raubspezifischen Nötigung verwenden, also zur Gewaltanwendung oder zur Drohung mit Gewalt gebrauchen (vgl. Tröndle/Fischer StGB 52. Aufl. § 250 Rdn. 7). Die Angeklagten haben den Schraubenzieher bei der Tat (Raub) aber weder zur Gewaltausübung noch zur Drohung verwendet. Mit dem Schraubenzieher wurde keine Gewalt angewandt, da mit diesem keine körperliche Zwangseinwirkung entfaltet wurde.

Entgegen der Auffassung des Landgerichts wurde der Schraubenzieher aber auch nicht als Drohmittel verwendet. Denn eine Verwendung als Drohmittel setzt voraus, dass die Drohung das Opfer erreicht. Drohung ist das ausdrückliche oder schlüssige In-Aussicht-Stellen eines Übels, dessen Eintritt davon abhängen soll, dass der Bedrohte sich nicht dem Willen des Drohenden beugt. Drohung erfordert daher, dass der Bedrohte in diese Zwangslage versetzt wird, mithin Kenntnis von der Drohung erlangt. Da das Opfer im vorliegenden Fall den Schraubenzieher überhaupt nicht bemerkt hat und deshalb eine entsprechende qualifizierte Einwirkung auf den Willen der Zeugin gar nicht eingetreten ist, wurde der Schraubenzieher bei der Tat nicht als Mittel zur Drohung verwendet. Insofern liegt lediglich ein Versuch der Verwendung als Drohmittel vor, der jedenfalls hinter der Tatbestandsvollendung nach § 250 Abs. 1 Nr. 1 a StGB zurücktritt.

III. Zum Vorliegen des § 250 I Nr. 1 a StGB

Die Feststellungen ergeben eine Strafbarkeit gemäß § 250 Abs. 1 Nr. 1 a StGB, weil die Täter mit dem hier näher beschriebenen Schraubenzieher ein gefährliches Werkzeug bei sich führten. Das Beisichführen einer Waffe oder eines gefährlichen Werkzeuges setzt keine Kenntnis des Opfers hiervon voraus.

Der Senat hat den Schuldspruch selbst (§ 354 Abs. 1 StPO) entsprechend geändert. § 265 StPO steht dem nicht entgegen, da die Anklage ihnen gerade schweren Raub gemäß § 250 Abs. 1 Nr. 1 a StGB vorwarf. Der Senat kann nicht ausschließen, dass der Tattrichter bei einem Strafrahmen von drei bis 15 Jahren statt fünf bis 15 Jahren Freiheitsstrafe zu einem dem Angeklagten

günstigeren Ergebnis gelangt wäre. Deshalb war der Rechtsfolgenausspruch aufzuheben.

IV. Erstreckung des Urteils auf Nichtrevidenten

Die Schuldspruchänderung und die Aufhebung im Rechtsfolgenausspruch war gemäß § 357 StPO auf die

nichtrevidierenden Mitangeklagten zu erstrecken, da im vorliegenden Fall nicht sicher ausgeschlossen werden kann, dass sich auch bei diesen der gleichartige Rechtsfehler im Ergebnis zu ihrem Nachteil ausgewirkt hat.

Standort: § 306 b II Nr. 2 StGB

Problem: Ermöglichungsabsicht

BGH, URTEIL VOM 19.08.2004
3 STR 186/04 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte hatte einen anderen dazu bestimmt, ein Gebäude in Brand zu setzen, in dem sich neben Wohnungen auch das Sonnenstudio seiner Frau befand. Er beabsichtigte, zusammen mit seiner Frau später das Feuer gegenüber der Versicherung als Unglücksfall darzustellen und die Versicherungssumme einzustreichen. Das Landgericht Kiel hatte eine Verurteilung des Angeklagten wegen Anstiftung zur besonders schweren Brandstiftung (§§ 306 a I Nr. 1, 306 b II Nr. 2, 26 StGB) abgelehnt, da die Voraussetzungen des § 306 b II Nr. 2 StGB nicht vorlägen. Der BGH hob dieses Urteil auf.

Prüfungsrelevanz:

Die Brandstiftungsdelikte enthalten nicht nur zahlreiche spezifische Probleme, sie lassen sich auch ideal mit Problemstellungen der Vermögensdelikte und des Allgemeinen Teils kombinieren, so dass ihre Relevanz in beiden Examen als hoch einzustufen ist.

Von entscheidender Bedeutung im vorliegenden Fall ist die Frage, unter welchen Voraussetzungen der Täter einer schweren Brandstiftung in der Absicht handelt, "eine andere Straftat zu ermöglichen" (§ 306 b II Nr. 2 StGB). Hierbei handelt es sich nach herrschender Meinung um ein persönliches strafscharfendes Merkmal, so dass es für den Teilnehmer gem. § 28 II StGB maßgeblich ist, ob dieser selbst die Ermöglichungsabsicht hat und nicht, ob diese beim Haupttäter gegeben ist (BGH, NStZ 2000, 197; Lackner/Kühl, § 28 Rn.9; a.A.: Schönke/Schröder-Cramer/Heine, § 28 Rn. 20).

Die Ermöglichungsabsicht i.S.v. § 306 b II Nr. 2 StGB setzt nach einem Teil der Literatur voraus, dass der Täter plant, die spezifischen Auswirkungen der durch die Brandstiftung begründeten Gemeingefahr (Verwirrung, Panik usw.) zur Begehung einer anderen Straftat auszunutzen, er sich also einen engen zeitlichen, sachlichen und räumlichen Zusammenhang zwischen der brandstiftungsbedingten Gemeingefahr und der Folgetat vorstellt (Geppert, Jura 1998, 597; SK-Horn, § 306 b Rn. 12; Tröndle/Fischer, § 306 b Rn. 9 mwN). Be-

gründet wird dies vor allem mit dem Wortlaut des § 307 Nr. 2 StGB a.F. ("Ausnutzen zur Begehung") sowie der hohen Mindeststrafe des § 306 b II StGB. Nach dieser Auffassung handelt also ein Täter, der durch eine schwere Brandstiftung einen späteren Betrug zum Nachteil der Brandversicherung ermöglichen will, nicht in der für § 306 b II Nr. 2 StGB erforderlichen Absicht.

Die Gegenauffassung, insb. die Rechtsprechung, sieht die Ermöglichungsabsicht hier wesentlich weiter und verlangt keine Absicht zur Ausnutzung spezifischer Brandgefahren (BGH, NJW 2000, 226; Ellbogen, Jura 1998, 483; Dencker/Struensee/Nelles/Stein-Stein, Einf. in das 6. StrafRRG, 4. Teil Rn. 67; Krey, BT2, Rn. 765 a). Mit Hinweis auf den entsprechenden Wortlaut von §§ 211 II; 315 c III Nr. 1 b StGB lässt diese Auffassung es für § 306 b II Nr. 2 StGB insb. genügen, dass der Täter die Absicht hat, einen späteren Versicherungsbetrug zu ermöglichen. Mit dem vorliegenden Urteil bestätigt der BGH diese Auffassung.

Bzgl. der Ermöglichungsabsicht des § 306 b II Nr. 2 StGB ist weiter anzumerken, dass der BGH auch nicht voraussetzt, dass der Täter der Brandstiftung auch beabsichtigt, Täter der zu ermöglichenden Straftat zu sein, sondern diese Vorschrift auch dann greift, wenn der Täter die Straftat eines anderen ermöglichen will (BGH, NJW 2000, 3581). Bzgl. des Verhältnisses der besonders schweren Brandstiftung und des zu ermöglichenden Versicherungsbetrugs geht die Rechtsprechung davon aus, dass diese zwar materiell-rechtlich in Realkonkurrenz (§ 53 StGB) zueinander stehen, allerdings nur eine prozessuale Tat i.S.v. § 264 StPO bilden (BGH, NJW 2000, 226). Somit ist keine Nachtragsanklage gem. § 266 StPO, sondern nur ein Hinweis gem. § 265 I StPO erforderlich ist, wenn das Gericht, nachdem zunächst nur die besonders schwere Brandstiftung angeklagt worden war, auch den (versuchten) Betrug aburteilen möchte.

Vertiefungshinweise:

☐ Zur Ermöglichungsabsicht i.S.v. § 306 b II Nr. 2 StGB: BGH, NJW 2000, 226, 3581; NStZ 2000, 197; Ellbogen, Jura 1998, 483; Geppert, Jura 1998, 597; Hecker, GA 1999, 332; Mitsch, ZStW 111, 114; Radtke, JR 2000, 428; Rönnau, JuS 2001, 328; Schlothauer, StV 2000, 138

Kursprogramm:
 Examenskurs: "Feuerfalle"
Leitsatz (der Redaktion):

Die "andere Straftat" i.S.v. § 306 b II Nr. 2 StGB, die durch die Brandlegung nach der Vorstellung des Täters oder Anstifters ermöglicht werden soll, muss nicht durch die akute, gemeingefährliche Brandsituation begünstigt sein. Vielmehr ist es ausreichend, dass der Täter oder Anstifter der Brandstiftung die Absicht hat, zu einem späteren Zeitpunkt einen Versicherungsbetrug zu begehen.

Sachverhalt:

Der Angeklagte bestimmte den bereits rechtskräftig Verurteilten S, gegen Bezahlung von 10.000 DM einen Einbruch in das von seiner Ehefrau mit Verlust betriebene Sonnenstudio vorzutäuschen und dort vorhandene Gegenstände in Brand zu setzen. Er beabsichtigte, dadurch die Leistungen aus der von seiner Ehefrau abgeschlossenen Einbruchs- und Feuerversicherung zu erlangen und die mit dem Betrieb des Studios zusammenhängenden finanziellen Probleme zu lösen. Dabei nahm er in Kauf, dass das Gebäude, in dem sich außer dem Sonnenstudio zwei Mietwohnungen befanden, abbrennen würde. S legte im Sonnenstudio einen Brand, wodurch das Gebäude teilweise zerstört wurde. Der Angeklagte und seine - inzwischen wegen versuchten Betruges rechtskräftig verurteilte - Ehefrau beantragten beim Versicherer des Sonnenstudios die Auszahlung der Versicherungsleistungen, wobei sie wider besseren Wissens die Tat als Einbruch und Brandstiftung eines unbekanntes Dritten darstellten. Zur Auszahlung der Schadenssumme von 74.625,26 DM kam es in der Folgezeit nicht.

Aus den Gründen:*I. Entscheidung des Landgerichts*

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Anstiftung zur schweren Brandstiftung in Tateinheit mit versuchtem "Betrug in einem besonders schweren Fall" zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren und sechs Monaten verurteilt. Hiergegen wendet sich die Revision der Staatsanwaltschaft, die mit der Rüge der Verletzung sachlichen Rechts beanstandet, dass der Angeklagte nicht wegen Anstiftung zur besonders schweren Brandstiftung verurteilt worden ist. Das Rechtsmittel hat Erfolg.

II. Entscheidung des BGH

Die Staatsanwaltschaft beanstandet zu Recht, dass der Angeklagte aufgrund des festgestellten Sachverhalts nicht wegen Anstiftung zur besonders schweren Brandstiftung (§ 306 a Abs. 1 Nr. 1, § 306 b Abs. 2 Nr. 2, § 26 StGB) verurteilt worden ist.

1. Zu § 306 b II Nr. 2 StGB

Das Landgericht hat rechtsfehlerfrei die Voraussetzungen des § 306 a Abs. 1 Nr. 1 StGB bejaht, weil sich die Anstiftung zur Brandlegung auf ein Gebäude bezog, das auch der Wohnung von Menschen diene. Eine Verurteilung wegen Anstiftung zur besonders schweren Brandstiftung (§ 306 b Abs. 2 Nr. 2 StGB) hat es mit der Begründung abgelehnt, bei der wegen der hohen Mindeststrafe von fünf Jahren Freiheitsstrafe und dem Fehlen eines minder schweren Falles gebotenen restriktiven Auslegung müsse ein - hier nicht gegebener - unmittelbarer räumlicher und zeitlicher Zusammenhang zwischen dem Brand und der Straftat, die ermöglicht werden solle, bestehen. Andernfalls käme es im Hinblick auf die Strafandrohungen anderer Tatbestände zu Wertungswidersprüchen.

Die hohe Mindeststrafe des § 306 b Abs. 2 Nr. 2 StGB lasse sich nicht allein mit der verwerflichen Gesinnung erklären, zumal die Vorschrift keinen Katalog von besonders schwerwiegenden Straftaten enthalte; sie sei vielmehr allein durch die gezielte Ausnutzung der durch den Brand geschaffenen gemeingefährlichen Situation für die Begehung der Straftat begründet.

2. Zur Rechtsauffassung des Landgerichts

Die von der Strafkammer vertretene Rechtsauffassung steht mit § 306 b Abs. 2 Nr. 2 StGB nicht in Einklang. Danach muss - wie in ständiger Rechtsprechung (vgl. BGHSt 45, 211, 216 ff.; BGHR StGB § 306 b Ermöglichten 2; BGH NStZ 2000, 197, 198) anerkannt ist - die andere Straftat, die durch die Brandlegung nach der Vorstellung des Täters oder Anstifters ermöglicht werden soll, nicht durch die akute, gemeingefährliche Brandsituation begünstigt sein. Vielmehr ist es ausreichend, dass der Täter oder Anstifter der Brandstiftung die Absicht hat, zu einem späteren Zeitpunkt einen Versicherungsbetrug zu begehen. Bei seinen Entscheidungen hat der BGH die von der Strafkammer angeführten Argumente berücksichtigt. Es besteht kein Anlass, von dieser Rechtsprechung abzuweichen.

III. Änderung des Schuldspruchs

Der Senat hat den Schuldspruch entsprechend geändert. Dabei hat er auch berücksichtigt, dass zwischen Anstiftung zur (besonders) schweren Brandstiftung und versuchtem Betrug nicht Tateinheit, sondern Tatmehrheit besteht (vgl. BGHSt 11, 398, 399; 45, 211, 213) und das Vorliegen eines gesetzlichen Regelbeispiels für einen "besonders schweren Fall" nicht in die Urteilsformel aufzunehmen ist (vgl. Meyer-Goßner, StPO 47. Aufl. § 265 Rdn. 15 m. w. N.). § 265 Abs. 1 StPO steht der Änderung des Schuldspruchs nicht entgegen, weil sich der Angeklagte nicht anders als geschehen hätte verteidigen können.

Die zur neuen Entscheidung berufene Strafkammer hat somit zwei Einzelstrafen festzusetzen und daraus eine Gesamtstrafe zu bilden.

Standort: § 69 StGB**Problem: Erforderlicher Zusammenhang**

BGH, BESCHLUSS VOM 26.08.2004
4 STR 85/03 U.A. (NJW 2004, 3497)

Problemdarstellung:

Dem 4. Senat des BGH liegen drei verschiedene Verfahren vor, in denen den Angeklagten gem. § 69 I StGB die Fahrerlaubnis entzogen worden war, weil sie mit ihrem Kfz zum Tatort gefahren waren. Der 4. Senat hält dies für unzureichend, um von einer Ungeeignetheit der Angeklagten zum Führen von Kraftfahrzeugen i.S.v. § 69 I StGB auszugehen. Da er jedoch befürchtet, sich mit einer entsprechenden Entscheidung in Widerspruch zu der bisherigen - allerdings ziemlich uneinheitlichen - Rechtsprechung der anderen Senate zu setzen, hatte er bei diesen gem. § 132 III GVG angefragt, ob sie einer entsprechenden Änderung der Rechtsprechung in dem Sinne zustimmen würden, dass für § 69 StGB ein spezifischer Zusammenhang zwischen der Anlasstat und der Verkehrssicherheit bestehen muss (was in den dem 4. Senat vorliegenden Fällen nicht gegeben wäre; vgl. NSTZ 2004, 86). Während der 2., 3. und 5. Senat einer entsprechenden Rechtsprechungsänderung nicht widersprochen haben (vgl. insb. NSTZ 2004, 148), hat der 1. Senat erklärt, an seiner bisherigen - entgegenstehenden - Rechtsprechung festhalten zu wollen, so dass nunmehr gem. § 132 II GVG mit dem hier wiedergegebenen Beschluss eine Vorlage an den Großen Strafsenat erfolgt (die der 4. Senat auch mit der besonderen Bedeutung der Sache begründet, vgl. § 132 IV GVG).

Prüfungsrelevanz:

Die Frage nach den Voraussetzungen für die Entziehung einer Fahrerlaubnis gem. § 69 I StGB stellt sich im ersten Examen allenfalls in einer Wahlfachprüfung, im zweiten Examen gehört sie zu Standardproblemen in allen denkbaren Arten von Aufgabenstellungen (in staatsanwaltschaftlichen Klausuren insb. über den auf § 69 StGB verweisenden § 111 a StPO).

Gem. § 69 I 1. Fall StGB kann einem Straftäter als Maßregel der Besserung und Sicherung (vgl. § 61 Nr. 5 StGB) die Fahrerlaubnis ohne weitere Prüfung der Verhältnismäßigkeit (§§ 69 I 2, 62 StGB) entzogen werden, wenn er wegen einer Straftat verurteilt (oder lediglich aufgrund von Schuldunfähigkeit nicht verurteilt) wird, die er im Zusammenhang mit dem Führen eines Kraftfahrzeugs begangen hat und sich aus der Tat ergibt, dass er zum Führen von Kraftfahrzeugen ungeeignet ist.

Während § 69 II StGB bestimmte (Verkehrs-) Straftaten nennt, bei deren Aburteilung der Täter in der Regel als ungeeignet anzusehen ist, enthält § 69 I StGB kei-

nen Katalog. Da jedoch Grundlage des Beurteilungsmaßstabs für die Geeignetheit des Täters zum Führen eines Kraftfahrzeugs stets die abgeurteilte (oder wegen § 20 StGB nicht abgeurteilte) Tat sein muss (OLG Düsseldorf, VRS 36, 96; Schönke/Schröder-Stree, § 69 Rn. 28, 46), stellt sich die Frage, wie diese ausgestaltet sein muss, damit von einer Ungeeignetheit des Täters ausgegangen werden kann. Die Rechtsprechung hat in der Vergangenheit sehr stark dazu geneigt, dies weit zu sehen und keine besonderen Anforderungen an die begangene Tat zu stellen, insb. nicht zu verlangen, dass diese einen inneren Bezug zur Verkehrssicherheit aufweist. Deshalb sind die Voraussetzungen des § 69 I StGB auch in Fällen bejaht worden, in denen der Täter lediglich mit einem Kraftfahrzeug zum Tatort gefahren war, um dort z.B. ein Vermögensdelikt zu begehen, oder die Beute mit einem Kraftfahrzeug abtransportiert hatte (BGHSt 5, 179; DAR 1966, 91; DAR 1977, 151; NSTZ-RR 2002, 137). Dies hält der 4. Senat nunmehr nicht mehr für ausreichend und verlangt einen besonderen Zusammenhang zwischen der abgeurteilten Tat und der Verkehrssicherheit, aus dem sich ergibt, dass der Täter bereit ist, die Sicherheit des Straßenverkehrs seinen eigenen Interessen unterzuordnen und sich dadurch als ungeeignet zum Führen von Kraftfahrzeugen erweist. Dies wird vor allem mit dem Schutzzweck des § 69 StGB begründet, den der 4. Senat ausschließlich im Schutz der Verkehrssicherheit sieht. In dem vorliegenden Beschluss befasst sich der 4. Senat insb. ausführlich mit den Gegenargumenten des 1. Senats, der sich gegen die beabsichtigte Rechtsprechungsänderung des 4. Senats stellt und widerlegt diese anhand der klassischen juristischen Auslegungskriterien (Wortlaut, Systematik, Geschichte, Sinn und Zweck) unter besonderer Berücksichtigung der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung zu vergleichbaren Fragen, beabsichtigter Gesetzesänderungen und der praktischen Umsetzbarkeit.

Der Antwort des Großen Strafsenats auf diesen Vorlagebeschluss darf bereits jetzt - nicht zuletzt wegen der hohen praktischen Relevanz der vorgelegten Frage - mit Spannung entgegen gesehen werden.

Vertiefungshinweise:

☐ Zum Erfordernis eines Zusammenhangs zwischen Anlasstat und Verkehrssicherheit i.R.v. § 69 StGB: BGHSt 5, 179; StV 1994, 314; NSTZ 2003, 658; NSTZ 2004, 144; Grohmann, VD 2004, 7; Hentschel, NZV 2004, 57; Herzog, StV 2004, 151; Sowada, NSTZ 2004, 169

Leitsätze (der Redaktion):

1. Die charakterliche Ungeeignetheit zum Führen

von Kraftfahrzeugen ergibt sich nur dann aus "der Tat" (§ 69 Abs. 1 Satz 1 StGB), wenn aus dieser konkrete Anhaltspunkte dafür zu erkennen sind, dass der Täter bereit ist, die Sicherheit des Straßenverkehrs seinen eigenen kriminellen Interessen unterzuordnen; somit ist ein spezifischer Zusammenhang zwischen Anlasstat und Verkehrssicherheit erforderlich.

2. Die Entziehung der Fahrerlaubnis gem. § 69 StGB ist keine Maßnahme zur allgemeinen Verbrechensbekämpfung, sondern dient lediglich dem Schutz der Verkehrssicherheit.

Sachverhalt:

1. In dem Verfahren 4 StR 85/03 hat das Landgericht Essen den Angeklagten A am 10. Oktober 2002 u.a. wegen Betruges in 75 Fällen unter Einbeziehung der Einzelstrafen aus einer rechtskräftigen Vorverurteilung zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren verurteilt, ihm die Fahrerlaubnis entzogen, seinen Führerschein eingezogen und eine Sperre für die Neuerteilung einer Fahrerlaubnis von zwei Jahren angeordnet. Nach den Feststellungen setzte der Angeklagte ungültige Kreditkarten zu betrügerischen Einkäufen ein, wobei er in den meisten Fällen mit einem Kraftfahrzeug zu Tankstellen fuhr und ein Mittäter eine gesperrte Kreditkarte zur Betankung des Fahrzeugs und zum Kauf von Waren vorlegte.

Die Entziehung der Fahrerlaubnis begründet das Landgericht wie folgt: "Daneben [neben der Gesamtstrafe] war zu berücksichtigen, dass der Angeklagte seinen Pkw bzw. Mietwagen zur Ausführung der Taten verwendet hat, indem er mit dem Pkw zu den Tatorten fuhr. Damit hat sich der Angeklagte als zum Führen von Kraftfahrzeugen charakterlich ungeeignet erwiesen. Die Kammer hält es insofern für angemessen, dem Angeklagten den Führerschein zu entziehen und eine Sperrfrist von zwei Jahren zu verhängen."

Zu der - einschlägigen - Vorverurteilung, deren Einzelstrafen in das angefochtene Urteil einbezogen wurden, teilt das Landgericht mit, dass sich der Angeklagte in einem Fall von dem damaligen Mittäter zu einer Tankstelle fahren ließ und mit der (gesperrten) Kreditkarte Telefonkarten kaufen wollte. Als die Karte auf ihre Gültigkeit überprüft werden sollte, flüchtete der Angeklagte in den Pkw des Mittäters, der sodann "mit Vollgas" davonfuhr. Das "Fluchtfahrzeug" wurde nach Einleitung einer Nahbereichsfahndung von einem Polizeifahrzeug gestellt.

2. Im Verfahren 4 StR 155/03 hat das Landgericht Essen den Angeklagten C am 16. Dezember 2002 wegen schwerer räuberischer Erpressung zu einer Freiheitsstrafe von vier Jahren verurteilt, ihm die Fahrerlaubnis entzogen, seinen Führerschein eingezogen und die Verwaltungsbehörde angewiesen, dem Angeklagten vor Ablauf von einem Jahr keine neue Fahrerlaubnis zu erteilen.

Nach den Feststellungen fuhr der Angeklagte gegen 4.00 Uhr morgens mit seinem Pkw zum Haus einer Tierärztin, um diese mit einem Mittäter zu überfallen und aus dem Haus wertvolle afrikanische Skulpturen zu erbeuten. Er bedrohte die Ärztin mit einem geladenen Revolver, ließ sich Bargeld aushändigen, entwendete Schmuck und stellte mehrere afrikanische Figuren zum Abtransport bereit. Nachdem er die Geschädigte gefesselt hatte, packte er die Figuren in eine Sporttasche und begab sich zu seinem Pkw, wobei ihm der Mittäter beim Abtransport der Beute half. Sodann fuhr er mit dieser zu seiner Wohnung.

Zum Entzug der Fahrerlaubnis findet sich im Urteil folgende Begründung: "Dem Angeklagten C. war gem. §§ 69, 69 a StGB - wie geschehen - die Fahrerlaubnis zu entziehen. Er ist mit seinem Fahrzeug zum Tatort gefahren und hat es damit zur Tatbegehung benutzt. Damit hat er sich zum Führen von Fahrzeugen als ungeeignet erwiesen, so dass ihm entsprechend die Fahrerlaubnis zu entziehen war."

3. In dem Verfahren 4 StR 175/03 hat das Landgericht Detmold den Angeklagten O am 20. November 2002 u.a. wegen unerlaubten Handelns mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren und neun Monaten verurteilt, ihm die Fahrerlaubnis entzogen, seinen Führerschein eingezogen und angeordnet, dass die Verwaltungsbehörde ihm vor Ablauf eines Jahres keine neue Fahrerlaubnis erteilen darf. Nach den Feststellungen erwarb der Angeklagte zum Handelns mit Eigenverbrauch in 16 Fällen insgesamt ca. 13 kg Haschisch, wobei er für die einzelnen Beschaffungsfahrten seinen Pkw benutzte. Nach Empfang der letzten Lieferung wurde der Angeklagte festgenommen. Bei der anschließenden Durchsuchung seines Fahrzeugs wurden 975 g Haschisch, das der Angeklagte in einem auf dem Beifahrersitz liegenden Rucksack transportierte, sichergestellt.

Das Landgericht hat die Entziehung der Fahrerlaubnis wie folgt begründet: "Die Entscheidung über die Entziehung der Fahrerlaubnis sowie die Anordnung einer Sperrfrist für deren Wiedererteilung basiert auf den §§ 69, 69 a StGB. Für seine Taten benutzte der Angeklagte seinen Pkw. Dadurch hat er sich als ungeeignet zum Führen von Kraftfahrzeugen im Straßenverkehr erwiesen. Die charakterliche Ungeeignetheit wiegt so schwer, dass eine Sperrfrist von einem Jahr erforderlich ist."

Aus den Gründen:

I. Prozessgeschichte

Beim 4. Strafsenat sind drei - zur Durchführung des Verfahrens nach § 132 GVG verbundene - Revisionsverfahren anhängig, in denen den revisionsführenden Angeklagten die Fahrerlaubnis entzogen worden ist. In allen Fällen hatte der Generalbundesanwalt beantragt,

die jeweilige Revision durch Beschluss gemäß § 349 Abs. 2 und 4 StPO mit der Maßgabe als unbegründet zu verwerfen, dass der Maßregelausspruch entfällt; denn in den - im übrigen nicht zu beanstandenden - Urteilen sei die Entziehung der Fahrerlaubnis rechtsfehlerhaft erfolgt, weil es an dem erforderlichen "verkehrsspezifischen Zusammenhang" zwischen den abgeurteilten Straftaten und dem Führen des bei den Taten eingesetzten Kraftfahrzeugs fehle. [...]

II. Bisherige Rechtsprechung zu § 69 I StGB

Nach der Rechtsprechung ist § 69 Abs. 1 StGB nicht nur bei Verkehrsverstößen im engeren Sinne, sondern auch bei sonstigen strafbaren Handlungen anwendbar, sofern sie bei oder im Zusammenhang mit dem Führen eines Kraftfahrzeuges oder unter Verletzung der Pflichten eines Kraftfahrzeugführers begangen wurden (vgl. BGHR StGB § 69 Abs. 1 Entziehung 8; BGH NZV 2003, 199, 200). Dabei wird der Begriff des "Zusammenhangs" weit gefasst; er wird regelmäßig nur dann verneint, wenn der Täter die Tat lediglich "bei Gelegenheit der Fahrt" begangen hat (vgl. BGHSt 22, 328, 329; Geppert in LK 11. Aufl. § 69 Rdn. 33). Die zur Entziehung der Fahrerlaubnis in § 69 Abs. 1 Satz 1 StGB geforderte, sich aus der Tat ergebende Ungeeignetheit zum Führen von Kraftfahrzeugen kann auch auf fehlender charakterlicher Zuverlässigkeit beruhen (st. Rspr., vgl. nur BGHR StGB § 69 Abs. 1 Entziehung 3, 6, 10, 11, 13).

Zu den weiteren Erfordernissen der strafgerichtlichen Entziehung der Fahrerlaubnis bei Straftaten außerhalb des Regelkatalogs des § 69 Abs. 2 StGB ist die bisherige Judikatur uneinheitlich:

1. Entscheidungen, in denen § 69 StGB angewandt wurde

In einer Vielzahl von Entscheidungen wird ausgeführt, bei schwerwiegenden Straftaten, die unter Benutzung eines Kraftfahrzeugs begangen werden, sei die charakterliche Zuverlässigkeit zum Führen von Kraftfahrzeugen regelmäßig zu verneinen; einen "verkehrsspezifischen Gefahrezusammenhang" zwischen Tat und Verkehrssicherheit müsse der Tatrichter nicht feststellen (BGH, Beschluss vom 14. Mai 2003 - 1 StR 113/03 [S. 3, 7] = NStZ 2003, 658, 659, 660 m.w.N.). Auch wird eine eingehende Würdigung der Täterpersönlichkeit zur Frage der Ungeeignetheit zum Führen von Kraftfahrzeugen bei schwerwiegenden Straftaten oder bei wiederholten Taten unter Benutzung eines Kraftfahrzeuges "nicht zwingend" verlangt, es sei denn, es lägen "besondere Umstände" vor (BGH aaO S. 660; s. auch BGHR StGB § 69 Abs. 1 Entziehung 3, 6, 10 m.w.N.).

a. § 69 StGB im Zusammenhang mit § 263 I StGB

Für Fälle des Betruges ist die Anordnung der Entziehung der Fahrerlaubnis als rechtsfehlerfrei angesehen

worden, wenn der Angeklagte die Straftaten "als reisender Betrüger begangen und sich dabei sowohl aus Gründen der Beweglichkeit wie auch der größeren Kreditwürdigkeit wegen, die der Eigentümer eines Kraftwagens im Wirtschaftsleben nun einmal besitze, eines Kraftwagens (bediente)" (Urteil vom 5. November 1953 - 3 StR 542/53 = BGHSt 5, 179 f.) bzw. wenn der Betrug "dem Täter durch die Fahrerlaubnis erleichtert oder überhaupt erst ermöglicht (wurde)" (Urteil vom 27. Oktober 1955 - 4 StR 370/55; vgl. auch Urteil vom 11. Januar 1966 - 1 StR 487/65 = DAR 1966, 91 f. [Betrug zum Nachteil von Tankstelleninhabern]; Urteil vom 10. März 1976 - 2 StR 782/75 = DAR 1977, 151 [Benutzung eines Pkw, um an weit entfernte Tatorte zu gelangen oder die durch Betrug oder Diebstahl erbeuteten Gegenstände abzutransportieren]; Beschluss vom 23. Januar 2002 - 2 StR 520/01 = NStZ-RR 2002, 137 [Betrug]).

b. § 69 StGB im Zusammenhang mit §§ 249 ff. StGB

Auch in Fällen des (schweren) Raubes bzw. der (schweren) räuberischen Erpressung ist die Entziehung der Fahrerlaubnis schon dann als zulässig erachtet worden, wenn das Kraftfahrzeug zur Ausführung der Tat benutzt wurde (vgl. nur Urteil vom 27. Oktober 1987 - 1 StR 454/87 = DAR 1988, 227 [Raubüberfall]; Urteil vom 25. Mai 2001 - 2 StR 78/01 = NStZ 2002, 364, 366 [Banküberfälle]; Beschluss vom 14. Mai 2003 - 1 StR 113/03 = NStZ 2003, 658 [Überfall auf die Rezeption eines Hotels]; s. auch BGHSt 10, 333, 336 [2. Strafsenat: Flucht nach Raubüberfall]; Urteil vom 5. Juli 1978 - 2 StR 122/78 = DAR 1979, 185 f., Beschluß vom 1. Februar 1994 - 1 StR 845/93 [Aufsuchen der Tatorte; Abtransport der Beute]).

c. § 69 StGB im Zusammenhang mit §§ 29 ff. BtMG

Bei der Durchführung von Transporten großer Mengen von Betäubungsmitteln mit einem Kraftfahrzeug ist die Entziehung der Fahrerlaubnis bisher regelmäßig als rechtsfehlerfrei angesehen worden; nur "unter ganz besonderen Umständen" solle "ausnahmsweise" etwas anderes gelten (vgl. Urteil vom 30. Juli 1991 - 1 StR 404/91 = BGHR StGB § 69 Abs. 1 Entziehung 3; Urteil vom 23. Juni 1992 - 1 StR 211/92 = NStZ 1992, 586; Urteil vom 29. September 1999 - 2 StR 167/99 = NStZ 2000, 26 f.; Beschluss vom 14. Mai 2003 - 1 StR 113/03 [S. 7] = NStZ 2003, 658, 660; s. auch das Urteil vom 21. April 2004 - 1 StR 522/03 sowie Kotz/Rahlf NStZ-RR 2003, 161, 163).

2. Entscheidungen, in denen § 69 StGB nicht angewandt wurde

Es gibt aber auch dem entgegenstehende Judikate: So hat der 1. Strafsenat in seinem eine Verurteilung wegen (fortgesetzten) sexuellen Missbrauchs eines Kindes betreffenden Beschluss vom 14. September 1993 - 1 StR 553/93 (= StV 1994, 314, 315) - die Entziehung

der Fahrerlaubnis mit der Begründung aufgehoben, dass "vom Täter weitere Verletzungen der Kraftfahrerpflichten zu befürchten (sein müssen)", was das Landgericht nicht festgestellt habe. Der Angeklagte sei, von der abgeurteilten Tat abgesehen (er hatte u.a. abgelegene Parkplätze angesteuert, um in dem Pkw sexuelle Handlungen vorzunehmen), bisher weder als Kraftfahrer noch sonst nachteilig in Erscheinung getreten. Die Gefahr künftiger solcher Taten liege auch nicht auf der Hand. Das Landgericht hätte daher "anhand konkreter Gesichtspunkte verdeutlichen müssen, worauf sich (seine) Besorgnis (stütze), dass vom Angeklagten künftig weitere Verletzungen seiner Kraftfahrerpflichten zu erwarten (seien)". Im Beschluss vom 8. August 1994 – 1 StR 278/94 (= BGHR StGB § 69 Abs. 1 Entziehung 5), der die Verurteilung wegen eines Waffentransports in einem Pkw betraf, hat der 1. Strafsenat diese Rechtsprechung bestätigt: "Eine Entziehung der Fahrerlaubnis verlangt ..., dass ... vom Täter weitere Verletzungen der Kraftfahrerpflichten zu erwarten sind ..." (in diesem Sinne auch der 5. Strafsenat in seinem Beschluss vom 12. August 2003 – 5 StR 289/03). Da es nicht "Kraftfahrer-Pflicht" (zu den "Kraftfahrerpflichten" vgl. Geppert in LK aaO § 69 Rdn. 46 f.) sein kann, allgemein keine Straftaten zu begehen, muss damit gemeint sein, daß die Belassung der Fahrerlaubnis Verkehrssicherheitsinteressen berühren würde.

In seinem Urteil vom 28. August 1996 – 3 StR 241/96 (= BGHR StGB § 69 Abs. 1 Entziehung 6) hat der 3. Strafsenat Bedenken gegen die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs geäußert, dass bei der Durchführung von Betäubungsmittelgeschäften unter Benutzung eines Kraftfahrzeuges die charakterliche Zuverlässigkeit "in der Regel" verneint werden müsse. Damit werde nämlich möglicherweise einer weiteren Deliktsguppe dieselbe Wirkung wie den Katalogstraftaten des § 69 Abs. 2 StGB beigemessen.

Schließlich wird in einer Fülle von Entscheidungen darauf hingewiesen, dass bei anderen als den Katalogstraftaten des § 69 Abs. 2 StGB eine Gesamtwürdigung von Tat und Täterpersönlichkeit erfolgen müsse (vgl. nur BGHR StGB § 69 Abs. 1 Entziehung 2, 4, 5, 6, 7, 10, 13).

III. Verfahrensgeschichte

Nach Auffassung des Senats können die Maßregelanordnungen in den angefochtenen Urteilen nicht bestehen bleiben, weil entgegen der Meinung der Landgerichte allein die Benutzung eines Kraftfahrzeuges zur Begehung von Straftaten die charakterliche Ungeeignetheit zum Führen von Kraftfahrzeugen noch nicht belegt. Der Senat ist vielmehr - anders als es in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bislang zum Teil vertreten worden ist (oben II. 1) - der Ansicht, dass sich die (charakterliche) Ungeeignetheit zum

Führen von Kraftfahrzeugen nur dann aus der Tat ergibt (§ 69 Abs. 1 Satz 1 StGB), wenn aus dieser konkrete Anhaltspunkte dafür zu erkennen sind, dass der Täter bereit ist, die Sicherheit des Straßenverkehrs seinen eigenen kriminellen Interessen unterzuordnen. Zwischen Tat und Verkehrssicherheit muß somit ein "spezifischer Zusammenhang" bestehen. Dazu verhalten sich die angefochtenen Urteile jedoch nicht; sie müssten daher hinsichtlich der Maßregelanordnungen aufgehoben werden.

Mit Beschluss vom 16. September 2003 (= NStZ 2004, 86) hat der Senat bei den anderen Strafsenaten des Bundesgerichtshofs gemäß § 132 Abs. 3 GVG angefragt, ob an zu dem oben aufgestellten Rechtsatz entgegenstehender Rechtsprechung festgehalten wird.

Während der 3. Strafsenat (Beschluss vom 13. Januar 2004 - 3 ARs 30/03) und der 5. Strafsenat (Beschluss vom 28. Oktober 2003 - 5 ARs 67/03) dem in dem Anfragebeschluss formulierten, der Vorlagefrage entsprechenden Rechtsatz zugestimmt bzw. nicht widersprochen haben, hält der 2. Strafsenat (Beschluss vom 21. Januar 2004 – 2 ARs 347/03) eine Befassung des Großen Senats für Strafsachen des Bundesgerichtshofs mit den aufgeworfenen Rechtsfragen für "wünschenswert". In seinem Urteil vom 26. September 2003 - 2 StR 161/03 - (= NStZ 2004, 144) hat er allerdings die gleiche Rechtsauffassung wie der erkennende Senat vertreten (vgl. - neuestens - auch den Beschluss vom 6. August 2004 – 2 StR 291/04 - sowie Herzog StV 2004, 151, 152; Sowada NStZ 2004, 169, 170). Der 1. Strafsenat (Beschluss vom 13. Mai 2004 - 1 ARs 31/03) hat mitgeteilt, dass er an seiner bisherigen - entgegenstehenden, entscheidungstragenden - Rechtsprechung zur Auslegung und Anwendung des § 69 Abs. 1 StGB festhalte.

Der Senat hat mit Urteilen vom 6. Juli 2004 die Revisionen der Angeklagten zu den Schuldsprüchen und Strafaussprüchen verworfen und die Entscheidung über die Rechtsmittel der Angeklagten gegen die in den angefochtenen Urteilen jeweils angeordnete Maßregel einer abschließenden Entscheidung vorbehalten. Er legt die - streitige - Rechtsfrage dem Großen Senat für Strafsachen zur Entscheidung vor (§ 132 Abs. 2 GVG); nach Auffassung des Senats ist sie auch von grundsätzlicher Bedeutung, so dass die Vorlage sowohl aus Gründen der Divergenz zur Rechtsprechung des 1. Strafsenats (oben II. 1) als auch nach § 132 Abs. 4 GVG erfolgt (vgl. BGHSt 40, 360, 366).

IV. Zur Erforderlichkeit der Vorlage an den Großen Strafsenat

Wie der Senat in seinem Anfragebeschluss vom 16. September 2003 im einzelnen ausgeführt hat, möchte er - berechtigte Kritik in der Literatur berücksichtigend - unter Aufgabe eigener entgegenstehender Rechtsprechung der ausufernden, uneinheitlichen und weithin konturenlosen Rechtsprechung zur strafgerichtlichen

Entziehung der Fahrerlaubnis schärfere, dem Sinn und Zweck der Maßregel entsprechende Strukturen geben. Im Hinblick auf die Gesetzessystematik, die Entstehungsgeschichte des § 69 StGB und den Wortlaut der Vorschrift erachtet er eine restriktivere, verfassungskonforme Auslegung der Norm im Sinne der Vorlegungsfrage für geboten (zustimmend Buermeyer HRRS 12/2003, 258 ff. [264]; Burmann in Janiszewski/Jagow/Burmann, Straßenverkehrsrecht 18. Aufl. [2004] § 69 StGB Rdn. 11; Grohmann VD 2004, 7 ff.; Hentschel NZV 2004, 57 ff. [61]; Herzog aaO S. 151 ff. [153]; Sowada aaO S. 169 ff. [174 f.]; Tröndle/Fischer StGB 52. Aufl. § 69 Rdn. 44 f.; in diesem Sinne auch die Empfehlung Ziff. 1 des Arbeitskreises IV des 42. Deutschen Verkehrsgerichtstages [VGT] 2004). Zur Vermeidung von Wiederholungen nimmt er auf die Begründung in seinem Anfragebeschluss Bezug und bemerkt - unter Berücksichtigung der Stellungnahmen der anderen Strafsenate, insbesondere des 1. Strafsenats - ergänzend folgendes:

1. Unterschiedliche Rechtsauffassungen des 1. und 4. Senats

Die Divergenz zwischen dem 1. Strafsenat und dem vorliegenden Senat besteht darin, dass der Zweck der Maßregel streitig ist. Während der 1. Strafsenat der Meinung ist, zur Entziehung der Fahrerlaubnis bei "Zusammenhangstaten" (§ 69 Abs. 1 Satz 1 1. Alt. StGB) genüge die Besorgnis, der Täter werde die Fahrerlaubnis "erneut zu Taten auch nicht-verkehrsrechtlicher Art missbrauchen" (Antwort-Beschluss S. 4) - die Entziehung der Fahrerlaubnis sei also eine Maßnahme (auch) zur allgemeinen Verbrechensbekämpfung -, vertritt der vorliegende Senat die Auffassung, dass § 69 StGB nur dem Schutz der Verkehrssicherheit diene (so auch der 2. Strafsenat in seinem in NStZ 2004, 144 abgedruckten Urteil vom 26. September 2003 - 2 StR 161/03).

2. Zur Rechtsauffassung des 1. Senats

Soweit sich der 1. Strafsenat zur Begründung seiner Ansicht auf die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts beruft, kann der Senat dem nicht folgen.

a. Zum Begriff der "Geeignetheit"

Eine Definition des Begriffs der "Geeignetheit" zum Führen von Kraftfahrzeugen findet sich - allerdings negativ - schon in § 3 Abs. 2 der Straßenverkehrszulassungs-Ordnung (StVZO) vom 13. November 1937 (RGBl I 1215). Danach war "ungeeignet zum Führen von Fahrzeugen oder Tieren ... besonders, wer unter erheblicher Wirkung geistiger Getränke oder Rauschgifte am Verkehr teilgenommen oder sonst gegen verkehrsrechtliche Vorschriften oder andere Strafgesetze erheblich verstoßen hat". Eine ähnliche Begriffsbestimmung enthält - positiv - auch der geltende § 2 Abs. 4 Satz 1 des Straßenverkehrsgesetzes (StVG)

idF der Bekanntmachung vom 5. März 2003 (BGBl I 310): "Geeignet zum Führen von Kraftfahrzeugen ist, wer die notwendigen körperlichen und geistigen Anforderungen erfüllt und nicht erheblich oder nicht wiederholt gegen verkehrsrechtliche Vorschriften oder gegen Strafgesetze verstoßen hat" (vgl. auch § 11 Abs. 1 Satz 3 der Fahrerlaubnis-Verordnung [FeV] vom 18. August 1998 [BGBl I 2214] idF vom 7. August 2002 [BGBl I 3267]: "Außerdem dürfen die Bewerber nicht erheblich oder nicht wiederholt gegen verkehrsrechtliche Vorschriften oder Strafgesetze verstoßen haben, so dass dadurch die Eignung ausgeschlossen wird"; ähnlich: § 46 Abs. 1 FeV zum verwaltungsrechtlichen Entzug der Fahrerlaubnis). In § 11 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 FeV ist geregelt, dass die Beibringung eines Gutachtens einer amtlich anerkannten Begutachtungsstelle für Fahreignung (medizinisch-psychologisches Gutachten) zur Klärung von Eignungszweifeln "bei Straftaten, die im Zusammenhang mit dem Straßenverkehr oder im Zusammenhang mit der Kraftfahreignung stehen oder bei denen Anhaltspunkte für ein hohes Aggressionspotential bestehen", angeordnet werden kann. Diese Maßnahme ist Teil der umfassenden Prüfung der Geeignetheit von Kraftfahrzeugführern, die ausschließlich der Verwaltungsbehörde vorbehalten ist und die vom Strafrichter weder geleistet werden kann noch geleistet werden darf (vgl. BVerwG NJW 1989, 116, 117; dort heißt es: "... Nach § 4 III 1 StVG kann die Verwaltungsbehörde, die in einem Entziehungsverfahren einen Sachverhalt berücksichtigen will, der Gegenstand der Urteilsfindung in einem Strafverfahren gegen den Inhaber der Fahrerlaubnis gewesen ist, zu dessen Nachteil von dem Inhalt des Urteils u.a. soweit nicht abweichen, als es sich auf die Beurteilung der Eignung zum Führen von Kraftfahrzeugen bezieht. Mit dieser Vorschrift soll die sowohl dem Strafrichter (durch § 69 StGB) als auch der Verwaltungsbehörde (durch § 4 I StVG) eingeräumte Befugnis, bei fehlender Kraftfahreignung die Fahrerlaubnis zu entziehen, so aufeinander abgestimmt werden, dass erstens überflüssige und aufwendige Doppelprüfungen unterbleiben und dass zweitens die Gefahr widersprechender Entscheidungen ausgeschaltet wird ... Der Vorrang der strafrichterlichen vor der behördlichen Entscheidung findet seine innere Rechtfertigung darin, dass auch die Entziehung der Fahrerlaubnis durch den Strafrichter als Maßregel der Besserung und Sicherung keine Nebenstrafe, sondern eine in die Zukunft gerichtete, aufgrund der Sachlage zum Zeitpunkt der Hauptverhandlung zu treffende Entscheidung über die Gefährlichkeit des Kraftfahrers für den öffentlichen Straßenverkehr ist ... Insofern deckt sich die dem Strafrichter übertragene Befugnis mit der Ordnungsaufgabe der Fahrerlaubnisbehörde ... Während die Behörde allerdings die Kraftfahreignung aufgrund einer umfassenden Würdigung der Gesamtpersönlichkeit des Kraftfahrers zu beurteilen hat ..., darf der Strafrichter nur eine Würdi-

gung der Persönlichkeit vornehmen, soweit sie in der jeweiligen Straftat zum Ausdruck gekommen ist ... Deshalb ist die Verwaltungsbehörde an die strafrechtliche Eignungsbeurteilung auch nur dann gebunden, wenn diese auf ausdrücklich in den schriftlichen Urteilsgründen getroffenen Feststellungen beruht und wenn die Behörde von demselben und nicht von einem anderen, umfassenderen Sachverhalt als der Straftat auszugehen hat ..."). Dass das Straßenverkehrsgesetz und die Fahrerlaubnis-Verordnung ausschließlich der Verkehrssicherheit dienen (vgl. Hentschel, Straßenverkehrsrecht 37. Aufl. Einl. Rdn. 3, 11), bedarf nach Auffassung des Senats keiner weiteren Erörterung.

b. Zur Rechtsprechung des BVerwG zur Geeignetheit zum Führen von Kraftfahrzeugen

Das Bundesverwaltungsgericht hat stets betont, dass nach der Begehung nicht verkehrsrechtlicher Straftaten zur Beurteilung der Eignungsfrage darauf abzustellen sei, "ob aus einem Hang des Täters zur Missachtung der Rechtsordnung die Befürchtung gerechtfertigt ist, dass der Täter auch Verkehrsvorschriften missachten werde" (BVerwG VRS 32, 479 f.). Es hat allerdings in älteren Entscheidungen zur Entziehung der Fahrerlaubnis im Verwaltungsweg genügen lassen, dass die Gefahr bestand, "der Rechtsbrecher" werde ein Kraftfahrzeug zur Begehung von Straftaten verwenden, wobei es von dem "Erfahrungssatz" ausging, bei einem Vorbestraften, dem ein "allgemeiner Hang zur Missachtung der Rechtsordnung" innewohne, sei zu befürchten, dass er sich auch über Verkehrsvorschriften hinwegsetzen werde (BVerwGE 11, 334, 335 = NJW 1961, 983, 984; BVerwG VRS 20, 392, 393; noch weiter gehend BVerwG VRS 20, 391, 392 [Der Schutzzweck der §§ 2 Abs. 1, 4 Abs. 1 StVG aF sei auch darauf gerichtet, andere vor Straftaten durch einen Kraftfahrzeugführer zu bewahren]).

In der neueren Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts findet sich dieser - umstrittene - Erfahrungssatz nicht mehr (einschränkend schon BVerwG VRS 32, 479, 480 ["häufig" werde ein derartiger Zusammenhang bestehen]). Sie stellt vielmehr darauf ab, ob bei einer umfassenden Würdigung der Gesamtpersönlichkeit negative Charakteranlagen "auch im Verkehr eine echte Gefahr darstellen" (BVerwG JZ 1970, 67, 68; vgl. auch BVerwGE 77, 40, 42 f. m.w.N. = NJW 1987, 2246 [Die Eignung beurteile sich auf der Grundlage einer umfassenden Würdigung der Gesamtpersönlichkeit des Kraftfahrers, und zwar nach dem Maßstab seiner Gefährlichkeit für den öffentlichen Straßenverkehr; von wesentlichem Gewicht sei die Wahrscheinlichkeit, mit der ein Kraftfahrer erstmals oder erneut gegen straßenverkehrsrechtliche Vorschriften verstoßen wird]; 99, 249, 250 [Schutz vor ungeeigneten Fahrzeugführern im Straßenverkehr]; BVerwG NJW 1986, 2779 [Straftaten nicht

verkehrsrechtlicher Art können bedeutsam sein, wenn die Art und Weise der Straftaten charakterliche Anlagen erkennen lassen, die die Allgemeinheit gefährdeten, wenn sie sich im Straßenverkehr auswirkten]. In seinem - vom Bundesverfassungsgericht ausdrücklich gebilligten (NJW 2002, 2378) - Urteil vom 5. Juli 2001 - 3 C 13/01 - (= NJW 2002, 78, 79) hat das Bundesverwaltungsgericht mit Blick auf den verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz betont, dass sich der Eignungsmangel darauf beziehen muss, dass der Betroffene sich als Führer eines Kraftfahrzeuges nicht verkehrsgerecht (umsichtig) verhalten werde. In diesem Sinne hat etwa auch das OVG Koblenz mehrfach (NJW 1994, 2436, 2437; 2000, 2442, 2443) entschieden. Mit dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 20. Juni 2002 - 1 BvR 2062/96 (= NJW 2002, 2378, 2380; vgl. den Anfrageschluss unter Ziff. III 3) ist für die verwaltungsrechtliche Eignungsprüfung aus verfassungsrechtlicher Sicht vorgegeben, dass charakterlich-sittliche Mängel, die die Fahrereignung ausschließen, nur dann vorliegen, "wenn der Betroffene bereit ist, das Interesse der Allgemeinheit an sicherer und verkehrsgerechter Fahrweise den jeweiligen eigenen Interessen unterzuordnen und hieraus resultierende Gefährdungen oder Beeinträchtigungen des Verkehrs in Kauf zu nehmen". Diese Auslegung entspricht der des Senats.

3. Zum Verhältnis von StGB und LuftVG

Soweit der 1. Strafsenat in seiner Antwort auf die Anfrage des Senats darauf abstellt, dass normübergreifend und systematisch-vergleichend auf das Verständnis vom Begriff der "Zuverlässigkeit" im Luftverkehrsgesetz (LuftVG) hinzuweisen sei (S. 21 des Antwort-Beschlusses), kann der Senat nicht erkennen, dass die Auslegung dieses Begriffes der Rechtsauffassung des Senats entgegenstehen könnte: abgesehen davon, dass der Begriff der "Zuverlässigkeit", der etwa auch in der Gewerbeordnung, im Waffenrecht und im Atomrecht verwendet wird, je nach dem bereichsspezifischen Gefahrenpotential differenziert zu betrachten ist und daher nicht ohne weiteres mit dem der "Geeignetheit" zum Führen von Kraftfahrzeugen gleichgesetzt werden kann, hat das Bundesverwaltungsgericht in seinem in NVwZ 1991, 889 (= NZV 1991, 325) abgedruckten Urteil vom 14. Dezember 1990 - 7 C 20.90 - betont, dass der Begriff der Zuverlässigkeit eines Luftfahrzeugführers mit Blick auf die *Sicherheit des Luftverkehrs* auszulegen sei (aaO S. 891). In seinem Urteil vom 15. Juli 2004 - 3 C 33.03 - hat der für das Verkehrsrecht zuständige 3. Revisionsssenat des Bundesverwaltungsgerichts zu § 29 d LuftVG (Zuverlässigkeitsüberprüfung von Flughafenbediensteten u.a.) entschieden, dass sich die luftverkehrsrechtliche Zuverlässigkeit danach bemisst, ob ein Verstoß gerade gegen die Anforderungen an die *Sicherheit des Luftverkehrs* zu befürchten sei. Das entspricht der Rechts-

meinung des vorliegenden Senats zur Auslegung des § 69 StGB.

4. Zur Kritik an der beabsichtigten Rechtsprechungsänderung

Zu den Einwendungen des 1. Strafsenats gegen die in dem Anfragebeschluss angeführten Argumente des Senats zur Neustrukturierung der Rechtsprechung ist zu bemerken:

a. Wortlaut des § 69 Abs. 1 StGB

Wie im Senatsbeschluss vom 16. September 2003 (NSStZ 2004, 86, 88) dargelegt wurde, hat der Tatrichter nach dem Wortlaut des § 69 Abs. 1 Satz 1 StGB zwei Prüfungsschritte vorzunehmen: er hat zum einen zu prüfen, ob die rechtswidrige (Anlass-)Tat bei oder im Zusammenhang mit dem Führen eines Kraftfahrzeugs oder unter Verletzung der Pflichten eines Kraftfahrzeugführers begangen wurde, und er hat zum anderen zu bewerten, ob sich aus der Tat (im Sinne des § 264 StPO - vgl. BGH NSStZ 2004, 144, 145; Herzog aaO S. 153; aA Kühl JR 2004, 125, 127) ergibt, dass der Täter zum Führen von Kraftfahrzeugen ungeeignet ist.

Entgegen der Ansicht des 1. Strafsenats, der meint, dass bei "Zusammenhangstaten" eine "ungünstige 'Verkehrssicherheitsbewertung'" nicht vorzunehmen sei, ist nach Auffassung des vorliegenden Senats bei der Eignungsbeurteilung (2. Prüfungsschritt) zu entscheiden, ob der Täter bereit ist, Verkehrssicherheitsbelange zu missachten. Die Rechtsprechung, die - wie der 1. Strafsenat - schon aus dem bloßen "Missbrauch" eines Kraftfahrzeugs zur Begehung einer verkehrsfremden ("Zusammenhangs"-) Tat unmittelbar auf die charakterliche Ungeeignetheit zum Führen von Kraftfahrzeugen schließt, verkennt die Struktur des § 69 StGB. Wie der 3. Strafsenat in seiner in BGHSt 7, 165, 173 abgedruckten Entscheidung vom 14. Dezember 1954 - 3 StR 330/54 - zutreffend ausgeführt hat, bedürfte es des Begriffs der mangelnden Eignung nicht, wenn man für die Entziehung der Fahrerlaubnis allein das bei der abgeurteilten Straftat zutage getretene vorwerfbare Verhalten genügen ließe: "Der Gesetzgeber hätte sich in diesem Falle darauf beschränken können, die Anordnung der Sicherungsmaßregel an die Begehung einer mit der Führung eines Kraftfahrzeugs zusammenhängenden Straftat von bestimmter Schwere zu knüpfen, womit die Anordnung allerdings die Natur einer Strafmaßregel erhalten hätte". Dass sich die Ungeeignetheit auf die Bereitschaft, Verkehrssicherheitsbelange zu missachten, beziehen muss, ergibt sich ebenfalls aus der Struktur des § 69 StGB - insbesondere aus § 69 Abs. 2 StGB - und daraus, dass der Begriff der Geeignetheit in § 69 StGB nicht anders ausgelegt werden kann, als in § 2 Abs. 4 StVG (s. oben IV. 2 und Geppert in LK aaO § 69 Rdn. 49).

b. Gesetzesmaterialien

Der Senat hat in seinem Anfragebeschluss (dort Ziff. III 1 b) ausführlich dargelegt, dass die Entstehungsgeschichte des § 69 StGB den geforderten spezifischen Zusammenhang zwischen rechtswidriger Tat und der Sicherheit des Straßenverkehrs stützt (in diesem Sinne auch BGH NSStZ 2004, 144, 145 f. [2. Strafsenat]; Buermeyer aaO S. 260; Hentschel NZV 2004, 57, 58; Herzog aaO S. 153; Sowada aaO S. 171). Er nimmt hierauf Bezug. Zu den Einwendungen des 1. Strafsenats hiergegen ist zu bemerken:

aa. Zur Änderung der Gesetzesüberschrift

Der 1. Strafsenat meint, die Änderung der Gesetzesüberschrift - von: "Gesetz zur Bekämpfung von Unfällen im Straßenverkehr" in: "Gesetz zur Sicherung des Straßenverkehrs" - zeige, dass Gesetzeszweck des Ersten Straßenverkehrssicherungsgesetzes nicht nur die Bekämpfung von Verkehrsunfällen gewesen sei, sondern dass mit dem Gesetz auch die allgemeine Kriminalität habe bekämpft werden sollen. Zur Begründung verweist er auf den Schriftlichen Bericht des Ausschusses für Verkehrswesen (BTDrucks. [1. Wahlp.] Nr. 3774 S. 1), in dem es u.a. heißt: "Dabei erwies es sich als notwendig, auch besondere Maßnahmen gegen Verbrechen und Rowdytum auf den Straßen zu erlassen, wodurch der Gesetzentwurf über den von der Bundesregierung vorgesehenen Rahmen eines lediglich der Bekämpfung von Unfällen dienenden Gesetzes hinausgewachsen ist." Im vorhergehenden Satz dieses Absatzes heißt es jedoch: "Aus der Tatsache, dass die Zahl der Kraftfahrzeuge in der Bundesrepublik Deutschland bereits die Drei-Millionengrenze überschritten und dass dementsprechend die Zahl der Verkehrsunfälle bedeutend zugenommen hat, ergab sich die Aufgabe, diejenigen gesetzgeberischen Maßnahmen zu ergreifen, die zur Hebung der Verkehrssicherheit auf den Straßen und zum Kampf gegen die Verkehrsunfälle erforderlich sind." Gesetzeszweck des § 69 StGB (= § 42 m StGB aF) war somit - wie in dem Anfragebeschluss (Ziff. III. 1 b aa) im einzelnen ausgeführt wurde - die Hebung der Verkehrssicherheit auf den Straßen. Die Erweiterung der Gesetzesüberschrift war insbesondere deswegen veranlasst, weil - über den ursprünglichen Gesetzesentwurf hinaus - auch § 316 a StGB (räuberischer Angriff auf Kraftfahrer) in das StGB eingefügt werden sollte (BTDrucks. aaO S. 6, 12).

bb. Zu § 111 a StPO

Auch aus der Neufassung des § 111 a StPO durch das Zweite Gesetz zur Sicherung des Straßenverkehrs läßt sich ein erweiterter Gesetzeszweck, wie ihn der 1. Strafsenat sieht, nicht herleiten. Die Änderung der Vorschrift erfolgte lediglich, um eine "gesetzliche Klärung" zu deren (in der Praxis unterschiedlich gehandhabter) Auslegung herbeizuführen (BTDrucks. IV/651

S. 30).

Soweit in der Gesetzesbegründung (BTDrucks. aaO S. 31) am Ende des Satzes, "die Feststellung, dass jemand zum Führen von Kraftfahrzeugen ungeeignet sei, (enthalte) regelmäßig auch die Feststellung seiner Gefährlichkeit für den Kraftverkehr", auf BGHSt 7, 165 Bezug genommen wurde, lässt dies nach Auffassung des Senats - entgegen der Ansicht des 1. Strafsenats - nicht den Schluss zu, Gesetzeszweck der strafgerichtlichen Entziehung der Fahrerlaubnis sei die allgemeine Verbrechensbekämpfung. Der in BGHSt 7, 165 abgedruckten Entscheidung lag zugrunde, dass der Täter eine 16jährige Angestellte bei Fahrpausen und während des Fahrens mit dem Kraftfahrzeug "unzüchtig berührte", wobei er beim Fahren seine rechte Hand zwischen die Beine des Mädchens führte, das Fahrzeug mit einer Hand steuerte und Abwehrversuche der Geschädigten mit den Worten beantwortete, er könne auch einhändig fahren.

Dieser Sachverhalt würde auch nach Auffassung des Senats die Entziehung der Fahrerlaubnis rechtfertigen, weil nämlich der Täter "mehrfach die verkehrssichere Führung seines Wagens außer acht gelassen (hatte)" und von ihm eine "Verkehrsgefahr" ausging (BGHSt aaO S. 167/178, s. auch S. 178, 1. Absatz aE: "... seine geschlechtliche Unbeherrschtheit (könnte ihn) zu fahrtechnischen Fahrlässigkeiten und groben Unachtsamkeiten bei der Führung des Kraftwagens hinreißen").

cc. Zum Schutzzweck von § 69 StGB

Dass spätestens mit dem Inkrafttreten des Zweiten Gesetzes zur Sicherung des Straßenverkehrs die Entscheidung BGHSt 5, 179 ff., wonach die strafgerichtliche Entziehung der Fahrerlaubnis (auch) andere Rechtsgüter als die Verkehrssicherheit schütze, überholt sein dürfte, hat der Senat in seinem Anfragebeschluss (dort Ziff. III. 1 b bb, cc) eingehend erörtert (zustimmend BGH NStZ 2004, 144, 145 f. [2. Strafsenat]; Buermeyer aaO S. 260; Sowada aaO S. 171). Die abweichende Meinung des 1. Strafsenats überzeugt nicht. Soweit er einzelne Sätze aus einem Abschnitt der Gesetzesbegründung zur Stützung seiner Ansicht heranzieht, ergibt die gesamte Passage ein anderes Bild. Dort heißt es nämlich (BTDrucks. IV/651 S. 18): "Liegen im Einzelfall die Voraussetzungen des [(§ 42 m =) § 69 StGB] Abs. 2 nicht vor, so ist die Eignungsfrage ebenso wie im geltenden Recht auf Grund einer Würdigung der Tat und der mit ihr zusammenhängenden Züge der Täterpersönlichkeit zu prüfen. Dabei kann der aus dem Zusammenhang der Beispielfälle [= "Regelfälle" des (§ 42 m =) § 69 Abs. 2 StGB] erkennbare Bewertungsmaßstab nur Anhaltspunkte bieten und nicht etwa bestimmte Ergebnisse erzwingen. Es wäre ein verhängnisvoller Irrtum zu glauben, dass dem Katalog nach irgendeiner Richtung abschließende Wirkung zukäme und dass die Maßregel im allgemeinen nur unter den

Voraussetzungen des Absatzes 2 angeordnet werden dürfte. Eine solche Annahme wird durch den Zusammenhang der Absätze 1 und 2 widerlegt. Sie hätte ein angesichts der gegenwärtigen Verkehrsverhältnisse nicht vertretbares Erstarren der Praxis und eine gefährliche Schwächung des Kampfes gegen ungeeignete Kraftfahrer zur Folge. Für die Durchsetzung des Grundsatzes, dass außerhalb des Absatzes 2 keine gegenüber dem geltenden Recht strengeren Anforderungen an den Eignungsmangel gestellt werden dürfen, werden notfalls die Rechtsmittelgerichte mit Nachdruck zu sorgen haben. Dabei wird Wert darauf zu legen sein, dass die Eignung vor allem bei den Tätern gründlich nachgeprüft wird, die gehäuft kleinere Verkehrszuwendungen begehen. ..."

Daraus ergibt sich, dass § 69 Abs. 2 StGB (= § 42 m Abs. 2 StGB aF) als Bewertungsmaßstab Anhaltspunkte dafür geben soll, wann ein Täter zum Führen von Kraftfahrzeugen ungeeignet ist, dass aber die Maßregel nicht nur unter den Voraussetzungen des § 69 Abs. 2 StGB angeordnet werden darf. Dass hieraus ein anderer Gesetzeszweck als der Schutz der Verkehrssicherheit herzuleiten sei, erschließt sich nicht.

dd. Zu § 69 b StGB

Die Neufassung des § 69 b StGB (Wirkung der Entziehung bei einer ausländischen Fahrerlaubnis) durch das 32. Strafrechtsänderungsgesetz vom 1. Juni 1995 (BGBl I 747) hat lediglich die Inhaber ausländischer Fahrberechtigungen mit den Inhabern deutscher Fahrerlaubnisse bei der Fahrerlaubnisentziehung und dem Fahrverbot wegen Straftaten, die im Zusammenhang mit dem Führen eines Kraftfahrzeuges begangen worden sind, gleichgestellt (vgl. BTDrucks. 12/5053 S. 1, 4, 5; 13/198 S. 1, 4, 5; 13/635 S. 1, 3). Der Zweck der Maßregel wurde durch diese Gesetzesänderung nicht berührt.

ee. Zum Entwurf des neuen § 44 StGB

Auch durch den Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Sanktionenrechts (BRDrucks. 3/04; neuestens BTDrucks. 15/2725 vom 17. März 2004) wird der Zweck der Maßregel nach § 69 StGB nicht berührt. Eine Änderung dieser Vorschrift ist hier nicht vorgesehen. Durch die beabsichtigte Erweiterung der Möglichkeit zur Verhängung eines Fahrverbots (§ 44 idF des Entwurfs), dessen zeitliche Dauer - von bisher drei Monaten - auf sechs Monate (bzw. ein Jahr: BTDrucks. aaO S. 40 [Bundesrat]) ausgedehnt werden soll, soll eine (zeitliche) "Lücke" zwischen der Entziehung der Fahrerlaubnis und der Verhängung eines Fahrverbots geschlossen werden, wobei in dem Gesetzesentwurf - zu Recht (vgl. den Anfragebeschluss Ziff. III. 1 a) - ausdrücklich darauf hingewiesen wird, dass es sich bei dem Fahrverbot und der Entziehung der Fahrerlaubnis um zwei völlig unterschiedliche strafrechtliche Instrumentarien handelt (vgl. BT-Ds.

aaO S. 18, 22). § 44 Absätze 1 und 2 idF des Entwurfs haben folgenden Wortlaut:

„(1) Wird jemand wegen einer Straftat verurteilt, die er bei oder im Zusammenhang mit dem Führen eines Kraftfahrzeugs oder unter Verletzung der Pflichten eines Kraftfahrzeugführers begangen hat, so kann ihm das Gericht anstelle oder neben einer Geld- oder Freiheitsstrafe für die Dauer von einem Monat bis zu sechs Monaten verbieten, im Straßenverkehr Kraftfahrzeuge jeder oder einer bestimmten Art zu führen.

(2) Ein Fahrverbot ist in der Regel anzuordnen, wenn der Täter

1. wegen einer Straftat nach § 315c Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe a, Abs. 3 oder § 316 verurteilt wird oder

2. wegen einer anderen Straftat verurteilt wird, zu deren Begehung oder Vorbereitung er ein Kraftfahrzeug als Mittel der Tat geführt hat, und die Entziehung der Fahrerlaubnis nach § 69 unterbleibt.“

Durch die vorgesehene neue Regelvorschrift (§ 44 Abs. 2 idF des Entwurfs) soll das Fahrverbot bei allgemeinen Straftaten, bei denen ein Kraftfahrzeug als Tatmittel eingesetzt worden ist, häufiger als bisher angeordnet werden können, so vor allem, wenn der Täter das Kraftfahrzeug zur Vorbereitung (Fahrt zum Tatort) oder Durchführung (Transport der Beute) von Straftaten mißbraucht hat (BTDrucks. aaO S. 18, 23) - also bei "Zusammenhangs-Taten", um die die Divergenz zur Anwendbarkeit des § 69 StGB geht.

Der Gesetzesentwurf deckt sich mit der Vorstellung des vorliegenden Senats, einem Missbrauch der Fahrerlaubnis durch ein fühlbares Fahrverbot - als (Neben-) Strafe - wirkungsvoll zu begegnen. Entgegen der Auffassung des 1. Strafsenats zeigen die gesetzgeberischen Überlegungen gerade auf, dass es keiner ausufernden, systemfremden Auslegung zur Anwendung der *Maßregel* des Entzugs der Fahrerlaubnis bedarf, um dem *Schuldgehalt* einer "Zusammenhangstat" angemessen Rechnung zu tragen. Der Gesetzesentwurf steht damit nicht im Widerspruch zu der vom 4. Strafsenat vorgeschlagenen Auslegung des § 69 Abs. 1 StGB, sondern geht - ohne jeden Bruch - mit einer solchen Auslegung konform. Bei der Frage des *Höchstmaßes* des neu konzipierten Fahrverbots spielt im Gesetzgebungsverfahren eine wesentliche Rolle, wie der Große Senat auf die Vorlage hier entscheiden wird (vgl. BTDrucks. aaO S. 40, 48).

c. Gesetzssystematik

aa. Zum Verhältnis von § 69 I 1. und 2. Fall StGB

Zuzustimmen ist dem 1. Strafsenat, dass - konsequenterweise - auch bei der 2. Alternative des § 69 Abs. 1 Satz 1 StGB (... unter Verletzung der Pflichten eines Kraftfahrzeugführers ...) für die Entziehung der Fahrerlaubnis ein spezifischer Zusammenhang zwischen der Anlasstat und der Verkehrssicherheit zu fordern ist. Verkehrssicherheit ist jedoch auch nach Auffas-

sung des vorliegenden Senats nicht mit Unfall oder Unfallrisiko gleichzusetzen. Vielmehr genügt es, wenn sich aus den Umständen der Tat und der Täterpersönlichkeit ergibt, dass sich der Täter in seiner Eigenschaft als Kraftfahrer als unzuverlässig erwiesen und er die Bereitschaft gezeigt hat, sich über die im Verkehr gebotene Sorgfalt und Rücksichtnahme hinwegzusetzen. Dass dies bei dem vom 1. Strafsenat angeführten unerlaubten Entfernen vom Unfallort zutreffen kann, versteht sich von selbst; dem entspricht auch § 69 Abs. 2 Nr. 3 StGB (Regelbeispiel bei schweren Folgen).

bb. Zur systematischen Stellung von § 69 StGB

Die Ansicht des 1. Strafsenats, die systematische Stellung des § 69 StGB spreche für die Annahme, die Maßregel diene einem allgemeinen Schutz vor rechtswidrigen Taten (vgl. auch den Beschluss des 1. Strafsenats vom 14. Mai 2003 - 1 StR 113/03 = NStZ 2003, 658, 659), teilt der Senat - mit dem 2. Strafsenat (NStZ 2004, 144, 146, 147) - nicht. Wie in dem Anfragebeschluss im einzelnen dargelegt wurde (dort Ziff. III 1 a), steht die Maßregel in ihrer Struktur der Maßregel des Berufsverbots (§ 70 StGB) nahe (vgl. auch Sowada aaO S. 172); sie hat ihre Rechtfertigung allein im Sicherheitsbedürfnis der Verkehrsgemeinschaft. Dass deswegen, weil in § 70 StGB "Zusammenhangstaten" nicht genannt sind, die Materie in § 69 StGB nicht (verkehrs)spezifisch geregelt sei - wie der 1. Strafsenat meint - kann der Senat nicht erkennen.

cc. Zum Verhältnis von § 69 StGB und § 44 StGB

Gesetzessystematisch ist insbesondere auf die Regelung des Fahrverbots (§ 44 StGB) hinzuweisen: das Fahrverbot ist Nebenstrafe. Seine Anordnung knüpft - genau wie § 69 Abs. 1 StGB - daran an, dass der Täter eine Straftat "bei oder im Zusammenhang mit dem Führen eines Kraftfahrzeugs oder unter Verletzung der Pflichten eines Kraftfahrzeugführers begangen hat". Die Verwendung eines Kraftfahrzeugs bei Begehung einer (auch schwerwiegenden) allgemeinen Straftat - und damit ein in der Straftat zum Ausdruck kommender "allgemeiner Charaktermangel" - begründet somit für sich allein noch nicht die für die Maßregel nach § 69 Abs. 1 StGB - über § 44 StGB hinausgehende - weitere vorausgesetzte fehlende Eignung. Diese ist vielmehr erst in einem "zweiten Prüfungsschritt" (s.o. IV 4 a) vom Tatrichter gesondert festzustellen.

d. Verfassungskonforme Auslegung

Der Senat hat in seinem Anfragebeschluss vom 16. September 2003 dargelegt, dass eine Beschränkung der Entziehung der Fahrerlaubnis nach § 69 StGB auf die Fälle einer Negativprognose in Bezug auf Verkehrssicherheitsbelange auch mit Blick auf die Bedeutung der Teilnahme am motorisierten Straßenverkehr in einer auf Mobilität angelegten Gesellschaft aus ver-

fassungsrechtlichen Gründen angezeigt erscheint. Die Entziehung der Fahrerlaubnis ist ein schwerwiegender Eingriff in die Grundrechtssphäre des einzelnen. Sie kann, insbesondere wenn sie dazu führt, dass die Ausübung des Berufs eingeschränkt oder ganz aufgegeben werden muss, existenzvernichtend wirken. Bei einem Straftäter kann sie dessen Resozialisierung nachhaltig stören. Vor diesem Hintergrund ist die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur - verwaltungsrechtlichen - Entziehung der Fahrerlaubnis (NJW 2002, 2378, 2380) zu sehen, dass ein dieser Maßnahme rechtfertigender charakterlich-sittlicher Mangel nur dann vorliegt, wenn der Betroffene bereit ist, das Interesse der Allgemeinheit an sicherer und verkehrsgerechter Fahrweise den eigenen Interessen unterzuordnen und daraus resultierende Gefährdungen oder Beeinträchtigungen des Verkehrs in Kauf zu nehmen (vgl. oben IV 2 b). Wenn dieser verfassungsrechtliche Gesichtspunkt für die umfassende Prüfung der Ungeeignetheit durch die Verwaltungsbehörde gilt, ist kein Grund ersichtlich, warum er nicht auch auf die strafrechtliche Maßregel nach § 69 StGB Anwendung finden soll.

Entgegen der Auffassung des 1. Strafsenats (Ziff. B II 4 des Antwort-Beschlusses) steht § 69 Abs. 1 Satz 2 StGB der hier vertretenen Auffassung nicht entgegen. Schon aus dem Wortlaut der Vorschrift, dass es nämlich einer weiteren Prüfung nach § 62 StGB (Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit) nicht bedarf, ergibt sich, dass die Einschränkung erst dann eingreift, wenn die Ungeeignetheit zum Führen von Kraftfahrzeugen geprüft und festgestellt ist. Bei der Feststellung der Ungeeignetheit ist dagegen der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz - wie der Senat meint: im Sinne der Vorlagefrage, indem der Gefahrbegriff auf das Verkehrsspezifische beschränkt wird - ohne Einschränkung zu berücksichtigen; denn eine unverhältnismäßige Entziehung der Fahrerlaubnis ist ebenso unzulässig wie jede andere unverhältnismäßige staatliche Zwangsmaßnahme (Tröndle/Fischer aaO § 69 Rdn. 50).

§ 69 Abs. 1 Satz 2 StGB kann daher nur dahin verstanden werden, dass persönliche Belastungen, die sich für den ungeeigneten Kraftfahrer aus der Entziehung der Fahrerlaubnis ergeben, für die Entscheidung, ob die Maßregel angeordnet wird, im Interesse der Verkehrssicherheit außer Betracht zu bleiben haben. Grundsätzlich keinen Raum haben Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkte daher etwa, wenn die Entziehung der Fahrerlaubnis schwerwiegende wirtschaftliche Folgen (z.B. den Verlust des Arbeitsplatzes) nach sich zieht; auch in diesen Fällen ist die Fahrerlaubnis bei festgestellter Ungeeignetheit zum Führen von Kraftfahrzeugen regelmäßig zu entziehen (vgl. Geppert in LK, Rdn. 67).

5. Zur Praktikabilität der beabsichtigten Rechtspre-

chungsänderung

Die vom 1. Strafsenat geäußerte Befürchtung (Ziff. B II 5 des Antwortbeschlusses), die Anforderungen des Senats an die Feststellung der Ungeeignetheit zum Führen von Kraftfahrzeugen gäben dem Tatrichter keine für die Praxis handhabbare Vorgaben, teilt der Senat nicht. Vom Tatrichter wird an Begründungsaufwand nicht mehr verlangt als bei jeder anderen Maßregelentscheidung. Auch die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt, einem psychiatrischen Krankenhaus oder in der Sicherungsverwahrung verlangt eine - in Bezug auf die Entziehung der Fahrerlaubnis vom 1. Strafsenat kritisierte - "subjektivistische" Betrachtungsweise mit Blick auf die Beurteilung künftigen Täterverhaltens. Häufig wird - wie der 5. Strafsenat in seinem Antwort-Beschluss, etwa am Beispiel einer Fluchtfahrt, zutreffend bemerkt hat - der spezifische Zusammenhang zwischen Tat und Verkehrssicherheit schon nach dem Gesamtzusammenhang der Urteilsgründe eindeutig belegt und daher der Begründungsaufwand des Tatrichters minimal sein.

6. Schlussbemerkung

Der Senat ist sich bewusst, dass mit der erwogenen Änderung der Rechtsprechung die bisher praktizierte strafrechtliche Entziehung der Fahrerlaubnis eingeschränkt wird. Das ist berechtigt, weil die Praxis der Entziehung der Fahrerlaubnis dahin geführt hat, dass die Grenze zwischen Strafe und Maßregel nicht mehr konsequent beachtet wird; die Maßregel hat häufig Strafcharakter erhalten, den sie nach dem Willen des historischen Gesetzgebers ausdrücklich nicht haben sollte (vgl. BTDrucks. IV/651 S. 16).

Von der Fehlvorstellung, dass die Entziehung der Fahrerlaubnis Strafcharakter hat, scheint auch der (jetzige) Gesetzgeber gelegentlich nicht frei zu sein - vgl. die Stellungnahme des Bundesrates zum Gesetzentwurf der Bundesregierung betreffend das Gesetz zur Reform des Sanktionenrechts (BTDrucks. 15/2725 S. 40): "Täter von Straßenverkehrsdelikten und sogenannten 'Zusammenhangstaten', deren Schuld so schwer wiegt, dass eine höhere Fahrverbotsdauer als sechs Monate geboten ist, müssen weiterhin als ungeeignet aus dem Verkehr gezogen werden." - Die Frage, ob die Fahrerlaubnis zu entziehen ist, hat grundsätzlich mit der Schuld des Täters nichts zu tun (vgl. § 69 Abs. 1 Satz 1 StGB: "... wird jemand ... verurteilt oder ... nicht verurteilt, weil seine Schuldunfähigkeit erwiesen oder nicht auszuschließen ist, so entzieht ihm das Gericht die Fahrerlaubnis, ...").

Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist uneinheitlich und nicht berechenbar. Sie bedarf der Korrektur im Sinne einer dem Sinn und Zweck der Maßregel entsprechenden Strukturierung, die der Senat versucht hat, vorzunehmen. [...]

Urteile in Fallstruktur

Standort: Öffentliches Recht

Problem: Faktischer Vollzug im Erkennungsdienst

VG SCHLESWIG, BESCHLUSS VOM 15.06.2004
3 B 77/04 (NVwZ-RR 2004, 868)

Problemdarstellung:

In § 81 b StPO ist im 2. Halbsatz der Vorschrift geregelt, dass die Ermittlungsbehörden auch zum Zwecke des Erkennungsdienstes Fingerabdrücke nehmen und Lichtbilder etc. fertigen dürfen. Dieser präventive Zweck ist - im Gegensatz zu § 81 b 1. Fall StPO, der ausdrücklich von der Durchführung des Strafverfahrens und damit von einem repressiven Zweck spricht - ein "Fremdkörper" der StPO (Klein-knecht/Meyer, StPO, § 81 b Rz. 3). Lange Zeit war umstritten, ob der Bund für diese Regelung überhaupt die Gesetzgebungskompetenz hat, wobei die h.M. dies schon immer im Sachzusammenhang mit Art. 74 I Nr. 1 GG bejahte (siehe Vertiefungshinweise).

Ordnet ein Polizeibeamter erkennungsdienstliche Maßnahmen nach § 81 b 2. Fall StPO an, ist hiergegen der Verwaltungsrechtsweg eröffnet, weil die abdrängende Sonderzuweisung des § 23 EGGVG nur die Fälle repressiven Handelns (also § 81 b 1. Fall StPO) erfasst. Mithin kann Widerspruch (§ 68 VwGO) eingelegt werden. Dem VG Schleswig stellte sich nun die Frage, ob dessen aufschiebende Wirkung (§ 80 I VwGO) gem. § 80 II Nr. 2 VwGO entfällt, ob es sich also bei § 81 b 2. Fall StPO um eine "unaufschiebbare Maßnahme eines Polizeivollzugsbeamten" handelt. Das Gericht verneinte dies und sah sich sodann mit der weiteren Frage konfrontiert, wie vorläufiger Rechtsschutz zu gewähren ist, wenn die Behörde ungeachtet dessen Anstalten macht, die Anordnung zu vollziehen (Fallgruppe des sogen. "faktischen Vollzugs"). Es hält dann mit der ganz h.M. einen Antrag auf Feststellung der aufschiebenden Wirkung analog § 80 V VwGO für statthaft.

Prüfungsrelevanz:

§ 81 b 2. Fall StPO ist zunächst von den landesrechtlichen Standardmaßnahmen abzugrenzen, denn das Polizei- und Ordnungsrecht der Länder enthält auch Regelungen über erkennungsdienstliche Maßnahmen zu präventiven Zwecken (vgl. nur §§ 14 ff. PolG NRW, 31 SOG MV, 20 SächsPolG, 21 SOG LSA). Diesen geht § 81 b 2. Fall StPO gem. Art. 31 GG vor, wenn gegen einen Beschuldigten in einem im Strafverfahren erkennungsdienstliche Maßnahmen angeord-

net werden. Fehlt es an der Beschuldigteneigenschaft des Adressaten, ist hingegen allein Landesrecht anwendbar. Hierfür bleiben Konstellationen übrig, in denen der Verdächtige z.B. wegen Strafunmündigkeit nicht Beschuldigter sein kann oder das Ermittlungsverfahren gegen einen Strafmündigen bereits abgeschlossen ist. Teilweise wird - unter Verneinung eines verbleibenden eigenen Anwendungsbereichs - aber auch vertreten, dass die landesrechtlichen Regelungen wegen Art. 31 GG verfassungswidrig seien.

Vertiefungshinweise:

Zur Verfassungsmäßigkeit kollidierenden Landesrechts: *OVG Münster*, DÖV 1983, 603 (bejahend); *Götz*, NVwZ 1984, 211 (verneinend)

Abgrenzung des § 81 b StPO von landesrechtlichen Standardmaßnahmen: *VGH Mannheim*, NVwZ-RR 2004, 572; *OVG Koblenz*, NVwZ-RR 2001, 238; *OVG Münster*, RA 1999, 421 = NWVB1 1999, 257

Gesetzgebungskompetenz für § 81 b, 2. Fall StPO: *BVerwGE* 26, 169, 171; *VGH Mannheim*, NJW 1973, 1663; *Fugmann*, NJW 1981, 2227; krit. *Dreier*, JZ 1987, 1013

Zum "faktischen Vollzug": *BayVGH*, RA 2001, 67 = BayVB1 2001, 55; *Erichsen*, Jura 1984, 478, 480

Kursprogramm:

Examenskurs : "Ohne Hehl und Tadel"

Examenskurs : "Die defekte Parkuhr"

Leitsatz:

Die Anordnung einer erkennungsdienstlichen Behandlung für Zwecke des Erkennungsdienstes nach § 81 b Alt. 2 StPO stellt in der Regel keine unaufschiebbare Anordnung oder Maßnahme von Polizeivollzugsbeamten nach § 80 II Nr. 2 VwGO dar.

Sachverhalt:

Die Ag., Polizeibehörde im Land Schleswig-Holstein, ordnete mit Bescheid vom 16.4.2004 an, dass der ASt. sich erkennungsdienstlicher Maßnahmen in Form der Anfertigung von Fotos und der Abnahme von Fingerabdrücken zu unterziehen habe und lud ihn für den 28.04.2004 vor. Zur Begründung gab sie an, der ASt. sei bereits mehrmals beim illegalen Erwerb von Betäubungsmitteln angetroffen worden; gegen ihn als Beschuldigten liefen mehrere Ermittlungsverfahren, und

man wolle anlässlich dieser durch die erkennungsdienstlichen Maßnahmen sicherstellen, dass der ASt. bei künftigen Straftaten leicht als potenzieller Täter zu ermitteln sei, sofern er sich an diesen beteilige.

Gegen die Anordnung der erkennungsdienstlichen Maßnahmen legte der ASt. am 25.4.2004 Widerspruch ein. Nachdem die Ag. ihm mitteilte, sie halte ungeachtet dessen am Termin vom 28.04.2004 fest, beantragte der ASt. beim VG einstweiligen Rechtsschutz mit dem Ziel, einen Aufschub bis zur Entscheidung über den Widerspruch zu erhalten.

Mit Erfolg?

Lösung:

Der Antrag hat Erfolg, soweit er zulässig und begründet ist.

A. Zulässigkeit

I. Verwaltungsrechtsweg

Zunächst müsste ein Rechtsweg eröffnet sein. Dies könnte hier der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 I 1 VwGO sein.

1. Öffentlich-rechtliche Streitigkeit nicht verfassungsrechtlicher Art

Dann müsste zunächst eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vorliegen. Das ist der Fall, wenn die streitentscheidenden Normen solche des öffentlichen Rechts sind, d.h. zwingend einen Hoheitsträger berechtigen oder verpflichten. Hier geht es um erkennungsdienstliche Maßnahmen, die nach § 81 b StPO gegenüber Beschuldigten eines Strafverfahrens angeordnet werden können. Diese Norm berechtigt die Ermittlungsbehörden, mithin zwingend einen Hoheitsträger. Sie - und mit ihr die Streitigkeit über sie - ist auch nicht verfassungsrechtlicher Art. Damit ist der Verwaltungsrechtsweg grds. eröffnet.

2. Keine abdrängende Sonderzuweisung

Allerdings kann Bundesrecht nach § 40 I 1 VwGO a.E. derartige Streitigkeiten ausnahmsweise einem anderen Gericht zuweisen. Eine solche findet sich in § 23 EGGVG für sogen. "Justizverwaltungsakte" zu den ordentlichen Gerichten. Danach entscheiden die Oberlandesgerichte (§ 25 EGGVG) über repressive Maßnahmen, welche von den Ermittlungsbehörden im Rahmen der Strafverfolgung getroffen worden sind. Präventive Maßnahmen zur Gefahrenabwehr werden von § 23 EGGVG hingegen nicht erfasst. Fraglich ist also, ob die Anordnung der erkennungsdienstlichen Maßnahmen hier repressiven oder präventiven Charakter hat. Dies beurteilt sich aus der Sicht der handelnden Behörde (vgl. VG Hannover, RA 1999, 546 = NVwZ-RR 1999, 578). Das VG kommt hier zu dem Ergebnis, dass die von der Behörde gegebene Begrün-

dung der Maßnahme auf ihren präventiven Charakter schließen lässt:

"Um eine solche Anordnung zur erkennungsdienstlichen Behandlung aus polizeilich-präventiven Gründen (§ 81 b Alt. 2 StPO), für die - anders als für die Fälle des § 81 b Alt. 1 StPO - der Verwaltungsrechtsweg eröffnet ist (vgl. BVerwGE 66, 192 = NJW 1983, 772), handelt es sich vorliegend. [...] Die Anordnung wird damit begründet, dass gegen den Ast. bereits im Jahre 2000 wegen des Verdachts des mehrmaligen Erwerbs von insgesamt 65 g Kokain ermittelt worden sei, gegen ihn Anfang des gleichen Jahres wegen gemeinschaftlicher gefährlicher Körperverletzung ermittelt worden sei und nunmehr erneut ein Ermittlungsverfahren im Zusammenhang mit dem Konsum von Betäubungsmitteln anhängig sei. Es lägen daher - so die Begründung der Ag. - konkrete Anhaltspunkte dafür vor, dass der Ast. künftig oder anderwärts gegenwärtig mit guten Gründen als Verdächtiger in den Kreis potenzieller Bet. an noch aufzuklärenden strafbaren Handlungen einbezogen werden könne und dass die erkennungsdienstliche Behandlung den Betroffenen in derartigen Verfahren überführen könnte. Damit erhält die Anordnung zur erkennungsdienstlichen Behandlung vorliegend eindeutig einen präventiv-polizeilichen Charakter."

II. Statthaftigkeit

Fraglich ist, welcher Antrag hier statthaft ist. Im einstweiligen Rechtsschutz richtet sich dies über § 122 VwGO nach dem Antragsbegehren, § 88 2. Hs. VwGO. Der ASt. möchte die Durchführung der erkennungsdienstlichen Maßnahmen bis zum Abschluss des Widerspruchsverfahrens hinauszögern. Hierfür stehen ihm grds. ein Antrag nach § 80 V VwGO auf Anordnung oder Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung seines Widerspruchs und ein Antrag auf Erlass einer Sicherungsanordnung zum Erhalt des status quo nach § 123 I 1 VwGO zur Verfügung. Vorrangig ist gem. § 123 V VwGo der Antrag nach § 80 V VwGO. Fraglich ist also, ob dieser sich mit seinem Begehren deckt.

1. Anordnung der aufschiebenden Wirkung

Nach § 80 V 1, 1. Fall kann das VG die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs in den Fällen des § 80 II Nr. 1 - 3 VwGO anordnen. Hier könnte ein Fall des § 80 II Nr. 2 VwGO vorliegen, wonach die aufschiebende Wirkung bei unaufschiebbaren Maßnahmen von Polizeivollzugsbeamten entfällt. Das VG vertritt jedoch die Auffassung, dass es sich bei einem Vorgehen nach § 81 b StPO nicht um eine solche handelt:

a. Voraussetzungen des § 80 II Nr. 2 VwGO

"Entgegen der von der Ag. vertretenen Auffassung liegt jedoch kein Fall des § 80 II Nr. 2 VwGO vor, wonach der Widerspruch in diesem Fall keine auf-

schiebende Wirkung hätte. Nach dieser Vorschrift entfällt die aufschiebende Wirkung bei unaufschiebbaren Anordnungen und Maßnahmen von Polizeivollzugsbeamten. Nach der Rechtsprechung des BVerwG (NJW 1979, 1054) werden von der Vorschrift des § 80 II Nr. 2 VwGO insbesondere Verwaltungsakte erfasst, die durch tatsächliches Handeln oder Vollzugsmaßnahmen ergehen, wie dies z.B. für die unmittelbare Regelung des Straßenverkehrs - durch Polizeibeamte einerseits und durch Verkehrszeichen andererseits - notwendig ist. Durch die Verwendung des Begriffes "unaufschiebbar" wird dabei insbesondere deutlich, dass von der Vorschrift nur solche Anordnungen und Maßnahmen erfasst werden sollen, die ein sofortiges Eingreifen polizeilicher Vollzugsbeamter erfordern (vgl. VG Frankfurt, NVwZ 1990, 1100). Dies wird vor allem bei solchen Umständen der Fall sein, in denen zur Abwendung einer unmittelbar bevorstehenden oder bereits eingetretenen Gefahr ein sofortiges Einschreiten von Polizeivollzugsbeamten durch tatsächliches Handeln oder Vollzugsmaßnahmen erforderlich ist."

b. Subsumtion

"Ob darüber hinaus das Vorhandensein einer schriftlich erlassenen Polizeiverfügung in diesem Zusammenhang - wie das VG Frankfurt (NVwZ 1990, 1100) meint - eine - (widerlegbare) Vermutung dafür begründet, dass die Zeit ausgereicht hätte, die Verfügung formgerecht gem. § 80 II Nr. 4 VwGO für sofort vollziehbar zu erklären, mit der Folge, dass § 80 II Nr. 2 VwGO keine Anwendung findet, kann indes vorliegend dahinstehen. Denn nach den oben genannten Maßstäben stellt sich die hier vorliegende Anordnung einer erkennungsdienstlichen Behandlung als eine aus polizeilich-präventiven Gründen getroffenen Maßnahme zur vorbeugenden Gefahrenabwehr dar, bei der eine unmittelbar bevorstehende oder bereits eingetretene konkrete Gefahr, die ein sofortiges Einschreiten von Polizeivollzugsbeamten - etwa durch tatsächliches Handeln - erfordert hätte, nicht vorliegt (vgl. im Ergebnis ebenso zur Anordnung einer erkennungsdienstlichen Behandlung VG Gera, Beschluss vom 8.2.2002 - E 1862/01, Juris)." Im Übrigen wird der fehlende Charakter der Anordnung als "unaufschiebbar" i.S. des § 80 II Nr. 2 VwGO auch an dem zeitlichen Ablauf der in Rede stehenden Maßnahme deutlich. Nach Eingang der chemisch-toxikologischen Untersuchung des Instituts für Rechtsmedizin im Universitätsklinikum Schleswig-Holstein am 18.3.2004 beim 2. Polizeirevier Neumünster, die - im Zusammenhang mit den zuvor gegen den Ast. geführten Ermittlungen - maßgeblich für die Anordnung der erkennungsdienstlichen Behandlung gewesen sein dürfte, hat es nämlich nahezu einen Monat gedauert, bis mit Schreiben vom 16.4.2004 die Anordnung der erkennungsdienstlichen Behandlung erfolgte. Auch dies macht deutlich, dass hier nicht von der Erforderlichkeit eines sofortigen

Einschreitens auszugehen ist und auch die Ag. offenbar nicht ausging."

2. Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung

Es bliebe ein Antrag nach § 80 V 1, 2. Fall VwGO auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung, den das VG auch kurz anprüft:

"Die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs des Ast. entfällt schließlich auch nicht im Hinblick auf § 80 II Nr. 4 VwGO. Denn eine Anordnung der sofortigen Vollziehung ist im vorliegenden Fall nicht erfolgt. Das Gericht weist in diesem Zusammenhang jedoch darauf hin, dass der in der Regel fehlende Charakter einer aus polizeilich-präventiven Gründen erfolgten Anordnung einer erkennungsdienstlichen Maßnahme als "unaufschiebbar" i.S. des § 80 II Nr. 2 VwGO nicht zugleich bedeutet, dass auch kein besonderes öffentliches Interesse an der sofortigen Vollziehung i.S. des § 80 II Nr. 4 VwGO bestehen kann. Vielmehr wäre in jedem Fall der Anordnung einer erkennungsdienstlichen Behandlung - soweit sie nicht ausschließlich oder schwerpunktmäßig zum Zwecke der Strafverfolgung erfolgt - gesondert zu entscheiden, ob ein besonderes öffentliches Interesse die sofortige Vollziehung der Anordnung gem. §. 80 II Nr. 4 VwGO erfordert."

3. Feststellung der aufschiebenden Wirkung

Der Ast. hat nach alledem bereits, was er begehrt: Suspensiveffekt nach § 80 I VwGO zumindest bis zum Abschluss des Widerspruchsverfahrens. Allerdings macht die Ag., indem sie erklärt, am Vorladungstermin festhalten zu wollen, Anstalten, den Bescheid faktisch zu vollziehen.

a. § 80 V VwGO analog

Das VG hält in einer solchen Fallkonstellation mit der ganz h.M. die analog § 80 V 1 VwGO ausgesprochene gerichtliche Feststellung, dass der Widerspruch aufschiebende Wirkung entfalte, für angezeigt:

"Dieser Antrag ist in analoger Anwendung des § 80 V VwGO zulässig. Denn in den Fällen so genannter faktischer Vollziehung, d.h. dann, wenn Behörden oder Dritte bereits Vollzugsmaßnahmen getroffen haben oder treffen, ohne dass die Voraussetzungen der sofortigen Vollziehung gem. § 80 II VwGO vorlagen oder vorliegen, bzw. wenn zumindest derartige Maßnahmen drohen oder der Umfang der aufschiebenden Wirkung zwischen den Bet. umstritten ist, kann einstweiliger Rechtsschutz analog § 80 V VwGO in der Weise erfolgen, dass festgestellt wird, dass der eingelegte Rechtsbehelf aufschiebende Wirkung hat (vgl. Kopp/Schenke, VwGO, 13. Aufl., § 80 Rdnr. 181)."

[Anm.: Das VG prüfte im Originalfall das Entfallen der aufschiebenden Wirkung erst in der Begründetheit des Antrags, ohne zu erkennen, dass sich das von ihm

selbst aufgeworfene Problem des faktischen Vollzugs erst stellt, wenn man ein Entfallen der aufschiebenden Wirkung verneint. Eine solche Vorgehensweise empfiehlt sich in einer Prüfungssituation keinesfalls.]

b. § 123 I 1 VwGO

Eine (vom VG nicht einmal erwähnte) Gegenansicht verneint hingegen die für eine Analogie notwendige Regelungslücke unter Hinweis darauf, dass mit einer Sicherungsanordnung nach § 123 I 1 VwGO gearbeitet werden könne, die gegenüber einem Beschluss nach § 80 V VwGO zudem den Vorteil habe, im Ernstfall vollstreckbar zu sein (§ 168 I Nr. 2 VwGO), dem Begehren des ASt. also besser und effektiver Rechnung trage (OVG Bremen, VerwRspr. Bd. 30, S. 253 [255]; Tiedemann, MDR 1979, 717 [718]).

c. Stellungnahme

Gegen die Anwendung des § 123 I 1 VwGO spricht, dass dieser der für den Bürger wesentlich ungünstigere, weil von strengeren Voraussetzungen abhängige Rechtsbehelf ist. Während bei § 80 V VwGO nur behauptet werden muss, setzt § 123 III VwGO i.V.m. 920 II, 294 ZPO die Glaubhaftmachung von Aordnungsanspruch und -grund voraus. Es kann dem Gesetzgeber aber nicht unterstellt werden, dass er Widersprüche mit aufschiebender Wirkung prozessual schlechter stellen wollte als Widersprüche ohne aufschiebende Wirkung, für die § 80 V VwGO ja direkt einschlägig und gem. § 123 V VwGO vorrangig ist. Mithin weist die VwGO für den "faktischen Vollzug" durchaus eine planwidrige Regelungslücke auf. Das Problem fehlender Vollstreckbarkeit wird sich zudem nicht stellen, weil im Rechtsstaat davon ausgegangen werden kann, dass eine Behörde die richterliche Feststellung von selbst beachten wird. Notfalls könnte zudem immer noch mit § 123 I 1 VwGO operiert werden, wenn tatsächlich einmal eine Behörde einen VA nicht rechtsirrig, sondern bewusst rechtswidrig zu vollziehen droht.

Statthaft ist mithin analog § 80 V 1 VwGO ein Antrag auf Feststellung der aufschiebenden Wirkung.

III. Antragsbefugnis

Der ASt. ist auch analog § 42 II VwGO antragsbefugt, weil er eine Verletzung seines Rechts aus § 80 I VwGO auf Beachtung der aufschiebenden Wirkung seines Widerspruchs geltend machen kann.

IV. Antragsgegner

Richtiger Antragsgegner ist im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes der Beklagte der Hauptsache, hier also analog §§ 78 I Nr. 2 VwGO i.V.m. 6 SHAGVwGO - der Fall spielt in Schleswig-Holstein - die zuständige Polizeibehörde.

V. Allgemeines Rechtsschutzinteresse

Ein schützenswertes Interesse an der Feststellung der aufschiebenden Wirkung besteht aber nur dann, wenn der ASt. Widerspruch eingelegt hat, dieser nicht offensichtlich unzulässig ist und dessen Vollstreckung droht. Der Widerspruch, an dessen Zulässigkeit zu zweifeln vorliegend kein Anlass besteht, wurde am 22.4.2004 eingelegt. Die drohende Vollstreckung ergibt sich aus der erklärten Absicht der Behörde, am Vorladungstermin 28.04.2004 festhalten zu wollen.

Damit ist der Antrag zulässig.

B. Begründetheit

Der Antrag auf Feststellung der aufschiebenden Wirkung ist begründet, sofern der Widerspruch nach § 80 I VwGO aufschiebende Wirkung entfaltet. Dies ist hier - da, wie oben gezeigt, keine Ausnahme des § 80 II Nr. 1-4 VwGO eingreift - der Fall.

Mithin ist der Antrag auch begründet. Er hat Erfolg.

Standort: Zivilrecht

Problem: § 476 BGB beim Gebrauchtwagenkauf

OLG CELLE, URTEIL VOM 04.08.2004
7 U 30/04 (NJW 2004, 3566)

Problemdarstellung:

Erneut ist es hier einem Käufer zum Verhängnis geworden, dass er sich zu früh entschieden hat, sich das Verhalten einer Gebrauchtwagenhändlerin, welches er als "ewiges Hin und Her" oder Hinhaltetaktik empfunden haben mag, nicht länger bieten zu lassen. Nachdem bei Übergabe des gekauften PKW ein Bagatellschaden, über dessen Beseitigung man sich eigentlich geeinigt hatte, noch vorhanden war, sich anschließend schnell weitere Mängel zeigten, von denen in einem

ersten Termin nicht alle behoben wurden, und schließlich weitere Schäden am Fahrzeug auftraten, setzte der Käufer seiner Vertragspartnerin eine Frist zur Beseitigung und fügte eine ausführliche Mängeliste bei. Als die Verkäuferin sich einen Tag nach Fristablauf schriftlich meldete, aber erst einmal einen Termin zur Vorführung des PKW vereinbaren wollte, platzte dem Käufer wohl der Kragen, jedenfalls erklärte er den Rücktritt vom Vertrag und verlangte klageweise Rückzahlung des Kaufpreises Zug um Zug gegen Rückgabe des Wagens.

Ihm blieb - jedenfalls in 2. Instanz - der Erfolg jedoch versagt, da das OLG Celle die gesetzte Frist in diesem

Fall als zu kurz bemessen einstufte und das Verhalten der Bekl. auch nicht für eine ernsthafte und endgültige Leistungsverweigerung i. S. d. § 323 II Nr. 1 BGB ausreichen ließ. Diesen Misserfolg hatte der Kl. zu verzeichnen, obwohl ihm die Vorschrift des § 476 BGB zuvor darüber hinweg geholfen hatte, dass er die schwerwiegenden Mängel, welche einen Rücktritt hätten tragen können, erst mehr als einen Monat nach Fahrzeugübergabe gerügt hatte.

Prüfungsrelevanz:

Die vorliegende Entscheidung eignet sich hervorragend zur Vertiefung und Einübung typischer Probleme des kaufrechtlichen Gewährleistungsrechts - auf dessen Examensrelevanz wohl nicht extra hingewiesen werden muss -, da sie neben der Diskussion des Anwendungsbereiches des § 476 BGB bei Gebrauchtwagenkäufen weiteren Anlass ergibt, den Mangelbegriff des § 434 I BGB näher zu durchleuchten und sich ein weiteres Mal mit dem Recht des Verkäufers zur zweiten Andienung und den eng begrenzten Ausnahmen hiervon zu befassen. Allerdings zeigen die wörtlich zitierten Ausführungen des Gerichts, dass gerade hinsichtlich der einzelnen Anwendungsfälle des § 434 I BGB in der Praxis eine zuweilen recht oberflächliche Betrachtungsweise zur Anwendung kommt, die sich Studenten in ihrer Examensklausur nicht leisten sollten.

Vertiefungshinweise:

- Zur Beschaffenheitsgarantie beim Gebrauchtwagenkauf: *OLG Koblenz*, RA 2004, 412 = NJW 2004, 1670
- Zur eigenmächtigen Mängelbeseitigung des Käufers ohne vorherige Nachfrist: *LG Gießen* RA 2004, 578 = NJW 2004, 2906
- Zu Rechtsproblemen des Gebrauchtwagenkaufs: *Hampel*, JuS 2003, 465
- Zusammenfassende Darstellung des Verbrauchsgüterkaufrechts: *Schindler*, JA 2004, 835

Kursprogramm:

- Examenskurs*: "Das gebrauchte Cabrio"
- Examenskurs*: "Der defekte Synthesizer"
- Examenskurs*: "Dolve Vita"
- Assessorkurs*: "Der versicherte PKW"
- Assessorkurs*: "Der verunfallte Rolls Royce"

Leitsätze:

Die Vermutungsregel des § 476 BGB greift beim Gebrauchtwagenkauf wegen "der Art des Mangels" (insbesondere bei regelmäßigem Verschleiß) vielfach nicht ein. Sind aber die Voraussetzungen für die gesetzliche Vermutung des § 476 BGB erfüllt, reicht eine Erschütterung der Vermutung

durch den Verkäufer nicht aus; er muss vielmehr nach § 292 ZPO den vollen Beweis des Gegenteils erbringen.

Sachverhalt:

Der Kl. begehrt Rückzahlung des Kaufpreises für einen gebrauchten Pkw Zug um Zug gegen Rückgabe des Fahrzeugs. Der Kl. schloss mit der Bekl. - einer Gebrauchtwagenhändlerin - am 22.10.2002 einen Kaufvertrag über einen gebrauchten Opel Vectra zu einem Preis von 6.600 Euro. Das Fahrzeug wies zu diesem Zeitpunkt eine Gesamtfahrleistung von 113.000 km auf und war erstmals am 04.02.1997 zugelassen. Einen Tag nach Abschluss des Kaufvertrags ließ die Bekl. das Fahrzeug einer technischen Überprüfung durch die DEKRA unterziehen. Das Protokoll mit dem Ergebnis der DEKRA-Siegelprüfung wurde dem Kl. am 25.10.2002 ausgehändigt. Nach dem Protokoll wies das Fahrzeug keine die Sicherheit des Fahrzeugs beeinträchtigenden Mängel auf. Ein leichter Lackschaden auf dem Kofferraumdeckel war sowohl Gegenstand des Protokolls als auch des Verkaufsgesprächs, im welchem die Bekl. die Beseitigung des Schadens zugesagt hatte.

Die Bekl. übergab das Fahrzeug an den Kl. am 25.10.2002. Kurz darauf ließ der Kl. den Pkw unter Hinweis auf einige Mängel nach Maßgabe einer Mängelliste mit Datum vom 30.10.2002 bei der Bekl. vorstellen. Daraufhin wurden bei einem Nachbesserungstermin Mängel beseitigt. Nach Abholung des Fahrzeugs rügte der Kl. sowohl, dass nicht alle Mängel beseitigt seien, als auch das Vorliegen weiterer Mängel. Der Kl. forderte mit Schreiben vom Mittwoch, 27.11.2002 die Bekl. unter Fristsetzung bis zum 05.12.2002 unter Angabe der Mängel zur Mängelbeseitigung auf. Im einzelnen nannte der Kl. in seinem Schreiben folgende Mängel: Lackschaden auf dem Kofferraumdeckel nicht beseitigt, Auspuff defekt, Stoßdämpfer undicht, Dichtung Beifahrertür leck, montierte Reifen für diesen Fahrzeugtyp unzulässig, unsachgemäß verschweißtes Abgasrohr, Scheinwerfer rechts milchig, (was der Kl. zuvor schon mündlich gerügt haben will,) hervorstehende Stoßleisten und ein abstehender Stoßfänger.

Die Bekl. bat mit Schreiben vom 04.12.2002, das am 06.12.2002 einging, um Vorführung des Fahrzeugs. Der Kl. erklärte mit Schreiben vom 09.12.2002 gegenüber der Bekl. den Rücktritt vom Kaufvertrag.

Ein Sachverständiger bestätigte sodann das Vorliegen der seitens des Kl. aufgezählten Defizite des Opel Vectra. Sein Gutachten enthielt unter anderem Fotos, auf denen die hervorstehenden Stoßleisten und der Stoßfänger sofort ins Auge fielen.

Kann der Kl. Rückzahlung des Kaufpreises i.H.v. 6.600 Euro verlangen ?

Lösung:

A. Anspruch des Kl. auf Kaufpreisrückzahlung gem. § 346 I BGB i. V. m. §§ 437 Nr. 2, 323 I BGB

Der Kl. könnte gegen die Bekl. einen Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises gem. § 346 I i. V. m. §§ 437 Nr. 2, 323 I BGB haben. Dann müsste der Kl. wirksam von einem Kaufvertrag mit der Bekl. zurückgetreten sein, was zunächst das Vorliegen eines Rücktrittsgrundes voraussetzt.

I. Rücktrittsgrund

Der Rücktrittsgrund könnte sich hier wegen Lieferung einer mangelhaften Kaufsache aus §§ 437 Nr. 2, 323 I BGB ergeben.

1. Kaufvertrag

Denn hierfür erforderlichen Kaufvertrag haben die Parteien am 22.10.2002 geschlossen.

2. Mangel

Die von der Bekl. gelieferte Kaufsache, der PKW Typ Opel Vectra, müsste entgegen § 433 I 2 BGB mangelhaft geliefert worden sein. Aufgrund der Feststellungen des Sachverständigen könnte hier sogar eine Mehrzahl von Sachmängeln i. S. d. § 434 BGB gegeben sein.

a. Lackschaden auf dem Kofferraumdeckel

Zunächst könnte ein solcher Mangel in dem nicht beseitigten Lackschaden auf der Heckklappe des Wagens liegen. Ein Sachmangel liegt gem. § 434 I 1 BGB vor, wenn die Kaufsache von den vertraglichen Beschaffenheitsvereinbarungen abweicht.

“Darüber hinaus befindet sich ein Lackschaden auf dem Kofferraumdeckel des Fahrzeugs, der unstreitig bereits bei Vertragsabschluss vorhanden war und dessen Beseitigung die Bekl. zugesagt hatte. Da dieser bei Übergabe des Wagens weiterhin vorlag, ist, da der Pkw insoweit nicht die vereinbarte Beschaffenheit aufweist, [ebenfalls] ein Sachmangel i. S. des § 434 BGB gegeben.”

Fraglich könnte allerdings sein, inwieweit dieser Mangel tatsächlich nach § 434 BGB zu beurteilen ist, da die Abrede, die Bekl. werde diesen Lackschaden beseitigen, auf einen werkvertraglichen Charakter hindeuten könnte, so dass zu prüfen wäre, inwieweit sich die Rechtsfolgen der unterbliebenen Beseitigung nach den §§ 633 ff BGB richten.

“Entgegen der Ansicht des Kl. findet auch diesbezüglich Kaufvertragsrecht Anwendung. Nach § 433 I 2 BGB hat der Verkäufer dem Käufer die Sache frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen. Mit der Übernahme der Beseitigung des Lackschadens ist die Bekl. keine über § 433 I 2 BGB hinausgehende Verpflichtung eingegangen, zumal mit der Ausbesserung der kleinen Lackstelle nur eine als gering einzustufen-

de handwerkliche Arbeitsleistung verbunden ist.”

Gerade weil es sich aber nur um einen sehr geringfügigen Lackschaden handelt, ist schließlich fraglich, ob dies tatsächlich ausreicht, um hierauf Gewährleistungsrechte des Kl. stützen zu können.

“Dass dieser Lackschaden, wie die Bekl. vorträgt, keine Auswirkung auf die Gebrauchstauglichkeit hat, ist unerheblich, nachdem sie vertraglich die Beseitigung dieses Schadens übernommen hatte.”

[Anmerkung: Im Unterschied zur heutigen Rechtslage waren gem. § 459 I 2 BGB a. F. Sachmängel, welche den Wert oder die Tauglichkeit der Sache nur unerheblich minderten, von vornherein aus der Gewährleistung ausgeklammert. Heute kann ein Bagatellmangel vom Käufer gem. § 323 V 2 BGB nicht als alleiniger Rücktrittsgrund herangezogen werden, und gem. § 281 I 3 BGB kann aufgrund einer solchen unerheblichen Pflichtverletzung nicht Schadensersatz statt der ganzen Leistung gefordert werden. Der Nacherfüllungsanspruch - in den Grenzen des § 439 III BGB - sowie das Recht, den sog. “kleinen” Schadensersatz statt der Leistung zu fordern oder den Kaufpreis zu mindern (vgl. insoweit ausdrücklich § 441 I 2 BGB) bleiben davon jedoch unberührt.]

b. Defekter Auspuff, undichter Stoßdämpfer, undichte Beifahrertür

Weiterhin könnten der defekte Auspuff, der undichte Stoßfänger sowie die defekte Dichtung der Beifahrertür Sachmängel begründen.

Im Unterschied zu dem Lackschaden wurden hierüber bei Vertragsschluss zwischen den Parteien jedoch keine Vereinbarungen getroffen. In einem solchen Fall kann eine Kaufsache gem. § 434 I 2 Nr. 1 BGB gleichwohl mangelhaft sein, wenn sie sich nicht für die vertraglich vorausgesetzte Verwendung eignet. Allerdings ist fraglich, ob eine solche vertraglich vorausgesetzte Verwendung des Opel Vectra hier vorlag. Der Kl. wird beabsichtigt haben, mit diesem Fahrzeug sicher am Straßenverkehr teilzunehmen, was allerdings die gewöhnliche Verwendung darstellt, die mangels entgegenstehender Anhaltspunkte bei jedem Gebrauchtwagenkauf zu unterstellen ist. Würde man dies bereits für eine vertraglich vorausgesetzte Verwendung ausreichen lassen, würde dies den Anwendungsbereich des § 434 I 2 Nr. 2 BGB und mit ihm den des verbraucher-schützenden Satzes 3 auf ein Minimum reduzieren. Es ist deshalb davon auszugehen, dass Kaufsachen, für welche seitens des Käufers die im Verkehr übliche Verwendung beabsichtigt ist, grundsätzlich am Maßstab des § 434 I 2 Nr. 2 BGB zu messen sind.

Bei dem Kauf eines mehr als 5 1/2 Jahren alten PKW mit einer Laufleistung von 113.000 Km kann ein Käufer allerdings nicht erwarten, dass dieser frei von jeglichen Verschleißerscheinungen ist. Gerade Fahrzeugteile wie der Auspuff, nach längerer Laufzeit auch

Stoßdämpfer zählen zu den Anbauteilen, die natürlichem Verschleiß unterliegen. Solange bei dem Kauf derartiger Fahrzeuge nicht die Beseitigung solcher Alterserscheinungen vereinbart wird, begründen diese daher auch keinen Mangel i. S. d. § 434 I 2 Nr. 2 BGB.

c. Unzulässige Reifen, unsachgemäß verschweißtes Abgasrohr, milchiger Scheinwerfer, abstehende Stoßleisten und Stoßfänger

Anders könnte sich dieses hinsichtlich der montierten Reifen, des verschweißten Abgasrohrs, des milchigen Scheinwerfers sowie der abstehenden Anbauteile verhalten. Hier kann auch ein Käufer eines 5 1/2-jährigen Gebrauchtfahrzeuges gem. § 434 I 2 Nr. 2 BGB erwarten, dass ein zulässiges Reifenformat montiert wird, dass Reparaturen fachgerecht ausgeführt wurden, dass Anbauteile, die auch bei längerer Laufleistung nicht ohne weiteres zum Austausch vorgesehen sind, in Takt sind (Scheinwerfer) und auch noch passgenau sitzen.

“Während es sich nach der zutreffenden Einschätzung des Sachverständigen S bei dem defekten Auspuff, dem undichten Stoßdämpfer sowie der beschädigten Dichtung der Beifahrertür um Verschleißerscheinungen handelt, stellen die unzulässige Bereifung, die unfachgemäße Verschweißung am vorderen Abgasrohr sowie der milchige rechte Scheinwerfer Sachmängel dar.” Dasselbe gilt für die abstehenden Stoßleisten und den Stoßfänger.

3. Bei Gefahrübergang i. S. d. § 446 BGB

Die oben unter 2. a. und c. festgestellten Sachmängel müssten auch zum maßgeblichen Zeitpunkt des Gefahrüberganges i. S. d. § 446 BGB, mithin bei Fahrzeugübergabe am 25.10.2002, vorgelegen haben.

a. Rüge der streitigen Mängel erst mit Schreiben vom 27.11.2002

Dieses erscheint fraglich, da der Kl. einen Großteil der noch in Streit stehenden Mängel erst in seinem Schreiben vom 27.11.2002 rügte. Lediglich der geringfügige Lackschaden auf dem Kofferraumdeckel bildet insoweit eine Ausnahme und hat unstreitig bereits bei Gefahrübergang vorgelegen.

b. Beweislastumkehr gem. § 476 BGB

Der seit der Übergabe verstrichene Zeitraum von etwas mehr als einem Monat könnte allerdings unbeachtlich sein, wenn hier zugunsten des Kl. die Beweislastumkehr des § 476 BGB greift.

aa. Verbrauchsgüterkauf i. S. d. § 474 I BGB

Der Vertrag zwischen den Parteien müsste dann als Verbrauchsgüterkauf i. S. d. § 474 I BGB einzustufen sein. Dies ist hier der Fall, da die Bekl. als Gebrauchtwagenhändlerin Unternehmerin i. S. d. § 14 BGB ist und dem Kl. - mangels Anhaltspunkten für einen ge-

werblichen Hintergrund des Fahrzeugkaufes zu qualifizieren als Verbraucher i. S. d. § 13 BGB - mit dem Opel eine bewegliche Sache verkaufte. Diese war zwar gebraucht, es lag aber keine öffentliche Versteigerung nach § 474 I 2 BGB vor.

bb. Auftreten des Mangels binnen 6 Monaten ab Gefahrübergang

Für einen solchen Vertrag gilt, dass das Vorliegen des Mangels bereits bei Gefahrübergang vermutet wird, soweit sich dieser binnen 6 Monaten nach Gefahrübergang zeigt. Diese 6-Monatsfrist war hier eingehalten.

cc. Kein Ausschluss gem. § 476 BGB a. E.

Etwas anders gilt aber, soweit diese Vermutung mit der Art der Sache oder des Mangels unvereinbar ist. Zum einen könnten generelle Zweifel an der Anwendbarkeit der Vermutungsregel schon deshalb bestehen, weil hier eine gebrauchte Sache verkauft wurde, bei der obigen Ausführungen zufolge mit zunehmendem Alter mit den Hinzutreten weiterer Defekte zu rechnen ist.

“Diese Regelung findet nach allgemeiner Ansicht auch auf gebrauchte Sachen Anwendung (Palandt/Putzo, BGB, 62. Aufl., § 476 Rz. 3), wobei allerdings die Vermutungswirkung des § 476 BGB wegen “der Art des Mangels” vielfach nicht eingreifen wird.”

Ein Ausschluss kommt mithin allenfalls bezüglich einzelner der noch verbliebenen Mängel in Betracht.

(1.) Abstehende Stoßleisten und Stoßfänger

“Dies ist hier bezüglich der von dem Sachverständigen festgestellten weiteren Mängel, nämlich der hervorstehenden Stoßleisten und des abstehenden Stoßfängers, der Fall. Denn diese Fehler sind, wie den von dem Sachverständigen gefertigten Fotos zu entnehmen ist, derart offenkundig, dass sie, wenn sie bereits bei der Übergabe des Fahrzeugs am 25.10.2002 vorhanden gewesen wären, dem Kl. anlässlich der Erstellung seiner Mängelliste vom 30.10.2002 zwangsläufig hätten auffallen müssen.”

(2.) Unzulässige Reifen, unsachgemäß verschweißtes Abgasrohr, milchiger Scheinwerfer

“Dagegen bleibt es bei den vorbezeichneten drei weiteren Mängeln (Bereifung, Abgasrohr, Scheinwerfer) bei der Vermutung des § 476 BGB. Denn der Bekl. ist es nicht gelungen, diese zu widerlegen. Hierfür ist, da es um eine gesetzliche Vermutung geht, nicht ausreichend, dass der Verkäufer diese erschüttert. Er muss gem. § 292 ZPO vielmehr den vollen Beweis des Gegenteils erbringen. Den Gegenbeweis vermochte die Bekl. mit der Aussage des Zeugen S nicht zu führen [wird ausgeführt].”

c. Zwischenergebnis

Es bleiben mithin der Lackschaden, die unzulässigen

Reifen, das unsachgemäß reparierte Abgasrohr sowie der milchige Scheinwerfer als bei Gefahrübergang vorhandene Sachmängel.

4. Erfolglose Nachfrist

Um wegen dieser Mängel zurücktreten zu können, müsste der Kl. der Bekl. gem. § 323 I BGB erfolglos eine Nachfrist zur Beseitigung dieser Mängel im Wege der Nacherfüllung gem. §§ 437 Nr. 1, 439 BGB gesetzt haben.

“Der Käufer, der wegen eines Mangels vom Kaufvertrag zurücktreten will, ist gehalten, dem Verkäufer vor Ausspruch des Rücktritts eine Frist zur Nachbesserung einzuräumen.”

a. Nachfrist bis 05.12.2002 gem. Schreiben des Kl. vom 27.11.2002

“Mit Schreiben vom 27.11.2002 hat der Kl. die Bekl. zwar unter Fristsetzung bis zum 05.12.2002 aufgefordert, die vorbezeichneten Mängel zu beseitigen. Die Bekl. hat es auch unterlassen, innerhalb der ihr gesetzten Frist tätig zu werden; ihr Antwortschreiben vom 04.12.2002 ist erst am 06.12.2002 bei dem Kl. eingegangen. Die Frist ist indes unter Berücksichtigung des enthaltenen Wochenendes vor dem Hintergrund, dass die unzulässige Bereifung und die unfachgemäße Verschweißung am vorderen Abgasrohr erstmals mit Schreiben vom 27.11.2002 gerügt worden sind und dass zudem, worauf der Kl. in seinem Schreiben selbst hingewiesen hat, ein Termin über die Vorführung des Wagens vereinbart werden musste, zu kurz bemessen gewesen. Eine zu kurze Frist ist zwar nicht wirkungslos, sondern setzt eine angemessene Frist in Lauf. Diese war hier bei Eingang des Antwortschreibens der Bekl. am 06.12.2002, in dem sie um eine Vorführung des Wagens bat, noch nicht abgelaufen, wobei das genaue Fristende dahin stehen kann. Denn der Kl. ist dem Anliegen der Bekl. nicht nachgekommen, sondern hat sogleich mit Schreiben vom 09.12.2002 und damit verfrüht den Rücktritt vom Vertrag erklärt.”

b. Entbehrlichkeit der Nachfrist

Der Rücktritt des Kl. könnte dennoch wirksam gewesen sein, wenn hier eine Fristsetzung ausnahmsweise entbehrlich war. Als Entbehrlichkeitsgrund kommt hier eine ernsthafte und endgültige Leistungsverweigerung der nacherfüllungspflichtigen Bekl. gem. § 323 II Nr. 1 BGB in Frage, insbesondere, da die Bekl. es trotz ausdrücklicher Vereinbarung versäumt hatte, den Lackschaden auf dem Kofferraumdeckel zu beseitigen.

“Nach § 323 II Nr. 1 BGB ist eine Fristsetzung zwar entbehrlich, wenn der Schuldner die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert hat. An ihr Vorliegen werden aber strenge Anforderungen gestellt. Hierfür ist nicht ausreichend, dass die Bekl. trotz ihrer Zusage den Lackschaden nicht beseitigen ließ, wozu sie nach Übergabe des Wagens ohnehin erst durch das Schreiben vom 27.11.2002 aufgefordert worden ist. Gleiches gilt für die unterlassene Reparatur des rechten Scheinwerfers, auch wenn der Kl. diesen Fehler nach seinem Vorbringen in der Klageschrift schon vor seinem Schreiben vom 27.11.2002 mündlich gerügt hat. Denn die Nichtvornahme von Nachbesserungsarbeiten kann allein nicht als endgültige Erfüllungsverweigerung aufgefasst werden. Dies gilt hier umso mehr, als dass die Bekl. mit Schreiben vom 04.12.2002 eine Nacherfüllung nicht abgelehnt hat, sondern sich bereit erklärt hat, den Wagen im Hinblick auf die in dem Schreiben vom 27.11.2002 gerügten Mängel zu überprüfen. [...] Der erfolglose Ablauf einer angemessenen Nachfrist gem. § 323 I BGB war hier mithin nicht entbehrlich.”

Der Kl. hat den Rücktritt schon vor Ablauf einer angemessenen Frist erklärt, so dass dieser keine Wirkung entfalten konnte.

II. Ergebnis

“Der Kl. kann die Bekl. nicht auf Grund des von ihm erklärten Rücktritts gem. §§ 346 ff. BGB auf Rückabwicklung des zwischen den Parteien zu Stande gekommenen Kaufvertrags über den gebrauchten Pkw Opel Vectra in Anspruch nehmen. Denn die Voraussetzungen für einen Rücktritt vom Kaufvertrag nach § 437 Nr. 2 BGB sind nicht gegeben.”

B. Anspruch auf Kaufpreistrückzahlung als Schadensersatz statt der Leistung gem. §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 I 1 Fall 2 BGB

“Steht dem Kl. nach alledem lediglich der vorrangige Nacherfüllungsanspruch aus §§ 437 Nr. 1, 439 BGB zu [,der von der Bekl. sofort nach Antragsstellung anerkannt worden ist], kann er die Bekl. auch nicht gem. § 437 Nr. 3 i. V. mit §§ 280, 281 BGB auf Schadensersatz in Anspruch nehmen.”

C. Gesamtergebnis

Der Kl. kann von der Bekl. nicht Rückzahlung des Kaufpreises i. H. v. 6.600,- Euro verlangen.

Standort: § 267 I StGB**Problem: Schulische Hausaufgabe als Urkunde**

AG PFAFFENHOFEN A.D. ILM, URTEIL VOM 29.10.2003
Ds 12 Js 11937/02 (JUS 2004, 1119)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte, Direktor einer Schule, wollte die Gunst einer elfjährigen Schülerin erringen, indem er dieser erlaubte, nach dem eigentlichen Abgabetermin eine Hausaufgabe noch einmal zu überarbeiten und ihr hierfür auch die richtige Lösung zur Verfügung stellte. Das Amtsgericht Pfaffenhofen an der Ilm sah hierin eine Urkundenfälschung in mittelbarer Täterschaft.

Prüfungsrelevanz:

Dieser Fall kombiniert in fast schon klassischer Weise einer Examensaufgabe Probleme des Besonderen Teils (hier aus dem Bereich der im Examen sehr beliebten Urkundsdelikte) mit solchen des Allgemeinen Teils (vorliegend aus dem Themenkreis Täterschaft und Teilnahme, der auch eine besondere Examensrelevanz aufweist).

Neben der Frage, ob eine Schulhausaufgabe überhaupt eine Urkunde darstellt (was das AG Pfaffenhofen a.d. Ilm ausführlich diskutiert) bietet der Fall noch Gelegenheit dazu, zwei weitere Probleme anzusprechen (die das AG nicht erörtert): da die Verfasserin der Hausaufgabe selbst die nachträglichen Änderungen an dieser vorgenommen hatte, stellt sich die Frage, ob ein Verfälschen einer echten Urkunde i.S.v. § 267 I 2. Fall StGB auch dann vorliegen kann, wenn die nachträgliche Veränderung der Urkunde durch die Ausstellerin selbst vorgenommen wird. Auch stellt sich, da der einzige Strafbarkeitsmangel der Schülerin in der fehlenden Strafmündigkeit (vgl. § 19 StGB) lag, die Frage, ob dies für eine mittelbare Täterschaft bereits ausreicht oder ob noch weitere Voraussetzungen zu verlangen sind.

Vertiefungshinweise:

Zu den Voraussetzungen der Urkundeeseigenschaft, insb. zur Beweisfunktion: *BGHSt* 17, 297; *BayObLG*, NJW 1981, 772; *Löffler*, NJW 1983, 1421

Zu § 267 I 2. Fall StGB bei nachträglicher Veränderung der Urkunde durch den Aussteller selbst: *BGHSt* 13, 383; *OLG Koblenz*, NStZ 1995, 138; *Freund*, JuS 1994, 34; *Kargl*, JA 2003, 608, *Krack*, JR 1998, 479; *Otto*, JK 12/04, StGB § 267/32 (zu diesem Fall)

Zu mittelbarer Täterschaft bei Strafunmündigkeit (§ 19 StGB) des Vordermanns: *RGSt* 61, 265

Kursprogramm:

Examenskurs: "Wie die Eltern, so die Kinder"

Examenskurs: "Juraexamen"

Leitsatz (der Redaktion):

Ein Lehrer, der einer strafunmündigen Schülerin erlaubt, eine Schulaufgabe nach Abschluss der regulären Prüfungszeit zu ändern, begeht Urkundenfälschung in mittelbarer Täterschaft.

Sachverhalt:

A war Direktor einer Schule und hatte selbst Schulklassen zu unterrichten, darunter im Jahr 2001 auch eine fünfte Klasse. Mit Teilen dieser Klasse organisierte er eine Arbeitsgemeinschaft Fotografieren, an der auch das damals elfjährige Mädchen M teilnahm. Von M war A begeistert. Dies führte zunächst dazu, dass A, zu dessen Hobbys das Fotografieren gehörte, mit Erlaubnis der Eltern auch außerhalb des unmittelbaren schulischen Kontextes die M fotografierte. [...] Später kam dem A der Gedanke, M wieder fotografieren zu können, dieses Mal ohne Erlaubnis der Eltern [...]. Er hoffte deswegen, dadurch dass er M einen Gefallen täte, auch von dieser den Gefallen zu erlangen, sie fotografieren zu dürfen. Der Gedanke hieran kam ihm, als er in seiner fünften Klasse eine Mathematik-Schulaufgabe hatte schreiben lassen. Bei dieser Aufgabe schnitt M, wie auch zuvor, schlecht ab. Bei der Korrektur der Arbeiten überlegte A, dass er M die Schulaufgabe nachbessern lassen könnte, damit sie sich dann fotografieren ließe. Kurz bevor A die Schulaufgabe herausgab, bat er deswegen M, ihn zu begleiten und ihm bei einer seiner Aufgaben als Schuldirektor zu helfen, da er in einigen Klassen Geld als Dank für eine gemeinnützige Aktion zu verteilen hatte. M war ohne Weiteres bereit, ihrem Lehrer beim Verteilen des Geldes zu helfen. Er bat es deswegen, mit nach unten ins Fotolabor zu kommen, wo er das Geld für die anderen Klassen aufbewahrt hatte. Im Fotolabor wies er dann M darauf hin, dass ihre Schulaufgabe sehr schlecht ausgefallen sei, er ihr aber erlauben würde, eine Aufgabe nachzubessern, um ihr so eine bessere Note geben zu können. Er legte ihr deswegen ihre Schulaufgabe vor und gab ihr einen Zettel mit den richtigen Lösungen für eine der Aufgaben, bei der M schlecht abgeschnitten hatte. Der Aufforderung, ihre Aufgabe nachzubessern, kam M nach. [...] Durch die Nachbearbeitung der Schulaufgabe konnte A statt der Note fünf die Note vier geben. Für die Gesamtnote der Schülerin blieb dies ohne Auswirkung.

Hat sich A wegen Urkundenfälschung (§ 267 StGB) strafbar gemacht?

[Bearbeitervermerk: Gehen Sie davon aus, dass M

wegen ihres jugendlichen Alters nicht in der Lage war, das Unrecht ihres Handelns zu erkennen.]

Lösung:

A. Strafbarkeit wegen Urkundenfälschung in mittelbarer Täterschaft gem. §§ 267 I, 25 I 2. Fall StGB

A könnte sich wegen Urkundenfälschung in mittelbarer Täterschaft gem. §§ 267 I, 25 I 2. Fall StGB strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

1. Verfälschen einer echten Urkunde (§ 267 I 2. Fall StGB)

Die nachträgliche Veränderung der Hausaufgabe könnte das Verfälschen einer echten Urkunde (§ 267 I 2. Fall StGB) darstellen.

a. Urkunde

Dann müsste es sich bei der Hausaufgabe der M zunächst um eine Urkunde handeln.

Ein Gegenstand ist eine Urkunde i.S.v. § 267 I StGB, wenn er drei Funktionen erfüllt: er muss eine Gedankenerklärung stofflich fixieren (Perpetuierungsfunktion), er muss zum Beweis im Rechtsverkehr geeignet und bestimmt sein (Beweisfunktion) und er muss einen Aussteller erkennen lassen (Garantiefunktion; vgl. BGHSt 13, 235; 16, 96; Sch/Sch-Cramer, § 267 Rn. 2)

aa. Perpetuierungsfunktion

Die Hausaufgabe der M müsste zunächst eine stofflich fixierte Gedankenerklärung enthalten.

Eine Hausaufgabe enthält - wie jede Prüfungsaufgabe - eine Gedankenerklärung in der Weise, dass der Schüler bzw. der Prüfling erklärt, wie die gestellte Aufgabe seiner Meinung nach zu lösen sei (vgl. BGHSt 17, 297). Diese Gedankenerklärung wird auch durch die Niederschrift stofflich fixiert.

Die Hausaufgabe erfüllt somit die Perpetuierungsfunktion.

bb. Beweisfunktion

Weiter müsste die Hausaufgabe der M auch dazu geeignet und bestimmt gewesen sein, im Rechtsverkehr Beweis zu erbringen.

Hierzu das AG Pfaffenhofen a.d. Ilm: "Zum einen ist von einer Urkunde auszugehen. Dabei ist unerheblich, ob es sich bei der Bewertung der Schulaufgabe um einen Verwaltungsakt handelt oder diese Bewertung nur einen unselbstständigen Teilakt für die Abschlussnote darstellt. Die schriftliche Prüfung war dazu bestimmt, den Leistungsstand der Schüler zu erweisen. Sie bildete damit Grundlage der Bewertung der Schülerin. Damit ist die Schulaufgabe bestimmt, im Rechtsverkehr Beweis zu erbringen.

Plakativ wird dies für den umgekehrten Fall, dass nicht

ein Lehrer abändern lässt, sondern ein Schüler seine eigene Aufgabe nach Ablauf der Prüfungszeit abändert. In diesem Fall bestünde kein Zweifel daran, dass es sich um eine Urkunde handelt und der Schüler diese verfälscht. Er hat seine Abänderungsbefugnis mit Schluss der Prüfungszeit verloren. Umgekehrt ist dann auch für den Lehrer ein solcher Leistungstext eine Urkunde. Die Prüfungsarbeit soll über die während der Prüfungszeit erbrachte Leistung Beweis erbringen. Damit stellt sie auch für den Lehrer eine Urkunde dar." Auch die Beweisfunktion ist bei der Hausaufgabe der M somit gegeben.

cc. Garantiefunktion

Schließlich müsste die Hausaufgabe der M auch diese als Ausstellerin, also als Verantwortliche für den Inhalt, erkennen lassen.

Es ist davon auszugehen, dass die Hausaufgabe, für die ja eine Note vergeben werden sollte, entweder in einem Hausaufgabenheft stand, das die M als Inhaberin auswies oder anderweitig mit dem Namen der M gekennzeichnet war, damit A bei der Benotung die Aufgabe einer bestimmten Schülerin zuordnen konnte. Auch die Garantiefunktion ist somit gegeben.

Die Hausaufgabe der M stellt somit eine Urkunde dar.

b. Echtheit der Urkunde

Tatobjekt des § 267 I 2. Fall StGB kann nur eine echte Urkunde sein. Die Hausaufgabe der M stellt eine Urkunde dar (s.o.), sie müsste aber auch noch i.S.v. § 267 I StGB "echt" sein.

Eine Urkunde ist echt, wenn sie von demjenigen stammt, der in ihr als Aussteller bezeichnet ist (LG Bremen, StV 1999, 322; Tröndle/Fischer, § 267 Rn. 18; Schönke/Schröder-Cramer, § 267 Rn. 48 mwN). Die ursprüngliche Fassung der Hausaufgabe war von M angefertigt worden und wies auch die M als Ausstellerin aus, so dass sie eine echte Urkunde darstellt.

c. Verfälschen

Die Urkunde müsste verfälscht worden sein.

Eine Urkunde wird i.S.v. § 267 I 2. Fall StGB verfälscht, wenn die in ihr enthaltene Gedankenerklärung nachträglich so verändert wird, dass der Anschein erweckt wird, der Aussteller habe die Erklärung von Anfang an so abegegeben, wie sie nach der Veränderung vorliegt (BayObLG, NJW 1990, 264; Lackner/Kühl, § 267 Rn. 20 mwN).

aa. Verfälschen durch A selbst

A selbst hat keinerlei Veränderungen an der Hausaufgabe der M vorgenommen, so dass er die Urkunde jedenfalls nicht selbst verfälscht hat.

bb. Verfälschen in mittelbarer Täterschaft durch M

Jedoch könnte die M die Urkunde verfälscht haben

und diese Handlung könnte dem A als mittelbaren Täter gem. § 25 I 2. Fall StGB zugerechnet werden.

(1) Verfälschen durch M

Zunächst müsste M die Urkunde verfälscht haben. Dadurch, dass M die von ihr selbst verfasste - falsche - Lösung der Hausaufgabe durch die ihr von A überlassene - richtige - Lösung ersetzte, hat sie die enthaltene Gedankenerklärung nachträglich verändert, was grundsätzlich ein Verfälschen darstellt (s.o.). Eine Besonderheit ergibt sich im vorliegenden Fall jedoch daraus, dass die Person, die die nachträgliche Veränderung der Urkunde vornimmt mit derjenigen identisch ist, die die ursprüngliche echte Urkunde angefertigt hatte. Ob ein Verfälschen einer echten Urkunde i.S.v. § 267 I 2. Fall StGB auch dann gegeben sein kann, wenn der Aussteller die von ihm selbst herrührende Urkunde nachträglich verändert, ist streitig.

(a) 1. Meinung

Nach einer Auffassung stellt eine nachträgliche Veränderung einer Urkunde durch den Aussteller selbst niemals eine Urkundenfälschung i.S.v. § 267 I 2. Fall StGB dar (Puppe, JZ 1997, 491; Krack, JR 1998, 479; SK-Hoyer, § 267 Rn. 83; Schönke/Schröder-Cramer, § 267 Rn. 68 mwN).

Da M die Ausstellerin der ursprünglichen Urkunde ist, wäre nach dieser Meinung ein Verfälschen durch M somit nicht gegeben.

(b) 2. Meinung

Die Gegenauffassung geht davon aus, dass das Verfälschen einer Urkunde auch durch den Aussteller selbst erfolgen kann, sofern dieser seine Befugnis zur Abänderung der Urkunde verloren hat (BGHSt 13, 383; Geppert, Jura 1990, 272; Tröndle/Fischer, § 267 Rn. 19 a; LK-Gribbohm, § 267 Rn. 203 ff. mwN).

Bei einer schulischen Hausaufgabe erlischt die Abänderungsbefugnis des Schülers spätestens mit der Abgabe der Hausarbeit. Im vorliegenden Fall war die Aufgabe zwischenzeitlich sogar vom zuständigen Lehrer A durchgesehen worden, so dass die nachträgliche Veränderung der Lösung durch M jedenfalls in einem Zeitpunkt erfolgte, in dem diese - obwohl Ausstellerin der Arbeit - nicht mehr zu deren Abänderung befugt war. Eine entsprechende Befugnis der F entstand auch nicht daraus, dass A ihr erlaubte, die Aufgabe nachträglich noch zu ändern, da dieser eine entsprechende Genehmigung gar nicht wirksam erteilen kann. Ein Verfälschen i.S.v. § 267 I 2. Fall StGB ist somit nach dieser Auffassung gegeben.

Zu diesem Ergebnis kommt auch dass AG Pfaffenhofen a.d. Ilm im vorliegenden Fall: "Durch die nachträglich zugelassene Abänderung verstieß der Angeklagte gegen die Beweisbestimmung der geleisteten Prüfungsarbeit.

Die Beweisbestimmung der Schulaufgabe ist in mehre-

re Richtungen anzunehmen. Die Schulaufgabe ist zum einen im Verhältnis Schüler - Schule, zum anderen im Verhältnis Eltern - Schule zum Beweis bestimmt.

a. Bei dem Verhältnis Schüler - Schule handelt es sich um ein rechtliches Verhältnis, das durch Rechte und Pflichten des Schülers und spiegelbildlich durch Rechte und Pflichten der Schule, personifiziert durch die Lehrer und die Schulleitung, bestimmt ist. Dabei haben die Schüler einer Klasse jedenfalls im Grundsatz dieselben Rechte und Pflichten. Genauso besteht auf Seiten der Lehrer jedenfalls im Grundsatz die Verpflichtung zur Gleichbehandlung.

Dies gilt auch für Prüfungsarbeiten und deren Korrektur. Gerade in gleichen Prüfungsbedingungen besteht die Grundvoraussetzung für Chancengleichheit und faire Bestimmung des Leistungsstandes. Dabei wird der Leistungsstand nicht absolut, sondern relativ, bezogen auf die Klasse, ermittelt. Deswegen haben Korrekturen einen Aussagegehalt, der über die einzelne Arbeit hinausgeht. Ihr Aussagegehalt ist auch, dass gleiche Leistungen gleich bewertet wurden. Korrekturen haben dadurch nicht nur für die betreffende Arbeit, sondern auch für andere Arbeiten Ausagewert.

Dieser Ausagewert hat auch Beweiswert für die Schüler. Es spielt dabei keine Rolle, ob ihre Rechte justitiabel sind oder nicht. Die Beweisbestimmung einer Urkunde hängt nicht alleine davon ab, dass mit ihr Rechtspositionen gerichtlich geltend gemacht werden können. Auch Rechtsbehelfe, die formlos möglich sind und praktisch nur einen Protest gegen die Korrektur darstellen würden, sind ausreichend: gerade hierfür ist im schulischen Kontext eine Beweisbestimmung anzunehmen.

So ist durchaus denkbar, dass ein Protest gegen eine unberechtigte Bevorzugung, mit Nachdruck vorgetragen, zu einer Aufhebung der Begünstigung oder noch weitergehend zu einer Annullierung der gesamten Prüfung geführt hätte. Ob mit Erfolg eine Gleichbehandlung oder eine Rückgängigmachung der Bevorzugung gerichtlich hätte geltend gemacht werden können, kann deswegen dahinstehen.

Dieser Beweiswert liegt dabei auch nicht erst den korrigierten Arbeiten, sondern bereits den Arbeiten selbst, also bereits den unkorrigierten Arbeiten inne. Sie dienen nicht nur der Bestimmung der einzelnen Leistung, sondern als Bezugspunkt auch zur Bestimmung des Leistungsstandes der Mitprüflinge. Diesen Beweiswert verlieren sie, wenn nachträgliche Änderungen außerhalb der Prüfungszeit vorgenommen werden.

b. Auch bei dem Verhältnis Eltern - Schule handelt es sich um ein rechtliches Verhältnis, das durch spiegelbildliche Rechte und Pflichten geprägt ist. Die Eltern haben für die Einhaltung der Schulpflicht Sorge zu tragen, die Schule übernimmt demgegenüber einen Teil der Erziehungsaufgaben der Eltern. Insofern dienen die Prüfungsaufgaben nicht nur den Lehrern zur

Bestimmung des Leistungsstandes ihrer Schüler, sondern auch den Eltern zur Bestimmung des Leistungsstandes ihrer Kinder.

Daneben dienen die Arbeiten und ihre Korrektur in dieser Weise auch der Überprüfungsmöglichkeit der Eltern, ob durch die Lehrer dem Erziehungsauftrag genüge getan wird. Die Leistungen der Schüler und deren Bewertung bilden für Eltern eine der Grundlagen, um die Leistungen der Schule zu kontrollieren.

Auch hier spielt es keine Rolle, ob diese Rechte vor Gericht durchsetzbar sind. Die Eltern partizipieren am Schulbetrieb, durch Elternbeiräte und Elternsprechstunden. Sie partizipieren zudem als gesetzliche Vertreter ihrer Kinder. Es ist ihnen unbenommen, gegen unsachliche Bewertungen zu protestieren und weitergehend auch disziplinarrechtliche Maßnahmen, also die schulische Selbstkontrolle, zu initiieren. Beides kann sich ohne Weiteres auch gegen einen Schuldirektor richten.

Unerheblich ist deswegen auch, ob eine Verpflichtung zur Mitgabe der Schulaufgabe an die Eltern bestand oder nicht. Die Erziehungsrechte der Eltern begründen deren Recht, jedenfalls auf Verlangen die geschriebenen Schulaufgaben ihrer Kinder einzusehen, um sich ein eigenes Bild von den Leistungsstärken/Leistungsschwächen zu machen. Schon dieses Recht wird durch das Zulassen nachträglicher Änderungen verletzt."

(c) Stellungnahme

Die erste Meinung argumentiert mit dem Schutzzweck des § 267 I StGB. Dieser Tatbestand schützt nämlich nur die Echtheit von Urkunden und nicht deren inhaltliche Richtigkeit oder Unverfälschtheit. Bei der Tathandlung des "Verfälschens" i.S.v. § 267 I 2. Fall StGB handele es sich nur um einen Unterfall des "Herstellens" (§ 267 I 1. Fall StGB). Deshalb müsse das Ergebnis einer Tathandlung gem. § 267 I 2. Fall StGB - ebenso wie bei § 267 I 1. Fall StGB - auch stets eine unechte Urkunde sein. Da es hieran jedoch fehle, wenn der Aussteller selbst die Urkunde nachträglich verändere, sei in diesem Fall auch § 267 I 2. Fall StGB ausgeschlossen.

Nach der Gegenauffassung ist das "Verfälschen" nicht lediglich ein Unterfall des "Herstellens", sondern eine selbstständige Begehungsvariante. Deshalb müsse auch das Ergebnis eines Verfälschens nicht unbedingt eine unechte Urkunde sein. Der letztgenannten Auffassung ist zu folgen. Der Aussteller, der die Befugnis verloren hat, die von ihm stammende Urkunde noch zu verändern, steht dieser genauso gegenüber wie ein Dritter, der an der Herstellung der Urkunde gar nicht mitgewirkt hat. Wenn der Aussteller nach Wegfall der Abänderungsbefugnis noch Änderungen an der Urkunde vornimmt, kann er deshalb nicht dadurch privilegiert sein, dass er die ursprüngliche Urkunde selbst hergestellt hatte. Auch in diesem Fall muss deshalb ein Verfälschen i.S.v. § 267 I 2. Fall StGB vorliegen. Dass

das Ergebnis des Verfälschens - anders als von der ersten Meinung behauptet - nicht stets eine unechte Urkunde sein muss, belegt der Wortlaut des § 267 I 3. Fall StGB. Dort wird nämlich verlangt, dass der Täter eine "unechte oder verfälschte" Urkunde gebraucht. Wenn aber auch das Ergebnis des Verfälschens einer Urkunde stets eine unechte Urkunde sein müsste, wäre es sinnlos, die verfälschte Urkunde als eigene Variante aufzuführen.

M hat durch die nachträgliche Veränderung der Hausaufgabe diese i.S.v. § 267 I 2. Fall StGB verfälscht.

(2) Zurechnung gem. § 25 I 2. Fall StGB

Die Tathandlung der M müsste A gem. § 25 I 2. Fall StGB zuzurechnen sein, d.h. es müsste ein Fall der mittelbaren Täterschaft vorliegen.

(a) Eigener Beitrag des A

Um mittelbarer Täter zu sein, müsste A zunächst einen eigenen Beitrag zur Vornahme der Tathandlung durch die Tatmittlerin M geleistet haben.

A hatte M aufgefordert, ihre Hausaufgabe zu berichtigen und hatte ihr sogar die richtige Lösung zur Verfügung gestellt, so dass er einen eigenen Beitrag geleistet hat.

(b) Werkzeugeigenschaft der M

M müsste eine dem A unterlegene Tatmittlerin, also ein Werkzeug sein.

Die Werkzeugeigenschaft ergibt sich i.R.v. § 25 I 2. Fall StGB typischerweise aus einem Strafbarkeitsmangel des Tatmittlers (Lackner/Kühl, § 25 Rn. 2; Schönke/Schröder-Cramer, § 25 Rn. 8; Wesels/Beulke, AT, Rn. 537 mwN).

M war im Tatzeitpunkt erst elf Jahre alt und somit gem. § 19 StGB nicht schuldfähig. Sie wies einen Strafbarkeitsmangel auf, so dass sie Werkzeug des A ist.

(c) Überlegenheit des A

Die mittelbare Täterschaft setzt weiterhin voraus, dass der mittelbare Täter gegenüber dem Tatmittler eine überlegene, steuernde Stellung innehat (Tröndle/Fischer, § 25 Rn. 3).

A wusste, dass die M wegen ihres Alters strafunmündig war und nutzte gerade dies zur Begehung der Tat aus. Fraglich ist jedoch, ob in den Fällen, in denen - wie im vorliegenden - der Vordermann tatbestandsmäßig und rechtswidrig handelt und lediglich aufgrund der fehlenden Strafmündigkeit (§ 19 StGB) nicht selbst strafrechtlich belangt werden kann, eine Überlegenheit des Hintermannes ohne weiteres angenommen werden kann.

(aa) 1. Meinung

Nach einer Auffassung ist bei gem. § 19 StGB strafunmündigen Kindern als Tatmittler der Hintermann stets

mittelbarer Täter (Kühl, AT, S. 689; Jakobs, AT, S. 643; LK-Roxin, § 25 Rn. 118; Schönke/Schröder-Cramer, § 25 Rn. 39).

Nach dieser Auffassung wäre eine die mittelbare Täterschaft begründende Überlegenheit des A somit ohne weiteres gegeben.

(bb) 2. Meinung

Nach der Gegenauffassung begründet die Strafunmündigkeit des Vordermannes gem. § 19 StGB nicht automatisch eine Überlegenheit des Hintermannes, die für eine mittelbare Täterschaft ausreicht (RGSt 61, 265; Bockelmann/Volk, AT, S. 181; Jescheck/Weigend, AT, S. 668 mwN). Bei § 19 StGB handele es sich um eine gesetzgeberische Fiktion, bei der von der Unfähigkeit des (minderjährigen) Täters zur Unrechtseinsicht ausgegangen werde, ohne dass eine tatsächliche Prüfung stattfindet, ob dieser wirklich nicht in der Lage war, das Unrecht seines Tuns zu erkennen. Da die für eine mittelbare Täterschaft erforderliche Überlegenheit jedoch nicht allein auf einer gesetzlichen Fiktion beruhen dürfe, sondern stets eine tatsächlich vorliegende Überlegenheit erfordere, sei in diesen Fällen noch zu prüfen, dass der Minderjährige tatsächlich nicht in der Lage war, das Unrecht seines Tuns zu erkennen.

Die M war tatsächlich nicht in der Lage, das Unrecht ihres Tuns zu erkennen, so dass auch nach dieser Auffassung eine Überlegenheit des A gegeben ist.

(cc) Zwischenergebnis

Nach beiden Auffassungen ist eine hinreichende Überlegenheit des A gegeben. Eine Streitentscheidung ist somit entbehrlich.

Die Voraussetzungen für eine mittelbare Täterschaft des A liegen somit vor. Die Tathandlung der M ist A gem. § 25 I 2. Fall StGB zuzurechnen.

d. Vorsatz

A müsste auch vorsätzlich gehandelt haben (vgl. § 15 StGB).

Vorsatz ist der Wille zur Verwirklichung eines Straftatbestandes in Kenntnis aller seiner objektiven Tatumstände (BGHSt 19, 295; 36, 1; Wessels/Beulke, AT, Rn. 203). A kannte alle Umstände, aus denen sich die Tatbestandsverwirklichung ergab (inkl. den Voraussetzungen der Begehung in mittelbarer Täterschaft) und wollte diese auch verwirklichen, so dass er vorsätzlich handelte.

e. "Zur Täuschung im Rechtsverkehr"

A müsste auch zur Täuschung im Rechtsverkehr gehandelt haben.

Der Täter einer Urkundenfälschung handelt dann zur Täuschung im Rechtsverkehr i.S.v. § 267 I StGB, wenn er einen Irrtum über die Echtheit bzw. Unverfälschtheit der Urkunde erregen und den Getäuschten

zu einem rechtlich erheblichen Verhalten veranlassen will (BGHSt 5, 149; Freund, JuS 1994, 126; Tröndle/Fischer, § 267 Rn. 30 mwN), wobei insofern das sichere Wissen des Täters ausreichend ist (BayObLG, NJW 1998, 2917; LK-Tröndle, § 267 Rn. 198).

Das AG Pfaffenhofen a.d. Ilm bejaht die erforderliche Täuschungsabsicht des A: "Korrekturen und damit auch die Aufgabe selbst, auf der die Korrektur nur aufbaut, sind [...] nach außen gerichtet. Die Bestimmung des Leistungsstandes ist, unabhängig von ihrer Justizialität, nicht in das Belieben des jeweiligen Lehrers gestellt. Die Bestimmung des Leistungsstandes ist durch den rechtlichen Rahmen, den der Schülerstatus begründet, rechtlich geprägt. Das Handeln des Angeklagten lag nicht im außerrechtlichen Bereich.

Dies wusste der Angeklagte auch. Ihm war bewusst, dass er das Mädchen begünstigte und damit die anderen Schüler benachteiligte. Um dies zu verschleiern erlaubte er die nachträglichen Änderungen, um so nach außen hin den Anschein einer unangreifbaren Korrekturleistung zu erwecken.

Auch dass er die Eltern des Mädchens täuschte, war dem Angeklagten bewusst. Ihm war klar, dass er durch Verfälschung des Ergebnisses auch die Erziehungsberechtigten des Mädchens über den tatsächlichen Leistungsstand und über seine Bevorzugung des Mädchens täuschte.

Entsprechend hatte der Angeklagte auch Täuschungsabsicht. Die aufgezeigten Benachteiligungen anderer waren zwingende Folge der Bevorzugung des Mädchens und der Verheimlichung dieser Bevorzugung.

Wenn Folgen des eigenen Handelns als notwendig erkannt werden, dann ist ein Willensmoment, das sich gegen diese Folgen richtet, unerheblich. In der Entscheidung für die Handlung liegt die Entscheidung für die Folgen. Diese sind beabsichtigt. Dass sie unerwünscht sind, stellt lediglich eine innere Einstellung und damit eine Motivlage dar.

Dass es dem Angeklagten hier um die Bevorzugung des Mädchens ging und damit letztlich um die Möglichkeit, sie zu fotografieren, nimmt dem Angeklagten deswegen nicht die vorhandene Absicht zur Täuschung im Rechtsverkehr. In der Entscheidung für die Bevorzugung des Mädchens liegt die Entscheidung zur Benachteiligung der anderen. In der Entscheidung für die Verheimlichung dieser Bevorzugung liegt die Entscheidung zur Täuschung der anderen Beteiligten."

A hat somit zur Täuschung im Rechtsverkehr gehandelt.

A hat den Tatbestand der §§ 267 I 2. Fall, 25 I 2. Fall StGB verwirklicht.

2. Gebrauchen einer verfälschten Urkunde (§ 267 I 3. Fall StGB)

a. Verfälschte Urkunde

Bei der von M überarbeiteten Hausaufgabe handelt es

sich um eine verfälschte Urkunde (s.o.).

b. Gebrauchen

A müsste diese Urkunde auch gebraucht haben.

Eine Urkunde wird gebraucht i.S.v. § 267 I 3. Fall StGB, wenn sie der Wahrnehmung des zu Täuschen zugänglich gemacht wird (BGHSt 36, 65; Tröndle/Fischer, § 267 Rn. 23, 25 mwN).

Getäuscht werden sollten insb. die Eltern der M (s.o.). Es ist davon auszugehen, dass A der M nach entsprechender Korrektur ihre Hausaufgabe zurückgegeben hat, so dass ab diesem Zeitpunkt eine Kenntnisnahme durch deren Eltern möglich war und A somit die Urkunde i.S.v. § 267 I 3. Fall StGB gebraucht hat.

c. Subjektiver Tatbestand

A handelte auch vorsätzlich und zur Täuschung im Rechtsverkehr (s.o.).

3. Verhältnis der verschiedenen Tatbestandsalternativen

Nach herrschender Meinung bilden das Herstellen einer unechten bzw. Verfälschen einer echten Urkunde und das spätere Gebrauchen der entsprechenden Urkunde ein einheitliches Delikt der Urkundenfälschung, jedenfalls sofern der spätere Gebrauch bereits im Zeitpunkt des Herstellens bzw. Verfälschens konkret geplant war (BGH, GA 55, 246; Tröndle/Fischer, § 267 Rn. 44; Schönke/Schröder-Cramer, § 267 Rn. 79; aA.: OLG Nürnberg, MDR 1952, 52 (Gebrauchen als mitbestrafte Nachtat); SK-Hoyer, § 267 Rn. 114 (Herstel-

len/Verfälschen als mitbestrafte Vortat)).

Da der konkrete Gebrauch der Urkunde von A bereits von vorneherein geplant war, liegt ein einheitliches Delikt der Urkundenfälschung in Form des Verfälschens einer echten Urkunde (in mittelbarer Täterschaft) und Gebrauchs einer verfälschten Urkunde gem. §§ 267 I 2. Fall, 25 I 2. Fall; 3. Fall StGB vor.

II. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

III. Ergebnis

A ist strafbar gem. §§ 267 I 2. Fall, 25 I 2. Fall; 3. Fall StGB.

B. Strafbarkeit wegen Anstiftung zur Urkundenfälschung gem. §§ 267 I 2. Fall, 26 StGB

Die mitverwirklichte Anstiftung zur Urkundenfälschung gem. §§ 267 I 2. Fall, 26 StGB tritt hinter die (mittelbar) täterschaftliche Urkundenfälschung zurück (OLG München, NJW 1950, 879; Tröndle/Fischer, § 26 Rn. 18).

[Anm.: Zwar hat M (wg. § 19 StGB, s.o.) schuldlos gehandelt; dies schließt jedoch eine Anstiftung nicht aus, da diese nur eine vorsätzliche und rechtswidrige Haupttat voraussetzt und keine schuldhafte (sog. Grundsatz der limitierten Akzessorietät, vgl. auch § 29 StGB; Wessels/Beulke, AT, Rn. 553; Tröndle/Fischer, § 26 Rn. 10).]

*Literaturauswertung**Öffentliches Recht*

Autor/Titel:	Rozek, Jochen / Lehr, Marc: "Vermummte Weihnachtsmänner"
Fundstelle:	JA 2004, 900 (Heft 12)
Inhalt:	Versammlungsrechtliche Klausur auf Einsteiger-Niveau. Art. 8 GG wird schulmäßig geprüft. Inhaltlich geht es schwerpunktmäßig um die im Versammlungsgesetz enthaltenen Schranken des Art. 8 GG, deren verfassungskonforme Auslegung und Anwendung sowie das Verhältnis von Art. 8 GG zu anderen Grundrechten, namentlich Art. 5 I und 12 GG.

Autor/Titel:	Ehlers, Dirk; "Die Europäisierung des Verwaltungsprozessrechts"
Fundstelle:	DVBl 2004, 1441 (Heft 23)
Inhalt:	Der Beitrag beleuchtet die wichtigsten Einfallstore, durch die das Europarecht das Verwaltungsprozessrecht beeinflusst. Es zeigt sich, dass die Prüfung nahezu aller Zulässigkeitsmerkmale, angefangen vom Rechtsweg über die Bestimmung der Klageart bis zu deren Sachurteilsvoraussetzungen wie Klagebefugnis und Fristen bei europarechtlichem Bezug zu modifizieren sein können. Gleiches gilt für die Begründetheit.

Zivilrecht

Autor/Titel:	Jud, Brigitta: "Das Recht zur Zurückweisung im Kaufrecht"
Fundstelle:	JuS 2004, 841 (Heft 10)
Inhalt:	Die Autorin untersucht die Frage, inwieweit der Käufer bei Lieferung einer mangelhaften Ware berechtigt ist, deren Abnahme zu verweigern, ohne sich den zahlreichen negativen Rechtsfolgen, welche sich aus einer unberechtigten Abnahmeverweigerung ergeben würden (Annahmeverzug hinsichtlich des Lieferanspruches, §§ 293 ff BGB, damit verbundener Übergang der Preisgefahr, § 326 II Fall 2 BGB, § 446 S. 3 BGB; Schuldnerverzug hinsichtlich der Abnahmeverpflichtung aus § 433 II BGB, möglicherweise auch hinsichtlich der Kaufpreiszahlungspflicht, etc.), auszusetzen. Sie stellt dabei in den Mittelpunkt, dass aufgrund der rechtlichen Einordnung einer mangelhaften Leistung als Nichterfüllung durch § 433 I 2 BGB n. F. eine wesentliche Harmonisierung der Lösung dieser Fälle mit denen der gänzlichen Nichterfüllung durch den Verkäufer erreicht wurde.

Autor/Titel:	Hoeren, Thomas: "Virens scanning und Spamfilter - Rechtliche Möglichkeiten im Kampf gegen Viren, Spams & Co."
Fundstelle:	NJW 2004, 3513 (Heft 49)
Inhalt:	Wer als Privatperson mit unerwünschten Werbe-e-mails "überschüttet" wird, hat gegen den Absender aus §§ 823 I, 1004 BGB (Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts) einen diesbezüglichen Unterlassungsanspruch. Gewerbetreibende können ihren Unterlassungsanspruch zudem auf einen Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb stützen, schließlich drohen dem Absender der Werbemails möglicherweise wettbewerbsrechtliche Konsequenzen. Vielmehr als die Ermittlung dieser Rechtslage bereitet allerdings ihre Durchsetzung in der Praxis Schwierigkeiten, da der mail-Empfänger oft überhaupt nicht herauszufinden vermag, wer hinter der unerwünschten Post steckt. Der Autor untersucht daher, inwieweit technische Schutzmaßnahmen mit dem Gesetz vereinbar und daher erfolgversprechend sind.

Autor/Titel:	Lechner, Herbert: "Die Rechtsprechung des BGH zum neuen Berufungsrecht im Lichte der Intentionen des Gesetzgebers"
Fundstelle:	NJW 2004, 3593 (Heft 50)
Inhalt:	Nach mittlerweile fast drei Jahren liegt zu den aufgrund der am 01.01.2002 in Kraft getretenen umfangreichen Gesetzesreformen veränderten Vorschriften nun auch höchstrichterliche Rechtsprechung vor - dieser Befund gilt nicht nur für die Auswirkungen der Schuldrechtsreform, sondern auch für die der Reform der ZPO. Der Autor dieses Beitrages - selbst Richter am OLG München - widmet sich der Frage, inwieweit der BGH in seiner Anwendung der §§ 511 ff ZPO n. F. der Intention des Gesetzgebers, die Berufung von einer zweiten Tatsacheninstanz zu einer Instanz der Fehlerkontrolle und -beseitigung umzugestalten, gerecht wird. Er kommt zu einer wesentlich kritischeren Beurteilung der bisherigen Rechtsprechung als zahlreiche andere Autoren vergleichbarer Beiträge.

Strafrecht

Autor/Titel:	Sowada, Christoph: "Der umgekehrte 'dolus generalis': Die vorzeitige Erfolgsherbeiführung als Problem der subjektiven Zurechnung"
Fundstelle:	Jura 2004, 814 (Heft 12)
Inhalt:	Die Problematik des sog. "Jauchegruben-Falls" (BGHSt 14, 193) ist ein Klassiker: der vom Täter gewollte Erfolg (Tod des Opfers) tritt - entgegen seiner Vorstellung nicht durch die erste Handlung (Erstickten) ein, sondern erst bei der Beseitigung der vermeintlichen Leiche ein. Ebenso problematisch erscheint jedoch der umgekehrte Fall, wenn der Tod des Opfers bereits durch den Transport des Opfer zum "Tatort" eintritt (vgl. BGH, NJW 2002, 1057). Der Verfasser befasst sich im vorliegenden Aufsatz mit beiden Konstellationen, wobei er bei Lösung der letztgenannten das Vorliegen eines unmittelbaren Ansatzens für eine unabdingbare Voraussetzung der Erfolgszurechnung hält.

Autor/Titel:	Kasiske, Peter: "Begründung und Grenzen der Notwehr"
Fundstelle:	Jura 2004, 832 (Heft 12)
Inhalt:	Während die Darstellung der Wurzeln des Notwehrrechts (das der Verfasser aus dem Hobbes'schen Gesellschaftsvertrag ableitet) nur bedingt von praktischen Interesse ist, ist die Darstellung seiner Grenzen in diesem Aufsatz durchaus gelungen; der Verfasser diskutiert hier insbesondere, ob die Fallgruppen sozialetischer Einschränkung der Notwehr auch ohne weiteres auf die Nothilfe übertragbar sind und kommt - mit nachvollziehbarer Argumentation - zu dem Schluss, dass jedenfalls in der Fallgruppe der Notwehrprovokation eine Differenzierung danach erforderlich ist, ob der Angegriffene oder der Nothelfer den Angriff provoziert hat.

Autor/Titel:	Sternberg-Lieben, Detlev: "Strafbare Körperverletzung bei einverständlichem Verabreichen illegaler Betäubungsmittel - BGH, NJW 2004, 1054"
Fundstelle:	JuS 2004, 954 (Heft 11)
Inhalt:	Anhand einer aktuellen Entscheidung des BGH (RA 2004, 221) erörtert der Verfasser die Vereinbarkeit von § 288 StGB mit dem Bestimmtheitsgebot (Art. 103 II GG), wobei die interessante Frage nach der Behandlung eines Irrtums lediglich kurz und die Probleme der Sperrwirkung von § 30 BtMG ggü. § 223 StGB und der Abgrenzung von Fremdtötung und strafloser Teilnahme an einer Selbsttötung gar nicht erörtert werden.