

Öffentliches Recht

Standort: Staatsorganisationsrecht

Problem: Wehrpflicht

BVERFG, BESCHLUSS VOM 20.02.2002
 2 BVL 5/99 LG POTSDAM (UNVERÖFFENTLICHT)
 BVERFG, BESCHLUSS VOM 27.03.2002
 2 BVL 2/02, AG DÜSSELDORF (UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Das LG Potsdam und das AG Düsseldorf hatten dem BVerfG im Wege der konkreten Normenkontrolle nach Art. 100 GG die Frage zur Entscheidung vorgelegt, ob die Wehrpflicht aus § 1 Abs. 1, § 3 Abs. 1 WPfLG bzw. die auf dieser beruhenden Vorschriften über die Dienstflucht (§ 53 ZDG - LG Potsdam - sowie § 15 WStrG - AG Düsseldorf -) noch verfassungsgemäß seien. Beide Anträge waren nach Ansicht des BVerfG nicht hinreichend begründet und daher bereits unzulässig.

I. Das LG Potsdam führte insbesondere aus, die Wehrpflicht sei wegen der geänderten sicherheitspolitischen Lage nunmehr unverhältnismäßig und damit verfassungswidrig geworden. Es war der Ansicht, einen Totalverweigerer daher vom Vorwurf der Dienstflucht freisprechen zu müssen. Das BVerfG stellte hierzu fest, dass das LG nicht hinreichend dargelegt habe, warum die Verfassungsmäßigkeit der Wehrpflicht hierzu entscheidungserheblich i.S.d. Art. 100 GG sei. Die Dienstpflicht entstehe nämlich nach wohl h.M. bereits mit einem wirksamen, vollstreckbaren Einberufungsbescheid, welcher im vom LG zu entscheidenden Fall vorgelegen habe. Ferner bestimme § 2 Abs. 1 StGB, dass die Strafe nach dem Gesetz zu bemessen sei, das zur Zeit der Tat gegolten habe. Für das Verfahren vor dem LG sei aber ein Tatzeitraum zwischen 1993 und 1994 maßgeblich, so dass die gegenwärtige sicherheitspolitische Lage ohnehin uninteressant sei. Zudem habe das BVerfG die Frage der Verfassungsmäßigkeit der Wehrpflicht bereits mehrfach entschieden; deshalb seien besonders hohe Anforderungen an die Begründung einer erneuten Vorlage zu stellen, die vom LG jedenfalls nicht erfüllt worden seien. Insbes. habe das BVerfG bereits entschieden, dass die Wehrpflicht ihrerseits über Art. 12 a GG Verfassungsrang genieße, ihre einfach-gesetzlichen Ausprägungen im WPfLG, WStrG und ZDG daher gar nicht am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, den das LG für verletzt gehalten hatte, gemessen

werden können. Schließlich habe das LG auch zahlreiche für die Wehrpflicht sprechende Argumente, z.B. Bündnisverpflichtungen, nicht berücksichtigt.

II. Mit entsprechender Begründung hat das BVerfG auch den Vorlagebeschluss des AG Düsseldorf als unzulässig zurückgewiesen. Interessant hieran ist, dass das AG Düsseldorf in dem von ihm zu entscheidenden Fall über die Argumentation des LG Potsdam hinaus einen Verstoß des Art. 12 a GG gegen Art. 2 II, III GG gerügt, Art. 12 a GG also für "verfassungswidriges Verfassungsrecht" gehalten hatte. Das BVerfG hält eine solche Konstruktion im Einklang mit der h.M. in der Lit. für nicht möglich. Alle Verfassungsnormen hätten grds. den gleichen Rang. Schon deshalb könne Art. 12 a GG nicht gegen letztere verstoßen. Bzgl. dieser Ausführungen ist die Entscheidung zur Vorlage des AG Düsseldorf hinter den Entscheidungsgründen zur Vorlage des LG Potsdam ebenfalls wiedergegeben.

Prüfungsrelevanz:

Die Entscheidungen haben für viel Aufsehen gesorgt, da die Wehrpflicht von allgemeinem Interesse ist. Inhaltlich befassen sie sich allerdings weniger mit deren (nach wie vor gegebener) Verfassungsmäßigkeit, als vielmehr mit den Anforderungen an die Einlegung einer konkreten Normenkontrolle nach Art. 100 GG. Hierzu sprechen die Entscheidungsgründe eine klare Sprache. Sie bestätigen nicht nur die schon bisher st.Rspr. des BVerfG, wonach die Fachgerichte jedenfalls dann, wenn das BVerfG die Vorlagefrage bereits früher entschieden hatte, strengste Voraussetzungen an die Begründung einer neuerlichen Anfrage zu erfüllen haben, sondern schreiben insbes. dem LG Potsdam auch einige "handwerkliche" Fehler ins Gebetbuch, so namentlich in den Ausführungen zum entscheidungserheblichen Zeitpunkt für die Strafbarkeit eines Verhaltens und zur Entstehung der Wehrpflicht.

Insgesamt lässt sich eine eindeutige Tendenz des BVerfG erkennen, hochpolitische Themen wie den Fortbestand der Wehrpflicht nicht selbst entscheiden zu wollen, sondern dies dem Gesetzgeber zu überlassen.

Die hier einschlägige konkrete Normenkontrolle (auch Richtervorlage genannt) nach Art. 100 GG i.V.m. §§

13 Nr. 11, 80 ff. BVerfGG ist i.Ü. nicht zu verwechseln mit der abstrakten Normenkontrolle nach Art. 93 I Nr. 2 GG, §§ 13 Nr. 6, 76 ff. BVerfGG, bei der Bundes- oder Landesregierung oder ein Drittel der Mitglieder des Bundestages die Kontrolle einer Norm durch das BVerfG verlangen können.

Vertiefungshinweise:

Zur Verfassungsmäßigkeit der Wehrpflicht: *BVerfGE* 12, 45, 49; 48, 127, 159; 69, 1, 21

Kursprogramm:

Examenskurs: "Feuerwehrabgabe"

Leitsatz der Entscheidung zur Vorlage des LG Potsdam (2 BvL 5/99):

Zur verfassungsrechtlichen Prüfung, ob die allgemeine Wehrpflicht (§§ 1 Abs. 1, 3 Abs. 1 WPflG) und darauf basierend die Strafbarkeit der Dienstflucht (§ 53 ZDG) mit dem Grundgesetz vereinbar sind.

Sachverhalt:

Der Angeklagte im Ausgangsverfahren wurde im Jahre 1969 in der DDR geboren und noch von der Nationalen Volksarmee als tauglich gemustert. Im September 1989 erklärte er schriftlich gegenüber dem Wehrkreiskommando Potsdam, er lehne die Anwendung von Waffen und militärischer Gewalt aus Glaubens- und Gewissensgründen ab und wolle seinen Wehrdienst in den "Baueinheiten" ableisten. Aufgrund dieser Erklärung galt er nach der Wiedervereinigung gemäß einer Verfügung des Bundesministers für Frauen und Jugend vom 26. Juni 1991 als anerkannter Kriegsdienstverweigerer. Nach Ankündigung seiner Heranziehung zum Zivildienst erklärte der Angeklagte dem Bundesamt für den Zivildienst mit Schreiben vom 22. Januar 1992, er sei ein "erklärter, ungesetzlicher Totalverweigerer". Das Bundesamt wertete dieses Schreiben als "Antrag auf Nichtheranziehung zum Zivildienst", den es durch Bescheid vom 26. Februar 1993 ablehnte. Durch Bescheid vom 26. März 1993 wurde der Angeklagte zur Ableistung des Zivildienstes ab 1. September 1993 (Dienstende: 30. November 1994) einberufen. Beide Bescheide wurden unanfechtbar. Seinen Dienst trat der Angeklagte nicht an. Das Amtsgericht Potsdam verurteilte ihn am 29. Mai 1998 wegen Dienstflucht nach § 53 ZDG zu einer Geldstrafe von 50 Tagessätzen à 30,- DM. Gegen das Urteil legte er Berufung ein. Das Landgericht Potsdam hat die Aussetzung des Verfahrens und die Vorlage an das Bundesverfassungsgericht zur Prüfung der Frage beschlossen, ob § 1 Abs. 1, § 3 Abs. 1 WPflG und § 53 ZDG mit dem Grundgesetz vereinbar sind.

Aus den Gründen der Entscheidung zur Vorlage des LG Potsdam (2 BvL 5/99):

Die Vorlage ist unzulässig. Das Landgericht hat nicht hinreichend dargelegt, dass es für die von ihm zu treffende Entscheidung darauf ankomme, ob die allgemeine Wehrpflicht (§ 1 Abs. 1 WPflG) in einem nicht näher bezeichneten Zeitpunkt verfassungswidrig geworden sei. Die Vorlage genügt auch nicht den gesteigerten Anforderungen, die an die Begründung zu stellen sind, wenn eine Norm erneut zur Überprüfung vorgelegt wird, deren Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz das Bundesverfassungsgericht bereits in einer früheren Entscheidung bejaht hat.

I. Allgemeine Anforderungen an die Begründung der Entscheidungserheblichkeit

Gemäß Art. 100 Abs. 1 GG in Verbindung mit § 80 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG muss das vorlegende Gericht darlegen, inwiefern seine Entscheidung von der Gültigkeit der zur Prüfung gestellten Norm abhängt. Der Vorlagebeschluss muss mit hinreichender Deutlichkeit erkennen lassen, dass das vorlegende Gericht im Falle der Gültigkeit der in Frage gestellten Vorschrift zu einem anderen Ergebnis kommen würde als im Falle ihrer Ungültigkeit und wie das Gericht dieses Ergebnis begründen würde (seit BVerfGE 7, 171, 173 st.Rspr., vgl. zuletzt BVerfGE 97, 49, 60; 98, 169, 199). Das Gericht muss sich dabei eingehend mit der Rechtslage auseinandersetzen und die in Literatur und Rechtsprechung entwickelten Rechtsauffassungen berücksichtigen, die für die Auslegung der zur Prüfung vorgelegten Norm von Bedeutung sind (vgl. BVerfGE 97, 49, 60; st.Rspr.).

Für die Beurteilung der Entscheidungserheblichkeit im Verfahren der konkreten Normenkontrolle ist grundsätzlich die Rechtsauffassung des vorlegenden Gerichts maßgebend, sofern diese nicht offensichtlich unhaltbar ist (seit BVerfGE 2, 181, 190 ff. st.Rspr.). Das setzt jedoch voraus, dass der Vorlagebeschluss eine solche Rechtsauffassung mit hinreichender Deutlichkeit erkennen lässt. Eine im Vorlagebeschluss lediglich im Ergebnis - jedoch ohne nähere Darlegung - zugrunde gelegte Auffassung bindet nicht. In einem solchen Falle ist es dem Bundesverfassungsgericht auch verwehrt, die fehlende Begründung der Entscheidungserheblichkeit der Vorlage durch eigene Erwägungen zu ersetzen. Denn diese müssen Aufgabe des Fachgerichts bleiben (vgl. BVerfGE 97, 49, 62).

I. Begründung des LG

Die Kammer sei davon überzeugt, dass die allgemeine Wehrpflicht und die zu ihrer zwangsweisen Durchsetzung geschaffenen Strafnormen jedenfalls unter den veränderten politischen Bedingungen nicht mehr mit dem Grundgesetz vereinbar seien. Die vorgelegten

gesetzlichen Vorschriften seien entscheidungserheblich. Ein Freispruch komme nach Überzeugung der Kammer bei Gültigkeit der vorgelegten Vorschriften nicht in Betracht. Bei Ungültigkeit der Vorschriften müsse der Angeklagte hingegen freigesprochen werden. Die allgemeine Wehrpflicht greife in die Grundrechte der Wehrpflichtigen ein. Sie sei zur Landesverteidigung nicht mehr erforderlich. Damit sei der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verletzt.

Art. 12 a Abs. 1 GG eröffne zwar dem Gesetzgeber die Möglichkeit, Männer vom vollendeten 18. Lebensjahr an zum Dienst in den Streitkräften, im Bundesgrenzschutz oder in einem Zivilschutzverband zu verpflichten. Die Wehrpflicht werde dadurch aber nicht zu einer "Grundpflicht". Die Wehrpflicht sei entgegen der bisherigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auch keine eigenständige verfassungsrechtliche Pflicht. Art. 12 a Abs. 1 GG sei nur eine Ermächtigungsnorm, die durch § 1 Abs. 1, § 3 Abs. 1 WPflG begründete Wehrpflicht eine einfachgesetzliche Pflicht.

Der Gesetzgeber könne sein Ermessen nur im Rahmen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit ausüben. Zwar habe das Bundesverfassungsgericht in einer sehr frühen Entscheidung (BVerfGE 12, 45, 52, ebenso BVerfGE 48, 127, 160 f.) die Auffassung vertreten, das Prinzip der Verhältnismäßigkeit sei für die Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit der Wehrpflicht kein adäquater Maßstab. Dies überzeuge jedoch nicht, weil die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und des Übermaßverbotes Leitregeln allen staatlichen Handelns seien und Verfassungsrang besäßen. Gesetze müssten daher geeignet und erforderlich sein, um den erstrebten Zweck zu erzielen.

Bei der Bestimmung des gesetzgeberischen Ziels der Wehrpflicht sei vom Friedensziel des Art. 26 Abs. 1 GG und vom Verteidigungsauftrag des Art. 87 a Abs. 1 Satz 1 GG auszugehen. Der sich aus der Verfassung allein ergebende Zweck der Einrichtung der Bundeswehr sei die Landesverteidigung. Es komme daher nur darauf an, ob die Wehrpflichtigenarmee zur Verteidigung der Bundesrepublik Deutschland gegenwärtig erforderlich sei. Dafür sei von entscheidender Bedeutung, ob die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland gegenwärtig oder in absehbarer Zeit von äußeren Feinden bedroht werde. Die Kammer gehe von dem Grundsatz aus, dass Gerichte nicht ihre Einschätzung der sicherheitspolitischen Situation an die Stelle der Einschätzung der gewählten hierfür zuständigen staatlichen Organe setzen dürften. Der politischen Führung komme hier eine gerichtlich kaum überprüfbare Einschätzungsprärogative zu.

Alle Vertreter der politischen und militärischen Füh-

rung der Bundesrepublik Deutschland seien sich aber darin einig, dass im Zuge der weltpolitischen Veränderungen seit 1989 eine entscheidende Entspannung der Sicherheitslage eingetreten sei. Deutschland sei spätestens mit dem Abzug der letzten russischen Truppen im August 1994 keiner existenzgefährdenden Bedrohung mehr ausgesetzt. Von keinem politischen oder militärischen Vertreter der Bundesrepublik Deutschland oder der NATO werde eine aktuelle oder absehbare zukünftige Bedrohung der Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland durch Angriffe von außen ernsthaft für möglich gehalten. Auch zahlreiche andere NATO-Staaten hätten die allgemeine Wehrpflicht abgeschafft. Eine Berufs- oder Freiwilligenarmee könne die noch verbliebenen Verteidigungsaufgaben mindestens ebenso gut wahrnehmen wie eine Wehrpflichtigenarmee. Zur Sicherung des in Art. 20 Abs. 1 GG enthaltenen demokratischen Strukturprinzips sei eine Freiwilligenarmee ebenso gut geeignet.

2. Würdigung durch das BVerfG

[Es] kann nicht festgestellt werden, dass die vom Landgericht zu treffende Entscheidung von der Vereinbarkeit der allgemeinen Wehrpflicht mit dem Grundgesetz abhängt. Das Landgericht legt zwar dar, dass der Angeklagte, wenn die allgemeine Wehrpflicht mit dem Grundgesetz vereinbar wäre, der Dienstflucht schuldig gesprochen werden müsste. Dem Vorlagebeschluss lässt sich jedoch nicht mit der erforderlichen Gewissheit entnehmen, dass und aus welchen Gründen der Angeklagte freigesprochen werden müsste, wenn die Wehrpflicht in einem nicht genau bezeichneten Zeitpunkt nach der Überwindung der Teilung Europas verfassungswidrig geworden wäre.

a. Entstehen der Dienstverpflichtung

§ 53 Abs. 1 ZDG setzt in objektiver Hinsicht lediglich ein eigenmächtiges Fernbleiben vom Zivildienst trotz bestehender Verpflichtung zum Zivildienst voraus. Der Vorlage liegt offenbar die Auffassung zugrunde, dass eine Verpflichtung zum Zivildienst sich allein aus § 1 Abs. 1 i.V.m. § 3 Abs. 1 WPflG ergeben könne.

aa. Wirksamer, vollstreckbarer Einberufungsbescheid ausreichend

In der Literatur wird hingegen überwiegend die Auffassung vertreten, dass die Verpflichtung zum Zivildienst nicht unmittelbar durch die gesetzliche Wehrpflicht, sondern allein durch einen wirksamen und vollziehbaren Einberufungsbescheid begründet werde (vgl. Harrer/Haberland, Zivildienstgesetz, 4. Aufl.

1992, § 53 Anm. 2; LG Dortmund, Beschluss vom 15. Juli 1964, NJW 1964, S. 2028; für die ähnliche Vorschrift des § 16 Abs. 1 des Wehrstrafgesetzes: Schölz/Lingens, Wehrstrafgesetz, Kommentar, 4. Aufl. 2000, § 1 Rn 5 ff. und § 16 Rn 4; Herbert Arndt, JZ 1965, S. 775; Menger, DRiZ 1967, S. 381). Die Strafbewehrung eines Verwaltungsakts und die dadurch bedingte Bindung des Strafrichters an die Entscheidung einer Verwaltungsbehörde verstößt nicht gegen den Grundsatz der Gewaltenteilung (Art. 20 Abs. 3 GG; vgl. BVerfGE 80, 244, 256). Nach dieser Auffassung käme es für die Strafbarkeit des Verhaltens des Angeklagten auf die Verfassungsmäßigkeit der allgemeinen Wehrpflicht nicht an. Denn der Angeklagte wurde durch unanfechtbaren Bescheid vom 26. März 1993 zum Zivildienst einberufen. Dass und gegebenenfalls aus welchen Gründen der Einberufungsbescheid gemäß § 44 VwVfG nichtig sein sollte, legt das Landgericht nicht dar.

bb. Nur bei wirksamer gesetzlicher Grundlage

Die Auffassung, dass sich eine Verpflichtung zum Zivildienst bereits aus einem wirksamen und vollziehbaren Einberufungsbescheid ergebe, ist allerdings nicht unbestritten (vgl. OLG Stuttgart, NJW 1991, S. 935). Auch der Bundesgerichtshof hat in einem Urteil vom 21. Februar 1967 (NZWehrR 1967, S. 173; ebenso OLG Nürnberg, JZ 1965, S. 688) entschieden, dass wegen Fahnenflucht (§ 16 WStG) nicht bestraft werden könne, wer zum Wehrdienst einberufen werde, obwohl er nicht mehr der gesetzlichen Wehrpflicht unterliege, weil er seinen ständigen Aufenthalt aus dem Geltungsbereich des Wehrpflichtgesetzes hinaus verlegt habe.

Das Landgericht hätte sich - wenn es dieser Rechtsprechung hätte folgen wollen - mit der Vergleichbarkeit von § 16 WStG und § 53 ZDG sowie mit der grundlegenden Kritik an diesen Entscheidungen (vgl. Arndt, JZ 1965, S. 775; Menger, DRiZ 1967, S. 381) und dem neueren Schrifttum (Harrer/Haberland, a.a.O.; Schölz/Lingens, a.a.O.) auseinandersetzen müssen. Es hätte zudem prüfen müssen, ob ein rechtmäßiger Einberufungsbescheid vorliegt, der den Angeklagten zum Zivildienst verpflichtet. Maßgebend für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit eines Einberufungsbescheids ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (vgl. BVerwGE 62, 80, 86; NVwZ-RR 1988, S. 34) der im Einberufungsbescheid festgesetzte Gestellungszeitpunkt, hier also der 1. September 1993. Das Landgericht legt nicht dar, dass die allgemeine Wehrpflicht bereits in diesem Zeitpunkt verfassungswidrig gewesen sei.

b. Entscheidungserheblicher Zeitpunkt

Selbst wenn die Verpflichtung zum Zivildienst neben einer wirksamen Einberufung auch das Bestehen der gesetzlichen Wehrpflicht voraussetzte, hätte das

Landgericht zunächst darlegen müssen, welcher Zeitpunkt insoweit für die Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit der allgemeinen Wehrpflicht maßgebend sei, und sodann, dass die allgemeine Wehrpflicht in diesem Zeitpunkt nicht mehr mit dem Grundgesetz vereinbar sei. Das Landgericht führt lediglich aus, dass die strafbewehrte Aufrechterhaltung einer allgemeinen Wehrpflicht "jedenfalls unter den gegenwärtigen politischen Bedingungen" nicht mehr verfassungsgemäß sei (S. 11 der Vorlage); sie sei "unter den heutigen Bedingungen" ein unverhältnismäßiger Eingriff in die Grundrechte der Wehrpflichtigen (S. 32 der Vorlage). Es meint zwar, einen Konsens darüber feststellen zu können, dass die Bundesrepublik Deutschland spätestens mit dem Abzug der letzten russischen Truppen im August 1994 nicht mehr einer existenzgefährdenden Bedrohung ausgesetzt sei. Wann die zuständigen Organe hieraus Konsequenzen für die allgemeine Wehrpflicht spätestens hätten ziehen müssen, führt es jedoch nicht aus. Dem liegt offenbar die Auffassung zugrunde, dass der Angeklagte vom Vorwurf der Dienstflucht freizusprechen sei, wenn die allgemeine Wehrpflicht im Zeitpunkt der strafgerichtlichen Entscheidung mit dem Grundgesetz nicht mehr vereinbar wäre.

Gemäß § 2 Abs. 1 StGB bestimmen sich die Strafe und ihre Nebenfolgen jedoch nach dem Gesetz, das zur Zeit der Tat gilt. Dass die allgemeine Wehrpflicht bereits in dem in Betracht kommenden Tatzeitraum vom 1. September 1993 bis 30. November 1994 verfassungswidrig gewesen sei, geht aus dem Vorlagebeschluss vom 19. März 1999 nicht mit hinreichender Deutlichkeit hervor. Gemäß § 2 Abs. 3 StGB ist zwar, wenn das Gesetz, das bei der Begehung der Tat gilt, vor der Entscheidung geändert wird, das mildeste Gesetz anzuwenden. § 1 Abs. 1 WPfIG ist aber weder geändert noch aufgehoben worden. Ob § 2 Abs. 3 StGB auf einen Wandel der tatsächlichen Verhältnisse, der zur späteren Verfassungswidrigkeit eines im Zeitpunkt der Tat verfassungsmäßigen Gesetzes führt, entsprechend anzuwenden ist, hätte das Landgericht eingehend prüfen und erörtern müssen. Das hat es nicht getan.

II. Besondere Begründungsanforderungen bei früherer BVerfG-Entscheidung zur gleichen Frage

Hat das Bundesverfassungsgericht die Vereinbarkeit einer vorgelegten Norm mit dem Grundgesetz bereits in einer früheren Entscheidung bejaht, so ist eine erneute Vorlage nur zulässig, wenn tatsächliche oder rechtliche Veränderungen eingetreten sind, die die Grundlage der früheren Entscheidung berühren und deren Überprüfung nahe legen (vgl. BVerfGE 33, 199, 203 f.; 39, 169, 181; 65, 178, 181; 78, 38, 48; 87, 341, 346; 94, 315, 323). An die Begründung einer erneuten Vorlage sind gesteigerte Anforderungen zu stellen. Das vorliegende Gericht muss von der Ent-

scheidung des Bundesverfassungsgerichts ausgehen und darlegen, inwiefern sich die für die verfassungsrechtliche Beurteilung maßgebliche Lage verändert haben soll (vgl. BVerfGE 87, 341, 346 m.w.N.).

1. Begründung des LG

Die Tatsache, dass sich das Bundesverfassungsgericht bereits mehrfach mit der Frage der Verfassungsmäßigkeit der allgemeinen Wehrpflicht befasst habe, stehe einer erneuten Vorlage nicht entgegen. Es sei anerkannt, dass bei einem grundlegenden Wandel der Lebensverhältnisse, beim Vorliegen neuer Tatsachen oder neuer rechtlicher Gesichtspunkte die Gesetzeskraft älterer Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts einer erneuten Vorlage nicht im Wege stehe. Das Bundesverfassungsgericht habe über die Rechtmäßigkeit, insbesondere die Verhältnismäßigkeit der allgemeinen Wehrpflicht seit dem Ende der Blockkonfrontation und des so genannten Kalten Krieges noch nicht entschieden. Die grundlegende Veränderung der verteidigungspolitischen Situation und der Sicherheitslage der Bundesrepublik Deutschland lasse eine erneute Vorlage zu.

2. Würdigung durch das BVerfG

Diesen [gesteigerten] Anforderungen genügt die Vorlage nicht. Das Landgericht nimmt zwar auf die Entscheidungen Bezug, in denen das Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung die Vereinbarkeit der allgemeinen Wehrpflicht (§ 1 Abs. 1 WPflG) mit dem Grundgesetz bejaht hat (vgl. BVerfGE 12, 45, 49 ff.; 12, 311, 316; 28, 243, 261; 38, 154, 167; 48, 127, 159 ff.; 69, 1, 21 f.). Es setzt sich aber mit den Begründungen dieser Entscheidungen nicht auseinander.

a. Verfassungsrang der Wehrpflicht

Das gilt insbesondere für die Rechtsansicht des Bundesverfassungsgerichts, dass die allgemeine Wehrpflicht verfassungsrechtlich verankert (vgl. BVerfGE 12, 45, 50 f.; 28, 243, 261; 38, 154, 167; 48, 127, 161) und diese Pflicht daher nicht an dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu messen ist.

In dem Vorlagebeschluss wird dagegen die Auffassung vertreten, dass Art. 12 a Abs. 1 GG eine bloße Eingriffsermächtigung darstelle und die durch das Wehrpflichtgesetz vom 21. Juli 1956 (BGBl I S. 651) eingeführte allgemeine Wehrpflicht eine nur einfachgesetzlich begründete Pflicht sei. Das Landgericht erörtert nicht die dem entgegenstehende Rechtsansicht des Bundesverfassungsgerichts (vgl. BVerfGE 12, 45, 51; 38, 154, 167; 48, 127, 161), die weitgehend Zustimmung in der Literatur gefunden hat (vgl. Scholz, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Art. 12 a Rn 16

- Stand März 2001; Gubelt, in: von Münch/Kunig, Grundgesetz, Bd. 1, 5. Aufl. 2000, Art. 12 a Rn 1; Gornig, in: von Mangoldt/ Klein/Starck, Das Bonner Grundgesetz, Bd. 1, 4. Aufl. 1999, Art. 12 a Rn 6, 7, 20; Heun, in: Dreier, Grundgesetz, Bd. I, 1996, Art. 12 a Rn 6; K. Ipsen/J. Ipsen, in: Dolzer/Vogel, Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 12 a Rn 28 - Stand August 1976).

Darüber hinaus misst das Landgericht die allgemeine Wehrpflicht mit der schlichten Feststellung am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, dass die dem entgegenstehende Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht überzeuge, da jener Grundsatz wie das Übermaßverbot Leitregel allen staatlichen Handelns sei. Die Frage, ob auch Verfassungsnormen am Maßstab des Verhältnismäßigkeitsprinzips überprüft werden dürfen, stellt sich das Gericht nicht.

b. Einschätzungsprärogative

Zwar geht auch das Landgericht zunächst davon aus, dass dem Gesetzgeber eine weit gehende, "gerichtlich kaum überprüfbare" Einschätzungsprärogative zukomme. Doch schließt es aus einer vermeintlich einmütigen Analyse der Sicherheitslage durch die politische und militärische Führung darauf, dass dem Gesetzgeber keine andere Wahl bleibe, als die allgemeine Wehrpflicht abzuschaffen. Dabei lässt das Landgericht außer Acht, dass der Verfassungsgeber die Einführung der allgemeinen Wehrpflicht - im Gegensatz zu den anderen in Art. 12 a Abs. 3, 4 und 6 GG geregelten Dienstpflichten - nicht von weiteren Voraussetzungen, insbesondere nicht vom Vorliegen einer bestimmten sicherheitspolitischen Lage abhängig gemacht hat.

Das Landgericht übersieht zudem, dass es weitere Gründe geben könnte, an der Wehrpflicht festzuhalten. Hier sei nur beispielhaft auf die bestehenden Bündnisverpflichtungen verwiesen (vgl. BVerfGE 48, 127, 160). Die gegenwärtige öffentliche Diskussion für und wider die allgemeine Wehrpflicht zeigt sehr deutlich, dass eine komplexe politische Entscheidung in Rede steht. Die Fragen beispielsweise nach Art und Umfang der militärischen Risikovorsorge, der demokratischen Kontrolle, der Rekrutierung qualifizierten Nachwuchses sowie nach den Kosten einer Wehrpflicht- oder Freiwilligenarmee sind solche der politischen Klugheit und ökonomischen Zweckmäßigkeit, die sich nicht auf eine verfassungsrechtliche Frage reduzieren lassen. Wie das Bundesverfassungsgericht bereits in seinem Urteil vom 13. April 1978 ausgeführt hat, ist die dem Gesetzgeber eröffnete Wahl zwischen einer Wehrpflicht- und einer Freiwilligenarmee eine grundlegende staatspolitische Ent-

scheidung, die auf wesentliche Bereiche des staatlichen und gesellschaftlichen Lebens einwirkt und bei der der Gesetzgeber neben verteidigungspolitischen Gesichtspunkten, auch allgemeinpolitische, wirtschafts- und gesellschaftspolitische Gründe von sehr verschiedenem Gewicht zu bewerten und gegeneinander abzuwägen hat (BVerfGE 48, 127, 160 f.). Darum obliegt es nach der gewaltenteilenden Verfassungsordnung des Grundgesetzes zunächst dem Gesetzgeber und den für das Verteidigungswesen zuständigen Organen des Bundes, diejenigen Maßnahmen zu beschließen, die zur Konkretisierung des Verfassungsgrundsatzes der militärischen Landesverteidigung erforderlich sind. Welche Regelungen und Anordnungen notwendig erscheinen, um gemäß der Verfassung und im Rahmen bestehender Bündnisverpflichtungen eine funktionstüchtige Verteidigung zu gewährleisten, haben diese Organe nach weitgehend politischen Erwägungen in eigener Verantwortung zu entscheiden.

Aus den Gründen zur Vorlage des AG Düsseldorf (2 BvL 2/02):

Die Vorlage ist unzulässig. Das Amtsgericht hat nicht hinreichend dargelegt, dass es für die von ihm zu treffende Entscheidung darauf ankomme, ob die allgemeine Wehrpflicht (§ 1 Abs. 1 WPflG) in einem nicht näher bezeichneten Zeitpunkt verfassungswidrig geworden sei.

I. Ansicht des AG

§ 1 Abs. 1, § 3 Abs. 1 WPflG und § 15 WStG verstießen gegen Art. 3 Abs. 2 und 3 GG, weil Männer und Frauen im Hinblick auf die Wehrpflicht ungleich behandelt würden. Die Auffassung, dass Art. 12a Abs. 4 GG unter gleichheitsrechtlichen Aspekten eine verfassungsunmittelbare Sonderregelung darstelle, teile das Gericht nicht. Das Grundrecht der Gleichbehandlung von Männern und Frauen weise einen Gesetzesvorbehalt nicht auf. Die Ungleichbehandlung sei auch nicht durch Art. 12a GG als kollidierendes Verfassungsrecht gerechtfertigt. Maßgebend sei, ob im Hinblick auf den Zweck der Regelung ein rechtfertigender Grund für die Ungleichbehandlung vorliege. Das sei nicht der Fall. Bürger der Bundesrepublik Deutschland, deren Verteidigung die Wehrpflicht dienen solle, seien sowohl Frauen als auch Männer. Es seien auch keine Gründe erkennbar, die eine Beschränkung der Wehrpflicht auf Männer wegen der unterschiedlichen Natur von Mann und Frau erforderlich machten. Das hergebrachte Rollenverständnis, wonach Frauen prinzipiell wehrdienstunfähig seien, habe sich grundlegend gewandelt. Schließlich könne auch der Umstand, dass deutsche Frauen im statistischen Durchschnitt 1,3 Kinder gebären und die dementsprechende Ausfallzeit den Wehrdienst übersteige,

die Beschränkung der Wehrpflicht auf Männer nicht rechtfertigen. Denn die Wehrpflicht sei nicht zu dem Zweck des Ausgleichs von Benachteiligungen eingeführt worden. Die Vorschrift des Art. 12a GG sei mithin als verfassungswidriges Verfassungsrecht einzustufen, da sie gegen das Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 2 und 3 GG, das auch für Männer gelte, verstoße.

II. Würdigung durch das BVerfG

Das Bundesverfassungsgericht hat bereits entschieden, dass die Beschränkung der Wehrpflicht auf männliche Bürger keinen Verfassungsverstoß darstellt (vgl. BVerfGE 12, 45, 52 f.; 48, 127, 161). Zur Begründung hat es ausgeführt, dass Art. 73 Nr. 1 GG und Art. 12 Abs. 3 GG gleichen verfassungsrechtlichen Rang mit Art. 3 Abs. 2 und 3 GG hätten (vgl. BVerfGE 12, 45, 52). Die Literatur ist ihm hierin praktisch einmütig gefolgt (BK-Ipsen, Art. 12a Rn 32; Dreier-Heun, Art. 12a Rn 36; von Mangoldt/Klein/Starck-Gornig, Art. 12a, Rn 24 f.; Sachs-Kokott, Art. 12a Rn 4; Münch/Kunig-Gubelt, Art. 12a Rn 26; Jarass/Pieroth, Grundgesetz, 5. Auflage 2000, Art. 12a Rn 3; Maunz/Dürig-Scholz, Art. 12a Rn 195; a.A. Ekardt, Wehrpflicht nur für Männer - vereinbar mit der Geschlechteregalität aus Art. 79 Abs. 3 GG?, DVBl 2001, S. 1171).

Das Amtsgericht hat diese Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und den Meinungsstand in der Literatur nicht zur Kenntnis genommen. Es hat lediglich ausgeführt, dass die Änderung des Art. 12a Abs. 4 Satz 2 GG durch das Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 19. Dezember 2000 (BGBl I S. 1755) und die Zulassung von Frauen zum freiwilligen Dienst mit der Waffe eine neuerliche Prüfung der Verfassungsmäßigkeit der allgemeinen Wehrpflicht erfordere. Es hätte jedoch darlegen müssen, inwiefern diese Änderungen die Grundlage der früheren Entscheidungen berührt haben sollten. Das Grundgesetz eröffnet dem einfachen Gesetzgeber - früher in Art. 73 Nr. 1 in der Fassung des Gesetzes zur Ergänzung des Grundgesetzes vom 26. März 1954 (BGBl I S. 45), jetzt in Art. 12a Abs. 1 in der Fassung des 17. Gesetzes zur Ergänzung des Grundgesetzes vom 24. Juni 1968 (BGBl I S. 709) - nur die Befugnis, Männer vom vollendeten 18. Lebensjahr an der allgemeinen Wehrpflicht zu unterwerfen. Auch nach der Neufassung des Art. 12a Abs. 4 Satz 2 GG dürfen Frauen auf keinen Fall zum Dienst mit der Waffe verpflichtet werden. Art. 12a Abs. 1 und Abs. 4 Satz 2 GG haben unverändert gleichen verfassungsrechtlichen Rang mit Art. 3 Abs. 2 und 3 GG. Das Amtsgericht setzt sich, indem es Art. 12a GG zu einer verfassungswidrigen Verfassungsnorm erklärt, weil sie gegen das Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 2 und 3 GG verstoße, über diese Ranggleichheit hinweg.

Standort: Art. 103 II GG**Problem: Verfassungswidrigkeit des § 43a StGB**

BVERFG, URTEIL VOM 20.03.2002
2 BvR 794/95 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Das BVerfG erklärt mit der vorliegenden Entscheidung die Vermögensstrafe des § 43a StGB für verfassungswidrig, indem es einer Verfassungsbeschwerde gegen die strafrichterliche Verurteilung des Beschwerdeführers zu einer Freiheits- und Vermögensstrafe stattgab. Das Gericht bejaht einen Verstoß der Vorschrift gegen Art. 103 II GG ("nulla poena sine lege scripta"). Dieser enthalte nicht nur das Gebot, die Strafbarkeit eines Verhaltens überhaupt zu normieren, bevor die Tat begangen wurde, sondern es auf Tatbestands- wie Rechtsfolgenseite auch in hinreichend bestimmter Weise zu tun (vgl. nur den Wortlaut: "...bestimmt war"). Diesem strafrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz genüge § 43a StGB nicht:

Zunächst stellt das BVerfG klar, dass § 43a StGB tatsächlich eine "Strafe" normiert, so dass Art. 103 II GG anwendbar ist. Es beruft sich dabei insbes. auf den eindeutigen Wortlaut, ferner auf die Intention des Gesetzgebers. Sodann wird der Inhalt des Bestimmtheitsgrundsatzes ausgeführt, wobei das BVerfG darauf aufmerksam macht, dass ein Spannungsverhältnis zwischen möglichst weiter Fassung der Strafordrohungen zur Ermöglichung gerechter Entscheidungen im Einzelfall durch den Richter einerseits und möglichst genauer Erkennbarkeit der Folgen eines Verhaltens für den Täter andererseits bestehe. Dieser Zielkonflikt sei nur zu lösen, wenn dem Richter zumindest konkrete Strafzumessungsregeln an die Hand gegeben würden, nach denen er seine Einzelfallentscheidung zu treffen habe. Dies sei in § 43a StGB aber nicht der Fall. Dort fehle es selbst an einer Regelung des "Ob", also der Frage, wann überhaupt auf Vermögensstrafe zu erkennen sei. Weitere Bedenken bestünden angesichts der fehlenden Bestimmung einer Obergrenze der Vermögensstrafe sowie wegen des ungeklärten Verhältnisses zur (Ersatz-)Freiheitsstrafe.

Die Entscheidung ist mit 5:3 Stimmen denkbar knapp ausgefallen. Die Richter Jentsch, Di Fabio und Mellinshoff haben der Entscheidung ein Sondervotum beigefügt. Sie halten § 43a StGB zumindest für verfassungskonform auslegbar. Wenn der Gesetzgeber dem Richter hinsichtlich des Strafmaßes einen großen Entscheidungsspielraum eröffne, sei dies verfassungsrechtlich nicht nur zulässig, sondern sogar geboten,

um dem Strafrichter ein ausreichend hohes Maß an Einzelfallgerechtigkeit zu ermöglichen. Im Zusammenhang mit den Strafnormen, die auf § 43a StGB verweisen, und unter Berücksichtigung allgemeiner Strafzumessungsgrundsätze bestünden für den Richter hinreichende Vorgaben, in welchen Fällen er die Vermögensstrafe verhängen solle. Höchst- und Mindestmaß der Strafe müssten im Gesetz nicht notwendigerweise beziffert oder auf eine Obergrenze beschränkt werden. Eine solche Bezifferung und/oder Obergrenze begünstige nur reiche Täter und nehme der Vermögensstrafe gerade bei gewinnorientierter Kriminalität die erforderliche Wirkung. Der Begriff "Vermögen" trage i.Ü. wesentlich zur Bestimmtheit der Strafordrohung des § 43a StGB bei, weil er methodisch besser gesichert und nachprüfbarer sei als normative Konzepte. Schließlich sei es weder möglich noch verfassungsrechtlich geboten, einen exakten Umrechnungsschlüssel von Freiheitsstrafe in Vermögensstrafe vorzugeben, weil die Opfergleichheit stets von individuellen Faktoren der Strafempfindlichkeit abhängt.

Prüfungsrelevanz:

Die Entscheidung könnte wie im Originalfall im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde abgeprüft werden. Sie eignet sich aber auch hervorragend als Aufhänger für strafrechtliche Prüfungen, insbesondere im mündlichen Examen. Dass sie besondere Aufmerksamkeit erregt hat und erhebliche praktische Bedeutung besitzt (auf die Folgen nach §§ 95 III 3, 79 BVerfGG sei hingewiesen), liegt auf der Hand. Die Verfassungsmäßigkeit der Vermögensstrafe ist i.Ü. schon immer kontrovers diskutiert, von einer wohl h.L. gar verneint bzw. zumindest angezweifelt worden. Vor allem der BGH teilte diese Bedenken allerdings bisher nicht. Diese Rechtsprechung dürfte nunmehr hinfällig geworden sein.

Weitere Aktualität gewinnt Art. 103 II GG daraus, dass die 1995er Entscheidung des BVerfG zum Nötigungstatbestand, in welcher das Gericht ebenfalls ausführlich auf Art. 103 II GG eingegangen ist, jüngst durch den Beschluss des BVerfG vom 24.10.2001 (1 BvR 1190/90; RA 2002, 1 ff.) wieder aufgegriffen wurde.

Vertiefungshinweise:

☐ Weitere Entscheidungen zu Art. 103 II GG: *BVerfGE* 26, 41, 43 ("grober Unfug"); 28, 175, 183 ("verrä-

terische Beziehung"); *VGH BW*, NJW 1984, 507, 508 ("Herumtreiben nach Art eines Landstreichers")

□ Kritisch zur Verfassungsmäßigkeit der Vermögensstrafe: *LG Bad Kreuznach*, StV 1994, 141; *Eser*, FS Stree und Wessels, 833, 837 ff.; *Perron*, JZ 1993, 920

□ Für die Verfassungsmäßigkeit der Vermögensstrafe: *BGHSt* 41, 20; *BGH*, NStZ 1994, 429; *Selle*, wiStra 1993, 216

□ Zum Nötigungstatbestand: *BVerfG*, NJW 1995, 1141

Leitsätze:

1. Das Gebot der Gesetzesbestimmtheit gilt (Art. 103 Abs. 2 GG) auch für die Strafandrohung. Strafe als missbilligende hoheitliche Reaktion auf schuldhaftes kriminelles Unrecht muss in Art und Maß durch den parlamentarischen Gesetzgeber normativ bestimmt werden, die für eine Zuwiderhandlung gegen eine Strafnorm drohende Sanktion muss für den Normadressaten vorhersehbar sein.

2. Bei der Entscheidung über die Strafandrohung darf der Gesetzgeber nicht nur Bestimmtheit und Rechtssicherheit anstreben. Er muss auch das rechtsstaatliche Schuldprinzip hinreichend berücksichtigen und es dem Richter durch die Ausgestaltung der Sanktion ermöglichen, im Einzelfall eine gerechte und verhältnismäßige Strafe zu verhängen. Schuldprinzip und Rechtsfolgenbestimmtheit stehen in einem Spannungsverhältnis, das in einen verfassungsrechtlich tragfähigen Ausgleich gebracht werden muss.

3. Hinsichtlich des Maßes der in Frage kommenden Strafe hat der Gesetzgeber einen Strafrahmen zu bestimmen, dem sich grundsätzlich das Mindestmaß einer Strafe ebenso wie eine Sanktionsobergrenze entnehmen lassen.

4. Führt der Gesetzgeber - wie bei der Vermögensstrafe nach § 43a StGB - eine neue Straftat ein, die zudem einen intensiven Grundrechtseingriff zulässt, so ist er gehalten, dem Richter - über die herkömmlichen Strafzumessungsgrundsätze hinaus - besondere Leitlinien an die Hand zu geben, die dessen Entscheidung hinsichtlich der Auswahl und der Bemessung der Sanktion vorhersehbar machen.

Sachverhalt:

Der Beschwerdeführer (Bf.) war wegen Rauschgift-handels zu einer Freiheitsstrafe von drei Jahren und sechs Monaten und einer Vermögensstrafe von 600.000 DM verurteilt worden. Für den Fall, dass die Vermögensstrafe nicht gezahlt wird und nicht vollstreckt werden könne, wurde eine Ersatzfreiheitsstra-

fe von 1 ½ Jahren festgesetzt. Grundlage dieser Verurteilung war unter anderem § 43a StGB, der durch das Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgift-handels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität vom 15. Juli 1992 als Maßnahme zur Abschöpfung von Verbrechensgewinnen in das Strafgesetzbuch eingefügt wurde.

Der Bf hält diese Norm für verfassungswidrig. Sie verstößt seiner Auffassung nach vor allem gegen das Schuldprinzip, weil die Höhe der Vermögensstrafe nicht von der Schuld des Täters, sondern von der Höhe seines Vermögens abhängt. Da im Gesetz nicht festgesetzt sei, nach welchem Maßstab eine nicht gezahlte Vermögensstrafe in Ersatzfreiheitsstrafe "umzurechnen" sei, könne auch auf diesem Weg die Schuldangemessenheit nicht überprüft werden. Damit sei der richterlichen Willkür bei der Verhängung dieser Strafe Tür und Tor geöffnet. Sei ein Täter zu lebenslanger Freiheitsstrafe verurteilt und werde daneben eine Vermögensstrafe festgesetzt, zeige sich sogar eine Bestrafung über die Schuld hinaus. Zudem verstoße die Vorschrift gegen den Gleichheitssatz aus Art. 3 GG, denn die Vermögensstrafe drohe nur vermögenden Tätern; andererseits könnten nur diese sich so von einer (noch) höheren Freiheitsstrafe freikaufen.

Der Bundesgerichtshof, der die durch das Landgericht verhängte Vermögensstrafe bestätigt hat, hält § 43a StGB bei verfassungskonformer Auslegung für unbedenklich. Die Vorschrift könne bei strenger Orientierung am Schuldgrundsatz und unter Beachtung der allgemeinen Strafzumessungsgrundsätze so ausgelegt und angewendet werden, dass sie mit der Verfassung in Einklang stehe. Freiheitsstrafe und Vermögensstrafe seien so zu bemessen, dass sie in ihrem Zusammenwirken das Maß der Schuld des Täters nicht überschreiten. Daher sei bei Verhängung einer Vermögensstrafe die Freiheitsstrafe herab zu setzen. Die Vb. hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

Die zulässige Verfassungsbeschwerde ist begründet.

I. Verfassungsmäßigkeit des § 43a StGB

§ 43a StGB, der dem Gericht bei bestimmten Straftatbeständen die Möglichkeit einräumt, neben einer lebenslangen oder einer zeitigen Freiheitsstrafe von mehr als zwei Jahren auf Zahlung eines Geldbetrags zu erkennen, der nur durch den Wert des Tätervermögens begrenzt ist, ist mit dem Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG nicht vereinbar. Dem Gesetzgeber ist es nicht gelungen, das verfassungsrechtliche Minimum an gesetzlicher Vorausbestimmung zur Auswahl und Bemessung dieser Strafe bereitzustellen. Dadurch wird es dem von der Vermögensstrafe Betroffenen in rechtlich nicht mehr hinnehmbarer Weise erschwert, Art und Maß der Sanktion vorher-

zusehen, die er als staatliche Reaktion auf seine Straftat zu erwarten hat.

1. Inhalt und Umfang des Bestimmtheitsgrundsatzes des Art. 103 II GG

Art. 103 Abs. 2 GG gewährleistet, dass eine Tat nur bestraft werden kann, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde. Dies verpflichtet den Gesetzgeber, die Voraussetzungen der Strafbarkeit so genau zu umschreiben, dass Tragweite und Anwendungsbereich der Straftatbestände für den Normadressaten schon aus dem Gesetz selbst zu erkennen sind und sich durch Auslegung ermitteln und konkretisieren lassen (vgl. BVerfGE 73, 206, 234; 75, 329, 340; 78, 374, 381 f.; st.Rspr). Das Grundgesetz will auf diese Weise sicherstellen, dass jedermann sein Verhalten auf die Strafrechtslage eigenverantwortlich einrichten kann und keine unvorhersehbaren staatlichen Reaktionen befürchten muss (vgl. BVerfGE 64, 369, 393 f.; 85, 69, 72 f.). Mit der strengen Bindung der strafenden Staatsgewalt an das Gesetz gewährt das Bestimmtheitsgebot Rechtssicherheit und schützt zur Wahrung ihrer Freiheitsrechte das Vertrauen der Bürger, dass der Staat nur dasjenige Verhalten als strafbare Handlung verfolgt und bestraft, das zum Zeitpunkt der Tat gesetzlich bestimmt war (vgl. BVerfGE 95, 96, 130 ff.).

Art. 103 Abs. 2 GG sorgt zugleich dafür, dass im Bereich des Strafrechts mit seinen weit reichenden Folgen für den Einzelnen nur der Gesetzgeber abstrakt-generell über die Strafbarkeit entscheidet (vgl. BVerfGE 75, 329, 341; 78, 374, 382; 95, 96, 131). Die Legislative ist von Verfassungs wegen verpflichtet, die Grenzen der Strafbarkeit selber zu bestimmen; sie darf diese Entscheidung nicht anderen staatlichen Gewalten, etwa der Strafjustiz, überlassen. Das Bestimmtheitsgebot ist also Handlungsanweisung an den Strafgesetzgeber und Handlungsbegrenzung für den Strafrichter zugleich. Aus diesem Grunde versagt Art. 103 Abs. 2 GG es dem Strafrichter auch, ein unbestimmtes Gesetz von sich aus nachzubessern (vgl. BVerfGE 47, 109, 120; 64, 389, 393; 73, 206, 235).

Das Gebot der Gesetzesbestimmtheit gilt auch für die Strafandrohung, die in einem vom Schuldprinzip geprägten Straftatsystem gerecht auf den Straftatbestand und das in ihm vertypete Unrecht abgestimmt sein muss (BVerfGE 86, 288, 313; st.Rspr); sie gibt Aufschluss über die gesetzgeberische Charakterisierung, Bewertung und Auslegung des Straftatbestands, der das strafwürdige Verhalten beschreibt (vgl. BVerfGE 25, 269, 286). Die Strafe als missbilligende hoheitliche Reaktion auf schuldhaftes kriminelles Unrecht muss deshalb in Art und Maß durch den parla-

mentarischen Gesetzgeber normativ bestimmt (vgl. BVerfGE 32, 346, 362 f.), eine strafende staatliche Antwort auf eine Zuwiderhandlung gegen eine Strafnorm muss für den Normadressaten vorhersehbar sein (vgl. BVerfGE 26, 41, 42; 45, 363, 370 ff.).

a. Spielraum für den Richter zulässig

Dabei ist es von Verfassungs wegen grundsätzlich nicht zu beanstanden, wenn der Gesetzgeber bei der Festlegung der Strafrechtsfolgen auf ein abstraktes Höchstmaß an Präzision verzichtet, wie es mit absoluten Strafen theoretisch zu erreichen wäre, und stattdessen dem Richter die Festsetzung einzelner Rechtsfolgen innerhalb gesetzlich festgelegter Strafraumen überlässt; im Blick auf die Besonderheiten des Einzelfalls kann nämlich regelmäßig erst der Richter die Angemessenheit der konkret bemessenen Strafe beurteilen. Auch Art. 103 Abs. 2 GG fußt auf dem rechtsstaatlichen Grundsatz, dass Strafe Schuld voraussetzt (vgl. BVerfGE 25, 269, 285).

Daraus folgt nicht nur, dass gesetzlicher Tatbestand und Strafraumen, gemessen an der Gerechtigkeit, einander entsprechen müssen, sondern auch, dass die im Einzelfall verhängte Strafe in einem gerechten Verhältnis zur Schwere der Tat und zum Maß der Schuld des Täters zu stehen hat (vgl. BVerfGE 20, 323, 331; 25, 269, 286; 27, 18, 29; 45, 187, 260; 50, 5, 12; 54, 100, 108; st.Rspr). Da Straftaten regelmäßig nach dem Grad des Verschuldens und nach der Schwere des Unrechts verschieden sind, muss dem Richter grundsätzlich die Möglichkeit belassen werden, die von ihm verhängte Strafe diesen Unterschieden anzupassen. Er darf nicht durch eine zu starre gesetzliche Strafandrohung gezwungen sein, eine Strafe zu verhängen, die nach seiner Überzeugung Unrecht und Schuld des Täters nicht entspräche (vgl. BVerfGE 54, 100, 109). Absolute Strafandrohungen begründen die Gefahr eines Konflikts mit dem verfassungsrechtlich gesicherten Schuldprinzip, weil sie dem Strafrichter eine Abmessung der Strafe an den Einzelheiten von Unrecht und Schuld nicht eröffnen; sie müssen gegebenenfalls verfassungskonform ausgelegt werden, damit sichergestellt ist, dass auch in Grenzfällen keine unverhältnismäßigen, dem Unrecht und der Schuld nicht angemessenen, Strafen verhängt werden (vgl. zur lebenslangen Freiheitsstrafe BVerfGE 45, 187, 261 ff.).

b. Vorgaben durch den Gesetzgeber notwendig

So wie das Schuldprinzip zur Vermeidung unverhältnismäßiger und ungerechter Strafen tendenziell die Bestimmung von Strafraumen einfordert, aus denen der Richter im Einzelfall die schuldangemessene Stra-

fe zu entnehmen hat (vgl. BVerfGE 73, 206, 254), so streitet das Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG dafür, die Entscheidung über die für eine Straftat zu verhängende Sanktion - auch im Sinne einer allgemeinen Orientierung und einer gleichmäßigen Bestrafung - hinsichtlich ihres Rahmens und der Kriterien, die ihn ausfüllen, dem Gesetzgeber zu belassen.

Bei der Frage, welche Anforderungen an die Bestimmtheit von Rechtsfolgenregeln zu stellen sind, geraten also zwei Verfassungsprinzipien in ein Spannungsverhältnis, das weder durch einen allgemeinen Verzicht auf Strafrahmen noch durch eine grundsätzliche Entscheidung für möglichst weite richterliche Strafzumessungsspielräume aufgelöst werden kann. Schuldprinzip und Einzelfallgerechtigkeit auf der einen Seite sowie Rechtsfolgenbestimmtheit und Rechtssicherheit auf der anderen Seite müssen abgewogen und in einen verfassungsrechtlich tragfähigen Ausgleich gebracht werden, der beiden für das Strafrecht unverzichtbaren Prinzipien möglichst viel an Substanz belässt. Der Strafgesetzgeber erfüllt seine Pflicht, wenn er durch die Wahl der Strafandrohung sowohl den Strafrichter als auch die betroffenen Bürger so genau orientiert, dass seine Bewertung der tatbestandlich beschriebenen Delikte deutlich wird, der Betroffene das Maß der drohenden Strafe abschätzen kann und dem Strafrichter die Bemessung einer schuldangemessenen Reaktion möglich ist.

c. Lösung des Zielkonflikts

Der Gesetzgeber ist gehalten, die grundsätzlichen Entscheidungen zu Art und Ausmaß denkbarer Rechtsfolgen selbst zu treffen und dem Richter den Rahmen möglichst klar vorzugeben, innerhalb dessen er sich bewegen muss.

aa. Nach Eingriffsintensität

Die Anforderungen an den Gesetzgeber sind dabei umso strenger, je intensiver der Eingriff wirkt (vgl. BVerfGE 86, 288, 311). Je schwerer die angedrohte Strafe ist, umso dringender ist der Gesetzgeber verpflichtet, dem Richter Leitlinien an die Hand zu geben, die die Sanktion vorhersehbar machen, die bei Verwirklichung des Straftatbestands droht, und den Bürger über die zu erwartende Strafrechtsfolge ins Bild zu setzen.

bb. Orientierung an Unrecht und Schuld

Zu dem vom Gesetzgeber im Einzelnen zu treffenden Entscheidungen zählen Festlegungen zur Art der für den jeweiligen Tatbestand in Frage kommenden Sanktionen. Dies gebieten nicht nur das Schuldprinzip im Hinblick auf die Angemessenheit von Tatbestand und Rechtsfolge, sondern auch der Bestimmtheitsgrundsatz, der die zu erwartende Sanktion für den Normadressaten erkennbar machen will. Bei den Strafdrohungen in den einzelnen Straftatbeständen des Be-

sonderen Teils muss sich der Gesetzgeber auf Strafrahmen festlegen, denen sich grundsätzlich das Mindestmaß einer Strafe ebenso wie die Sanktionsobergrenze entnehmen lassen und die so einen Orientierungsrahmen für die richterliche Abwägung nach Tatunrecht und Schuldmaß bilden. Dabei kann sich hinsichtlich der konkreten Strafandrohung das Mindestmaß auch aus den Bestimmungen des Allgemeinen Teils zu der betreffenden Straftat (§§ 38 ff. StGB) ergeben; doch darf dies im Zusammenspiel mit der Sanktionsobergrenze nicht zu uferlosen Strafrahmen führen. Diese bergen die Gefahr, das normative Verhältnis zwischen Unrecht und Schuld einerseits und Sanktion andererseits im Unklaren zu belassen und die Bestimmung der konkreten Strafe zu einem unbe-rechenbaren Akt richterlicher Entscheidung zu machen.

cc. Vorgabe von Regeln für die Strafzumessung

Nicht zuletzt ist der Gesetzgeber von Verfassungs wegen auch zur Angabe von Wertungskriterien verpflichtet, an die sich die richterliche Entscheidung bei der Auswahl der Straftat und der Ausfüllung des konkreten Strafrahmens zu halten hat (vgl. Schmidt-Aßmann in: Maunz/Dürig, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 103 Abs. 2, Rn. 197). Dabei sind die allgemeinen Regeln des Strafgesetzbuchs zur Strafzumessung (§§ 46 ff. StGB) - neben ihrer Bedeutung als Konkretisierung des verfassungsrechtlichen Schuldprinzips (vgl. BVerfGE 86, 288, 313) - auch eine Bedingung der Verwirklichung des Bestimmtheitsgebots. Nur mit Hilfe der kodifizierten und richterrechtlich konkretisierten Strafzumessungsregeln wird es im Einzelfall gelingen, weite Strafrahmen rechtsstaatlich handhabbar zu machen. So bieten erst die in § 46 StGB aufgezählten traditionellen Strafzumessungsgründe und ihre richterrechtliche Ausformung die Gewähr dafür, dass eine Strafe nicht unbegrenzter richterlicher Diskretion überlassen ist, sondern innerhalb eines strukturierten Rahmens gefunden werden kann. Nur so ist sie für den Normadressaten voraussehbar und für die Strafjustiz kontrollierbar. Auch hier gilt, dass die Anforderungen an den Gesetzgeber in dem Maße wachsen, in dem er Rechtsfolgen androht, die besonders intensiv in Grundrechte eines Verurteilten eingreifen.

2. Vereinbarkeit mit Art. 103 II GG

a. Anwendbarkeit: § 43a StGB als "Strafe"

§ 43a StGB ist am Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG zu messen; die Vermögensstrafe ist in Rechtsnatur und gesetzlicher Ausgestaltung eine Strafe. Sie unterfällt damit - unabhängig von der vom Bundesverfassungsgericht bisher offen gelassenen Frage, ob Art. 103 Abs. 2 GG auch Maßregeln der Besserung und Sicherung erfasst (vgl. BVerfGE 74,

102, 126; 83, 119, 128) - der Garantie strafgesetzlicher Bestimmtheit der Rechtsfolgen. [...] Der Wortsinne "Vermögensstrafe" ist eindeutig. Systematisch ist § 43a StGB in den 1. Titel des Dritten Abschnitts des Allgemeinen Teils eingefügt, der die "Strafen" enthält. Auch ein Blick in die Geschichte der Gesetzgebung bestätigt die Qualifikation der Vermögensstrafe in § 43a StGB als Strafe. So haben die am Gesetzgebungsverfahren Beteiligten zwar immer wieder auf die kriminalpolitische Zielrichtung der Vermögensstrafe hingewiesen, Vermögensgewinne umfassend abzuschöpfen, und damit den Eindruck erweckt, sie fügten dem Strafgesetz mit § 43a StGB eine Maßregel ein. Sie haben jedoch nie einen Zweifel gelassen, dass sie dieses Ziel nur mit einem Instrument verfolgen wollten, das ausschließlich als Strafe ausgestaltet ist (vgl. den Entwurf der Bundesregierung für ein Strafrechtsänderungsgesetz - Vermögensstrafe (StrÄndG) -, BT-Drucks 11/5461, S. 5; ferner die Begründung des Entwurfs eines Gesetzes zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der organisierten Kriminalität, BT-Drucks 12/989, S. 22). Nach dem klar geäußerten Willen des Gesetzgebers sollte die Vermögensstrafe, trotz präventiver Einkleidung, jedenfalls eine durch das Vermögen des Täters begrenzte Geldsummenstrafe eigener Art und eine echte Sanktion für verschuldetes kriminelles Unrecht sein. [...]

b. (Un)bestimmtheit des § 43a StGB

§ 43a StGB entspricht nicht den Anforderungen, die Art. 103 Abs. 2 GG an eine strafrechtliche Rechtsfolgenbestimmung stellt.

aa. Keine konkrete Vorgabe bzgl. des "Ob" einer Vermögensstrafe

Der Gesetzgeber hat mit der Einführung des § 43a StGB das Spektrum strafrechtlicher Sanktionen erweitert und dem Richter durch eine Kann-Bestimmung angeboten, eine Vermögensstrafe zu verhängen. Dabei bestimmt das Gesetz den Anwendungsbereich der neuen Strafe allein durch zwei Vorgaben: Fälle, in denen eine Strafnorm ausdrücklich auf § 43a StGB verweist, und die Verwirkung einer mehr als zweijährigen Freiheitsstrafe. Anders als etwa bei der kumulativen Geldstrafe nach § 41 StGB, deren Anwendung von einer Bereicherung oder doch einem Bereicherungswillen des Täters abhängt, verzichtet der Gesetzgeber bei der kumulativen Vermögensstrafe auf eine gesetzliche Konkretisierung der richterlichen Entscheidung zum Ob der Vermögensstrafe und überlässt damit die Anwendung des § 43a StGB dem generalisierten Programm einer "die einzelnen Straf-

zwecke berücksichtigenden und gegeneinander abwägenden" Strafzumessungsentscheidung (siehe Begründung eines Entwurfs eines Strafrechtsänderungsgesetzes - Vermögensstrafe - StrÄndG, BT-Drucks 11/5461, S. 6). Dies steht in Widerspruch zur Zwecksetzung des Bestimmtheitsgebots mit seinen besonderen Anforderungen bei hohen und komplexen Strafandrohungen.

Sieht ein Straftatbestand als staatliche Reaktion auf strafbares Verhalten mehrere Strafarten alternativ vor oder erlaubt das Gesetz die Verhängung verschiedener Sanktionen nebeneinander, so ist es dem Gesetzgeber von Verfassungs wegen auferlegt, dem Richter für die Auswahl der Strafarten Leitlinien an die Hand zu geben, damit dieser im Einzelfall eine schuldangemessene und vorhersehbare Reaktion bemessen und begründen kann. Dieser verfassungsrechtlichen Verpflichtung ist der Gesetzgeber schon durch die Kodifizierung allgemeiner Strafzumessungsgrundsätze (§ 46 StGB) ein gutes Stück nachgekommen. Er pflegt darüber hinaus dort, wo empfindliche Grundrechtsbeeinträchtigungen durch staatliches Strafen drohen oder wo die allgemeinen Strafzumessungsregeln für eine Orientierung des Richters nicht hinreichen, zusätzliche Regelungen einzufügen, mit deren Hilfe das Verhältnis verschiedener Strafarten zueinander bestimmbar wird. So räumt § 47 StGB für einen Strafbarkeitsbereich, in dem alternativ Freiheits- und Geldstrafe in Betracht kommen, mit präzisen Anweisungen der Geldstrafe den Vorrang vor kurzen Freiheitsstrafen ein. Ähnlich bestimmt § 44 StGB, wann ein Fahrverbot neben einer Freiheits- oder Geldstrafe angeordnet, oder legt § 41 StGB fest, in welchen Fällen eine kumulative Geldstrafe verhängt werden darf. Es ist zwar nicht immer von Verfassungs wegen geboten, über die allgemeinen Strafzumessungsgrundsätze des § 46 StGB hinaus detaillierte gesetzliche Regelungen zur richterlichen Bestimmung einer Strafart zu schaffen; durch konsistente Rechtsprechung gefestigte Strafzumessungsregeln können helfen, die Vorsehbarkeit einer Sanktion auch mit Blick auf die vom Richter ausgewählte Strafart zu sichern. Die Besonderheiten des § 43a StGB aber sind von der Art, dass die Erwartung, die Bestimmtheit der gesetzlichen Strafdrohung lasse sich allein durch die traditionellen Strafzumessungsregeln des Allgemeinen Strafrechts garantieren, nicht trägt:

Die Vermögensstrafe ist eine neue Strafart, die sich schon durch die Art ihrer Zumessung von anderen bisher im Strafgesetzbuch bekannten Sanktionsformen abhebt. § 43a StGB erlaubt, neben Freiheitsstrafe von mehr als zwei Jahren, eine Geldstrafe, die - gleichsam konfiskatorisch - das gesamte Vermögen des Ver-

urteilen aufzehren kann, und ist deshalb - wie bereits in der Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der organisierten Kriminalität festgehalten (BTDrucks 12/989, S. 22) - von erheblicher Eingriffsintensität. Seine Anwendung kann leicht mit dem Schuldprinzip in Konflikt geraten, und sie kann konfiskatorisch wirken. Deshalb ist es von Verfassung wegen erforderlich, den Richter für die gesicherte Anwendung eines solchen neuen und "grundrechtsgefährlichen" Instruments mit besonders präzisen, verlässlichen und kontrollierbaren Strafzumessungsregeln auszustatten. Diesem Auftrag ist der Gesetzgeber nicht nachgekommen. Das Gewicht von Freiheits- und Vermögensstrafe in ihrem Verhältnis zueinander bleibt ungeklärt, und das Gesetz lässt Raum für unterschiedliche Konzepte und Ergebnisse. So ist die Bundesregierung in ihrem ersten Gesetzentwurf zur Einführung der Vermögensstrafe davon ausgegangen, dass es sich bei ihr um eine besonders spürbare Sanktion handele, die, um dem Schuldgrundsatz zu genügen, auf besonders gravierende Fälle beschränkt bleiben müsse (BTDrucks 11/5461, S. 5); sie hat damit - in erster Linie angesichts der Kumulation beider Strafarten - eine besondere Belastungsqualität angenommen, die aus ihrer Sicht nicht ohne Auswirkungen auf den Anwendungsbereich des § 43a StGB bleiben kann. Demgegenüber vertritt der Bundesgerichtshof die Ansicht, es handele sich bei der Vermögensstrafe, die entsprechend der gesetzlichen Konstruktion einen Teil der an sich verwirkten Freiheitsstrafe ersetze, um eine Rechtsfolge, die gegenüber dem durch sie substituierten Teil der Freiheitsstrafe die mildere sei (BGHSt 41, 278, 280); obwohl die Vermögensstrafe und der durch sie ersetzte Teil der Freiheitsstrafe aus der Sicht des Bundesgerichtshofs in gleicher Weise schuldangemessen sind, sieht das Gericht in der Doppelspurigkeit von Freiheits- und Vermögensstrafe eine mögliche Begünstigung des Täters, die das Gesetz in Kauf genommen habe.

Diese ganz unterschiedlichen Einschätzungen der Vermögensstrafe machen zum einen deutlich, dass Gewicht und Wirkungen einer Strafe, besonders im Verhältnis zu einer anderen in Betracht kommenden Sanktion, nicht ohne Einfluss auf die Bestimmung ihres Anwendungsbereichs bleiben können; zum anderen belegen sie, dass im Fall der Einführung einer neuen Straftat klare gesetzliche Vorgaben für die Einbindung in das vorhandene Strafsystem vonnöten sind. Damit die richterliche Entscheidung berechenbar bleibt, ist deshalb der Gesetzgeber gehalten, Festlegungen im Gesetz selbst zu treffen; Äußerungen im Gesetzgebungsverfahren oder allgemeine kriminalpolitische Zielvorstellungen in der Begründung von Gesetzesentwürfen, die keinen Niederschlag im Gesetz gefunden haben, erfüllen diese Aufgabe nicht.

Aus diesem Grund können auch im Gesetzgebungs-

verfahren dokumentierte, aber nicht in das Gesetz aufgenommene, Vorstellungen zum Anwendungsbereich des § 43a StGB nicht zur Konkretisierung herangezogen werden. So hat schon der Bundesgerichtshof in der mit der Verfassungsbeschwerde angegriffenen Entscheidung der vielfach geäußerten Vorstellung, § 43a StGB solle der Abschöpfung der durch organisierte Kriminalität erzielten Gewinne dienen, zu Recht unter Hinweis auf den Strafcharakter der Vorschrift eine Absage erteilt (BGHSt 41, 20 24 f.); ebenso hat der Bundesgerichtshof festgehalten, dass es auf eine möglicherweise strafrechtlich erhebliche Herkunft des Vermögens nicht ankommen könne (vgl. BGHSt 41, 20, 25), womit er der - vom Landgericht im Ausgangsverfahren aufgenommenen - Überlegung, mit § 43a StGB könne der Schwierigkeit begegnet werden, dass die kriminelle Herkunft von Vermögenswerten nahe liege, aber sich nicht hinreichend sicher konkreten Straftaten zuordnen lasse (vgl. BTDrucks 12/989, S. 22), die Grundlage entzogen hat. [...]

Damit fehlen hinreichend klare gesetzliche Vorgaben zur Konkretisierung des Anwendungsbereichs von § 43a StGB.

bb. Keine konkrete Vorgabe bzgl. des "Wie" der Vermögensstrafe

(1). Fehlende Obergrenze

Der Gesetzgeber hat auch für die Bestimmung des Strafrahmens der Vermögensstrafe keine ausreichenden Festlegungen getroffen.

§ 43a StGB ermöglicht die Verurteilung eines Täters zur Zahlung eines Geldbetrags, dessen Höhe nur durch den Wert seines Vermögens zum Zeitpunkt des Urteils begrenzt ist. Die Vermögensstrafe ist damit zwar keine der Höhe nach unbegrenzte Geldstrafe. Sie enthält aber - anders als die Geldstrafe nach § 40 StGB, die einen absoluten Höchstwert von 3,6 Mio. DM nicht übersteigen darf - keine abstrakt bestimmte oder auch nur bestimmbare Unter- und Obergrenze. Ihre Höhe wird erst zum Zeitpunkt der konkreten Rechtsanwendung auf den Einzelfall sichtbar; es ist nämlich in der jeweiligen Entscheidungssituation ein individueller Strafrahmen zu bilden, der durch den tatsächlichen Wert des Vermögens nach oben begrenzt ist. [...]

Die Entscheidung für einen solchen individuellen Strafrahmen begegnet verfassungsrechtlichen Bedenken. Sie überträgt eine Aufgabe, die herkömmlich dem Strafgesetzgeber obliegt, dem Richter. Sie verzichtet ohne Not auf die Vorgabe einer allgemeinen Obergrenze und eröffnet dadurch, je nach dem Umfang des Tätervermögens, einen sehr weiten, abstrakt uferlosen Strafrahmen, der nicht mehr als Orientierung für die konkrete Bemessung der Vermögensstrafe dienen kann.

(a). Orientierungsfunktion der Obergrenze

Der gesetzlich bestimmte herkömmliche Strafraumen vermittelt einen verbindlichen Eindruck des Unwertgehalts, den der Gesetzgeber mit einem unter Strafe gestellten Verhalten verbunden hat (vgl. BVerfGE 25, 269, 286); er gibt dem Richter damit eine normative Orientierung und definiert überdies den abgegrenzten Bereich, aus dem dieser mit Blick auf die konkrete Tat und den in ihr zum Ausdruck gekommenen individuellen Unrechts- und Schuldgehalt unter Berücksichtigung der allgemeinen Strafzumessungskriterien nach § 46 StGB die konkrete Strafe entnehmen kann.

(b). Fehlen bei Vermögensstrafe

Diese Orientierungsfunktion des Strafraumens geht bei einer individuellen Bestimmung der Obergrenze verloren, so dass die Festsetzung der Höhe einer konkreten Vermögensstrafe keinem gesetzlichen Maßstab folgen kann (vgl. Eser in: Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag, 1993, S. 833, 841). Die Obergrenze der Vermögensstrafe stützt sich allein darauf, wie viel an Vermögensmasse faktisch existiert (vgl. Hörnle, ZStW 108 (1996), S. 333, 346). Darunter leidet in verfassungsrechtlich nicht mehr hinnehmbarer Weise die Vorhersehbarkeit einer zu erwartenden Vermögensstrafe, zumal das Gesetz auf besondere Kriterien zur Bemessung der Vermögensstrafe verzichtet hat.

Diese Unsicherheit bei der Bemessung der Vermögensstrafe wird nicht dadurch gemildert, dass entsprechend dem vom Gesetzgeber gewählten und vom Bundesgerichtshof mit Recht für zutreffend erachteten Ausgangspunkt die Vermögensstrafe nicht strafweiternd neben die Freiheitsstrafe tritt, sondern bloß Teil eines gemäß § 46 StGB zu errechnenden und durch die Einfügung der Vermögensstrafe nicht veränderten Strafquantums ist (vgl. BTDrucks 11/5461, S. 6 - 7). Freiheitsstrafe und Vermögensstrafe müssen zusammen schuldangemessen sein (BGHSt 41, 20, 25 f.); das verlangen der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und das Schuldprinzip. Zwar lässt nach dieser Konzeption eine Vermögensstrafe das Strafquantum unberührt, das sich unter Berücksichtigung von § 46 StGB ergibt und in Freiheitsstrafe ausgedrückt wird; es ist lediglich entsprechend der Höhe der Vermögensstrafe zu verringern. Selbst bei Vorhersehbarkeit einer schuldangemessenen Gesamtrechtsfolge, die sich in Freiheits- und Vermögensstrafe aufteilt, ändert sich aber nichts an der mangelnden Bestimmbarkeit einer Einzelstrafe als Teil der Gesamtsanktion. [...]

(c). "Vermögen" als unbestimmter Rechtsbegriff

Die durch die Entscheidung gegen einen herkömm-

lichen Strafraumen bedingte Unbestimmtheit des § 43a StGB wird weiter verstärkt in der richterlichen Festsetzung der Strafobergrenze, die sich am Vermögen des Täters und damit an einem Merkmal orientiert, das seinerseits Unsicherheit in die Bemessung der Vermögensstrafe trägt. Zwar weiß ein Täter regelmäßig um seinen Vermögensbestand und kann dementsprechend - zumindest theoretisch - den Wert dieses Vermögens und damit die mögliche Höchstbelastung voraussehen (vgl. Park, Vermögensstrafe und "modernes" Strafrecht, 1997, S. 64 f.). Doch ist nicht nur der Wert des Vermögens eine unscharfe Größe; es kommt hinzu, dass der Richter diesen Wert nach § 43a Abs. 1 Satz 3 StGB schätzen darf. Dadurch entsteht die Gefahr einer Überschreitung der gesetzlichen Obergrenze und eines konfiskatorischen Zugriffs. [...]

(d). Unbestimmtheit der Schätzklausel

Das Maß an gesetzlicher Unbestimmtheit erhöht sich weiter durch die Schätzklausel in § 43a Abs. 1 Satz 3 StGB. Sie räumt dem Richter einen noch einmal erweiterten Entscheidungsraum für die Bestimmung der Strafobergrenze und damit für die Feststellung der Vermögensstrafe insgesamt ein. Vorschriften, die den Richter schätzen lassen, sind auf Fälle zugeschnitten, in denen der zu ermittelnde Wert nicht mit hinreichender Sicherheit festgestellt werden kann (vgl. zur Schätzung von Gewinnen BGHR, StGB, § 73b - Schätzung 1). Sie führen mit ungenauer Feststellung oder pauschaler Berechnung eines Umstands, der für die rechtliche Entscheidung tragend ist, einen Unsicherheitsfaktor ein, der das Ergebnis mit bestimmt (vgl. Krehl, Die Ermittlung der Tatsachengrundlage zur Bemessung der Tagessatzhöhe bei der Geldstrafe, 1985, S. 168). Eine Schätzung führt - auch wenn sie auf eine hinreichende Schätzungsgrundlage gestützt ist und eine der Wirklichkeit möglichst nahe kommende Feststellung zu erreichen sucht - immer die erhöhte Möglichkeit einer Abweichung von der Realität mit sich. [...]

(2). Fehlende Strafzumessungsregeln

c) Der Gesetzgeber hat schließlich auch darauf verzichtet, Kriterien für die eigentliche Zumessung der Strafe in das Gesetz aufzunehmen (siehe Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung - Vermögensstrafe - BT-Drucks. 11/5461, S. 6). Er hat damit die Verantwortung für den Umfang einer Vermögensstrafe ganz in die Hände des Richters gelegt, ohne selbst auch nur anzudeuten, welche Zumessungskriterien für die Höhe der Vermögensstrafe ausschlaggebend sein sollen. Solche Kriterien hätte er, wie auch sonst beim Bestimmen des Strafraumens

und der gesetzlichen Anleitung der Strafzumessung, ohne Schwierigkeiten finden können.

Der Gesetzgeber darf sich nicht darauf verlassen, die strafgerichtliche Praxis werde bei der Bemessung der Vermögensstrafe imstande sein, die ihr übertragenen Aufgaben mit Hilfe der traditionellen Strafzumessungsgesichtspunkte zu erfüllen. Die Festsetzung einer Vermögensstrafe unterscheidet sich wesentlich von der Bemessung einer herkömmlichen Strafe; die traditionellen Strafzumessungsgrundsätze helfen bei der Bemessung einer Vermögensstrafe grundsätzlich nicht weiter.

Der Richter kann traditionell die Strafe einem allgemeinen Strafrahen entnehmen, der den Unwertgehalt der Straftat widerspiegelt; der Rahmen der Vermögensstrafe richtet sich hingegen am individuellen Vermögen des Täters aus. Gesichtspunkte von Unrecht und Schuld spielen nach dem Gesetz zunächst keine Rolle; sie gewinnen erst in dem sich anschließenden Umwertungsvorgang von Vermögensstrafe in Freiheitsstrafe, der zur Reduzierung der an sich verwirkten Freiheitsstrafe und zur Festsetzung der Ersatzfreiheitsstrafe führt, an Bedeutung. Für den ersten Schritt aber, die Festsetzung der Vermögensstrafe in einer bestimmten Höhe, hält das traditionelle Strafzumessungsrecht anerkannte und bewährte Regeln nicht bereit; es kennt vergleichbare Entscheidungssituationen nicht.

Durfte der Gesetzgeber nicht darauf vertrauen, der Richter werde der ihm übertragenen Aufgabe im Hinblick auf das herkömmliche Strafzumessungsrecht gerecht werden können, so hat er seine ihm nach Art. 103 Abs. 2 GG obliegende Pflicht nicht erfüllt, selbst das Maß der Strafe zu bestimmen (vgl. Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, S. 779). So lässt sich nicht vorhersehen, ob die angemessene Sanktion nur einen kleinen oder einen mittleren Bruchteil des Vermögens erfassen oder ob sie das Vermögen in seiner Gesamtheit abschöpfen wird. Angesichts des mit einer Vermögensstrafe typischerweise verbundenen intensiven Grundrechtseingriffs verletzt dieses Schweigen des Gesetzgebers die von der Verfassung gesetzten Grenzen.

(3). Unklares Verhältnis zur Freiheitsstrafe

Der Gesetzgeber hat auch Abstand davon genommen, den Strafrichter anzuleiten, wie er Freiheitsstrafe und Vermögensstrafe aufeinander beziehen solle. Dieser Umstand, der schon für die Frage von Bedeutung war, ob der Gesetzgeber hinsichtlich der Art der Strafe die nach Art. 103 Abs. 2 GG notwendigen Entscheidungen getroffen hat (siehe dazu oben), lässt auch Zweifel aufkommen, ob der Richter für die konkrete Umrechnung von Vermögensstrafe in Ersatzfreiheitsstrafe nach § 43a Abs. 3 Satz 1 StGB und in Freiheitsstrafe zur Reduzierung der an sich verwirk-

ten Freiheitsstrafe vom Gesetzgeber hinreichend orientiert worden ist.

(a). Standpunkt des BGH verfassungskonform

Dabei ist der vom Bundesgerichtshof vertretene Standpunkt verfassungsrechtlich hinzunehmen, der Richter sei diesem Umwertungsakt dank des allgemeinen Strafzumessungsrechts gewachsen, zumal es vergleichbare Situationen gebe, in denen er erbrachte Geldleistungen auf Freiheitsstrafe anrechnen müsse (BGHSt 41, 20 27). Strafzumessung als Umsetzung von Unrecht und Schuld in eine bestimmte Strafe ist grundsätzlich kein in seinen Einzelschritten überprüfbarer Rechenvorgang, sondern folgt aus einer umfassenden Gesamtwürdigung der für und gegen den Täter sprechenden bedeutsamen Umstände, die das Gesetz in § 46 Abs. 2 Satz 2 StGB beispielhaft aufführt. Der Strafzumessung, die zudem die Wirkungen der Strafe für das künftige Leben des Täters in den Blick nimmt (§ 46 Abs. 1 Satz 2 StGB), liegt ein fester Maßstab nicht zu Grunde, der das Gewicht des verschuldeten Unrechts in eine bestimmte Dauer einer Freiheitsstrafe oder in eine konkrete Anzahl von Tagessätzen einer Geldstrafe einfach umsetzen ließe. Auch müssen Vermögensstrafe und Freiheitsstrafe in ihrer Gesamtwirkung auf den Täter angemessen sein. Die Frage, wie sich eine Vermögensstrafe in bestimmter Höhe in eine Freiheitsstrafe umrechnen lässt, unterscheidet sich also prinzipiell nicht von dem allgemeinen Strafzumessungsvorgang, bei dem Unrecht und Schuld in eine bestimmte Freiheits- oder Geldstrafe umzusetzen sind. Auch dort geht es darum, auf der Grundlage des festgestellten Unrechts und des individuellen Dafürkönnens ein auf den Täter zugeschnittenes Strafmaß zu finden, das auch die Wirkungen dieser Strafe für ihn und sein künftiges Leben in der Gesellschaft genügend berücksichtigt.

(b). Unbestimmtheit der (Ersatzfreiheitsstrafe

Unwägbarkeiten der Umrechnung von Vermögens- in Freiheitsstrafe unter § 43a StGB folgen aber daraus, dass der Gesetzgeber zwar für die Ersatzfreiheitsstrafe einen allgemeinen Strafrahen von einem Monat bis zu zwei Jahren Freiheitsstrafe vorgegeben, zugleich aber auf Festlegungen für die Reduzierung der an sich verwirkten Freiheitsstrafe verzichtet und damit das Verhältnis von Ersatzfreiheitsstrafe und Freiheitsstrafenrabatt offen gehalten hat. Es bleibt nach der Gesetzeslage zunächst unbestimmt, ob im Falle einer an das Gesamtvermögen des Täters heranreichenden Vermögensstrafe auf das Höchstmaß der Ersatzfreiheitsstrafe zu erkennen ist (in diese Richtung weisend: BGHSt 41, 20 26 f.) oder ob - wie es das Landgericht angenommen hat - im Hinblick auf nach dem Gesetz vorstellbare höhere Vermögensstrafen eine deutlich unter der Höchstgrenze liegende Ersatzfreiheitsstrafe festzusetzen ist.

Offen ist ferner, ob eine Ersatzfreiheitsstrafe auch dem Maß derjenigen Freiheitsstrafe entsprechen soll, um das die an sich verwirkte Freiheitsstrafe zu reduzieren ist. Die Überlegung des Bundesgerichtshofs, es liege nahe, bei § 43a StGB die an sich gegebene Freiheitsstrafe (mindestens) um die Höhe der Ersatzfreiheitsstrafe zu vermindern (BGHSt 40, 20, 27), zeigt nicht nur, dass jedenfalls dem Gesetz selbst keine hinreichenden Anhaltspunkte zu entnehmen sind, sondern macht auch deutlich, dass das Maß von Ersatzfreiheitsstrafe und Freiheitsstrafenrabatt unterschiedlich sein kann.

Es liegt bei einer sehr hohen Vermögensstrafe auf der Hand, dass bei strikt am Schuldgrundsatz ausgerichteter Strafzumessung eine Gleichsetzung des Freiheitsstrafenrabatts mit dem Höchstmaß der Ersatzfreiheitsstrafe nicht mehr schuldangemessen sein könnte, eine Reduzierung der an sich verwirkten Freiheitsstrafe um nur zwei Jahre also zu einer Schuldüberschreitung führen würde (vgl. Tröndle/Fischer, a.a.O., § 43a, Rn. 19). Würde der Richter in diesem Fall - wie vom Bundesgerichtshof für möglich gehalten - eine gegenüber der Ersatzfreiheitsstrafe erhöhte Reduzierung der an sich verwirkten Freiheitsstrafe vornehmen, hätte dies bei Vollstreckung der kraft Gesetzes auf zwei Jahre begrenzten Ersatzfreiheitsstrafe zur Folge, dass den Täter in der Gesamtschau mit der ursprünglich um mehr als zwei Jahre reduzierten Freiheitsstrafe ein Strafübel trafe, das das Maß der vom Täter verwirklichten Schuld nicht erreicht. Wollte der Richter die Möglichkeit einer solchen schuldunterschreitenden Strafe von vornherein ausschließen, bliebe ihm nur der Weg, die Reduzierung der an sich verwirkten Freiheitsstrafe auf das Maß der Ersatzfrei-

heitsstrafe zu begrenzen. Dieses wiederum führte unter Geltung des Schuldprinzips, das bei der ursprünglich ins Auge gefassten Vermögensstrafe eine lediglich auf zwei Jahre begrenzte Anrechnung verbietet, zwingend dazu, die ursprünglich vorgesehene Vermögensstrafe anzupassen und auf den Betrag zu begrenzen, der bei der individuellen Schuld des einzelnen Täters einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren entspricht.

Wie der Richter mit dieser unklaren Gesetzeslage im Einzelfall umgeht, ob er also an einer ursprünglich vorgesehenen Vermögensstrafe festhält und im Falle der Vollstreckung von Ersatzfreiheitsstrafe die Möglichkeit eines schuldunterschreitenden Gesamtstrafenübels in Kauf nimmt oder ob er sich zu einer dem Höchstmaß der Ersatzfreiheitsstrafe entsprechenden Reduzierung der Vermögensstrafe entschließt, ist vom Gesetz nicht bestimmt und für den Normadressaten nicht voraussehbar. Dies steht im Widerspruch zu den Zielen von Belastungsgleichheit und Rechtssicherheit, die im Rahmen des Bestimmtheitsgebots vom Gesetzgeber verlangen, solche weit reichenden Entscheidungen selbst zu treffen.

II. Verfassungsmäßigkeit der Urteile

Die angegriffenen Entscheidungen des Landgerichts und des Bundesgerichtshofs beruhen im Strafausspruch auf der als verfassungswidrig erkannten gesetzlichen Regelung des § 43a StGB. Sie sind deshalb aufzuheben, das Ausgangsverfahren war an das Landgericht zurückzuverweisen (§ 95 Abs. 2 BVerfGG). Zugleich ist § 43a StGB wegen Unvereinbarkeit mit Art. 103 Abs. 2 GG insgesamt für nichtig zu erklären (§ 95 Abs. 3 Satz 2 BVerfGG).

Standort: Verwaltungsprozessrecht

Problem: Feststellungsinteresse

BVERFG, BESCHLUSS VOM 13.03.2002
2 BVR 261/01 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Beschwerdeführer (Bf.), ein Strafgefangener, wurde vorübergehend zusammen mit einem Mithäftling in einer Einzelzelle von 8 qm Größe untergebracht. Er sah sich hierdurch u.a. in seiner Menschenwürde verletzt und klagte nach erfolglosem Widerspruch zunächst vor dem LG, in zweiter Instanz vor dem OLG. Nachdem die Maßnahme abgeschlossen war und die Anstaltsleitung versichert hatte, künftig von einer Doppelbelegung der Einzelzellen abzu- sehen, verweigerten die Fachgerichte dem Bf. allerdings Rechtsschutz unter Hinweis auf das nach Erle-

digung fehlende Feststellungsinteresse. Das BVerfG hält diese Entscheidungen für verfassungswidrig. Der Anspruch auf Gewährung effektiven Rechtsschutzes aus Art. 19 IV 1 GG könne es den Gerichten gebieten, auch nach Erledigung einer strafprozessualen Maßnahme noch über die Rechtmäßigkeit derselben zu entscheiden, wenn eine schwerwiegende Grundrechtsbetroffenheit des Klägers, also z.B. ein Eingriff in die Menschenwürde in Rede stehe.

Prüfungsrelevanz:

Der Beschluss des BVerfG bezieht sich auf Entscheidungen von Zivilgerichten. Er ist in gleicher Weise jedoch relevant für die Feststellungs- und Fortsetzungsfeststellungsklage nach der VwGO, da deren

Zulässigkeit ebenfalls ein Feststellungsinteresse voraussetzt. Seit langem anerkannt ist, dass die Rehabilitation des Betroffenen ein solches begründen kann. Nicht abschließend geklärt ist allerdings bisher, ob Rehabilitation nur bei diskriminierendem, beleidigendem o.ä. Charakter der angegriffenen Maßnahme angezeigt ist, oder ob hierzu jede Grundrechtsbetroffenheit ausreicht. Die Rspr. des BVerwG bietet ein recht uneinheitliches Bild; das BVerfG setzt in der vorliegenden Entscheidung die Betroffenheit der Menschenwürde mit Diskriminierung gleich. Dies lässt die Interpretation zu, dass das BVerfG einen solchen nicht nur genügen lässt, sondern auch fordert, m.a.W. wohl ein intensiver, nicht aber jeder Grundrechtseingriff genügt. Diese Ansicht wird auch in der Lit. vielfach vertreten, da jede belastende Maßnahme zumindest Art. 2 I GG betrifft, das Feststellungsinteresse somit nahezu leer lief, wollte man jeden Grundrechtseingriff genügen lassen.

Zu beachten ist allerdings, dass sich die Entscheidung des BVerfG auf eine bereits erledigte Maßnahme bezog. Während dies in den Fällen der Fortsetzungsfeststellungsklage bereits von Gesetzes wegen Voraussetzung und damit unproblematisch ist (vgl. § 113 I 4 VwGO), vermischen sich bei der Feststellungsklage nach § 43 VwGO bei einem erledigten Rechtsverhältnis die Prüfung von Statthaftigkeit und Feststellungsinteresse. Zwar ist mittlerweile anerkannt, dass die Feststellungsklage sich auch auf erledigte Rechtsverhältnisse beziehen kann; dies soll aber nur statthaft sein, wenn das Rechtsverhältnis noch fortwirkt. Diese Fortwirkung kann gerade in der andauernden Diskriminierung der Maßnahme liegen, so dass u.U. Anlass besteht, diese Prüfung aus dem Feststellungsinteresse in die Statthaftigkeit vorzuziehen.

Beachtlich ist ferner, dass das BVerfG in der Begründetheitsprüfung nicht das betroffene Grundrecht (hier: Menschenwürde), sondern (nur) Art. 19 IV GG prüft. Die Ursache hierfür liegt darin, dass die Fachgerichte die Rechtsbehelfe des Bf. mangels Feststellungsinteresses bereits für unzulässig gehalten haben, also ihrerseits nicht in die Sachprüfung eingetreten sind. Gerade in der Verweigerung derselben liegt nach dem BVerfG eine Verletzung des Gebotes effektiven Rechtsschutzes. In einer Examensarbeit könnte - je nach Aufgabenstellung - hingegen durchaus Anlass bestehen, in der Begründetheit auch die betroffenen Grundrechte selbst durchzuprüfen.

Vertiefungshinweise:

- (Fortsetzungs-)Feststellungsinteresse bei Diskriminierung: *BVerwGE* 53, 134; *OVG Lüneburg*, NVwZ-RR 1998, 236; *Würtenberger*, VwPrR, Rz. 655
- (Fortsetzungs-)Feststellungsinteresse bei intensivem Grundrechtseingriff: *BVerwGE* 61, 164; *OVG*

NW, NVwZ 1993, 75

- Feststellungsklage bei erledigtem Rechtsverhältnis: *BVerwG*, BayVBl. 198, 666; *VGH BW*, VBIBW 1993, 469
- Zur Menschenwürde: *BVerfG*, RA 2001, 428 = DVBl 2001, 985; *Hoerster*, JuS 1983, 93

Kursprogramm:

- Examenskurs*: "Tomatenkrieg"

Leitsatz (der Redaktion):

Der Anspruch auf Gewährung effektiven Rechtsschutzes aus Art. 19 IV 1 GG kann es den Gerichten gebieten, auch nach Erledigung einer strafprozessualen Maßnahme (hier: Unterbringung zu zweit in einer Einzelzelle) noch über die Rechtmäßigkeit derselben zu entscheiden, wenn eine schwerwiegende Grundrechtsbetroffenheit des Klägers (hier: Eingriff in die Menschenwürde) in Rede steht.

Sachverhalt:

Die Verfassungsbeschwerde betrifft die zeitweilige Unterbringung zweier Strafgefangener in einem Einzelhafttraum.

Der Beschwerdeführer verbüßt eine Freiheitsstrafe in der Justizvollzugsanstalt Hamburg-Fuhlsbüttel II. Er wurde am 21. März 2000 dort aufgenommen und wegen Überbelegung der Anstalt bis zum 30. Juni 2000 zusammen mit einem Mitgefangenen in einem Einzelhafttraum von rund 8 qm Fläche untergebracht. Ausgestattet war dieser Hafttraum mit einem Etagenbett, zwei Stühlen, einem Esstisch und einem Schrank. An sanitären Einrichtungen waren - ohne räumliche Abtrennung - ein Waschbecken und ein Klosett vorhanden. Die Gemeinschaftsunterbringung in dem Einzelhafttraum wurde auf Grund eines Beschlusses des Landgerichts vom 28. Juni 2000 - 613 Vollz 83/00 - im Wege der einstweiligen Anordnung vorläufig beendet.

Gegen die gemeinschaftliche Unterbringung in der Einzelzelle wandte sich der Beschwerdeführer mit einem Widerspruch, der von der Widerspruchsbehörde zurückgewiesen wurde. Das generelle Problem der Überbelegung der Haftanstalten sei derzeit nicht restlos zu beseitigen; ein Neubau sei in Aussicht genommen. Vorerst würden alle neu aufgenommenen Gefangenen, von Sonderfällen abgesehen, vorübergehend zu zweit in Einzelhaftträumen untergebracht und später einzeln auf freiwerdende Hafträume verteilt. Hiergegen beantragte der Beschwerdeführer gerichtliche Entscheidung. Er machte die Verletzung der Art. 1 Abs. 1, 2, 3 Abs. 1, 19 Abs. 2, 20 Abs. 3 und 104 Abs. 1 GG sowie einfach-rechtlicher Bestimmungen geltend. Die zuständige Justizbehörde der Freien und Hansestadt Hamburg beantragte, den Antrag auf

gerichtliche Entscheidung zurückzuweisen. Er sei aus den im Widerspruchsbescheid genannten Gründen unbegründet. Im Übrigen werde eine "Doppelunterbringung" des Beschwerdeführers auf Grund der "erfolgten Senkung der Belegungsfähigkeit der Anstalt" in Zukunft nicht mehr erforderlich sein.

Das Landgericht erklärte den Leistungsantrag des Beschwerdeführers in der Hauptsache für erledigt und wies den verbleibenden Antrag auf nachträgliche Feststellung der Rechtswidrigkeit der Art seiner Unterbringung zurück. Für den Antrag auf nachträgliche Feststellung der Rechtswidrigkeit der Gemeinschaftsunterbringung sei, auch wenn der Beschwerdeführer schlüssig eine Grundrechtsverletzung vorgetragen habe, ein Feststellungsinteresse nicht mehr gegeben. Wiederholungsgefahr bestehe wegen der Erklärung der Anstalt nicht. Eine fortwirkende Diskriminierung des Beschwerdeführers liege nicht vor. Seine Resozialisierung sei durch die frühere Art seiner Unterbringung nicht gefährdet.

Gegen diesen Beschluss wandte sich der Beschwerdeführer mit der Rechtsbeschwerde, die vom Oberlandesgericht als unzulässig im Sinne von § 116 Abs. 1 StVollzG verworfen wurde. Die Auffassung des Landgerichts, ein Feststellungsinteresse folge nicht schon aus dem Gewicht des erledigten Grundrechtsverstoßes, sei nicht zu beanstanden. Sie stehe im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, nach der ein Feststellungsinteresse anzunehmen sei, wenn einerseits ein tief greifender Grundrechtseingriff vorliege und die Belastung andererseits auf einen Zeitraum beschränkt sei, innerhalb dessen der Betroffene typischerweise gerichtlichen Rechtsschutz nicht erlangen könne. Die Anstalt habe erklärt, dass keine unfreiwillige Gemeinschaftsunterbringung in Einzelhaftträumen mehr erfolge, und zwar auch nicht in Fällen, in denen Anträge auf gerichtliche Entscheidung nicht gestellt worden seien. Daher sei ein Unterlaufen des Rechtsschutzes auszuschließen. Mit seiner Verfassungsbeschwerde wendet sich der Beschwerdeführer gegen die Unterbringungsmaßnahme selbst, sowie gegen die sie bestätigenden Urteile. Die Verfassungsbeschwerde hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

A. Zulässigkeit

I. Beschwerdegegenstand

Der unmittelbare Angriff des Beschwerdeführers im Verfassungsbeschwerde-Verfahren auf die Maßnahme der Justizvollzugsanstalt geht fehl; denn die Maßnahme bildet neben den angegriffenen Gerichtsentscheidungen keinen eigenständigen Angriffspunkt

im Verfassungsbeschwerde-Verfahren.

II. Rechtsschutzinteresse

Das Rechtsschutzinteresse ist nicht dadurch entfallen, dass die beanstandete Unterbringungssituation nicht mehr besteht. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts besteht bei schwer wiegenden Grundrechtseingriffen auch nachträglich ein Interesse an der Feststellung ihrer Rechtswidrigkeit (vgl. Beschluss des Zweiten Senats vom 5. Dezember 2001 - 2 BvR 527/99 und 1777/00). Zwar wird im vorliegenden Fall nicht die Freiheitsentziehung als solche beanstandet. Wohl aber richtet sich die verfassungsrechtliche Beanstandung gegen die besonders einschneidende Art und Weise der zeitweiligen Unterbringung des Beschwerdeführers während des Strafvollzuges. Steht insoweit eine Verletzung der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) in Frage, dann muss ein Rechtsschutzbegehren zur nachträglichen gerichtlichen Überprüfung zulässig sein. Zudem kann der vom Beschwerdeführer aufgeworfenen Frage weit reichende Bedeutung zukommen.

B. Begründetheit

Die angegriffenen Beschlüsse verletzen den Beschwerdeführer in seinem Grundrecht auf wirksamen gerichtlichen Rechtsschutz (Art. 19 Abs. 4 GG).

I. Schutzbereich des Art. 19 IV GG

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gewährt Art. 19 Abs. 4 GG nicht nur das formelle Recht und die theoretische Möglichkeit, die Gerichte anzurufen; er garantiert vielmehr auch die Effektivität des Rechtsschutzes. Der Bürger hat einen substantiellen Anspruch auf eine wirksame gerichtliche Kontrolle (st.Rspr; vgl. BVerfGE 96, 27, 39; 100, 313, 364; 101, 397, 407). Der Zugang zu den staatlichen Gerichten darf nicht in einer Weise erschwert werden, die sich aus Sachgründen nicht rechtfertigen lässt. Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG gebietet daher den Gerichten, das Verfahrensrecht so anzuwenden, dass den erkennbaren Interessen des rechtsschutzsuchenden Bürgers bestmöglich Rechnung getragen wird. Statthafte Rechtsbehelfe dürfen nicht durch eine zu enge Auslegung und Anwendung prozessualer Regeln, wie der Annahme der prozessualen Überholung, leer laufen (vgl. BVerfGE 96, 27, 39). Die Fachgerichte haben auch mit Rücksicht auf die Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde die zuvörderst ihnen übertragene Gewährleistung effektiven gerichtlichen Rechtsschutzes zu erfüllen.

II. Eingriff

Diesem Maßstab tragen die angegriffenen Entschei-

dungen nicht hinreichend Rechnung.

1. Rehabilitationsinteresse des Bf.

Ein berechtigtes Interesse des Bürgers an der nachträglichen Feststellung der Rechtswidrigkeit einer hoheitlichen Maßnahme, die in Grundrechte eingreift, besteht unter anderem dann, wenn die Maßnahme diskriminierend wirkt (vgl. Beschluss des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 5. Dezember 2001 - 2 BvR 527/99, 1337/00 und 1777/00 -). In solchen Fällen ist auch nach Erledigung der Maßnahme ein Rehabilitationsinteresse des Betroffenen anzuerkennen. Das Landgericht hat angenommen, die Unterbringung des Beschwerdeführers zusammen mit einem weiteren Gefangenen in einem Einzelhafttraum wirke nicht diskriminierend. Dies trifft auf verfassungsrechtliche Bedenken, da die Art der Unterbringung des Strafgefangenen dessen Menschenwürde verletzen kann (Art. 1 Abs. 1 GG). In der fachgerichtlichen Rechtsprechung ist bereits darauf hingewiesen worden, dass der Unterbringung in kleinen Hafträumen durch die Menschenwürde der betroffenen Strafgefangenen Grenzen gesetzt sind (vgl. OLG Frankfurt, StV 1986, S. 27 f. mit Anm. Lesting). Das Recht auf Achtung seiner Würde kann auch dem Straftäter nicht abgesprochen werden, mag er sich in noch so schwerer und unerträglicher Weise gegen die Werteordnung der Verfassung vergangen haben (vgl. BVerfGE 72, 105, 115). Mit Blick darauf hätte die Annahme, die beanstandete Art der Unterbringung wirke nicht diskriminierend, jedenfalls näherer Erläuterung bedurft; daran fehlt es in der vom

Rechtsbeschwerdegericht gebilligten Entscheidung des Landgerichts. Dem Recht auf Achtung der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) kommt in der Verfassung ein Höchstwert zu; es ist als tragendes Konstitutionsprinzip im System der Grundrechte zu betrachten (vgl. BVerfGE 45, 187, 227; 87, 209, 228). Schon dies lässt in aller Regel nach Erledigung eines Eingriffs ein Interesse des Betroffenen an - auch nachträglicher - Feststellung der Rechtswidrigkeit als schutzwürdig erscheinen. Auf die vom Oberlandesgericht hervor gehobene Frage, ob der Beschwerdeführer Rechtsschutz in angemessener Zeit vor Erledigung der Maßnahme erreichen konnte, kommt es dabei nicht maßgeblich an (vgl. Beschluss des 2. Senats vom 5. Dezember 2001 - 2 BvR 527/99 und 1777/00 -).

2. Schadensersatzpräjudiz

Auf den weiteren Vortrag des Beschwerdeführers, das Verfahren diene der Vorbereitung einer Amtshaftungsklage, gehen die Fachgerichte nicht ein.

III. Keine verfassungsrechtliche Rechtfertigung ersichtlich

Nach allem haben die Fachgerichte dem Beschwerdeführer ohne nachvollziehbaren Grund eine Sachentscheidung über sein Begehren versagt und seinen Rechtsschutz dadurch in einer Weise verkürzt, die mit Art. 19 Abs. 4 GG nicht vereinbar ist. Dieser Befund führt zur Aufhebung der fachgerichtlichen Entscheidungen und zur Zurückverweisung der Sache an das Landgericht. Die weiteren Grundrechtsrügen des Bf. bedürfen hiernach keiner weiteren Prüfung.

Standort: Kommunalrecht

Problem: Kompetenzverteilung Bürgermeister - Rat

VG AACHEN, URTEIL VOM 28.06.2001
4 K 1787/00 (NVWZ-RR 2002, 214)

Problemdarstellung:

Das VG Aachen hatte sich mit der Frage auseinanderzusetzen, welche Kompetenzverteilung nach der GO NW zwischen Bürgermeister und Rat in Personalangelegenheiten besteht. Gem. § 74 I 2 GO trifft grds. der Bürgermeister die beamten-, arbeits- und tarifrechtlichen Entscheidungen. Allerdings kann gem. § 7 I 3 GO die vom Rat zu erlassende Hauptsatzung etwas anderes bestimmen. Im konkreten Fall hatte die Stadt in ihrer Hauptsatzung dem Bürgermeister die Personalentscheidungskompetenz weitgehend entzogen. Das VG hielt dies grds. für unzulässig, da der Bürgermeister auch in Personalangelegenheiten eine unentziehbare Kernbereichskompetenz habe. Dieses Ergebnis wird ausführlich begründet, u.a. durch gesetzeshistorische, systematische, verfassungsrecht-

liche und rechtsvergleichende Überlegungen.

Prüfungsrelevanz:

Der Fall betrifft eine innergemeindliche Kompetenzstreitigkeit zwischen Bürgermeister und Rat, also einen sogen. "Kommunalverfassungskonflikt". Hierüber hat die RA bereits in früheren Ausgaben ausführlich berichtet (vgl. Vertiefungshinweise). Mittlerweile besteht weitgehend Einigkeit darüber, dass

a) interne Streitigkeiten dieser Art überhaupt justizabel sind und

b) es hierzu nicht der Konstruktion einer eigenen Klageart bedarf, sondern die Leistungs- oder Feststellungsklage nach der VwGO statthaft sind.

Trotzdem sollte dies in einer Prüfungsarbeit im Rahmen der Statthaftigkeit angesprochen werden, auch wenn das VG dies im vorliegenden Fall für entbehrlich gehalten haben mag.

Das VG prüft i.Ü. für die von ihm für statthaft gehaltenen

tene Feststellungsklage auch nicht die Klagebefugnis analog § 42 II VwGO, obwohl dies von der ganz h.M. für die Feststellungsklage im allgemeinen, jedenfalls aber für den Kommunalverfassungsstreit gefordert wird. Hierbei wäre darauf zu achten, dass dem im Kommunalverfassungsstreit klagenden Organ (bzw. Organteil) eine sogen. "wehrfähige Innenrechtsposition" durch Gesetz zugewiesen worden sein muss, d.h. eine spezifische Kompetenz, die auch und gerade gegenüber dem bekl., in diese Kompetenz eingreifenden Organ bestehen muss. Für den Bürgermeister folgte eine solche vorliegend aus § 74 I 2 GO.

Richtigerweise hat das VG - wiederum allerdings ohne dies zu erörtern - im Kommunalverfassungsstreit das eingreifende Organ (Rat) als richtigen Bekl. angesehen. Von selbst versteht sich dies nicht, da für Feststellungsklagen grds. das allgemeine Rechtsträgerprinzip gilt, welches zur Gemeinde als Bekl. geführt hätte. Verklagte der Bürgermeister allerdings seine Gemeinde, läge ein unzulässiger Insichprozess vor, da er selbst Teil derselben ist. In einer Klausur wäre schließlich noch die beteiligten- und Prozessfähigkeit der Beteiligten (§§ 61 bis 63 VwGO) zu erörtern. Der Rat wäre als Vereinigung nach § 61 Nr. 2 VwGO beteiligtenfähig, während dies für den Bürgermeister erst aus einer Analogie zu § 61 Nr. 2 VwGO folgt. Nicht anwendbar ist für ihn jedenfalls § 61 Nr. 3 VwGO, da er im Kommunalverfassungsstreit gerade nicht als Behörde (also gegenüber dem Bürger), sondern als Organ der Gemeinde nach innen (also gegenüber einem anderen Organ) auftritt.

Für andere Bundesländer als NRW ist der Fall schon wegen des prozessualen Themas "Kommunalverfassungsstreit" ebenfalls interessant. Zudem finden sich in vielen Bundesländern auch zur Personalhoheit entsprechende Kompetenzen. Gemeinsamkeiten mit und Unterschiede zu anderen Bundesländern sind in den Entscheidungsgründen auch angesprochen.

Vertiefungshinweise:

Zur Zuständigkeit des Bürgermeisters für beamtenrechtliche Entscheidungen: *OVG Rh-Pf.*, NVwZ 1983, 484.

Zur Klagebefugnis im Kommunalverfassungsstreit: *BVerwG*, NVwZ 1989, 470; *VGH BW*, VBIBW 1990, 457

Zum Kommunalverfassungsstreit: *OVG NW*, RA 2001, 509 = DVBl. 2001, 1281; *Ehlers*, JuS 1990, 105

Kursprogramm:

Examenskurs: "Die Friedenstaube im Rathausfenster"

Examenskurs: "Unter den Wolken"

Leitsätze:

1. § 74 I 3 NWGO ermächtigt den Rat einer Kommune nicht unbegrenzt dazu, dem Bürgermeister Personalentscheidungskompetenzen zu entziehen und auf sich zu verlagern.
2. Durch das Gesetz über die Änderung der Kommunalverfassung vom 17. 5. 1994 (GV NW, S. 270) hat der Gesetzgeber neben dem Rat mit der Urwahl des Bürgermeisters eine zweite gleichwertige Säule demokratisch legitimierter Repräsentanz der Bürgerschaft aufgestellt, vgl. § 40 II 1 NWGO n.F.

Sachverhalt:

In seiner Sitzung vom 16. 3. 2000 beschloss der bekl. Rat auf Vorschlag des Haupt- und Finanzausschusses Änderungen der Hauptsatzung (HS) der Stadt X dahingehend, dass künftig der Rat über die Einstellung, Höhergruppierung und Entlassung aller Beamter sowie von Angestellten bestimmter Vergütungsgruppen entscheide. Mit Schreiben vom 17. 3. 2000 beanstandete der Kl. gegenüber dem Bekl. den Beschluss vom 16. 3. 2000. In seiner Sitzung vom 18. 5. 2000 beschloss der Bekl., der Beanstandung des Kl. nicht zu entsprechen und die Entscheidung der Aufsichtsbehörde einzuholen. Mit Schreiben vom 5. 7. 2000 wies der Landrat des Kreises X als untere staatliche Aufsichtsbehörde die Beanstandung des Kl. zurück. Die hinsichtlich des Beschlusses vom 16. 3. 2000 erhobene Klage war teilweise erfolgreich.

Aus den Gründen:

A. Zulässigkeit

Die Klage ist zulässig.

I. Statthaftigkeit

Eine Einbeziehung der Ratsbeschlüsse vom 16. 3. und 18. 5. 2000 in den Antrag ist nicht geboten, da sich das kl. Begehren auf die Feststellung der Unentziehbarkeit eigener Personalkompetenzen richtet, und dies durch die Feststellung etwaiger Rechtswidrigkeit der vorgenannten Ratsbeschlüsse nicht erreicht werden könnte. Zudem hatte der Ratsbeschluss vom 18. 5. 2000 rechtliche Bedeutung nur in dem Beanstandungsverfahren gem. § 54 II NWGO, das bereits vor Klageerhebung mit der Entscheidung der Aufsichtsbehörde vom 5. 7. 2000 abgeschlossen war. Schließlich würde eine unmittelbar auf die Feststellung der Rechtswidrigkeit der Satzung bzw. der Satzungsänderung gerichtete Klage eine Umgehung der

Regelung des § 47 I Nr. 2 VwGO bzw. der Nichtanwendung dieser Norm durch den Landesgesetzgeber darstellen und im Übrigen kein Rechtsverhältnis zum Gegenstand haben. Die Klage ist als Feststellungsklage gem. § 43 I Alt. 1 VwGO statthaft.

II. Keine Subsidiarität

§ 43 II 1 VwGO steht der Klage nicht entgegen. Ungeachtet des Umstandes, dass eine bloße Anfechtung des Ratsbeschlusses vom 18. 3. 2000 das kl. Begehren nicht erfasst, stellt dieser Beschluss auch keinen Verwaltungsakt dar, den der Kl. mit der Anfechtungsklage angreifen könnte. Der Ratsbeschluss ist nicht auf Außenwirkung gerichtet. Ratsbeschlüsse stellen regelmäßig nur innerorganisatorische Entscheidungen der Gemeinde dar, die zu ihrer Außenwirkung noch eines Umsetzungsaktes bedürfen (vgl. Erichsen, NWKommunalR, 2. Aufl., S. 115). Außenwirkung erlangt der Ratsbeschluss gem. § 7 IV 2 NWGO frühestens mit dem Umsetzungsakt der Bekanntmachung der Neufassung der Hauptsatzung.

III. Feststellungsinteresse

Der Kl. hat ein berechtigtes Interesse an der begehrten Feststellung, da nur so geklärt werden kann, ob bzw. in welchem Umfang der Bekl. ihm wirksam Personalentscheidungskompetenzen entziehen kann oder bereits entzogen hat.

B. Begründetheit

Die Klage ist aber nur im tenorierten Umfang begründet.

I. Kompetenzen des Bürgermeisters

Dem Kl. stehen als Bürgermeister der Stadt X unentziehbare Personalentscheidungskompetenzen jedenfalls für den im Tenor aufgeführten Bedienstetenkreis zu. Dabei ist zu beachten, dass die Kompetenzverteilung auf der Grundlage der jetzigen Hauptsatzung zwar Auslöser des vorliegenden Rechtsstreits war, aber nicht dessen Streitgegenstand darstellt. Vielmehr hat das Gericht (nur) darüber entschieden, welche Grenzen der Bekl. bei Kompetenzentziehungen grundsätzlich zu beachten hat. Insoweit beschreibt die tenorierte Feststellung zu Personalentscheidungen bei Arbeitern nicht die derzeitige Kompetenzverteilung - die alleinige Entscheidungszuständigkeit des Kl. - sondern auch für diesen Bedienstetenkreis nur das unentziehbare Minimum an kl. Kompetenzen.

II. Einschränkung des § 74 I 3 NWGO

§ 74 I 3 der Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen (NWGO) ermächtigt den bekl. Rat nicht unbeschränkt, dem Kl. Personalentscheidungskompetenzen zu entziehen und auf sich zu verlagern. Bei dieser Beurteilung ist die Kammer von folgenden

Überlegungen ausgegangen:

1. Gesetzeslage

Mit dem Gesetz über die Änderung der Kommunalverfassung vom 17. 5. 1994 (NWGV S. 270) hat der nordrhein-westfälische Gesetzgeber neben das durch Wahl demokratisch legitimierte Organ "Rat" mit der Urwahl des Bürgermeisters eine zweite Säule demokratisch legitimer Repräsentanz der Bürgerschaft aufgestellt. § 27 III NWGO a.F. wurde dementsprechend abgeändert. Nach § 40 III NWGO n.F. wird die Bürgerschaft durch die beiden von ihm gewählten Organe Rat und Bürgermeister vertreten. Mit dieser Änderung tritt der Bürgermeister neben den Rat. Die Gemeindevertretung ist - anders als früher gegenüber dem Gemeindedirektor (vgl. § 53 II Halbs. 1 NWGO a.F.) nicht Dienstvorgesetzter des Bürgermeisters. Dienstvorgesetzter ist die Aufsichtsbehörde, § 195 VI BeamStG NW und § 126 III Nr. 1 NWDiszO.

In Konsequenz dieser grundlegend gewandelten Stellung des Bürgermeisters sind dessen Kompetenzen in der Gemeindeordnung erheblich modifiziert worden. Grundsätzlich ist eine Teilung der Verantwortung dahingehend vorgesehen, dass die Politik (Rat) über die Aufgabenstellung und die Verwaltung (Bürgermeister) über das Wie der Aufgabenerfüllung entscheiden soll. Der Bürgermeister ist gem. § 41 III NWGO n.F. grundsätzlich nicht mehr nur für einfache Geschäfte der laufenden Verwaltung (vgl. § 28 III NWGO a.F.), sondern für solche allgemein zuständig. In Mitarbeiterfragen ist die Grundsatzkompetenz des Rates aus § 28 I lit. f NWGO a.F. gestrichen worden. Der Bürgermeister ist nunmehr nach § 62 I 2 NWGO n.F. uneingeschränkt für die gesamte Verwaltung verantwortlich. Jede durch Hauptsatzungsregelung intendierte Abweichung der Regelzuständigkeit des Bürgermeisters muss dies beachten. Weder durch die Ausübung des Rückholrechts aus § 41 III NWGO n.F. noch durch kompetenzverlagernde Hauptsatzung darf die Verwaltungskompetenz des Bürgermeisters in den Kernbereichen seiner Verantwortlichkeit ausgehöhlt werden. Ein Zustand der Verantwortlichkeit des Bürgermeisters ohne Zuständigkeit darf durch die Hauptsatzung nicht herbeigeführt werden.

2. Finanzkontrolle

Eine Beschränkung der Befugnis zum Erlass kompetenzverlagernder Satzungsvorschriften hat auch keine unkontrollierbare Entwicklung des städtischen Personalbudgets zur Folge. Der Kl. kann seine Personalentscheidungen immer nur im Rahmen des vom Bekl. gem. § 41 I 2 lit. h NWGO beschlossenen Stellenplanes treffen.

3. Direktwahl des Bürgermeisters

Auch die unmittelbare demokratische Legitimation gebietet es, dem Bürgermeister in seinem verantwor-

tungsbereich die erforderlichen Personalkompetenzen zu belassen. Die Bürgerschaft wählt mit dem Bürgermeister die Person, die die kommunale Verwaltung leiten und organisieren soll. Zur Organisationshoheit des Bürgermeisters gehört untrennbar auch die Personalhoheit. Der Bürgermeister muss entscheiden, mit welchem Personal er arbeitet, wen er mit welchen Aufgaben betraut, wen er fördert und wen er ggf. entlässt. Die Bürgerschaft trifft ihre Wahlentscheidung unter anderem auch auf der Grundlage der Überlegung, welcher Kandidat für die vorgenannten Entscheidungen geeignet ist. Hätte der Rat uneingeschränkt die Möglichkeit, dem Bürgermeister Personalentscheidungskompetenzen zu entziehen, würde damit auch eine der tatsächlichen Grundlagen für die Wahlentscheidung der Bürgerschaft entzogen.

4. Beschränkte Kontrollrechte des Rates

Demgegenüber kann auch nicht eingewendet werden, der Rat müsse die Möglichkeit haben, an Stelle des Bürgermeisters Personalentscheidungen zu treffen, wenn sich dessen Entscheidungen als ungeeignet erwiesen hätten. Die Kontrollrechte des Rates gegenüber dem Bürgermeister sind in § 55 NWGO geregelt. Sie beschränken sich im Kern auf Berichtspflichten des Bürgermeisters. Sonstige, üblicherweise der die Dienstaufsicht führenden Stelle vorbehaltene Befugnisse, stehen nicht dem Rat, sondern allenfalls der Aufsichtsbehörde zu. Der unmittelbaren demokratischen Legitimation des Bürgermeisters Rechnung tragend ist der Rat weiterhin unter keinen Umständen zu dessen Abwahl berechtigt. Nur die Bürgerschaft als Souverän der demokratisch verfassten Kommune kann ihre Wahlentscheidung rückgängig machen. Kompetenzentziehung als - vorgebliches - Kontrollinstrument ist in der Gesetzessystematik der nordrhein-westfälischen Gemeindeordnung nicht angelegt.

5. Historische Auslegung

Der Wille des historischen Gesetzgebers beim Erlass des Reformgesetzes ist nicht eindeutig zu ermitteln. Den Materialien zum Gesetzgebungsverfahren lässt sich entnehmen, dass der ursprüngliche Gesetzesentwurf der Landesregierung zur Reform der NWGO (vgl. LT-Dr. 11/4983) keine Abschaffung der kommunalen Doppelspitze vorsah. Die Urwahl des Bürgermeisters verbunden mit einer Stärkung seiner Kompetenzen taucht in den Materialien zunächst als Forderung des nordrhein-westfälischen Städte- und Gemeindebundes auf (vgl. Protokoll des Ausschusses für Kommunalpolitik 11/925, S. 11 ff.), die primär von der Opposition aufgegriffen wurde. Die letztlich be-

schlossene Gesetzesfassung beruht auf Änderungsanträgen der Mehrheitsfraktion zum Gesetzesentwurf der Landesregierung. Als Begründung für die letztliche Gesetzesfassung lässt sich nur eine knappe Äußerung eines Abgeordneten in einer Sitzung des Ausschusses für Kommunalpolitik ermitteln, wonach es allen Städten und Gemeinden ermöglicht werden sollte, diese Zuständigkeiten für sie angemessen zu regeln. Hierbei ist schließlich auch zu beachten, dass § 74 I 3 NWGO keine neue Regelung trifft, sondern eine bloße Beibehaltung der auf den früheren Gemeindedirektor zugeschnittenen Altregelung des § 54 I 3 NWGO a.F. darstellt, ohne dass den Gesetzesmaterialien zu entnehmen wäre, ob das Parlament die Bedeutung dieser Altregelung im Kontext der die Stellung des Bürgermeisters wesentlich verändernden und stärkenden neuen Gemeindeordnung bedacht hat.

Unter Berücksichtigung dieser Aspekte ist § 74 I 3 NWGO dahin auszulegen, dass die Satzungsermächtigung dort ihre Grenze findet, wo die Regelung derart vom gesetzlichen Leitbild der Alleinzuständigkeit des Bürgermeisters in Personalangelegenheiten abweicht, dass diesem eine seiner Verantwortlichkeit korrespondierende Zuständigkeit nicht mehr verbleibt (vgl. Held/Becker/ Decker, KommVerfR NW, Einführung zur NW GO Nr. 1.4.1; unklar Rehn/Cronauge, NWGO, § 74 Nr. III 1).

6. Rechtsvergleichung

Dieses Ergebnis wird auch durch eine rechtsvergleichende Betrachtung bestätigt. In den deutschen Bundesländern, die in ihren Kommunalverfassungen eine gleichrangige Repräsentanz der Bürgerschaft durch den Rat und einen direkt gewählten Bürgermeister vorsehen (vgl. Kommunalverfassungen von Baden-Württemberg, Rheinland-Pfalz, Saarland, Sachsen-Anhalt und Thüringen), sind durchgehend Regelungen getroffen worden, die dem Bürgermeister unentziehbare Kompetenzen bei Personalentscheidungen zuweisen. Nur in Baden-Württemberg ist der Rat in der Lage, Personalentscheidungen gegen den Willen des Bürgermeisters durchzusetzen, bedarf hierzu aber einer qualifizierten 2/3-Mehrheit.

Selbst in der Mehrzahl der Bundesländer, deren Kommunalverfassung der Gemeindevertretung einen klaren gesetzlichen Vorrang gegenüber dem Bürgermeister (bzw. in Hessen dem Gemeindevorstand) einräumt, stehen Letzterem gesetzlich begründete Personalkompetenzen zu (vgl. Kommunalverfassungen von Brandenburg, Hessen, Sachsen, Schleswig-Holstein). Nur Bayern, Mecklenburg-Vorpommern und Niedersachsen, die in ihren Kommunalverfassungen ausdrücklich den Vorrang der Gemeindevertre-

tungen vor dem Bürgermeister postulieren, (vgl. Art. 29 BayGO, § 22 MVGO, § 31 NdsGO), lassen keine klarer Grenzen für eine Kompetenzziehung erkennen. Zumindest für Bayern hat der VGH München aber klargestellt, dass dem Bürgermeister gegenüber dem Rat unentziehbare Kompetenzen zustehen (vgl. BayVBl 1992, 375).

7. *Verfassungskonforme Auslegung*

Eine Auffassung, wonach § 74 I 3 NWGO zu einer unbeschränkten oder jedenfalls weitgehenden Kompetenzziehung ermächtigt, wäre zudem verfassungsrechtlichen Bedenken ausgesetzt.

a. *Demokratieprinzip*

Angesichts der gegenüber dem Rat gleichwertigen demokratischen Legitimation des Bürgermeisters und seiner gleichgeordneten Stellung in der Kommune erscheint es zweifelhaft, ob ein von der Bürgerschaft gewähltes Organ berechtigt sein kann, ein anderes, ebenfalls unmittelbar gewähltes Organ nach der Wahl seiner Kompetenzen in wesentlichen Bereichen zu berauben. Dies könnte den Rat zum faktischen Verwaltungsleitungsgremium machen und damit bei ihm zu Kompetenzen führen, für die er in diesem Umfang nicht demokratisch legitimiert wäre.

b. *Althergebrachte Grundsätze des Berufsbeamtentums*

Problematisch an einer solchen Auffassung wäre ebenfalls ihre Vereinbarkeit mit Art. 33 V GG, da die dort geschützten althergebrachten Grundsätze des Beamtentums auch - wenn auch nur eingeschränkt - für kommunale Wahlbeamte einschließlich des direkt gewählten Bürgermeisters gelten (vgl. BVerfG, NVwZ 1994, 473; BVerfGE 7, 155; BVerwGE 81, 318). Zu diesen Grundsätzen gehört auch der Anspruch eines jeden Beamten auf eine amtsangemessene Beschäftigung, der eine schrankenlose Zuständigkeitsentziehung nicht zulässt (vgl. VGH Mannheim, VGHBW 1999, Beil. 10, B 2; VG Braunschweig, NdsVBl 1998, 266).

8. *Zusammenfassung*

Für den Bereich der Verwaltung der Stadt X bedeutet dies, dass dem Kl. durch Hauptsatzung jedenfalls die Zuständigkeit für Personalentscheidungen nicht völlig entzogen werden darf, die Bedienstete betreffen, die auf der Ebene der Sachbearbeitung oder in vergleichbarer Art unterhalb der Leitungsebene (Referatsleiter) tätig sind. Denn dies ist der Mitarbeiterstamm, mit dem der Kl. regelmäßig die Geschäfte der laufenden Verwaltung zu erbringen hat und der das Gros der gegenüber den Bürgern zu erfolgenden Einzelent-

scheidungen trifft oder in sonstiger Weise überwiegend rein vollziehend tätig ist. Bezogen auf den Antrag des Kl. folgt daraus, dass ihm beim gegenwärtigen Zuschnitt der städtischen Verwaltung für den im Antrag genannten Bedienstetenkreis nicht gänzlich die Kompetenz entzogen werden darf. Insbesondere auch für die dem Bürgermeister unmittelbar zuarbeitenden Bediensteten seines Vorzimmers darf dem Bürgermeister keine Personalentscheidung des Rates aufgezwungen werden. Insoweit ist der kl. Antrag begründet.

III. *Mitbestimmungsrecht des Rates*

Allerdings kann sich der Bekl. in der Hauptsatzung ein Mitentscheidungsrecht vorbehalten, das die Kompetenzen des Kl. wahrt. Mit dieser Einschränkung trägt die Kammer den gesetzlichen Regelungen der § 41 III und 74 I 3 NWGO Rechnung, die es dem Rat ermöglichen, sich Mitspracherechte auch in den Bereichen einzuräumen, für die grundsätzlich der Bürgermeister zuständig sein soll. Der Rat wird dabei zu beachten haben, dass jedenfalls für den im Tenor bezeichneten Bedienstetenkreis eine Regelung, die Personalentscheidungen des Rates gegen den Willen des Bürgermeisters ermöglichen soll, nicht zulässig wäre. Die Kompetenzen des Bürgermeisters sind um so stärker zu berücksichtigen, je niedriger die Stelle eingruppiert ist, über die entschieden werden soll. Ob ein Letztentscheidungsrecht des Rates für hoch eingruppierte Stellen mit Leitungsfunktionen an das Vorliegen qualifizierter Mehrheiten zu knüpfen wäre, bedarf vorliegend keiner Entscheidung. Wie der Bekl. - unter Wahrung der Mitentscheidungskompetenz des Kl. - das Zusammenwirken der beiden kommunalen Organe in Personalangelegenheiten im Einzelnen regelt, steht in seinem Ermessen und entzieht sich einer strikten verwaltungsgerichtlichen Festlegung. Soweit der Kl. mit seinem Antrag die Feststellung begehrt, dass er für Entscheidungen über den im Antrag genannten Bedienstetenkreis allein zuständig sei, ist der Antrag daher unbegründet.

IV. *Obiter dictum*

Das Gericht weist im Übrigen in diesem Zusammenhang ausdrücklich darauf hin, dass es keine Entscheidung darüber zu treffen hatte, ob eine klare Zweiteilung von Zuständigkeiten und Verantwortlichkeiten rechtspolitisch wünschenswert und unter Effizienzgesichtspunkten vorzuzugswürdig wäre, sondern auf der Grundlage der vom Gesetzgeber geschaffenen Rechtslage (nur) zu befinden hatte, welchen gesetzesimmanenten Schranken die Satzungsermächtigung des § 74 I 3 NWGO unterliegt.

*Zivilrecht***Standort: BGB - AT****Problem: Darlehensnehmer und Mithaftender**

BGH, URTEIL VOM 12.12.2001
IV ZR 47/01 (NJW 2002, 755)

Problemdarstellung:

Die klagende Bank hatte mit dem ehemaligen Lebensgefährten der Bekl. einen Vertrag über ein Allzweckdarlehen in Höhe 105.000 DM mit einem Zinssatz von 9,5 % und einer Laufzeit von 72 Monaten geschlossen. Der Vertrag wurde von der Bekl. als "Kreditnehmer" mitunterzeichnet. Von der Darlehenssumme sah sie aber nichts, da diese teilweise auf das Geschäftskonto ihres Lebensgefährten überwiesen, teilweise mit Altschulden ihres Lebensgefährten verrechnet worden ist. Nachdem die Rückzahlung des Darlehens ins Stocken geriet, kündigte die Kl. das Darlehen und begehrte auch von der Bekl. die Rückzahlung. Die Bekl. berief sich auf die Sittenwidrigkeit von Mithaftungsübernahmen für Darlehensverbindlichkeiten durch nahe Angehörige gem. § 138 BGB, da sie zur Zeit des Vertragsabschlusses arbeitslos war, ein minderjähriges Kind zu betreuen hatte und nur stundenweise im Geschäft ihres Lebensgefährten gegen Bezahlung aushalf. Die Kl. stellt sich hingegen auf den Standpunkt, dass sie gleichberechtigte Mitdarlehensnehmerin sei und daher die Rechtsprechung zur Sittenwidrigkeit von Mithaftungen näher Angehöriger unanwendbar sei.

Im Gegensatz zum BerGer. erkennt der BGH in der Verpflichtung der Bekl. lediglich eine Haftungsübernahme. Nach der Rechtsprechung des BGH ist ein echter Mitdarlehensnehmer nur, wer ein eigenes sachliches und / oder persönliches Interesse an der Kreditaufnahme hat und als im Wesentlichen gleichberechtigter Partner über die Auszahlung sowie die Verwendung der Darlehensvaluta mitentscheiden darf. Ob diese Voraussetzungen im konkreten Einzelfall erfüllt sind, beurteilt sich ausschließlich nach den Verhältnissen auf Seiten der "Mitdarlehensnehmer". Der Darlehensgeber hat es also nicht selbst in der Hand durch vertragliche Formulierungen diese Abgrenzung vorzunehmen. Nach dem übereinstimmenden Willen der Vertragsschließenden war der ausgereichte Kredit ausschließlich für den damaligen Lebensgefährten bestimmt; für ein Mitbestimmungs-

recht der Bekl. bezüglich des Einsatzes und der Verwendung der Darlehensvaluta sind keine Anhaltspunkte gegeben.

Im Übrigen wird vom BGH festgestellt, dass nach Annäherung der Rechtsprechung des IX. und XI. Zivilsenats für die Anwendung von § 138 BGB bei Bürgschafts- und Mithaftungsverträgen zwischen Kreditinstituten und privaten Sicherungsgebern i.d.R. auf den Grad des Missverhältnisses zwischen Verpflichtungsumfang und Leistungsfähigkeit abzustellen ist. In einem solchen Fall krasser finanzieller Überforderung wird dann widerleglich vermutet, dass die ruinöse Bürgschaft oder Mithaftung allein aus emotionaler Verbundenheit mit dem Hauptschuldner übernommen wurde und der Kreditgeber dies in sittlich anstößiger Weise ausgenutzt hat.

Prüfungsrelevanz:

Vor allem im Recht der Kreditsicherheiten sind vom Examenkandidaten fundierte Kenntnisse der diesbezüglich ergangenen Judikatur erforderlich, da sich die meisten Fallfragen nicht mehr allein anhand des Gesetzestextes lösen lassen. Ganze Institute von Kreditsicherheiten (z.B. Sicherungsübereignung, Sicherungsgrundschuld, Schuldmitübernahme, Forderungsgarantien) oder entsprechende Schutzinstrumente gegenüber den kreditgewährenden Banken (insb. die Rechtsprechung zur Sittenwidrigkeit von Bürgschaften / Schuldmitübernahmen durch einkommens- und vermögenslose nahe Angehörige) sind nur durch die Kenntnis der hierzu erlassenen Rechtsprechung zu erfassen.

Vertiefungshinweis:

☐ Zur Haftung vermögensloser Angehöriger: *BGH*, RA 2001, 205 = *NJW* 2001, 815; *NJW-RR* 2000, 1431; *NJW* 1999, 135; *OLG Nürnberg*, ZIP 1998, 989; *OLG Bamberg*, *NJW-RR* 1998, 772

Kursprogramm:

☐ *Examenskurs*: "Drum prüfe wer für Papi bürgt"
☐ *Assessorkurs*: "Die gepfändeten Mietzinsforderungen"

Leitsatz:

Ob der finanziell überforderte Ehepartner oder Lebensgefährte durch die Mitunterzeichnung des Darlehensvertrags nach dem Willen der Vertragsschließenden echter Darlehensnehmer oder lediglich Mithaftender wird, richtet sich ausschließlich nach den Verhältnissen auf Seiten der Vertragsgegner des Kreditgebers.

Sachverhalt:

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer Mitverpflichtung der Bekl. aus einem Darlehensvertrag. Dem liegt folgender Sachverhalt zu Grunde: Am 28. 7. 1997 schloss die klagende Sparkasse mit dem ehemaligen Lebensgefährten der Bekl., einem Inhaber von Imbissstuben, einen Vertrag über ein Allzweckdarlehen mit einem Nettokreditbetrag von 105 000 DM. Der Kredit sollte bei einem Zinssatz von 9,5% p. a. in 72 Monatsraten über jeweils 1978,20 DM zurückgezahlt werden. Der Vertrag wurde von der damals 36 Jahre alten Bekl., einer gelernten Textildachfrau, als „Kreditnehmer“ mitunterzeichnet. Von der Darlehenssumme überwies die Kl. vertragsgemäß 49372,74 DM auf das Geschäftskonto ihres früheren Lebensgefährten und verrechnete weitere 55607,26 DM mit einem von ihm allein aufgenommenen Alt-kredit. Nachdem er in der Folgezeit einige Zins- und Tilgungsraten trotz mehrerer Mahnungen nicht geleistet hatte, kündigte sie das Darlehen fristlos und forderte ihn und die Bekl. zur Rückzahlung auf. Die Bekl., die nach ihren Angaben bei Vertragsschluss längere Zeit arbeitslos war und neben der Betreuung ihres minderjährigen Kindes in den Imbissstuben des vormaligen Lebensgefährten stundenweise gegen Bezahlung aushalf, hält die von ihr übernommene Verpflichtung für einen sittenwidrigen und daher nichtigen Schuldbetritt. Die Kl. ist in erster Linie der Auffassung, die Bekl. sei dem klaren Vertragswortlaut entsprechend gleichberechtigte Mitdarlehensnehmerin.

Das LG hat die Bekl. antragsgemäß als Gesamtschuldnerin neben ihrem früheren Lebensgefährten zur Zahlung von 105 515,09 DM zuzüglich Zinsen verurteilt. Die hiergegen gerichtete Berufung der Bekl. hatte keinen Erfolg. Die Revision der Bekl. hatte Erfolg und führte zur Abweisung der Klage.

Aus den Gründen:

A. Entscheidung und Begründung des BerGer.

Das BerGer. hat zur Begründung seines stattgebenden Urteils im Wesentlichen ausgeführt:

Der von der Bekl. geschlossene Darlehensvertrag sei nicht wegen Sittenwidrigkeit nichtig. Grundsätzlich sei es jedem Volljährigen auf Grund der Vertragsfreiheit als Teil der Privatautonomie unbenommen, auch risikoreiche Geschäfte abzuschließen und sich zu Leistungen zu verpflichten, die ihn finanziell schlecht-

hin überforderten oder die von ihm nur unter ganz besonders günstigen Bedingungen, notfalls sogar unter dauernder Inanspruchnahme des pfändungsfreien Einkommens, erbracht werden könnten. Die Sittenwidrigkeit eines Darlehensvertrags wegen finanzieller Überforderung des Darlehensnehmers komme anders als die einer Bürgschaft oder Mithaftungsübernahme, bei der die Gefahr einer Inanspruchnahme in den Hintergrund trete, die Unterschriftsleistung leicht als bloße Formalität erscheine und das Schutzbedürfnis naher Angehöriger höher sei als bei Mitunterzeichnung eines Darlehensvertrages, in aller Regel nicht in Betracht.

Die Bekl. sei als Mitdarlehensnehmerin anzusehen. Sie habe zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses über ein, wenn auch nur geringes Einkommen verfügt, das zusammen mit den Einnahmen aus dem Gewerbebetrieb ihres ehemaligen Lebensgefährten zur gemeinsamen Lebensführung verwendet worden sei und das im Rahmen der Gesamtschuldnerschaft für das zurückzahlende Darlehen habe eingesetzt werden sollen. Ihr Kind habe bei Abschluss des Vertrags ein Alter und einen Entwicklungsgrad gehabt, welcher zu einer wirtschaftlichen Selbstständigkeit seit dem 1. 1. 1999, also rund 1,5 Jahre nach der Kreditaufnahme, geführt habe. Ausgehend hiervon habe sich das Einkommen der Bekl. vergrößert und sich auch eine für eine Arbeitsaufnahme förderliche Unabhängigkeit eingestellt, so dass damals mit einer Steigerung ihrer Einnahmen zu rechnen gewesen sei. Besondere Umstände, insbesondere eine Überrumpelung oder eine Verharmlosung der Unterzeichnung des Vertrags als Formsache durch Mitarbeiter der Kl., seien nicht vorgetragen.

B. Keine Mitdarlehensnehmerschaft

Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Dem BerGer. kann nicht gefolgt werden, soweit es meint, die Bekl. sei nach dem Vertragsinhalt echte Mitdarlehensnehmerin. Vielmehr hat sie bei Würdigung der objektiven Umstände zur Absicherung des neuen Kredits ihres damaligen Lebensgefährten im Wege des Schuldbetriffs lediglich die Mithaftung übernommen. Echter Mitdarlehensnehmer ist nach der Rechtsprechung des BGH nur, wer ein eigenes - sachliches und/oder persönliches Interesse - an der Kreditaufnahme hat und als im Wesentlichen gleichberechtigter Partner über die Auszahlung sowie die Verwendung der Darlehensvaluta mitentscheiden darf (BGHZ 146, 37 = NJW 2001, 815 = LM H. 5/2001 § 138 [Bb] BGB Nr. 99; s. auch Senat, NJW 1999, 135 = LM H. 3/1999 § 138 [Bb] BGB Nr. 90 = WM 1998, 2366). Ob diese Voraussetzungen im konkreten Einzelfall erfüllt sind, beurteilt sich ausschließlich nach den Verhältnissen auf Seiten der Mitdarlehensnehmer. Die kreditgebende Bank hat es daher nicht in der Hand, etwa durch eine im Darlehensvertrag gewählte Formulierung wie zum Beispiel

„Mitarlehensnehmer“, „Mitantragsteller“, „Mithaftender“ oder dergleichen einen bloß Mithaftenden zu einem gleich berechtigten Mitarlehensnehmer zu machen und dadurch den Nichtigkeitsfolgen des § 138 I BGB zu entgehen (vgl. Senat, NJW 1999, 135 = LM H. 3/1999 § 138 [Bb] BGB Nr. 90 = WM 1998, 2366; Nobbe/Kirchhof, BKR 2001, 5). Danach durfte das BerGer. die Bekl. - wie die Revision zu Recht geltend macht - nicht für eine echte Kreditnehmerin halten. Da es die vorgenannten Auslegungsregeln nicht einmal ansatzweise beachtet hat und weitere tatsächliche Feststellungen nicht zu erwarten sind, kann der erkennende Senat die Vertragsauslegung selbst vornehmen (vgl. etwa BGHZ 124, 39 = NJW 1994, 188 = LM H. 5/1994 § 229 BGB Nr. 3).

Nach dem übereinstimmenden Willen der Vertragsschließenden war der ausgereichte Kredit ausschließlich für den damaligen Lebensgefährten der Bekl. bestimmt, und zwar für dessen Gewerbebetrieb sowie zur Ablösung eines nur von ihm aufgenommenen Altkredits. Dafür, dass die Bekl. gleichwohl über die Auszahlung und Verwendung der Darlehensvaluta als gleich berechtigte Vertragspartei mitbestimmen durfte und von einem solchen Recht ganz oder teilweise Gebrauch gemacht hat, ist nichts vorgetragen. Nach dem eigenen Vorbringen der Kl. ist die Valutierung des Darlehens vielmehr durch Aufrechnung mit ihrer Altkreditforderung gegen den damaligen Lebensgefährten der Bekl. und durch Gutschrift von 49392,74 DM auf dessen Geschäftskonto erfolgt. Über dieses konnte die Bekl. nicht verfügen. Da sie an den Imbissbetrieben ihres früheren Lebensgefährten nicht beteiligt war, deutet bei objektiver Betrachtung auch nichts auf ein eigenes - sachliches und/oder persönliches - Interesse an der Kreditaufnahme und Mittelverwendung hin. Der Umstand, dass beide auf die Geschäftseinnahmen angewiesen waren und das neue Darlehen für den Fortbestand des Gewerbebetriebs dringend notwendig gewesen sein soll, spricht ebenfalls nicht dafür, die Bekl. als echte Mitarlehensnehmerin anzusehen, sondern lenkt nur den Blick auf die wirtschaftliche Abhängigkeit der Bekl. bei Abgabe der Mithaftungserklärung.

C. Sittenwidrigkeit der Haftungsübernahme gem. § 138 BGB

Die angefochtene Entscheidung stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 563 ZPO). Die Mithaftungsübernahme überforderte die Bekl. finanziell in krasser Weise, ohne dass sich für die Kl. entlastende Umstände anführen lassen.

I. Rechtsprechungsgrundsätze zur Sittenwidrigkeit

von Haftungsübernahmen durch nahe Angehörige gem. § 138 BGB

Nach der inzwischen übereinstimmenden Rechtsprechung sowohl des IX. als auch des XI. Zivilsenats des BGH hängt die Anwendung des § 138 I BGB bei Bürgschafts- und Mithaftungsverträgen zwischen Kreditinstituten und privaten Sicherungsgebern regelmäßig entscheidend vom Grad des Missverhältnisses zwischen dem Verpflichtungsumfang und der finanziellen Leistungsfähigkeit des Bürgen oder Mitverpflichteten ab (BGHZ 125, 206 = NJW 1994, 1278 = LM H. 9/1994 § 765 BGB Nr. 91; BGHZ 136, 347 = NJW 1997, 3372 = LM H. 5/1998 § 765 BGB Nr. 120; BGHZ 137, 329 = NJW 1998, 597 = LM H. 5/1998 § 765 BGB Nr. 121; BGHZ 146, 37 = NJW 2001, 815 = LM H. 5/2001 § 138 [Bb] BGB Nr. 95; BGH, NJW 2001, 2466 = LM H. 2/2002 § 765 BGB Nr. 157 = WM 2001, 1330; Senat, NJW 2002, 746). Zwar reicht selbst der Umstand, dass der Betroffene voraussichtlich nicht einmal die vertragliche Zinslast aus dem pfändbaren Teil seines Einkommens oder Vermögens tragen kann, regelmäßig nicht aus, um das Unwerturteil der Sittenwidrigkeit zu begründen. In einem solchen Falle krasser finanzieller Überforderung wird aber widerleglich vermutet, dass die ruinöse Bürgschaft oder Mithaftung allein aus emotionaler Verbundenheit mit dem Hauptschuldner übernommen wurde und der Kreditgeber dies in sittlich anstößiger Weise ausgenutzt hat (BGH, NJW 2001, 2466 = LM H. 2/2002 § 765 BGB Nr. 157 = WM 2001, 1330 m.w. Nachw.; Senat, NJW 2002, 746).

II. Kritik an dieser Rechtsprechung durch die Literatur

Die in der Literatur geäußerte Kritik, diese Betrachtungsweise betone zu sehr die krasse finanzielle Überforderung und das persönliche Näheverhältnis zwischen Bürgen oder Mithaftenden und Hauptschuldner und vernachlässige das vom BVerfG angesprochene Erfordernis einer strukturellen Unterlegenheit des Bürgen oder Mithaftenden sowie die Umstände bei der Haftungsbegründung, insbesondere eine unzulässige Willensbeeinflussung (Habersack/Gigliio, WM 2001, 1100 auch Roth, JZ 2001, 1039), ist nicht berechtigt. Mit dem Kriterium des Handelns aus emotionaler Verbundenheit wird den Vorgaben des BVerfG (vgl. BVerfGE 89, 214 = NJW 1994, 36; BVerfG, WM 1994, 1837) Rechnung getragen, den gegenüber der kreditgebenden Bank weitaus unterlegenen Bürgen oder Mithaftenden mit Hilfe der Generalklauseln des Bürgerlichen Rechts vor der Abgabe fremdbestimmter und ungewöhnlich belastender Willenserklärungen zu schützen. Je stärker dabei das

Übergewicht des Kreditgebers ist, je gravierender die Belastungen und je enger die persönlichen Beziehungen zwischen Bürgen oder Mithaftenden sind, desto wahrscheinlicher ist es, dass es an einer nüchtern abwägenden, selbstbestimmten Entschließung des Bürgen oder Mithaftenden fehlt. Es trifft daher entgegen einer in der Literatur (Medicus, JuS 1999, 833 f.[835 f.]; Zöllner, WM 2000, 1 [5, 9 f.]; Habersack/Giglio, WM 2001, 1100 [1103]) vertretenen Ansicht nicht zu, die krasse finanzielle Überforderung und die Nähebeziehung zwischen Mithaftenden und Hauptschuldner seien für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit der Personalsicherheit indifferent (vgl. Tiedtke, JZ 2000, 677; Nobbe/Kirchhof, BKR 2001, 5 [6]; s. auch Kulke, ZIP 2001, 985 [989]). Vielmehr ist es gerechtfertigt, dem Gläubiger in den Fällen einer krassen finanziellen Überforderung die Darlegungs- und Beweislast für eine im Wesentlichen freie Willensentscheidung des Sicherungsgebers aufzubürden. Bei dieser differenzierenden Beurteilung bleiben die Umstände des Einzelfalls keineswegs außer Acht, sondern spielen bei der Widerlegung der tatsächlichen Vermutung einer unzulässigen Willensbeeinflussung eine entscheidende Rolle (st. Rspr., s. etwa BGHZ 146, 37 [45] = NJW 2001, 815 = LM H. 5/2001 § 138 [Bb] BGB Nr. 99).

III. Feststellung einer krassen finanziellen Überforderung im vorliegenden Fall

Die zum Zeitpunkt der Kreditaufnahme 36 Jahre alte Bekl. war voraussichtlich nicht in der Lage, die im Darlehensvertrag festgelegte Zinslast von monatlich 831,25 DM bei Eintritt des Sicherungsfalls allein zu tragen. Die von ihr bezogene Arbeitslosenhilfe betrug damals ausweislich des vorgelegten Leistungsnachweises lediglich 1287,10 DM monatlich. Von diesem Betrag waren, selbst wenn man die damals noch bestehende, aber in absehbarer Zeit endende Unterhaltspflicht der Bekl. gegenüber ihrem Kind außer Acht lässt, lediglich 49,70 DM monatlich pfändbar. Das von der Bekl. durch stundenweise Mitarbeit in den Imbissstuben ihres damaligen Lebensgefährten erzielte Einkommen fällt nach dem eigenen Vortrag der Kl. nicht ins Gewicht. Eigenes pfändbares Vermögen, das sie zur Schuldentilgung hätte einsetzen können, war nicht vorhanden. An der krassen finanziellen Überforderung der Bekl. bei Abschluss des Vertrags kann danach kein Zweifel bestehen.

Entgegen der Auffassung des BerGer. war aus der maßgebenden Sicht eines seriösen und vernünftigen Kreditgebers innerhalb der 72-monatigen Laufzeit des Darlehens (zu dieser Voraussetzung s. BGHZ 146, 37 [43] = NJW 2001, 815 = LM H. 5/2001 § 138 [Bb] BGB Nr. 99; Senat, NJW 1994, 1726 = LM H. 9/1994 § 1 b AbzG Nr. 29 = WM 1994, 1022 [1024]) auch nicht mit einer Beseitigung der finanziellen Leistungsunfähigkeit der Bekl. zu rechnen. Zwar hatte ihr Kind bei Abgabe der Mithaftungserklärung bereits ein Alter

erreicht, das eine Betreuung und finanzielle Unterhaltsleistungen in naher Zukunft entbehrlich machte. Da die Bekl. nach ihrem unwidersprochenen Vortrag über einen längeren Zeitraum arbeitslos war, musste aber die Möglichkeit einer alsbaldigen Ausübung des von ihr erlernten Berufs einer Textilfachfrau unwahrscheinlich erscheinen. Dafür, dass diese Betrachtungsweise nicht der späteren realen Entwicklung ihrer Einkommensverhältnisse entspricht, bestehen auch unter Berücksichtigung der Revisionserwiderung keine Anhaltspunkte.

IV. Keine Widerlegung der Haftungsübernahme wegen emotionaler Verbundenheit

Auch von einer emotionalen Verbundenheit der Bekl. mit ihrem damaligen Lebenspartner, dem Darlehensnehmer, mit dem sie in einer eheähnlichen Gemeinschaft lebte, ist ebenso wie bei Ehepartnern auszugehen (BGH, NJW 1997, 1005 = LM H. 5/1997 § 765 BGB Nr. 113 = WM 1997, 465, und NJW 2000, 1182 = LM H. 9/2000 § 138 [Bb] BGB Nr. 97 = WM 2000, 410 [412]). Die persönliche enge Beziehung zwischen der Bekl. und ihrem damaligen Lebensgefährten sowie die die krasse finanzielle Überforderung begründenden Umstände waren der Kl. aus den Darlehensverhandlungen entweder bekannt oder sie hat sich einer Kenntnis bewusst verschlossen. Nach der zitierten Rechtsprechung des BGH (BGHZ 146, 37 [45] = NJW 2001, 815 = LM H. 5/2001 § 138 [Bb] BGB Nr. 99) lag es daher bei ihr, darzulegen und notfalls zu beweisen, dass die Bekl. sich bei Abgabe der Mithaftungserklärung von einer realistischen Einschätzung des wirtschaftlichen Risikos und nicht von fremd-bestimmten Motiven hat leiten lassen. Dafür ist hier jedoch nichts dargetan oder ersichtlich.

V. Keine Neubewertung dieser Rechtsprechung durch die Neuregelung des Insolvenzrechts

Anders als die Revisionserwiderung meint, ist mit der seit dem 1. 1. 1999 geltenden Insolvenzordnung die Wertungsbasis für eine Anwendung des § 138 I BGB nicht entfallen. Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH ist für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit grundsätzlich der Zeitpunkt des Vertragsschlusses maßgebend (BGHZ 72, 308; 100, 353; 120, 272 [276]; 125, 206 [209]; 140, 395 [399]). Der Darlehensvertrag wurde indes bereits im Sommer des Jahres 1997, also vor In-Kraft-Treten der Insolvenzordnung geschlossen. Schon deshalb ist es nicht möglich, das in ihr normierte Verfahren zur Restschuldbefreiung zu berücksichtigen.

D. Ergebnis

Das Berufungsurteil war daher aufzuheben (§ 564 I ZPO). Da weitere Feststellungen nicht zu treffen sind, konnte der Senat in der Sache selbst entscheiden (§ 565 III Nr. 1 ZPO) und die Klage abweisen.

Standort: Maklerrecht**Problem: Abschluss des Maklervertrages**

BGH, URTEIL VOM 06.12.2001
III ZR 296/00 (NJW 2002, 817)

Problemdarstellung:

In ihrer Eigenschaft als Maklerin hatte die Kl. dem Bekl. einen formularmäßigen Kaufantrag zwecks Unterschriftsleistung zugesendet, in dem u.a. auf eine 5,75 % Maklerprovisionspflicht hingewiesen worden ist, die bei Kaufvertragsabschluss vom Bekl. als Käufer zu zahlen war. Der Bekl. strich die Prozentangabe durch und ersetzte sie durch den Vermerk "nach Vereinbarung". Später nach dem notariellen Kaufvertragsabschluss klagte die Kl. auf Zahlung von 5,75 % Maklercourtage auf die Kaufsumme. Das BerGer. hat die Klage abgewiesen, weil es bereits das Zustandekommen eines entsprechenden Maklervertrages wegen eines offenen Dissenses über die Höhe der Maklerprovision verneinte.

Der BGH tritt dieser Rechtsauffassung mit dieser Entscheidung aber entgegen. Es entspricht der ständigen Rechtsprechung des BGH, dass ein Kaufinteressent, der in Kenntnis des eindeutigen Provisionsverlangens die Dienste eines Maklers in Anspruch nimmt, damit grundsätzlich in schlüssiger Weise zu erkennen gibt, dass er den in dem Provisionsverlangen liegenden Antrag auf Abschluss eines entsprechenden Maklervertrages annimmt. Etwas anderes gilt nur dann, wenn der Interessent vor Inanspruchnahme der Maklerdienste ausdrücklich erklärt, dass er eine solche Willenserklärung nicht abgeben wolle. Durch die handschriftliche Änderung der Provisionsklausel hat der Bekl. keineswegs jede Provisionszahlung abgelehnt, sondern im Gegenteil seine grundsätzliche Bereitschaft zur Zahlung zu erkennen gegeben. Zwar hat eine Einigung über die konkrete Höhe der Maklerprovision nicht stattgefunden; dies führt aber nicht zur Anwendung von § 154 BGB. § 154 BGB ist unanwendbar, wenn sich die Parteien trotz der noch offenen Punkte erkennbar vertraglich binden wollen, was insbesondere durch den Beginn der Vertragsdurchführung gekennzeichnet sein kann. Auch im Hinblick auf § 653 BGB bestehen Bedenken, den Abschluss des Maklervertrages wegen fehlender Einigung über die Höhe der Maklerprovision scheitern zu lassen.

Prüfungsrelevanz:

Diese Entscheidung ist von examensrelevanter Bedeutung, da sie klassische Vertragsabschlussprobleme aus dem Allgemeinen Teil des BGB (Vertragsschluss

gem. §§ 145 ff. BGB, Dissens, Anwendbarkeit von § 154 BGB) mit einem in der universitären Ausbildung eher vernachlässigten Vertragstypus aus dem Besonderen Schuldrecht, dem Maklervertrag, kombiniert. Im Rahmen der Anwendbarkeit von § 154 BGB wird deutlich gemacht, dass es sich hierbei um eine Auslegungsregel handelt, die nicht eingreift, wenn die Parteien sich erkennbar trotz der noch offenen Punkte vertraglich binden wollen. Bezieht sich - wie in diesem Fall - die Lückenhaftigkeit des Vertrages auf die Höhe der Vergütung, so ist dann diese Lücke entweder über eine ergänzende Vertragsauslegung oder über die ggf. entsprechende Anwendung der gesetzlichen Regelungen von §§ 653, 612, 632 BGB zu schließen. Hinsichtlich des Maklerrechts wird klar gestellt, wann ein Makler durch einen konkludenten Vertragsabschluss zu seinem Provisionsanspruch kommt. Tritt der erkennbar bereits von einer Seite eingeschaltete Makler mit einem Interessenten in Kontakt, so muss er, wenn er im Erfolgsfalle von diesem eine Provision verlangen will, eindeutig zum Ausdruck bringen, dass er auch Makler der anderen Seite sein will. Das geeignete Mittel hierzu ist ein ausdrückliches Provisionsverlangen, in Kenntnis dessen dann der Interessent die Maklerdienste in Anspruch nimmt.

Vertiefungshinweis:

Zu § 653 BGB: *LG Stendal*, NZM 2001, 1089

Kursprogramm:

Examenskurs: "Die geschäftstüchtige Angestellte"

Examenskurs: "Der Makler"

Assessorkurs: "Der Ehemaklerlohn"

Leitsatz:

Zur Frage, ob ein Kaufinteressent, der in Kenntnis eines eindeutigen Provisionsverlangens Maklerdienste in Anspruch genommen hat, eine Maklervergütung schuldet, wenn er dem Makler gegenüber nicht jede Provisionszahlung abgelehnt, sondern lediglich eine Vereinbarung über die genaue Provisionshöhe verlangt beziehungsweise in Aussicht gestellt hat.

Sachverhalt:

Die Kl. erhielt im Juli 1997 von der EWZ-GmbH (EWZ) einen Makleralleinauftrag, auf Grund dessen sie ihrer Auftraggeberin für ein mit zwei Wohnblocks

bebautes, in der Gemeinde W, gelegenes Grundstücksareal Kaufinteressenten nachweisen und den Abschluss eines Kaufvertrags vermitteln sollte. Vereinbarungsgemäß sollte die Kl, im Falle eines Kaufvertragsschlusses nur vom Käufer eine Provision erhalten. Mit Schreiben vom 5. 9. 1997 übersandte die Kl. dem Bekl. zu 1 ein Expose und einen formularmäßig vorbereiteten Kaufantrag, in denen jeweils folgender Hinweis enthalten war:

„Die Provision beträgt 5,75% des Kaufpreises (inklusive der gesetzlichen Mehrwertsteuer in Höhe von 15%) und ist vom Käufer bei Vertragsabschluss zahlen“.

Der Bekl. zu 1 reichte den von ihm handschriftlich ausgefüllten, mit dem Datum 11. 10. 1997 versehenen und eigenhändig unterschriebenen Kaufantrag unter Angabe eines Gesamtkaufpreises von 1,3 Mio. DM bei der Kl. ein. Dabei war in der im Kaufantrag angeführten Provisionsklausel die Angabe „5,75%“ durchgestrichen und mit dem handschriftlichen Zusatz „nach Vereinbarung“ versehen worden. Mit notariellem Kaufvertrag vom 29. 4. 1998 erwarben die beiden Bekl. das Grundstück zum Preis von 1,3 Mio. DM. Mit der zunächst nur gegen den Bekl. zu 1 erhobenen, später auch auf den Bekl. zu 2 erweiterten Klage machte die Kl. ihren Provisionsanspruch nebst Zinsen geltend. Das LG hat der Klage im Wesentlichen stattgegeben und die Bekl. als Gesamtschuldner zur Zahlung von 75400 DM nebst Zinsen verurteilt. Auf die Berufung beider Bekl. hat das OLG die Klage in vollem Umfang abgewiesen. Mit der Revision hat die Kl. die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils begehrt. Der Senat hat die Revision nur insoweit angenommen, als die gegen den Bekl. zu 1 gerichtete Klage abgewiesen worden ist. Im Umfang der Annahme der Revision führte diese zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das BerGer,

Aus den Gründen:

A. Entscheidung und Begründung des BerGer.

Das BerGer, hat im Unterschied zum LG das Zustandekommen eines Maklervertrags verneint. Hierzu hat es ausgeführt: Zwar sei dein übersandten Expose wie auch dem Kaufantrag ein eindeutiges Provisionsverlangen der Kl. zu entnehmen. Dieses Verlangen habe jedoch der Bekl. zu 1 durch die handschriftliche Änderung der Provisionsklausel abgelehnt. Dies bedeute, dass es den späteren Kaufvertrags Verhandlungen mit der EWZ vorbehalten bleiben sollte, ob die EWZ dem Käufer gegenüber auf Zahlung einer Maklerprovision bestehe. Im Verhältnis der Parteien liege wegen der fehlenden Einigung über die Höhe der Vergütung der typische Fall eines offenen Dissenses (§ 154 I 1 BGB) vor. Die Behauptung der Kl., bei späteren Gesprächen über den Erwerb des zum Verkauf

angebotenen Grundstücksareals habe die Beklagten-seite zu erkennen gegeben, dass im Erfolgsfalle die von der Kl. geforderte Provision gezahlt werde, habe die von der Kl. benannte und vom LG vernommene Zeugin B nicht bestätigt. Nach den Schilderungen der Zeugin habe sich der Bekl. zu 1, sobald die Provisionsfrage angesprochen worden sei, ausweichend verhalten und sibyllinisch gelächelt. Dieser Verhaltensweise könne eine ausdrückliche Provisionszusage nicht entnommen werden.

B. Entscheidung der Revision durch den BGH

Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

I. Erfordernis eines Provisionsverlangens durch den Makler

Tritt - wie hier - der erkennbar bereits von einer (hier: der Verkäufer) Seite eingeschaltete Makler mit einem Interessenten in Kontakt, so muss er, wenn er im Erfolgsfalle von diesem eine Provision verlangen will, nach der ständigen Rechtsprechung des BGH eindeutig zum Ausdruck bringen, dass er auch Makler der anderen Seite sein will. Das geeignete Mittel hierzu ist ein ausdrückliches Provisionsverlangen (BGHZ 95, 393 [395ff.] = NJW 1986, 177 = LM § 653 BGB Nr. 9; BGH, NJW-RR 1996, 114; Senat, NJW-RR 1996, 1459; NJW-RR 1999, 361 [362] = NZM 1999, 39). Die durch den Umstand, dass jede Seite des Kaufantrags mit der Firmenbezeichnung der Kl. versehen ist und der Antrag nach Ausfüllung durch einen Kaufinteressenten auch an diese zurückzusenden war, nahegelegte Annahme des BerGer., die Kl. habe dem Bekl. zu 1 ein solches Provisionsverlangen gestellt, ist rechtsfehlerfrei. Auch die Revisionserwiderung tritt dem nicht entgegen.

II. Konkludenter Vertragsabschluss durch Entgegennahme der Maklerdienste in Kenntnis um das Provisionsverlangen

Ein Kaufinteressent, der in Kenntnis des eindeutigen Provisionsverlangens die Dienste des Maklers in Anspruch nimmt, gibt damit grundsätzlich in schlüssiger Weise zu erkennen, dass er den in dem Provisionsbegehren liegenden Antrag auf Abschluss eines Maklervertrags annehmen will. Etwas anderes gilt nur dann, wenn der angesprochene Interessent vor Inanspruchnahme der Maklerdienste ausdrücklich erklärt, eine solche Willenserklärung nicht abgeben zu wollen. Das ist der Fall, wenn ein Kaufinteressent es erklärtermaßen ablehnt, einem Makler Provision zahlen zu wollen (BGH, NJW-RR 1996, 114; NJW-RR 1986, 1496 [1497] = LM § 653 BGB Nr. 11). Tut er dies, so begründet der Umstand, dass sich der Interessent gleichwohl die Dienste des Maklers gefallen lässt, keine Provisionspflicht; insbesondere setzt er sich mit diesem tatsächlichen Verhalten nicht in Wi-

derspruch zu seiner ablehnenden Erklärung (protestatio facto contraria, vgl. BGH, NJW-RR 1986, 1496). Von dieser Rechtsprechung ist im Ansatz auch das BerGer. ausgegangen. Es hat jedoch rechtsfehlerhaft gemeint, dass der Bekl. zu I durch das Ersetzen der Prozentangabe „5,75%“ durch die Worte „nach Vereinbarung“ dem Provisionsverlangen der Kl. derart deutlich entgegengetreten sei, dass ein Mäklervertragsschluss spätestens durch Erbringen und Entgegennahme von Maklerdiensten nicht mehr in Betracht kommen könne.

1. Bedeutung des handschriftlichen Vermerks

Durch die handschriftliche Änderung der Provisionsklausel hat der Bekl. keineswegs jede Provisionszahlung abgelehnt, sondern im Gegenteil - wie die Revision zu Recht geltend macht - seine grundsätzliche Bereitschaft zu erkennen gegeben, der Kl. im Erfolgsfalle eine Vergütung zukommen zu lassen. Dabei versteht es sich vor dem Hintergrund, dass sich der Bekl. zu I einem eindeutigen Provisionsverlangen der Kl. ausgesetzt sah, nahezu von selbst, dass es in erster Linie Sache der Makler Vertragsparteien war, sich über die Höhe der Provision zu verständigen. Die Annahme des BerGer., vom Empfängerhorizont der Kl. aus sei das Verhalten des Bekl. zu I dahin zu verstehen gewesen, dass etwaige Abreden über Grund und Höhe eines Provisionsanspruchs der Kl. den Parteien des Hauptvertrages, also der EWZ und dem künftigen Käufer (hier: den beiden Bekl.), vorbehalten bleiben sollten (vgl. nur zu einer derartigen kaufvertraglichen Maklerklausel Senat, BGHZ 131, 318 = NJW 1996, 654 = LM H. 5/1996 § 505 BGB Nr. 19), findet weder im Wortlaut des vorformulierten Kaufantrags noch im Vorbringen der Parteien eine hinreichende Grundlage.

2. Keine Anwendung von § 154 BGB

Allerdings hat der Bekl. zu I deutlich zu erkennen gegeben, dass er nicht dazu bereit sei, eine Provision in der von der Kl. verlangten Höhe zu zahlen. Die darin zum Ausdruck gekommene fehlende Einigung über die genaue Entgelthöhe führt jedoch entgegen der Auffassung des BerGer. nicht ohne weiteres dazu, dass die Auslegungsvorschrift des § 154 I 1 BGB mit der Folge zum Tragen kommt, dass trotz einvernehmlich erbrachter Maklerleistungen der Kl. kein Maklervertrag zu Stande gekommen sein kann.

a. Vorrang des Parteiwillens zum Vertragsabschluss

§ 154 I 1 BGB ist unanwendbar, wenn sich die Parteien trotz der noch offenen Punkte erkennbar vertrag-

lich binden wollen. Anzeichen für einen dahingehenden Bindungswillen ist die begonnene Vertragsdurchführung (BGHZ 119, 283 [288] = NJW 1993, 64 = LM H. 2/1993 § 34 GWB Nr. 29). Bezieht sich - wie hier - die Lückenhaftigkeit des Vertrags auf die Höhe der Vergütung, so ist, wenn eine Bindung gleichwohl gewollt ist, diese Lücke entweder über eine ergänzende Vertragsauslegung oder über die (ggf. entsprechende) Anwendung einer gesetzlichen Regelung (§§ 612 II, 632 II BGB) zu schließen (BGH, NJW-RR 1992, 517; NJW 1997, 2671 [2672] = LM H. 11/1997 § 154 BGB Nr. 11).

b. Fiktionsregelung von § 653 BGB

Schon im Hinblick auf vergleichbare Vergütungsregelungen - § 653 BGB entspricht §§ 612 I, II, 632 BGB - bestehen keine durchgreifenden Bedenken dagegen, diese zu gegenseitigen Verträgen entwickelten Rechtsprechungsgrundsätze auch bei der Frage heranzuziehen, ob trotz fehlender Einigung über die Provisionshöhe vom Abschluss eines (entgeltlichen) Maklervertrags ausgegangen werden kann (a. A. wohl Dehner, NJW 2000, 1986 [1989], vgl. auch BGHZ 94, 98 = NJW 1985, 1895 [1896] = LM § 316 BGB Nr. 11, m. w. Nachw. zur Anwendbarkeit des § 316 BGB auf Maklerverträge). Zwar ist es dem Makler regelmäßig zuzumuten, zur Wahrung seines Provisionsinteresses Informationen über die Gelegenheit eines Vertragschlusses erst dann weiterzugeben, wenn hinsichtlich der Provisionszahlungspflicht des Interessenten klare Verhältnisse geschaffen worden sind. Deshalb handelt ein Makler grundsätzlich auf eigenes Risiko, wenn er ohne hinreichende Vertragsgrundlage einem Interessenten in Erwartung einer späteren Provisionszusage eine Vertragsgelegenheit benennt (vgl. BGHZ 95, 393 = NJW 1986, 177 [178] = LM § 653 BGB Nr. 9). Daraus folgt für die vorliegende Fallgestaltung aber nur, dass die Kl. ohne Einigung über die Höhe der Provision Gefahr lief, im Erfolgsfalle nicht die im Kaufantrag angegebene, sondern nur eine erheblich niedrigere Provision zu erhalten. Demgegenüber zwingt dies nicht zu dem Schluss, der Kl. sei selbst dann, wenn sie auf Grund des Verhaltens des Bekl. zu I und der gesamten Begleitumstände davon ausgehen durfte, sie entfalte ihre Maklertätigkeit auch im Auftrag des Bekl. zu I, jegliche Provisionsforderung abzusprechen.

3. Berücksichtigung des Parteiverhaltens

Auch wenn bei der Frage der Unanwendbarkeit der Auslegungsregel des § 154 I 3 BGB im Falle einer fehlenden Einigung über die Höhe der zu zahlenden Provision bei Maklerverträgen mehr Zurückhaltung

geboten sein sollte als bei anderen (gegenseitigen) Verträgen, so ist doch vorliegend zu berücksichtigen, dass ersichtlich nicht nur die Kl., sondern auch der Bekl. zu 3 - zunächst - vom Bestehen maklervertraglicher Beziehungen zwischen den Parteien ausgegangen ist. So hat er nach Erhalt der Provisionsrechnung der Kl. die Begleichung dieser Rechnung nicht unter Hinweis auf das Fehlen maklervertraglicher Bindungen verweigert, sondern (u. a.) geltend gemacht, dass die Höhe der Courtage noch zu vereinbaren sei.

Im Übrigen hat sich das vom BerGer. angeführte ausweichende Verhalten und sibyllinische Lächeln des Bekl. zu 1 auf die gesprächsweise gemachten Hinweise der Kl. bezogen, das Streichen der im Kaufvertrag enthaltenen Prozentangabe ändere nichts daran, dass der Bekl. (im Hinblick auf die einvernehmlich erbrachte Maklertätigkeit) im Erfolgsfalle die ausgewiesene Provision in voller Höhe zu zahlen habe. Dass die Kl. dem Verhalten des Bekl. zu 1 hätte entnehmen müssen, er werde jede Provisionszahlung verweigern, ergibt sich daraus nicht, eher das Gegenteil.

IV. Ergebnis

Die vollständige Abweisung des gegen den Bekl. zu 1 erhobenen Zahlungsklage kann somit keinen Bestand haben. Das Berufungsurteil ist daher aufzuheben. Die Sache ist an das BerGer, zurückzuverweisen. Dieses hat Gelegenheit, die Frage der Provisionszahlungspflicht des Bekl. zu 1 erneut unter allen rechtlichen Gesichtspunkten zu prüfen. Für die weitere Verhandlung und Entscheidung weist der Senat auf folgendes hin:

1. Bei der Frage, ob der Bekl. zu 1 im Nachhinein anlässlich des „Bietergesprächs“ am 29. 10. 1997 oder zu einem späteren Zeitpunkt die von der Kl. zu 1 im Expose und im Kaufantrag angegebene Provisionshöhe von 5,75% bzw. (wegen der zwischenzeitlich erfolgten Anhebung des Mehrwertsteuersatzes)

5,8% des Kaufpreises akzeptiert hat, kommt, wie das BerGer. selbst (wenn auch unter anderem Blickwinkel) angenommen hat, der Aussage der Zeugin B eine zentrale Bedeutung zu. Das BerGer. wird sich daher, wenn diese Aussage erneut zu würdigen und zugleich über die wiederholte Vernehmung der Zeugin zu befinden ist, mit den von der Revision insoweit vorgebrachten Argumenten zu befassen haben.

2. Sollte sich nicht feststellen lassen, dass im Nachhinein eine Einigung über die Provisionshöhe erfolgt ist, aber gleichwohl eine Zahlungspflicht des Bekl. zu 1 - nach Maßgabe der obigen Ausführungen des Senats - besteht, so gilt:

a) Bei der Bestimmung der der Kl. zustehenden Maklerprovision ist vorliegend § 316 BGB nicht anwendbar. Der Bekl. zu 1 hat durch die handschriftliche Änderung der Provisionsklausel deutlich zu erkennen gegeben, dass er die Festsetzung der Provision nicht dem - nur durch Billigkeitsgrundsätze beschränkten - Ermessen der Kl. überlassen wollte (vgl. BGH, NJW-RR 1986, 50 [51] = LM § 316 BGB Nr. 12).

b) Bei der Bemessung der zu zahlenden Maklerprovision ist nach Maßgabe des § 653 II BGB, gegebenenfalls unter Berücksichtigung gewisser Spannen, und unter Beachtung der Grundsätze der ergänzenden Vertragsauslegung der „angemessene“ Betrag festzulegen (BGH, NJW 1985, 1895 [1897]). Dieser Betrag darf keinesfalls den sich nach Maßgabe der im Expose und im Kaufantrag enthaltenen Vorgaben der Kl. ergebenden Provisionsbetrag überschreiten. Es wäre widersinnig, wenn die Weigerung des Bekl. zu 1, der Kl. eine Provision in der von dieser geforderten Höhe zu versprechen, bewirkte, dass er im Ergebnis mehr an Provision zu zahlen hätte als bei einer Billigung des vorgegebenen Prozentsatzes (vgl. BGH, NJW-RR 1986, 50).

Standort: Zivilprozessrecht

Problem: Widerklage im Urkundsprozess

BGH, URTEIL VOM 28.11.2001
VIII ZR 75/00 (NJW 2002, 751)

Problemdarstellung:

Nach der Anfechtung eines notariellen Kaufvertrages über Gesellschaftsanteile hat die klagende Käuferin auf Feststellung der Unwirksamkeit des Kaufvertrages geklagt, während die beklagten Verkäufer durch Widerklage in der Form des Urkundsprozesses auf Kaufpreiszahlung geklagt haben. Das Revisionsverfahren vor dem BGH beschäftigte sich nunmehr mit der Zulässigkeit dieser Widerklage.

Dabei wurde zunächst das Problem der anderweitigen Rechtshängigkeit überprüft und festgestellt, dass eine Identität in der Streitsache gem. § 261 III Nr. 1 ZPO nicht gegeben ist. Die Zahlungsklage der Bekl. reicht weiter als die Feststellungsklage und hat deshalb einen anderen Streitgegenstand. (vgl. BGHZ 7, 268 [271]). Danach ging es um die Frage, ob eine Widerklage auch in Form eines Urkundsprozesses gegenüber einer im ordentlichen Verfahren erhobenen Klage zulässig ist. Diese Möglichkeit wird vom BGH im Ergebnis zugelassen. Der Möglichkeit, eine Widerklage auch im Urkundsprozess zu erheben,

steht zunächst nicht entgegen, dass in den Vorschriften zum Urkundsprozess (§§ 592 ff. ZPO) nur die Klage angesprochen wird. Die Widerklage hat nämlich in der ZPO keine eigenständige Regelung erfahren, sondern ihre Zulässigkeit wird einfach vorausgesetzt. Der Statthaftigkeit einer Urkundenwiderklage steht auch nicht die Verbotsvorschrift gem. § 595 ZPO entgegen. Diese Vorschrift untersagt eine Widerklage nur gegenüber einer im Urkundsprozess erhobenen Klage; eine entsprechende Anwendung ist wegen des Gesetzeszweck nicht geboten. Selbst das Erfordernis derselben Prozessart entsprechend dem Grundgedanken von § 260 ZPO steht dieser Art von Widerklage nicht entgegen. Durch § 260 ZPO soll nur die Verbindung von Klagen in einem Prozess, deren Verfahrensregeln derart gravierende Unterschiede aufweisen, dass eine gemeinsame Verhandlung und Entscheidung nicht bzw. nur schwerlich ergehen kann, verhindert werden. Ein solch wesentlicher Unterschied wird zwischen einem Urkundsprozess und einem ordentlichen Klageverfahren nicht gesehen.

Prüfungsrelevanz:

Nicht nur für den Referendar vor dem zweiten Staatsexamen ist diese Entscheidung relevant, sondern auch für den Studenten vor dem ersten Staatsexamen, vom dem grundsätzliche Kenntnisse auf dem Gebiet des Zivilprozessrechts erwartet werden. Bei der Zulässigkeit einer Widerklage in Form des Urkundsprozesses gegenüber einer im ordentlichen Verfahren erhobenen Klage werden klassische Themen des Zivilprozessrechts angesprochen: Regelungen und Anwendungsbereich der Widerklage, das Verbot der anderweitigen Rechtshängigkeit gem. § 261 III Nr. 1 ZPO und die Zulässigkeit einer Widerklage entsprechend § 260 ZPO.

Vertiefungshinweise:

- Zur anderweitigen Rechtshängigkeit der Streitsache: *BGH*, NJW 2001, 3713
- Zur Abstandnahme vom Urkundsprozess: *BGH*, NJW 2000, 143

Kursprogramm:

- Examenskurs*: "Mieser Klebstoff"
- Assessorkurs*: "Ärger mit den Akten"
- Assessorkurs*: "Ehemaklerlohn"

Leitsatz:

Zur Zulässigkeit einer Widerklage in der Form

des Urkundenprozesses gegenüber einer im ordentlichen Verfahren erhobenen Klage.

Sachverhalt:

Die Kl. kaufte durch zwei notarielle Verträge vom 17. 6. 1997 von den Bekl. zu 1 bis 4 deren Geschäftsanteile an der TB GmbH (im Folgenden: TBG), E., sowie gemeinsam mit einer U- und Verwaltungs-GmbH von dem Bekl. zu 1 jeweils einen Geschäftsanteil an der THR Tanklager R-GmbH (im Folgenden: THR), B. In dem Vertrag über die THR-Anteile ist bestimmt, dass dessen Wirksamkeit an die des Kaufvertrags über die TBG-Anteile gebunden sein soll. In § 2 III und IV des notariellen Vertrags über den Verkauf der TBG-Anteile heißt es unter anderem:

"§ 2 ... (3) Die Käuferin wird die gem. IV vorgelegte Stichtagsbilanz auf den 01.01.1997 innerhalb von 14 Tagen durch einen Wirtschaftsprüfer ihres Vertrauens prüfen lassen. Die Kosten hierfür trägt die Käuferin.

... (4) Die Kaufpreise werden von der Käuferin spätestens 10 Bankgeschäftstage nach Wirksamkeit dieses Vertrages überwiesen, frühestens jedoch nach Vorlage der mit dem uneingeschränkten Bestätigungsvermerk versehenen Stichtagsbilanz und der nach III durchgeführten Überprüfung."

Nachdem die Kl. an der ihr zunächst übersandten Bilanz das Fehlen einer Gewinn- und Verlustrechnung nebst Anhang gerügt hatte, ließen die Bekl. ihr Anfang August 1997 eine um diese Anlagen vervollständigte und als Anwachungsbilanz bezeichnete Bilanz der TBG zum 1. 1. 1997 nebst einem Prüfungsbericht mit Bestätigungsvermerk vom 30. 7. 1997 zukommen. Mit Schreiben vom 24. 9. 1997 erklärte die Kl. die Anfechtung der notariellen Verträge, weil die Bekl. ihr wesentliche Veränderungen der Umschlagsmengen bei der TBG, welche sich nach Erstellung des für ihren Kauf wesentlichen Ertragswertgutachtens ergeben hätten, nicht mitgeteilt hätten. Mit der Klage begehrt die Kl. im Hauptantrag die Feststellung, dass die notariellen Verträge nichtig sind. Hilfsweise hat sie beantragt, die Bekl. zu 1 bis 4 als Gesamtschuldner zu verurteilen, sie von der Kaufpreisverbindlichkeit für den Kauf der TBG Zug um Zug gegen Rückübertragung der Geschäftsanteile freizustellen. In gleicher Weise hat sie vom Bekl. zu 1 Freistellung von der Kaufpreisverbindlichkeit für den THR-Anteil verlangt. Mit ihrer im Urkundsprozess erhobenen Widerklage nehmen die Bekl. die Kl. auf Zahlung des Kaufpreises aus beiden Verträgen in Anspruch.

Das LG hat durch Teilurteil die Klage sowohl hin-

sichtlich der Hauptanträge als auch der Hilfsanträge als unzulässig abgewiesen. Der Widerklage hat es in vollem Umfang stattgegeben und der Kl. die Ausführung ihrer Rechte im Nachverfahren vorbehalten. Auf die Berufung der KJ. hat das BerGer. das landgerichtliche Urteil, soweit dieses die Feststellungsanträge abgewiesen hat, antragsgemäß aufgehoben und an das LG zurückverwiesen. Hinsichtlich der Widerklage hat es die Berufung der Kl. zurückgewiesen; die hiergegen gerichtete Revision der Kl. hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

A. Entscheidung und Begründung des BerGer.

Das BerGer. hat - soweit für das Revisionsverfahren von Bedeutung - ausgeführt:

Der Widerklage stehe nicht die Rechtshängigkeit der zuvor erhobenen Klagen auf Feststellung der Unwirksamkeit der Verträge entgegen, weil das Rechtsschutzziel der Leistungsklage über das der Feststellungsklage hinausgehe und deshalb nicht denselben Streitgegenstand habe. Die Widerklage sei auch nicht wegen der Hilfsanträge der Kl., sie von den Kaufpreisansprüchen „freizustellen“, unzulässig; auch insoweit stehe die Rechtshängigkeit nicht nach § 261 III Nr. 1 ZPO entgegen. Die Anträge stellten der Sache nach Feststellungsbegehren dar, mit denen die Kl. im Ergebnis die Feststellung erstrebe, dass den Bekl. wegen Verschuldens bei Vertragsschluss aus dem Vertrag keine Ansprüche gegen sie, die Kl., zustünden. Der Gläubiger müsse auch nach Erhebung einer solchen Klage die Möglichkeit haben, seinerseits Leistungsklage zu erheben.

Die Widerklage in der Form des Urkundenprozesses sei auch im normalen Verfahren grundsätzlich statthaft. § 595 ZPO, der nur die Widerklage gegenüber einer Urkundenklage betreffe, ergreife nach seinem Zweck, der Herbeiführung einer alsbaldigen Entscheidung, nicht die Urkundenwiderklage im ordentlichen Verfahren. Denn der Widerkl. könne statt dessen auch eine gesonderte Klage erheben und sei deshalb nicht schutzwürdig. Dass es sich bei dem Urkundenverfahren um eine andere Prozessart handle, stehe der Urkundenwiderklage nicht entgegen, weil dies nur eine Trennung der Verfahren rechtfertige und nach Erlass des Vorbehaltsurteils beide Verfahren ohnehin verbunden werden könnten. Die Zulassung der als Urkundenklage erhobenen Zahlungswiderklage im selben Verfahren entspreche, da sie die Gefahr widersprechender Entscheidungen vermindere, auch der Prozessökonomie.

Der Erlass des Vorbehaltsurteils sei gerechtfertigt, weil die Bekl. mit den im Urkundenprozess zulässigen Beweismitteln dargetan hätten, dass die Kaufpreisforderungen nicht nur bestehen, sondern auch

fällig seien. Die von den Bekl. vorgelegte Anwachsungsbilanz zum 1.1.1997 erfülle die Voraussetzungen des Kaufvertrags.

B. Entscheidung der Revision durch den BGH

Diese Ausführungen halten einer revisionsrechtlichen Überprüfung stand.

I. Keine anderweitige Rechtshängigkeit gem. § 261 III Nr. 1 ZPO

Der Zulässigkeit der Widerklage steht nicht der Einwand der anderweitigen Rechtshängigkeit ge., § 261 III Nr. 1 ZPO im Hinblick auf die mit der Klage verfolgten Ansprüche entgegen.

1. Hinsichtlich der Hauptanträge

Zu Recht und von der Revision unbeanstandet hat das BerGer. angenommen, dass die auf Feststellung der Nichtigkeit der Verträge gerichteten Hauptanträge der Kl. nicht dieselbe Streitsache i. S. von § 261 III Nr. 1 ZPO wie die Widerklage betreffen. Die Zahlungsklage der Bekl. reicht weiter als die Feststellungsklage und hat deshalb einen anderen Streitgegenstand (BGHZ 7, 268; BGH, NJW-RR 1990, 1532 = LM § 256 ZPO Nr. 161).

2. Hinsichtlich der Hilfsanträge

Im Ergebnis zu Recht ist das BerGer. des Weiteren davon ausgegangen, dass der von den Bekl. erhobene Widerklage auch nicht die (bedingte) Rechtshängigkeit der hilfsweise erhobenen Klageanträge der Kl. entgegensteht. Allerdings kann es dahingestellt bleiben, ob diese auf Freistellung von den Kaufpreisforderungen der Bekl. lautenden Anträge, wie das BerGer. meint, als Feststellungsbegehren oder, wie die Revision geltend macht, als Leistungsklagen aufzufassen sind. Selbst wenn nämlich die Hilfsanträge der Kl. als Leistungsklagen auf Befreiung von den Kaufpreisverbindlichkeiten auszulegen wären, hätten sie nicht denselben Streitgegenstand i. S. von § 261 III Nr. 1 ZPO wie die auf Zahlung der Kaufpreisschuld gerichtete Widerklage, Die Zahlungsklage reicht im Klageantrag weiter, weil sie im Falle ihres Erfolgs dem Kl. - hier dem Bekl. und Widerkl. - auch einen vollstreckbaren Titel verschafft. Das Verhältnis der Klage auf Befreiung zu der Widerklage auf Zahlung entspricht insofern demjenigen zwischen einer Zahlungsklage und einer negativen Feststellungsklage, mit welcher das Nichtbestehen eines Zahlungsanspruchs geltend gemacht wird. Die Rechtshängigkeit einer solchen negativen Feststellungsklage steht der Zahlungsklage nicht nach § 261 III Nr. 1 entgegen (BGH, NJW 1989, 2064).

II. Zulässigkeit des Urkundenprozesses

Die von den Bekt. erhobene Widerklage ist auch in

der Form des Urkundenprozesses zulässig. Das BerGer. hat zu Recht angenommen, dass gegenüber einer im ordentlichen Verfahren erhobenen Klage eine Widerklage im Urkundenprozess erhoben werden kann.

1. Anwendbarkeit der §§ 592 ff. ZPO auch auf die Widerklage

Der prozessualen Befugnis, eine Widerklage auch im Urkundenprozess zu erheben, steht zunächst nicht entgegen, dass in den Vorschriften über den Urkundenprozess nur die Klage und der Kl. angesprochen werden (vgl. §§ 593, 596, 597 ZPO). Die Widerklage hat nämlich in der ZPO keine. eigenständige Regelung erfahren. Die ZPO setzt ihre grundsätzliche Zulässigkeit voraus, erwähnt sie in besonderen Fällen, in denen sie ausgeschlossen ist (erwa §§ 530 I, 595 I, 610 II, 640c I ZPO), und enthält für die Widerklage einige vom Verfahren über die Klage abweichende Vorschriften (etwa §§ 33, 145 II ZPO). Die für die Klage gehenden Regelungen finden auf die Widerklage deshalb auch ohne besondere Erwähnung Anwendung.

2. Unanwendbarkeit der Verbotsnorm gem. § 595 ZPO

Die Statthaftigkeit einer Urkundenwiderklage gegenüber einer im ordentlichen Verfahren erhobenen Klage ist nicht durch § 595 I ZPO ausgeschlossen. Diese Vorschrift untersagt eine Widerklage nur gegenüber einer im Urkundenprozess erhobenen Klage.

§ 595 I ZPO kann auf die Urkundenwiderklage im ordentlichen Verfahren auch nicht entsprechend angewendet werden, weil es an einer vergleichbaren Interessenlage fehlt. Das Verbot der Widerklage im Urkundenprozess ist in der Gesetzesbegründung damit gerechtfertigt worden, dass eine Widerklage „die notwendig zu erhaltende Einfachheit des Verfahrens (scil. Urkundenverfahren) stören würde“ (Motive zum Entwurf der ZPO, in: Hahn, Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, Bd. 2, S. 391). Diese Erwägung ist im Zusammenhang damit zu sehen, dass der im Urkundenprozess klagenden Partei durch das unter Zurückstellung nicht urkundlich belegter Einwendungen zu Stande kommende Vorbehaltsurteil ein Vollstreckungsprivileg gewährt werden soll (vgl. Motive, in: Hahn, S. 387). Das Verbot der Widerklage dient deshalb ihrem Interesse daran, dass der Erlass eines Vorbehaltsurteils nicht durch eine Widerklage verzögert wird. Diese Interessenlage besteht aber nicht, wenn ein Bekl. gegenüber einer Klage im ordentlichen Ver-

fahren eine Widerklage im Urkundenprozess erhebt. Zwar ist die entstehende Prozessverbindung mit der zuvor erhobenen ordentlichen Klage möglicherweise geeignet, die Erledigung der Urkundenwiderklage zu verzögern. Der im Urkundenprozess klagende Widerkläger hätte dies aber verhindern können, wenn er seinen Anspruch mit einer selbstständigen Urkundenklage geltend gemacht hätte. Unterlässt er dies, verzichtet er auch auf die aus § 595 I ZPO folgende Privilegierung.

3. Erfordernis derselben Prozessart gem. § 260 ZPO entsprechend

Dahinstehen kann hier die Frage, ob die Zulässigkeit einer Widerklage voraussetzt, dass sie „in derselben Prozessart“ erhoben wird wie die Klage (vgl. OLG Düsseldorf, OLGR 1993, 217; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 60. Aufl., Anh. § 253 Rdnr. 5; Zöller/Vollkommer, ZPO, 22. Aufl., § 33 Rdnr. 24). Selbst wenn man nämlich entsprechend dem Grundgedanken des § 260 ZPO verlangt, dass die Widerklage in derselben Prozessart wie die Klage erhoben wird, steht dies jedenfalls der Erhebung einer Urkundenwiderklage gegenüber einer im ordentlichen Verfahren erhobenen Klage nicht entgegen. Die Einschränkung des § 260 ZPO verfolgt den Zweck, dass in einem Prozess nicht Klagen miteinander verbunden werden sollen, deren Verfahrensregeln derart gravierende Unterschiede aufweisen, dass eine gemeinsame Verhandlung und Entscheidung nicht oder nur unter Schwierigkeiten möglich ist.

Derartige Unterschiede bestehen zwischen dem ordentlichen Erkenntnisverfahren und dem Urkundenverfahren jedoch nicht.

a. Keine Unterschiede in den Rechtsmitteln und den Instanzenzügen

Ein solcher wesentlicher Unterschied zwischen Verfahren, der einer Prozessverbindung entgegensteht, ist anzunehmen, wenn für die Rechtsmittel gegen die Entscheidung über verschiedene Klageanträge oder eine Widerklage unterschiedliche Instanzenzüge gegeben sind. Aus diesem Grund ist etwa eine Verbindung familienrechtlicher Verfahren mit ordentlichen Verfahren - über den Anwendungsbereich von § 610 I ZPO hinaus - nicht zulässig (vgl. BGH, NJW 1979, 426 = LM § 260 ZPO Nr. 13). Die über eine Klage im Urkundenprozess entscheidenden Urteile unterliegen jedoch denselben Rechtsmitteln wie Urteile im ordentlichen Verfahren. Ein selbstständig anfechtbares Vorbehaltsurteil mit anschließendem Nachverfahren kennt auch das ordentliche Verfah-

ren im Fall einer Aufrechnung (§ 302 ZPO).

b. Abgrenzung zum Wechsel- und Scheckprozess

Anders als der Wechsel- und Scheckprozess enthält das Urkundsverfahren keine Vorschriften über die Verkürzung von Ladungsfristen (vgl. § 604 II und III ZPO) und keine Sonderbestimmung für die Änderung von Terminen (vgl. § 227 III Nr. 4 ZPO). Derartige Unterschiede hat der BGH im Verhältnis zwischen Wechselprozess und Urkundenprozess als Grund dafür angesehen, dass in einem Wechselprozess nicht hilfsweise für den Fall, dass der Wechsel ungültig ist, eine Urkundenklage erhoben werden kann (BGHZ 53, 11 [17] = NJW 1970, 324 = LM Art. 1 WG Nr. 9, BGHZ 82, 200 [207 f.] = NJW 1982, 523 = LM Art. 1 WG Nr. 16; BGH, NJW 1982, 2258 = LM § 582 ZPO Nr. 4, und WM 1982, 271). Über Klagen im ordentlichen Verfahren und im Urkundenverfahren kann deshalb jedenfalls zusammen terminiert und verhandelt werden.

c. Keine Beeinträchtigung durch die Beschränkung der Beweismittel und früherer Entscheidungsmöglichkeit

Auch die zentrale Besonderheit des Urkundenverfahrens, dass nämlich über die Urkundenklage unter Ausschluss der nicht durch Urkunden belegbaren streitigen Einwendungen des Bekl. ein Vorbehaltsurteil zu ergehen hat, sieht einer gemeinsamen Durchführung mit Klagen im ordentlichen Prozess nicht entgegen. Dem Umstand, dass die Urkundenklage im Regelfall in einem früheren Stadium des Prozesses entscheidungsreif sein wird als die Klage im ordentlichen Verfahren, kann durch den Erlass eines Teilurteils (§ 301 I ZPO) grundsätzlich ausreichend Rechnung getragen werden. Bedarf es etwa nach dem Ergebnis der ersten mündlichen Verhandlung für die Entscheidung über die Klage im ordentlichen Verfahren einer Beweisaufnahme, während der Rechtsstreit für die Entscheidung über die Urkundenwiderklage auf Grund der Beweismittelbeschränkung schon entscheidungsreif ist, so kann und muss das Gericht über die Widerklage, sofern der Erlass eines Teilurteils nicht aus anderen Gründen ausnahmsweise unzulässig ist, durch Teil-Vorbehaltsurteil entscheiden. Das Nachverfahren, für welches die Beschränkungen in der Beweisführung nicht mehr gelten, kann sodann auch hinsichtlich einer etwaigen Beweisaufnahme gemeinsam mit dem Verfahren über die Klage im ordentlichen Verfahren fortgesetzt werden.

d. Kein Unterlaufen der Beweismittelbeschränkung

Der Verbindung einer ordentlichen Klage und einer Urkundenwiderklage kann schließlich nicht entgegengehalten werden, durch die „Vermischung der

Verfahrensformen“ könne die Beschränkung auf die im Urkundenprozess zulässigen Beweismittel unterlaufen werden (Musielak/Voit, ZPO, 2. Aufl., § 595 Rdnr. 2). Einer Verwertung von bereits aus der Verhandlung zur Klage mit anderen Mitteln als Urkunden oder Parteivernehmung gewonnenen Beweisergebnissen für das Vorbehaltsurteil stünde nämlich § 595 II ZPO entgegen. Für die Beurteilung der Sachgerechtigkeit eines Verfahrens ist von dem Regelfall auszugehen, dass das Gericht prozessordnungsgemäß vorgeht. Im Nachverfahren wäre eine derartige Verwendung von Beweisergebnissen aus der Verhandlung zur Klage im ordentlichen Verfahren ohnehin möglich, weil hier die einschränkende Vorschrift des § 595 II ZPO nicht gilt.

4. Schutzwürdiges Interesse des Bekl. an seiner Möglichkeit zur Urkundswiderklage

Die Zulassung einer Urkundenwiderklage im ordentlichen Verfahren ist, wie das BerGer. zutreffend angenommen hat, prozessökonomisch und trägt einem praktischen, schutzwürdigen Interesse des Bekl. Rechnung. Denn er kann mit einer solchen Klage die Vorteile einer Widerklage mit der vom Urkundenverfahren eingeräumten Chance verbinden, schneller als im ordentlichen Verfahren zu einem vorläufigen Vollstreckungstitel zu gelangen.

a. Vorteile für den Bekl. bei einer Urkundswiderklage

Das Interesse eines Bekl., seinen mit Urkunden belegbaren Anspruch gegen den Kl. gerade mit einer Widerklage und nicht mit einer selbstständigen Urkundenklage geltend zu machen, ergibt sich, von Kostenvorteilen abgesehen, daraus, dass er den Gerichtsstand des § 33 ZPO nutzen kann. Ferner vermindert eine Verbindung die bei getrennten Prozessen bestehende Gefahr widersprechender Entscheidungen (vgl. BGHZ 40, 185 [188] = NJW 1964, 44 = LM § 33 ZPO Nr. 6 m. w. Nachw.). Dies zeigt sich im gegebenen Fall in besonderem Maße. Die Klageanträge betreffen Vorfragen, die für die Begründetheit der Widerklage präjudiziell sind (vgl. § 256 II ZPO). Deshalb entspräche es bei ursprünglich getrennten Prozessen über die Klage und die Urkundenklage der Bekl. der Prozessökonomie, die Verfahren zur Vermeidung einer Entscheidungsdivergenz - jedenfalls nach Übergang in das Nachverfahren - gem. § 147 ZPO zu verbinden. Eine Verbindung wäre der statt dessen in Betracht kommenden Aussetzung des Nachverfahrens nach § 148 ZPO vorzuziehen. Bestehen derartige Interessen nicht, weil es an einem sachlichen Zusammenhang zwischen beiden Ansprüchen fehlt, so kann das Gericht die Urkundenwiderklage nach § 145 II ZPO abtrennen.

b. Schnellere Entscheidung über die Widerklage

Die als Widerklage erhobene Urkundenklage bietet auch bei gemeinsamer Verhandlung mit der im ordentlichen Verfahren erhobenen Klage im Regelfall die Chance, dass der Widerkl. schneller als im ordentlichen Verfahren ein vorläufig vollstreckbares Urteil erlangen kann; denn das Vorbehaltsurteil kann, wie dargelegt, grundsätzlich vorab im Wege eines Teilurteils ergehen.

III. Zur Begründetheit der Widerklage

Das BerGer. hat ohne Rechtsfehler auf der Grundlage des unstreitigen Parteivorbringens angenommen, dass der von der Kl. geschuldete Kaufpreis fällig ist, weil die Bekl., wie nach § 2 III und IV des Kaufvertrags über die Anteile der TBG erforderlich, eine mit einem uneingeschränkten Bestätigungsvermerk vorgesehene Stichtagsbilanz zum 1. 1. 1997 vorgelegt haben.

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:	RA Frank Schildheuer (<i>zugleich Öffentliches Recht</i>)
REDAKTEURE:	RA Carsten Scheen (<i>Zivilrecht</i>); Markus Schmülling (<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.
DRUCK:	Wiermer Drucke, Gutenbergstraße 3, 48341 Altenberge (Tel: 02505/930811; Internet: www.wiermer.de)

*Strafrecht***Standort: §§ 15, 22 StGB****Problem: Abweichung vom Kausalverlauf**

BGH, URTEIL VOM 12.12.2001
3 STR 303/01 (NJW 2002, 1057)

Problemdarstellung:

Der BGH hatte in der nachstehenden Entscheidung über die Strafbarkeit eines Angekl. zu befinden, der auf eine im einzelnen nicht eindeutig bestimmbare Weise seine Ehefrau getötet hat. Das Landgericht hat im Wege Tatsachenalternativität sechs verschiedene Möglichkeiten des Tathergangs festgestellt, ist aber zu dem Ergebnis gelangt, dass sämtliche Varianten die Verurteilung wegen vollendeten Mordes aus niedrigen Beweggründen tragen. Der BGH sieht für eine Tatvariante dagegen die Möglichkeit, dass der Tod der Ehefrau möglicherweise vor dem vom Angekl. angestrebten Zeitpunkt eingetreten ist. Hierzu führt der Senat aus, dass eine solche vorzeitige Erfolgsherbeiführung eine Verurteilung wegen vorsätzlicher Herbeiführung des Taterfolges über die Figur der unerheblichen Kausalabweichung nur trägt, wenn der Täter bereits vor der Handlung, die den Taterfolg verursacht, die Versuchsschwelle überschritten hat oder sie zumindest mit dieser Handlung überschreitet. Da der BGH nicht ausschließen konnte, dass der Angekl. den Taterfolg bereits durch eine bloße Vorbereitungshandlung herbeigeführt hat, hob er das angegriffene Urteil auf.

Prüfungsrelevanz:

Die Entscheidung enthält als sehr prüfungsrelevant einzustufende Ausführungen zur sog. vorzeitigen Erfolgsherbeiführung sowie zum Versuchsbeginn bei einem mehrere Teilakte umfassenden Gesamtplan des Täters. Bei der vorzeitigen Erfolgsherbeiführung handelt es sich um mehraktige Geschehensabläufe, bei denen der Täter z.B. den Tod des Opfers bereits durch eine Handlung bewirkt, die es nach dem Tatplan zunächst nur betäuben sollte. Die Fallkonstellation stellt eine Umkehrung der sog. dolus generalis-Fälle dar (s. zu dieser „verspäteten“ Erfolgsherbeiführung durch den zweiten Teilakt Schönke/Schröder/Cramer/Sternberg-Lieben, StGB, § 15, Rn. 58 m.w.N.). Nach ganz herrschende Meinung handelt es sich bei der vorzeitigen Erfolgsherbeiführung um einen Unterfall des Irrtums über den Kausalverlauf.

Dieser Ansicht sind auch die Vertreter der Lehre von der objektiven Zurechnung, die das Problem mit der Rechtsprechung überwiegend vollständig erst im subjektiven Tatbestand ansiedeln bzw. von der objektiven Zurechenbarkeit zur Ersthandlung ausgehen (s. z.B. SK-Rudolphi, StGB, § 15, Rn. 34). Umstritten ist indessen, ob es sich um eine unerhebliche Kausalabweichung handelt, die eine Verurteilung wegen vorsätzlicher Vollendung trägt. Eine Mindermeinung will den Täter nur wegen Versuchs und ggfs. fahrlässiger Erfolgsherbeiführung bestrafen, um ihm einen Rücktritt durch die freiwillige Tataufgabe nicht vorzeitig abzuschneiden (vgl. etwa LK-Schroeder, StGB, 10. Aufl., § 16, Rn. 34; sog. Versuchslösung). BGH und h.L. vertreten dagegen eine sog. Vollendungslösung: Es liegt eine unerhebliche Kausalabweichung vor, wenn der Taterfolg durch eine Versuchs- und nicht schon durch eine bloße Vorbereitungshandlung herbeigeführt wird. Anderenfalls liegt nach dieser Ansicht eine wesentliche Kausalabweichung vor und es kommt nur eine Verurteilung wegen fahrlässiger Erfolgsverursachung in Betracht (vgl. z.B. BGH, GA 1955, 123; Roxin, AT-1, § 12, Rn. 165; SK-Rudolphi, § 15, Rn. 34; Schönke/Schröder/Cramer/Sternberg-Lieben, § 15, Rn. 58).

Maßgeblich für die Frage der Vollendungsstrafbarkeit ist danach die Abgrenzung von Versuchsbeginn und Vorbereitungshandlung hinsichtlich der Ersthandlung. Der BGH wiederholt in der vorliegenden Entscheidung insoweit grundsätzliche Erwägungen zu der von ihm vertretenen sog. Kombinationsformel, die verschiedene in der Literatur vertretene Ansichten zum Versuchsbeginn vereint. Da der Angeklagte sein späteres Opfer zunächst lediglich widerstandsunfähig machen und ihm möglicherweise vor der Tötung noch eine Unterschrift abnötigen wollte, verneint der BGH unter Berücksichtigung sowohl der Zwischenakts- als auch der Gefährdungs- als auch der Sphärentheorie ein unmittelbares Ansetzen zum Mord.

Vertiefungshinweise:

- Zur wesentlichen Abweichung vom vorgestellten Kausalverlauf: BGH, NJW 1991, 3161, m. Anm. Graul, JR 1992, 113, und Prittwitz, GA 1983, 110.
- Zu den Fällen des dolus generalis: BGHSt 14, 193

[Jauchegruben-Fall]; Hettinger, Spindel-FS, S. 237.

Zum unmittelbaren Ansetzen s. Herzberg, JuS 1999, 224 [zu § 211 StGB]; OLG Hamm, NStZ-RR 1997, 133 [zu § 242 StGB].

Kursprogramm:

Examenskurs: „Schäferstündchen“

Leitsätze:

1. Bewirkt der Täter, der nach seiner Vorstellung vom Tatablauf den Taterfolg erst durch eine spätere Handlung herbeiführen will, diesen tatsächlich bereits durch eine frühere, so kommt eine Verurteilung wegen vorsätzlicher Herbeiführung des Taterfolgs über die Rechtsfigur der unerheblichen Abweichung des tatsächlichen vom vorgestellten Kausalverlauf nur in Betracht, wenn der Täter bereits vor der Handlung, die den Taterfolg verursacht, die Schwelle zum Versuch überschritten hat oder sie zumindest mit dieser Handlung überschreitet.

2. Beabsichtigt der zur Tötung eines anderen entschlossene Täter, das Opfer beim ersten Angriff nur verteidigungsunfähig zu machen, die eigentliche Tötungshandlung dagegen erst nach einem genau geplanten mehraktigen Geschehensablauf in größerem örtlichen und zeitlichen Abstand auszuführen, so liegt in dem ersten Angriff jedenfalls dann noch kein unmittelbares Ansetzen zum Tötungsdelikt i. S. des § 22 StGB, wenn nach seinem Tatplan innerhalb des zum Taterfolg führenden Gesamtgeschehens auch Handlungsschritte vorgesehen sind, die in keinem inneren Zusammenhang mit der Tötung stehen und durch den vorherigen Tod des Tatopfers vereitelt würden.

Sachverhalt:

Das LG hat den Angekl. wegen Mordes an seiner Ehefrau zu einer lebenslangen Freiheitsstrafe verurteilt. Die Revision des Angekl. führte mit der Sachrüge zur Aufhebung und Zurückverweisung an eine andere Strafkammer des LG.

Das LG hat sich auf Grund zahlreicher Indizien rechtsfehlerfrei davon überzeugt, dass der Angekl. seine Ehefrau am 6. 1. 1999 zu einem nicht näher bestimmbareren Zeitpunkt zwischen 13.30 und 20 Uhr getötet hat. Es hat jedoch, insbesondere weil die Leiche des Tatopfers und Tatspuren nicht gefunden worden sind, keine näheren Feststellungen zum eigentlichen Tötungsgeschehen treffen können.

Insofern hat es lediglich die Überzeugung gewonnen,

dass der Angekl. entweder seine Ehefrau im Haus der Familie töten und die Leiche dann an einem anderen Ort verbergen wollte oder dass er beabsichtigte, seine Ehefrau im Haus nur widerstandsunfähig zu machen, sie dann an einen anderen Ort zu transportieren und sie dort zu töten. Auf dieser Grundlage hat es sodann in Tatsachenalternativität sechs verschiedene Möglichkeiten des Tathergangs - teilweise mit Untervarianten - festgestellt.

Das LG ist der Auffassung, dass sämtliche dieser Varianten die Verurteilung des Angekl. wegen Mordes (Mordmerkmal der niedrigen Beweggründe) tragen. Der Sachverhalt der fünften Tatvariante lautet, soweit hier von Bedeutung, wie folgt: „Der Angekl. fesselte und/oder knebelte und/oder betäubte C in dem Bewusstsein und mit dem Willen, sie später zu töten, und verbrachte sie im Kofferraum des BMW, eventuell nach dem Umladen in den Ford Mondeo mit diesem Fahrzeug an einen Ort, führte die beabsichtigte Tötung dann nicht mehr aus, weil sie bereits vor, während oder nach dem Verbringen entgegen seinem Plan ohne sein weiteres gewolltes Zutun verstorben war, und verbarg die Leiche.. .“. Im Rahmen der Beweiswürdigung erörtert das LG insoweit die Möglichkeit, dass das Tatopfer vor, während oder nach dem Transport aus „Furcht, Sauerstoffmangel oder ähnlichen Widrigkeiten“ ohne weiteres Zutun des Angekl. im Kofferraum verstorben sein könnte. Bei der rechtlichen Würdigung dieser Sachverhaltsvariante bezieht das LG seine Erwägungen auf die Konstellation, dass das „Opfer vor dem Transport durch eine Unachtsamkeit beim Einladen des Körpers in den BMW, während des Transports im engen Kofferraum infolge panischer Angst, Luftmangel oder dergleichen“ verstorben sein könnte.

Aus den Gründen:

Das Urteil hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand, weil die fünfte Tatvariante die Verurteilung wegen eines vorsätzlichen Tötungsdelikts nicht trägt.

I. Die rechtliche Würdigung des Tatgerichts

Das LG ist der Ansicht, der Angriff auf das Leben des Tatopfers im Sinne eines unmittelbaren Ansetzens zur Tat habe auch in dieser Tatvariante bereits „mit dem Fesseln und/oder Knebeln und/oder Betäuben begonnen“ und, lediglich durch den nach dem Tatplan notwendigen Transport unterbrochen, so schnell wie möglich in den Tod einmünden sollen, so dass eine unmittelbare Gefährdung des Lebens des Opfers wegen des „unentwegt vorhandenen und schon teilweise umgesetzten Tatvorsatzes“ gegeben gewesen sei. Es stelle keine wesentliche Abweichung des tatsächli-

chen von dem vom Angekl. vorgestellten Kausalverlauf dar, dass das Opfer bereits vor Erreichen des Ziels der Fahrt verstarb.

II. Beurteilung durch den BGH

Hiergegen wendet sich die Revision im Ergebnis mit Erfolg.

1. Die vorzeitige Erfolgsherbeiführung als Fall der unerheblichen Kausalabweichung

Bewirkt der Täter, der nach seiner Vorstellung vom Tatablauf den Taterfolg erst durch eine spätere Handlung herbeiführen will, diesen tatsächlich bereits durch eine frühere, so kommt eine Verurteilung wegen vorsätzlicher Herbeiführung des Taterfolgs über die Rechtsfigur der unerheblichen Abweichung des tatsächlichen vom vorgestellten Kausalverlauf nur dann in Betracht, wenn er bereits vor der Handlung, die den Taterfolg verursacht, die Schwelle zum Versuch überschritten hat oder sie zumindest mit dieser Handlung überschreitet (vgl. RG, DStR 1939, 177 ; BGH, GA 1955, 123 ; Roxin, StrafR AT 1, 3. Aufl., § 12 Rdnr. 170; Stratenwerth, StrafR AT 1, 4. Aufl., § 8 Rdnr. 94; Maurach/Zipf, StrafR AT 1, 8. Aufl., § 23 Rdnr. 36; Cramer/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, StGB, 26. Aufl., § 15 Rdnr. 58; Puppe, in: NK-StGB, 2. Lfg. § 15 Rdnr. 143). Denn Handlungen im Vorbereitungsstadium mögen zwar der Umsetzung des Tatplans dienen, setzen nach der Vorstellung und dem Willen des Täters aber noch nicht den unmittelbar in die Tatvollendung einmündenden Kausalverlauf in Gang, so dass sich mangels eines rechtlich relevanten Vorsatzes die Frage einer (wesentlichen oder unwesentlichen) Abweichung des tatsächlichen vom vorgestellten Kausalverlauf nicht stellt. Wird der Taterfolg schon durch eine Vorbereitungshandlung bewirkt, kommt daher nur eine Verurteilung wegen fahrlässiger Verursachung dieses Erfolgs in Betracht.

2. Die Bewertung der fünften Tatvariante als bloße Vorbereitungshandlung

Nach den vom LG zur fünften Tatvariante getroffenen Feststellungen zum Kerngeschehen der Tat ist es nicht ausgeschlossen, dass der Angekl. den Tod seiner Ehefrau bereits durch einen Angriff im Wohnhaus der Familie verursachte, mit dem er die Schwelle zum Versuch einer vorsätzlichen Tötung noch nicht überschritt.

a) Zum Versuchsbeginn nach § 22 StGB

Gem. § 22 StGB liegt der Versuch einer Straftat vor, sobald der Täter nach seiner Vorstellung von der Tat

zur Verwirklichung des Tatbestands unmittelbar ansetzt. Dies ist nicht erst dann der Fall, wenn er bereits eine der Beschreibung des gesetzlichen Tatbestands entsprechende Handlung vornimmt bzw. ein Tatbestandsmerkmal verwirklicht. Auch eine frühere, vorgelagerte Handlung kann bereits die Strafbarkeit wegen Versuchs begründen. Dies gilt aber nur dann, wenn sie nach der Vorstellung des Täters bei ungestörtem Fortgang ohne Zwischenakte in die Tatbestandsverwirklichung unmittelbar einmündet oder mit ihr in unmittelbarem räumlichen und zeitlichen Zusammenhang steht (s. etwa BGHSt 28, 162; 31, 178; 37, 294; BGH, NStZ 2001, 415). Diese abstrakten Maßstäbe bedürfen angesichts der Vielzahl denkbarer Sachverhaltsgestaltungen jedoch stets der wertenden Konkretisierung unter Beachtung der Umstände des Einzelfalls. Hierbei können etwa die Dichte des Tatplans oder der Grad der Rechtsgutsgefährdung, der aus Sicht des Täters durch die zu beurteilende Handlung bewirkt wird, für die Abgrenzung zwischen Vorbereitungs- und Versuchsstadium Bedeutung gewinnen (vgl.

BGHSt 30, 363; 35, 6; 40, 257; BGH, NJW 1995, 204; BGH, NJW 1980, 1759; NStZ 1983, 462; NStZ 1987, 20; BGHR StGB § 22 Ansetzen 11). In der fünften Tatvariante stellt das LG mögliche Tatabläufe fest, bei denen die Ehefrau des Angekl. durch eine Handlung zu Tode kam, die nach diesen Grundsätzen noch als Vorbereitung der vom Angekl. beabsichtigten Tötung zu bewerten ist.

b) Zum Tatplan des Täters

Nach dieser Tatalternative ist zu Gunsten des Angekl. davon auszugehen, dass seine Ehefrau bereits infolge seines ersten Zugriffs durch die Fesselung, die Knebelung oder den Einsatz des Betäubungsmittels verstarb, ohne dass der Angekl. dies gewollt oder bemerkt hätte. Diese Möglichkeit wird durch die Erwägungen des LG im Rahmen der Beweiswürdigung und der rechtlichen Würdigung nicht ausgeschlossen. Soweit es dort darlegt, das Tatopfer könne aus „Furcht, Sauerstoffmangel oder ähnlichen Widrigkeiten“ im Kofferraum oder aus Unachtsamkeit beim Einladen verstorben sein, hat es damit nicht weitere denkbare Todesursachen „vor dem Verbringen“ ausschließen wollen, sondern lediglich Beispiele für andere mögliche Geschehensabläufe im Rahmen dieser Tatvariante angeführt.

Nach seinem Gesamtplan, der Grundlage für die Beurteilung ist, ob ein unmittelbares Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung vorliegt, wollte der Angekl. dagegen seine Ehefrau zunächst im Haus der Familie lediglich fesseln oder knebeln oder betäuben. Danach

wollte er sie in die Garage des Hauses schaffen und dort in den Kofferraum seines Pkw BMW verladen. Mit diesem wollte er zu dem Standort des von ihm angemieteten Pkw Ford Mondeo fahren. Dort angekommen, wollte er seine Ehefrau in dieses Fahrzeug umladen. Anschließend wollte er zu dem für die Tötung und das Verstecken der Ehefrau in Aussicht genommenen Ort weiterfahren. Vor der Tötung und dem Verbergen der Leiche sollte schließlich der Ehefrau zunächst noch die Unterschrift unter eine Generalvollmacht abgenötigt werden. Dies hat das LG zwar bei der Sachverhaltsdarstellung der fünften Tatvariante nicht erwähnt, aus dem Zusammenhang seiner diesbezüglichen Ausführungen im Rahmen der Beweiswürdigung und der rechtlichen Würdigung wird aber deutlich, dass es eine derartige Absicht des Angekl. in Erwägung gezogen und nicht hat ausschließen können. Sie ist daher zu Gunsten des Angekl. in die Prüfung der Unmittelbarkeit des Ansetzens zur Tat mit einzubeziehen. Für das Gesamtgeschehen ist außerdem in räumlicher und zeitlicher Hinsicht der vom LG gesteckte Rahmen zu beachten, wonach sich die beschriebenen Vorgänge über den Zeitraum von 13.30 bis 20 Uhr des Tattags verteilen können. Danach bleibt die Möglichkeit, dass nach der Vorstellung des Angekl. je nach der Lage des für die Tötung der Ehefrau und das Verbergen der Leiche ins Auge gefassten Orts zwischen dem ersten Angriff des Angekl. auf seine Ehefrau kurz nach 13.30 Uhr und der eigentlichen Tötungshandlung ein Zeitraum von mehreren Stunden verstreichen und der Tötungsakt sich 100 km oder mehr vom Wohnhaus entfernt vollziehen sollte.

c) Bewertung des Tatplans

Vor dem Hintergrund eines derartigen Tatplans kann der erste Zugriff des Angekl. auf seine Ehefrau im Wohnhaus der Familie noch nicht als unmittelbares Ansetzen zu deren vorsätzlicher Tötung gewertet werden. Durch die Fesselung, Knebelung oder Betäubung seiner Ehefrau hat der Angekl. nach seiner Vorstellung noch keine tatbestandliche Handlung i.S. der §§ 211, 212 StGB ausgeführt. Denn das LG hat nicht festgestellt, dass er es für möglich hielt und zumindest billigend in Kauf nahm, seine Ehefrau könnte bereits hierdurch zu Tode kommen. Er hat im Rahmen seines Tatplans aber auch noch keine Handlung vorgenommen, die in unmittelbarem örtlichen und zeitlichen Zusammenhang mit der vorgestellten Tatbestandsverwirklichung stand oder in diese ohne wesentlichen Zwischenakt einmünden sollte.

Hierfür könnte zwar sprechen, dass der Angekl. die weiteren Handlungsschritte bis zum eigentlichen Tö-

tungsakt in den Einzelheiten vorausgeplant und mit dem ersten Angriff im Haus bereits die Verteidigungsmöglichkeiten seiner Ehefrau gegen die spätere eigentliche Tötungshandlung beseitigen wollte, dass er beabsichtigte, bis zur Tatvollendung stets die Möglichkeit unmittelbaren Zugriffs auf seine Ehefrau zu haben, und dass er ab dem ersten Angriff nicht mehr von seinem Vorhaben Abstand nehmen konnte, ohne sich der Gefahr strafrechtlicher Verfolgung auszusetzen, womit das Geschehen eine Eigendynamik entwickeln konnte, die zur vollständigen Verwirklichung des Tatplans drängte.

Demgegenüber sprechen jedoch wesentliche Umstände gegen die Annahme, der Angekl. habe bereits mit dem ersten Angriff auf seine Ehefrau die Schwelle zum Tötungsversuch überschritten: Er wollte den weiteren Ablauf des Geschehens in der Hand behalten und die eigentliche Tötung erst mehrere Stunden später und in einer Entfernung von 100 km oder mehr vom Wohnhaus entfernt vornehmen. Außerdem waren die oben beschriebenen, zwischengeschalteten Handlungsschritte vorgesehen, die erfolgreich und unentdeckt ausgeführt werden mussten, um den Angekl. in die Situation zu bringen, in der er den von ihm geplanten eigentlichen Tötungsakt vornehmen wollte. Entscheidend kommt hinzu, dass der Angekl., indem er - wie das LG nicht hat ausschließen können - dem Tatopfer noch eine Unterschrift abnötigen wollte, damit noch ein zwischengeschaltetes Geschehen vorgesehen hatte, das nach der Tatplanung keinen notwendigen Teil des zum Tod des Opfers führenden Handlungsablaufs darstellte. Dieses setzte aber gerade voraus, dass seine Ehefrau am eigentlichen Tatort noch am Leben und handlungsfähig war. Damit ist es jedoch ausgeschlossen, dass auf Grundlage der Vorstellung des Angekl. vom Tatablauf bereits der erste Angriff im Wohnhaus als unmittelbares Ansetzen zur Tötung bewertet werden kann.

Damit unterscheidet sich der hier zu beurteilende Sachverhalt von den Fällen, in denen der BGH bisher bei einem nach der Tatplanung mehraktigen, in Teilschritten zur Erfüllung eines Tatbestandsmerkmals führenden Geschehensablauf bereits mit der Umsetzung eines frühen Teilakts das Vorliegen eines Versuchs angenommen oder erwogen hat, obwohl noch weitere Zwischenschritte bis zur Verwirklichung eines Tatbestandsmerkmals notwendig waren (BGH, NJW 1980, 1759f.; BGHR StGB § 22 Ansetzen 14). Denn diesen Fällen ist gemeinsam, dass der der Verwirklichung eines Tatbestandsmerkmals vorgelagerte Teilakt des Gesamtgeschehens wegen seiner notwendigen Zusammengehörigkeit mit der eigentlichen Tat handlung nach dem Plan des Täters als deren Be-

standteil erscheint, weil er an diese zeitlich und räumlich angrenzt und bei Verwirklichung des Tatplans mit ihr eine natürliche Einheit gebildet hätte, sowie dass der Täter keine Zwischenschritte bis zur Tatvollendung mehr vorgesehen hatte, die tatbestandsfremden Zwecken dienten.

Bei der hier gegebenen Sachlage kann ein Versuchsbeginn auch nicht deswegen bejaht werden, weil der Angekl. durch den ersten Zugriff auf seine Ehefrau aus seiner Sicht bereits eine Gefahr für deren Leben begründete, da er deren Möglichkeiten einschränken wollte, sich gegen die spätere Tötungshandlung zur Wehr zu setzen. Auch unter dem Gesichtspunkt der Rechtsgutsgefährdung kann der Versuch einer Straftat erst dann angenommen werden, wenn die vom Täter vorgenommene Handlung nach seiner Vorstellung vom Tatablauf bereits einen derart unmittelbaren Angriff auf das geschützte Rechtsgut enthält, dass dieses schon konkret gefährdet ist und sich der Schaden unmittelbar anschließen kann (BGHSt 40, 257; BGH, NJW 1990, 2072; NStZ 1983, 42; vgl. auch, ausgehend von einem abweichenden rechtlichen Ansatz, Eser, in: Schönke/Schröder, § 22 Rdnr. 42), weil nunmehr das letzte Hindernis vor der eigentlichen Tathandlung überwunden wird (vgl. BGH, NStZ 1987, 20). Dies war hier nicht der Fall, da nach dem Plan

des Angekl. bis zum eigentlichen Tötungsakt noch weitere wesentliche Zwischenschritte durchlaufen werden mussten, er erst in großem räumlichen und zeitlichen Abstand vom ersten Zugriff auf das Opfer im Wohnhaus ausgeführt werden sollte und mit dem Abnötigen der Unterschrift noch eine weitere Handlungssequenz vorgesehen war, die in keinem tatbestandlichen Zusammenhang mit der Tötung stand. Insofern gelten obige Überlegungen entsprechend.

3. Hinweise an den neuen Tatrichter

Die Sache bedarf daher neuer Verhandlung und Entscheidung. Hierfür weist der Senat auf Folgendes hin: Sollte auch der neue Tatrichter die Täterschaft des Angekl. für erwiesen erachten, ohne nähere Feststellungen zum Kerngeschehen der Tötung treffen zu können, wird er zu beachten haben, dass es der Zweifelsatz nicht erfordert, zu Gunsten des Angekl. Tatvarianten zu unterstellen, für deren Vorliegen das Beweisergebnis keine konkreten tatsächlichen Anhaltspunkte liefert (vgl. BGH, NJW 1995, 2300; NStZ 1997, 344). Verbleiben dennoch Lücken in den Feststellungen mit der Folge, dass eine Verurteilung des Angekl. wegen eines vorsätzlichen Tötungsdelikts ausscheidet, wird seine Strafbarkeit nach §§ 227, 239 IV oder § 222 StGB zu prüfen sein.

Standort: § 263 StGB

Problem: Tanken ohne Bezahlung

OLG KÖLN, BESCHLUSS VOM 22.01.2002
Ss 551/01 (NJW 2002, 1059)

Problemdarstellung:

Der Angekl. hatte mit seinem Lieferwagen in mehreren Fällen eine SB-Tankstelle in der vorgefassten Absicht aufgesucht, ohne Bezahlung zu tanken. Der Kassierer der Tankstelle wurde auf die Taten jeweils erst nachträglich aufmerksam. Während das Amtsgericht den Angekl. wegen vollendeten Betrugs verurteilte, führte die Revision des Angekl. zu einer Schuldspruchänderung, da die Feststellungen nach Ansicht des OLG Köln nur die Verurteilung wegen versuchten Betrugs tragen. Eine Vollendungsstrafbarkeit müsse ausscheiden, da das Tankstellenpersonal den Angekl. jeweils nicht bemerkt habe und dessen Täuschungsverhalten folglich weder einen Irrtum noch eine Vermögensverfügung in Bezug auf den getankten Kraftstoff bewirkt habe. Der für den verbleibenden Versuch erforderliche Tatentschluss sei zwar ausgeschlossen, wenn der Täter davon ausgehen dürfe, er könne sein Vorhaben unbemerkt verwirklichen,

doch sei bei lebensnaher Betrachtung stets mit der Möglichkeit der unmittelbaren oder durch Überwachungsanlagen vermittelten Wahrnehmung zu rechnen. Abgesehen von Ausnahmesituationen sei daher davon auszugehen, dass der Täter beim Vorfahren an der Tankstelle billigend in Kauf nehme, er könne jederzeit bemerkt werde.

Prüfungsrelevanz:

Die Entscheidung betrifft mit dem SB-Tanken ohne Bezahlung einen „Examensklassiker“ aus dem Bereich der Vermögensdelikte, der trotz mehrerer grundlegender Entscheidungen in den 80er Jahren immer noch die Gerichte beschäftigt. Es haben sich insbesondere folgende Fallgruppen gebildet (vgl. zur Übersicht Charalambakis, MDR 1985, 975; RA 1999, 111): Geht der von vornherein zahlungsunwillige Täter davon aus, er wird beim Tankvorgang beobachtet, macht er sich nach ganz h.M. wegen Betrugs strafbar, da er den mit dem Einfüllen des Kraftstoffs konkludent vortäuscht, ein redlicher, zahlungswilliger Kunde zu sein. Die erforderliche Vermögensverfü-

gung liegt in dem Einverständnis des Tankstellenpersonals mit dem Tankvorgang, dem „Gestatten des Tankvorgangs“ (s. BGH, NJW 1983, 2827 m. Anm. Borchert/Hellmann, NJW 1983, 2799; kritisch Krey, BT-2, Rn. 157). Jedenfalls wegen dieses Einverständnisses mit dem Gewahrsamswechsel scheidet ein Diebstahl am Benzin aus. Wird der Kunde entgegen seiner Erwartung nicht beobachtet, kommt – wie im vorliegenden Fall – eine Versuchsstrafbarkeit in Betracht (so auch BGH, NJW 1983, 2827).

Legt der von vornherein zahlungsunwillige Täter es dagegen darauf an, unbemerkt zu tanken, scheidet nach h.M. mangels Täuschungsvorsatz eine Bestrafung wegen vollendeten und auch versuchten Betrugs aus. In dieser zweiten Fallgruppe kommt es somit maßgeblich auf die umstrittene Frage nach den Eigentumsverhältnissen an dem getankten Kraftstoff an. Erwirbt der Kunde mit den Einfüllen nämlich das Eigentum, geht er straffrei aus, da mangels Fremdheit der Sache sowohl Diebstahl als auch Unterschlagung nicht vorliegen können. Nicht zuletzt um dieses Ergebnis zu vermeiden, geht die überwiegende Ansicht im Ergebnis davon aus, der Eigentumswechsel vollziehe sich erst bei der Bezahlung im Kassenraum und der Kunde mache sich daher – wegen des bestehenden Einverständnisses mit dem Gewahrsamswechsel greife § 242 StGB nicht ein – wegen Unterschlagung strafbar (vgl. zum Streitstand OLG Koblenz, NStZ-RR 1998, 364 = RA 1999, 111; NK-Kindhäuser, § 242, Rn. 54).

Zum gleichen Ergebnis gelangt die h.M. in der dritten Fallkonstellation, die dadurch gekennzeichnet ist, dass der Kunde sich erst nach Abschluss des Tankvorgangs entschließt, nicht zu zahlen.

Vertiefungshinweise:

Zum Tanken ohne Bezahlung: BGH, JZ 1984, 146; OLG Düsseldorf, NStZ 1985, 270; OLG Hamm, NStZ 1983, 266; Herzberg, JA 1980, 391 f., ders., NStZ 1983, 251; Krey, BT 2, Rn. 153-159, 394-396.

Kursprogramm:

Examenskurs: „Die CD“

Leitsätze:

- 1. Wer vorgefasster Absicht entsprechend an einer Selbstbedienungstankstelle tankt und wegfährt, ohne zu bezahlen, macht sich in der Regel des versuchten Betrugs auch dann schuldig, wenn er vom Tankstellenpersonal nicht wahrgenommen wird.**
- 2. Die Strafbarkeit wegen Betrugsversuchs ent-**

fällt nur in Ausnahmefällen, wenn der Täter auf Grund besonderer Umstände nicht mit der Möglichkeit rechnen muss, wahrgenommen zu werden.

Sachverhalt:

Der Angekl. war im Dezember 1999 Halter eines Lieferwagens und eines Pkw. Am 2. 12., 7. 12. und 14. 12. 1999 suchte er mit dem Lieferwagen eine Selbstbedienungstankstelle in L. auf, betankte das Fahrzeug unter konkludenter Vortäuschung einer nicht vorhandenen Zahlungsbereitschaft an Selbstbedienungszapfsäulen mit Dieselkraftstoff im Wert von 39,93 DM, 82,27 DM bzw. 46,03 DM und verließ sodann entsprechend seinem zuvor gefassten Entschluss mit dem Wagen das Tankstellengelände, ohne zu bezahlen. Am 13. 12. 1999 verfuhr er in gleicher Weise mit seinem Pkw, wobei er Superbenzin im Wert von 72,25 DM tankte. Die Kassierer der Tankstelle wurden auf die Taten jeweils erst nachträglich dadurch aufmerksam, dass das – mit dem Einhängen der „Zapfpistole“ ausgelöste – Rotlichtzeichen auf dem Display der Kasse, mit dem die Sperrung der betreffenden Zapfsäule bis zur Bezahlung angezeigt wird, längere Zeit aufleuchtete. Sie stellten erst daraufhin jeweils fest, dass ohne Bezahlung getankt worden war, und nahmen die Sicherung der Videoaufnahmen aus der Überwachungsanlage vor.

Das AG hat den Angekl. wegen Betrugs in vier Fällen zu einer Gesamtgeldstrafe von 50 Tagessätzen zu je 20 DM verurteilt, der Einzelstrafen von jeweils 20 Tagessätzen zu Grunde liegen. Die dagegen eingelegte Berufung des Angekl. ist verworfen worden. Die Revision des Angekl. führte – ohne Änderung des Rechtsfolgenausspruchs – zur Verurteilung wegen versuchten Betrugs.

Aus den Gründen:

1. Zur revisionsgerichtlichen Überprüfung der Feststellungen des Landgerichts

Die Feststellungen des LG sind rechtlich nicht zu beanstanden. Sie halten der revisionsgerichtlichen Überprüfung sowohl hinsichtlich der materiell-rechtlichen Anforderungen an die tatrichterliche Überzeugungsbildung und deren Dokumentation in den Urteilsgründen als auch im Hinblick auf den verfahrensrechtlich gebotenen Umfang der Beweiserhebung stand.

1. Zur Rüge nach § 261 StPO

Die Erwägungen, mit denen das LG seine Überzeugung von der Tat und der Täterschaft des Angekl. begründet hat, weisen keine revisiblen Mängel auf. Sie sind weder in sich widersprüchlich noch lücken-

haft oder unklar, lassen keine Verstöße gegen Denkgesetze oder gesicherte Erfahrungssätze und keine Hinweise darauf erkennen, dass falsche Maßstäbe für die zur Verurteilung erforderliche bzw. ausreichende Gewissheit angelegt worden sind (vgl. dazu BGH, NJW 2000, 370 [371]; BGH, NJW 1998, 3068). Das gilt insbesondere für die Erörterungen zu der Frage, ob der Angekl. mit der Person identisch ist, die auf den Lichtbildern (Videoprints) der Überwachungskamera beim Betanken seiner Fahrzeuge zu den Tatzeiten abgebildet ist. Insoweit ist den Urteilsgründen zu entnehmen, dass die Lichtbilder in ihrer Gesamtheit geeignet waren, als Grundlage einer hinreichend sicheren Identifizierung zu dienen, und dass die Überzeugungsbildung der StrK von der Identität des Abgebildeten mit dem Angekl. an unterscheidungskräftigen Merkmalen festgemacht werden konnte. Dass geringfügige Abweichungen in Körperstatur und Frisur vorlagen, hat die Kammer berücksichtigt („zum Zeitpunkt der Hauptverhandlung geringfügig dünner“; „geringfügig kürzer geschnitten“) und darüber hinaus auch die Existenz einer dem Angekl. ähnlichen Person in Erwägung gezogen. Wenn sie sich im Ergebnis davon überzeugt hat, dass es sich bei dem Abgebildeten um den Angekl. und nicht um eine unbekanntere andere Person handelt, so liegt darin entgegen der Auffassung der Revision kein Verstoß gegen Denkgesetze.

2. Zur Aufklärungsrüge

Das LG hat auch nicht seine Aufklärungspflicht (§ 244 II StPO) verletzt. Die insoweit erhobene Verfahrensrüge führt nicht zu der Feststellung, dass eine zur Aufklärung des Sachverhalts gebotene Einholung eines Sachverständigengutachtens pflichtwidrig unterlassen worden ist. Die Identifizierung eines Täters anhand von Fotos einer Überwachungskamera ist Sache des Tatrichters, der dazu grundsätzlich nicht der Mithilfe eines Sachverständigen bedarf (BayObLG, DAR 1999, 559; vgl. auch BGHSt 30, 172 = NJW 1981, 2133). Die Revisionsbegründung belegt demgegenüber nicht, dass sich die StrK im vorliegenden Fall die erforderliche eigene Sachkunde nicht zutrauen durfte, sondern sich zur Heranziehung eines Sachverständigen gedrängt sehen musste.

II. Zur rechtlichen Würdigung des Tankens ohne Bezahlung

1. Kein vollendeter Betrug mangels täuschungsbedingter Vermögensverfügung

Die demnach rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen tragen den Schuldspruch wegen (vollendeten)

Betrugs (§ 263 I StGB) allerdings nicht. Denn es fehlt an einer auf das täuschende Verhalten des Angekl. zurückzuführenden Vermögensverfügung des Tankstellenpersonals, weil der Tankvorgang von den Kassierern jeweils erst nachträglich bemerkt worden ist.

Im Ansatz geht das LG freilich zutreffend davon aus, dass (auch) beim Selbstbedienungstanken derjenige, der mit von vornherein gegebener Zahlungsunwilligkeit tankt und wegfährt, ohne den Kraftstoff zu bezahlen, sich in der Regel des Betrugs schuldig macht (BGH, NJW 1983, 2827, m. krit. Anm. Gauf, NStZ 1983, 505 u. Anm. Deutscher, NStZ 1983, 507; BGH, NJW 1984, 501; Senat, Beschl. v. 8. 3. 2000 - Ss 92/00 m.w. Nachw.; Cramer, in Schönke/Schröder, StGB, 26. Aufl., § 263 Rdnr. 63 b; vgl. auch Herzberg, NJW 1984, 896; Borchert/Hellmann, NJW 1983, 2799; w. Nachw. bei Tröndle/Fischer, StGB, 50. Aufl., § 263 Rdnr. 7b). Indem er als Kunde auftritt und sich wie ein solcher verhält, bringt er durch schlüssiges Verhalten zum Ausdruck, dass er den Kraftstoff nach Erhalt bezahlen werde. Durch dieses Vortäuschen nicht vorhandener Zahlungsbereitschaft erweckt er bei dem Tankstelleninhaber oder dessen Personal einen entsprechenden Irrtum mit der Folge, dass ihm - sofern es sich um eine Bedienungstankstelle handelt, das Benzin in den Tank eingefüllt oder - falls es eine Selbstbedienungstankstelle ist - das Einfüllen gestattet wird (BGH, NJW 1983, 2827). Die für den Betrugstatbestand voraussetzende Verfügung liegt im Falle des Selbstbedienungstankens also darin, dass das Tankstellenpersonal mit dem Tanken einverstanden ist (vgl. Cramer, in: Schönke/Schröder, § 263 Rdnr. 63 b).

Ein entsprechender Wille als Folge der Täuschungshandlung des Täters kann aber nur gebildet werden, wenn eben diese Handlung von dem Tankstellenbetreiber oder seinen Mitarbeitern überhaupt wahrgenommen worden ist. Bleibt der Täter dagegen - wie im vorliegenden Fall - bis zur Beendigung des Tankvorgangs unbemerkt, gewinnt seine Handlungsweise keinen Einfluss auf die Willensbildung des Tankstellenpersonals und kann schon deshalb weder zu einem Irrtum noch zu einer Vermögensverfügung in bezug auf den von ihm getankten Kraftstoff führen. Eine Strafbarkeit wegen vollendeten Betruges scheidet damit aus.

2. Zur Strafbarkeit wegen eines versuchten Betruges gem. §§ 263, 22 StGB

Die auf umfassender Sachverhaltsaufklärung beruhenden Feststellungen tragen aber die Verurteilung des Angekl. wegen versuchten Betruges (§§ 263, 22 StGB).

In dieser Hinsicht ist zu beachten, daß ein entsprechender Schuldspruch in Fallgestaltungen der hier vorliegenden Art zwar regelmäßig in Betracht kommt (BGH, NJW 1983, 2827; vgl. a. Cramer aaO § 263 Rn. 28), aber ausnahmsweise nicht gerechtfertigt ist, sofern der Täter wahrnimmt, daß sein Tanken nicht beobachtet wird, und er sicher ist, ungesehen zu bleiben. Denn in diesem Fall bildet er keinen Täuschungsvorsatz. Die in § 263 StGB vorausgesetzte Täuschungshandlung setzt auch in der Modalität des schlüssigen Verhaltens ein zur Irreführung eines Menschen bestimmtes und damit der Einwirkung auf das intellektuelle Vorstellungsbild dieses Menschen dienendes Gesamtverhalten voraus. An dem Tatenschluß zu einem solchen Verhalten fehlt es, wenn der Täter davon ausgehen darf, dass er sein Vorhaben, ohne Bezahlung zu tanken, unbemerkt verwirklichen kann (vgl. Borchert/Hellmann NJW 1983, 2799 f., Herzberg NJW 1985, 896; Gauf NSTZ 505 [506]).

Allerdings sind kaum noch Fälle vorstellbar, in denen der Täter diese Überzeugung gewinnen kann. Vielmehr ist bei realitätsnaher Betrachtung unter den heutigen Verhältnissen stets mit der Möglichkeit der unmittelbaren oder durch Überwachungsanlagen vermittelten Wahrnehmung zu rechnen (vgl. Tröndle/Fischer aaO § 242 Rdn. 24). Abgesehen von Ausnahmesituationen ist daher davon auszugehen, dass der Täter beim Vorfahren an der Tankstelle billigend in Kauf nimmt, er könne jederzeit bemerkt werden, und dass er für diesen Fall auf eine Irreführung des Beobachters abzielt, also mit zumindest bedingtem Täuschungsvorsatz handelt (einschränkend insoweit noch Gauf aaO). Das gilt auch für den vorliegenden Fall. Das LG hat ausdrücklich festgestellt, dass der Angekl. jeweils wahrheitswidrig vorspiegelte, den Kraftstoff nach Erhalt vorspiegeln zu wollen. Anhaltspunkte zu Zweifeln daran, dass er mit der Möglichkeit seiner Beobachtung während des Tankens rechnete, lagen ersichtlich nicht vor.

3. Zur Schuldspruchänderung durch den Senat gem. §§ 353, 354 Abs. 1 StPO

Der Senat kann in entsprechender Anwendung der §§ 353, 354 Abs. 1 StPO den Schuldspruch nach Maßgabe der vorstehenden Ausführungen abändern (vgl. BGHSt 8, 191 [193]; 10, 404 [405]; NJW 1964,

210 [212]; Kleinknecht/Meyer-Goßner, StPO, 44. Aufl., § 354, Rdn. 11-17). Denn zum einen ermöglichen die getroffenen Feststellungen eine abschließende materiell-rechtliche Beurteilung (vgl. dazu Senat, VRS 99, 363; OLG Saarbrücken, StraFO 2001, 203 [204]). Zum anderen ist auszuschließen, dass eine erneute tatrichterliche Verhandlung zu weitergehenden Feststellungen führen könnte, die eine Verurteilung wegen vollendeten Betruges tragen würde.

Die Bestimmung des § 265 StPO steht der Entscheidung nicht entgegen, weil der Angekl. jegliche Tatbeteiligung bestritten hat und sich bei Erteilung eines rechtlichen Hinweises nicht hätte anders verteidigen können.

III. Zum Rechtsfolgenausspruch

Die Änderung des Schuldspruchs bedingt im vorliegenden Fall keine Aufhebung im Rechtsfolgenausspruch. Der Senat kann nämlich ausschließen, dass die rechtsfehlerhafte Annahme der Tatvollendung sich bei der Strafzumessung zum Nachteil des Angekl. ausgewirkt hat. Die rechtliche Bewertung der Tat beruht nicht etwa darauf, dass der vom Vorsatz umfasste Taterfolg ausgeblieben wäre, sondern vielmehr darauf, dass es - ohne Wissen und Wollen des Angekl. - an der kausalen Verknüpfung zwischen seinem tatbestandsmäßigen Handeln einerseits und sowie dem angestrebten und eingetretenem Taterfolg andererseits fehlt. In dieser Hinsicht hat die Strafkammer nichts verkannt und den Unrechts- und Schuldgehalt der Taten zutreffend eingeschätzt. Es bestand ersichtlich kein Anlass, unter Heranziehung der Milderungsmöglichkeit gem. §§ 49 Abs. 1, 23 Abs 2 StGB die Einzelstrafen noch niedriger als geschehen (mit jeweils 30 Tagessätzen) festzusetzen.

IV. Zur Kostenentscheidung

Die Kostenentscheidung beruht auf § 473 Abs. 1 StPO. Der Teilerfolg des Rechtsmittels rechtfertigt eine Gebührenermäßigung und eine Belastung der Staatskasse mit Auslagen des Angekl. nicht, weil davon auszugehen ist, dass die Revision auch eingelegt worden wäre, wenn der Schuldspruch bereits in der Vorinstanz entsprechend der Senatsentscheidung ergangen wäre.

Standort: §§ 136, 163 a, 141 StPO Problem: Unterbliebene Belehrung über Verteidiger

BGH, URTEIL VOM 22.11.2001
1 STR 220/01 (NJW 2002, 975)

Problemdarstellung:

Der BGH hatte in der nachstehenden Entscheidung über die Verwertbarkeit eines Geständnisses des Angekl. im Rahmen einer mehrere Jahre nach der Tat erfolgten Tatrekonstruktion zu urteilen. Die Revision hatte gerügt, der Angekl. sei nicht in der erforderlichen Weise über sein Recht zur Zuziehung eines Verteidigers belehrt worden (§ 136 I 2 StPO) und ihm hätte entsprechend § 141 III 2 StPO ein Verteidiger beigeordnet werden müssen. In Fortführung seiner bisherigen Rechtsprechung verwirft der BGH beide Verfahrensrügen: Zwar führe ein Verstoß gegen die Hinweispflicht nach § 136 I 2 StPO grundsätzlich zu einem Beweisverwertungsverbot, doch gelte dies nicht, wenn der Angekl. sein Recht bei Beginn der Vernehmung gekannt habe. Davon sei bei dem zuvor bereits mehrfach vernommenen Angekl. jedoch auszugehen. Im Hinblick auf § 141 III 2 StPO führt der Senat aus, dass die Vorschrift die StA ggfs. verpflichte, einen Beordnungsantrag zu stellen, das pflichtwidrige Unterlassen aber jedenfalls im vorliegenden Fall keinen so schweren Verfahrensverstoß darstelle, dass bei der gebotenen Abwägung der Interessen des Beschuldigten mit den Interessen der Allgemeinheit an einer wirksamen Strafverfolgung von einer Unverwertbarkeit des Geständnisses auszugehen sei.

Prüfungsrelevanz:

Die Entscheidung betrifft bedeutsame Fragen aus dem auch bereits für das Erste Staatsexamen relevanten Bereich der Beweisverwertungsverbote. Seit der grundlegenden Entscheidung BGHSt 38, 214 geht die Rechtsprechung auf dem Boden einer sog. Abwägungslehre (zur unsicheren dogmatischen Einordnung der Rechtsprechung s. Fezer, Strafprozessrecht, S. 217 f.) davon aus, dass die unterlassene Belehrung über das Aussageverweigerungsrecht nach § 136 I 2 StPO grundsätzlich ein Verwertungsverbot nach sich zieht, dies aber nicht gilt, wenn der Beschuldigte zu Beginn der Vernehmung sein Recht zu schweigen ohne Belehrung kannte, der Verwertung zugestimmt oder ihr jedenfalls nicht bis zu dem in § 257 StPO genannten Zeitpunkt widersprochen hat (vgl. BGHSt 38, 214; 39, 349 m. Anm. Fezer, JZ 1994, 686). Diese Grundsätze überträgt der BGH mit der vorliegenden Entscheidung auch auf die Hinweispflicht bezüglich

des Rechts zur Verteidigerkonsultation (in NStZ 1997, 609 noch offengelassen; zu einem Verstoß gegen das Recht auf Verteidigerkonsultation nach erfolgter Belehrung s. BGHSt 38, 372).

Insbesondere für Referendare sind die Ausführungen zu einem Verstoß gegen § 141 III 2 StPO von Bedeutung. Nachdem der Senat in BGHSt 46, 93 der Vorschrift die Möglichkeit einer Verpflichtung zur Stellung eines Beordnungsantrags entnommen hatte, führt er nunmehr aus, unter welchen Voraussetzungen bei einer Verletzung dieser Verpflichtung ein Verwertungsverbot angenommen werden kann.

In diesem Zusammenhang ist auf eine weitere aktuelle Entscheidung des 5. Strafsenats hinzuweisen (Beschluss vom 5.5.2002 - 5 StR 588/01, StV 2002, 180). Der Senat macht in Fortführung von BGHSt 42, 15 zunächst Ausführungen zur - grundsätzlich fehlenden - Notwendigkeit, dem Beschuldigten etwa durch Hinweis auf die Einrichtung eines Verteidigernotdienstes und Herstellung einer telefonischen Verbindung mit diesem, eine effektive Realisierung des Rechts auf Verteidigerkonsultation zu ermöglichen. In Auseinandersetzung mit entsprechenden Erwägungen der vorliegenden Entscheidung erörtert der 5. Senat zudem, ob aus § 141 III StPO auch die Verpflichtung erwachsen könne, „mit Ermittlungen, welche die Mitwirkung des Beschuldigten erfordern innezuhalten, bis der Verteidiger tatsächlich gerichtlich bestellt ist und seine Tätigkeit aufgenommen hat“.

Vertiefungshinweise:

Zu BGHSt 46, 93: Kunert, NStZ 2001, 212; Fezer, JZ 2001, 359, Schlothauer, StV 2001, 127; Eisele, JABl 2001, 100

Zu BGHSt 38, 214: Bohlander, NStZ 1992, 504; Fezer, JZ 1992, 385, und Roxin, JZ 1992, 923

Zur Heilung von Belehrungsfehlern durch eine erneute Belehrung (Problem der sog. qualifizierte Belehrung): Geppert, GS Meyer, 1990, S. 93

Zum Recht auf Verteidigerkonsultation: Artkämper, NJ 1998, 246, und Ransiek, StV 1994, 343.

Leitsatz (der Redaktion):

Zur Belehrung über das Recht auf Verteidigerkonsultation und zur Notwendigkeit einer Verteidigerbestellung im Ermittlungsverfahren (Fortführung von BGHSt 38, 214 und BGHSt 46, 93).

Sachverhalt:

Der Angekl. und der Mitangekl. L erschossen im Juni 1993 den Pizzeriainhaber B mit einem auf Geheiß des L vom Angekl. beschafften Revolver. Zu diesem Zwecke hatten sie B unter einem Vorwand veranlasst, mit ihnen eine Fahrt im Pkw anzutreten. Zur Tat kam es bei einem Halt am Rande einer durch ein Waldstück führenden Straße. Der erste, vom Angekl. abgegebene Schuss traf das Opfer lediglich an der Hand. Daraufhin nahm L dem Angekl. den Revolver aus der Hand und schoss B aus kurzer Entfernung in den Rücken. Nachdem beide den Getroffenen in den Wald gezogen hatten, setzte L die Waffe zwischen den Augen auf die Stirn des Opfers und gab einen weiteren, sofort tödlichen Schuss ab. L wollte als Pächter von B eine Pizzeria übernehmen und hatte sich diesem zur Zahlung einer Abstandssumme in Höhe von 97000 DM verpflichtet, die er indessen nicht aufzubringen vermochte. Deshalb lag ihm daran, B zu beseitigen und ein Papier aufzusetzen, aus dem sich ergeben sollte, dass er den Betrag bereits an B gezahlt habe. Dem Angekl. hatte er als Lohn für seine Mithilfe bei der Tat 20000 DM sowie den Pkw BMW Cabriolet des B versprochen.

Das LG hat den Angekl. wegen Mordes unter Einbeziehung anderweitig verhängter Freiheitsstrafen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von acht Jahren verurteilt. Hiergegen richtete sich die Revision des Angekl., die die Verletzung formellen und sachlichen Rechts rügte. Das Rechtsmittel war unbegründet.

Aus den Gründen:

Die Revision erhebt zwei Verfahrensrügen. Zum einen beanstandet sie, der Angekl. sei vor der Entgegennahme seines Geständnisses nicht auch über sein Recht zur vorherigen Zuziehung eines Verteidigers belehrt worden. Zum anderen meint sie, dem Angekl. habe hier jedenfalls vor seiner Mitwirkung an einer Tatrekonstruktion ein Verteidiger beigeordnet werden müssen.

I. Das Verfahrensgeschehen

Den Rügen liegt folgendes Verfahrensgeschehen zu Grunde: Nachdem die Leiche des B aufgefunden und im Januar 1994 identifiziert werden konnte, geriet auch der Angekl. in Verdacht und wurde am 21. und 22. 2. 1994 nach korrekter Belehrung polizeilich als Beschuldigter vernommen. Das Ermittlungsverfahren gegen ihn wurde jedoch im November 1994 nach § 170 II StPO eingestellt, weil die Verdachtsgründe als nicht ausreichend erachtet wurden. Mehr als fünf Jahre später, im Herbst 1999, nahm der Angekl. von sich aus Kontakt zur Polizei auf und legte schließlich

ein Geständnis ab. Zuvor war der Angekl. im Jahr 1995 wegen eines Straßenverkehrsdelikts verurteilt worden; im Jahr 1997 war gegen ihn wegen eines Betäubungsmitteldelikts ein Strafbefehl ergangen. Im Januar und März 1999 wurde er in zwei Ermittlungsverfahren polizeilich unter rechtsfehlerfreier Belehrung als Beschuldigter vernommen; zum einen wegen eines Verbrechens nach dem Kriegswaffenkontrollgesetz, zum anderen wegen Raubes zum Nachteil seiner Freundin. Zu dem Geständnis kam es wie folgt: Anfang Oktober 1999 rief der Angekl. die in der Sache ermittelnde Kriminalpolizeidienststelle aus Österreich an und teilte mit, er könne Angaben zu dem Mordfall B machen; er sei unterwegs zu einer (gegen ihn stattfindenden) Hauptverhandlung in Deutschland. Am Tage der Hauptverhandlung gegen den Angekl. in der KWKG-Sache scheiterte ein vereinbarter Kontakt zwischen den in der Mordsache ermittelnden Polizeibeamten und dem Angekl. allerdings, weil dieser zu spät erschien. In der dann doch durchgeführten Hauptverhandlung in jener Sache war der Angekl. verteidigt. Am 27. 10. 1999 wurde der Angekl. festgenommen, weil er in dem anderen, wegen Raubes gegen ihn geführten Strafverfahren nicht zur Hauptverhandlung erschienen und deshalb ein Haftbefehl nach § 230 II StPO gegen ihn ergangen war. Bei der Haftbefehlseröffnung war er im Beistand eines Verteidigers und wurde ausweislich des Vorführprotokolls vollständig als Beschuldigter belehrt. Vom 3. 11. bis 5. 12. 1999 wurde der Angekl. sodann in einem Haftkrankenhaus wegen manisch-psychotischer Symptome behandelt. Nach Besserung erfolgte seine Rückverlegung in die JVA. Am 25. 11. 1999 ließ er durch einen Gefängnisseelsorger der Polizei erneut einen Gesprächswunsch betreffend den Mordfall B übermitteln. Am Tage der Hauptverhandlung gegen ihn in der Raubsache, am 9. 12. 1999, suchten Polizeibeamte ihn zuvor in der JVA auf. Der Angekl. machte jetzt Angaben zu dem Mord, die ihn selbst und L belasteten. Er gab eine Tatschilderung, wollte aber kein förmliches Protokoll unterzeichnen. Die Polizeibeamten fertigten deshalb über den Inhalt der Angaben einen Vermerk. Die dem Angekl. bei der Befragung erteilte Belehrung war nicht vollständig; sie enthielt keinen Hinweis auf das Recht zur vorherigen Verteidigerkonsultation. Nach der anschließenden Hauptverhandlung in der Raubsache, in der der Angekl. wiederum verteidigt war, wurde er - wie von ihm erwartet - auf freien Fuß gesetzt. Der von dem Ergebnis der Vernehmung tags darauf, am 10. 12. 1999 (Freitag), telefonisch unterrichtete Oberstaatsanwalt ordnete ausweislich eines von ihm niedergelegten Vermerks an, nach dem Mittäter L zu fahnden

und diesen festzunehmen; er werde „sobald als möglich“ Haftbefehl „ausstellen lassen“. Mit dem Angekl. solle eine weitere Detailabklärung erfolgen. Am 12. 12. 1999 (Sonntag) verfasste der ermittelnde Kriminalbeamte einen Vermerk, in welchem er die ersten Angaben des Angekl. bewertete und mit den weiteren Ermittlungsergebnissen abglich. Der Vermerk lässt in seiner Formulierung eine gewisse Zurückhaltung und Vorsicht hinsichtlich des Wahrheitsgehalts der Einlassung des Angekl. erkennen. Der Beamte kam zu dem Ergebnis, die Angaben des Angekl. erschienen „plausibel“; sie ließen sich mit den vorliegenden anderweitigen Erkenntnissen und der von der Polizei favorisierten Tat- und Täterhypothese in Einklang bringen. Der Vermerk lag dem Oberstaatsanwalt am 13. 12. 1999 (Montag) vor. Er verfügte in den Akten die Wiederaufnahme der Ermittlungen gegen L und den Angekl. Am selben Tage, dem 13. 12. 1999, kam es nach telefonischer Verabredung auch dazu, dass der nunmehr wieder in Freiheit befindliche Angekl. sich zur Mitwirkung an einer Tatrekonstruktion am Tatort bereit fand. Einem gefertigten Vermerk zufolge wiesen die Polizeibeamten den Angekl. auf der Fahrt zum Tatort darauf hin, dass er sich durch seine Angaben selbst schwer wiegend belasten und „die Aussagen verweigern“ könne. Außerdem „kenne er seine Rechte als Beschuldigter sicher, da er schon wiederholt vor Gericht gestanden habe“. Der Angekl. bejahte dies und „blieb aussagebereit“. Am Tage nach der auch auf Video aufgezeichneten Tatrekonstruktion, also am 14. 12. 1999, stellte die StA Antrag auf Erlass eines Haftbefehls gegen den Angekl. und gegen L. Einen weiteren Tag darauf unterschrieb der Angekl. nun das förmliche Protokoll einer Beschuldigtenvernehmung, der eine vollständige und korrekte Belehrung vorangegangen war. Jetzt machte er indes keine detaillierten Angaben mehr, sondern erklärte pauschal, seine bisherigen Einlassungen seien richtig. Er fand sich sodann bereit, L eine so genannte Hörfalle zu stellen. Zu diesem Zwecke kam er am 17. 12. 1999 nochmals zur Polizei und führte von dort aus drei Telefongespräche mit L. Er wurde schließlich festgenommen und bat nun um Verständigung eines bestimmten Rechtsanwalts, der daraufhin erschien. Vor dem Haftrichter erklärte sein Verteidiger, der Angekl. werde vor Gewährung von Akteneinsicht keine weiteren Angaben machen. In der Hauptverhandlung räumte der Angekl. das äußere Tatgeschehen ein, erklärte jetzt jedoch, zuvor nicht in den Tatplan des L eingeweiht gewesen und selbst nicht in Tötungsabsicht auf B geschossen, sondern absichtlich daneben gezielt zu haben.

II. Zur Rüge der §§ 136 I 2, 163 a IV 2 StPO

Die Revision beanstandet im Ergebnis ohne Erfolg als Verletzung von § 136 I 2, 163 a IV 2 StPO, der Angekl. sei vor seiner geständigen Einlassung bei der Polizei und seiner Mitwirkung an einer Tatrekonstruktion nicht ordnungsgemäß belehrt worden; die erfolgten Belehrungen litten darunter, dass ihm das Recht zur vorherigen Konsultation eines Verteidigers nicht aktuell ins Bewusstsein gerufen worden sei. Daraus folge ein Beweisverwertungsverbot. Mit Recht hebt die Revision hervor, dass die dem Angekl. bei den polizeilichen Befragungen und der Tatrekonstruktion am 9. und 13. 12. 1999 erteilten Belehrungen unvollständig und fehlerhaft waren. Das kann aber hier nicht zu einem Verwertungsverbot führen, weil der Angekl. sein Recht auf Verteidigerkonsultation kannte.

1. Zum Beweisverwertungsverbot bei unterlassener Hinweis nach § 136 I 2 StPO (Aussageverweigerungsrecht)

Der BGH hat bereits früher zum Schweigerecht hervorgehoben, dass der Polizeibeamte die Pflicht hat, einen Hinweis nach § 136 I 2 StPO zu geben, unabhängig davon, ob der Beschuldigte seine Rechte kennt oder nicht. Im Gesetz sind keine Ausnahmen von der Hinweispflicht vorgesehen. Das ist auch sinnvoll: Auch wer mit der Rechtslage vertraut ist, bedarf unter Umständen wegen der besonderen Situation der Vernehmung im Ermittlungsverfahren des Hinweises nach § 136 I 2 StPO, um „klare Gedanken“ fassen zu können. Wer bei Beginn der Vernehmung auch ohne Belehrung gewusst hat, dass er nicht auszusagen braucht, ist allerdings nicht im gleichen Maße schutzbedürftig wie derjenige, der sein Schweigerecht nicht kannte. Er muss zwar nach § 136 I 2, 163 a IV 2 StPO belehrt werden. Jedoch gilt hier das Verwertungsverbot ausnahmsweise nicht. Die wertende Abwägung ergibt, dass dem Interesse an der Aufklärung des Sachverhalts und der Durchführung des Verfahrens in einem solchen Fall Vorrang gegeben werden kann. Gelangt der Tatrichter, erforderlichenfalls im Wege des Freibeweises, zu der Auffassung, dass der Beschuldigte sein Recht zu schweigen bei Beginn der Vernehmung gekannt hat, dann darf er den Inhalt der Angaben, die der Beschuldigte ohne Belehrung vor der Polizei gemacht hat, bei der Urteilsfindung verwerten. Hat der Tatrichter hingegen auf Grund tatsächlicher Anhaltspunkte ernsthafte Zweifel daran, dass der Angekl. bei seiner polizeilichen Vernehmung das Schweigerecht gekannt hat, und hat das Freibeweisverfahren diese Zweifel nicht beheben können, so ist entsprechend der vom Gesetzgeber mit der Ein-

führung der Hinweispflicht getroffenen Grundentscheidung davon auszugehen, dass es dem Beschuldigten an dieser Kenntnis gefehlt hat. Dann besteht ein Beweisverwertungsverbot (so BGHSt 38, 214).

2. Zum Beweisverwertungsverbot bei unterlassener Hinweis auf das Recht zur Verteidigerkonsultation

Diese Grundsätze gelten entsprechend auch für die Belehrung über das Recht auf Zuziehung eines Verteidigers. Der Senat ist der Auffassung, dass die Pflicht zur Belehrung über das Recht auf Verteidigerkonsultation gegenüber dem Hinweis auf das Schweigerecht des Beschuldigten kein geringeres Gewicht hat (offen gelassen von BGH, NStZ 1997, 609); beide Rechte des Beschuldigten hängen eng zusammen und sichern im System der Rechte zum Schutz des Beschuldigten seine verfahrensmäßige Stellung in ihren Grundlagen; sie verdeutlichen ihm als Hinweise seine prozessualen Möglichkeiten (§§ 136 I 2, 163 a IV StPO). Gerade die Verteidigerkonsultation dient dazu, den Beschuldigten zu beraten, ob er von seinem Schweigerecht Gebrauch macht oder nicht. Was für die Belehrung über das Schweigerecht gilt, ist deshalb auch für diejenige zur Verteidigerkonsultation erheblich.

3. Die Beurteilung des vorliegenden Falles

Das LG geht auf der Grundlage einer tragfähigen und überzeugenden Würdigung davon aus, dass dem Angekl. das Recht zur Verteidigerkonsultation aus zeitlich voraufgegangenen anderweitigen Beschuldigtenbelehrungen aktuell bekannt war; es hatte hieran keinen Zweifel. Der Senat sieht keinen Grund, diese Bewertung im Rahmen der auf die Verfahrensrüge hin veranlassten Nachprüfung zu beanstanden. Er kommt zu keinem anderen Ergebnis.

a) Zur Kenntnis des Angekl. von seinen Rechten

Der Angekl. war vor seiner geständigen Einlassung mehrfach als Beschuldigter richtig belehrt worden: im gegenständlichen Verfahren bereits 1994; 1995 war er wegen eines Straßenverkehrsdelikts verurteilt worden; im ersten Quartal 1999 erfolgten in zwei verschiedenen - wegen Raubes sowie wegen Verbrechens nach dem Kriegswaffenkontrollgesetz - gegen ihn geführten Verfahren Belehrungen. Nur kurze Zeit vor der ersten hier in Rede stehenden Befragung war er in einer Hauptverhandlung in anderer Sache und später auch beim Haftrichter vollständig belehrt worden und zudem verteidigt. Bei solchem Verlauf liegt auf der Hand, dass dem Angekl. seine Rechte bei Ablegung seines Geständnisses am 9. und 13. 12.

1999 aktuell bewusst waren. Das gilt zumal vor dem Hintergrund, dass er auch unmittelbar nach der ersten Befragung am 9. 12. mit seinem Verteidiger an einer Hauptverhandlung teilnahm, auf die der Angekl. - jetzt vorübergehend in so genannter Hauptverhandlungssicherungshaft (§ 230 II StPO) - gerade am selben Tage wartete. Im Übrigen hatte er gleich, nachdem ihm schließlich am 17. 12. 1999 die Festnahme erklärt worden war, um Verständigung eines bestimmten Verteidigers gebeten. Dass ihm angesichts all dieser Umstände nicht bewusst gewesen sein könnte, auch hinsichtlich seiner Geständniserwägungen zuvor den Rat eines Verteidigers einholen zu können, wenn ihm das erwünscht erschienen wäre, hält der Senat für ausgeschlossen.

b) Zur Vernehmungssituation

Hinzu kommt, dass sich der Angekl. nicht in der für einen Beschuldigten sonst vielfach typischen Situation befand, in der dieser im Falle seiner Festnahme wegen der verfahrensgegenständlichen Tat durch die Ereignisse bedrückt und verängstigt sein kann und gerade deshalb der aktuellen Belehrung bedarf (vgl. BGHSt 38, 214 ; s. auch BGHSt 42,15). Im Gegenteil: Der Angekl. hatte hier von sich aus, auf freiem Fuß befindlich, aus dem Ausland den Kontakt gezielt zu den im Verfahren ermittelnden Polizeibeamten gesucht und Sachangaben angeboten. Später hatte er seinen Gesprächswunsch über einen Gefängnisseelsorger wiederholt. Zur Tatortbegehung und der Tatrekonstruktion war er - von seinem Vater gefahren - aus freien Stücken erschienen. Im Zusammenhang mit der - nun nach vollständiger Beschuldigtenbelehrung - erfolgten Vernehmung am 15. 12. 1999 hatte er erklärt, er wisse, in welcher prekären Lage er sich befinde, die ihn „die Freiheit kosten“ werde. All das weist auf ein überlegtes Verhalten des Angekl. hin, das unbeeinflusst von äußerem, situationsbedingtem Druck war. Bei dieser Sachlage konnte das LG davon ausgehen, der Angekl. habe seine Beschuldigtenrechte vollumfänglich gekannt; ein Verwertungsverbot sei nicht gegeben. Auch der Senat sieht auf die Verfahrensrüge hin keinen Anlass, dem weiter gehend als geschehen im Freibeweis nachzugehen.

4. Vereitelung des Anspruchs auf einen Verteidiger

Ein Verwertungsverbot ergibt sich im vorliegenden Falle auch nicht unter dem Gesichtspunkt, dass das Recht des Angekl. auf Zugang zum Verteidiger vereitelt worden wäre (vgl. BGHSt 38, 372; 42, 15). Die Ermittlungsbeamten haben dem Angekl. die Kontaktaufnahme mit einem Verteidiger nicht verwehrt; sie

haben auch nicht etwa einen entsprechenden Wunsch des Angekl. unterlaufen; vielmehr hat dieser einen solchen nicht geäußert. Die gegenteilige Behauptung des Angekl. in der Hauptverhandlung hat das LG auf der Grundlage tragfähiger Würdigung als widerlegt erachtet.

5. Entscheidung des Senats

Nach allem kann der Senat offen lassen, ob ein Verwertungsverbot hier von vornherein schon deshalb nicht in Betracht kommt, weil der Angekl. im Jahre 1994 in diesem Verfahren nach vollständiger Belehrung bereits als Beschuldigter vernommen worden war und der Wortlaut der Belehrungsbestimmungen eine Belehrung „bei Beginn der ersten Vernehmung“ vorschreibt (§§ 136 I 2, 163 a IV StPO). Fürsorgliche Gründe und der Zweck der Belehrung, dem Beschuldigten seine Rechte aktuell ins Bewusstsein zu rufen, sprechen hier wegen des zwischenzeitlich verstrichenen langen Zeitraums allerdings dagegen, die zurückliegende Beschuldigtenbelehrung genügen zu lassen. Auf sich beruhen kann überdies, ob die nach den ersten Befragungen und der Tatrekonstruktion (am 9. und 13. 12. 1999) erfolgte vollständige Belehrung am 15. 12. 1999 mit der pauschalen Bestätigung der bisherigen Angaben durch den Angekl. die vorausgegangen fehlerhaften Belehrungen zu heilen vermochte, obgleich sie keine so genannte qualifizierte Belehrung war, bei welcher der Angekl. auf ein etwaiges Verbot der Verwertung früherer Angaben hinzuweisen gewesen wäre (vgl. Boujong, in: KK-StPO, 4. Aufl., § 136 Rdnr. 29 m.w. Nachw.; zur Zeugenbelehrung auch: Senat, Beschl. v. 19. 9. 2000 - 1 StR 205/00 a.E.).

III. Zur Rüge des § 141 III StPO

Die Revision macht weiter geltend, bei einer am Grundsatz des fairen Verfahrens (hier i. E. der sog. Mindestgarantie des Art. 6 III lit. c MRK - Beistand eines Verteidigers) ausgerichteten Interpretation des § 141 III StPO habe dem Angekl. jedenfalls vor der Entgegennahme seiner weiteren geständigen Einlassung anlässlich seiner Mitwirkung an der Tatrekonstruktion ein Verteidiger bestellt werden müssen. Indem das LG diese ohne den Beistand eines Verteidigers zu Stande gekommenen Angaben des Angekl. bei seiner Beweisführung verwertet habe, setze sich dieser Rechtsfehler bis ins Urteil fort. Die Verfahrensrüge hat im Ergebnis keinen Erfolg. Selbst dann, wenn eine Pflicht zur vorherigen Herbeiführung einer Verteidigung bestanden hätte, gegen diese verstoßen worden und als Folge ein Verwertungsverbot in Betracht zuziehen wäre, ergäbe die dann vorzunehmenden

de Abwägung, dass das Gewicht des Schutzbedürfnisses des Angekl. angesichts der gegebenen Begleitumstände nicht die Annahme eines Verwertungsverbots gebietet.

1. Zur Antragspflicht der StA nach § 141 III 2 StPO

Die Verpflichtung der StA, die Beordnung eines Verteidigers zu beantragen, ergibt sich für Fälle der vorliegenden Art unmittelbar aus § 141 III 2 StPO. Sie ist jedenfalls zu demjenigen Zeitpunkt begründet, zu dem gegen einen Beschuldigten ein als dringend zu bewertender Tatverdacht eines Verbrechens (vgl. § 140 I Nr. 2 StPO) angenommen wird und der Beschuldigte tatsächlich auch des Beistands eines Verteidigers bedarf.

a) Zur Auslegung des § 141 III 2 StPO

Nach § 141 III 2 StPO stellt die StA den Antrag auf Beordnung eines Verteidigers, wenn die Verteidigung im gerichtlichen Verfahren „nach ihrer Auffassung“ eine notwendige sein wird. Der Senat hat diese Vorschrift im Blick auf ihre jetzige Fassung und deren Entstehungsgeschichte dahin ausgelegt, dass die StA die Pflicht zur Stellung des Beordnungsantrags hat, wenn abzusehen ist, dass die Mitwirkung des Verteidigers notwendig werden wird (BGHSt 46, 93). Bei der Bewertung im Einzelfall ist indessen zu bedenken, dass für die Prognose, ob im gerichtlichen Verfahren die Verteidigung notwendig sein wird, nach dem Wortlaut des Gesetzes die Auffassung der StA maßgeblich ist; ihr kommt also die Einschätzung und ein Beurteilungsspielraum zu, der sich allerdings je nach Lage des Falls auf nur eine pflichtgemäße EntschlieÙung einengen kann. Die Regelung schließt weiter ein, dass die StA einen Anfangsverdacht zunächst so weit abklären darf, dass sie eine - dem Stande der Ermittlungen gemäÙe - tragfähige Grundlage für ihre Einschätzung zur späteren Notwendigkeit einer Verteidigung gewinnt. Ihr Beurteilungsspielraum erstreckt sich auf die Bewertung der Verdachtslage sowohl in tatsächlicher wie in rechtlicher Hinsicht.

Eine Pflicht zur Stellung eines Beordnungsantrags besteht jedenfalls dann, wenn der Tatverdacht von der StA als dringend erachtet wird und der Beschuldigte zugleich auf Grund der Lage des Verfahrens tatsächlich des Beistands eines Verteidigers bedarf. Stellt die StA also einen Antrag auf Erlass eines Haftbefehls wegen eines Verbrechens, wird sie stets auch die Stellung des Beordnungsantrags zu erwägen haben. Dieser kann zurückgestellt werden, solange der Beschuldigte noch nicht festgenommen ist. Überdies wird der StA zuzugestehen sein, dass sie auch dann,

wenn sie die Prognose von der Notwendigkeit einer Verteidigung im Hauptverfahren gewinnt, zunächst klären darf, ob der Beschuldigte von sich aus von seinem Recht Gebrauch macht, in autonomer Entscheidung einen Verteidiger zu wählen.

b) Zur Beurteilung des vorliegenden Falles

Im vorliegenden Fall bestand eine Pflicht der StA zur Stellung des Beordnungsantrags bei der Entgegennahme des ersten Geständnisses des Angekl. am 9. 12. 1999 noch nicht, auch wenn der Angekl. nach ausdrücklicher Erklärung der vernehmenden Polizeibeamten bereits die Stellung eines Beschuldigten hatte. Diese ersten Angaben des Angekl. waren für noch überprüfungsbedürftig gehalten worden. Das ergibt sich aus der Fassung des Auswertungsvermerks der Polizei vom 12. 12. und aus dem Verlauf der Ermittlungen in dieser Phase. Zweifelsfrei begründet war die Antragspflicht am 14. 12. 1999, als die StA Haftbefehle gegen L und den Angekl. beantragte. Wie es sich für den Zeitpunkt vor Durchführung der Tatrekonstruktion am 13. 12. 1999 verhält, lässt der Senat offen. Für eine Antragspflicht könnte hier sprechen, dass der zuständige Oberstaatsanwalt bereits am 10. 12. (freitags) nach telefonischer Unterrichtung die Fahndung nach L und dessen Festnahme anordnete, die das Vorliegen der Haftbefehls Voraussetzungen erfordert (§ 127 II StPO), die nach ihrem Vollzug und aktueller Bewertung der Verdachtslage im Weiteren die Vorführung beim Richter zur Folge hat, die aber auch dazu führen kann, dass der Beschuldigte wieder in Freiheit zu setzen ist (§ 128 I StPO). Andererseits hatte der Oberstaatsanwalt einem Vermerk vom 10. 12. zufolge den Polizeibeamten die weitere Detailklärung mit dem Angekl. aufgegeben und die Stellung des Haftbefehlsantrags „sobald als möglich“ angekündigt. Das deutet darauf hin, dass er zunächst das Ergebnis der Tatrekonstruktion und die sich darauf stützende weitere Überprüfung der geständigen Einlassung des Angekl. vom 9. 12. abwarten wollte. Dafür spricht weiter, dass er tatsächlich so verfahren ist, obgleich er an sich schon am Montag, dem 13. 12. bei Verfügung der Wiederaufnahme der Ermittlungen einen Haftbefehlsantrag hätte absetzen können.

Bei der nachträglichen Beurteilung solcher Vorgänge ist auch Bedacht darauf zu nehmen, dass die Fassung des § 141 III 2 StPO, in dem sie ausdrücklich auf die Auffassung der StA hinsichtlich der Notwendigkeit einer Verteidigung im Hauptverfahren abhebt, ersichtlich gerade den Zweck verfolgt, allzu differenzierte Abgrenzungen im Ermittlungsverfahren nicht zu verlangen und das Verfahren nicht mit unterschiedlichen

Bewertungen insoweit zu belasten; das gilt zumal dann, wenn daran auch noch die Frage der Verwertbarkeit geknüpft wird. Bei der Überprüfung wird der Richter deshalb im Nachhinein nicht ohne weiteres seine - ohne zeitlichen Druck und unter Berücksichtigung der weiteren Entwicklung gewonnene - Einschätzung der Lage an die Stelle derjenigen der handelnden Ermittlungsbeamten setzen dürfen. Er muss, will er eine Pflicht zur Stellung eines Beordnungsantrags für einen bestimmten Zeitpunkt als gegeben annehmen, auch die situationsbedingten Grenzen der Erkenntnis, deren mögliche Unvollständigkeit und ihre vorläufige Natur, in dem jeweiligen Stadium der Ermittlungen in Rechnung stellen (vgl. zu diesem Gesichtspunkt in anderem Zusammenhang: BVerfG, NJW 2001, 1121). Auf all das kommt es für die abschließende Beurteilung der in Rede stehenden Verfahrensrüge indes nicht an.

2. Zum Recht der Fortsetzung der Ermittlungen trotz nicht erfolgter Verteidigerbestellung

Der Senat lässt weiter dahinstehen, ob sich aus § 141 III 2 StPO für die StA nicht nur die Pflicht zur Stellung des Antrags auf Beordnung ergibt, sondern aus dieser Bestimmung auch die Verpflichtung herzuleiten ist, mit Ermittlungen, welche die Mitwirkung des Beschuldigten erfordern innezuhalten, bis der Verteidiger tatsächlich gerichtlich bestellt ist und seine Tätigkeit aufgenommen hat. Dies würde allerdings bedeuten, dass in solcher Lage die weitere Entgegennahme des Geständnisses eines in Kenntnis seiner Rechte aussagebereiten Beschuldigten abzulehnen wäre. Maßgeblich muss dann indessen sein, wie sich der Beschuldigte verhält, nachdem er korrekt belehrt worden ist. Dem Senat erscheint vorstellbar, dass eine Vernehmung fortgesetzt werden darf, wenn der Beschuldigte zuvor ausdrücklich darauf hingewiesen worden ist, dass ihm nunmehr ein Verteidiger zu bestellen ist. Wenn er sodann in Kenntnis dieses Umstands und seiner sonstigen Rechte weiter aussagebereit bleibt, obgleich er durch Berufung auf sein Schweigerecht ohne weiteres jede Fortführung einer Vernehmung unterbinden könnte, so spricht nichts dagegen, solche Angaben auch entgegennehmen und verwerten zu dürfen. Das gilt zumal dann, wenn die weitere Vernehmung - etwa im Rahmen einer Tatrekonstruktion - beim gegebenen Ermittlungsstand durchaus eilbedürftig und unaufschiebbar erscheint. Im Ergebnis kommt es aber auch darauf hier nicht an.

3. Zum Verwertungsverbot bei Verstoß gegen § 141 III 2 StPO

Selbst wenn unterstellt wird, die StA hätte schon vor

der Tatrekonstruktion am 13. 12. 1999 den Antrag auf Beordnung eines Verteidigers stellen müssen und mit der Tatrekonstruktion unter Mitwirkung des Angekl. bis zur Aufnahme der Verteidigung durch einen bestellten Verteidiger zuwarten müssen, so ergäbe sich gleichwohl für die Angaben des noch unverteidigten Angekl. bei dieser Tatrekonstruktion kein Beweisverwertungsverbot. Ein ausdrückliches Verwertungsverbot für den Fall eines Verstoßes gegen § 141 III 2 StPO ist der Strafprozessordnung nicht zu entnehmen (vgl. hingegen § 136 a III StPO). Die Entscheidung für oder gegen ein solches Verbot ist deshalb auf Grund einer allgemeinen Abwägung der im Rechtsstaatsprinzip angelegten gegenläufigen Gebote und Ziele zu treffen (BGHSt 38, 214; 42, 170). Grundsätzlich ist dabei auch im Auge zu behalten, dass die gesetzgeberische Wertung in der Beweisverbotsvorschrift des § 136 a III StPO gravierende Verfahrensverstöße voraussetzt, um ein Verwertungsverbot auszulösen. Überdies hat das BVerfG wiederholt die unabweisbaren Bedürfnisse einer wirksamen Strafverfolgung und Verbrechensbekämpfung hervorgehoben, das öffentliche Interesse an einer möglichst vollständigen Wahrheitsermittlung im Strafverfahren betont und die wirksame Aufklärung gerade schwerer Straftaten als einen wesentlichen Auftrag des rechtsstaatlichen Gemeinwesens bezeichnet (vgl. BVerfGE 77, 65 ; 80, 367; s. auch BVerfG, NStZ 1996, 45). Der Schutz des Gemeinwesens, der durch die Straftat Verletzten und möglicher künftiger Opfer, aber auch der generelle Anspruch des Täters auf ein richtiges und gerechtes Urteil setzen der Annahme von Beweisverboten Schranken.

Bei der danach hier vorzunehmenden Abwägung ist mitentscheidend, ob ein schwer wiegender Rechtsverstoß vorliegt und der Beschuldigte in der gegebenen Situation im besonderen Maße des Schutzes bedurfte

(BGHSt 42, 170). Das Gewicht einer unterstellten Verletzung des § 141 III 2 StPO ist angesichts der Kenntnis des Angekl. von seinen Rechten zum Schweigen und auf Verteidigerkonsultation nicht als schwer zu werten. Dabei schlägt auch hier zu Buche, dass der Angekl. aus freien Stücken an der Tatrekonstruktion mitwirkte und die Strafverfolgungsbehörden diese Rekonstruktion beim gegebenen Verfahrensstand ersichtlich auch als unaufschiebbar und eilbedürftig einstufen durften. Im Lichte dessen erscheint das Schutzbedürfnis des Angekl. unter den gegebenen Umständen nicht als in besonderem Maße ausgeprägt. Er hatte Wochen zuvor in eigener Initiative und auf freiem Fuß aus dem Ausland den Kontakt gezielt zu den im Verfahren ermittelnden Polizeibeamten gesucht und Sachangaben angeboten, den Kontaktwunsch später durch einen Gefängnisseelsorger erneuert, war zur Tatrekonstruktion - wiederum in Freiheit - von seinem Vater gefahren erschienen und hatte daran aktiv mitgewirkt. Besondere Hervorhebung verdient auch in diesem Zusammenhang, dass er parallel zu seinen Geständniserwägungen verschiedentlich ohne weiteres die Gelegenheit zur Verteidigerkonsultation hatte, weil er in zwei anderen Strafverfahren verteidigt war und dabei auch persönlich unmittelbaren Kontakt zu seinen Verteidigern hatte. Wie sich aus dem Vermerk der Kriminalpolizei über die Umstände der später protokollierten Vernehmung vom 15. 12. ergibt, war er sich seiner Situation im Grundsatz auch bewusst („die ihn die Freiheit kosten werde“). Der gesamte Ablauf und das Verhalten des Angekl. geben Grund zu der Annahme, dass er bis zu seiner Festnahme das Ablegen eines Geständnisses bewusst gleichsam allein hinter sich bringen wollte. Angesichts dieser Umstände vermag der unterstellte Verfahrensverstoß jedenfalls kein Verwertungsverbot auszulösen.

Urteile in Fallstruktur

Standort: Öffentliches Recht

Problem: Hauptamtliche Gleichstellungsbeauftragte

VERFGH NRW, URTEIL VOM 15.01.2002
VERFGH 40/00 (NWVBL 2002, 101)

Problemdarstellung:

Der VerfGH NRW hatte sich im Rahmen einer Kommunalverfassungsbeschwerde mit der Frage zu beschäftigen, ob die den Gemeinden über 10.000 Einwohner nach der Gemeindeordnung NRW auferlegte Pflicht, eine hauptamtliche Gleichstellungsbeauftragte zu bestellen, mit der Selbstverwaltungsautonomie vereinbar ist. Das Gericht misst die Regelung insbes. an der Organisationshoheit der Gemeinden, in deren Schutzbereich zwar eingegriffen werde, die aber letztlich nicht verletzt sei. Weder sei der unantastbare Kernbereich betroffen, noch die Maßnahme unverhältnismäßig, noch die bei 10.000 Einwohnern gezogene Grenze willkürlich. Die ebenfalls als verletzt gerügten Personal- und Finanzhoheiten hält das Gericht demgegenüber für so offensichtlich nicht betroffen, dass es diesbezügl. bereits die Beschwerdebefugnis der betroffenen Gemeinden verneint.

Prüfungsrelevanz:

Das BVerfG hatte die vorliegende Frage für das Land Schleswig-Holstein und die dortige Regelung bereits vor einiger Zeit entschieden und diese ebenfalls für zulässig erachtet. Durch das neue Urteil des VerfGH NRW dürfte das Thema wieder an Aktualität und damit an Prüfungsrelevanz gewonnen haben.

Interessant ist neben der materiell-rechtlichen Seite auch die prozessuale Konstellation des Falles. Für Kommunalverfassungsbeschwerden gegen Bundesgesetze, die in die Selbstverwaltungsautonomie eingreifen, ist das BVerfG über Art. 93 I Nr. 4b, 1. Hs GG zuständig. Für landesgesetzliche Eingriffe - wie in diesem Fall durch die Gemeindeordnung - gilt dies gem. Art. 93 I Nr. 4b, 2. Hs GG jedoch nur, soweit die Länder keine Landesverfassungsbeschwerde zum Verfassungsgerichtshof des Landes vorgesehen haben. Das BVerfG konnte seinerzeit über die Regelung in Schleswig-Holstein also nur deshalb entscheiden, weil es dort kein Landesverfassungsgericht (und mithin keine Verfassungsbeschwerde vor einem solchen) gibt. Hessen hat zwar ein Landesverfassungsgericht eingerichtet, aber keine Kommunalverfassungsbeschwerde normiert, so dass auch dort das BVerfG zuständig bliebe. In allen übrigen Bundesländern (ausgenommen Hamburg und Berlin, wo sich das Problem schon strukturell gar nicht stellen kann) wäre dem-

gegenüber wie in NRW der Verfassungsgerichtshof des Landes zuständig.

Nicht entschieden worden (da in der GO NRW nach Ansicht des VerfGH nicht geregelt) ist vorliegend über den Umfang der Rechte und Pflichten der Gleichstellungsbeauftragten. Auch hierzu finden sich jedoch diverse Entscheidungen aus der jüngeren Vergangenheit (s. Vertiefungshinweise), die sich mit der Vorliegenden leicht kombinieren lassen und daher ebenfalls Beachtung finden sollten.

Vertiefungshinweise:

- Parallelentscheidung des BVerfG: *BVerfGE* 91, 228
- Mitwirkungsrechte der Gleichstellungsbeauftragten: *OVG Saarlouis*, NVwZ-RR 1999, 457
- Klagebefugnis der Gleichstellungsbeauftragten im Kommunalverfassungsstreit: *OVG Bautzen*, RA 2000, 610 = NVwZ-RR 2000, 728
- Zur Kommunalverfassungsbeschwerde: *Klein/Haratsch*, JuS 2000, 209

Kursprogramm:

- Examenskurs*: "Frauenpower"

Leitsätze:

1. Die in § 5 Abs. 2 GO NRW i.d.F. von Art. VII Nr.1 des Gesetzes vom 9.11.1999 (GV NRW, S. 590) normierte Pflicht zur Bestellung hauptamtlicher Gleichstellungsbeauftragter wahrt die Grenzen, die einer staatlichen Reglementierung der kommunalen Organisationshoheit nach Art. 78 Abs. 2 Landesverfassung NRW gezogen sind.
2. Die Regelung beschränkt sich auf den Ausschluss einer ehrenamtlichen Aufgabenwahrnehmung, ohne zugleich Vorgaben in Bezug auf den Tätigkeitsumfang der hauptamtlichen Gleichstellungsbeauftragten zu machen. Insbesondere setzt das Erfordernis der Hauptamtlichkeit nicht voraus, dass das Amt der Gleichstellungsbeauftragten mit mindestens 50% der regelmäßigen Arbeitszeit ausgefüllt wird.

Sachverhalt:

Die Beschwerdeführerinnen (Bf.), kreisangehörige Gemeinden mit jeweils rund 15.000 Einwohnern, wenden sich gegen eine Änderung von § 5 Abs. 2 der Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen

(GO NRW). Diese Vorschrift lautete in ihrer ursprünglichen Fassung: "In kreisangehörigen Städten und Gemeinden mit mehr als 10.000 Einwohnern sowie in kreisfreien Städten sind grundsätzlich hauptamtlich tätige Gleichstellungsbeauftragte zu bestellen." Durch die angegriffene Regelung des Änderungsgesetzes vom 9.11.1999 (GV NRW 1999, 590) ist das Wort "grundsätzlich" gestrichen worden.

Mit ihrer am 13.11.2000 erhobenen Verfassungsbeschwerde (Vb.) machen die Bf. geltend, die angegriffene Änderung verletze die Regelungen der Landesverfassung (LV) über das Recht der gemeindlichen Selbstverwaltung. Die Pflicht zur Bestellung hauptamtlicher Gleichstellungsbeauftragter schränke die Organisationshoheit der Gemeinden ein. Daneben seien auch die Finanz- und die Personalhoheit betroffen, weil durch das Erfordernis der Hauptamtlichkeit der Gleichstellungsbeauftragten Finanzmittel gebunden würden und die Gemeinden gehindert seien, das Amt durch ehrenamtlich Tätige zu besetzen. Dieser Eingriff in das Selbstverwaltungsrecht sei unverhältnismäßig, und zwar schon deshalb, weil mildere Mittel existierten. Die Aufgabe könne vom Personalrat mit erledigt, auf einen Ratsbeauftragten oder einen neuen Ausschuss übertragen oder ehrenamtlich wahrgenommen werden. Zudem sei die Grenze von 10.000 Einwohnern durch sachliche Erwägungen nicht zu begründen und daher willkürlich.

Landesregierung und Landtag, zu den Einwendungen der Bf. angehört, halten die Vb. demgegenüber für unbegründet. Bei Zugrundelegung der Rechtsprechung des BVerfG fehle es bereits an einem Eingriff in das gemeindliche Selbstverwaltungsrecht. Als allgemeine Organisationsvorgabe, die den Gemeinden hinreichenden organisatorischen Spielraum für eine eigenständige Gleichstellungspolitik belasse, bedürfe die Regelung keiner spezifischen Rechtfertigung. Gehe man demgegenüber vom Vorliegen eines Eingriffs aus, sei dieser - gemessen am Übermaßverbot - verfassungsrechtlich gerechtfertigt, da er der Verwirklichung eines Verfassungsauftrags diene und jedenfalls den Kernbereich des Selbstverwaltungsrechts unberührt lasse, zudem die Alternativvorschläge der Bf. sämtlich nicht bzw. weniger geeignet seien, den Verfassungsauftrag durchzusetzen. Die Regelung verstoße auch nicht gegen das Willkürverbot, denn die Grenze von 10.000 Einwohnern sei sachgerecht und entspreche i.Ü. der Rechtslage in anderen Bundesländern. Es handele sich um eine typisierende Regelung, bei der dem Gesetzgeber ein großer Spielraum zustehe. Seine Einschätzung, dass die Gleichstellungsaufgabe in Kommunen ab dieser Größenordnung eine hauptamtliche Kraft erforderlich mache, sei angesichts der Bedeutung der Aufgabe und der bestehenden erheblichen Defizite in diesem Bereich nicht zu beanstanden.

Wie wird der VerfGH entscheiden?

Lösung:

Der VerfGH wird der Vb. stattgeben, wenn sie zulässig und begründet ist.

A. Zulässigkeit

I. Statthaftigkeit

"[Die Vb.] ist gemäß Art. 75 Nr. 4 LV, § 52 Abs. 1 VerfGHG statthaft, da sich die Bf. gegen eine landesrechtliche Gesetzesvorschrift wenden, die sie für unvereinbar mit Art. 78 Abs. 1 LV halten."

II. Beschwerdebefugnis

Die Bf. müssten geltend machen können, durch das angegriffene Gesetz in ihrem Recht auf Selbstverwaltung nach Art. 78 Abs. 1 LV verletzt zu sein, Art. 52 I LV. Dies ist der Fall, wenn sie selbst, gegenwärtig und unmittelbar von der Regelung betroffen sind und eine Rechtsverletzung zumindest möglich erscheint.

1. Selbst, gegenwärtig und unmittelbar betroffen

"Die Bf. sind durch die angegriffene Regelung selbst, gegenwärtig und unmittelbar betroffen. Denn sie sind Adressatinnen des Gesetzes, das seit seinem Inkraft-Treten Regelungswirkung entfaltet und einer Vollziehung durch untergesetzliche Rechtsnormen oder Verwaltungsakte nicht bedarf."

2. Möglichkeit einer Rechtsverletzung

Fraglich ist, ob die Verpflichtung zur Bestellung einer hauptamtlichen Gleichstellungsbeauftragten zumindest möglicherweise die Selbstverwaltungsautonomie verletzt. Diese umfasst jene Angelegenheiten, die in der örtlichen Gemeinschaft wurzeln, einen spezifischen Bezug zu ihr aufweisen und von ihr eigenverantwortlich wahrgenommen werden können. Hierzu gehören auch die von den Bf. gerügte Organisations-, Finanz- und Personalhoheit. Der VerfGH bejaht die Beschwerdebefugnis aber nur bzgl. der Organisationshoheit:

a. Organisationshoheit

"Eine Verletzung der von [der Selbstverwaltungsautonomie] umfassten Organisationshoheit erscheint möglich. Denn die Beschwerdeführerinnen gehören aufgrund ihrer Einwohnerzahl zum Kreis jener Gemeinden, auf die der nunmehr abgeschaffte Ausnahmeverbehalt von der Organisationsvorgabe des § 5 Abs. 2 GO NRW zugeschnitten war."

b. Finanzhoheit

"Demgegenüber ist ihre Finanzhoheit nicht berührt. Sie bezieht sich auf die Grundlagen der finanziellen Eigenverantwortung, namentlich auf die Befugnis, die Einnahmen- und Ausgabenwirtschaft einschließlich der Haushaltsführung im Rahmen der Gesetze selbstständig zu regeln (vgl. VerfGH NRW, OVG 36, 314, 316; OVG 46, 256, 257), sowie auf das Recht auf eine angemessene Finanzausstattung (OVG 40, 300,

302). Sie bietet jedoch keinen Schutz gegen die Auflegung einzelner, kostenträchtiger Aufgaben, solange die Angemessenheit der Finanzausstattung insgesamt nicht in Frage gestellt ist (vgl. BVerfGE 83, 363, 386; BVerfG, DVBl. 1999, 697, 698). Für Letzteres sind Anhaltspunkte weder vorgetragen noch ersichtlich.“

c. Personalhoheit

“Auch eine Verletzung der Personalhoheit erscheint von vornherein ausgeschlossen. Sie beinhaltet die Befugnis, das Gemeindepersonal auszuwählen, anzustellen, zu befördern und zu entlassen (vgl. BVerfGE 17, 172, 181; 91, 228, 245). Diese Befugnis wird durch die Verpflichtung zur Hauptamtlichkeit der Gleichstellungsbeauftragten nicht eingeschränkt.“

III. Frist

“Die Verfassungsbeschwerde ist rechtzeitig, nämlich vor Ablauf der Jahresfrist des § 52 Abs. 2 VerfGHG, erhoben worden.“

Die Vb. ist mithin zulässig.

B. Begründetheit

Die Verfassungsbeschwerde ist begründet, soweit das angegriffene Gesetz das Recht der Bf. auf Selbstverwaltung aus Art. 78 Abs. 1 und 2 LV verletzt. Nach dem Zuvor Gesagten kommt nur noch eine Verletzung der Organisationshoheit der Bf. in Betracht. Dann müsste ein nicht gerechtfertigter Eingriff in den Schutzbereich dieses Teilaspekts der Selbstverwaltungsautonomie vorliegen.

I. Schutzbereich betroffen

“Art. 78 Abs. 1 LV gewährleistet den Gemeinden das Recht auf Selbstverwaltung. Dieses Recht umfasst grundsätzlich alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft sowie die Befugnis zur grundsätzlich eigenverantwortlichen Führung der Geschäfte in diesem Bereich (vgl. VerfGH NRW, OVGE 44, 316, 318; 46, 256, 257; 46, 295, 303). Ein Teilaspekt des Selbstverwaltungsrechts ist die Organisationshoheit. Sie beinhaltet die Befugnis der Gemeinden, für die Wahrnehmung ihrer Aufgaben Abläufe und Entscheidungszuständigkeiten festzulegen (vgl. zu Art. 28 Abs. 2 GG: BVerfGE 91, 228, 236).“

II. Eingriff

“Die Pflicht zur Bestellung hauptamtlicher Gleichstellungsbeauftragter ist eine staatliche Organisationsvorgabe in Bezug auf die Erfüllung der auch den Gemeinden obliegenden Aufgabe, die tatsächliche Gleichberechtigung von Frau und Mann zu fördern. Sie berührt damit den Bereich der eigenverantwortlichen Organisationsgestaltung. Das angegriffene Gesetz dehnt die "grundsätzlich" bereits seit 1994 bestehende Bestellungspflicht weiter aus, indem es durch Streichung des Wortes "grundsätzlich" die Möglichkeit ausschließt, die Gleichstellungsaufgaben ausnahms-

weise in ehrenamtlicher Form wahrzunehmen.“

III. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

“Das Recht auf Selbstverwaltung gilt indes nicht uneingeschränkt, sondern ist nur im Rahmen der Gesetze garantiert (Art. 78 Abs. 2 LV). Im Hinblick auf das verfassungsrechtliche Gewicht der Gewährleistung sind allerdings der Regelungsbefugnis des Gesetzgebers Grenzen gesetzt. Er darf den Kernbereich des Selbstverwaltungsrechts nicht antasten. Außerhalb des Kernbereichs hat er das verfassungsrechtliche Aufgabenverteilungsprinzip zugunsten der Gemeinden und Gemeindeverbände sowie den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und das Willkürverbot zu beachten (vgl. VerfGH NRW, OVGE 44, 316, 318; 46, 256, 257; 46, 295, 304).“

1. Kein Eingriff in den Kernbereich

“Der Kernbereich der Organisationshoheit ist nicht berührt. Die - nunmehr ausnahmslos geltende - Pflicht zur Bestellung hauptamtlicher Gleichstellungsbeauftragter betrifft allein einen bestimmten Sachbereich und regelt lediglich in sich begrenzte Organisationsmaßnahmen. Die Befugnis der Bf. zur organisatorischen Regelung ihrer Angelegenheiten bleibt im Übrigen unangetastet.“

2. Kein Eingriff in die Aufgabengarantie

“Das verfassungsrechtliche Aufgabenverteilungsprinzip (vgl. BVerfGE 79, 127, 150) ist als Prüfungsmaßstab nicht einschlägig, da Gegenstand des Gesetzes nicht die Verteilung sachlicher Aufgaben, sondern die Regelung einer verwaltungsorganisatorischen Vorgabe ist.“

3. Verhältnismäßigkeit

Die angegriffene Regelung müsste mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz vereinbar sein. Dann müsste sie zur Erreichung eines legitimen Zwecks geeignet, erforderlich und angemessen sein.

a. Inhalt der Regelung

“Die in § 5 II GO NRW normierte Hauptamtlichkeit knüpft an den fachgesetzlich geprägten Begriff des "Hauptamtes" an. Dieser entstammt dem Beamtenrecht und steht dort im Gegensatz zum "Nebenamt", das als Sonderform das Ehrenamt umfasst. Dieses Begriffsverständnis liegt auch § 5 II GO NRW zugrunde. Das Merkmal der Hauptamtlichkeit dient der Abgrenzung zur Neben- und insbesondere zur Ehrenamtlichkeit. Erklärtes Ziel der angegriffenen Gesetzesänderung war es, diese Tätigkeitsformen ausnahmslos auszuschließen. Hierdurch soll die Professionalität der Gleichstellungstätigkeit gesichert und ihre Einbindung in die Verwaltung institutionalisiert werden.

Vorgaben in Bezug auf den Tätigkeitsumfang der Gleichstellungsbeauftragten sind damit allerdings nicht verbunden. Insbesondere setzt das Erfordernis der Hauptamtlichkeit nicht voraus, dass das Amt der Gleichstellungsbeauftragten mit mindestens 50% der

regelmäßigen Arbeitszeit ausgefüllt wird. Erforderlich ist lediglich, dass die Gleichstellungsaufgaben im Rahmen eines Hauptamts wahrgenommen werden; dessen zeitlicher Umfang wird ebenso wenig reglementiert wie die Möglichkeit, der Gleichstellungsbeauftragten im Rahmen ihrer vorhandenen oder dafür neu geschaffenen hauptamtlichen Stelle andere Aufgaben zu belassen oder weitere zu übertragen [...].”

b. Legitimer Zweck

“[Die angegriffene Regelung] dient einem legitimen Ziel, nämlich der Verwirklichung des Verfassungsgebots der Gleichstellung von Frau und Mann (§ 5 I GO NRW, Art. 4 I LV, Art. 3 II 2 GG).”

c. Geeignetheit

“Die Regelung ist zur Förderung dieses Ziels geeignet. Die Eignungsprognose des Gesetzgebers unterliegt mit Blick auf den ihm zustehenden Einschätzungs- und Bewertungsspielraum nur eingeschränkter verfassungsgerichtlicher Nachprüfung. Die Grenze der Verfassungswidrigkeit ist danach erst dann erreicht, wenn die getroffene Maßnahme schlechthin ungeeignet ist, den angestrebten Erfolg zumindest zu fördern (vgl. BVerfGE 81, 156). Das ist hier nicht der Fall. Die Annahme des Gesetzgebers, dass auch in kleineren Gemeinden die Wahrnehmung der Gleichstellungstätigkeit in einem Hauptamt mit einem Zugewinn an Professionalität einhergeht, ist nicht offenkundig verfehlt.”

d. Erforderlichkeit

“Die Regelung ist auch erforderlich. Insoweit ist zu berücksichtigen, dass dem Gesetzgeber bei der Bestimmung der zur Verfolgung seiner Ziele erforderlichen Maßnahmen ein weiter Einschätzungs- und Bewertungsspielraum zusteht. Die Grenzen dieses Spielraums sind nicht überschritten. Die Annahme des Gesetzgebers, dass die Hauptamtlichkeit der Gleichstellungsbeauftragten auch in kleineren Gemeinden im Interesse größerer Wirksamkeit erforderlich sei, ist zumindest vertretbar. Die von den Bf. angeführten Gestaltungsalternativen sind zur Zielerreichung nicht gleichermaßen geeignet; im Übrigen berühren sie die gemeindliche Organisationshoheit teilweise nicht minder stark.”

aa. Personalratsmodell

“Eine Ansiedlung der Gleichstellungsaufgaben beim Personalrat ("Personalratsmodell") ist zur Erreichung des vom Gesetzgeber verfolgten Zwecks nur teilweise geeignet. Denn die Tätigkeit des Personalrats beschränkt sich auf die Vertretung der Interessen der Behördenbediensteten, während die Gleichstellungsbeauftragte auch und gerade über den Bereich der Kommunalverwaltung hinaus nach außen wirkt.”

bb. Ratsmodell

“Die Beauftragung eines Ratsmitgliedes oder eines

besonderen Ratsausschusses mit der Wahrnehmung der Gleichstellungsaufgaben würde eine entsprechende kommunalverfassungsrechtliche Organisationsvorgabe erfordern und damit ebenfalls einen Eingriff in die gemeindliche Organisationshoheit bewirken. Abgesehen davon ist dieses Modell weniger effizient, da die Einbindung in die laufende Arbeit der Kommunalverwaltung weniger eng wäre als bei einer hauptamtlichen Gleichstellungsbeauftragten.”

cc. Ehrenamtsmodell

“Eine ehrenamtlich tätige Gleichstellungsbeauftragte ist nicht in die Kommunalverwaltung eingegliedert und weist typischerweise ein geringeres Maß an Professionalität auf als eine hauptamtliche. Die Annahme des Gesetzgebers, dass aus diesen Gründen auch in kleineren Gemeinden eine ehrenamtliche Aufgabenwahrnehmung weniger effektiv ist als eine hauptamtliche, ist nachvollziehbar. Namentlich ist plausibel, dass das Professionalitätsdefizit grundsätzlich nicht aufgewogen wird durch das gesteigerte Ansehen, das dem Ehrenamt nach dem Vortrag der Bf. insbesondere im ländlichen Bereich zukommt.”

e. Angemessenheit

“Die angegriffene Regelung ist auch nicht unangemessen. Der hohen verfassungsrechtlichen Bedeutung des vom Gesetzgeber verfolgten Gleichstellungsanliegens steht eine begrenzte Einschränkung der kommunalen Organisationshoheit gegenüber. Den Gemeinden verbleiben vielfältige Möglichkeiten der organisatorischen Umsetzung des Gleichstellungsauftrags im Allgemeinen und der Ausgestaltung des Amts der Gleichstellungsbeauftragten im Besonderen. Da das angegriffene Gesetz keine Vorgaben in Bezug auf deren Tätigkeitsumfang enthält, kann den diesbezüglichen örtlichen Verhältnissen und Bedürfnissen in flexibler Weise Rechnung getragen werden.”

4. Willkürverbot

”Die angefochtene Regelung verstößt mit ihrer Grenzziehung bei 10.000 Einwohnern auch nicht gegen das Willkürverbot. Es liegt in der Natur der Sache, dass neue Regelungsaufgaben auch neue Grenzwertfestsetzungen erforderlich machen können. Jede derartige Festsetzung ist notwendigerweise in gewissem Umfang "gegriffen". Sie kann daher unter Willkürgesichtspunkten in sinnvoller Weise nur darauf geprüft werden, ob sie auf keinerlei sachlichen Gründen beruht. Davon kann hier nicht die Rede sein. Vielmehr ist die Annahme des Gesetzgebers, dass in Kommunen ab 10.000 Einwohnern die Gleichstellungsaufgabe zwecks Gewährleistung größerer Professionalität im Hauptamt wahrzunehmen ist, angesichts der Bedeutung dieser Aufgabe auch in kleineren Gemeinden nicht zu beanstanden. Im Übrigen steht einer Qualifizierung der angegriffenen Regelung als "willkürlich" entgegen, dass sie sich an der vom Gesetzgeber vorgefundenen Praxis orientiert.

Diese wird dokumentiert durch die Ergebnisse einer 1995/1996 in Nordrhein-Westfalen durchgeführten flächendeckenden Befragung kommunaler Gleichstellungsbeauftragter zu den Rahmenbedingungen ihrer Arbeit. Hiernach waren in den Gemeinden der Größenklasse von 10.000 bis 25.000 Einwohnern, die sich an der Befragung beteiligten, lediglich 1,5% der Gleichstellungsbeauftragten ehrenamtlich tätig. Ihre hauptamtlichen Kolleginnen waren ganz überwiegend zugleich auch für andere Aufgaben zuständig. Fast die Hälfte von ihnen verwendete weniger als 19,25 Stunden pro Woche auf die Wahrnehmung der Gleichstellungsaufgaben, viele nur bis zu 10 Stunden

(vgl.: Ministerium für die Gleichstellung von Frau und Mann NRW [Hrsg.]: Kommunale Gleichstellungsbeauftragte in NRW: Eine Befragung zu Rahmenbedingungen, Arbeitsschwerpunkten und Kompetenzen, Düsseldorf, 1997, S. 12 f.)."

Nach alledem ist der Eingriff in die Organisationshoheit der Bf. durch den Gesetzesvorbehalt des Art. 78 I, II LV gedeckt und somit verfassungsrechtlich gerechtfertigt. Die Bf. sind demnach zwar in ihrer Selbstverwaltungsautonomie beschränkt, aber nicht verletzt worden. Ihre Vb. ist zulässig, aber unbegründet.

Standort: Familienrecht

Problem: Ausgleich bei Tod des Lebensgefährten

OLG HAMM, URTEIL VOM 16.01.2002
29 U 54/00 (FAMRZ 2002, 159)

Problemdarstellung

Der Bkl. ist Eigentümer eines Hausgrundstücks mit zwei Wohnungen, von denen er eine selbst bewohnt und die andere seiner Tochter durch ein lebenslanges Wohnrecht (§ 1093 BGB) überlassen hatte. Seine Tochter nahm im Jahre 1987 den Kl. als Lebensgefährten in die Wohnung mit auf und baute bzw. renovierte die Wohnung mit ihm gemeinsam um. Infolge dieser Renovierung erfuhr das Hausgrundstück eine Wertsteigerung von 252.000 DM, wobei ca. 132.000 DM der anteiligen Arbeitsleistung des Kl. entsprach. Nach dem Freitod seiner Lebensgefährtin und seinem Auszug aus der Wohnung begehrte der Kl. nunmehr vom Bkl. einen entsprechenden Ausgleich für seine Arbeitsleistung.

Das OLG Hamm erkennt jedoch keinen rechtlichen Gesichtspunkt, wonach dem Kl. einer solcher Anspruch zusteht. Für vertragliche Ansprüche, insb. aus einem Leihverhältnis, mangelt es bereits an der vertraglichen Grundlage zwischen den Parteien. Der Kl. wurde von seiner Lebensgefährtin in die ihr aufgrund des dinglichen Wohnrechts zustehende Wohnung aufgenommen, folglich leitete er sein Besitzrecht von ihr und nicht vom Bkl. ab. (Ausnahme: sog. "Dreiseitige Verträge"). Für Ansprüche aus GoA fehlt es an einem entsprechenden Fremdgeschäftsführungswillen des Kl. Das junge Paar wollte die Wohnung ausschließlich im eigenen Interesse entsprechend ihrer Lebensplanung (u.a. Familiengründung) vergrößern. Für die Regeln zum WGG (= § 313 BGB n.F.) fehlt es - wie schon gesagt - an einer schuldrechtlichen Beziehung zwischen den Parteien. Ansprüche aus dem Vindikationsrecht scheitern daran, dass der Kl. aufgrund der einvernehmlichen Aufnahme in die Wohnung kein unrechtmäßiger Besitzer war. Schließlich gehen auch bereicherungsrechtliche Ansprüche nicht durch, insb. da der Kl. mit seiner Arbeitsleistung eine ziel- und zweckgerichtete Leistung

gegenüber seiner Lebensgefährtin verfolgt hat, nicht aber gegenüber dem Bkl.

Prüfungsrelevanz:

Dieses Urteil ist von examensrelevanter Bedeutung, weil es den Prüfling zwingt, das familienrechtlich nicht geregelte Verhältnis bei einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft durch Heranziehung aller im BGB verankerten Ausgleichsansprüche zu klären, nur um festzustellen, dass es in solchen Fällen grundsätzlich keinen Ausgleich gibt. Vertragliche Ansprüche scheitern in der Regel daran, dass man bei der Eingehung einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft keinen Rechtsbindungswillen hat. Diese fehlende Ausgleichsmöglichkeit gilt nicht nur für Lebensgefährten untereinander, sondern - wie dieses Urteil zeigt - auch gegenüber Dritten.

Vertiefungshinweise:

- Zum Ausgleich zwischen Ehegatten: *BGH*, RA 1999, 612 = *NJW* 1999, 2962
- Zum Ausgleich für Schwiegereltern: *OLG Koblenz*, RA 2001, 537 = *NJW* 2001, 2480

Kursprogramm:

- Examenskurs*: "Das junge Glück"

Leitsatz:

(Kein) Ausgleichsanspruch gegen den Vater der verstorbenen Lebensgefährtin wegen der Aufwendungen für die mit dieser im Hause ihres Vaters bewohnte Wohnung.

Sachverhalt:

Der Bkl. ist Eigentümer eines Hausgrundstücks in M. Er bewohnt die Wohnung im Erdgeschoß, während seine Tochter A. aufgrund eines ihr eingeräumten lebenslangen Wohnrechts eine Wohnung im ersten Obergeschoß innehatte. Es war zudem beabsich-

tigt, daß sie das gesamte Grundstück, ein landwirtschaftliches Anwesen, vom Bekl. erben sollte.

Im Jahre 1987 lernte A. den Kl. kennen und nahm ihn in ihre Wohnung auf. Der Bekl. erhob dagegen keine Einwände. Der Kl. hatte zu dieser Zeit sein Studium begonnen, während A. einer vollschichtigen Berufstätigkeit nachging. In den Jahren 1990 bis 1994 bauten die jungen Leute die Wohnung aus und renovierten sie, wie auch das gemeinsam benutzte Treppenhaus, umfassend. Sie planten, eine Familie zu gründen und mit ihren Kindern in der Wohnung zu leben.

Der Bekl. erklärte sich mit dem Ausbau der Wohnung einverstanden und legte bei den Arbeiten auch teilweise selbst mit Hand an. Finanziert wurde der Ausbau ausschließlich von A., da der Kl. zu dieser Zeit noch seinem Studium nachging. Im Jahre 1995 wurde der gemeinsame Sohn M. geboren. Im September 1997 nahm sich A. das Leben.

Da der Bekl. dem Kl. die Schuld am Freitod seiner Tochter gab, forderte er ihn mit Schreiben v. 30. 9. 1997 auf, die Wohnung zu verlassen. Der Kl. zog darauf am 13. 10. 1997 aus. Die endgültige Räumung erfolgte am 7. 3. 1998. Ab Januar 1999 hat der Bekl., die Wohnung, angeblich zu einem Mietzins von monatlich 1.000 DM, an einen Dritten vermietet.

Der Kl. hat behauptet, er habe rund 4.000 Stunden auf den Ausbau der Wohnung verwendet. Auch sein Vater habe etwa 400 Stunden gearbeitet. Weitere 100 Stunden hätten Freunde geholfen. Bei einem Stundenlohn von 40 DM sei die Arbeitsleistung mit insgesamt 180.000 DM zu veranschlagen. Das Objekt habe durch den Ausbau eine Wertsteigerung von 252.000 DM erfahren. Davon entfielen 120.000 DM auf den Materialwert. Hinsichtlich des auf die Arbeitsleistung entfallenden Anteils von 132.000 DM sei der Bekl. ihm ersatzpflichtig. Hat diese Zahlungsklage Erfolg?

Lösung:

Diese Zahlungsklage hat Erfolg, wenn sie zulässig und begründet ist. Hinsichtlich der Zulässigkeit der Klage bestehen keine Bedenken, so dass es für die Begründetheit nur noch darauf ankommt, ob der Kl. gegen den Bekl. einen entsprechenden Ersatzanspruch hat.

A. Aufwendungsersatzanspruch aus Leihe gem. §§ 601 II 1, 677, 683, 670 BGB

Der Kl. könnte gegen den Bekl. einen Ersatzanspruch für seine Arbeitsleistung gem. §§ 601 II 1, 677, 683, 670 BGB haben. Voraussetzung dafür ist aber der Abschluss eines Leihvertrages zwischen den Parteien.

I. Unmittelbarer Leihvertrag zwischen den Parteien durch Aufnahme in die Wohnung

Zu der Frage, ob unmittelbar zwischen den Parteien ein Leihvertrag über die in Rede stehende Wohnung zustande gekommen ist, führt das OLG Hamm aus:

“Ein Leihvertrag würde voraussetzen, daß der Bekl. sich rechtlich bindend gegenüber dem Kl. verpflichtet

hätte, ihm den unentgeltlichen Gebrauch der Wohnung zu gestatten. Dafür bietet der Sachverhalt keine Anhaltspunkte.

Die Tochter des Bekl. bewohnte die streitige Wohnung schon, bevor sie den Kl. kennenlernte. Der Bekl. hatte ihr ein lebenslanges Wohnrecht an der Wohnung eingeräumt. Sie sollte das Grundstück erben, nachdem ihrer Schwester bereits ein benachbartes Hausgrundstück un Wege der vorweggenommenen Erbfolge zugewandt worden war. Zwischen A. und ihren Eltern bestand ein enges Verhältnis, aufgrund dessen sie, wie der Kl. im Senatstermin selbst geschildert hat, niemals bereit gewesen wäre, aus dem Elternhaus auszuziehen. Wegen dieses Einvernehmens konnte sie die ihr überlassene Wohnung auf Dauer und nach eigenem Gutdünken benutzen.

Wenn A. nun dem Kl. i. J. 1987 gestattete, mit in ihre Wohnung einzuziehen, leitete er sein Besitzrecht von ihr und nicht vom Bekl. ab. Der Bekl. hatte überhaupt keine Veranlassung, sich gegenüber dem Kl. zur Gebrauchsüberlassung zu verpflichten. Ob der Kl. in der Wohnung bleiben durfte, hing allein vom Willen seiner Lebensgefährtin A. als der zur Nutzung der Wohnung Berechtigten ab. Ein solcher Sachverhalt ist nicht anders zu beurteilen als der Fall, in dem ein Mieter seinen Lebensgefährten dauerhaft in die von ihm angemietete Wohnung aufnimmt. Auch dann kommt zwischen dem Vermieter und dem Lebensgefährten des Mieters kein Vertragsverhältnis zustande.”

II. Möglichkeit eines dreiseitigen Vertrages

Zu der Möglichkeit eines dreiseitigen Vertrages zwischen den Parteien über die verstorbene Tochter / Lebensgefährtin führt das OLG Hamm aus:

“Etwas anderes gilt nur dann, wenn der Dritte durch dreiseitigen Vertrag in das Mietverhältnis aufgenommen wird. Dazu bedarf es aber besonderer Absprachen, für die der Kl. nichts dargetan hat. Insoweit unterscheidet sich der vorliegende Sachverhalt von dem der Entscheidung des BGH v. 10. 10. 1984 (FamRZ 1985, 150 = NJW 1985, 313) zugrunde liegenden Fall.

Dort hatte die Hauseigentümerin ihrer Tochter und deren Ehemann gestattet, eine Wohnung auszubauen. Für diese Fallgestaltung ist ausgeführt, es spreche eine tatsächliche Vermutung dafür, auch den Schwiegersohn als Vertragspartei anzusehen, da rechtsgeschäftliche Verträge zur Gebrauchsüberlassung einer Wohnung an Eheleute im allgemeinen mit beiden Eheleuten abgeschlossen würden.

Das ist dem vorliegenden Fall, in dem das uneingeschränkte Nutzungsrecht der Tochter schon vor Aufnahme des Kl. bestand, nicht vergleichbar. Unter den gegebenen Umständen spricht gerade keine tatsächliche Vermutung dafür, daß der Bekl. sich gegenüber dem von seiner Tochter aufgenommenen Kl. rechtlich bindend zu einer unentgeltlichen Gebrauchsüberlassung verpflichten wollte.

Alein der Umstand, daß der Bekl. die Aufnahme des

Kl. duldet, läßt nicht auf einen entsprechenden rechtsgeschäftlichen Verpflichtungswillen schließen.“

III. Konkludenter Vertragsabschluss durch Duldung der Renovierung durch den Kl.

Fraglich ist, ob nicht später zumindest durch die Duldung der Renovierung seitens des Kl. ein Leihvertrag konkludent abgeschlossen worden ist. Jedoch meint das OLG Hamm dazu:

“An dieser Situation hat sich auch durch den Ausbau der Wohnung nichts geändert. Wenn der Bekl. die Modernisierung und Vergrößerung der Wohnung gestattete, beruhte das auf dem Einvernehmen zwischen ihm und seiner Tochter, wonach diese sich die Wohnung in seinem Hause nach ihren Wünschen herrichten konnte. Eine Rechtsbeziehung zum Kl. wurde dadurch nicht begründet. Hinzu kommt, daß der Ausbau von der Lebensgefährtin des Kl. finanziert wurde. Sie kaufte das Material und bezahlte die Handwerker. Der Kl. konnte demgegenüber als Student nur einen Teil seiner Arbeitsleistung einbringen, wie dies im übrigen auch der Bekl. selbst, der Vater des Kl. und Freunde taten, um die Wohnung herzurichten. Es bestand deshalb auch aus objektiver Sicht für den Kl. kein Anlaß anzunehmen, der Bekl. wolle sich ihm gegenüber wegen der erbrachten Arbeitsleistungen zur unentgeltlichen Gebrauchsüberlassung verpflichten.“

IV. Ergebnis

Der Kl. hat keinen Ersatzanspruch gegen den Bekl. gem. §§ 601 II 1, 677, 683, 670 BGB.

B. Ansprüche aus GoA

Der Kl. könnte jedoch gegen den Bekl. einen Aufwendungsersatzanspruch für seine Arbeitsleistungen aus einer Geschäftsführung ohne Auftrag gem. §§ 677, 683, 670 BGB haben.

I. Führung eines fremden Geschäfts

Durch die Renovierung und den Ausbau des nicht ihm gehörenden Hauses hat der Kl. ein Geschäft des eigentlichen Eigentümers, also des Bekl. geführt.

II. Fremdgeschäftsführungswille

Der Kl. müsste einen entsprechenden Fremdgeschäftsführungswillen aufweisen, d.h. er müsste um die Fremdheit der Geschäftsführung gewusst und trotzdem fremdnützig zugunsten des Bekl. gehandelt haben (vgl. § 687 BGB). Dies wird vom OLG Hamm verneint:

“Ansprüche aus berechtigter oder nicht berechtigter Geschäftsführung ohne Auftrag kommen ebenfalls nicht in Betracht. Der Kl. hatte nicht den Willen, ein Geschäft für den Bekl. zu führen. Die jungen Leute wollten die Wohnung vielmehr im eigenen Interesse entsprechend ihrer Lebensplanung vergrößern. Zudem hatte der Kl. bei Ausführung der Arbeiten nicht die Absicht, vom Bekl. Ersatz seiner Aufwendungen

zu verlangen, so daß schon § 685 I BGB Ersatzansprüche aus dem rechtlichen Gesichtspunkt der §§ 677 ff. BGB ausschließt.“

III. Ergebnis

Der Kl. hat keinen Ersatzanspruch gem. §§ 677, 683 S.1, 670 BGB.

C. Kein Ausgleich nach den Regeln zum Wegfall der Geschäftsgrundlage (= § 313 BGB n.F.)

Der Kl. könnte einen Aufwendungsersatzanspruch gegen den Bekl. nach den Regeln zum Wegfall / Störung der Geschäftsgrundlage haben.

Voraussetzung dafür ist aber, dass zunächst ein Schuldverhältnis zwischen den Parteien besteht, das in seiner Geschäftsgrundlage gestört werden kann. Dazu stellt das OLG Hamm fest:

“Ersatzansprüche des Kl. können sich auch nicht aus einem Wegfall der Geschäftsgrundlage ergeben. Ein Wegfall der Geschäftsgrundlage kommt nur dann zum Tragen, wenn zwischen den Parteien ein schuldrechtliches Verhältnis besteht, was, wie ausgeführt, vorliegend nicht der Fall ist.“

D. Ansprüche gem. §§ 994 ff. BGB

Der Kl. könnte gegen den Bekl. einen Verwendungsersatzanspruch gem. §§ 994 ff. BGB haben.

Voraussetzung dafür ist, dass Bestehen einer Vindikationslage zwischen den Beteiligten im Zeitpunkt der Verwendungsvornahme. Jedoch musste das Gericht dazu erkennen:

“Ansprüche aus dem Eigentümer-Besitzer-Verhältnis scheitern daran, daß der Kl. bei Vornahme der Arbeiten kein unberechtigter Besitzer war, da er sein Besitzrecht von der Tochter des Bekl. ableitete.“

E. Bereicherungsanspruch wegen Zweckverfehlung gem. § 812 I 2 2. Alt. BGB

Der Kl. könnte gegen den Bekl. einen Ausgleichsanspruch wegen seiner Arbeitsleistung gem. § 812 I 2 2. Alt. BGB haben. Dann müsste der mit der Arbeitsleistung verfolgte Zweck, der nicht in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht, nicht erreicht worden sein. Dazu führt das OLG Hamm aus:

“Ein Bereicherungsanspruch wegen Nichterreichens des mit einer Leistung bezweckten Erfolges gemäß § 812 I S. 2 Alt. 2 BGB scheidet als Anspruchsgrundlage schon deshalb aus, weil der vom Kl. und seiner Lebensgefährtin verfolgte Zweck, eine größere Wohnung zu schaffen, mit dem Ende der Baumaßnahme erreicht war.“

F. Bereicherungsanspruch aus Leistungskondition gem. § 812 I 2 1. Alt. BGB

Der Kl. könnte gegen den Bekl. einen Ausgleichsanspruch für seine Arbeitsleistungen am Haus gem. § 812 I 2 1. Alt. BGB haben.

I. Etwas erlangt

Der Bekl. müsste etwas erlangt haben. “Etwas“ im

Sinne des § 812 BGB meint jeden vermögenswerten Vorteil. Der Bekl. hat durch die Renovierungs- und Ausbauarbeiten des Kl. eine Wertsteigerung an seinem Hausgrundstück erfahren. Damit hat er etwas erlangt.

II. Durch Leistung

Der Bekl. müsste diese Wertsteigerung durch Leistung des Kl. erfahren haben. Leistung ist die bewusste und zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens. Fraglich ist, ob der Kl. auch an den Bekl. geleistet hat. Das OLG Hamm meint diesbezüglich:

“Schließlich ergibt sich der vom Kl. verfolgte Anspruch auch nicht aus § 812 I S. 2 Alt. 1 BGB.

Es fehlt schon an einer Leistung im Verhältnis zwischen den Parteien. Die Person des Leistenden und die des Leistungsempfängers bestimmen sich in erster Linie nach den tatsächlichen Zweckvorstellungen des Leistungsempfängers und des Zuwendenden im Zeitpunkt der Leistung. Läßt sich eine übereinstimmende Vorstellung über die Person des Leistungsempfängers nicht feststellen, kommt es nicht auf den inneren Willen des die Leistung tatsächlich Erbringenden an, sondern auf die Sicht eines objektiven Zuwendungsempfängers (BGH, NJW 1993, 1578; Palandt/Thomas, BGB, 59. Aufl., § 812 Rz. 41). Vorliegend hatten die Parteien die gemeinsame Vorstellung, daß der Kl. seine Arbeitsleistung seiner Lebensgefährtin und nicht dem Bekl. erbrachte.

Zwischen dem Kl. und der Tochter des Bekl. bestand eine nichteheliche [ne.] Lebensgemeinschaft. A. leistete ihren Beitrag zu dieser Gemeinschaft, indem sie im wesentlichen die finanziellen Mittel für den Lebensunterhalt erwirtschaftete und zur Verfügung stellte, während der Kl. seinem Studium nachging, und dadurch nur in weitaus geringerem Maße in der Lage war, finanzielle Mittel beizusteuern. Die Möglichkeit, im Hause des Bekl. zu wohnen, brachte ebenfalls A. in die Gemeinschaft ein, da sie ein lebenslanges Wohnrecht an der Wohnung hatte und diese schon benutzte, bevor sie den Kl. kennenlernte. Sie finanzierte zudem den gesamten Ausbau der Wohnung mit ihren Mitteln. Wenn der Kl. dann seinerseits durch seine Arbeitsleistung zur Schaffung einer größeren

und besseren Familienwohnung beitrug, erbrachte er aus Sicht der Beteiligten seinen Beitrag zur ne. Lebensgemeinschaft und damit eine Leistung an A. Eine Zuwendung an den Bekl. ist darin nicht zu sehen. Zwar hat das Haus des Bekl. durch den Ausbau der Wohnung tatsächlich einen Wertzuwachs erfahren. Da der Kl. seinen Anteil daran aber im Rahmen der ne. Lebensgemeinschaft seiner Partnerin zugewendet hat, kann er sich zum Ausgleich der Vermögensverschiebung nicht an einen Dritten halten. Die erbrachten Leistungen sind vielmehr allein im Verhältnis zwischen Leistendem und Zuwendungsempfänger auszugleichen, soweit es in diesem Verhältnis zu einer ungerechtfertigten Bereicherung gekommen ist-

Der Kl. verfolgte gegenüber dem Bekl. auch keinen Leistungszweck. Er wollte gegenüber dem Bekl. keine Verbindlichkeit erfüllen, deren Rechtsgrund zunächst bestand, später aber wieder entfallen ist. Insbesondere ergibt sich vorliegend ein solcher Rechtsgrund nicht aus einer Nutzungsvereinbarung mit dem Bekl. und der darauf gegründeten Erwartung des Kl., die Wohnung auf Dauer nutzen zu können. Zwischen den Parteien dieses Rechtsstreits ist, wie ausgeführt, kein Leihvertrag zustande gekommen. Ein die Nutzung der Wohnung betreffendes Rechtsverhältnis des Kl. bestand nur zu seiner Lebensgefährtin, von deren Willen seine Berechtigung zum Verbleiben in der Wohnung abhing.

Eine Situation, wie sie später durch den Freitod der Tochter des Bekl. und die dadurch ausgelösten Schuldzuweisungen eingetreten ist, lag zum Zeitpunkt der Ausbauarbeiten außerhalb der Vorstellungen der Parteien und hat auch das Handeln des Kl. nicht bestimmt.”

III. Ergebnis

Der Kl. hat keinen Ausgleichsanspruch gem. § 812 I 2 1. Alt. BGB.

Endergebnis

Mangels eines Ausgleichsanspruchs des Kl. für seine Arbeitsleistungen ist die erhobene Klage unbegründet und wird daher keinen Erfolg haben.

Standort: Strafrecht

Problem: Missbräuchliche Verwendung einer Scheckkarte

BGH, BESCHLUSS VOM 21.11.2001
2 STR 260/01 (WISTRA 2002, 139)

Problemdarstellung:

Der BGH hatte sich in der nachstehenden Entscheidung mit der Strafbarkeit einer Angekl. zu befassen, die in zahlreichen Fällen durch Täuschung die Eröffnung von Konten mit der Einräumung eines Überziehungskredits sowie die Aushändigung von Schecks, Scheck- und Kreditkarten erreichte. Neben Fragen der Strafbarkeit nach §§ 263, 267 StGB stellte sich

dem Senat insbesondere das Problem, ob sich der berechtigte Karteninhaber bei Abhebungen an Geldautomaten wegen Computerbetrugs (§ 263 a I, 3. Fall StGB) und/oder wegen Missbrauchs von Scheckkarten (§ 266 b I, 1. Fall StGB) strafbar macht. Das Gericht verneint zunächst eine unbefugte Verwendung von Daten, da der berechtigte Karteninhaber auch gegenüber einem Bankangestellten keinen Betrug begehen würde, mithin die für § 263 a StGB erforderliche Täuschungsäquivalenz des Verhaltens fehle. Denn eine Vergleichbarkeit könne “nur mit einem

Schalterangestellten vorgenommen werden, der sich mit Fragen befasst, die auch der Computer prüft. Der Computer prüft aber nicht die Bonität des berechtigten Karteninhabers, sondern lediglich, ob sich dieser im Rahmen des Verfügungsrahmens bewegt.“ Die Strafbarkeit nach § 266 b StGB hänge davon ab, ob der Karteninhaber die Abhebung an einem institutsfremden oder einem institutseigenen Automaten vornehme. Nur bei Abhebung an nicht vom kartenausgebenden Institut bereit gestellten Automaten sei das für die Tatbestandsverwirklichung erforderliche Drei-Partner-System gegeben.

Prüfungsrelevanz:

Die Entscheidung besitzt erhebliche Examensrelevanz, da sie grundlegende Ausführungen zur Strafbarkeit des berechtigten Karteninhabers nach §§ 263a, 266b StGB durch missbräuchliche Verwendung einer ihm überlassenen Scheckkarte enthält.

Im Hinblick auf eine mögliche Strafbarkeit wegen unbefugter Verwendung von Daten gemäß § 263a I, 3. Fall StGB äußert sich der Senat zunächst zu der umstrittenen Auslegung des Merkmals “unbefugt” und vertritt insoweit mit der überwiegenden Literaturansicht eine sogen. “betrugsnahe Auslegung”. Danach erfordert unbefugtes Handeln eine sogen. “Betrugsäquivalenz”: Das Verhalten müsste, wäre es gegenüber einem Menschen vorgenommen worden, einen Betrug darstellen. Bzgl. der Abhebung am Automaten verneint der BGH aus den o.g. Gründen die Täuschungsäquivalenz des Verhaltens.

Zu der ebenfalls umstrittenen Frage der Strafbarkeit eines solchen Verhaltens nach § 266b I, 1. Fall StGB vertritt der Senat die Ansicht, dass der Einsatz der Scheckkarte als Codekarte den Tatbestand dann verwirkliche, wenn die Abhebung an einem institutsfremden Geldautomaten erfolge. Denn in diesem Fall bestehe nach den entsprechenden bankinternen Vereinbarungen eine Zahlungsverpflichtung, so dass auch insoweit der Aussteller zu einer Zahlung i.S.d. § 266b StGB veranlasst werde. Das Gleiche gilt auch bei Einsatz der Scheckkarte im sogen. “point of sale”-Verfahren, nicht aber bei Einsatz im sogen. “POZ-System”, bei dem keine Online-Überprüfung stattfindet und damit auch keine Zahlungszusage eingeräumt werde.

Vertiefungshinweise:

Zur Auslegung des Merkmals “unbefugt” in § 263a StGB: *OLG Düsseldorf*, NStZ-RR 1998, 137 mit Anm. *Hilgendorf*, JuS 1999, 542; *Altenhain*, JZ 1997, 752; *Hilgendorf*, JuS 1997, 131

Zu § 266b StGB: *Ranft*, JuS 1988, 673

Kursprogramm:

Examenskurs: “Missbrauch des Sparbuchs”

Leitsätze:

1. Der berechtigte Inhaber einer Scheckkarte, der unter Verwendung der Karte und der PIN-Nummer an einem Geldautomaten Bargeld abhebt, ohne zum Ausgleich des erlangten Betrages willens oder in der Lage zu sein, macht sich nicht nach § 263a StGB strafbar.

2. § 266 b StGB erfaßt auch die missbräuchliche Verwendung einer Scheckkarte als Codekarte zur Abhebung an Geldautomaten durch den berechtigten Karteninhaber; dies gilt jedoch nicht bei Abhebungen an Automaten des Kreditinstituts, das die Karte selbst ausgegeben hat.

Sachverhalt (vereinfacht):

Die Angeklagte A eröffnete Ende 1999 unter Täuschung über ihre Identität u.a. bei der Spardabank ein Konto. In diesem Zusammenhang erhielt sie von der Spardabank eine ec-card und Schecks überreicht. A beabsichtigte, das Konto insbesondere unter Verwendung der erlangten ec-card und Schecks zu überziehen, ohne die Salden auszugleichen, um sich oder ihrem Freund einen Vermögensvorteil zu verschaffen. In der Folgezeit hob sie u.a. unter Einsatz der ec-card an einem von der Spardabank bereitgestellten Geldautomaten Geld ab, wodurch ein Schaden von insgesamt ca. DM 23 000,- entstand.

Strafbarkeit der A?

Lösung:

A. Strafbarkeit der A wegen unbefugter Verwendung von Daten gem. § 263 a I 3. Alt. StGB durch den Einsatz der ec-card an den Geldautomaten

1. Tatbestand

1. Verwendung von Daten

Indem sie die ec-Karte in den Geldautomaten einführte und die dazugehörige PIN-Nummer eingab, verwendete die A Daten i.S. des § 263 a StGB.

2. Unbefugt

Fraglich ist, ob es sich dabei um eine unbefugte Verwendung von Daten handelte. Dazu führt der BGH aus: “ Der Einsatz der ec-card an den Geldautomaten zur Bargeldbeschaffung durch die Angeklagte erfüllt bei der gegebenen Sachlage die Voraussetzungen des § 263a StGB nicht. Der hier allein in Betracht kommende Fall der unbefugten Verwendung von Daten (§ 263 a Abs. 1 3. Alt. StGB) liegt nicht vor.”

a) Handeln durch den nichtberechtigten Karteninhaber

“Von § 263a Abs. 1 3. Alt. StGB erfasst werden nach allgemeiner Ansicht Abhebungen an einem Geldautomaten durch einen Nichtberechtigten, der eine gefälschte, manipulierte oder mittels verbotener

Eigenmacht erlangte Karte verwendet (vgl. BGHSt 38, 120, 121; OLG Stuttgart NJW 1988, 981, 982; Cramer in Schönke/Schröder, StGB 26. Aufl. § 263 a Rdn. 11 m.w.N.; Tröndle/Fischer, StGB 50. Aufl. § 263a Rdn. 8a).“

b) Handeln durch den berechtigten Karteninhaber

“Nichtberechtigt in diesem Sinne war die Angeklagte jedoch nicht. Sie hat die ec-card von der Postbank zur Verwendung erhalten. Berechtigter Karteninhaber ist aber auch derjenige, der die Überlassung der Karte unter Täuschung über seine Identität vom Kartenaussteller erlangt hat (BGHR StGB § 266b Abs. 1 Konkurrenzen 2; BGH wistra 1993, 183, 184; Tröndle/Fischer aaO. § 263a Rdn. 8a; Lenckner/Perron in Schönke/Schröder, StGB 26. Aufl. § 266b Rdn. 7). Der Missbrauch einer ec-card oder einer Kreditkarte durch einen berechtigten Karteninhaber, der - wie hier - Geld am Bankomaten in der Absicht abhebt, einen ihm damit gewährten Kredit nicht zurückzuzahlen, ist hingegen nicht nach § 263a StGB strafbar. Denn der berechtigte Karteninhaber handelt nicht „unbefugt“ im Sinne von § 263a Abs. 1 3. Alt. StGB.“

aa) Erfordernis der Betrugsäquivalenz des Verhaltens

“Die Auslegung des Merkmals der „unbefugten“ Datenverwendung ist allerdings nicht unstrittig (vgl. zum Streitstand Tiedemann in LK 11. Aufl. § 263a Rdn. 41 f. m.w.N.). Nach der gesetzgeberischen Intention ist der Anwendungsbereich dieser Tatbestandsalternative durch die Struktur- und Wertgleichheit mit dem Betrugstatbestand bestimmt. Mit § 263a StGB sollte die Strafbarkeitslücke geschlossen werden, die dadurch entstanden war, daß der Tatbestand des Betrugs menschliche Entscheidungsprozesse voraussetzt, die bei dem Einsatz von EDV-Anlagen fehlen. Eine Ausdehnung der Strafbarkeit darüber hinaus war nicht beabsichtigt (vgl. Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 10/5058 S. 30). Dem entspricht eine betrugsnahe oder betrugspezifische Auslegung, wie sie auch von der überwiegenden Meinung in Literatur und Rechtsprechung vertreten wird (so schon BGHSt 38, 120 f.; OLG Düsseldorf NStZ-RR 1998, 137; Cramer aaO. Rdn. 11, 19; Lackner/ Kühl, StGB 24. Aufl. § 263a Rdn. 13; Günther in SK-StGB § 263a Rdn. 18; Tröndle/Fischer aaO. § 263a Rdn. 8; Bernsau, Der Scheck- und Kreditkartenmißbrauch durch den berechtigten Karteninhaber 5. 167 f.,174). Danach ist nur eine solche Verwendung von Daten „unbefugt“, die täuschungsäquivalent ist.“

bb) Täuschungsäquivalenz der Abhebung von Geld am Geldautomaten

“Ob allerdings eine Betrugsäquivalenz für die Abhebung von Geld am Geldautomaten mit der Abhebung am Schalter gegeben ist, ist ebenfalls streitig (beja-

hend Lackner/Kühl aaO. § 263a Rdn. 14; liedemann aaO. Rdn. 51; Tröndle/Fischer aaO. § 263a Rdn. 8a; ablehnend Günther aaO. § 263a Rdn. 19; Zielinski, Anmerkung zu BGHSt 38, 120 in CR 1992, 221 f. - jeweils m.w.N. -). Bejaht wird eine Betrugsäquivalenz insbesondere mit der Begründung, dass in beiden Fällen von einer schlüssigen Miterklärung auszugehen sei, daß das Konto gedeckt oder ein gewährter Kredit zurückgezahlt werde. Dabei wird aber zur Begründung der Täuschungsqualität der Abhebung am Geldautomaten auf einen fiktiven Bankangestellten abgestellt, der die Interessen der Bank umfassend wahrzunehmen hat. Zu Recht wird demgegenüber darauf hingewiesen, daß eine Vergleichbarkeit nur mit einem Schalterangestellten angenommen werden kann, der sich mit den Fragen befaßt, die auch der Computer prüft (Altenhain JZ 1997,752,758). Der Computer prüft aber nicht die Bonität des berechtigten Karteninhabers, sondern lediglich, ob sich dieser im Rahmen des Verfügungsrahmens bewegt.

Für die hier vertretene Auffassung spricht zudem, daß der Gesetzgeber durch das 2. WiKG vom 15. Mai 1986 zugleich mit § 263a StGB auch § 266b StGB eingeführt hat. Diese Vorschrift stellt ein auf den berechtigten Karteninhaber beschränktes Sonderdelikt dar (BT-Drucks. 10/5058 S. 32), das die vertragswidrige Bargeldbeschaffung mit einer gegenüber §§ 263, 263a StGB geringeren Strafe bedroht. § 266b StGB geht daher auch als *lex specialis* dem nach der bisherigen Rechtsprechung beim Einsatz einer ec-card als Scheckkarte im eigentlichen Sinne verwirklichten § 263 StGB (vgl. BGHSt 24, 386, 388) vor (BGH NStZ 1987, 120; Tröndle/Fischer aaO. § 266b Rdn. 9).

Erfafte man den Mißbrauch der Scheckkarte als Codekarte am Geldautomaten durch ihren berechtigten Inhaber als Computerbetrug nach § 263a StGB, führte dies zu erheblichen Wertungswidersprüchen im Hinblick auf die unterschiedlichen Strafrahmen von § 263a und § 266b StGB und die fehlende Versuchsstrafbarkeit bei § 266b StGB.“

II. Ergebnis

A hat sich nicht wegen Computerbetrugs gem. § 263 a I 3. Alt. StGB strafbar gemacht.

B. Strafbarkeit der A wegen Missbrauchs von Scheckkarten gem. § 266 b I, 1. Fall StGB durch den missbräuchlichen Einsatz der Scheckkarte

I. Tatbestand

1. A als berechtigter Karteninhaber

Der A ist durch die Spardabank eine Scheckkarte überlassen worden, so dass sie als berechtigter Karteninhaber tauglicher Täter i.S. des § 266 b StGB ist. Dass sie die Überlassung der ec-card durch Täuschung erlangt hat, steht der Berechtigung nicht entgegen (s.o. A I 2 b).

2. Missbrauch

A müsste die ihr durch Überlassung der Karte eingeräumte Möglichkeit, den Aussteller zu einer Zahlung zu veranlassen, missbraucht haben. Dazu stellt der BGH fest:

a) Verwendung der Scheckkarte bei einer Drittbank

“Der mißbräuchliche Einsatz der Scheckkarte zur Barabhebung an Geldautomaten ist bei Benutzung eines Automaten eines dritten Kreditinstituts nach § 266b StGB strafbar (OLG Stuttgart NJW 1988, 981, 982; BayObLGSt 1997, 75, 77; Lenckner/Perron aaO. § 266b Rdn. 8; Maurach/Schroeder/ Maiwald, Strafrecht BT 8. Aufl. § 45 IV Rdn. 74; Kindhäuser in NK-StGB § 263a Rdn. 46; a.A. Gribbohm in LK 11. Aufl. § 266b Rdn. 10,11).”

aa) Grundsätzliches Erfordernis der missbräuchlichen Ausnutzung der Garantiefunktion der Scheckkarte

“Allerdings hatte der Gesetzgeber bei der Schaffung dieses Tatbestands den Fall vor Augen, dass der Scheckkarteninhaber unter Verwendung der Karte und unter Ausnutzung der damit verbundenen Garantiefunktion Waren kauft und Dienstleistungen in Anspruch nimmt, obwohl er weiß, daß das Kreditinstitut seine Rechnungen zu bezahlen hat, er aber zur Erstattung der Auslagen nicht in der Lage sein wird (BT-Drucks. 10/5058 S. 32). Im Wirtschaftsleben wird der Euroscheck über diese Zwecke hinaus aber auch vielfach zur Bargeldbeschaffung, etwa durch Bareinlösungen bei anderen Kreditinstituten verwendet. Auch diese keineswegs zweckwidrige Verwendung von Euroschecks (vgl. BGHZ 122, 156 f.) wird vom Tatbestand des § 266b StGB erfasst, wenn der Scheckkarteninhaber zahlungsunfähig oder zahlungsunwillig ist.”

bb) Verwendung der Scheckkarte als Coedekarte

“Die Verwendung der ec-card zur Barabhebung am Geldautomaten einer Drittbank ist damit vergleichbar. Allerdings wird in diesen Fällen die Karte nicht in ihrer eigentlichen Funktion als Scheckkarte eingesetzt, sondern lediglich als Codekarte (quasi als „Schlüssel“) zur Abhebung am Automaten verwendet. Dementsprechend folgt auch eine Zahlungsverpflichtung der kartenausgebenden Bank gegenüber der Drittbank nicht aus der Garantiefunktion der ec-card. Eine Gleichbehandlung mit der Bareinlösung eines ec-Schecks bei einem anderen als dem bezogenen Kreditinstitut ist aber deshalb gerechtfertigt, weil auch in diesen Fällen das kartenausgebende Institut im Sinne von § 266b StGB zu einer Zahlung „veranlasst“ wird. Die Zahlungsverpflichtung des kartenausgebenden Instituts ergibt sich dabei derzeit aus den „Vereinbarungen für das Deutsche ec-Geldautomatensystem“ vom 1. Juli 1993, „den Richtlinien für das Deutsche ec-Geldautomatensystem“ und den „Bedingungen für den ec-Service“. Danach zieht das automatenbetrei-

bende Institut den von seinem Geldautomaten ausgezahlten Betrag per Lastschrift bei dem kartenausgebenden Institut ein, wobei eine Rückgabe der Lastschrift wegen Widerspruchs, fehlender Deckung oder aus anderen Gründen im Sinne des Abkommens über den Lastschriftverkehr nicht möglich ist (Gößmann, in Schimansky/Bunte/ Lwowski, Bankrecht 2. Aufl. § 54 Rdn. 1, 16). Damit erlangt das auszahlende Institut durch eine Handlung des Scheckkarteninhabers einen Anspruch gegenüber dem kartenausgebenden Institut, der dem aus einem Garantievertrag jedenfalls vergleichbar ist. Dass ein Garantievertrag im technischen Sinne erforderlich ist, läßt sich weder dem Gesetzestext noch dem Gesetzeszweck entnehmen (vgl. auch Baier ZRP 2001, 454 f.).”

b) Verwendung der Scheckkarte beim kartenausgebenden Kreditinstitut

“Hingegen werden von § 266b StGB vertragswidrige Bargeldabhebungen des Berechtigten an einem Geldautomaten des Kreditinstituts, das die Karte selbst ausgegeben hat, nicht erfasst (BayObLGSt 1997, 75, 77; Lenckner/Perron aaO. Rdn. 8; Zielinski aaO. 5. 227).”

aa) Erfordernis eines Drei-Partner-Systems

“Denn der Tatbestand des § 266b StGB setzt ein Drei-Partner-System voraus, in dem der Aussteller der Karte dem Dritten, dessen Leistungen der Inhaber der Karte in Anspruch nimmt, Erfüllung (jedenfalls im weiteren Sinne) garantiert (BGHSt 38, 281, 282ff. zur Kundenkarte; BayObLGSt 1997,75,77). Selbst wenn der Wortlaut der Vorschrift eine Auslegung des Merkmals „zur Zahlung veranlassen“ im Sinne einer bloß tatsächlichen Verursachung einer Zahlung nicht zwingend ausschließt (so aber BGHSt 38, 281, 282; anders Ranft NStZ 1993, 185f.; Otto JZ 1992, 1139 f.), spricht jedenfalls die Gesetzgebungsgeschichte gegen eine solche Auslegung und damit gegen die Einbeziehung des Zwei-Partner-Systems in den § 266b StGB. Zwar wird im Bericht des Rechtsausschusses zu § 266b StGB neben dem Drei-Partner-System auch das Zwei-Partner-System zumindest erläuternd erwähnt. Nach dem Willen des Gesetzgebers sollte aber § 266b StGB - wie ausgeführt - die Fälle erfassen, in denen der Täter die Karte gebraucht, obwohl er weiß, daß das Kreditinstitut seine Rechnungen zu bezahlen hat (BT-Drucks. 10/5058 S. 32). Dies ist im Zwei-Personen-Verhältnis jedoch nicht der Fall, weil dabei keine Zahlungsverpflichtung des kartenausgebenden Instituts entsteht. Die Karte wird insoweit nicht in ihrer Garantiefunktion (auch nicht im weiteren Sinne) verwendet. Daß der Gesetzgeber gerade auf die durch die Handlung des Karteninhabers begründete Zahlungsverpflichtung abgestellt hat, lassen die Ausführungen zum Begriff der Scheckkarte erkennen. Mit der Formulierung „die ihm durch die Überlassung einer Scheckkarte eingeräumte Möglichkeit, den Aussteller zu einer Zahlung zu veranlassen“ sollte gerade auf die Garantiefunktion

Bezug genommen werden.”

bb) Keine Ausweitung auf Auszahlungen im Zwei-Partner-System

“Eine Ausweitung auf Auszahlungen im Zwei-Partner-System ist auch vom Zweck der Vorschrift, den der Gesetzgeber in dem Schutz der Funktionsfähigkeit des Zahlungsverkehrs sieht (vgl. BT-Drucks. 10/5058 5. 32), nicht gedeckt (BGHSt 38, 281, 284). Denn bei Abhebungen am Geldautomaten (oder am Schalter) der Hausbank wird die Karte lediglich zur technischen Erleichterung des Auszahlungsvorgangs verwendet, ohne daß eine Zahlungsverpflichtung des Instituts entsteht. Vielmehr hat es das kartenausstellende Kreditinstitut selbst in der Hand, die Bonität ihres Kunden durch geeignete technische Kontrollmaßnahmen zu überprüfen und eine Auszahlung des Geldes bei Benutzung seines Geldautomaten zu verweigern (Zielinski aaO. 5. 228).”

cc) Konsequenzen der rechtlichen Würdigung

“Dies führt allerdings dazu, daß der bloße vertragswidrige Einsatz der Karten an eigenen Geldautomaten des kartenausgebenden Kreditinstituts in vielen Fällen - da auch eine Bestrafung nach §§ 242, 246 StGB nicht in Betracht kommt, weil das Kreditinstitut das Eigentum an den Geldscheinen an den berechtigten Kontoinhaber übertragen will (vgl. BGHSt 35, 152, 162 f.) - straflos bleiben wird. Abgesehen davon, daß in Fällen wie dem vorliegenden aber schon eine Strafbarkeit wegen Betrugs bei der Erlangung der ec-card zu bejahen ist, wobei die Abhebungen am Geldautomaten jedenfalls zu einer Vertiefung des Betrugsschadens führen, muss es dem Gesetzgeber überlassen bleiben, etwaige Strafbarkeitslücken zu füllen.”

Da A die Abhebung an einem Geldautomaten des kartenausgebenden Instituts getätigt hatte, scheidet eine Strafbarkeit nach § 266 b StGB ebenfalls aus.

C. Strafbarkeit der A wegen Betrugs gem. § 263 I StGB durch die Erlangung der ec-Karte

I. Tatbestand

A könnte sich allerdings bereits durch die Erlangung der ec-Karte bei der Spardabank wegen eines Betrugs strafbar gemacht haben.

1. Täuschung über Tatsachen

Insoweit hat die Angeklagte unter Täuschung über ihre Zahlungswilligkeit bei der Spardabank die Eröffnung eines Kontos sowie die Übergabe von Schecks und der eingesetzten ec-card erreicht.

2. Irrtumserregung

Da davon auszugehen ist, dass der betreffende Bankangestellte an die Zahlungswilligkeit der A geglaubt hat, hat diese auch einen Irrtum in Form einer positiven Fehlvorstellung erregt.

3. Vermögensverfügung

Durch die Aushändigung der Schecks und der ec-card hat der Bankangestellte auch eine irrtumsbedingte Vermögensverfügung vorgenommen.

4. Vermögensschaden

Dazu führt der BGH aus: “Der Betrug war mit der Aushändigung der Schecks und der ec-card an die zahlungsunwillige Angeklagte vollendet, da dadurch eine konkrete Vermögensgefährdung eingetreten ist (vgl. BGHSt 33, 244, 246; BGHR StGB § 266b Abs. 1 Konkurrenzen 2; BGH bei Dallinger MDR 1953, 21; zur Kreditkarte BGH wistra 1993, 183, 184).”

5. Vorsatz und Bereicherungsabsicht

A handelte auch vorsätzlich und mit der Absicht, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen.

II. Rechtswidrigkeit und Schuld

Sie handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

III. Ergebnis

A hat sich wegen Betrugs gem. § 263 I StGB strafbar gemacht.

D. Gesamtergebnis

A hat sich wegen Betrugs gem. § 263 I StGB strafbar gemacht.

*Literaturauswertung**Öffentliches Recht*

Autor/Titel:	Fischer, Kristian: "Polizeiliche Videoüberwachung des öffentlichen Raums"
Fundstelle:	VBIBW 2002, 89 (Heft 3)
Inhalt:	Literaturstimme zur offenen Überwachung sogen. Kriminalitätsschwerpunkte durch Einsatz von Videokameras. Die RA hat dieses äußerst "heiße" Prüfungsthema bereits mit einer Entscheidung des VG Karlsruhe (RA 2002, 115 - als "Urteil in Fallstruktur" -) aufgegriffen, an die auch der Aufsatz von Fischer anknüpft.

Autor/Titel:	Laskowski, Ruth: "Eine Richterin mit Kopftuch"
Fundstelle:	Jura 2002, 271 (Heft 4)
Inhalt:	Die Kopftuch-Fälle (vgl. nur RA 2001, 181) sind an Aktualität nicht mehr zu überbieten. Der vorliegende Beitrag arbeitet alle juristischen Fragen in diesem Zusammenhang (Religionsfreiheit contra Neutralitätsgebot, mittelbare Frauendiskriminierung usw.) ab, geht auch auf die europarechtliche Komponente ein und streift am rande das Verfahren im Richterwahlausschuss, welches in der "RA" ebenfalls schon Thema war (RA 2001, 656)

Autor/Titel:	Detterbeck, Steffen: "Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes"
Fundstelle:	Jura 2002, 235 (Heft 4)
Inhalt:	Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung durchzieht das gesamte Verwaltungsrecht. Hinreichende Kenntnisse in diesem Bereich sind für den Examenserfolg unerlässlich. Der vorliegende Aufsatz vermittelt diese in anschaulicher und umfassender Weise.

Zivilrecht

Autor/Titel:	Zimmer, Daniel / Eckhold, Thomas: "Das neue Mängelgewährleistungsrecht beim Kauf"
Fundstelle:	Jura 2002, 145 (Heft 3)
Inhalt:	Das Kaufrecht ist durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz vor allem im Bereich der Gewährleistungsrechte grundlegend geändert worden. Dieser Aufsatz konzentriert sich auf eine Darstellung des neuen Rechts unter besonderer Hervorhebung der Neuerungen im Vergleich zum bisher geltenden Recht.

Autor/Titel:	Arnold, Arnd: "Das neue Recht der Rücktrittsfolgen"
Fundstelle:	Jura 2002, 154 (Heft 3)
Inhalt:	Durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz ist nicht nur das Kauf-, Werkvertrags- und Verjährungsrecht, sondern auch das Recht der Rücktrittsfolgen grundlegend umgestaltet worden. Der Beitrag führt in die Neuregelung ein und zeigt auf, welche Probleme durch die Reform entfallen sind und wo sich neue ergeben.

Autor/Titel:	Mattheus, Daniela: "Schuldrechtsmodernisierung 2001/2002 - Die Neuordnung des allgemeinen Leistungsstörungsrechts"
Fundstelle:	JuS 2002, 209 (Heft 3)
Inhalt:	Die Novellierung des allgemeinen Rechts der Leistungsstörungen ist wesentlicher Bestandteil der Schuldrechtsreform, der auch am heftigsten in Wissenschaft und Praxis diskutiert worden ist. Dieser Aufsatz beschäftigt sich mit den neuen Grundsätzen im Bereich der Leistungsstörungen und zeigt die Veränderungen zum alten Recht auf.

Autor/Titel:	Lettl, Tobias: "Versteigerung im Internet - BGH, NJW 2002, 363"
Fundstelle:	JuS 2002, 219 (Heft 3)
Inhalt:	Rezension über die Entscheidung des BGH zum Vertragsabschluss via Internet am Beispiel einer sog. Internetaktion (Vgl. RA 2002, 163).

Strafrecht

Autor/Titel:	Grunst, Bettina: "Irrtumsprobleme bei den Mordmerkmalen"
Fundstelle:	Jura 2002, 252 (Heft 4)
Inhalt:	Übersichtliche Darstellung zu den Irrtumsproblemen im Rahmen des § 211 StGB.

Autor/Titel:	Laue, Christian: "Kreditkarte und Internet"
Fundstelle:	JuS 2002, 359 (Heft 4)
Inhalt:	Klausur zur wenig behandelten Frage der missbräuchlichen Verwendung von Kreditkarten im Internet.

Autor/Titel:	Bottke, Wilfried: "Täterschaft und Teilnahme im deutschen Wirtschaftskriminalrecht - de lege lata und de lege ferenda"
Fundstelle:	JuS 2002, 320 (Heft 4)
Inhalt:	Darstellung der besonderen Probleme der Anwendbarkeit der §§ 25 ff. StGB auf das Wirtschaftsstrafrecht und des möglichen Reformbedarfs in diesem Bereich.