

*Öffentliches Recht***Standort: Polizeirecht****Problem: Rasterfahndung nach dem 11. September 2001**

OLG DÜSSELDORF, BESCHLUSS VOM 08.02.2002
3 Wx 351/01 (NVWZ 2002, 629)

OLG FRANKFURT A.M., BESCHLUSS VOM 21.02.2002
20 W 55/02 (NVWZ 2002, 626)

Problemdarstellung:

Das OLG Frankfurt/Main und das OLG Düsseldorf hatten sich mit der Zulässigkeit der anlässlich der Anschläge vom 11. September 2001 in den USA angeordneten sogen. "Rasterfahndung" in Hessen bzw. Nordrhein-Westfalen zu befassen. Bei der Rasterfahndung handelt es sich nach der Definition des OLG Düsseldorf um einen maschinell-automatisierten Datenabgleich zwischen bestimmten, auf einen Täter vermutlich zutreffenden Prüfungsmerkmalen. Während die Rasterfahndung auch repressiv zur Ergreifung von Straftätern möglich ist (vgl. §§ 98a ff. StPO), ging es vorliegend allein um präventive Zwecke, nämlich die Verhinderung von terroristischen Anschlägen in der Bundesrepublik Deutschland. Die Polizeigesetze der Länder halten hierfür Standardmaßnahmen bereit (vgl. § 31 NWPoIG für NRW, § 26 HSOIG für Hessen). Diese stellen im Tatbestand strenge Anforderungen an die Einleitung einer solchen Maßnahme, namentlich einen Richtervorbehalt (§ 31 IV NWPoIG, § 26 IV HSOIG) und eine "gegenwärtige Gefahr" für besonders wichtige Schutzgüter wie Leib, Leben, Freiheit oder den Bestand des Bundes und der Länder.

Während das OLG Düsseldorf das Vorliegen dieser strengen Voraussetzungen anlässlich der Anschläge vom 11. September bejaht, kommt das OLG Frankfurt/Main zum gegenteiligen Ergebnis. Beide Gerichte befassen sich intensiv mit den Anforderungen an eine "gegenwärtige Gefahr". Während das OLG Düsseldorf diese unter Zuhilfenahme der "Faustformel", wonach an eine Gefahr umso geringere Anforderungen zu stellen seien, je höher der potenzielle Schaden sei, bejaht, lehnt das OLG Frankfurt/Main dies ab, da der Begriff der "gegenwärtigen" Gefahr hierdurch auf eine nur "konkrete" Gefahr reduziert werde, die für Rasterfahndungsmaßnahmen gerade nicht genüge. Während die Rechtswidrigkeit der Rasterfahndung sich für das OLG Frankfurt/Main danach schon aus der fehlenden Tatbestandsmäßigkeit ergab, macht das OLG Düsseldorf, welches

insoweit von der Rechtmäßigkeit der Rasterfahndung ausgeht, noch geradezu lehrbuchhafte Ausführungen zur Verhältnismäßigkeit der Maßnahme, namentlich zur Abwägung des Gefahrenabwehrinteresses der Allgemeinheit mit dem Recht der Betroffenen auf informationelle Selbstbestimmung.

Prüfungsrelevanz:

Die Aktualität der Problematik und die hohe Prüfungsrelevanz polizeilicher Standardmaßnahmen allgemein sichern den Entscheidungen ebenso eine hohe Aufmerksamkeit wie die Tatsache, dass zwei Oberlandesgerichte auf der Grundlage im wesentlichen identischer landesrechtlicher Vorschriften zu unterschiedlichen Ergebnissen gelangt sind. Selbstverständlich sind beide Ansichten gut vertretbar.

Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung wurde vom BVerfG im sogen. "Volkszählungsurteil" (BVerfGE 65, 1 ff.) aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht der Art. 2 I i.V.m. 1 I GG entwickelt. Es umfasst den Schutz des Einzelnen gegen unbegrenzte Erhebung, Speicherung, Verwendung und Weitergabe seiner persönlichen Daten im Rahmen moderner Datenverarbeitung (Stichwort: "gläserner Mensch"). Aus seiner Herleitung aus Art. 2 I GG ergibt sich, dass das Recht auf informationelle Selbstbestimmung den (weiten) Schranken des Art. 2 I GG unterliegt; allerdings sind wegen der Verknüpfung mit der Menschenwürde des Art. 1 I GG besonders strenge Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit des einschränkenden Gesetzes zu stellen. Hinzu kommt, dass die Rasterfahndung neben einer äußerst geringen Anzahl potenzieller Störer vor allem Nichtstörer betrifft, deren polizei- und ordnungsrechtliche Inanspruchnahme ohnehin nur unter besonders strengen Voraussetzungen möglich ist. Der Gesetzgeber hat hierauf mit Richtervorbehalt und Notwendigkeit einer "gegenwärtigen Gefahr" für besonders wichtige Schutzgüter reagiert, also den strengsten Anforderungen, die das Polizei- und Ordnungsrecht kennt.

Prozessual sei angemerkt, dass in den landesrechtlichen Bestimmungen zur Rasterfahndung i.d.R. (§ 39 I 2 HSOIG für Hessen, § 31 IV 3 NWPoIG für Nordrhein-Westfalen) auf das Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FGG) verwiesen wird,

Richtervorbehalt und Überprüfung der Anordnung also in die Hand der ordentlichen Gerichte gelegt wurden. Das FGG verpflichtet die Tatsacheninstanzen (AG und LG) u.a. zu einer § 86 I VwGO vergleichbaren Amtsermittlung (§ 12 FGG).

Vertiefungshinweise:

- Zur Rasterfahndung anlässlich der Anschläge vom 11. September: *Lisken*, NVwZ 2002, 513
- Allgemein zur Rasterfahndung: *Schnorr*, ZRP 2001, 291

Kursprogramm:

- Examenskurs*: "Reiten im Walde"

1. Teil: Beschluss des OLG Düsseldorf vom 08.02.2002 (3 Wx 351/01):

Leitsatz (der Redaktion):

Zur Rechtmäßigkeit der in Nordrhein-Westfalen auf Grund der Ereignisse vom 11. September 2001 in den USA angeordneten Rasterfahndung.

Sachverhalt:

Der am 24.3.1976 geborene Bet. zu 2 ist jordanischer Staatsangehöriger. Er wendet sich im vorliegenden Verfahren gegen die Übermittlung personenbezogener Daten im Zusammenhang mit der vom AG Düsseldorf durch Beschluss vom 2.10.2001 gem. § 31 NWPoIG angeordneten Rasterfahndung. Durch diesen Beschluss sind die Einwohnermeldeämter in Nordrhein-Westfalen, das Ausländerzentralregister in Köln und die Universitäten, Hochschulen und Fachhochschulen in Nordrhein-Westfalen verpflichtet worden, dem Ast. Geburtsnamen, Vornamen, Geburtsdatum, Geburtsort, Geburtsland, Staatsangehörigkeit und weitere personenbezogene Daten wie Familienstand, Anzahl der Kinder, Religionszugehörigkeit, Studienfachrichtung u. a. der zwischen dem 1. 10. 1960 und 1. 10. 1983 geborenen Männer zu übermitteln. Der Ast. hat geltend gemacht, auf Grund der Terroranschläge in den Vereinigten Staaten vom 11. September 2001 bestehe eine gegenwärtige Gefahr für die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland, der Bundesländer sowie für Leib oder Leben der durch solche Anschläge gefährdeten Vielzahl von Menschen. Es habe sich herausgestellt, dass zwei der Attentäter vom 11. September in Bochum wohnhaft waren; darüber hinaus sei der Polizei bekannt, dass 42 weitere Personen des internationalen Netzwerks unter Osama Bin Laden in Nordrhein-Westfalen als Kontaktpersonen oder Unterstützer präsent seien. Verschiedene Einrichtungen des Landes böten ein herausragendes potenzielles An-

schlagsziel. Die Gefahr weiterer Anschläge müsse als unmittelbar bevorstehend angesehen werden, da eine zeitnahe Fortführung des religiösen Krieges und bei Beginn militärischer Aktionen der USA Vergeltungsschläge zu befürchten seien. Zur Abwendung der Gefahr sei die Rasterfahndung erforderlich und geeignet. Dem Antrag beigefügt war eine Liste der Staatsangehörigkeiten bzw. Herkunftsländer, die im Rahmen der beantragten Rasterfahndung als verdächtig anzusehen seien.

Die Beschwerde des Bet. zu 2 gegen den antragsgemäß erlassenen Beschluss des AG vom 2. 10. 2001 ist beim LG ohne Erfolg geblieben. Die weitere Beschwerde wurde zurückgewiesen.

Aus den Gründen:

A. Zulässigkeit

I. Statthaftigkeit des Feststellungsantrags nach Erledigung

Der Zulässigkeit des Rechtsmittels steht nicht entgegen, dass die personenbezogenen Daten des Bet. zu 2 dem Ast. bereits übermittelt und möglicherweise am 10. 12. 2001 bereits gelöscht worden sind, so dass der Vorgang an sich abgeschlossen ist. Das Rechtsschutzinteresse des Bet. zu 2 besteht insoweit fort, als es nunmehr auf die Feststellung der Rechtswidrigkeit der angeordneten Maßnahme gerichtet ist.

II. Feststellungsinteresse

1. Recht auf informationelle Selbstbestimmung betroffen

Bei der Rasterfahndung handelt es sich um einen maschinell-automatisierten Datenabgleich zwischen bestimmten, auf einen Täter vermutlich zutreffenden Prüfungsmerkmalen. Der Bet. zu 2 gehört auf Grund seines Geschlechts, seines Alters und seines Wohnortes zu dem Personenkreis, dessen Daten zum Zwecke der Abgleichung dem Ast. übermittelt worden sind. Durch die Anordnung der Rasterfahndung werden die von der Maßnahme betroffenen Personen in ihrem Recht auf informationelle Selbstbestimmung beeinträchtigt. Dieses unterliegt als Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 I GG i. V. mit Art. 1 I GG dem besonderen Schutz des Grundgesetzes. Das BVerfG hat unter ausdrücklicher Aufgabe der bisherigen Rechtsprechung mit seinem Beschluss vom 30. 4. 1997 (vgl. BVerfGE 96, 27 [39]) ausgeführt, dass bei tief greifenden Grundrechtseinschnitten der in Art. 19 IV GG grundgesetzlich verbürgte Anspruch auf effektiven Rechtsschutz auch nachträglich die Überprüfung der Rechtmäßigkeit verlange. Dies gelte gerade für solche

Maßnahmen, in denen der Betr. eine gerichtliche Entscheidung der von der Prozessordnung vorgesehenen Instanz gegen die beeinträchtigende Maßnahme nach dem typischen Verfahrensablauf nicht erlangen könne. Hier sei vom Fortbestand eines Rechtsschutzinteresses auszugehen.

2. Rehabilitationsinteresse

Tiefgreifende Grundrechtseinschnitte kämen vor allem bei Anordnungen in Betracht, die das Grundgesetz vorbeugend dem Richter vorbehalten hat (vgl. BVerfGE 96, 27 [40]). Das Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 I GG ist, anders als die in Art. 2 II GG geregelten Freiheitsrechte, nicht grundgesetzlich mit einem Richtervorbehalt ausgestattet. Dies führt indes nicht dazu, für einen Eingriff in dieses Grundrecht ein geringeres Schutzbedürfnis zu bejahen. Das Persönlichkeitsrecht hat auch unter den Grundrechten einen besonders hohen Rang. Es erscheint nicht vertretbar, einem Betroffenen bei solchen Grundrechtsverletzungen das Rechtsschutzbedürfnis abzusprechen. Die Betr. werden nämlich vor der Übermittlung der erbetenen Daten nicht unterrichtet oder angehört. Würde man ihnen die Möglichkeit nehmen, eine solche Maßnahme nachträglich anzugreifen, würde dies dazu führen, dass den Betr. kein rechtliches Gehör gewährt wird und derartig gravierende Eingriffe rechtlich nicht überprüft werden könnten. Hiermit ist aber der Anspruch auf Gewährung effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 IV GG) nicht vereinbar.

B. Begründetheit

Das LG hat rechtsfehlerfrei festgestellt, dass die vom AG durch Beschluss vom 2.10.2001 angeordnete Rasterfahndung hinsichtlich des Bet. zu 2 rechtmäßig war.

1. Gegenwärtige Gefahr

Eine gegenwärtige Gefahr i. S. von § 31 I NWPolG lag vor. Eine „konkrete“ Gefahr ist bereits gegeben, wenn ein Schadenseintritt in naher Zukunft möglich ist; nicht erforderlich ist, dass die Realisierung des Schadens unmittelbar bevorsteht (vgl. BVerwG, NJW 1970, 1890 = DÖV 1970, 714 [715]; Denninger, in: Lisken/Denninger, Hdb. d. PolR, 2. Aufl., Kap. E Rdnr. 42). Die gegenwärtige Gefahr erfordert demgegenüber ein größeres Maß an zeitlicher Nähe, mit der zugleich eine Steigerung der Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts verbunden ist (vgl. Lisken/Denninger, a.a.O., Rdnr. 43). Ist allerdings der zu erwartende Schaden sehr groß, sind an die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts nur geringe Anforderungen zu stellen; hinreichend wahrscheinlich ist die Gefahr bei besonders großen Schäden bereits dann, wenn nur eine entfernte Möglichkeit eines Schadenseintritts besteht (vgl. BVerwG, NJW 1970, 1890;

BVerwGE 47,31 [40]).

1. Rechtsprechung des BVerwG

Das BVerwG hat in der Entscheidung vom 26. 6. 1970 (NJW 1970, 1890) ausgeführt, dass beispielsweise im Falle einer anonymen Bombendrohung die Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts nach aller Erfahrung gering sei und nur die entfernte Möglichkeit des Schadenseintritts bestehe, aber dennoch dieser Gefahr nachgegangen werden müsse, da bei einer entgegen aller Wahrscheinlichkeit eingetretenen Verwirklichung der Gefahr der dann zu gewärtigende Schaden so groß wäre, dass ein Eingreifen trotz der nur entfernten Möglichkeit des Schadenseintritts nicht nur gerechtfertigt, sondern sogar geboten ist.

In seiner Entscheidung vom 17. 3. 1981 (BVerwGE 62, 36 [38]) hat das BVerwG im Fall einer Ausweisung gem. § 10 I Nr. 1 AuslG wegen Abwehr einer Gefahr für die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland ausgeführt, wegen des hohen Rangs des Schutzguts und wegen der Art sowie des Ausmaßes der Schäden, die terroristische Anschläge zur Folge haben können, seien die Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts nur gering. Auf Grund dieser Entscheidungen ist die auch in der Literatur anerkannte Faustregel (vgl. Lisken/Denninger, a.a.O., Rdnr. 42) entstanden, dass an die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts umso geringere Anforderungen zu stellen sind, je größer der zu erwartende Schaden und je ranghöher das Schutzgut sind. Dies gilt auch im Bereich der Gefahrenabwehr (vgl. Drews/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrenabwehr, 9. Aufl., S. 226; Ring, StV 1990, 372 [376]).

2. Subsumtion

Danach war eine gegenwärtige Gefahr für die Sicherheit des Bundes oder eines Landes oder für Leib oder Leben einer Person zu bejahen; es lagen hinreichende Tatsachen vor, die für einen terroristischen Anschlag in Deutschland mit unvorstellbaren Personen- und Sachschäden sprachen: Im Zeitpunkt der Beschwerdeentscheidung (29. 10. 2001) hatten die Vereinigten Staaten gerade mit den von ihnen angekündigten militärischen Gegenschlägen begonnen; die Unterstützung durch die NATO-Mitgliedsstaaten war angefordert und von Seiten der Bundesregierung auch zugesagt worden. Der Botschafter Afghanistans hatte umgehend Vergeltungsschläge an die an den amerikanischen Aktionen beteiligten Länder angedroht. Diese Drohungen konnten und durften nicht unbeachtet bleiben, auch wenn konkrete Anzeichen für Terroranschläge in Deutschland nicht bekannt waren. Zumindest war unter diesen Umständen eine Möglichkeit solcher Anschläge auch in Deutschland gegeben. Der Bet. zu 1 hat in seiner Antragschrift vom

1. 10. 2001 dargelegt, dass der Polizei 42 Personen in Nordrhein-Westfalen bekannt sind, die als Unterstützer oder Kontaktpersonen im Netzwerk des Osama Bin Ladens agieren; er hat weiterhin zahlreiche Objekte in Nordrhein-Westfalen aufgeführt, die als mögliches Ziel eines Anschlags in Betracht kommen. Dass bei einem terroristischen Anschlag durch Mitglieder extremistischer islamischer Gruppierungen mit gravierenden Schäden zu rechnen ist, haben die Anschläge vom 11. September 2001 in New York und Washington D.C. gezeigt. Sie sind weder vorhersehbar noch in ihrer Dimension kalkulierbar. Bei derartig gravierenden Schäden dürfen nach den oben dargestellten Grundsätzen keine zu hohen Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts gestellt werden. Insgesamt war nach der auf Grund dieser Tatsachen zu treffenden Wahrscheinlichkeitsprognose eine gegenwärtige Gefahr i. S. von § 31 I NWPolG anzunehmen.

II. Verhältnismäßigkeit

Die beantragte Rasterfahndung war auch verhältnismäßig; das gewählte Mittel und der gewollte Zweck standen in einem vernünftigen Verhältnis zueinander und war für den Bet. zu 2 zumutbar.

1. Geeignetheit

Ein Mittel ist geeignet, wenn das angestrebte Ziel mit seiner Hilfe erreicht werden kann. Geeignet ist eine Maßnahme nach Auffassung des BVerfG bereits dann, wenn mit ihrer Hilfe das gewünschte Ziel gefördert werden kann (vgl. BVerfGE 20, 213; 30, 316; 33, 187). In der Vergangenheit sind gewisse Erfolge mit der Rasterfahndung bei der Strafverfolgung erzielt worden (vgl. Sokoll, in: Polizei und Datenschutz, 1999, S. 188f., 196); auch der Geheimdienst bedient sich mit Erfolg des Mittels der Rasterfahndung (vgl. Siebrecht, Rasterfahndung, 1997, Fußn. 78). Für den Bereich der Gefahrenabwehr ist die Rasterfahndung geeignet, wenn sie auch nur teilweise zur Realisierung des gesteckten Ziels führt und der verfolgte Zweck möglicherweise gefördert wird (vgl. Siebrecht, S. 92). Mit Hilfe der Rasterfahndung sollten potenzielle extremistische islamistische Terroristen enttarnt werden. Nach den Ausführungen des Ast. ist auf Grund der bereits bekannten Angehörigen oder Unterstützer des Netzwerks von Osama Bin Laden eine Vielzahl von Gemeinsamkeiten der gesuchten Personen erkennbar. Sind solche gemeinsamen Merkmale vorhanden, kann die elektronische Rasterung Personen, die die angegebenen Merkmale aufweisen, heraus filtern. Nicht erforderlich ist, dass alle heraus gefilterten Personen als Störer anzusehen sind; vielmehr reicht es aus, wenn auch nur die Möglichkeit der Identifizierung eines Täters besteht (vgl. Siebrecht, S. 92 f.) bzw. anhand des heraus

gefilterten Datensatzes weitere konventionelle Ermittlungsmethoden lohnend scheinen (vgl. Bäumler, in: Lisken/Denninger, Kap. J Rdnr. 212). Angesichts der Schwere der befürchteten Verbrechen genügt eine nur geringe Aufklärungswahrscheinlichkeit (vgl. Siebrecht, S. 96). Gemessen an diesen Anforderungen war die angeordnete Maßnahme geeignet.

2. Erforderlichkeit

Wie bereits das AG ausgeführt hat, war die beantragte Anordnung der Rasterfahndung auch erforderlich, da andere, weniger belastende Maßnahmen zur Erreichung desselben Ziels nicht zur Verfügung standen. Anders als bei herkömmlichen Straftaten knüpft die Ermittlungsarbeit im Bereich der organisierten Kriminalität regelmäßig an den Verdacht einer Straftat an, nicht aber an einen angezeigten Strafverdächtigen; gerade bei den sich ihrer Umwelt gegenüber unauffällig verhaltenden Straftätern sind die üblichen Ermittlungsmethoden wie Durchsuchung, Beschlagnahme und Vernehmung untauglich (vgl. Siebrecht, S. 93 u. 95; Kniesel/Vahle, DÖV 1990, 646 [648]). Eine Einzelüberwachung erscheint angesichts der Vielzahl von Betroffenen weder sinnvoll noch weniger belastend. Eine etwaige Überwachung des Telefonverkehrs würde ebenfalls die vorherige Übermittlung der Daten der Betroffenen voraussetzen und dürfte mit einem noch schwereren Grundrechtseingriff verbunden sein, da hier auch persönliche Lebensbereiche betroffen wären.

3. Angemessenheit

Die angeordnete Rasterfahndung steht nicht zu dem angestrebten Erfolg außer Verhältnis. Die Verhältnismäßigkeit des Mittels ist gewahrt, wenn das Allgemeininteresse das Interesse des Bet. zu 2 an der Wahrung seines aus dem Persönlichkeitsrecht nach Art. 2 I GG fließenden Rechts auf informationelle Selbstbestimmung überwiegt. Dieses ist - wie bereits das BVerfG in seinem Volkszählungsurteil vom 15. 12. 1983 (vgl. BVerfGE 63, 1 [43]) ausgeführt hat - nicht schrankenlos gewährleistet. Danach hat „der Einzelne nicht ein Recht im Sinne einer absoluten, uneingeschränkten Herrschaft über seine Daten. [...] Information, auch soweit sie personenbezogen ist, stellt ein Abbild sozialer Realität dar, das nicht ausschließlich dem Betroffenen allein zugeordnet werden kann“; die Spannung Individuum - Gemeinschaft ist deshalb im Sinne der Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit der Person zu entscheiden mit der Folge, dass der Einzelne Einschränkungen seines Rechts auf informationelle Selbstbestimmung im überwiegenden Allgemeininteresse hinnehmen muss (vgl. BVerfGE 63, 1 [44]).

a. Allgemeininteresse an Gefahrenabwehr

Ein überwiegendes Allgemeininteresse folgt hier aus dem Anspruch aller übrigen Bürger auf Sicherheit und Schutz. Der Polizei obliegt der unbedingte Auftrag, Störungen zu vermeiden und Gefahren abzuwehren. Allerdings knüpft die Einräumung solcher Befugnisse zum Zweck der Gefahrenvorsorge und Gefahrenforschung nicht mehr an die Abwehr konkreter Gefahren und das Störerprinzip an (vgl. Sokoll, S. 191 m.w.Nachw.; Kniessel/Vahle, DÖV 1990, 646 [648]). Es geht vielmehr um Vorfeldbefugnisse der Polizei, die tendenziell Eingriffsmöglichkeiten gegen jedermann eröffnen (vgl. Kniessel/Vahle, aaO). Bei der Abwägung der widerstreitenden Interessen ist daher in besonderem Maße zu berücksichtigen, dass durch die Rasterfahndung in das grundgesetzlich geschützte informationelle Selbstbestimmungsrecht eines Nichtstörers eingegriffen wird. Indes ist dies inzwischen auch für andere Bereiche anerkannt, so z. B. für die Fluggastkontrollen nach § 29 c LuftVG. Dabei handelt es sich ebenfalls um eine Kontrolle von Nichtstörern zur Abwehr einer großen Gemeingefahr; die Berechtigung zu einer solchen Maßnahme wird aus einer notstandsähnlichen Situation hergeleitet, indem man die Betroffenen auf Grund eines besonderen räumlichen oder zeitlichen Nähe zu der polizeilichen Situation für sozialpflichtig hält (vgl. Liskin, in: Polizei und Datenschutz, 1999, S. 39). Die mit den Fluggastkontrollen verbundenen Eingriffe hat schon Benda (in: Benda/Maihofer/Vogel, Hdb. des VerfR, 1984, S. 120 f.) als hinzunehmen erachtet, denn „der Fortschritt der Technik bewirkt erhöhte Gefährdungen, denen bislang nicht anders als durch den Rückgriff auf die primitive Vermutung begegnet werden kann, dass jedermann potenziell ein Flugzeugentführer oder ein Terrorist sei. Solange man von einer ernsthaften Gefahrenlage ausgehen muss, gegen die eine wirksame Abhilfe nicht gefunden ist, werden solche Eingriffe hinzunehmen sein“. Dies gilt auch etwa für Personenkontrollen an Fußballstadien und bei anderen Großveranstaltungen, bei denen gewalttätige Aktionen befürchtet werden. Die Inanspruchnahme unbeteiligter Dritter lässt sich jedoch nur in engen Grenzen rechtfertigen und erfordert eine besonders strenge Beachtung des Übermaßverbotes (vgl. Liskin/Denninger, Kap. D, Rdnr. 10; Siebrecht, 5. 65).

b. Abwägung mit dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung des Betroffenen

Der Bet. zu 2 ist durch die angeordnete Maßnahme nicht übermäßig beeinträchtigt worden. Dass eine notstandsähnliche Situation vorlag, ergibt sich aus den vorstehenden Ausführungen zum Merkmal „gegenwärtige Gefahr“. Der Bet. zu 2 stand als Nichtstörer in einer -

wenn auch schwachen - Beziehung zu dieser Situation, denn er besitzt eine Staatsangehörigkeit, die in der Antragschrift als verdächtig aufgeführt ist. Dass er deshalb unter den Personenkreis fällt, dessen Daten übermittelt wurden, ist nicht zu beanstanden. Wie bereits ausgeführt, sind der Polizei nach der Antragschrift 42 Personen bekannt, die als Unterstützer oder Kontaktpersonen im Netzwerk des Osama Bin Laden gelten. Wenn sie auf Grund dieser Erkenntnisse bestimmte Staatsangehörige als verdächtig einstuft, beruht dies auf ermittlungsbedingt begründeten Tatsachen. Bei einer Einschränkung des Personenkreises, etwa auf Männer islamischer Religionszugehörigkeit, wäre der Bet. zu 2 zwar möglicherweise nicht von der Datenübermittlung betroffen gewesen; eine solche Beschränkung wäre aber untauglich gewesen, da die Religionszugehörigkeit weder beim Einwohnermeldeamt noch bei Universitäten, Hochschulen und Fachhochschulen offenbart werden muss, somit potenzielle Täter nicht erfasst worden wären. Mit der angeordneten Rasterfahndung werden auch keine unzumutbaren intimen Angaben über den Bet. zu 2 verlangt, so dass der vom BVerfG für unantastbar gehaltene Bereich (vgl. BVerfGE 65, 1) hier nicht tangiert ist. Die Abwägung der widerstreitenden Interessen - Recht auf informationelle Selbstbestimmung/Allgemeininteresse - führt, bezogen auf den Bet. zu 2 und auf den Zeitpunkt der Beschwerdeentscheidung, zu einem Vorrang der Interessen der Allgemeinheit an einer Gefahrenabwehr mit Hilfe der beantragten und vom AG angeordneten Rasterfahndung.

2. Teil: Beschluss des OLG Frankfurt a.M., vom 21.02.2002 (20 W 55/02):

Leitsatz (der Redaktion):

Zur Rechtswidrigkeit der in Hessen auf Grund der Ereignisse vom 11. September 2001 in den USA angeordneten Rasterfahndung.

Sachverhalt:

Am 24. 9. 2001 beantragte das Hessische Landeskriminalamt (Bet. zu 1) bei dem AG Wiesbaden nach § 26 I und IV HSOG anzuordnen, dass die Meldebehörden des Landes Hessen, die hessischen Universitäten und Hochschulen sowie das Luftfahrtbundesamt verpflichtet sind, ihm von näher bestimmten Personengruppen automatisiert gespeicherte personenbezogene Daten, nämlich Namen, Vornamen, Geburtsdatum, Geburtsort und Anschrift zum Zwecke des Abgleichs mit anderen Datenbeständen (Rasterfahndung) zu übermitteln. Der Bet. zu 1 begründete seinen Antrag im Wesentlichen mit einer nach den Terroranschlägen vom 11. September 2001 anzunehmenden Gefährdungssituation im Falle eines

Militäranschlags gegen Ziele in Afghanistan und/oder Unterstützerstaaten. Mit Beschluss vom 25. 9. 2001 gab das AG Wiesbaden dem Antrag in vollem Umfang statt. Am 15. 10. 2001 legte der Bet. zu 2 gegen den amtsgerichtlichen Beschluss Beschwerde ein. Er sieht in der Übermittlung von Daten an den Bet. zu 1, die seine Person betreffen, einen Verstoß gegen das Recht auf informationelle Selbstbestimmung. Das LG Wiesbaden hat mit Beschluss vom 14. 11. 2001 die an sich statthafte Beschwerde mangels Beschwerdeberechtigung des Bet. zu 2 als unzulässig angesehen und zurückgewiesen. Auf die dagegen gerichtete weitere Beschwerde des Bet. zu 2 hat der Senat den landgerichtlichen Beschluss am 8. 1. 2002 (NVwZ 2002, 627) aufgehoben und die Sache an das LG zur neuen Prüfung und Entscheidung zurückverwiesen. Durch Beschluss vom 6. 2. 2002 hat das LG die amtsgerichtliche Anordnung aufgehoben. Mit der am 8. 2. 2002 eingegangenen weiteren Beschwerde wendete sich der Bet. zu 1 gegen die landgerichtliche Entscheidung. Die weitere Beschwerde hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

A. Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung

Der Senat hat in seiner Entscheidung vom 8. 1. 2002 (NVwZ 2002, 627) unter anderem darauf hingewiesen, dass seit dem Volkszählungsurteil des BVerfG vom 19. 10. 1983 (BVerfGE 65, 1 [41 ff.]) geklärt ist, dass der Einzelne das Recht hat, grundsätzlich selbst zu entscheiden, wann und innerhalb welcher Grenzen persönliche Lebenssachverhalte offenbart werden. Das BVerfG hat ausdrücklich festgestellt, dass die freie Entfaltung der Persönlichkeit unter den modernen Bedingungen der Datenverarbeitung den Schutz des Einzelnen gegen unbegrenzte Erhebung, Speicherung, Verwendung und Weitergabe seiner persönlichen Daten voraussetzt, dass dieser Schutz daher von dem Grundrecht des Art. 2 I i. V. mit Art. 1 I GG umfasst ist, und dass das Grundrecht insoweit die Befugnis gewährleistet, grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen (BVerwGE 65, 1 [43]).

B. Schranken-Schranken

1. Richtervorbehalt

In den Polizeigesetzen der Länder sind bestimmte staatliche Eingriffe in Grundrechte oder grundrechtsgleiche Rechte unter einen Richtervorbehalt gestellt. Dies ist auch in Hessen der Fall, z.B. in den §§ 15 IV, V, 16 I, V, 26 I, IV, 33 HSOG. Für das Verfahren verweist § 39 I 2 HSOG auf das Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FGG). Mit dieser Verwei-

sung hat der Gesetzgeber die Verantwortung für die staatlichen Eingriffe auf die ordentlichen Gerichte übertragen und zugleich besondere Verfahrensregeln vorgegeben. So sieht das FGG für das gerichtliche Verfahren nicht nur drei Instanzen vor, sondern verpflichtet die Tatsacheninstanzen (AG und LG) unter anderem zu Amtsermittlungen (§ 12 FGG). Die Tatsachen-gerichte dürfen sich nicht auf Plausibilitätsprüfungen beschränken, sondern müssen selbst die Tatsachen feststellen, die eine richterliche Anordnung rechtfertigen (vgl. zu dem Prüfungsumfang bei einer richterlichen Anordnung polizeilichen Gewahrsams nach dem HSOG BVerfGE 83, 24). Mit der Übertragung der Entscheidungskompetenz und Verantwortung auf die Gerichte ist zugleich die Erwartung verbunden, dass sich die zur Entscheidung berufenen Richterinnen und Richter - auch in Krisenzeiten - nicht von eigenen Emotionen oder Emotionen anderer, sondern ausschließlich vom Gesetz leiten lassen (Art. 20 III, 92, 97 I GG, §§ 25, 38 DRiG).

II. Gegenwärtige Gefahr

Nach § 26 I 1 HSOG können die Polizeibehörden nach richterlicher Anordnung (§ 26 IV 1 HSOG) von öffentlichen Stellen oder Stellen außerhalb des öffentlichen Bereichs zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr für den Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes oder für Leib, Leben oder Freiheit einer Person die Übermittlung von automatisiert gespeicherten personenbezogenen Daten bestimmter Personengruppen zum Zwecke des Abgleichs mit anderen Datenbeständen verlangen, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass dies zur Abwehr der beschriebenen Gefahren erforderlich ist.

Im Mittelpunkt der gerichtlichen Prüfung steht die Frage, ob von einer „gegenwärtigen“ Gefahr im Sinne des Gesetzes auszugehen ist. Dies hat das LG in Übereinstimmung mit der Entscheidung des LG Berlin vom 15. 1. 2002 in der Sache 84 T 278/01 zu Recht verneint.

1. Definition

Im polizeilichen Gefahrenabwehrrecht wird der Gefahrenbegriff differenziert gebraucht. Allgemein liegt eine Gefahr vor, wenn eine Sachlage oder ein Verhalten bei ungehindertem Ablauf des objektiv zu erwartenden Geschehens mit Wahrscheinlichkeit ein polizeilich geschütztes Rechtsgut schädigen wird (BVerwGE 45, 51 [57]; vgl. dazu auch Lissen/Denninger, Hdb. des PolizeiR, 3. Aufl. [2001], S. 214; Götz, Allgemeines Polizei- und OrdnungsR, 13. Aufl. [2001], Rdnr. 140; Hornmann, HSOG, 1997, § 1 Rdnr. 11).

Das hessische Gefahrenabwehrrecht kennt unter anderem die latente/potenzielle, abstrakte und konkrete Gefahr (vgl. dazu Meixner, HSOG, 9. Aufl. [2001], § 1

Rdnrn. 10ff.) und verwendet im HSOG die Begriffe der „dringenden“ Gefahr (§ 38 VI), der „erheblichen“ Gefahr (§ 22 III 1 Nr. 2), der „gegenwärtigen“ Gefahr (§§ 15 IV, 26 I 1, 38 II Nr. 2, 40 Nr. 1, 58 II, 60 III, IV, 61 I Nr. 1 und 88 I) und der „gegenwärtigen erheblichen“ Gefahr (§ 9 I Nr. 1). Von einer „gegenwärtigen“ Gefahr ist auszugehen, wenn die Einwirkung des schädigenden Ereignisses bereits begonnen hat oder unmittelbar oder in allernächster Zeit mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit bevorsteht (vgl. BVerwGE 45, 51 [58] m.w. Nachw.; Lisken/Denninger, S. 220; Meixner, § 1 Rdnr. 14; Götz, Rdnr. 147; Hornmann, § 11 Rdnr. 32; Drews/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrenabwehr, 9. Aufl. [1985], S. 332). Das besondere Gewicht, das der zeitlichen Nähe und der Steigerung des Wahrscheinlichkeitsgrades bei der Beurteilung der „gegenwärtigen“ Gefahr i. S. des § 26 I 1 HSOG zukommt, lässt sich auch daran erkennen, dass die Datenübermittlung als Gefahrenabwehr auch für den Fall der „gegenwärtigen“ Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit einer Person vorgesehen ist.

Zu Recht weist das LG darauf hin, dass es sich bei der „gegenwärtigen“ Gefahr um die höchste Steigerungsform des Gefahrenbegriffs handelt (vgl. dazu auch Lisken/Denninger, S. 223). Die Polizeigesetze verwenden diesen Gefahrenbegriff als Eingriffsschwelle nicht nur, wenn das bedrohte Rechtsgut oder das Rechtsgut, in das eingegriffen werden soll, einen besonders hohen Rang besitzt, sondern auch dann, wenn - wie bei der Rasterfahndung - Nichtstörer in Anspruch genommen werden sollen (vgl. dazu Lisken/Denninger, S. 220). Der Begriff der „gegenwärtigen“ Gefahr wird auch in anderen Gesetzen verwendet, wenn es um Gefahrenabwehr im Notstandsfall oder notstandsähnlichen Fall geht, z. B. in § 904 BGB und in § 31 EGGVG. Im Strafrecht wird ähnlich wie im polizeilichen Gefahrenabwehrrecht unter dem „gegenwärtigen“ Angriff (der „gegenwärtigen“ Gefahr) nicht nur der bereits begonnene, sondern auch der unmittelbar bevorstehende Angriff verstanden (BGH, Beschluss vom 11. 12. 1991 - 2 StR 535/91; Tröndle/Fischer, StGB, 49. Aufl., § 32 Rdnrn. 8 f.).

2. Subsumtion

Nach der Aktenlage fehlen hinreichende Anhaltspunkte dafür, dass in dem hier maßgeblichen Zeitpunkt der landgerichtlichen Entscheidung die Voraussetzungen für die Anordnung der Datenübermittlung nach § 26 I HSOG zur Abwehr von Terroranschlägen in Deutschland gegeben waren. Der Senat vermag der Argumentation des OLG Düsseldorf in der Entscheidung vom 8. 2. 2002 in der Sache 3 Wx 351/01 [vorstehend in diesem Heft, Anm. d. Red.] nicht zu folgen. Die vom OLG Düsseldorf für seine Meinung herangezogenen Entscheidun-

gen des BVerwG betreffen die „konkrete“ Gefahr (BVerwG, DÖV 1970, 713) und die „dringende Gefahr“ (BVerwGE 47, 31), nicht aber die „gegenwärtige“ Gefahr.

a. Abgrenzung zur „konkreten“ und „dringenden“ Gefahr

Eine „konkrete“ Gefahr liegt vor, „wenn in dem zu beurteilenden konkreten Einzelfall irgendwann, freilich in überschaubarer Zukunft, mit dem Schadenseintritt hinreichend wahrscheinlich gerechnet werden muss“ (BVerwG, DÖV 1970, 713 [715]; vgl. auch Lisken/Denninger, S. 215). Eine „dringende“ Gefahr liegt vor, „wenn eine Sachlage oder ein Verhalten bei ungehindertem Ablauf des objektiv zu erwartenden Geschehens mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein wichtiges Rechtsgut schädigen wird“ (BVerwGE 47, 31 [401]; vgl. dazu auch Lisken/Denninger, S. 485 f.). Im Gegensatz zur „konkreten“ und zur „dringenden“ Gefahr erfordert die „gegenwärtige“ Gefahr die besondere Zeitnähe und einen besonders hohen Grad an Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts, d.h. der Schaden muss „sofort und fast mit Gewissheit (mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit)“ (so BVerwGE 45, 51 [58]) eintreten. Die vom OLG Düsseldorf als ausreichend angesehene Möglichkeit terroristischer Anschläge in Deutschland reicht nach Meinung des Senats zur Annahme einer „gegenwärtigen“ Gefahr nicht aus.

b. Abgrenzung zur „Dauergefahr“

Der Senat vermag auch der am 18. 2. 2002 bekannt gewordenen, auf der Beratung vom 1. 1. 2002 beruhenden Entscheidung des VG Mainz, 1 L 1106/01.MZ, nicht zu folgen. Das VG Mainz hatte nicht über die Anordnung der Datenübermittlung, sondern über den Antrag zu befinden, dem Präsidenten des rheinland-pfälzischen Landeskriminalamts zu untersagen, übermittelte Daten zu speichern und zu verarbeiten. Es kann hier offen bleiben, ob die Prüfungskompetenz der Verwaltungsgerichte die Prüfung der Rechtmäßigkeit der Rasterfahndung umfasst oder sich nur auf die Einhaltung der Speicherungs-, Bearbeitungs- und Löschungsvorschriften bezieht. Das VG Mainz stellt nach Auffassung des Senats zu Unrecht die „Dauergefahr, die sich in den erfolgten Attentaten bereits konkretisiert hat und die nach Lage der Dinge weitere Terroranschläge befürchten lässt...“ der „gegenwärtigen“ Gefahr gleich. Ungeachtet der Frage, ob eine Dauergefahr eine „gegenwärtige“ Gefahr i. S. des § 26 I 1 HSOG ist, reicht die Befürchtung weiterer Terroranschläge nicht für die Annahme des vom Gesetz geforderten hohen Wahrscheinlichkeitsgrads aus.

c. Kein geringerer Wahrscheinlichkeitsgrad bei potentiell besonders hohen Schäden

Die von dem OLG Düsseldorf und von dem VG Mainz angewandte, aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz abgeleitete Faustregel, dass an die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts um so geringere Anforderungen zu stellen sind, je größer der zu erwartende Schaden und je höher das Schutzgut sind (vgl. zur Anwendung der Faustregel bei der „konkreten“ Gefahr: BVerwG, DÖV 1970, 713 [715]; bei der „dringenden“ Gefahr:

BVerwGE 47, 31 [40]; bei der „Gefährdung“ der freiheitlich demokratischen Grundordnung oder der Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland i. S. des § 101 Nr. 1 AuslG a.F.: BVerwGE 62, 36 [38]; bei der „unmittelbar bevorstehenden“ oder „gegenwärtigen“ Gefahr: BVerwGE 45, 51 [61]; vgl. zu der Faustregel auch Lisken/Denninger, S. 220), gestattet es dem Senat auch in Anbetracht der tragischen Ereignisse des 11. September 2001 nicht, den gesetzlich vorgegebenen Gefahrenbegriff der „gegenwärtigen“ Gefahr durch einen geringe-

ren Gefahrenbegriff - wie der „dringenden“ oder „konkreten“ Gefahr - oder durch den Begriff der „Gefährdung“ mit jeweils deutlich geringerer Zeitnähe des Schadenseintritts und deutlich geringerem Wahrscheinlichkeitsgrad zu ersetzen. Dies ist allein dem Gesetzgeber vorbehalten. Danach bedarf es hier keiner endgültigen Entscheidung der Frage, ob die Datenübermittlung zum Zwecke der Rasterfahndung zur Abwehr einer „gegenwärtigen“ Gefahr erforderlich ist. Daran bestehen allerdings erhebliche Zweifel, zumal bereits die Eignung der Rasterfahndung zur Abwehr einer „gegenwärtigen“ Gefahr sehr fraglich ist und die praktische Bedeutung der Rasterfahndung als gering eingeschätzt wird (Lisken/Denninger, S. 780 und 894). Da es hier um die Anwendung von landesgesetzlichen Vorschriften geht, kommt eine Vorlage der weiteren Beschwerde an den BGH nach § 28 II FGG wegen einer möglichen Abweichung von der Entscheidung des OLG Düsseldorf nicht in Betracht.

Standort: Staatsorganisation

Problem: Bund-Länder-Streit; Bundestreue

BVERFG, BESCHLUSS VOM 05.12.2001
2 BVG 1/00 (NVWZ 2002, 591)

Problemdarstellung:

Die bayerische Staatsregierung (ASt.) sah die Länder, insbes. den Freistaat Bayern, durch die politisch motivierte Entscheidung des Bundes, eine weitere Erkundung des Salzstockes in Gorleben auf seine Eignung als atomares Endlager aufzugeben, in ihren verfassungsrechtlichen Rechten verletzt. Im Wege eines Bund-Länder-Streits versuchte die ASt. daher vor dem BVerfG, die Erkundung des Endlagers Gorleben durch den Bund zu erzwingen (Antrag zu 1) bzw. eine Beteiligung bei der Änderung des Entsorgungskonzepts durchzusetzen. Dabei rügte sie im wesentlichen eine Verletzung von Grundrechten, der Art. 20 a, 20 III, 83 ff. GG sowie des Grundsatzes bundesfreundlichen Verhaltens.

Das BVerfG verwarf die Anträge als unzulässig, da es der ASt. an der Antragsbefugnis fehle. Das Gericht setzt sich dabei insbes. mit dem Gebot bundesfreundlichen Verhaltens (auch „Bundestreue“ genannt) auseinander. Es betont, dass dieser Grundsatz nur zur Rücksichtnahme auf Länderinteressen innerhalb eines bestehenden Verfassungsrechtsverhältnisses (also einer von verfassungsrechtlichen Rechten und Pflichten geprägten Beziehung zwischen Bund und Ländern) führen, nicht jedoch selbst ein solches begründen kön-

ne. Da es den Ländern aber an eigenen Rechten im Verhältnis zum Bund im Bereich der Endlagerung von Atommüll fehle, komme auch der Grundsatz bundesfreundlichen Verhaltens nicht zur Anwendung.

Prüfungsrelevanz:

Erst mit Urteil vom 19.02.2002 (RA 2002, 133 = NVwZ 2002, 585 m. Anm. Frenz, NVwZ 2002, 561) hatte das BVerfG - übrigens auch im Rahmen eines Bund-Länder-Streits - zum Umfang der Wahrnehmungskompetenzen der Länder in der Bundesauftragsverwaltung Stellung genommen und dabei das Gebot bundesfreundlichen Verhaltens umfassend beleuchtet. Sowohl der Bund-Länder-Streit als Rechtsbehelf wie auch das Gebot bundesfreundlichen Verhaltens selbst haben durch diese bedeutsame Entscheidung erheblich an Aufmerksamkeit und damit an Prüfungsrelevanz gewonnen.

Das Gebot bundesfreundlichen Verhaltens lässt sich zusammenfassend als Verpflichtung des Bundes gegenüber den Ländern, der Länder gegenüber dem Bund und der Länder untereinander beschreiben, im Rahmen der ihnen von der Verfassung gewährten Rechte auf die Belange des jeweils Anderen in der gebotenen, ihnen zumutbaren Weise Rücksicht zu nehmen. Das Gebot bundesfreundlichen Verhaltens ist also keine eigene, einklagbare Kompetenz, sondern eine ungeschriebene Kompetenzschränke, die sich aus

dem Bundesstaatsprinzip des Art. 20 I GG ableiten lässt und - vereinfacht ausgedrückt - wie der zivilrechtliche Grundsatz von "Treu & Glauben" wirkt. Aus ihr erwachsen vor allem ungeschriebene Ansprüche auf Absprache, Anhörung, Information, Koordination usw., also *Beteiligungsrechte*.

Ein Beispiel für das Gebot bundesfreundlichen Verhaltens der Länder untereinander ist das Rundfunkrecht. Hier sind die Länder im gesamtstaatlichen Interesse zur Koordination verpflichtet, weil sich bundesweite TV-Sender nicht nach unterschiedlichen landesrechtlichen Regelungen richten können. "Koordination" bedeutet dabei sowohl ein im wesentlichen gleiches Rundfunkrecht als auch einen im wesentlichen gleichen Vollzug desselben. Das Beispiel zeigt somit auch, dass das Gebot bundesfreundlichen Verhaltens sowohl Legislativ- als auch Exekutivkompetenzen begrenzen kann.

Vertiefungshinweise:

Gebot bundesfreundlichen Verhaltens im Bereich der friedlichen Nutzung der Kernenergie: *BVerfG*, RA 2002, 133 = *NVwZ* 2002, 585

Koordinationspflicht der Länder im Bereich des Rundfunkwesens: *BVerfGE* 73, 118, 197 ff.; 12, 205 ff.; 92, 203 ff.

Kursprogramm:

Examenskurs: "Der widerspenstige Minister"

Leitsatz:

Als Kompetenzausübungsschranke für den Bund setzt der Grundsatz bundesfreundlichen Verhaltens wegen seiner Akzessorietät eine korrespondierende Rechtsposition der Länder voraus. Allein der Umstand, dass das Land für den Vollzug bestimmter Gesetze zuständig ist, begründet noch keine solche Rechtsposition.

Sachverhalt:

Die bayerische Staatsregierung beantragte im Wege des Bund-Länder-Streits festzustellen, dass der Bund dadurch gegen Art. 20 III GG und die grundgesetzliche Kompetenzverteilung der Art. 83 ff. GG sowie den verfassungsrechtlichen Grundsatz des bundesfreundlichen Verhaltens verstößt, dass er die Erkundung des Salzstockes Gorleben als Endlager für radioaktive Stoffe und das zwischen Bund und Ländern vereinbarte integrierte Entsorgungskonzept für radioaktive Abfälle ohne Beteiligung der Länder aufgibt. Die Anträge wurden gem. § 24 BVerfGG verworfen.

Aus den Gründen:

Die Anträge sind als unzulässig zu verwerfen.

A. Antragsgegenstand

Verfahrensgegenstand im Bund-Länder-Streit gem. § 69 i. V. mit § 64 I BVerfGG kann auch eine Unterlassung des Ag. sein. Die Ast. rügt im Schwerpunkt ein Unterlassen; denn sie greift die Unterbrechung der Erkundung des Salzstockes in Gorleben und die Nichtbeteiligung der Länder bei der Aufgabe des integrierten Entsorgungskonzepts für radioaktive Abfälle durch die Ag. an.

B. Antragsfrist

Der Antrag ist auch fristgemäß binnen sechs Monaten gestellt (§ 69 i. V. mit § 64 III BVerfGG). Die Ag. hat die Entschließung zum Moratorium in Nr. IV.4 und zur Aufgabe des Entsorgungskonzepts in Nr. IV.2 der Vereinbarung vom 14. 6. 2000 kenntlich gemacht; dies kann deshalb der Ast. nicht vorher bekannt geworden sein.

C. Antragsbefugnis

Die Ast. hat ihre Antragsbefugnis nicht darzulegen vermocht. Im Verfahren des Bund-Länder-Streits nach Art. 93 I Nr. 3 GG, § 13 Nr. 7 BVerfGG sind als Streitgegenstand Maßnahmen oder Unterlassungen vorausgesetzt, die innerhalb eines Bund und Land umspannenden materiellen Verfassungsrechtsverhältnisses eine verfassungsrechtliche Rechtsposition des Landes verletzen oder unmittelbar gefährden können (*BVerfGE* 81, 310 [329]; 92, 203 [226]; 95, 250 [262]; st. Rspr.). Es ist nichts dafür ersichtlich, dass dem Freistaat Bayern eine im Grundgesetz wurzelnde Rechtsposition auf „zügige und kontinuierliche Erkundung“ des Endlagers Gorleben (Antrag zu 1) oder auf Beteiligung bei der Änderung des Entsorgungskonzepts (Antrag zu 2) gegenüber dem Bund zustehen könnte. Die Ast. kann sich auf die Verletzung von Grundrechten, des Art. 20 a GG und des Art. 20 III GG nicht berufen, weil ein Land vom Bund nur die Achtung solcher Verfassungsnormen verlangen kann, die die Bundesgewalt in ihrer Auswirkung auf das Verfassungsleben der Länder beherrschen und damit eine rechtliche Beziehung zwischen Bundesgewalt und Landesgewalten herstellen (*BVerfGE* 81, 310 [333]). Die genannten Bestimmungen des Grundgesetzes prägen aber das föderative Bund-Länder-Verhältnis nicht.

I. Aus Grundrechten

Die Länder sind nicht Träger von Grundrechten, und sie können auch nicht deshalb, weil sie Aufgaben im Interesse der Allgemeinheit wahrnehmen, Sachwalter

des Einzelnen bei der Wahrnehmung seiner Grundrechte sein. In der bundesstaatlichen Ordnung des Grundgesetzes begründen die Grundrechte nicht selbstständige Kompetenzen, sondern binden nur bei der Wahrnehmung von Kompetenzen (BVerfGE 81, 310 [334]). Ein Ausnahmefall, wie er für die Rundfunkfreiheit wegen der fundamentalen Bedeutung für das verfassungsrechtliche Leben in den Ländern begründet wurde (BVerfGE 12, 205 [259]), ist von der Ast. nicht behauptet und liegt hier auch nicht vor.

II. Aus Staatszielbestimmungen

Die von der Ast. ebenfalls angeführte Bestimmung des Art. 20 a GG prägt das föderative Bund-Länder-Verhältnis nicht. Der Umstand, dass auch der Bund bei der Wahrnehmung seiner Zuständigkeiten Staatszielbestimmungen ebenso wie Grundrechte zu beachten hat, begründet keine verfassungsrechtliche Rechtsposition, auf die sich ein Land gegenüber dem Bund berufen kann. Im Hinblick darauf kann offen bleiben, ob sich aus Art. 20 a GG überhaupt ein Gebot zur zügigen und kontinuierlichen Erkundung eines Endlagers ableiten ließe.

III. Aus dem Rechtsstaatsprinzip

Die in Art. 20 III GG statuierte Bindung der vollziehenden Gewalt an Gesetz und Recht ist eine Konkretisierung des Rechtsstaatsprinzips, das dem Land ebenfalls keine Rechtsposition gegenüber dem Bund verleiht. Vor allem kann die einfach-gesetzliche Pflicht des Bundes zur Einrichtung eines Endlagers aus § 9 a III 1 Halbs. 2 AtG nicht über Art. 20 III GG zu einer verfassungsrechtlichen Pflicht gegenüber dem Land erhöht werden.

IV. Aus Verwaltungskompetenzen

Den Ländern kommt nach der Zuständigkeitsverteilung der Art. 83 ff. GG keine verfassungsrechtliche Position bei der Regelung der Endlagerung zu.

1. Bundeseigene Verwaltung atomarer Endlager

Endlagerstätten werden auf der Grundlage des Art. 87 III 1 GG in bundeseigener Verwaltung erkundet. Dem Bund steht für die Erzeugung und Nutzung der Kernenergie zu friedlichen Zwecken einschließlich der Beseitigung radioaktiver Stoffe die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz gem. Art. 74 I Nr. 11 a GG zu. Er ist deshalb gem. Art. 87 III 1 GG berechtigt, für diese Angelegenheiten selbstständige Bundesoberbehörden durch Bundesgesetz zu errichten. Es handelt sich dabei um einen Fall der fakultativen Bundesverwaltung. Der Bund kann durch die Errichtung der Bundesoberbehörde, der er bestimmte Aufgaben zu-

weist, die Verwaltungszuständigkeit an sich ziehen und gleichzeitig insoweit die Verwaltungshoheit der Länder nach Art. 83 GG beenden. Es ist nicht erforderlich, dass die Verwaltungszuständigkeit des Bundes im Grundgesetz schon anderweitig begründet oder zugelassen ist (BVerfGE 14, 197 [210]). Der Bund hat von seinen Kompetenzen durch § 23 I Nr. 2 AtG Gebrauch gemacht und durch Gesetz vom 9. 10. 1989 (BGBl I, 1830) das Bundesamt für Strahlenschutz errichtet (zuvor war die Physikalisch-Technische Bundesanstalt zuständig).

2. Keine eigenen Länderkompetenzen

Die Ast. hat auch nicht darzulegen vermocht, dass die von ihr behauptete „Verbundverwaltung“ zwischen Bund und Land ihr eine verfassungsrechtliche Position gegenüber dem Bund vermittele. Sie übersieht, dass ein wie auch immer geartetes Zusammenwirken von Bund und Land nach Maßgabe der §§ 22, 23 und 24 AtG und speziell im Bereich der Entsorgung nach § 9 a III AtG ausschließlich durch ein einfaches Bundesgesetz und nicht durch die Verfassung begründet wäre.

V. Aus der Bundestreue

Schließlich kann sich die Ast. auch nicht auf eine allgemeine Rücksichtnahmepflicht des Bundes auf die Länder, die von diesen im Bund-Länder-Streit eingeklagt werden könnte, berufen.

1. Akzessorietät

Der Grundsatz bundesfreundlichen Verhaltens ist nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG akzessorischer Natur und kann deshalb nur innerhalb eines anderweitig begründeten Rechtsverhältnisses oder einer anderweitig begründeten Rechtspflicht Bedeutung gewinnen (BVerfGE 42, 103 [117] m.w. Nachw.; 103, 81 [88]). Er konstituiert oder begrenzt Rechte innerhalb eines bestehenden Rechtsverhältnisses, begründet aber nicht selbstständig ein Rechtsverhältnis zwischen Bund und Ländern (BVerfGE 13, 54 [75]). In einem Bund-Länder-Streit kann wegen des Erfordernisses eines Bund und Länder umschließenden Verfassungsrechtsverhältnisses der Grundsatz des bundesfreundlichen Verhaltens nur innerhalb eines anderweitig begründeten Verfassungsrechtsverhältnisses zur Geltung kommen (BVerfGE 103, 81 [88]). Ein im Bund-Länder-Streit geltend zu machender Anspruch der Länder gegen den Bund aus dem Grundsatz bundesfreundlichen Verhaltens setzt als Anknüpfungspunkt eine verfassungsrechtliche Rechtsposition der Länder voraus.

2. Grundverhältnis

Hinsichtlich der Endlagerung liegt zwar insoweit ein

Verfassungsrechtsverhältnis zwischen Bund und Ländern vor, als auf diesem Gebiet dem Bund gem. Art. 87 III 1 GG, § 23 I Nr. 2 AtG die Verwaltungszuständigkeit zukommt. Die Ast. kann hierauf aber ihre Antragsbefugnis nicht stützen, weil die Länder die Verwaltungszuständigkeit des Bundes zu achten haben. Auch als Kompetenzausübungsschranke für den Bund setzt der Grundsatz bundesfreundlichen Verhaltens wegen seiner Akzessorietät eine korrespondierende

Rechtsposition der Länder voraus. Allein der Umstand, dass das Land für den Vollzug bestimmter Gesetze zuständig ist, begründet noch keine solche Rechtsposition. Das Land hat zwar schon kraft der grundgesetzlichen Zuständigkeitsverteilung einen Anspruch auf Achtung seiner Zuständigkeit. Ein Anspruch darauf, vom Vollzug von Gesetzen, soweit dieser Landesaufgabe ist, verschont zu bleiben, besteht hingegen nicht. [...]

Standort: § 113 I 4 VwGO

Problem: Fortsetzungsfeststellungsinteresse

BVERWG, BESCHLUSS VOM 17.12.2001
6 B 61/01 (NVWZ-RR 2002, 323)

Problemdarstellung:

Der vorliegende Beschluss des BVerwG beschäftigt sich mit den Anforderungen an ein Rehabilitationsinteresse im Rahmen des § 113 I 4 VwGO. Es ging um die Frage, ob ein Rehabilitationsinteresse auch dann bestehen kann, wenn die Behörde den belastenden (weil einen Unrechtsvorwurf enthaltenden) Verwaltungsakt zwischenzeitlich selbst widerrufen hat. Das BVerwG vertritt die Ansicht, dass hierzu eine pauschale Aussage nicht möglich sei, es vielmehr auf die Umstände des Einzelfalles ankomme. Keinesfalls könne ein Rehabilitationsinteresse jedoch von vornherein ausgeschlossen werden. Insbesondere könne der Widerruf z.B. wegen einer zwischenzeitlichen Änderung des Sach- oder Rechtslage ex nunc erfolgen. In diesen Fällen rücke die Behörde auch durch den Widerruf nicht von ihrer Auffassung ab, wonach der belastende Verwaltungsakt jedenfalls im Zeitpunkt seines Erlasses rechtmäßig gewesen, der Unrechtsvorwurf mithin ursprünglich zu Recht erhoben worden sei.

Prüfungsrelevanz:

Das Rehabilitationsinteresse bildet neben der Wiederholungsgefahr und dem Schadensersatzpräjudiz die wichtigste Fallgruppe eines Feststellungsinteresses i.S.d. § 113 I 4 VwGO. Während es früher nahezu einhellig nur bei diskriminierenden Verwaltungsakten bejaht wurde, wird heute auch weithin vertreten, dass jeder intensive Grundrechtseingriff genüge. Das BVerwG spricht vorliegend im Falle eines Verwaltungsakts, mit dem ein "Verweis" wegen eines vorgeblichen beruflichen Fehlverhaltens des Kl. erteilt wurde, von einem Eingriff in die "Berufsehre" des Kl., ohne sich klar zu äußern, ob es in der im Verweis zum Ausdruck kommenden Ehrverletzung eine Diskriminierung sieht oder bereits die Verkürzung des Grund-

rechts aus Art. 12 I 1 GG für sich genommen als ausreichend erachtet. Generell lässt sich die Tendenz des BVerwG beobachten, bei der Bejahung des Rehabilitationsinteresses eher großzügig zu verfahren. Auch vorliegend erachtete es die strengeren Maßstäbe des VGH Kassel als zu eng.

Vertiefungshinweise:

Entscheidung in I. Instanz: *VG Frankfurt a.M.*, NJW-RR 1998, 408

Kursprogramm:

Examenskurs: "Waffen-SS"

Leitsatz (der Redaktion):

Ein berechtigtes Interesse an der Feststellung der Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts i.S.d. § 113 I 4 VwGO kann auch im Falle des Widerrufs eines Verwaltungsaktes durch die Behörde bestehen.

Sachverhalt:

Durch Verfügung vom 9.1.1996 hatte die Börsenaufsicht dem Kl. einen „Verweis“ gem. § 9 II BörsG erteilt, weil er in zwei näher bezeichneten Fällen trotz Vermittlungsmöglichkeit ein Eigen- bzw. Aufgabengeschäft getätigt hatte. Zum 1.2.1996 trat eine sog. "norminterpretierende Verwaltungsvorschrift" der Geschäftsführung der Frankfurter Wertpapierbörse in Kraft, die nähere Regeln über die Tätigkeit der Kursmakler zum Gegenstand hat. Diesen Regeln entnahm das Ministerium eine der „nachträglichen Änderung der Sachlage“ i.S. des § 49 HessVwVfG vergleichbare Situation und widerrief mit Verfügung vom 17.9.1997 den Verweis. Die danach mit einem Fortsetzungsfeststellungsantrag geführte Klage gegen den Verweis vom 9.1.1996 hatte in beiden Vorinstanzen keinen Erfolg. Das VG Frankfurt a. M. hielt die Klage für unbegründet, der VGH Kassel wegen des

fehlenden Feststellungsinteresses für unzulässig. Die Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision führte zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an den VGH.

Aus den Gründen:

Der angefochtene Beschluss beruht auf einem von dem Kl. dargelegten Verfahrensmangel.

A. Entscheidung der Vorinstanz

Der VGH hat unter drei Aspekten das Vorliegen eines berechtigten Interesses an der Feststellung des aufgehobenen Sanktionsbescheides geprüft und verneint.

I. Schadensersatzpräjudiz

Eine beabsichtigte Schadensersatzklage hat das BerGer. für offensichtlich aussichtslos erachtet, weil das VG als Kollegialgericht den Verweis für rechtmäßig erachtet habe.

II. Rehabilitation

Ein anzuerkennendes Rehabilitationsinteresse hat der VGH mit den tragenden Erwägungen verneint, dass der Bekl. seinen Bescheid ersatzlos aufgehoben habe, der deshalb den Kl. nicht mehr belasten könne, der Sache nach eher eine Rücknahme nach § 49 HessVwVfG als ein Widerruf nach § 48 HessVwVfG vorliege [sic! Gemeint ist offenbar: "eher eine Rücknahme nach § 48 HessVwVfG als ein Widerruf nach § 49 HessVwVfG", Anm. d. Red.] und die Aufhebung nicht nur mit ex-nunc-Wirkung erfolgt sei; der Bekl. habe ausdrücklich erklärt, dass ein Vorwurf aus der Sicht des Landes nicht bestehen bleibe [...].

III. Wiederholungsgefahr

Ein Feststellungsinteresse unter dem Gesichtspunkt der Wiederholungsgefahr hat der VGH verneint, weil dies „schon daraus folgt, dass bei einem etwaigen künftigen Verstoß gegen Kursfeststellungspflichten der Sachverhalt im Einzelnen neu überprüft und beurteilt werden muss, und zwar auf Grund der dann konkret gegebenen Marktsituation“.

B. Entscheidung des Senats

Der Kl. wirft [...] die Frage auf, „ob ein Kl. ein berechtigtes Interesse i.S. von § 113 I 4 VwGO haben kann, wenn sich der ihn belastende Verwaltungsakt nach Klageerhebung durch einen Widerruf erledigt hat“. Er verweist darauf, dass für den Fall der Rücknahme eines Verwaltungsaktes durch die Behörde wegen Rechtswidrigkeit in der Rechtsprechung des BVerwG geklärt sei, dass ein berechtigtes Interesse an der Feststellung der Rechtswidrigkeit des aufge-

hobenen Verwaltungsaktes grundsätzlich fehlt (BVerwGE 76, 258 [260]; BVerwG, Buchholz 11 Art. 2 GG Nr. 59, S. 10f.; Buchholz 310 § 113 VwGO Nr. 280). Für den Fall des Widerrufs fehle eine derartige Klärung.

I. Rehabilitationsinteresse trotz Widerrufs

[...] Die Frage des Kl. [lässt sich] ohne weiteres dahin gehend beantworten, dass auch im Falle eines Widerrufs eines Verwaltungsaktes durch die Behörde ein berechtigtes Interesse an der Feststellung der Rechtswidrigkeit bestehen kann. Denn in der Rechtsprechung des BVerwG ist geklärt, dass dazu jedes nach vernünftigen Erwägungen schutzwürdige Interesse rechtlicher, wirtschaftlicher oder auch ideeller Natur gehört (BVerwG, Buchholz 310 § 113 VwGO Nr. 206). Namentlich ein Rehabilitationsinteresse kann eine Fortsetzungsfeststellungsklage i. S. des § 113 I 4 VwGO rechtfertigen, wenn es nach der Sachlage als schutzwürdig anzuerkennen ist, was auch die Art der durch den erledigten Verwaltungsakt bewirkten Eingriffs, insbesondere im grundrechtlich geschützten Bereich erfordern kann (BVerwGE 61, 164 [165 f.]; BVerwG, NVwZ 1999, 991). Es ist nicht zweifelhaft, dass ein solches Interesse auch nach dem Widerruf eines Verwaltungsaktes gegeben sein kann. Das gilt namentlich in den Fällen, in denen der Verwaltungsakt in Freiheit und Ehre eines Betr. eingegriffen hat. So liegt es hier. Der Verweis greift in den grundrechtlich geschützten Bereich der Berufsausübung des Kl. ein (vgl. zu einem „Strafbeschluss“ eines Ehrengerichts der Lotsenbrüderschaft BVerwGE 96, 189). Er ist nicht als unverbindlicher Hinweis zu verstehen, sondern als gleichsam disziplinarische Maßnahme, die das berufliche Verhalten des Kl. missbilligt und einen persönlichen Schuldvorwurf in Gestalt eines Tadels enthält. Damit wird in die berufliche Freiheit und Ehre des Betr. eingegriffen (vgl. auch BVerwG, NVersZ 2000, 420). In derartigen Fällen kann das Feststellungsinteresse auch nach einem Widerruf des Verweises gegeben sein.

II. Zu strenge Anforderungen des Berufungsgerichts

[...] Das Berufungsurteil stellt zu hohe Anforderungen an das Vorliegen eines berechtigten Interesses an der Feststellung der Rechtswidrigkeit des hier erledigten Verwaltungsaktes. Nach den oben dargestellten Grundsätzen ist ein berechtigtes Interesse an der Feststellung der Rechtswidrigkeit (ex tunc) zu bejahen, wenn eine behördliche Anordnung in die berufliche Ehre eines Betr. eingreift und die Behörde nicht unzweideutig von ihrer Maßregelung abrückt, mit anderen Worten, wenn sie nicht deutlich macht, dass sie von Anfang an zu

Unrecht die berufliche Ehre des Betr. berührt hat. Die Börsenaufsichtsbehörde vermeidet es, dem Kl. ein nach der gegebenen Sachlage beanstandungsfreies Verhalten zu attestieren und damit den Kl. zu rehabilitieren. Sie hat ihre Verfügung vom 9.1.1996 nicht ausdrücklich zurückgenommen. Vielmehr hat sie lediglich den nachträglichen Erlass einer Verwaltungsvorschrift zum Anlass für eine erneute Entscheidung genommen, weil diese Vorschrift infolge eines ihr anhaftenden Redaktionsversehens den Kl. zu der irrigen Annahme verleiten könne, sein Verhalten sei rechtmäßig gewesen. Damit ist die Behörde weder von der Feststellung der Rechtswidrigkeit der beanstandeten Handlungen noch von dem - ebenfalls ausschließlich auf den Handlungszeitpunkt bezogenen - Vorwurf eines leichtfertigen Verhaltens des Kl. abgerückt. Auch aus dem abschließenden Hinweis der Behörde auf den Status des Kl. als eines in der Ausbildung befindlichen Kursmaklerstellvertreters lässt sich Gegenteiliges nicht entnehmen. Bei der Aufhebungsverfügung vom 17.9.1997

handelt es sich mithin gerade nicht um eine Rücknahmeverfügung, auch wenn das BerGer. meint, diese Verfügung sei „eher“ als eine Rücknahmeverfügung zu verstehen. Der Kl. möchte unter vergleichbaren Umständen wiederum selbst eintreten und befürchtet für diesen Fall ein erneutes Eingreifen der Börsenaufsicht. Unter diesen Umständen muss der VGH prüfen, ob der Verweis rechtmäßig war. [...] Der VGH wird, wenn dem Kl. ein objektiver Verstoß i.S. des § 9 II BörsG unterlaufen sein sollte, zur Klärung der Frage, ob der Kl. „leichtfertig“ i.S. dieser Bestimmung gehandelt hat, namentlich Inhalt und praktische Bedeutung der nicht revisiblen „Regeln für die Börsenpreisfeststellung“ sowie ggf. der ebenfalls irrevisiblen Vorschriften der Börsenordnung ermitteln müssen und sich unter Umständen Gewissheit darüber verschaffen müssen, wie das Börsengesetz in Fällen der vorliegenden Art durch andere Börsenaufsichtsbehörden gehandhabt wird.

Standort: Straßenrecht

Problem: Verhältnis zum Straßenverkehrsrecht

BGH, BESCHLUSS VOM 04.12.2001
4 STR 93/01 (DAR 2002, 224)

Problemdarstellung:

Der BGH hatte sich vorliegend mit dem Verhältnis des bundesrechtlichen Straßenverkehrsrechts zum landesrechtlichen Straßen- und Wegerecht zu befassen. Konkret ging es um die Frage, ob das Bundesrecht als vorrangiges Recht die landesrechtlichen Regelungen verdrängt, oder ob und unter welchen Umständen diese nebeneinander stehen können. Diese Frage wurde von den Fachgerichten bisher unterschiedlich beurteilt. Einer Ansicht nach seien die Straßen- und Wegegesetze der Länder wegen des Vorrangs des Bundesrechts (Art. 31 GG) verfassungskonform dahingehend ausulegen, dass sie nicht anwendbar seien, wenn gleichzeitig der Tatbestand einer bundesrechtlichen Regelung erfüllt ist (hier: „Dauerparken“ als Verstoß gegen §§ 32, 33 StVO und gegen die Erlaubnispflicht für Sondernutzungen nach Straßen- und Wegerecht). Die Gegenauffassung nimmt jedenfalls dann ein Nebeneinander von Straßenverkehrs- und Straßenwegerecht an, wenn sich das Landesrecht nicht in Widerspruch zu der bundesrechtlichen Bestimmung des Straßenverkehrsrechts setzt.

Der BGH geht einen „Mittelweg“. Er stellt klar, dass das bundesrechtliche Straßenverkehrsrecht jedenfalls insoweit keine Anwendung von Landesrecht zulasse,

als die bundesrechtliche Norm allein straßenverkehrsrechtliche Zwecke erfülle. In diesem Fall sei wegen der umfassenden bundesrechtlichen Regelung in StVG und StVO für konkurrierendes Landesrecht gem. Art. 72 I, 74 I Nr. 22 GG kein Platz. Anders liege der Fall jedoch, wenn keine straßenverkehrsspezifischen Gefahren, sondern allgemeine Gefahren für die öffentliche Sicherheit abgewehrt werden sollen, die (mehr oder minder zufällig) auch einen Bezug zum Straßenverkehr aufweisen.

Prüfungsrelevanz:

Die Abgrenzungsproblematik kann sich in jeder Klausur stellen, in der Ermächtigungsgrundlagen aus StVO bzw. StVG und den Straßen- und Wegegesetzen der Länder in Betracht kommen. Bei letzteren ist dann zu erörtern, ob sie im Lichte einer möglicherweise vorrangigen Bundesregelung überhaupt anwendbar sind.

BVerfG und BVerwG haben sich ebenfalls bereits zahlreiche Male mit der Abgrenzung beschäftigt. beide Gerichte betonen die Selbstständigkeit beider Regelungsbereiche, erkennen aber auch mögliche Überschneidungen. Diese werden durch die Formeln vom „Vorbehalt des Straßenrechts“ und dem „Vorrang des Straßenverkehrsrechts“ gelöst:

- Der „Vorrang des Straßenverkehrsrechts“ spricht den o.g. Konfliktfall an. Widersprechen sich Bundes- und Landesrecht, hat das Bundesrecht wegen Art. 72

I, 74 I Nr. 22, 31 GG in jedem Fall Vorrang.

- Der "Vorbehalt des Straßenrechts" legt es jedoch in die Hand der Länder, durch Widmung zu bestimmen, welche Straßen überhaupt zur Benutzung durch den Bürger zur Verfügung stehen und welchem Zweck diese dienen sollen. Nur innerhalb des durch Widmung bestimmten Nutzungsrahmens kann das Straßenverkehrsrecht konkretisierend wirken (Bsp: Nur wenn die Gemeinde eine Straße als Fußgängerzone widmet, kommen die für Fußgängerzonen geltenden straßenverkehrsrechtlichen Vorschriften zur Anwendung). Die Anwendung des Straßenverkehrsrechts steht also unter dem "Vorbehalt" einer landesrechtlichen, straßenverkehrsrechtlichen Widmung.

Vertiefungshinweise:

Rechtsprechung des BVerfG: BVerfGE 40, 371, 378; 67, 299, 314

Rechtsprechung des BVerwG: BVerwGE 34, 241, 243; 62, 376, 378

Leitsatz:

Bei einer Zuwiderhandlung gegen die §§ 32 und 33 StVO ist die gleichzeitige Anwendung landesrechtlicher Bestimmungen, nach denen die ungenehmigte Sondernutzung einer Straße verboten ist und als Ordnungswidrigkeit geahndet wird, nicht ausgeschlossen.

Sachverhalt:

Das AG hat gegen den Betr. wegen „eines fahrlässigen Verstoßes gegen § 11 Abs. 1 Berliner Straßengesetz“ eine Geldbuße in Höhe von 300 DM festgesetzt. Nach den Feststellungen stellte der Betr. einen zugelassenen und betriebsbereiten Pkw, dessen Halter er war und den er zuvor mit einem von außen sichtbaren Verkaufsangebot versehen hatte, vom 30.5. bis zum 7.6.1999 in Berlin fern von seinem Wohnbezirk am Fahrbahnrand einer Straße ab. In diesem Straßenabschnitt werden in den Sommermonaten zwischen 100 und 130 Kfz zu Verkaufszwecken abgestellt. Das AG ist zu der Überzeugung gelangt, dass das Abstellen des Fahrzeugs von Anfang an zu Werbezwecken erfolgte. Es hat das Verhalten des Betr. deshalb als erlaubnispflichtige Sondernutzung i.S.d. § 11 Abs. 1 Berliner Straßengesetz gewertet. Der Betr. hätte bei zumutbarer Anstrengung erkennen können, dass er sein mit einem Verkaufsangebot versehenes Fahrzeug zum überwiegenden Zweck der Werbung abgestellt hatte und dafür einer Erlaubnis bedurft hätte. Ob auch die Voraussetzungen der §§ 32, 33 StVO vorliegen, hat das AG nicht erörtert. Gegen dieses Urteil hat der

Betr. Rechtsbeschwerde eingelegt, mit der er die Verletzung materiellen Rechts rügt. Das mit der Rechtsbeschwerde befasste KG beabsichtigt, das Rechtsmittel zu verwerfen. Rechtsfehlerfrei habe das AG das Verhalten des Betr. nicht als - im Rahmen des Gemeingebrauchs liegendes - Parken, sondern als bußgeldbewehrte Sondernutzung beurteilt. Ob darüber hinaus auch ein - nahe liegender - Verstoß gegen §§ 32, 33 StVO begründet sei, könne dahingestellt bleiben, da straßenverkehrsrechtliche Vorschriften der Anwendbarkeit straßenrechtlicher Vorschriften nicht entgegenstünden.

A. Vorrang des Straßenverkehrsrechts

An der beabsichtigten Entscheidung sieht sich das KG jedoch durch die Beschlüsse des 1. Strafsenats des OLG Karlsruhe (VRS 59, 153) und der OLG Koblenz (VRS 60, 473) und Zweibrücken (VRS 72, 130) gehindert. Nach der in diesen Entscheidungen vertretenen Rechtsauffassung verdrängen die bundesrechtlichen Vorschriften des StVG und der darauf beruhenden StVO die straßenrechtlichen Bestimmungen des (jeweiligen) Landesrechts, sofern der zu beurteilende Sachverhalt beide Tatbestände erfüllt. Dieses Konkurrenzverhältnis ergebe sich bereits aus der im Hinblick auf Art. 72, 74 Nr. 22 GG verfassungskonformen Auslegung der Landesstraßengesetze.

B. Nebeneinander von Straßen- und Straßenverkehrsrecht

Demgegenüber haben das BayOLG (NZV 1988, 188, 189) und die OLG Hamm (NJW 1977, 687, 688) und Stuttgart (NVwZ 1984, 468) keinen Ausschluss der jeweiligen wegerechtlichen Regelungen über Sondernutzungen durch die verkehrsrechtlichen Regelungen (des § 33 StVO) angenommen, sofern sich das Landesrecht nicht in Widerspruch zu einer bundesrechtlichen Bestimmung des Straßenverkehrsrechts setzt (ebenso der 3. Strafsenat des OLG Karlsruhe, VRS 56, 380).

C. Vorlagefrage des KG

Das KG hat deshalb die Sache gem. § 121 Abs. 2 GVG i.V.m. § 79 Abs. 3 Satz 1 OWiG dem BGH zur Entscheidung über folgende Rechtsfrage vorgelegt: „Schließt die gleichzeitige Begehung einer Zuwiderhandlung gegen Vorschriften der StVO die Anwendung landesrechtlicher Bestimmungen aus, nach denen die ungenehmigte Sondernutzung einer Straße verboten ist und als Ordnungswidrigkeit geahndet wird?“

D. Antrag des Generalbundesanwalts

Der Generalbundesanwalt hat sich im Ergebnis dem

vorliegenden KG angeschlossen und beantragt zu beschließen: „Die gleichzeitige Begehung einer Zuwiderhandlung gegen die §§ 32 und 33 StVO schließt die Anwendung landesrechtlicher Bestimmungen nicht aus, nach denen die ungenehmigte Sondernutzung einer Straße verboten ist und als Ordnungswidrigkeit geahndet wird.“

Aus den Gründen:

Der Senat beantwortet die Frage in Übereinstimmung mit dem Generalbundesanwalt wie aus dem Leitsatz ersichtlich.

A. Regelungszweck des Straßen- und Straßenverkehrsrechts

Straßenrecht und Straßenverkehrsrecht sind selbstständige Rechtsmaterien (BVerfGE 40, 371, 378; 67, 299, 314) mit unterschiedlichen Regelungszwecken.

I. Straßenverkehrsrecht

Mit dem Straßenverkehrsrecht, das nach Art. 74 Nr. 22 GG Gegenstand der konkurrierenden Gesetzgebung des Bundes ist, soll die Teilnahme am Straßenverkehr, vor allem aber dessen Sicherheit und Leichtigkeit gewährleistet werden (vgl. etwa BVerwGE 34, 241, 243; Steiner, JuS 1984, 1, 2). Es dient als „sachlich begrenztes Ordnungsrecht“ (BVerfGE 40, 371, 380; 67, 299, 322; BGHSt 37, 366, 369) der Abwehr von typischen Gefahren, die vom Straßenverkehr ausgehen und die dem Straßenverkehr von außen oder durch Verkehrsteilnehmer erwachsen (vgl. BVerfGE 32, 319, 326; 40, 371, 379 f.; BGHSt 37, 366, 369; siehe auch Manssen, DÖV 2001, 151 ff.).

II. Straßenrecht

Aufgabe des zur originären Gesetzgebungskompetenz der Länder (vgl. BVerfGE 40, 371, 378) gehörenden Straßen- und Wegerechts ist es hingegen, die Rechtsverhältnisse an den öffentlichen Straßen und ihre Bereitstellung für den Verkehr durch Widmung zu regeln. Das Straßenrecht befasst sich daher vor allem mit der Entstehung, der Ein- und Umstufung öffentlicher Straßen und der Abgrenzung von Gemeingebrauch zur Sondernutzung (vgl. BVerwGE 34, 241, 243; 34, 320, 323; Steiner a.a.O., S. 3).

B. Überschneidung des Straßen- und Straßenverkehrsrechts

Beide Rechtsmaterien stehen allerdings in einem sachlichen Zusammenhang (BVerfGE 40, 371, 378; 67, 299, 314; BVerwGE 34, 241, 243; vgl. hierzu auch Steiner a.a.O., S. 2). Zum einen setzt das Straßenverkehrsrecht, insbesondere durch das Erfordernis der

straßenrechtlichen Widmung, das Straßenrecht voraus (sog. Vorbehalt des Straßenrechts, vgl. BVerfGE a.a.O., sowie hierzu Steiner a.a.O., S. 4 ff.; Manssen, a.a.O., 152 f.). Zum anderen wird der durch die Widmung eröffnete Gemeingebrauch wesentlich vom Straßenverkehrsrecht „mitbestimmt“ (vgl. Steiner a.a.O., S. 6; Manssen a.a.O., S. 153). Dem wird in den Landesstraßengesetzen ganz überwiegend ausdrücklich dadurch Rechnung getragen, dass der Gemeingebrauch „im Rahmen der Widmung und der Verkehrsvorschriften“ (vgl. etwa § 13 Abs. 1 BadWürttStrG, § 15 Abs. 1 BremStrG, § 16 Abs. 1 Satz 2 HambWegeG, § 14 Satz 1 HessStraßenG, § 21 Abs. 1 Satz 1 StrWG-MV, § 14 Abs. 1 Satz 1 NiedersStrG, § 14 Abs. 1 Satz 1 StrWG NRW, § 34 Abs. 1 RhPflStrG, § 14 Abs. 1 ThürStrG) eröffnet wird. Hieraus folgt, dass ein Verkehrsvorgang, der im Rahmen der Verkehrsvorschriften liegt, sich gleichzeitig innerhalb des straßenrechtlichen Gemeingebrauchs bewegt (sog. Vorrang des Straßenverkehrsrechts, vgl. BVerwGE 34, 320, 321; hierzu Steiner a.a.O., S. 7 und NJW 1993, 3161, 3164; Manssen a.a.O., S. 153 f.). Für den ruhenden Verkehr gilt nichts anderes (BVerfGE 67, 299, 320 f.). Dies bedeutet, dass Vorgänge, die ein Parken i.S.d. § 12 StVO darstellen, straßenrechtlich nicht als Sondernutzung eingestuft werden können. Daher wird das Abstellen eines zugelassenen und betriebsbereiten Fahrzeugs - sei es auch für einen längeren Zeitraum und mit einem Verkaufsschild versehen - in aller Regel vom Gemeingebrauch gedeckt sein. Das vorliegende KG hat dies nicht verkannt; es hat im Vorlegungsfall aber ein Parken i.S.d. Straßenverkehrsrechts rechtlich noch vertretbar (zu den Abgrenzungsschwierigkeiten vgl. BVerwGE 34, 320, 324; BVerwG DAR 1966, 193, 194; OVG Hamburg VRS 98, 396, 397 f.) und damit für den Senat bindend (vgl. BGHSt 33, 183, 185 f.) verneint.

C. Verhältnis des Straßen- und Straßenverkehrsrechts zueinander

I. Vorrang des Bundesrechts bei straßenverkehrsbezogenen Verstößen

Der Bund hat von der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz für das Straßenverkehrsrecht insbesondere im StVG und zu dessen Ausfüllung u.a. in der StVO weitgehend abschließend Gebrauch gemacht (vgl. BVerfGE 32, 319, 326 ff.; 67, 299, 320 f.; BGHSt 37, 366, 370). Das gilt auch in Bezug auf die in den §§ 32, 33 StVO enthaltenen Verbote, für die - der Zielrichtung des Straßenverkehrsrechts entsprechend - tatbestandsmäßige Voraussetzung ist, dass durch die umschriebene Handlung „der Verkehr gefährdet oder

erschwert werden kann“ (§ 32 Abs. 1 Satz 1 StVO) bzw. „Verkehrsteilnehmer in einer den Verkehr gefährdenden oder erschwerenden Weise abgelenkt oder belästigt werden können“ (§ 33 Abs. 1 Satz 1 StVO). Für eine landesrechtliche verkehrsbezogen-ordnungsrechtliche Normierung, die zu einer weitergehenden Abwehr von Gefahren für den Straßenverkehr erlassen werden würde, wäre mithin wegen der abschließenden bundesrechtlichen Regelung gem. Art. 31, 72 Abs. 1 GG kein Raum (vgl. BVerfGE 67, 299, 322 f.).

II. Nebeneinander bei sonstigen ordnungsrechtlichen Verstößen

Anders liegt es indessen, wie der Senat bereits für den vergleichbaren Fall eines durch kommunale Verordnung angeordneten Leinenzwangs für Hunde auf öffentlichen Straßen entschieden hat (vgl. BGHSt 37, 366), wenn mit einer landesrechtlichen Norm des Straßen- und Wegerechts nicht straßenverkehrsbezogene, sondern sonstige ordnungsrechtliche Zwecke verfolgt werden (vgl. BVerfGE 67, 299, 322 f.; Evers,

NJW 1962, 1033, 1035, 1037). So verhält es sich hier. Die landesrechtlichen Bestimmungen, nach denen die ungenehmigte Sondernutzung einer Straße als Ordnungswidrigkeit geahndet wird, dienen nicht der Abwehr von Gefahren für den Straßenverkehr, sondern der Bekämpfung von Überschreitungen des durch die Widmung „für den Verkehr“ (vgl. § 10 Abs. 2 Satz 1 BerlStrG) gestatteten Gemeingebrauchs (vgl. auch BayObLG, NZV 1988, 188, 189; OLG Hamm, NJW 1977, 687, 688; OLG Stuttgart, NVwZ 1984, 468). Sie betreffen insoweit den Kernbereich des zur Gesetzgebungskompetenz der Länder gehörenden Straßen- und Wegerechts. Eine Kollision mit vorrangigem Bundesrecht i.S.d. Art. 31 GG liegt somit aufgrund der Unterschiedlichkeit der Regelungsbereiche bei nicht mehr verkehrsbezogenem Verhalten (vgl. BVerfGE 67, 299, 323) auch dann nicht vor, wenn im Einzelfall das nach Straßenrecht als ungenehmigte Sondernutzung zu ahndende Verhalten gleichzeitig auch die Voraussetzungen einer Zuwiderhandlung gegen die §§ 32, 33 StVO erfüllt.

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 Dr. 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 € (Einzelpreis: 4 € /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 € /Heft nachbestellt werden, solange Vorrat reicht. Jahrgangsregister ab 1999: 3 € /Jahrgang. Einbanddecken (dunkelblau, jahresneutral): 7 € /Stück. Nachbestellung von Sonderbeilagen auf Anfrage. Alle Preise zzgl. 3,50 € Versandkosten. Bitte Verrechnungsscheck oder Einzugsermächtigung beifügen. Der Bezug von Einzelheften des <i>laufenden</i> Jahrgangs ist nur i.V.m. einem Abonnement möglich.
DRUCK:	UWZ Schnelldruck GmbH, Oderstr. 40, 48155 Münster, Tel.: 0251/284850; Fax: 0251/2848529

*Zivilrecht***Standort: Verbraucherrecht****Problem: Widerruf von Krediten an der Haustür**

EUGH, URTEIL VOM 13.12.2001

C - 481 / 99 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Zur Finanzierung des Kaufpreises einer Eigentumswohnung nahmen die Kläger mit Vertrag vom 28. April / 07. Mai 1993 bei der Beklagten ein Darlehen über 150.000,- DM auf. Dieses wurde durch eine Grundschuld in gleicher Höhe an der fraglichen Eigentumswohnung gesichert. Im Januar 1998 haben die Kläger ihre auf Abschluss des Darlehensvertrages gerichtete Willenserklärung nach dem HWiG (= §§ 312 ff. BGB n.F.), weil der damalige Immobilienmakler sie unaufgefordert zuhause aufgesucht und zum Abschluss des Kauf- bzw. Darlehensvertrages überredet habe.

Der BGH hat im Wege einer Vorlageanfrage beim EuGH zwei Streitfragen für diesen Fall nachgefragt, da zugrunde liegende europäische Richtlinien zum Verbraucherrecht betroffen sind. Zum einen sollte geklärt werden, ob die Haustürwideruf-Richtlinie (85/577/EWG) auch Realkreditverträge erfasst. Nach deutschem Recht geht in solchen Fällen das VerbrKrG (= §§ 491 ff. BGB n.F.) vor, § 5 II HWiG (= § 312 a BGB n.F.). Der EuGH stellt dazu fest, dass nach der entsprechenden Haustürwideruf-Richtlinie alle Rechtsgeschäfte zwischen einem Verbraucher und einem Unternehmer "an der Haustür" erfasst sind; Ausnahmen werden nur für Immobiliengeschäfte gemacht. Bei einem Kreditvertrag, der durch ein Recht an einer Immobilie abgesichert werden soll (hier: Grundschuld), reicht dieser Punkt nicht für eine Anwendungsausnahme aus. Folglich ist die Subsidiaritätsklausel von § 5 II HWiG (= § 312 a BGB n.F.) insofern europarechtswidrig.

Zum anderen sollte der EuGH die Frage klären, inwieweit das Haustürwiderufsrecht nach der entsprechenden europäischen Richtlinie zeitlich befristet werden darf, wenn eine ordnungsgemäße Widerrufsbelehrung durch den Unternehmer unterbleibt. Das deutsche Recht sieht dafür eine Monatsfrist nach beiderseitigem Leistungsaustausch vor gem. § 2 HWiG (6-Monate-Frist gem. § 355 III BGB n.F.). Der EuGH führt jedoch aus, dass nach dem Wortlaut sowie Sinn und

Zweck der Haustürwideruf-Richtlinie eine zeitliche Befristung auch im Falle der nicht-ordnungsgemäßen Widerrufsbelehrung durch den nationalen Gesetzgeber erfolgen darf. Folglich ist die Widerrufsübung zeitlich unbeschränkt in solchen Fällen.

Prüfungsrelevanz:

Diese Entscheidung hat nunmehr auch Einfluss auf den neu gefassten § 355 BGB, wodurch das Verbraucherschutzrechtliche Widerrufsrecht weitgehend harmonisiert werden sollte. Nach § 355 III BGB erlischt das Widerrufsrecht spätestens sechs Monate nach Vertragsabschluss; bei der Lieferung von Waren beginnt die Frist allerdings nicht vor dem Tag ihres Eingangs beim Empfänger. Durch § 355 III BGB wollte der Gesetzgeber eine einheitliche Obergrenze für die Frist zur Widerrufsübung bei unterbliebener oder fehlerhafter Widerrufsbelehrung durch den Unternehmer schaffen. Mit der in dieser Entscheidung stehenden Richtlinie 85/577/EWG ist das nicht zu vereinbaren, die eine zeitliche Befristung für das Widerrufsrecht bei unterlassener bzw. fehlerhafter Belehrung nicht erlaubt. Für Haustürgeschäfte ist damit § 355 III BGB, gerade erst durch den deutschen Gesetzgeber geschaffen, europarechtswidrig. Es steht abzuwarten, wie der deutsche Gesetzgeber darauf reagiert, ob er sich für eine generelle Aufhebung der zeitlichen Begrenzung gem. § 355 III BGB entscheidet oder für Haustürgeschäfte eine Sonderregelung schaffen will. Der Verbraucherschutz ist auf jeden Fall durch diese Entscheidung gestärkt worden.

Vertiefungshinweis:

Rott, Editorial VuR 11/2001

Kursprogramm:

- Examenskurs: "Existenzgründung auf Raten"
- Assessorkurs: "Der Ehemaklerlohn"

Leitsätze:

1. Die Richtlinie 85/577/EWG des Rates vom 20.12.85 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen ge-

geschlossenen Verträgen ist dahin auszulegen, dass sie auf einen Realkreditvertrag wie den im Ausgangsverfahren fraglichen anwendbar ist, so dass der Verbraucher, der einen derartigen Vertrag in einem der in Artikel 1 dieser Richtlinie genannten Fälle geschlossen hat, über das Widerrufsrecht nach Artikel 5 der Richtlinie verfügt.

2. Der nationale Gesetzgeber ist durch die Richtlinie 85/577 daran gehindert, das Widerrufsrecht nach Artikel 5 dieser Richtlinie für den Fall, dass der Verbraucher nicht gemäß Artikel 4 dieser Richtlinie belehrt wurde, auf ein Jahr nach Vertragsabschluss zu befristen.

Sachverhalt:

A. Ausgangslage vor dem EuGH

In der Rechtssache C-481/99 betreffend ein dem Gerichtshof nach Artikel 234 EG vom deutschen Bundesgerichtshof in dem bei diesem anhängigen Rechtsstreit Georg und Helga Heininger gegen Bayerische Hypo- und Vereinsbank AG vorgelegtes Ersuchen um Vorabentscheidung über die Auslegung der Richtlinie 85/577/EWG des Rates vom 20. Dezember 1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen (ABl. L 372, S. 31) und der Richtlinie 87/102/EWG des Rates vom 22. Dezember 1986 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Verbraucherkredit (ABl. 1987, L 42, S. 48) in der Fassung der Richtlinie 90/88/EWG des Rates vom 22. Februar 1990 (ABl. L 61, S. 14) erlässt der Gerichtshof (Sechste Kammer) unter Mitwirkung der Kammerpräsidentin F. Macken sowie der Richter C. Gulmann (Berichterstatter), J.-P. Puissechet, V. Skouris und J. N. Cunha Rodrigues, Generalanwalt: P. Lééger Kanzler: D. Louterman-Hubeau, Abteilungsleiterin unter Berücksichtigung der schriftlichen Erklärungen - von Herrn und Frau Heininger, vertreten durch die Rechtsanwälte R. Nirk und N. J. Gross, - der Bayerischen Hypo- und Vereinsbank AG, vertreten durch die Rechtsanwälte H.-J. Niemeyer und W. Berg, - der deutschen Regierung, vertreten durch W.-D. Plessing und A. Dittrich als Bevollmächtigte, - der spanischen Regierung, vertreten durch S. Ortiz Vaamonde als Bevollmächtigte, - der französischen Regierung, vertreten durch K. Rispal-Bellanger und R. Loosli-Surrans als Bevollmächtigte, - der italienischen Regierung, vertreten durch U. Leanza als Bevollmächtigte im Beistand von D. Del Gaizo, avvocato dello Stato, - der österreichischen Regierung, vertreten durch C. Pesendorfer als Bevollmächtigte, - der Kommission der Europäischen Gemeinschaften, vertreten

durch J. Sack als Bevollmächtigte, aufgrund des Sitzungsberichts, nach Anhörung der mündlichen Ausführungen von Herrn und Frau Heininger, der Bayerischen Hypo- und Vereinsbank AG, der spanischen und der italienischen Regierung sowie der Kommission in der Sitzung vom 22. Februar 2001, nach Anhörung der Schlussanträge des Generalanwalts in der Sitzung vom 12. Juli 2001, folgendes Urteil:

1. Der Bundesgerichtshof hat mit Beschluss vom 29. November 1999, beim Gerichtshof eingegangen am 20. Dezember 1999, gemäß Artikel 234 EG zwei Fragen nach der Auslegung der Richtlinie 85/577/EWG des Rates vom 20. Dezember 1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen (ABl. L 372, S. 31, nachfolgend: Haustürgeschäfte-Richtlinie) und der Richtlinie 87/102/EWG des Rates vom 22. Dezember 1986 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Verbraucherkredit (ABl. 1987, L 42, S. 48) in der Fassung der Richtlinie 90/88/EWG des Rates vom 22. Februar 1990 (ABl. L 61, S. 14) (nachfolgend: Verbraucherkredit-Richtlinie) zur Vorabentscheidung vorgelegt.

2. Diese Fragen stellen sich in einem Rechtsstreit zwischen Herrn und Frau Heininger (nachfolgend: Kläger) und der Bayerischen Hypo- und Vereinsbank AG (nachfolgend: Beklagte) wegen des Widerrufs eines grundpfandrechtlich abgesicherten Kreditvertrags.

B. Das zugrunde liegende Gemeinschaftsrecht

3. In Artikel 1 Absatz 1 der Haustürgeschäfte-Richtlinie heißt es: Diese Richtlinie gilt für Verträge, die zwischen einem Gewerbetreibenden, der Waren liefert oder Dienstleistungen erbringt, und einem Verbraucher geschlossen werden: - während eines vom Gewerbetreibenden außerhalb von dessen Geschäftsräumen organisierten Ausflugs oder -anlässlich eines Besuchs des Gewerbetreibenden beim Verbraucher in seiner oder in der Wohnung eines anderen Verbrauchers, ... sofern der Besuch nicht auf ausdrücklichen Wunsch des Verbrauchers erfolgt.

4. Artikel 3 Absatz 2 Buchstabe a dieser Richtlinie bestimmt: "Diese Richtlinie gilt nicht für Verträge über den Bau, den Verkauf und die Miete von Immobilien sowie Verträge über andere Rechte an Immobilien;"

5. In Artikel 4 der Richtlinie heißt es: Der Gewerbetreibende hat den Verbraucher bei Geschäften im Sinne des Artikels 1 schriftlich über sein Widerrufsrecht innerhalb der in Artikel 5 festgelegten Fristen zu be-

lehren und dabei den Namen und die Anschrift einer Person anzugeben, der gegenüber das Widerrufsrecht ausgeübt werden kann. ... Die Mitgliedstaaten sorgen dafür, dass ihre innerstaatlichen Rechtsvorschriften geeignete Maßnahmen zum Schutz des Verbrauchers vorsehen, wenn die in diesem Artikel vorgesehene Belehrung nicht erfolgt.

6. Nach Artikel 5 Absatz 1 der Richtlinie besitzt der Verbraucher das Recht, von der eingegangenen Verpflichtung zurückzutreten, indem er dies innerhalb von mindestens sieben Tagen nach dem Zeitpunkt, zu dem ihm die in Artikel 4 genannte Belehrung erteilt wurde, entsprechend dem Verfahren und unter Beachtung der Bedingungen, die im einzelstaatlichen Recht festgelegt sind, anzeigt.

7. Artikel 8 der Richtlinie bestimmt, dass diese die Mitgliedstaaten nicht daran [hindert], noch günstigere Verbraucherschutzbestimmungen auf dem Gebiet dieser Richtlinie zu erlassen oder beizubehalten.

8. In Artikel 1 Absätze 1 und 2 Buchstabe c der Verbraucherkreditrichtlinie heißt es: (1) Diese Richtlinie findet auf Kreditverträge Anwendung. (2) Im Sinne dieser Richtlinie bedeutet: ... c) 'Kreditvertrag' einen Vertrag, bei dem ein Kreditgeber einem Verbraucher einen Kredit in Form eines Zahlungsaufschubs, eines Darlehens oder einer sonstigen ähnlichen Finanzierungshilfe gewährt oder zu gewähren verspricht.

9. Artikel 2 dieser Richtlinie sieht Folgendes vor: (1) Diese Richtlinie findet keine Anwendung: a) auf Kreditverträge oder Kreditversprechen, die - hauptsächlich zum Erwerb oder zur Beibehaltung von Eigentumsrechten an einem Grundstück oder einem vorhandenen oder noch zu errichtenden Gebäude ... bestimmt sind; ... (3) Artikel 1a und die Artikel 4 bis 12 finden keine Anwendung auf durch Grundpfandrechte gesicherte Kreditverträge oder Kreditversprechen, soweit diese nicht bereits aufgrund von Absatz 1 Buchstabe a) des vorliegenden Artikels vom Anwendungsbereich dieser Richtlinie ausgeschlossen sind.

10. Nach Artikel 15 der Richtlinie hindert [diese] die Mitgliedstaaten nicht, in Übereinstimmung mit ihren Verpflichtungen aus dem Vertrag weiter gehende Vorschriften zum Schutz der Verbraucher aufrechtzuerhalten oder zu erlassen.

C. Das nationale Recht (Deutschland)

11. Das Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften (HWiG) vom 16. Januar

1986 (BGBl. I S. 122) sieht in § 1 ein Widerrufsrecht des Verbrauchers vor, so dass ein außerhalb der Geschäftsräume des Gewerbetreibenden abgeschlossenes Geschäft erst wirksam wird, wenn der Verbraucher seine Willenserklärung nicht binnen einer Frist von einer Woche schriftlich widerruft. Der Lauf der Frist beginnt nach § 2 Absatz 1 HWiG erst, wenn dem Verbraucher eine schriftliche Belehrung ausgehändigt worden ist, die den im Gesetz vorgesehenen inhaltlichen Anforderungen entspricht. Wird eine solche Belehrung nicht ausgehändigt, so erlischt das Widerrufsrecht des Verbrauchers erst einen Monat nach beiderseits vollständiger Erbringung der Leistung.

12. § 5 Absatz 2 HWiG enthält eine Ausnahme vom Anwendungsbereich des Haustürwiderrufgesetzes, indem er für den Fall, dass ein Geschäft im Sinne des § 1 Absatz 1 HWiG zugleich unter das Verbraucherkreditgesetz (VerbrKrG) vom 17. Dezember 1990 (BGBl. 1 S. 2840) fällt, vorsieht, dass nur die Vorschriften dieses Gesetzes anzuwenden sind.

13. § 1 VerbrKrG legt den Anwendungsbereich dieses Gesetzes wie folgt fest: (1) Dieses Gesetz gilt für Kreditverträge und Kreditvermittlungsverträge zwischen einer Person, die in Ausübung ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit einen Kredit gewährt (Kreditgeber) oder vermittelt oder nachweist (Kreditvermittler), und einer natürlichen Person, es sei denn, dass der Kredit nach dem Inhalt des Vertrages für ihre bereits ausgeübte gewerbliche oder selbständige berufliche Tätigkeit bestimmt ist (Verbraucher). (2) Kreditvertrag ist ein Vertrag, durch den ein Kreditgeber einem Verbraucher einen entgeltlichen Kredit in Form eines Darlehens, eines Zahlungsaufschubs oder einer sonstigen Finanzierungshilfe gewährt oder zu gewähren verspricht.

14. § 3 Absatz 2 VerbrKrG, der Ausnahmen vom Anwendungsbereich dieses Gesetzes regelt, bestimmt: Keine Anwendung finden ferner ... 2. § 4 Absatz 1 Satz 4 Nr. 1 Buchstabe b und die §§ 7, 9 und 11 bis 13 auf Kreditverträge, nach denen der Kredit von der Sicherung durch ein Grundpfandrecht abhängig gemacht und zu für grundpfandrechtl. abgesicherte Kredite und deren Zwischenfinanzierung üblichen Bedingungen gewährt wird;

15. In § 7 VerbrKrG, der ein Widerrufsrecht des Verbrauchers vorsieht, heißt es: (1) Die auf den Abschluss eines Kreditvertrages gerichtete Willenserklärung des Verbrauchers wird erst wirksam, wenn der Verbraucher sie nicht binnen einer Frist von einer Woche

schriftlich widerruft. (2) Zur Wahrung der Frist genügt die rechtzeitige Absendung des Widerrufs. Der Lauf der Frist beginnt erst, wenn dem Verbraucher eine drucktechnisch deutlich gestaltete und vom Verbraucher gesondert zu unterschreibende Belehrung über die Bestimmung nach Satz 1, sein Recht zum Widerruf, dessen Wegfall nach Absatz 3 sowie Namen und Anschrift des Widerrufsempfängers ausgehändigt worden ist. Wird der Verbraucher nicht nach Satz 2 belehrt, so erlischt das Widerrufsrecht erst nach beiderseits vollständiger Erbringung der Leistung, spätestens jedoch ein Jahr nach Abgabe der auf den Abschluss des Kreditvertrages gerichteten Willenserklärung des Verbrauchers.

D. Das Ausgangsverfahren und die Vorlagefragen zum EuGH

16. Zur Finanzierung des Kaufpreises für eine Wohnung nahmen die Kläger mit Vertrag vom 28. April 17. Mai 1993 (nachfolgend: Darlehensvertrag) bei der Beklagten ein Darlehen über 150 000 DM auf. Dieses wurde durch eine Grundschuld in derselben Höhe abgesichert.

17. Mit im Januar 1998 erhobener Klage haben sie gemäß § 1 HWiG ihre auf den Abschluss des Darlehensvertrags gerichtete Willenserklärung widerrufen. Sie behaupten, ein ihnen bekannter, freiberuflich auch für die Beklagte tätiger Immobilienmakler habe sie mehrmals unaufgefordert zu Hause aufgesucht. Er habe sie zum Kauf der fraglichen Wohnung und zur Darlehensaufnahme überredet, ohne sie über das Widerrufsrecht zu belehren.

18. Die Kläger verlangen von der Beklagten Rückzahlung von Tilgungs- und Zinsleistungen sowie Erstattung von Aufwendungen bei der Durchführung eines Darlehensvertrags in Höhe von insgesamt 118 443,81 DM. Ferner beantragen sie die Feststellung, dass der Beklagten keine Ansprüche aus dem Darlehensvertrag zustehen.

19. Das Landgericht München hat die Klage am 26. Mai 1998 abgewiesen. Die hiergegen gerichtete Berufung hat das Oberlandesgericht München am 1. Februar 1999 zurückgewiesen. Die Kläger haben daraufhin Revision beim Bundesgerichtshof eingereicht.

20. In seinem Vorlagebeschluss weist der Bundesgerichtshof darauf hin, dass es für die Entscheidung des Ausgangsrechtsstreits darauf ankomme, ob ein Widerrufsrecht nach § 1 HWiG nicht besteht, weil das Ver-

braucher kreditgesetz, das auf Realkreditverträge anwendbar sei, die Regelungen des Haustürwiderrufsgesetzes verdränge. Die Antwort auf diese Frage hänge davon ab, ob die Haustürgeschäfte richtlinie auch Realkreditverträge erfasse und ihr in Bezug auf das in ihrem Artikel 5 vorgesehene Widerrufsrecht der Vorrang vor der Verbraucher kreditrichtlinie einzuräumen sei.

21. Nach Ansicht des Bundesgerichtshofs besitzen die Kläger erstens kein Widerrufsrecht nach § 7 VerbrKrG, weil dieser nach § 3 Absatz 2 Nummer 2 VerbrKrG nicht für Realkreditverträge gelte. Zweitens sei ein Widerrufsrecht nach § 1 HWiG grundsätzlich ausgeschlossen, da nach § 5 Absatz 2 HWiG nur das Verbraucher kreditgesetz zur Anwendung komme, wenn ein Geschäft im Sinne des § 1 Absatz 1 HWiG wie im vorliegenden Fall zugleich unter das Verbraucher kreditgesetz falle.

22. Der Bundesgerichtshof ist der Auffassung, die gemeinschaftsrechtlichen Verbraucherschutzvorschriften erforderten keine andere Auslegung von § 5 Absatz 2 HWiG, ersucht aber den Gerichtshof darum, sich zu diesem Punkt zu äußern, da Zweifel bestehen könnten.

23. Sollte nach der Haustürgeschäfte richtlinie ein Widerrufsrecht der Kläger anzunehmen sein, so komme es für die Entscheidung des Ausgangsrechtsstreits darauf an, ob dieses Widerrufsrecht in entsprechender Anwendung von § 7 Absatz 2 Satz 3 VerbrKrG mit Ablauf eines Jahres nach Abgabe der auf den Abschluss des Realkreditvertrags gerichteten Willenserklärung des Verbrauchers erlösche oder ob die Vorschriften des Haustürwiderrufsgesetzes anzuwenden seien, die gemäß Artikel 5 Absatz 1 der Haustürgeschäfte richtlinie für den Fall, dass die erforderliche Belehrung nicht erteilt worden sei, eine Befristung des Widerrufsrechts nicht vorsähen.

24. Vor diesem Hintergrund hat der Bundesgerichtshof das Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1. Erfasst die Richtlinie 85/577/EWG des Rates vom 20. Dezember 1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen auch Realkreditverträge (§ 3 Absatz 2 Nummer 2 Verbraucher kreditgesetz) und kommt ihr in Bezug auf das in Artikel 5 vorgesehene Widerrufsrecht Vorrang vor der Richtlinie 87/102/EWG des Rates vom 22. Dezember 1986 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Verbraucher kredit zu?

2. Für den Fall, dass der Gerichtshof diese Frage bejaht: Ist der nationale Gesetzgeber durch die Haustürgeschäfte-Richtlinie gehindert, die in § 7 Absatz 2 Satz 3 Verbraucherkreditgesetz geregelte Befristung des Widerrufsrechts auch in den Fällen anzuwenden, in denen ein Haustürgeschäft die Gewährung eines Realkredits im Sinne von § 3 Absatz 2 Nummer 2 Verbraucherkreditgesetz zum Gegenstand hat und die in Artikel 4 der Richtlinie vorgesehene Belehrung unterblieben ist?

Aus den Gründen:

A. Zur ersten Frage: Anwendbarkeit der Haustürgeschäfte-Richtlinie auf Realkredite

25. Angesichts der Ausführungen der Beklagten, dass der Sachverhalt des Ausgangsverfahrens nicht in den Anwendungsbereich der Haustürgeschäfte-Richtlinie, wie er in deren Artikel 1 abgegrenzt werde, falle, ist zunächst darauf hinzuweisen, dass die dem Gerichtshof vom Bundesgerichtshof vorgelegte Frage davon ausgeht, dass der Realkreditvertrag zwischen den Klägern und der Beklagten unter den in Artikel 1 dieser Richtlinie genannten Tatbestandsvoraussetzungen geschlossen wurde.

26. Die erste Frage ist daher ausgehend von dieser Prämisse zu beantworten. Mit dieser Frage möchte das vorliegende Gericht im Wesentlichen wissen, ob die Haustürgeschäfte-Richtlinie dahin auszulegen ist, dass sie auf einen Realkreditvertrag wie den im Ausgangsverfahren fraglichen anwendbar ist, so dass der Verbraucher, der einen derartigen Vertrag in einem der in Artikel 1 dieser Richtlinie genannten Fälle geschlossen hat, über das Widerrufsrecht nach Artikel 5 der Richtlinie verfügt.

27. Dazu ist zunächst darauf hinzuweisen, dass die Haustürgeschäfte-Richtlinie nach ihrem Artikel 1 grundsätzlich für jeden Vertrag gilt, der in einem der in diesem Artikel genannten Fälle, u. a. im Fall eines Besuchs des Gewerbetreibenden beim Verbraucher, geschlossen wird. Außerdem bestimmen die vierte und die fünfte Begründungserwägung dieser Richtlinie Folgendes: Verträge, die außerhalb der Geschäftsräume eines Gewerbetreibenden abgeschlossen werden, sind dadurch gekennzeichnet, dass die Initiative zu den Vertragsverhandlungen in der Regel vom Gewerbetreibenden ausgeht und der Verbraucher auf die Vertragsverhandlungen nicht vorbereitet ist. Letzterer hat häufig keine Möglichkeit, Qualität und Preis des Angebots mit anderen Angeboten zu vergleichen. Dieses Überraschungsmoment gibt es nicht nur bei Haustür-

geschäften, sondern auch bei anderen Verträgen, die auf Initiative des Gewerbetreibenden außerhalb seiner Geschäftsräume abgeschlossen werden. Um dem Verbraucher die Möglichkeit zu geben, die Verpflichtungen aus dem Vertrag noch einmal zu überdenken, sollte ihm das Recht eingeräumt werden, innerhalb von mindestens sieben Tagen vom Vertrag zurückzutreten.

28. Ferner zählt die Haustürgeschäfte-Richtlinie in ihrem Artikel 3 eine Anzahl von Vertragstypen abschließend auf, für die sie nicht gilt.

29. Im Ausgangsverfahren stellt sich die Frage, ob ein Realkreditvertrag wie der im Ausgangsverfahren fragliche von Artikel 3 Absatz 2 Buchstabe a der Haustürgeschäfte-Richtlinie erfasst wird, der Verträge über den Bau, den Verkauf und die Miete von Immobilien sowie Verträge über andere Rechte an Immobilien vom Anwendungsbereich dieser Richtlinie ausschließt.

30. Die Kläger, die französische, die italienische und die österreichische Regierung sowie die Kommission sind der Ansicht, dass diese Vorschrift für Realkreditverträge nicht gelte, während die Beklagte sowie die deutsche und die spanische Regierung im Wesentlichen die Auffassung vertreten, dass ein Realkreditvertrag ein Vertrag über Rechte an Immobilien sei, da er ein dingliches Recht an der Immobilie entstehen lasse, die die Grundlage für die Kreditsicherung darstelle.

31. Dazu ist erstens festzustellen, dass Ausnahmen von gemeinschaftsrechtlichen Verbraucherschutzvorschriften nach ständiger Rechtsprechung eng auszulegen sind (Slg. 2001, I-3569, Randnr. 15).

32. Wenn zweitens ein Realkreditvertrag wie der im Ausgangsverfahren fragliche an ein Recht an einer Immobilie anknüpft, weil das gewährte Darlehen durch ein Grundpfandrecht abgesichert sein muss, so reicht dieser Gesichtspunkt des Vertrages nicht dafür aus, diesen Vertrag als Vertrag über ein Recht an einer Immobilie im Sinne von Artikel 3 Absatz 2 Buchstabe a der Haustürgeschäfte-Richtlinie anzusehen.

33. Für die Verbraucher, die mit der Haustürgeschäfte-Richtlinie geschützt werden sollen, und für die Darlehensgeber liegt der Gegenstand eines Kreditvertrags der im Ausgangsverfahren fraglichen Art nämlich in der Überlassung von Kapital, verbunden mit der Verpflichtung der Gegenseite zur Rückerstattung und zur Zahlung von Zinsen.

34. Der Schutz, der dem Verbraucher gewährt wird,

der einen solchen Vertrag außerhalb der Geschäftsräume des Gewerbetreibenden geschlossen hat, wird aber nicht dadurch entbehrlicher, dass der Kreditvertrag durch ein Grundpfandrecht abgesichert wird.

35. Für alle Fälle sei hinzugefügt, dass zwar ein Kreditvertrag wie der im Ausgangsverfahren fragliche somit unter die Haustürgeschäfte richtlinie fällt, sich die Folgen eines gemäß dieser Richtlinie erfolgten etwaigen Widerrufs dieses Vertrages für den Kaufvertrag über die Immobilie und für die Bestellung des Grundpfandrechts aber nach dem nationalen Recht richten.

36. Schließlich ist zu prüfen, ob der Anwendungsbereich der Haustürgeschäfte richtlinie durch die später erlassene Verbraucherkreditrichtlinie in Bezug auf Realkreditverträge eingeschränkt worden ist.

37. Nach Ansicht der deutschen Regierung wird die Haustürgeschäfte richtlinie gemäß dem Grundsatz *lex specialis derogat legi generali* durch die Verbraucherkreditrichtlinie verdrängt. Darin, dass die Verbraucherkreditrichtlinie abweichend von der Haustürgeschäfte richtlinie die Einführung eines Widerrufsrechts für Kreditverträge nur empfehle, nicht aber vorschreibe, komme zum Ausdruck, dass die Verbraucherkreditrichtlinie in Bezug auf Realkreditverträge der speziellere Gemeinschaftsrechtsakt sei. Die Verbraucherkreditrichtlinie habe damit dem Umstand Rechnung getragen, dass sich die Einführung eines Widerrufsrechts bei bestimmten Kreditverträgen, insbesondere bei Realkreditverträgen, als problematisch erweisen könnte.

38. Hierzu genügt der Hinweis, dass zum einen die Haustürgeschäfte richtlinie wie gerade dargestellt worden ist, den Verbraucher vor den Gefahren schützen soll, die sich aus den Umständen eines Vertragsschlusses außerhalb der Geschäftsräume des Gewerbetreibenden ergeben, und dass zum anderen der Verbraucherschutz in dieser Richtlinie durch die Einführung eines Widerrufsrechts verwirklicht wird.

39. Weder die Präambel noch der normative Teil der Verbraucherkreditrichtlinie enthalten aber Anhaltspunkte dafür, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber mit dem Erlass dieser Richtlinie den Anwendungsbereich der Haustürgeschäfte richtlinie dahin gehend begrenzen wollte, dass deren spezifischer Schutz nicht für Realkreditverträge gilt.

40. Deshalb ist auf die erste Frage zu antworten, dass die Haustürgeschäfte richtlinie dahin auszulegen ist, dass sie auf einen Realkreditvertrag wie den im Aus-

gangsverfahren fraglichen anwendbar ist, so dass der Verbraucher, der einen derartigen Vertrag in einem der in Artikel 1 dieser Richtlinie genannten Fälle geschlossen hat, über das Widerrufsrecht nach Artikel 5 der Richtlinie verfügt.

B. Zur zweiten Frage: Zeitliche Befristung des Haustürwiderrufsrecht bei nicht ordnungsgemäßer Widerrufsbelehrung durch den Unternehmer

41. Mit seiner zweiten Frage möchte das vorliegende Gericht wissen, ob der nationale Gesetzgeber durch die Haustürgeschäfte richtlinie daran gehindert ist, das Widerrufsrecht nach Artikel 5 dieser Richtlinie für den Fall, dass der Verbraucher nicht gemäß Artikel 4 dieser Richtlinie belehrt worden ist, auf ein Jahr nach Vertragsabschluss zu befristen.

42. Die Kläger, die französische Regierung und die Kommission machen geltend, dass die Haustürgeschäfte richtlinie das Widerrufsrecht bei fehlender Belehrung darüber nicht befriste. Artikel 5 dieser Richtlinie stehe einer nationalen Maßnahme entgegen, die das Widerrufsrecht eines Verbrauchers, der nicht über dieses belehrt worden sei, auf ein Jahr nach Vertragsabschluss befriste. Die in dieser Bestimmung für den Widerruf vorgesehene Mindestfrist von sieben Tagen müsse nämlich ab dem Zeitpunkt gerechnet werden, zu dem der Verbraucher schriftlich über das Widerrufsrecht belehrt worden sei.

43. Nach Ansicht der Beklagten sowie der deutschen, der italienischen und der österreichischen Regierung kann der nationale Gesetzgeber das Widerrufsrecht nach Artikel 5 der Haustürgeschäfte richtlinie auf ein Jahr befristen, da die Mitgliedstaaten nach Artikel 4 dieser Richtlinie dafür zu sorgen hätten, dass ihre innerstaatlichen Rechtsvorschriften geeignete Maßnahmen zum Schutz des Verbrauchers vorsähen, wenn dieser nicht über sein Widerrufsrecht belehrt worden sei. Zwar ordne die Haustürgeschäfte richtlinie eine Befristung des Widerrufsrechts nicht ausdrücklich an, doch sei dessen zeitliche Begrenzung durch den Grundsatz der Rechtssicherheit geboten.

44. Dazu ist zunächst festzustellen, dass Artikel 4 Absatz 1 der Haustürgeschäfte richtlinie bestimmt, dass der Gewerbetreibende ... den Verbraucher ... schriftlich über sein Widerrufsrecht innerhalb der in Artikel 5 festgelegten Fristen zu belehren hat ..., und dass es in Artikel 4 Absatz 3 dieser Richtlinie heißt, dass die Mitgliedstaaten dafür sorgen, dass ihre innerstaatlichen Rechtsvorschriften geeignete Maßnahmen zum Schutz

des Verbrauchers vorsehen, wenn die in diesem Artikel vorgesehene Belehrung nicht erfolgt. Nach Artikel 5 Absatz 1 dieser Richtlinie besitzt der Verbraucher ... das Recht, von der eingegangenen Verpflichtung zurückzutreten, indem er dies innerhalb von mindestens sieben Tagen nach dem Zeitpunkt, zu dem ihm die in Artikel 4 genannte Belehrung erteilt wurde, entsprechend dem Verfahren und unter Beachtung der Bedingungen, die im einzelstaatlichen Recht festgelegt sind, anzeigt.

45. Die Haustürgeschäfte richtlinie bestimmt somit ausdrücklich, dass die für den Widerruf vorgesehene Mindestfrist von sieben Tagen ab dem Zeitpunkt zu rechnen ist, zu dem dem Verbraucher die Belehrung über sein Widerrufsrecht erteilt wurde, und dass es dem Gewerbetreibenden obliegt, diese Belehrung zu erteilen. Diese Bestimmungen erklären sich dadurch, dass der Verbraucher das Widerrufsrecht nicht ausüben kann, wenn es ihm nicht bekannt ist.

46. Angesichts des Wortlauts und des Zweckes von Artikel 5 der Haustürgeschäfte richtlinie kann Artikel 4 Absatz 3 dieser Richtlinie nicht dahin ausgelegt werden, dass der nationale Gesetzgeber vorsehen kann, dass das Widerrufsrecht des Verbrauchers auf jeden Fall innerhalb eines Jahres ausgeübt werden muss, selbst wenn der Verbraucher vom Gewerbetreibenden nicht über dieses Recht belehrt worden ist.

47. Zu dem Vorbringen, dass eine Befristung des Widerrufsrechts aus Gründen der Rechtssicherheit unerlässlich sei, ist schließlich zu bemerken, dass solche Gründe zurücktreten müssen, soweit sie eine Einschränkung der Rechte implizieren, die dem Verbraucher mit der Haustürgeschäfte richtlinie ausdrücklich verliehen worden sind, um ihn vor den Gefahren zu schützen, die sich daraus ergeben, dass Kreditinstitute bewusst Realkreditverträge außerhalb ihrer Geschäftsräume abschließen. Wenn die Kreditinstitute nämlich so verfahren, um ihre Dienste zu vermarkten, so können sie sowohl den Verbraucherinteressen als auch ihrem eigenen Bedürfnis nach Rechtssicherheit ohne Schwierigkeit dadurch Rechnung tragen, dass sie ihrer Obliegenheit zur Belehrung des Verbrauchers nachkommen.

48. Deshalb ist auf die zweite Frage zu antworten, dass der nationale Gesetzgeber durch die Haustürgeschäfte richtlinie daran gehindert ist, das Widerrufsrecht nach Artikel 5 dieser Richtlinie für den Fall, dass der Verbraucher nicht gemäß Artikel 4 dieser Richtlinie belehrt wurde, auf ein Jahr ab Vertragsschluss zu

befristen.

C. Zur zeitlichen Wirkung des vorliegenden Urteils

49. Die Beklagte hat in ihren Erklärungen darauf hingewiesen, dass der Gerichtshof die Wirkungen dieses Urteils zeitlich beschränken könne, falls er der Ansicht sein sollte, dass die im Ausgangsverfahren in Rede stehende deutsche Regelung mit dem Gemeinschaftsrecht unvereinbar sei.

50. Sie beruft sich in diesem Zusammenhang insbesondere darauf, dass die Anwendung des in der Haustürgeschäfte richtlinie vorgesehenen Widerrufsrechts auf Realkreditverträge ein erhebliches finanzielles Risiko für die Kreditinstitute begründe.

51. Es ist daran zu erinnern, dass sich der Gerichtshof bei der Auslegung einer Vorschrift des Gemeinschaftsrechts darauf beschränkt, die Bedeutung und Tragweite dieser Vorschrift, so wie sie seit ihrem Inkrafttreten zu verstehen und anzuwenden gewesen wäre, zu erläutern und zu verdeutlichen (Slg. 1998, I-5325, Rz. 46).

52. Im Einklang mit einer ständigen Rechtsprechung, nach der sich der Gerichtshof in Anwendung des der Rechtsordnung der Gemeinschaft innewohnenden allgemeinen Grundsatzes der Rechtssicherheit mit Rücksicht auf die schwerwiegenden Störungen, zu denen sein Urteil bei gutgläubig begründeten Rechtsverhältnissen für die Vergangenheit führen könnte, ausnahmsweise dazu veranlasst sehen kann, die Möglichkeit für die Betroffenen zu beschränken, sich auf eine von ihm ausgelegte Bestimmung zu berufen, um diese Rechtsverhältnisse in Frage zu stellen, hat der Gerichtshof die Vornahme einer solchen Beschränkung von der Prüfung des Vorliegens zweier grundlegender Kriterien abhängig gemacht, nämlich des guten Glaubens der Betroffenen und des erheblichen finanziellen Risikos (Slg. 1994, I-4583, Rz. 18).

53. Dazu genügt der Hinweis, dass die Beklagte keinen konkreten Gesichtspunkt vorgebracht hat, der ihr Vorbringen stützen könnte, dass dieses Urteil, falls seine Wirkungen nicht zeitlich begrenzt würden, erhebliche finanzielle Folgen für die Kreditinstitute hervorzurufen drohe, die Realkreditverträge unter den in Artikel 1 der Haustürgeschäfte richtlinie genannten Tatbestandsvoraussetzungen geschlossen hätten.

54. Daher besteht kein Anlass, die Wirkungen dieses Urteils zeitlich zu beschränken. [...]

Standort: ZPO**Problem: Gerichtsstand der unerlaubten Handlung**

BGH, BESCHLUSS VOM 19.02.2002

X ARZ 334/01 (NJW 2002, 1425)

Problemdarstellung:

Im Rahmen einer Vorlagenanfrage gem. § 36 ZPO zwecks Bestimmung des zuständigen Gerichts ging es um die Rechtsfrage, ob am Gerichtsstand der unerlaubten Handlung gem. § 32 ZPO nicht nur über Ansprüche aus Delikt entschieden werden darf, sondern auch über konkurrierende Ansprüche, z.B. aus positiver Forderungsverletzung (= § 280 I BGB n.F.).

In ständiger Rechtsprechung vertritt der BGH bislang die Auffassung, dass am Gerichtsstand der unerlaubten Handlung gem. § 32 ZPO nur Ansprüche aus Delikt geprüft werden dürfen (zuletzt BGHZ 98, 362 [368]). Diese Rechtsauffassung wird von verschiedenen Oberlandesgerichten geteilt (OLG Hamburg OLGR 1996, 347 [348]; OLG Hamm NJW-RR 2000, 727; KG MDR 2000, 413).

Aufgrund der Neufassung der §§ 17, 17 a GVG vom 01.01.1991 haben sich jedoch in der Literatur die Stimmen zur Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung gemehrt, um am Gerichtsstand der unerlaubten Handlung (§ 32 ZPO) auch die Prüfung konkurrierender nicht-deliktischer Ansprüche zu ermöglichen (Zöller/Vollkommer, ZPO, 22. Aufl., § 12 Rz. 21 und § 32 Rz. 20; Lüke in: MünchKomm.-ZPO, 2. Aufl., Vorb. § 253 Rz. 39, m.w.N.).

Im vorliegenden Fall konnte der BGH jedoch einer Streitentscheidung entgehen, da der Kläger eine unerlaubte Handlung durch zwei der drei Beklagten überhaupt nicht dargelegt hatte. Voraussetzung für die Anwendung von § 32 ZPO ist daher, dass der Kläger auch eine unerlaubte Handlung darstellt.

Prüfungsrelevanz:

In examensrelevanter Hinsicht ist diese Entscheidung des BGH interessant, weil sie grundsätzliche Fragen zur örtlichen Zuständigkeit des angerufenen Gerichts aufgreift. Bei der örtlichen Zuständigkeit unterscheidet das Gesetz in den §§ 12 ff. ZPO drei Arten von Gerichtsständen. Der allgemeine Gerichtsstand (§§ 12 - 19 a ZPO) knüpft regelmäßig an den (Wohn-)Sitz des Beklagten an, während der besondere Gerichtsstand (§§ 20 ff. ZPO) eher an den Inhalt des eingeforderten Klagegegenstandes anknüpft. Zwischen diesen verschiedenen Gerichtsständen besteht zugunsten des Klägers gem. § 35 ZPO ein Wahlrecht. Liegt jedoch

ein im konkreten Fall ein gesetzlich vorgeschriebener ausschließlicher Gerichtsstand (z.B. §§ 24, 29a, 32 a ZPO) vor, verdrängt er alle anderen Gerichtsstände, so dass nur bei diesem Gericht ausschließlich geklagt werden kann und darf. Prorogationen oder die Möglichkeit des rügelosen Einlassens gem. §§ 38, 39 ZPO sind bei ausschließlichen Gerichtsständen unzulässig, § 40 II ZPO.

Vertiefungshinweis:

Zum Gerichtsstand nach § 32 ZPO: KG, NJW-RR 2001, 62; LG Paderborn, NJW-RR 2000, 588; Peglau, JABl 1999, 140

Kursprogramm:

- Examenskurs: "Das Versehen"
 Assessorkurs: "Die Fahrt zum Fest"

Leitsatz:

Voraussetzung für eine Zuständigkeit nach § 32 ZPO ist, dass der Kläger eine unerlaubte Handlung darlegt.

Sachverhalt:

Die Kl. nimmt die Bekl. wegen fehlerhafter Beratung beim Abschluss von Anlagegeschäften in Anspruch. Die Bekl. zu 1 bietet bundesweit Finanzprodukte an. Die Bekl. zu 2 ist eine ihrer Beteiligungsgesellschaften. Der Bekl. zu 3 war als selbstständiger Anlageberater für die Bekl. zu 1 tätig. Am 23. 10. 1995 schloss die Kl., von Beruf Kindergärtnerin, nach einem Gespräch mit dem Bekl. zu 3 zwei Verträge ab, in denen sie sich als stille Gesellschafterin am Geschäftsbetrieb einer Aktiengesellschaft beteiligte. Diese Aktiengesellschaft ist mittlerweile auf die Bekl. zu 1 verschmolzen worden. Zugleich unterzeichnete die Kl. eine Vollmacht, die die Bekl. zu 1 ermächtigte, ähnliche Beteiligungsverträge mit anderen Gesellschaften abzuschließen. Auf Grund dieser Vollmacht schloss die Bekl. zu 1 am 1. 1. 1998 im Namen der Kl. einen weiteren Beteiligungsvertrag mit der Bekl. zu 2. Die Kl. behauptete, der Bekl. zu 3 habe die Verträge als sichere und rentable Altersversorgung angepriesen. Er habe mündlich zugesichert, dass ein garantierter Gewinn zu erwarten sei. Auf Risiken habe er nicht hingewiesen. Den Emissionsprospekt, der unter anderem eine umfangreiche Risikobelehrung enthält, habe der Bekl. zu 3 erst nach der Unterschrift ausgehändigt; dies gehöre zu der ein-

geschulten Vorgehensweise im Betrieb der Bekl. zu 1. Die Kl. hat vor dem LG Konstanz zunächst die in G. ansässigen Bekl. zu 1 und 2 auf Rückzahlung aller geleisteten Einlagen verklagt. Später hat sie die Klage auf den im Landgerichtsbezirk Konstanz wohnhaften Bekl. zu 3 erweitert. Sie verlangte nunmehr auch entgangenen Gewinn. Die Bekl. zu 1 und 2 haben die örtliche Unzuständigkeit des LG Konstanz gerügt. Nach einem entsprechenden Hinweis des LG hat die Kl. beantragt, für die Bekl. gem. § 36 I Nr. 3 ZPO einen gemeinsamen Gerichtsstand zu bestimmen. Das OLG Karlsruhe hat den Antrag dem BGH zur Entscheidung vorgelegt. Nach Auffassung des OLG ist der Antrag zurückzuweisen, weil für alle Bekl. auch hinsichtlich konkurrierender vertraglicher Ansprüche der gemeinsame Gerichtsstand der unerlaubten Handlung (§ 32 ZPO) gegeben sei. Der BGH hat als zuständiges Gericht das LG Konstanz bestimmt.

Aus den Gründen:

A. Zulässigkeit der Vorlage zur Zuständigkeitsbestimmung

Die Vorlage ist zulässig. Gemäß § 36 III ZPO hat ein OLG, das nach § 36 II ZPO an Stelle des BGH mit der Zuständigkeitsbestimmung befasst ist, die Sache dem BGH vorzulegen, wenn es in einer Rechtsfrage von der Entscheidung eines anderen OLG oder des BGH abweichen will. Diese Voraussetzungen sind hier gegeben.

Das vorliegende OLG will seiner Entscheidung die Auffassung zu Grunde legen, dass im Gerichtsstand der unerlaubten Handlung (§ 32 ZPO) nicht nur über Ansprüche aus Delikt entschieden werden darf, sondern auch über konkurrierende Ansprüche aus positiver Vertragsverletzung. Damit würde es von einer Rechtsauffassung abweichen, die bislang in ständiger Rechtsprechung vom BGH vertreten wurde (vgl. BGH, NJW 1974, 410 [411] = LM § 269 BGB Nr. 3; VersR 1980, 846 [847]; NJW 1983, 1799 = LM § 32 ZPO Nr. 11; NJW 1986, 2436 [2437] = LM § 32 ZPO Nr. 12, und BGHZ 98, 362 [368] = NJW 1987, 442 = LM § 511 ZPO Nr. 40) und die auch in neuerer Zeit von verschiedenen Oberlandesgerichten geteilt wird (KG, KGR 1995, 202; OLG Hamburg, OLGR 1996, 347 [348]; OLG Karlsruhe, TranspR 1997, 166; OLG Köln, MDR 2000, 170; a.A. BayObLG, NJW-RR 1996, 508 [509]; OLG Koblenz, ZMR 1997, 77; OLG Frankfurt a. M., NJW-RR 1996, 1341; OLG Hamburg, MDR 1997, 884; OLG Köln, NJW-RR 1999, 1081 [1082]; OLG Hamm, NJW-RR 2000, 727; KG, MDR 2000, 413).

Dass es - wie noch auszuführen sein wird - auf diese

Rechtsfrage im Ergebnis nicht ankommt, steht der Zulässigkeit der Vorlage nicht entgegen. Sinn des § 36 ZPO ist es, jedem langwierigen Streit der Gerichte untereinander über die Grenzen ihrer Zuständigkeit ein Ende zu machen (BGHZ 17, 168 [170] = NJW 1955, 948 = LM § 36 Ziff. 6 ZPO Nr. 2) und eine Ausweitung von solchen Streitigkeiten tunlichst zu vermeiden (BGHZ 44, 14 [15] = NJW 1965, 1596). Angesichts dessen muss es für die Zulässigkeit einer Vorlage gem. § 36 III ZPO ausreichen, wenn die Rechtsfrage, die zur Vorlage an den BGH führt, nach Auffassung des vorlegenden Gerichts entscheidungserheblich ist und wenn dies in den Gründen des Vorlagebeschlusses nachvollziehbar dargelegt wird. Diesen Anforderungen wird der Vorlagebeschluss - noch - gerecht. Das OLG geht in seiner knappen Begründung davon aus, dass der Gerichtsstand des § 32 ZPO im Streitfall grundsätzlich gegeben ist. Von diesem Standpunkt aus ist die Frage, ob in diesem Gerichtsstand auch konkurrierende vertragliche Ansprüche geprüft werden dürfen, entscheidungserheblich.

B. Begründetheit der Vorlage zur Zuständigkeitsbestimmung

Der Antrag auf Zuständigkeitsbestimmung ist zulässig und begründet.

I. Die Voraussetzungen des § 36 I Nr. 3 ZPO

1. Kein gemeinsamer allgemeiner Gerichtsstand der Beklagten

Die Bekl. zu 1 und 2 und der Bekl. zu 3 haben keinen gemeinsamen allgemeinen Gerichtsstand.

2. Kein gemeinschaftlicher besonderer Gerichtsstand der Beklagten

Entgegen der Auffassung des vorlegenden OLG ist für den Rechtsstreit kein gemeinschaftlicher besonderer Gerichtsstand begründet. Hierbei kann dahingestellt bleiben, ob an der bereits zitierten Rechtsprechung des BGH, wonach im Gerichtsstand des § 32 ZPO nur Ansprüche aus unerlaubter Handlung geprüft werden dürfen, trotz der seit 1. 1. 1991 geltenden Neufassung des § 17 a II GVG festzuhalten ist (vgl. BGH, NJW 1998, 988 = LM H. 8/1998 § 852 BGB Nr. 145, wo die Frage ebenfalls offen gelassen wurde; zur internationalen Zuständigkeit s. BGHZ 132, 105 [111ff.] = NJW 1996, 1411 = LM H. 7/1996 § 29 ZPO Nr. 8). In der Literatur haben sich einige für eine Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung ausgesprochen (Lüke, in: Münch-Komm-ZPO, 2. Aufl., Vorb. § 253 Rdnr. 39, u. § 261 Rdnr. 59; Zimmermann, ZPO, 5. Aufl., § 32 Rdnr. 5; Zöller/Vollkommer, ZPO, 22. Aufl., § 12 Rdnr. 21, u.

§ 32 Rdnr. 20; Rosenberg/Schwab/Gottwald, 15. Aufl., § 36 VI 2, S. 181; Schwab, in: Festschr. f. Zeuner, 1994, 5. 499 [505ff.]; Hoffmann, ZZZ 107 [1994], 3 [11ff.]; Geimer, LM § 29 ZPO Nr. 8; Gottwald, JZ 1997, 92 [93]; U. Wolf, ZZZInt 2 [1997], 125 [134 f.]; Windel, ZZZ 111 [1998], 3 [13 f.]; Vollkommer, in: Festschr. f. Deutsch, 1999, 5. 385 [395ff.]; a.A. Patzina, in: MünchKomm-ZPO, 2. Aufl., § 32 Rdnr. 19; Musielak/Smid, ZPO, 2. Aufl., § 12 Rdnr. 10, u. § 32 Rdnr. 10; Stein/Jonas/Schumann, ZPO, 21. Aufl., § 32 Rdnr. 17; Jauernig, ZivilprozessR, 26. Aufl., § 12 II, S. 42; Würthwein, ZZZ 106 [1993], 51 [75 f.]; Hager, in: Festschr. f. Kissel, 1994, S. 327 [340] mit Fußn. 51; Banniza v. Bazan, Der Gerichtsstand des Sachzusammenhangs im EuGVÜ, dem Lugano-Abkommen und im deutschen Recht, 1995, 5. 152ff. [mit dem Vorschlag, das Gesetz zu ändern]; Spickhoff, ZZZ 109 [1996], 493 [495ff.]; Mankowski, IPRax 1997, 173 [178]; Peglau, MDR 2000, 723).

Voraussetzung für eine Zuständigkeit nach § 32 ZPO ist jedenfalls, dass der Kl. eine unerlaubte Handlung darlegt (BGHZ 132, 105 [110] = NJW 1996, 1411 = LM H. 7/1996 § 29 ZPO Nr. 8; BGHZ 124, 237 [240f.] = NJW 1994, 1413 = LM H. 5/1994 § 32 ZPO Nr. 15 m.w. Nachw.). Daran fehlt es hier hinsichtlich der Bekl. zu 1 und 2. Die Kl. bringt keine hinreichenden Umstände vor, aus denen eine deliktische Haftung der Bekl. zu 1 und 2 für das behauptete betrügerische Verhalten des Bekl. zu 3 resultieren könnte.

3. *Kein gemeinsamer Gerichtsstand für die Beklagten gem. § 7 HWiG (= § 29 c ZPO n.F.)*

Ein gemeinsamer Gerichtsstand ergibt sich auch nicht aus § 7 HWiG. Die Bekl. haben unwidersprochen vorgetragen, dass beim Abschluss des Vertrags mit der Bekl. zu 2 eine Haustürsituation i. S. von § 1 I HWiG nicht bestanden hat. Dass die Kl. die Vollmacht zum Abschluss dieses Geschäfts möglicherweise in einer solchen Situation abgegeben hat, reicht für die Anwendbarkeit des Haustür-Widerrufgesetzes grundsätzlich nicht aus (BGHZ 144, 223 [226 ff.] = NJW 2000, 2268 = LM H. 9/2000 § 166 BGB Nr. 41).

II. *Rechtsfolge gem. § 36 I Nr. 3 ZPO: Zuständigkeitsbestimmung zugunsten des Landgerichts Konstanz*

Nach allem war gem. § 36 I Nr. 3 ZPO antragsgemäß ein gemeinsamer Gerichtsstand zu bestimmen. Hierbei erschien es dem Senat zweckmäßig, die Zuständigkeit des LG Konstanz zu begründen. Zwar ist in diesem Gerichtsbezirk nur der Bekl. zu 3 ansässig. Dieser hat aber die engsten Beziehungen zu dem Geschehen, aus dem die Klageansprüche hergeleitet werden. Zudem haben die Handlungen, aus denen die Klageansprüche hergeleitet werden, ihren Schwerpunkt im Landgerichtsbezirk Konstanz. Dies lässt es zweckmäßig erscheinen, den Rechtsstreit in Konstanz zu führen.

Standort: Vertragsrecht

Problem: Vertrag mit Schutzwirkung zug. Dritter

BGH, URTEIL VOM 19.02.2002
VI ZR 190/01 (NJW 2002, 1489)

Problemdarstellung:

In diesem Revisionsverfahren musste der BGH die Frage klären, inwieweit einem Vater vertragliche Schadensersatzansprüche gegenüber der Frauenärztin aus dem Behandlungsvertrag zur Kindesmutter zustehen, weil diese ihre ärztlichen Vertragspflichten gegenüber der minderjährigen Mutter zur Feststellung der Schwangerschaft und anschließender Beratung über Abtreibungsmöglichkeiten verletzt hat.

Der BGH lehnte eine Schadensersatzpflicht der Ärztin gegenüber dem nunmehr unterhaltspflichtigen Vater aus drei Gründen ab. Zunächst stellt der BGH klar, dass ein solch vertraglicher Anspruch nur über die Grundsätze zum "Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter" in Betracht kommt. Um in den Schutzbereich des ärztlichen Behandlungsvertrages miteinbezo-

gen zu werden, fehlt es jedoch an der dazu erforderlichen Leistungsnähe des Klägers. Nach dem Sinn und Zweck des Behandlungsvertrages sollte eine Schwangerschaft der noch kindlichen Patientin vermieden werden bzw. bei bereits bestehender Schwangerschaft die weiteren Optionen besprochen werden, z.B. Abtreibung. Es ging daher ausschließlich um die eigenen Interessen der Kindesmutter. Die Tatsache, dass der Kl. bei einer Abtreibung um seine Unterhaltspflicht herum gekommen wäre, stellt lediglich einen Reflex, aber keine Leistungsnähe dar. Zudem fehlt es am zeitlichen Aspekt für einen Drittschutz zugunsten des Klägers durch den Behandlungsvertrag. Zum Zeitpunkt der Zeugung des Kindes, wo also die Unterhaltspflichten ausgelöst wurden, bestand noch gar kein Behandlungsvertrag, in den der Kläger hätte einbezogen werden können. Schließlich liegt kein Behandlungsfehler der Ärztin vor, weil sie auf eine Abtreibungsmöglichkeit nicht hingewiesen hat. Ein Schadensersatzpflichtiger Behandlungsfehler kommt nur in Frage, wenn der

Abbruch rechtmäßig gem. § 218 a II, III StGB gewesen wäre, ein strafloser Abbruch gem. § 218 a I StGB reicht nicht aus.

Prüfungsrelevanz:

Neben dem gesetzlich geregelten Fall des Vertrags zugunsten Dritter gem. § 328 BGB hat die Rechtsprechung als besondere Art den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter herausgebildet. Der Anspruch auf die geschuldete Primärleistung steht dabei allein dem Gläubiger zu, der Dritte ist jedoch in der Weise in die vertraglichen Sorgfalts- und Obhutspflichten (§ 241 II BGB) einbezogen, dass er bei deren Verletzung vertragliche Schadensersatzansprüche geltend machen kann. Grund für die Herausbildung eines Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter war die Unzulänglichkeit des ansonsten eingreifenden Deliktsrecht. Rechtsgrundlage für die Schutzwirkung zugunsten Dritter ist nach der Rechtsprechung eine ergänzende Vertragsauslegung (vgl. BGHZ 56, 273); in der Literatur wird hingegen eine auf § 242 BGB beruhende richterliche Rechtsfortbildung angenommen (Gottwald in: MünchKomm, 3. Aufl., § 328 BGB Rz. 80, m.w.N.). Unabhängig von der dogmatischen Einordnung sind die inhaltlichen Voraussetzungen aber unstrittig. Zunächst muss eine bestimmungsgemäße Leistungsnähe des Dritten zur Leistungserbringung durch den Schuldner vorliegen; dann muss der Gläubiger ein Interesse an der Einbeziehung des Dritten in den Vertrag haben; des weiteren muss die Leistungsnähe des Dritten und das Einbeziehungsinteresse des Gläubigers für den Schuldner erkennbar sein; schließlich muss der Dritte schutzwürdig sein, weil er andernfalls nicht ausreichend durch äquivalente Ansprüche geschützt wird.

Vertiefungshinweis:

Zu dieser Problematik: *BGH*, NJW 2002, 886; *Gehrlein*, NJW 2002, 870

Kursprogramm:

Examenskurs: "Die aggressiven Holzwürmer vom Niederrhein"

Leitsatz:

Zum Anspruch eines Vaters auf Freistellung von Unterhaltslasten für sein nicht eheliches und ungewolltes Kind bei Verletzung ärztlicher Pflichten gegenüber der minderjährigen Mutter.

Sachverhalt:

Der am 23. 8. 1983 geborene Kl. begehrt von der

Bekl., einer niedergelassenen Gynäkologin, die Freistellung von Unterhaltsansprüchen seines nicht ehelichen Kindes, das er Ende Oktober 1998 - also im Alter von 15 Jahren - mit der damals 12 Jahre alten F gezeugt hat. Diese wurde im Dezember 1998 13 Jahre alt. Am 19. 1. 1999 suchte F mit ihrer Mutter die Praxis der Bekl. auf, um sich über die Möglichkeiten einer Empfängnisverhütung zu informieren. Über den Verdacht einer Schwangerschaft wurde dabei nicht gesprochen. Die Bekl. untersuchte F gynäkologisch und verschrieb ihr die Anti-Babypille; eine sonographische Untersuchung oder ein Schwangerschaftstest wurden nicht vorgenommen. Bei einer weiteren Untersuchung am 18. 2. 1999 stellte die Bekl. fest, dass F in der 16. Woche schwanger war. Der Kl. hat vorgetragen, die Bekl. hätte die Schwangerschaft bereits bei der Untersuchung am 19. 1. 1999 erkennen müssen. Dann wäre ein legaler Schwangerschaftsabbruch möglich gewesen. Die Bekl. habe auch Veranlassung gehabt, die Möglichkeit einer Schwangerschaft zu überprüfen, denn F habe auf Befragen gesagt, dass sie schon Geschlechtsverkehr gehabt habe und die Frage nach der letzten Regel nicht genau beantwortet. Die Bekl. meint, der Kl. falle als nicht ehelicher Vater nicht in Schutzbereich des Behandlungsvertrags zwischen ihr und F. Am 19. 1. 1999 habe im Übrigen keine Veranlassung zu weiter gehenden Untersuchungen bestanden. Selbst wenn damals die Schwangerschaft festgestellt worden wäre, wäre ein strafloser Schwangerschaftsabbruch nach § 218 a I StGB aus zeitlichen Gründen nicht mehr möglich gewesen.

Das LG hat die Klage mit der Begründung abgewiesen, dem Kl. stünden keine Ansprüche aus dem Behandlungsvertrag zu, weil er weder Vertragspartner der Bekl. noch in den Schutzbereich des Behandlungsvertrags einbezogen worden sei. Berufung und Revision des Kl. hatten keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

A. Entscheidung und Begründung des BerGer.

Nach Auffassung des BerGer. war der Anspruch zu verneinen, weil der Kl. als Dritter nicht in den Schutzbereich des ärztlichen Behandlungsvertrags zwischen der Bekl. und F einbezogen worden sei. Im Hinblick auf Inhalt des Behandlungsvertrags - gynäkologische Untersuchung und Beratung über künftige schwangerschaftsverhütende Maßnahmen - habe die Bekl. diese Leistungen nur für die Patientin erbracht, so dass eine Leistungsnähe des Kl. nicht gegeben gewesen sei. Auch habe die Bekl. nicht erkennen können, dass ein Schutz Dritter im Hinblick auf eine bereits bestehende Schwangerschaft von F beabsichtigt gewesen sei.

Zwar habe sie gewusst, dass F bereits Geschlechtsverkehr gehabt hatte, objektive Anhaltspunkte für eine Schwangerschaft hätten jedoch nicht vorgelegen. Auch dürfte davon ausgegangen werden, dass von einer Patientin selbst eine bestehende Schwangerschaft nicht ernsthaft in Betracht gezogen werde, wenn sie Mittel für eine zukünftige Schwangerschaftsverhütung wolle. Bei der ersten Untersuchung sei es für die Bekl. erkennbar ausschließlich um die eigenen Interessen von F gegangen. Ob „im Sinne eines Reflexes“ auch Interessen des Kl. berührt sein könnten, könne dahinstehen. Denn dies würde nicht ausreichen, um den Kl. in den Schutzbereich des ärztlichen Behandlungsvertrags einzubeziehen.

B. Entscheidung des BGH in der Revision

Im Ergebnis zu Recht hat das BerGer. Schadensersatzansprüche des Kl. gegen die Bekl. verneint.

I. Zum Inhalt des Behandlungsvertrages zwischen der Bekl. und F

Die Revision meint, ein Schadensersatzanspruch des Kl. gegen die Bekl. sei gegeben, weil dem Kl. die Schutzwirkung des Behandlungsvertrags zugute komme und weil sich F nach einer sachgemäßen Beratung am 19.1.1999 für einen Schwangerschaftsabbruch entschieden hätte. Dabei wendet sich die Revision in erster Linie gegen die Auffassung BerGer., der Kl. sei nicht in den Schutzbereich des zwischen F und der Bekl. geschlossenen Behandlungsvertrags einbezogen.

Im Ansatz zutreffend ist das BerGer. bei seiner Beurteilung von den für die Einbeziehung Dritter in den Schutzbereich eines Vertrags erforderlichen allgemeinen Voraussetzungen ausgegangen (vgl. dazu im Einzelnen BGHZ 56, 269 [273 f.] = NJW 1971, 1931; BGH, NJW 2001, 3115 [3116]). Der Revision ist allerdings zuzugeben, dass der Auffassung BerGer. vom Inhalt des Behandlungsvertrags ein zu enges Verständnis zu Grunde liegt. Nach dessen Zweck und Inhalt sollte eine Schwangerschaft der nach ihrem Alter noch kindlichen Patientin vermieden werden. Auf Grund des Anamnesegesprächs war der Bekl. bekannt, dass F bereits Geschlechtsverkehr gehabt hatte. Das bedeutet für den Inhalt des Behandlungsvertrags, dass die Bekl. der F zunächst sorgfältige Untersuchung schuldete, bei der - was mangels trichterlicher Feststellungen revisionsrechtlich zu unterstellen ist - die bereits bestehende Schwangerschaft entdeckt worden wäre; sodann aber schuldete sie schon im Hinblick auf die Jugendlichkeit der Patientin auch eine Beratung über das weitere Vorgehen, nachdem die zunächst angestrebte Verhütung obsolet geworden war. Selbst wenn jedoch die Bekl. dabei zum Hinweis auf die Möglichkeiten eines

legalen Schwangerschaftsabbruchs verpflichtet gewesen sein sollte, konnte der Behandlungsvertrag zwischen F und der Bekl. keinen weiter reichenden Inhalt haben. Insbesondere war die Bekl. entgegen der ursprünglichen Auffassung der Revision nicht verpflichtet, selbst den Abbruch vorzunehmen. Das bedarf im Hinblick auf die gesetzliche Konzeption des Schwangerschaftsabbruchs keiner weiteren Darlegungen.

II. Kein Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten des Kl. aufgrund des Vertragsinhalts zur Schwangerschaftsverhütung

Bei einem solchen Verständnis des Behandlungsvertrages liegt es schon nach den allgemeinen Grundsätzen eines Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte und nach den Umständen des Streitfalls eher fern, dass der Kl. in seinen Schutzbereich einbezogen gewesen sein könnte, weil zum einen die für einen solchen Vertrag erforderliche Leistungsnähe zu Gunsten des Kl. nicht ersichtlich ist (vgl. hierzu BGH, NJW 2001, 3115 [3116] m.w. Nachw.) und im Übrigen auch der zeitliche Aspekt zu beachten ist. Soweit nämlich der Vertrag auf Verhütung einer künftigen Schwangerschaft gerichtet war, kann er dem Kl. schon deshalb nicht zugute kommen, weil F bei Vertragsabschluss bereits schwanger war, andererseits jedoch im Zeitpunkt der Zeugung des Kindes (also dem Zeitpunkt, der die Unterhaltungspflichten des Kl. ausgelöst hat) überhaupt noch kein Vertrag zwischen F und der Bekl. bestand, in den der Kl. hätte einbezogen sein können.

III. Kein Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten des Kl. aufgrund des Vertragsinhalts zum Schwangerschaftsabbruch

Soweit der Kl. sich darauf beruft, F hätte sich bei einer Feststellung der Schwangerschaft am 19.1.99 zu deren Abbruch entschlossen, kann er auch hieraus für sich keinen Anspruch herleiten.

1. Verletzung des Behandlungsvertrages wegen Vereitelung des Schwangerschaftsabbruchs

Die Revision lässt offen, nach welcher Regelung der Schwangerschaftsabbruch im vorliegenden Fall überhaupt hätte vorgenommen werden können, wobei sie allerdings vom grundsätzlichen Bestehen einer Frist auszugehen scheint. Soweit die Bekl. auf § 218 a I StGB verweist und geltend macht, dass ein Abbruch nach dieser Vorschrift nicht mehr möglich gewesen wäre, besteht Anlass zu folgender Klarstellung:

Nach ständiger Rechtsprechung des Senats (vgl. BGHZ 89, 95 [107] = NJW 1984, 658 = LM § 844 Abs. 2 BGB Nr. 65; BGHZ 129, 178 [185] = NJW 1995, 1609 = LM H. 9/1995 § 249 [A] BGB Nr. 108;

zuletzt NJW 2002, 886) kann eine auf der Verletzung des Behandlungsvertrages beruhende Vereitelung eines möglichen Schwangerschaftsabbruchs nur dann Ansatz dafür sein, die Eltern im Rahmen eines vertraglichen Schadensersatzanspruchs gegen den Arzt auf der vermögensmäßigen Ebene von der Unterhaltsbelastung durch das Kind freizustellen, wenn der Abbruch rechtmäßig gewesen wäre, also der Rechtsordnung entsprochen hätte und von ihr nicht missbilligt worden wäre. § 218 a StGB lässt einen rechtmäßigen Schwangerschaftsabbruch grundsätzlich nur bei Vorliegen einer medizinischen oder einer kriminologischen Indikation (§ 218 a II, III StGB) zu. Ein allein auf der Beratungslösung beruhender Schwangerschaftsabbruch nach § 218 a I StGB, auf den die Bekl. abstellt, wäre hingegen nicht rechtmäßig gewesen. Deshalb könnte ein Vertrag über Untersuchungen zur Vorbereitung eines solchen Schwangerschaftsabbruchs auch nicht Grundlage eines Anspruchs auf Ersatz des Unterhaltsschadens für ein ungewolltes Kind sein. § 218 a I StGB klammert zwar den Schwangerschaftsabbruch unter den dort genannten Voraussetzungen aus dem Straftatbestand aus. Dies bedeutet aber lediglich, dass er nicht mit Strafe bedroht ist (BVerfGE 88, 203 [273 ff.] = NJW 1993, 1751). Ein Rechtfertigungsgrund ist damit nicht gegeben. Die Beratungsregelung hat lediglich die Folge, dass die Frau, die ihre Schwangerschaft nach einer Beratung abbricht, straflos eine von der Rechtsordnung nicht erlaubte Handlung vornimmt (BVerfGE 88, 203 [273ff.]).

2. Übertragung auf den vorliegenden Fall

Soweit der Kl. auf die schwere Belastung der F durch die Schwangerschaft und die Geburt des Kindes im Hinblick auf ihr kindliches Alter hinweist, könnte dies auf eine Rechtfertigung des Schwangerschaftsabbruchs aus medizinischer Indikation nach § 218 a II StGB abzielen, wobei allerdings der Vortrag des Kl.

hierzu wenig aussagekräftig ist. Jedenfalls wäre ein Abbruch auf Grund dieser Indikation nicht fristgebunden und von daher bei Vorliegen der erforderlichen Voraussetzungen auch noch zu einem späteren Zeitpunkt möglich gewesen. Indessen erstreckt sich auch dann, wenn ein Schwangerschaftsabbruch aus medizinischer Indikation zur Abwehr einer schwer wiegenden Gefahr für die Gesundheit der Schwangeren in Betracht kommt, der Schutzzumfang des Behandlungsvertrags regelmäßig nicht auf die Bewahrung vor belastenden Unterhaltsaufwendungen für das Kind (vgl. Senat, NJW 1985, 2749 = LM § 823 [Aa] BGB Nr. 81 = VersR 1985, 1068 [1071]; BGHZ 143, 389 [393f.] = NJW 2000, 1782 = LM H. 8/2000 § 249 [A] BGB Nr. 118; Senat, NJW 2002, 886). Der vorliegende Fall nötigt zu keiner abschließenden Entscheidung darüber, ob und unter welchen Umständen der Schutzzweck eines auf diese Indikation gestützten Vertrags ausnahmsweise auch die Vermeidung einer finanziellen Belastung mit Unterhaltsansprüchen umfasst und ob der Kl. grundsätzlich in den Schutzbereich eines solchen Vertrags einbezogen sein könnte. Unter den Umständen des Streitfalls könnte nämlich selbst eine Einbeziehung des Kl. in den Schutzbereich des Vertrags zwischen F und der Bekl. - unabhängig von der Frage, ob hierfür eine auf Dauer angelegte Lebensgemeinschaft zu fordern wäre - auch deshalb nicht zu einem Schadensersatzanspruch der geltend gemachten Art führen, weil der Kl. - wie er selbst erkennt - die Entscheidung der P, das Kind auszutragen, hinnehmen muss. Anhaltspunkte dafür, dass F bei Feststellung der Schwangerschaft am 18. 2. 1999 aus Unkenntnis der auch dann noch bestehenden Möglichkeit eines Abbruchs aus medizinischer Indikation oder aus anderen, von der Bekl. eventuell zu vertretenden Umständen hierauf verzichtet haben könnte, sind aus dem hierfür maßgeblichen Vortrag des Kl. nicht ersichtlich.

Standort: ZPO

Problem: Rechtshängigkeit und außergerichtlicher Vergleich

BGH, URTEIL VOM 07.03.2002
III ZR 73/01 (NJW 2002, 1503)

Problemdarstellung:

Die Parteien führten vor dem LG Leipzig einen Prozess, in dem die Klägerin die Beklagte auf Zahlung einer Maklerprovision in Höhe von 156.125 DM in Anspruch nahm. Am 07./14.09.1998 schlossen die Parteien einen außergerichtlichen Vergleich, in dem sich die Beklagte zwecks Beilegung des Rechtsstreits verpflichtete, an die Klägerin wegen ihrer Provisionsver-

pflichtung 42.730 DM plus MWSt. Mit der vorliegenden beim LG Memmingen erhobenen Klage nimmt die Klägerin die Beklagte aus eben diesen Vergleich in Anspruch, wobei sich die Beklagte auf die anderweitige Rechtshängigkeit beim LG Leipzig verwies.

Der BGH hatte nunmehr die Rechtsfrage zu klären, inwieweit ein außergerichtlicher Vergleich Einfluss auf die fortdauernde Rechtshängigkeit einer Streitsache hat. Dabei ist wie folgt zu unterscheiden. Ein anderer Streitgegenstand (anderer Lebenssachverhalt und anderer Klagegrund) liegt vor, wenn die Beteiligten unter

Aufhebung des alten Schuldverhältnisses eine neues vereinbaren (Novation) und hierdurch ihre beiderseitigen Forderungen ohne Rücksicht auf die früheren Streitigkeiten auf eine völlig neue Grundlage stellen. Enthält hingegen der Vergleich nur eine die Identität des ursprünglichen Schuldverhältnisses währende Modifikation des Streitverhältnisses, so gehört der Vergleichsabschluss als unselbstständiges Element zu dem einheitlichen Lebenssachverhalt. Unter diesen Umständen sind dann die Streitgegenstände vorher und nachher identisch.

Prüfungsrelevanz:

Das Verbot der anderweitigen Rechtshängigkeit gem. § 261 III Nr. 1 ZPO dient dem Zweck, die Belästigung einer Partei durch mehrere gleichzeitige Prozesse desselben Inhalts zu verhüten, eine unnütze Anrufung der Gerichte zu verhindern, also die Prozesswirtschaftlichkeit zu wahren (Baumbach/Lauterbach/u.a., ZPO, 60. Auflage, § 261 Rz. 24). Die Rechtshängigkeit bewirkt also, dass während ihrer Dauer keine Partei und auch nicht ihr Rechtsnachfolger dieselbe Sache gegen denselben Prozessgegner anderweitig anhängig machen darf. Die später rechtshängig gewordene Klage mit gleichem Streitgegenstand ist von Amts wegen wegen des bestehenden Prozesshinderniss als unzulässig abzuweisen (BGH, NJW 1986, 2195; Thomas/Putzo, 22. Aufl., § 261 ZPO, Rz. 15). Im Falle gleichzeitiger Klageerhebung sind beide Klagen abzuweisen. Ist die Rechtshängigkeit übersehen worden und werden beide Urteile rechtskräftig, kann gegen das zweite Urteil die Restitutionsklage gem. § 580 Nr. 7a ZPO erhoben werden.

Voraussetzung für einen Fall der anderweitigen Rechtshängigkeit ist die Identität des Streitgegenstandes beider Klagen. Der Streitgegenstandsbegriff ist gesetzlich nicht geregelt. Nach dem vorherrschenden, insb. von der Rechtsprechung verfolgten Begriff setzt sich der Streitgegenstand aus Antrag und dem zugrunde liegenden Lebenssachverhalt zusammen (zweigliedriger-prozessualer Streitgegenstandsbegriff).

Vertiefungshinweis:

Zu dieser Thematik: *Häsemeyer*, ZZP 108 (1995), 289; *OLG Hamm*, NZBau 2000, 295

Kursprogramm:

Examenskurs: "Verkalkuliert"

Rechtsstreit nicht unmittelbar. Einer neuen Klage auf Erfüllung des Vergleichs kann daher, wenn er nicht novierend, sondern lediglich schuldabändernd wirken soll, die fortdauernde Rechtshängigkeit der Streitsache entgegenstehen.

Sachverhalt:

Die Parteien streiten um die Erfüllung eines außergerichtlich geschlossenen Vergleichs. In einem vor dem LG Leipzig geführten Vorprozess nahm die Kl. die Bekl. auf Zahlung einer Maklerprovision in Höhe von 156 125 DM in Anspruch. Unter dem 7./14. 9. 1998 schlossen die Parteien sodann privatschriftlich eine Vereinbarung, in der es heißt: „Zur Beilegung des unter dem Aktenzei beim LG Leipzig anhängigen Rechtsstreits zwischen den Parteien sind sich diese darüber einig, dass Frau S (Bekl.) 100 000 DM (netto) in der Verteilung, wie unten aufgeführt, zahlt.. . Im Einzelnen:

1. Frau S zahlt wegen ihrer Provisionsverpflichtung aus der Provisionsvereinbarung vom 5. 11. 1997 42 730 DM zuzüglich Mehrwertsteuer an die R-Gesellschaft mbH (Kl.) [...]

5. Frau S erklärt sich ... bereit, die Kosten dieses Rechtsstreits, zwar sowohl die gerichtlichen wie auch die außergerichtlichen Kosten der Kl., zu übernehmen.

7. Nachdem sämtliche Forderungen beglichen sind, wird die Kl. die Klage zurücknehmen.

Mit der vorliegenden, beim LG Memmingen erhobenen Klage verlangt die Kl. Zahlung der in Nr. 1 des Vertrags bestimmten Summe von 49 566,80 DM (einschließlich Mehrwertsteuer) sowie ihr im Rechtsstreit vor dem LG Leipzig entstandenen gerichtlichen und außergerichtlichen Kosten in Höhe von 11 427,30 DM, insgesamt 60 994,10 DM. Die Bekl. hat die Wirksamkeit des Vergleichs bestritten und sich auf anderweitige Rechtshängigkeit der Streitsache berufen.

LG und OLG haben der Klage stattgegeben. Mit der Revision verfolgt die Bekl. ihren Klageabweisungsantrag weiter. Die Revision hatte Erfolg. Sie führte zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das BerGer.

Aus den Gründen:

A. Entscheidung und Begründung des BerGer. zur Zulässigkeit der Klage

Das BerGer. hat die Klage für zulässig gehalten.

Ihr stehe nicht die von Amts wegen zu beachtende doppelte Rechtshängigkeit entgegen. Die Streitgegenstände beider Klagen seien nämlich nicht identisch. Während es vor dem LG Leipzig um die Zahlung einer Maklerprovision gegangen sei, klage die Kl. hier aus

Leitsatz:

Ein außergerichtlicher Vergleich beendet den

einem neu geschaffenen Rechtsgrund, einem Vergleich, und somit aus einem anderen Lebenssachverhalt, als er dem Rechtsstreit vor dem LG Leipzig zu Grunde gelegen habe.

B. Entscheidung des BGH in der Revision

Diese Ausführungen sind von Rechtsirrtum beeinflusst.

I. Verbot der anderweitigen Rechtshängigkeit gem. § 261 III Nr. 1 ZPO

Nach § 261 III Nr. 1 ZPO kann während der Dauer der Rechtshängigkeit die Streitsache von keiner Partei anderweitig anhängig gemacht werden. Dadurch soll verhindert werden, dass der Bekl. sich in derselben Sache in mehreren Verfahren verteidigen muss und dass einander widersprechende Urteile ergehen (BGHZ 4, 314 [322] = NJW 1952, 705 = LM § 514 ZPO Nr. 2). Voraussetzung ist, dass die Streitgegenstände in beiden Prozessen übereinstimmen. Die Identität des hier zur Entscheidung gestellten Klagegegenstands mit dem des in Leipzig geführten Rechtsstreits lässt sich indessen mindestens auf der Grundlage des revisionsrechtlich als richtig zu unterstellenden Sachverhalts nicht verneinen.

1. Zum Begriff des Streitgegenstandes

Gegenstand des Rechtsstreits ist nach der heute herrschenden und vom BGH in ständiger Rechtsprechung vertretenen prozessrechtlichen Auffassung ein prozessualer Anspruch; er wird bestimmt durch das allgemeine Rechtsschutzziel und die erstrebte konkrete Rechtsfolge, wie sie sich aus dem Klageantrag ergeben, sowie durch den Lebenssachverhalt (Klagegrund), aus dem der Kl. die begehrte Rechtsfolge herleitet (BGHZ 117, 1 [5] = NJW 1992, 1172 = LM H. 4/1992 § 322 ZPO Nr. 133; BGHZ 132, 240 [243] = NJW 1996, 1743 = LM H. 8/1996 § 209 BGB Nr. 84; BGH, NJW 2001, 3713 m. w. Nachw.).

2. Identität zwischen außergerichtlichem Vergleich und Rechtsstreit

Ordnen die Parteien ihr in einem anhängigen Rechtsstreit streitiges Rechtsverhältnis im Vergleichswege außergerichtlich neu, so ist zu unterscheiden: Ein anderer Lebenssachverhalt und Klagegrund liegt vor, wenn die Beteiligten unter Aufhebung des alten Schuldverhältnisses ein neues vereinbaren (Novation) und hierdurch ihre beiderseitigen Forderungen ohne Rücksicht auf die früheren Streitigkeiten auf eine völlig neue Grundlage stellen (so im Fall RG, ZZP 55, 136 m. Anm. Rosenberg). Enthält hingegen der Vergleich nur eine die Identität des ursprünglichen Schuldverhältnis-

ses wahrende Modifikation des Streitverhältnisses, so gehört der Vergleichsschluss als unselbstständiges Element zu dem einheitlichen Lebenssachverhalt, aus dem der Kl. seinen ursprünglichen Anspruch hergeleitet hat und mit dem er jetzt seinen - modifizierten - Klageanspruch begründet. Unter diesen Umständen sind die Streitgegenstände - vorausgesetzt, dass auch der Inhalt des Anspruchs (Zahlung, Unterlassung usw.) erhalten bleibt - vorher und nachher identisch (vgl. Bork, Der Vergleich, S. 431 ff., 440).

3. Übertragung den vorliegenden Fall

Das BerGer. scheint ohne nähere Begründung von einer Novation ausgegangen zu sein. Das hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Ein Vergleich wirkt regelmäßig nicht schuldumschaffend (BGHZ 52,39 [46] = NJW 1969, 1165 = LM § 255 BGB Nr. 5; BGH, NJW-RR 1987, 1426 [1427] = LM § 779 8GB Nr. 55; jew. m. w. Nachw.). Novierende Wirkung hat er nur bei einem durch Auslegung zu ermittelnden entsprechenden Parteiwillen, für den hier das BerGer. nichts festgestellt hat und gegen den auch spricht, dass die Parteien in Nr. 1 des Vergleichs auf ihre ursprüngliche Provisionsvereinbarung vom 5. 11. 1997 Bezug nehmen. Der Senat kann die Frage jedoch nicht abschließend entscheiden, da den Parteien zunächst Gelegenheit gegeben werden muss, zu diesem in seiner Bedeutung nicht hinreichend erfassten Punkt ergänzend vorzutragen. Für das Revisionsverfahren ist indes zu Gunsten der Bekl. davon auszugehen, dass der außergerichtliche Vergleich die Provisionsforderung der Kl. nicht völlig ersetzen, sondern diese lediglich inhaltlich umgestalten sollte. Dann handelt es sich aber bei der mit der zweiten Klage geltend gemachten Forderung auf Zahlung von 49 566,80 DM um einen Teil desselben prozessualen Anspruchs, wie er Gegenstand des Ursprungsverfahrens vor dem LG Leipzig war. Das gilt zwar nicht auch für den außerdem eingeklagten Kostenerstattungsanspruch. Die einer Partei aus der Führung eines Rechtsstreits entstandenen gerichtlichen und außergerichtlichen Kosten können allerdings regelmäßig einfacher und billiger im Kostenerstattungsverfahren nach §§ 104ff. ZPO geltend gemacht werden. Für eine selbstständige Klage fehlt daher grundsätzlich das Rechtsschutzinteresse (vgl. nur BGHZ 111, 168 [171] = NJW 1990, 2060 = LM H. 7 - 12/1991 § 823 [Af] BGB Nr. 12).

II. Ausnahme bei Unzulässigkeit des Ursprungsverfahrens infolge des Vergleichs

Die Identität beider Streitgegenstände bei der erwähnten revisionsrechtlich gebotenen Sachverhaltsunterstellung dürfte ausnahmsweise dann nicht zur Unzuläs-

sigkeit der zweiten Klage führen, wenn infolge des außergerichtlich geschlossenen Vergleichs eine Fortführung des Ursprungsverfahrens ihrerseits nicht mehr zulässig wäre und die mit einer doppelten Rechtshängigkeit verbundenen Gefahren, denen die Bestimmung des § 261 III Nr. 1 ZPO begegnen will, in Wahrheit daher nicht bestünden. So verhält es sich aber nicht.

1. Streit um den möglichen Einfluss eines außergerichtlichen Vergleichs auf das Ursprungsverfahren

Anders als ein Prozessvergleich beendet der außergerichtliche Vergleich den Rechtsstreit nicht unmittelbar. Nach der vom RG eingeleiteten Rechtsprechung gewährt er allerdings vermöge seines sachlich-rechtlichen Inhalts dem Bkl. eine Einrede gegen den durch den Vergleich erledigten Anspruch und führt so mittelbar dazu, dass der Kl. das Verfahren nicht fortsetzen darf (RGZ 142, 1 [3 f.] = JW 1934, 92 m. Anm. Lent; RGZ 161, 350 [353]; BAG, NJW 1973, 918 [919] = AP Nr. 21 zu § 794 ZPO m. Anm. Blomeyer; s. ferner BGH, LM § 794 1 Ziffer 1 ZPO Nrn. 12, 13 = MDR 1964, 313; BAGE 36, 112 [117ff.]; BAG, NJW 1969, 1469). Demgegenüber wollen wesentliche Teile des Schrifttums einem außergerichtlichen Vergleich als einem bloßen Rechtsgeschäft des materiellen Rechts grundsätzlich auch nur materiell-rechtliche Wirkungen zuerkennen und ihm Bedeutung für das Verfahren lediglich dann beimessen, wenn sich eine Partei gleichzeitig zu einem bestimmten prozessualen Verhalten, insbesondere einer Klagerücknahme oder Erledigungserklärung, verpflichtet hat (Bork, S. 447 f.; Wagner, Prozessverträge, S. 511ff.; im Ergebnis ähnlich Lent, JW 1934, 92; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 60. Aufl., Anh. § 307 Rdnr. 1; Rosenberg/Schwab/Gottwald, ZivilprozessR, 15. Aufl., § 131 VI 2, S. 775; Stein/Jonas/Münzberg, ZPO, 21. Aufl., § 794 Rdnrn. 68 ff., 72; s. ferner BVerwG, NJW 1994, 3206 [3207]).

2. Keine Bedeutung für den vorliegenden Fall

Der Streitfall nötigt nicht dazu, zu diesen unterschiedlichen Ansätzen Stellung zu nehmen. Kommt es allein auf den materiell-rechtlichen Inhalt des Vergleichs an, so kann er einer Fortsetzung des Prozesses nur insoweit entgegenstehen, als in ihm der ursprünglich eingeklagte Anspruch erledigt worden ist, nicht dagegen, soweit dieser in der Vereinbarung aufrechterhalten wurde und vom Kl. nunmehr, um einen Titel zu erlangen, weiterverfolgt wird (so wohl Stein/Jonas/Münzberg, § 794 Rdnrn. 69 f.; Wiczeorek/Schütze/Paulus,

ZPO, 3. Aufl. § 794 Rdnr. 66). Diese letztgenannte Voraussetzung ist auf der Grundlage des vom Senat unterstellten Sachverhalts bei Nr. 1 der Vereinbarung vom 7./14. 9. 1998 gegeben. Ist demgegenüber eine im Vergleich getroffene Abrede über die Beendigung des anhängigen Rechtsstreits maßgebend, hängt die Beurteilung von der in Nr. 7 dieser Vereinbarung getroffenen Regelung ab. Darin hat die Ki. eine Klagerücknahme jedoch nur für den Fall zugesagt, dass sämtliche im Vergleich geregelten Forderungen beglichen sind. Da diese Bedingung bislang nicht eingetreten ist, steht auch unter diesem Gesichtspunkt einer Fortführung des Rechtsstreits vor dem LG Leipzig nichts im Wege.

III. Prozessökonomische Begründung für diese Rechtsansicht

Den Streit der Parteien über die Wirksamkeit eines außergerichtlichen Vergleichs und die Erfüllung der darin geregelten Ansprüche grundsätzlich dem Gericht des Ausgangsverfahrens zuzuweisen, entspricht zugleich dem Gebot der Prozesswirtschaftlichkeit. Ein solches Verfahren ist kostengünstiger und führt auch dazu, dass in der Mehrzahl der Fälle die beteiligten Richter den Prozessstoff bereits kennen. Darin liegt es nicht wesentlich anders als beim Streit um die Wirksamkeit eines Prozessvergleichs, der nach ständiger Rechtsprechung in dem früheren Prozess zu entscheiden ist (BGHZ 28, 171 [174] = NJW 1958, 1970 = LM § 779 BGB Nr. 13; BGHZ 142, 253 [254 f.] = NJW 1999, 2903 = LM H. 3/2000 § 794 1 Ziff. 1 Nr. 44 m. w. Nachw.). Dass diese Verfahrensweise mit der nicht immer sicheren Abgrenzung zwischen Novation und Schuldabänderung belastet sein kann, ist hinzunehmen.

C. Rechtsfolgen der Revision: Aufhebung und Zurückverweisung an das BerGer.

Somit ist das angefochtene Urteil aufzuheben. Das BerGer. wird - gegebenenfalls nach ergänzenden Vorbringen der Parteien - zu klären haben, ob die außergerichtliche Vereinbarung vom 7./14. 9. 1998 als Novation auszulegen ist oder ob sie nach dem Parteilwillen lediglich das ursprüngliche Schuldverhältnis unter Wahrung seiner Identität abändern sollte. Gegen die weitere Annahme des BerGer., dass der Vergleich wirksam zu Stande gekommen ist und die Bkl. sich gem. § 162 I BGB so behandeln lassen muss, als sei die in Nr. 3 des Vergleichs vorausgesetzte Genehmigung der Schuldübernahme fristgemäß erteilt worden, bestehen keine rechtlichen Bedenken.

Strafrecht

Standort: § 244 I Nr. 1 a StGB

Problem: Begriff des gefährlichen Werkzeugs

OLG BRAUNSCHWEIG, BESCHLUSS VOM 21.02.2002
1 SS (S) 68/01 (NJW 2002, 1735)

Problemdarstellung:

Das OLG Braunschweig hatte über die Strafbarkeit eines Angekl. zu entscheiden, der bei einem Kaufhausdiebstahl in einer Hosentasche ein Taschenmesser bei sich trug. Das Amtsgericht hatte den Angekl. daraufhin wegen Diebstahls mit Waffen verurteilt. Der Senat ist dagegen der Ansicht, dass bei Gegenständen, die konstruktionsbedingt nicht zur Verletzung von Personen bestimmt sind, sondern jederzeit in sozial adäquater Weise von jedermann bei sich geführt werden können, neben der objektiven Eignung zur Zufügung von erheblichen Verletzungen noch hinzukommen muss, dass der Täter den Gegenstand generell - von der konkreten Tat losgelöst - zur Bedrohung oder Verletzung von Personen bestimmt hat. Danach wäre der Angekl. nicht wegen Diebstahls mit Waffen zu verurteilen gewesen. Da das BayObLG und auch das OLG Hamm in vergleichbaren Fällen eine entgegenstehende Auffassung vertreten haben, sieht sich das OLG Braunschweig an einer Aufhebung des amtsgerichtlichen Urteils gehindert und legt die aus dem Leitsatz ersichtliche Rechtsfrage dem BGH gem. § 121 II GVG zur Entscheidung vor.

Prüfungsrelevanz:

Die Entscheidung besitzt eine besonders hohe Prüfungsrelevanz. Das durch das 6. StrRG in §§ 177 III Nr. 1, 244 I Nr. 1 a und 250 I Nr. 1 a StGB inhaltsgleich eingefügte Qualifikationsmerkmal des „anderen gefährlichen Werkzeugs“ dürfte angesichts der Vorlage an den BGH jedenfalls eine für die Praxis verbindliche Auslegung erfahren. Die Auslegung dieses Merkmals ist deshalb besonders problematisch, weil einerseits dem Gesetzgeber eine an § 224 I Nr. 2 StGB orientierte Auslegung vorschwebte, andererseits aber die Bestimmung der Gefährlichkeit u.a. anhand der „konkreten Art der Verwendung“ sinnlos ist, wenn der Täter das Werkzeug nach der Tatbestandsfassung lediglich „mitführen“ muss. In der Literatur haben sich zu dieser Streitfrage bereits zahlreiche Einzelmeinungen gebildet (vgl. zur Übersicht RA 1999, 270/339; RA

2001, 89 m.w.N.), wobei sich im wesentlichen zwei Meinungsgruppen gegenüber stehen: Eine Ansicht bestimmt die Gefährlichkeit des Werkzeugs nach den objektiven Kriterien der typischen, erfahrungsgemäßen Verwendungsart (so etwa Dencker, JR 1999, 34; Schroth, NJW 1998, 2864) oder anhand der objektiven Zweckbestimmung (so z.B. Schönke/Schröder/Eser, § 244, Rn. 5; vgl. auch Krey, BT 2, Rn. 133 ff.). Dagegen arbeitet ein großer Teil der Literatur mit den subjektiven Kriterien der Verwendungsabsicht oder des inneren Verwendungsvorbehalts (so z.B. Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rn. 260 ff.; Küper, JZ 1999, 187). Teilweise werden auch beide Ansätze kombiniert (SK-Günther, § 250, Rn. 8; Mitsch, BT II/1, § 1, Rn. 236). Die Rechtsprechung hat bisher nicht eindeutig Stellung bezogen. Zahlreiche Entscheidungen zu § 250 II Nr. 1 StGB nehmen unvermittelt die zu § 223 a StGB a.F. entwickelte Definition in Bezug, was angesichts der dort erforderlichen Verwendung im Ergebnis unschädlich ist. Der BGH hat in einer Entscheidung allerdings angedeutet, dass er hinsichtlich § 250 I Nr. 1 a StGB eine subjektiv orientierte Auslegung bevorzugt (vgl. BGH, NStZ 1999, 301).

Im Anschluss daran formuliert das OLG Braunschweig das Kriterium einer „generellen Zweckbestimmung“ durch den Täter. Der Täter müsse den Gegenstand allgemein, d.h. losgelöst von der konkreten Tat, zur Verletzung oder Bedrohung von Menschen bestimmt haben. Es bleibt abzuwarten, ob der BGH dieser wenig praktikablen Begriffsbestimmung folgen wird.

Vertiefungshinweise:

Zum Begriff des gefährlichen Werkzeugs in §§ 244, 250 StGB: *BayObLG*, NStZ-RR 2001, 202 m. Anm. *Erb*, NStZ 2001, 202 und *Kindhäuser/Wallau*, StV 2001, 17; *Küper*, JZ 1999, 187; *Streng*, GA 2001, 359; *Geppert*, Jura 1999, 599

Kursprogramm:

Examenskurs: „Der Elektromeister“

Leitsatz:

Ist das Tatbestandsmerkmal des „anderen ge-

fährlichen Werkzeugs“ i. S. des § 244 I Nr. 1 lit. a StGB nur als objektiv gefährliches Tatmittel auszulegen, das nach seiner objektiven Beschaffenheit geeignet ist, erhebliche Verletzung zuzufügen, oder muss bei Gegenständen, die konstruktionsbedingt nicht zur Verletzung von Personen bestimmt sind, sondern jederzeit in sozial adäquater Weise von jedermann bei sich geführt werden können (wie z. B. ein Taschenmesser), noch hinzukommen, dass der Täter den Gegenstand generell - von der konkreten Tat losgelöst - zur Bedrohung oder Verletzung von Personen bestimmt hat?

Sachverhalt:

Das AG hat den Angekl. wegen Diebstahls mit Waffen zu einer Freiheitsstrafe von sechs Monaten verurteilt, deren Vollstreckung es zur Bewährung ausgesetzt hat. Auf Grund der Sprungrevision des Angekl. will der Senat das Urteil des AG aufheben und die Sache zurückverweisen, sieht sich daran aber durch das Urteil des BayObLG (NSStZ-RR 2001, 202) gehindert. Daher legte der Senat die aus dem Leitsatz ersichtliche Rechtsfrage dem BGH zur Entscheidung vor. Der Angekl. entwendete am 24. 4. 2001 aus einem Kaufhaus in Braunschweig drei Herrenhosen im Gesamtwert von 469,85 DM in einer extra zu diesem Zweck so präparierten Plastiktasche, dass die Sicherungsetiketten beim Passieren der Sicherungsschranke keinen Alarm auslösten. Während dieser Tatausführung trug der Angekl. in der linken Hosentasche seiner Bekleidung ein Taschenmesser mit einer Klingenlänge von ca. 8 cm bei sich.

Aus den Gründen:

I. Zur entgegenstehenden Entscheidung des BayObLG

1. Definition des gefährlichen Werkzeugs durch das BayObLG

Das BayObLG hat in einem vergleichbaren Fall die Auffassung vertreten, dass ein Taschenmesser ein gefährliches Werkzeug i. S. des § 244 I Nr. 1 lit. a StGB sei, und sich hierfür auf die von der Rechtsprechung zu § 223 a StGB a. F. verwandte Definition berufen, wonach von diesem Begriff ein objektiv gefährliches Tatmittel erfasst werde, das nach seiner objektiven Beschaffenheit und nach der Art seiner Benutzung im konkreten Einzelfall geeignet sei, erhebliche Verletzungen zuzufügen. Hierfür hat es aus der Rechtsprechung des BGH die Fälle NSStZ-RR 2000, 43; NJW 1999, 2198; NJW 1998, 3130; NJW 1998, 3131;

NJW 1998, 2915; NJW 1998, 2916 zitiert, die jeweils zu § 250 StGB ergangen sind und auf welche diese Definition deshalb problemlos angewandt werden konnte, weil dort die Gegenstände i. S. des § 250 II Nr. 1 StGB auch tatsächlich von den Tätern verwandt worden waren, so dass die definitionsgemäße Eignung „nach der Art seiner Benutzung im konkreten Einzelfall“, erhebliche Verletzungen zuzufügen, auch geprüft werden konnte. In dem vom BayObLG zu entscheidenden Fall ist jedoch das Taschenmesser, das der Täter in der Hosentasche gehabt hat, nur i. S. des § 244 I Nr. 1 lit. a StGB n. F. „mitgeführt“ worden, ohne dass der Täter es in irgendeiner Weise verwandt hat. Damit hat das BayObLG in der Sache selbst nur geprüft und bejaht, dass das Taschenmesser nach seiner objektiven Beschaffenheit geeignet war, erhebliche Verletzungen zuzufügen. Ob es nach der genannten Definition auch „nach der Art seiner Benutzung im konkreten Einzelfall“ geeignet war, erhebliche Verletzungen zuzufügen, konnte indes gar nicht geprüft werden, da es in jenem (wie auch im vorliegenden) Fall zu einer konkreten Benutzung gar nicht kam, an deren Art die Gefährlichkeit zu messen gewesen wäre; möglicherweise hat der Täter noch nicht einmal an eine Benutzung gedacht, jedenfalls sind hierzu in dem vom BayObLG geprüften Urteil keine Feststellungen getroffen worden.

2. Konsequenzen für den vorliegenden Fall

Würde der Senat diese Rechtsprechung des BayObLG auf den vorliegenden Fall anwenden, so hätte er auch hier allein auf Grund der Eignung des Taschenmessers nach seiner objektiven Beschaffenheit zur Zufügung erheblicher Verletzungen das Tatbestandsmerkmal des „anderen gefährlichen Werkzeugs“ zu bejahen und die Revision zu verwerfen.

II. Entgegenstehende Entscheidung des OLG Hamm

Das sich der Senat bereits durch die genannte Entscheidung des BayObLG an seiner beabsichtigten Entscheidung gehindert sieht, kann dahinstehen, ob der Senat auch auf Grund des Beschlusses des OLG Hamm vom 7. 9. 2000 (NJW 2000, 3510) zur Vorlage verpflichtet ist. In jenem Fall ist ein Butterfly-Messer lediglich als Aufbruchswerkzeug benutzt worden. Auch in jenem Fall hat das OLG seine Entscheidung parallel zu der genannten Entscheidung des BayObLG begründet, ohne auf die vom vorlegenden Senat angesprochene Problematik einzugehen. Im Übrigen bleibt nach den Feststellungen, die der Entscheidung des OLG Hamm zu Grunde lagen, offen, ob es sich bei dem mitgeführten Butterfly-Messer nicht bereits um eine „Waffe“ i. S. des § 244 I Nr. 1 lit. a StGB (als

Stichwaffe i. S. von § 1 VII WaffG; Steindorf, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtl. NebenG, W 12 Rdnr. 38; Kindhäuser/Wallau, StV 2001, 352 [353]) handelte, so dass jenes Messer bereits diesem spezielleren Tatbestandsmerkmal der Vorschrift unterfiel.

III. Ansicht des Senats

1. Erfordernis einer generellen Zweckbestimmung zur Bedrohung oder Verletzung

Der Senat ist demgegenüber, wie sich bereits aus der vorangestellten Fragestellung zur Vorlage an den BGH ergibt, der Auffassung, dass jedenfalls bei Gegenständen, die konstruktionsbedingt nicht zur Verletzung von Personen bestimmt sind, sondern jederzeit in sozial adäquater Weise von jedermann bei sich geführt werden können, neben der objektiven Eignung zur Zufügung von erheblichen Verletzungen noch hinzukommen muss, dass der Täter den Gegenstand generell - von der konkreten Tat losgelöst - zur Bedrohung oder Verletzung von Personen bestimmt hat (dieselbe Problematik ergibt sich für die §§ 250 I Nr. 1 lit. a und 177 III Nr. 1 StGB, jew. n. F.). Dies hätte zur Folge, dass das angefochtene Urteil des AG aufgehoben und die Sache zurückverwiesen werden müsste, da das AG insoweit - offensichtlich der Rechtsprechung des BayObLG folgend - keine Feststellungen getroffen hat, weil diese nach seiner Auffassung überflüssig waren.

2. Zur entsprechenden Anwendung der zu § 224 I Nr. 2 StGB entwickelten Definition

Wie sich bereits aus den Ausführungen oben unter II ergibt, erweist sich jedenfalls für die Auslegung des Tatbestandsmerkmals „anderes gefährliches Werkzeug“ in § 244 I Nr. 1 lit. a StGB n. F. die vom Gesetzgeber selbst angeregte Orientierung an der Definition zu § 223 a StGB a. F. der bisherigen Rechtsprechung (vgl. Bericht des Rechtsausschusses, BT-Dr 13/9064, 5. 18) als untauglich. Denn das „gefährliche Werkzeug“ muss in der hier anzuwendenden Vorschrift nur „mitgeführt“ werden, so dass es zu einer konkreten Benutzung, an deren Art die Gefährlichkeit zu messen wäre, gar nicht kommt und der Täter an eine solche Benutzung noch nicht einmal gedacht haben muss (so nunmehr der 3. Senat des BGH, NStZ 1999, 301 (302); Eser, in: Schönke/Schröder, StGB, 26. Aufl., § 244 Rdnr. 5; Tröndle/Fischer, StGB, 50. Aufl., § 244 Rdnr. 7; Kindhäuser/Wallau, StV 2001, 18; Schlothauer/Sättele, StV 1998, 505; Lesch, GA 1999, 365). Dieses Problems kann man nicht dadurch Herr werden, dass man in der Sache selbst nur den Teil der Definition anwendet, der die Verletzungseignung nach der objektiven Beschaffenheit des Tatmittels betrifft, wie

es das BayObLG versucht hat. Denn so läuft man Gefahr, Täter eines einfachen Diebstahls nach einem Qualifikationstatbestand des Diebstahls zu bestrafen, ohne dass die Schuld entsprechend erhöht ist, wenn der Täter in sozial adäquater Weise einen derartigen Gegenstand zum normalen ungefährlichen Gebrauch ständig bei sich führt und hieran bei der Ausführung eines einfachen Diebstahls gar nicht denkt oder sich zumindest der Möglichkeit einer gefährlichen Verwendung gar nicht bewusst ist. Dabei ist nicht nur an den vorliegenden Fall zu denken, dass jemand ein Taschenmesser bei sich hat, sondern beispielsweise auch an eine Dame, deren Beauty-Koffer ein Nageletui enthält, oder an einen Raucher mit einer brennenden Zigarette (die nach BGH, NStZ 2002, 86, ebenfalls ein gefährliches Werkzeug i. S. des § 224 I Nr. 2 StGB n. F. darstellt). Dies würde gegen den mit Verfassungsrang ausgestatteten Schuldgrundsatz verstoßen, wonach Tatbestand und Rechtsfolge im strafrechtlichen Bereich - gemessen an der Idee der Gerechtigkeit - sachgerecht aufeinander abgestimmt sein müssen und jede Strafe daher in einem angemessenen Verhältnis zu der Schwere der Straftat und zum Verschulden des Täters stehen muss (BVerfG, NStZ 1995, 76; Tröndle/Fischer, Vorb. § 13 Rdnr. 28; jew. m.w. Nachw. z. Rspr. d. BVerfG). Gerade im vorliegenden Fall wirkt sich dies deshalb besonders krass aus, da der vorliegende Tatbestand des Diebstahls mit Waffen gem. § 244 StGB n. F. keinen minderschweren Fall vorsieht und mit einer Mindeststrafe von sechs Monaten bewehrt ist. Dies hätte zur Folge, dass der Richter nicht die Möglichkeit hätte, die Strafe an die verschiedenen Grade des Verschuldens und der Schwere eines Tatbestands anzupassen, was aber verfassungsrechtlich geboten ist (BVerfG, NStZ 1995, 76; BVerfGE 54, 100 [108 f.] m. w. Nachw.). Selbst bei einem Diebstahl geringwertiger Sachen würde die genannte hohe Mindeststrafe zu verhängen sein, da § 243 II StGB auf § 244 StGB keine analoge Anwendung finden kann (OLG Köln, NJW 1978, 652; Lenckner, JR 1982, 424 [425]). Diese Ausführungen belegen im Übrigen, dass eine derartige Auslegung des Merkmals des gefährlichen Werkzeugs auch nicht in die abgestufte Systematik der Eigentumsdelikte passt.

3. Objektive Bestimmung der Gefährlichkeit

Zur Auslegung des Tatbestandsmerkmals des „anderen gefährlichen Werkzeugs“ i. S. des § 244 I Nr. 1 lit. a StGB n. F. sind in der Literatur eine Vielzahl von Vorschlägen gemacht worden. Insoweit wird auf Tröndle/Fischer, § 244 Rdnrn. 8 f., und auf Eser, in: Schönke/Schröder, § 244 Rdnr. 5 verwiesen. Der reine Gesetzeswortlaut könnte es — gerade im Unter-

schied zur subjektiv geprägten Verwendungsabsicht des § 244 I Nr. 1 lit. b StGB — nahe legen, die Bedeutung des „anderen gefährlichen Werkzeugs“ objektiv zu bestimmen, wie dies in der Literatur überwiegend vorgeschlagen wird. Dagegen ist jedoch zum einen einzuwenden, dass dies in der Praxis zu einer wenig sachgerechten Kasuistik auf der Grundlage „diffuser Spekulationen über den Einsatzwillen“ des in Frage stehenden Gegenstands führt (so Tröndle/Fischer, § 244 Rdnrn. 8 f. m. w. Nachw.). Zum anderen würde eine rein objektive Bestimmung der Intention des Gesetzgebers nicht gerecht werden, das Eingreifen des Qualifikationstatbestands weit vorzuverlagern und auch die Gegenstände bei denjenigen Tätern mitzufassen, in deren Hand der fragliche Gegenstand generell als gefährlich einzustufen ist, weil dies beispielsweise aus vergangenen Handlungsweisen des Täters hervorgetreten ist, ohne bereits die konkrete Verwendungsabsicht des § 244 I Nr. 1 lit. b StGB nachweisen zu können. Aus diesem Blickwinkel heraus greift beispielsweise der Auslegungsvorschlag von Eser (in: Schönke/Schröder, § 244 Rdnrn. 5) nicht weit genug, wonach nur solche Gegenstände erfasst sein sollen, die aus der Sicht eines objektiven Beobachters in der konkreten Situation zu nichts anderem als zu seinem Einsatz als Angriffs- oder Verteidigungsmittel gegen Menschen dienen können. Hiernach könnte beispielsweise ein Taschenmesser oder ein Nageletui in keinem Fall als gefährliches Werkzeug im Sinne des genannten Tatbestands in Betracht kommen.

4. Subjektive Auslegung der Gefährlichkeit

a. Zum Kriterium der generellen Zweckbestimmung

Demgegenüber ist einer subjektiv orientierten Auslegung schon deshalb der Vorzug zu geben, weil sie letztlich in der nach den Gesetzesmaterialien zu Grunde zu legenden Begriffsdefinition bereits angelegt ist, wenn sie auch sprachlich im Sinne einer unmittelbaren Subsumtionsmöglichkeit jedenfalls für Fälle der vorliegenden Art in nicht tauglicher Weise zum Ausdruck gekommen ist. Denn wenn in dieser Definition auch auf die Art der Benutzung des Gegenstands im konkreten Einzelfall abgestellt wird, erhebliche Verletzungen zuzufügen, so kann damit nur eine „mögliche“ Benutzung des konkreten Täters gemeint sein. Da allerdings die Fälle bereits von der Alternative unter § 244 I Nr. 1 lit. b StGB fasst sind, in denen sich die Art der konkreten Verwendungsabsicht für den in Frage stehenden Einzelfall nachweisen lässt, bleibt als Anwendungsbereich nur noch eine vom Täter vorgenommene generelle, von der konkreten Tat losgelöste Bestimmung des Gegenstands zur gefährlichen Verwendung

übrig, wie sie vom 3. Senat des BGH in dem bereits zitierten Beschluss vom 26. 2. 1999 (NStZ 1999, 301) zum Ausdruck gebracht worden ist. Diese zunächst sehr abstrakt anmutende Begriffsbestimmung erweist sich für die Rechtsprechung auch als praktikabel. Es ist beispielsweise an den Fall zu denken, dass sich ein Täter einen Gegenstand des täglichen Gebrauchs mit der Intention beschafft, diesen Gegenstand „im Bedarfsfall“ auch als Mittel zur Bedrohung oder Verletzung von Personen einzusetzen. Dies kann unter anderem dadurch nachweisbar sein, dass der Täter mit Dritten darüber gesprochen oder den Gegenstand bereits gegenüber anderen Personen in entsprechend gefährlicher Weise verwendet hat.

b. Zur Entscheidung des BGH in BGHSt 43, 266

Der 3. Senat hat in seinem Beschluss selbst zum Vergleich auf seinen Beschluss vom 9. 10. 1997 (BGHSt 43, 266 = NJW 1998, 1504) hingewiesen, wo er die Sache an den Tatrichter zurückverwiesen hat, weil (in Anwendung von § 30 a II Nr. 2 BtMG) eine entsprechende Fallgestaltung nicht auszuschließen war. Dort hatte einer der Drogenkuriere ein Schweizer Offiziersmesser bei sich, welches nach den Ausführungen des 3. Senats zwar zur Verletzung von Personen geeignet war, nicht aber „allgemein dazu bestimmt, Menschen zu verletzen“; mangels anderer Feststellungen sei vielmehr davon auszugehen, „dass es sich um ein bei Wanderern gebräuchliches Multifunktionsmesser des Herstellers Victorinox oder vergleichbarer Marken handelt“. Unter Auslegung des dortigen (von der vorliegenden Vorschrift abweichenden) Tatbestands des § 30 a II Nr. 2 BtMG hat der 3. Senat nicht ausschließen können und deshalb darauf abgestellt, dass der Täter zu irgendeinem Zeitpunkt vor der Tatbegehung die Bestimmung getroffen hatte, das Messer zu seiner Bewaffnung in seinem zu Kurierfahrten eingesetzten Kraftfahrzeug bereitzulegen, und dass er sich dessen bei der Tatausführung bewusst war (was noch keine Verwendungsabsicht im Hinblick auf die konkret beabsichtigte Straftat bedeute).

c. Zur Begriffsbildung durch den Senat

Der Senat hat allerdings davon abgesehen, in seinem aus der Fragestellung sich ergebenden Definitionsvorschlag auch das letztgenannte Element kumulativ mit aufzunehmen, wonach sich der Täter bei der Tatausführung dieser Einsatzmöglichkeiten - der Bedrohung oder Verletzung von Personen - bewusst gewesen sein muss. Dieses zusätzliche Erfordernis (welches bei der andersartigen Tatbestandsformulierung des § 30 a II Nr. 2 BtMG erforderlich sein mag) wird im Einzelfall nur schwer nachweisbar sein und entspricht nicht den

Intentionen des Gesetzgebers, die Strafbarkeit nach dem Qualifikationstatbestand entsprechend vorzuverlegen. Gerade die Gefährlichkeit des oben beschriebenen Täters, der bereits eine generelle Bestimmung des Gegenstands zur gefährlichen Verwendung getroffen hat, soll von dieser Vorschrift erfasst werden, ohne dass es des zusätzlichen Nachweises bedarf, dass sich

der Täter bei der Tatausführung dieser Einsatzmöglichkeit des Gegenstandes auch bewusst war. Dagegen würde auch die Verwischung zu der unter 244 I Nr. 1 lit. b StGB aufgeführten Alternative des Tatbestands sprechen, welche zur Folge hätte, dass die beiden Tatbestandsalternativen sich weitestgehend überschneiden würden.

Standort: § 246 StGB

Problem: Subsidiarität der Unterschlagung

BGH, URTEIL VOM 06.02.2002

1 STR 513/01 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der vietnamesische Angekl. hatte einen Landsmann erstochen und anschließend dessen Mobiltelefon und dessen Geldbeutel entwendet. Da die Strafkammer nicht festzustellen vermochte, dass der Angeklagte den Wegnahmevorsatz bereits vor der Tötung des Opfers gefasst hatte, hat sie ihn unter Anwendung des in dubio-Satzes wegen Totschlags in Tatmehrheit mit Unterschlagung (und nicht etwa wegen Mordes aus Habgier) verurteilt. Hiergegen wendeten sich die Revisionen des Angeklagten und der Staatsanwaltschaft. Auf die Revision des Angeklagten führt der BGH zunächst aus, dass in nochmaliger Anwendung des in dubio-Satzes für die Beurteilung der Konkurrenz von einem bereits zuvor gefassten Tötungsvorsatz auszugehen sei, so dass statt Tatmehrheit von Tateinheit auszugehen sei. Da nunmehr Tötung und Unterschlagung eine Tat seien, greife die Subsidiaritätsklausel des § 246 I StGB ein. Der BGH stellt fest, dass die Subsidiaritätsklausel in § 246 I StGB nicht nur im Verhältnis zu Zueignungsdelikten, sondern gegenüber allen Tatbeständen mit einer höheren Strafdrohung eingreift. Entgegen einer in der Literatur verbreiteten Ansicht könne die Subsidiaritätsklausel aufgrund des eindeutigen Wortlauts nicht einschränkend ausgelegt werden. Ein entsprechender Wille des Gesetzgebers sei zwar offenbar vorhanden gewesen, im Wortlaut des Gesetzes aber nicht zum Ausdruck gebracht worden. Die Revision des Angeklagten führte somit zu einer Schuldpruchänderung dahingehend, dass die Verurteilung wegen Unterschlagung entfällt.

Auf die Revision der Staatsanwaltschaft, die mit der Sachrüge eine fehlerhafte Beweiswürdigung geltend gemacht hatte, wurde das Urteil mit den Feststellungen aufgehoben.

Prüfungsrelevanz:

§ 246 StGB gehört zu den Tatbeständen, die durch das

6. Strafrechtsreformgesetz mit am weitestgehenden umgestaltet worden sind. Neben den tatbestandlichen Änderungen (Streichung der Gewahrsamsklausel und Einführung der Drittzueignung; s. dazu etwa Duttge/Fahnenschmidt, ZStW 110, 899 ff.; Rengier, Lenckner-FS, S. 810 ff.; Otto, Jura 1998, 550) hat dazu die Anordnung der formellen Subsidiarität beigetragen. Die Subsidiaritätsklausel in § 246 I a.E. StGB hat einen ungesicherten Anwendungsbereich, da sowohl der - im Hinblick auf den Streit um die wiederholte Zueignung bedeutsame - Tatbegriff als auch der Begriff der schwereren Strafe nicht unproblematisch zu bestimmen sind und fraglich ist, ob die Klausel auch Fälle des § 246 II StGB erfasst (s. dazu Mitsch, ZStW 111, 96 ff.; Murmann, NStZ 1999, 15 ff.; Küper, BT, 3. Aufl., S. 449 f.). Hinzu kommt, dass unklar war, gegenüber welchen Delikten die Subsidiaritätsfolge eintreten soll. Diese Frage beantwortet der BGH nunmehr mit der vorliegenden Entscheidung: In Anlehnung an eine Entscheidung zur identischen Subsidiaritätsklausel in § 125 StGB (BGHSt 43, 23) lehnt der Senat eine einschränkende Auslegung der Klausel ab. Der offenbar entgegenstehende Wille des Gesetzgebers (vgl. BT-Drs. 13/8587, S. 43 f.) könne nicht berücksichtigt werden, da er im Wortlaut des Gesetzes nicht zum Ausdruck gekommen sei und der mögliche Wortsinn die äußerste Grenze der Auslegung markiert. Die weite Auslegung des § 246 I a.E. StGB dient damit im Ergebnis dem Schutz des Angeklagten aus Art. 103 II GG. Die Literatur geht demgegenüber unter Berufung auf die Gesetzesbegründung überwiegend davon aus, dass § 246 StGB nur hinter Vorschriften zurücktritt, die das Eigentum und Vermögen schützen. Danach ist z.B. weiterhin Tateinheit möglich zwischen § 246 StGB und §§ 133, 136, 202 und 258 StGB (Schönke/Schröder/Eser, § 246, Rn. 32; Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rn. 300.; SK-Hoyer, § 246, Rn. 48; NK-Kindhäuser, § 246, Rn. 67 jeweils m.w.N.; a.A. aber etwa Lackner/Kühl, § 246, Rn. 14).

Daneben ist die Entscheidung für Referendare im Hinblick auf das sehr examensrelevante Thema der Revisibilität der Beweiswürdigung bedeutsam. Der BGH

bestätigt seine ständige Rechtsprechung, wonach die Beweiswürdigung grundsätzlich Sache des Tatrichters ist und nur dann revidierbar ist, wenn sie rechtsfehlerhaft erfolgt ist. Das ist etwa der Fall, wenn sie widersprüchlich oder unklar ist, nicht alle wesentlichen Feststellungen einbezieht oder naheliegende Möglichkeiten unerörtert lässt (vgl. zur Übersicht Dahs/Dahs, Die Revision im Strafprozess, Rn. 409 ff.). Dabei muss man sich in Klausuren davor hüten, Schlussfolgerungen des Tatrichters anzugreifen, nur weil man diese selbst anders getroffen hätte. Hier liegt nur dann ein Rechtsfehler vor, wenn die Folgerung logisch unmöglich ist; logisch zwingend braucht sie dagegen nicht zu sein (BGH, NStZ 1990, 28/228). Liegt ein Rechtsfehler vor, ist dieser mit der Verfahrensrüge geltend zu machen, wenn das Gericht seine Überzeugung nicht aus der Beweisaufnahme oder aus anderen Umständen gewonnen hat (Verstoß gegen § 261 StPO), sofern sich dies ohne Rekonstruktion der Beweisaufnahme nachweisen lässt. Bei Verstößen gegen Denkgesetze, Beweisverbote oder bei unvollständiger Beweiswürdigung ist dagegen die Sachrüge einschlägig (s. etwa BGH, StV 1997, 454).

Vertiefungshinweise:

- Zu den Änderungen des § 246 StGB: *Murmann*, NStZ 1999, 15; *Otto*, Jura 1998, 550; *Duttge/Fahnen Schmidt*, ZStW 110, 899
- Zur Subsidiaritätsklausel des § 125 StGB: *BGHSt* 43, 237 m. Anm. *Rudolphi*, JZ 1998, 471

Kursprogramm:

- Examenskurs: „Das vermeintlich tote Unfallopfer“

Leitsatz:

§ 246 StGB ist nicht nur gegenüber Zueignungsdelikten subsidiär (im Anschluss an BGHSt 43, 237).

Sachverhalt:

Der Angeklagte, ein gebürtiger Vietnameser, hatte seine Arbeitsstelle im Betrieb seines Bruders aufgegeben und die von einem Dritten, dem Wissenschaftler H, angebotene Lehrstelle nicht angetreten, um sich vorwiegend in Spielhallen aufzuhalten. Der Angeklagte wurde von seiner Familie finanziell unterstützt und erhielt von H ein Darlehen in Höhe von 10.000 DM, um sich am Kauf eines Pkw durch seine Familie zu beteiligen. Sowohl seiner Familie als auch H spiegelte er vor, er habe in Düsseldorf eine Lehre begonnen. Tatsächlich hielt er sich weiterhin vor allem in Spielhallen auf, wodurch er finanzielle Probleme bekam und das

von H gewährte Darlehen verbrauchte. Als H erfuhr, dass der Angeklagte sich nicht am Kauf des Pkw beteiligte hatte, forderte er einen Teil des Darlehens zurück. Da der Angeklagte jedoch nicht zahlen konnte, beschloss er H in seiner Wohnung aufzusuchen, um ihm sein Lügengebäude zu offenbaren. Der Angeklagte hoffte, H werde ihm einen Ausweg aufzeigen. Als H ihm jedoch Vorhalte machte, befürchtete der Angeklagte, H werde nun auch der Familie die Lügen offenbaren, was nach seiner Vorstellung sowohl für ihn als auch für seine Familie eine große Schande bedeutete. Hierüber geriet er in völlige Verzweiflung, ergriff spontan ein H gehörendes Messer und tötete ihn mit zahlreichen Stichen. Anschließend nahm er das Mobiltelefon und den Geldbeutel des H an sich. Zudem beseitigte er das Tatmesser. Die Strafkammer ist unter Anwendung des Zweifelssatzes davon ausgegangen, dass der Angeklagte sich erst zur Wegnahme entschlossen hat, als er sein Opfer erstochen hatte.

Aus den Gründen:

Der Angeklagte wurde wegen Totschlags in Tateinheit mit Unterschlagung zu zwölf Jahren und einem Monat Gesamtfreiheitsstrafe verurteilt. Hiergegen wenden sich die Revision des Angeklagten und der Staatsanwaltschaft jeweils mit der Sachrüge. Die nicht näher begründete Revision des Angeklagten hat nur hinsichtlich der Verurteilung wegen Unterschlagung Erfolg. Die Revision der Staatsanwaltschaft ist darauf beschränkt, dass der Angeklagte nicht wegen Mordes, sondern nur wegen Totschlags verurteilt wurde. Sie führt zur Aufhebung des Urteils mit den Feststellungen.

A. Die Revision des Angeklagten

I. Zu den Konkurrenzen

Der Angeklagte hat am 8.9.2000 einen Landsmann erstochen und anschließend dessen Mobiltelefon und dessen Geldbeutel an sich genommen. Unter Anwendung des Zweifelssatzes ist die Strafkammer davon ausgegangen, dass er sich erst zur Wegnahme entschlossen hat, als er sein Opfer erstochen hatte. Nach der Rechtsprechung des BGH liegt bei dieser Fallgestaltung Tateinheit zwischen dem Tötungsdelikt und dem Vermögensdelikt vor; der Zweifelssatz, der zur Verneinung von Mord aus Habgier führte, ist bei der Beurteilung der Konkurrenzen nochmals heranzuziehen (BGH bei Holtz MDR 1980, 676).

II. Die Subsidiarität der Unterschlagung (§ 246 I StGB)

Ein Schuldspruch wegen Totschlags in Tateinheit mit Unterschlagung kommt dennoch nicht in Betracht. Ei-

ne Verurteilung wegen Unterschlagung setzt nach der durch das 6. StrRG in § 246 StGB eingefügten Subsidiaritätsklausel voraus, dass die Tat nicht in anderen Vorschriften mit höherer Strafe bedroht ist. Eine („die“) Tat in diesem Sinne liegt bei Tateinheit (§ 52 StGB) regelmäßig vor (vgl. Noak, Drittzueignung und 5. StrRG, S. 109). Dass die Annahme von Tateinheit hier auf der Anwendung des Zweifelssatzes beruht, ist dabei ohne Belang.

Der Senat hat erwogen, ob die Subsidiaritätsklausel hier nicht deshalb anwendbar ist, weil es sich der Vorschrift mit höherer Strafdrohung um Totschlag und nicht um ein Zueignungsdelikt handelt (hierfür etwa Tröndle/Fischer, StGB, 50. Auflage, § 246 Rdnr. 29; Eser in Schönke/Schröder, StGB, 26. Auflage, § 246, Rn. 31 jew. m. w. Nachw.; in vergleichbarem Sinne auch Rudolphi in JZ 1998, 471, 472).

Unbeschadet der Frage, ob ein derartiges Ergebnis zweckmäßig sein könnte, ist dies zu verneinen.

1. Wortlaut der Subsidiaritätsklausel

Eine solche Einschränkung der Subsidiaritätsklausel wäre mit dem Wortlaut des Gesetzes, dessen möglicher Wortsinn die äußerste Grenze der Auslegung strafrechtlicher Bestimmungen zum Nachteil des Angeklagten markiert (BGHSt 43, 237, 238 m. w. Nachw. zur identischen Subsidiaritätsklausel des § 125 StGB), unvereinbar. Daher gilt die Subsidiaritätsklausel des § 246 StGB für alle Delikte mit höherer Strafdrohung (ebenso Lackner/Kühl StGB 24. Aufl. § 246 Rdn. 14; Sander/Hohmann, NSTZ 1998, 273, 276; Noak, aaO S. 110; Wagner, FS-Grünwald, S. 797, 800 ff.; vgl. auch Otto, Jura 1998, 550, 551).

2. Vergleich mit der Subsidiaritätsklausel in § 265 StGB

Eine Gegenüberstellung der Subsidiaritätsklauseln, die durch das 6. StrRG in § 246 StGB und in § 265 StGB eingefügt worden sind, bestätigt dieses Ergebnis. § 265 StGB enthält jetzt eine spezielle Subsidiaritätsklausel ("wenn die Tat nicht in § 263 mit Strafe bedroht ist"), deren Wortlaut demjenigen spezieller Subsidiaritätsklauseln anderer Strafbestimmungen (§§ 145, 145d, 202, 218c, 316 StGB) angeglichen ist. Die gleichzeitig in § 246 StGB eingefügte allgemeine Subsidiaritätsklausel kann danach nur so verstanden werden, dass sie auch allgemein gilt, Unterschlagung also hinter sämtlichen Vorschriften mit höherer Strafdrohung zurücktritt (Wagner aaO S. 800).

3. Zur Gesetzesbegründung

Der Senat verkennt bei alledem nicht, dass § 246 StGB nach den Materialien zum 6. StrRG alle Formen

der rechtswidrigen Zueignung erfassen soll, die nicht einen mit schwererer Strafe bedrohten eigenständigen Straftatbestand erfüllen; beispielhaft sind Diebstahl, Raub, Erpressung und Hehlerei angeführt (BT-Drucks. 13/8587, 43 f; hierzu im einzelnen Wagner aaO S. 797 f, 800). Danach läge die Annahme nahe, dass § 246 StGB nur hinter mit schwererer Strafe bedrohten Zueignungsdelikten subsidiär sein soll. Da ein solcher Wille des Gesetzgebers im Wortlaut des Gesetzes aber nicht zum Ausdruck gebracht ist (Kritik an der Gesetzesfassung etwa bei Otto aaO und Wagner aaO S. 810), kann er nicht Grundlage einer mit dem Wortlaut des Gesetzes unvereinbaren Auslegung des Gesetzes zum Nachteil des Angeklagten sein (vgl. BGHSt 42, 291, 293).

III. Die Entscheidung des Senats

1. Änderung des Schuldspruchs

Der Senat ändert daher den Schuldspruch, der im übrigen keine Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten enthält, dahin ab, dass die Verurteilung wegen Unterschlagung entfällt, und erkennt auf die ebenfalls ohne Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten festgesetzte Einzelstrafe wegen Totschlags (vgl. BGH b. Holtz MDR 1990, 676).

2. Zur Kostenentscheidung

Der geringe Teilerfolg der Revision des Angeklagten hat auf die Kostenentscheidung keinen Einfluss (§ 473 IV StPO).

B. Die Revision der Staatsanwaltschaft

Das auch vom Generalbundesanwalt vertretene Rechtsmittel hat Erfolg. Die Mordmerkmale Habgier und niedrige Beweggründe sind nicht mit rechtsfehlerfreier Beweiswürdigung verneint. [...]

I. Zur Beweiswürdigung durch den Tatrichter

Der Angeklagte hat bestritten, H. getötet zu haben. Zunächst hatte er sich um ein falsches Alibi bemüht. Später hat er seine Angaben dem jeweiligen Ermittlungsstand angepasst. Zuletzt hat er angegeben, zur Tatzeit bei H. gewesen zu sein und ihm seine Lügengeschichten offenbart zu haben. Dieser sei von ihm enttäuscht gewesen und habe ihn aufgefordert zu gehen. Dies habe er getan. Wie und warum er Geldbeutel und Mobiltelefon mitgenommen habe, wisse er nicht. Als er es bemerkt habe, habe er sich gesorgt, dass er seinen Freund "schon wieder enttäuscht habe".

Die Strafkammer, die sich weder hinsichtlich des genauen Geschehensablaufs in der Wohnung noch hin-

sichtlich des Tatmotivs auf Zeugenaussagen stützen konnte, hat sich mit rechtsfehlerfreien Erwägungen davon überzeugt, dass der Angeklagte H. getötet hat. Ein Motiv, das zur Annahme von Mord führen würde, konnte sie dagegen nicht feststellen.

Hätte der Angeklagte H. getötet, um das Darlehen nicht zurückzahlen zu müssen, läge aus Habgier begangener Mord vor (vgl. BGH NJW 1993, 1664, 1665 m.w. Nachw.), wäre es (auch) um die Wertgegenstände von H. gegangen, in Tateinheit mit Raub mit Todesfolge (vgl. BGHSt 39, 100).

Niedrige Beweggründe i.S. des § 211 StGB kämen in Betracht, wenn der Angeklagte eigenes, zwar nicht strafbares, aber ehrenrühriges Verhalten hätte verdecken wollen (vgl. BGH NStZ 1987, 81).

Von alledem geht auch die Strafkammer aus. Sie konnte jedoch nicht ausschließen, dass der Angeklagte H. nur aufgesucht hat, um eine Aussprache herbeizuführen und sich erst in deren Verlauf voller Verzweiflung über die drohende große Schande zur Tötung entschlossen hat. Dementsprechend scheidet Habgier aus, weil es ihm nicht um Bereicherung gegangen sei; bei der Furcht vor Schande handle es sich jedenfalls im Hinblick auf den hohen Grad seiner seelischen Erregung nicht um einen niedrigen Beweggrund.

II. Zur revisionsrechtlichen Überprüfung der Beweiswürdigung

Kann der Tatrichter tatsächliche Zweifel nicht überwinden und zieht die danach gebotene Konsequenz (hier: Verurteilung wegen Totschlags statt wegen Mordes), so hat dies das RevGer. regelmäßig hinzunehmen. Die Beweiswürdigung ist Sache des Tatrichters; es kommt nicht darauf an, ob das RevGer. angefallene Erkenntnisse anders gewürdigt oder Zweifel überwunden hätte.

Demgegenüber kann ein Urteil keinen Bestand haben, wenn die Beweiswürdigung rechtsfehlerhaft ist. Dies ist etwa der Fall, wenn sie widersprüchlich oder unklar ist, nicht alle wesentlichen Feststellungen in die Erwägungen einbezieht oder naheliegende Möglichkeiten unerörtert lässt (st. Rspr., vgl. nur BGH Urteil vom 12. 6. 2001 - 1 StR 190/01; wistra 1999, 338, 339 m.w. Nachw.).

Ist eine Vielzahl einzelner Erkenntnisse angefallen, so

ist eine Gesamtwürdigung vorzunehmen. Ein auf einen feststehenden Kern gestütztes Beweisanzeichen, dessen Bedeutung für sich genommen unklar bleibt, kann nicht vorab isoliert nach dem Zweifelsatz beurteilt werden. Beweisanzeichen können nämlich in einer Gesamtschau wegen ihrer Häufung und gegenseitigen Durchdringung die Überzeugung von der Richtigkeit eines Vorwurfs begründen (vgl. nur BGHR StPO § 261 Beweiswürdigung 24; BGH Urteil vom 15. 7. 1998 - 1 StR 243/98 jew. m.w. Nachw.). Hat der Angeklagte Angaben gemacht, für deren Richtigkeit oder Unrichtigkeit es keine (ausreichenden) Beweise gibt, sind diese in die Gesamtwürdigung des Beweisergebnisses einzubeziehen und nicht ohne weiteres als unwiderlegt dem Urteil zu Grunde zu legen. Ihre Zurückweisung erfordert nicht, dass sich das Gegenteil der Behauptung positiv feststellen ließe (vgl. nur BGHR StPO § 261 Einlassung 5, 6; Engelhardt in KK 4. Aufl. § 261 Rdnr. 28 jew. m.w. Nachw.). Auch im übrigen gebietet es der Zweifelsatz nicht, zugunsten des Angeklagten Tatvarianten zu unterstellen, für deren Vorliegen das Beweisergebnis keine konkreten tatsächlichen Anhaltspunkte erbracht hat (vgl. BGH NJW 1995, 2300; Urteil vom 12. 12. 2001 - 3 StR 303/01 m.w. Nachw.). An alledem gemessen, enthält die Beweiswürdigung der Strafkammer den Angeklagten begünstigende Rechtsfehler [wird ausgeführt].

II. Entscheidung des Senats

Nach alledem sind die tatsächlichen Grundlagen zur Verneinung von Habgier und niedrigen Beweggründen nicht rechtsfehlerfrei festgestellt. Da die Sache deshalb neuer Verhandlung und Entscheidung bedarf, können die in der Revisionsbegründung der Bf. vom 2. 11. 2001 und im Antrag des Generalbundesanwalts vom 28. 11. 2001 im einzelnen vorgetragene weiteren Bedenken gegen die Verneinung niedriger Beweggründe auf sich beruhen.

Die Urteilsaufhebung umfasst das gesamte Urteil. Da die Wegnahme von Geld und Mobiltelefon nicht in Tateinheit zu dem Tötungsdelikt steht, geht die Revisionsbeschränkung der Staatsanwaltschaft auf das Tötungsdelikt ins Leere (vgl. BGH b. Kusch NStZ-RR 1998, 257, 262 f m.w. Nachw.).

Standort: § 267 StGB**Problem: Prüfplakette als Urkunde**

OLG KARLSRUHE, BESCHLUSS VOM 05.12.2001
1 SS240/01 (DAR 2002, 229)

Problemdarstellung:

Das OLG Karlsruhe hatte über die Strafbarkeit eines Angeklagten zu entscheiden, der eine Prüfplakette nach § 29 StVZO dahingehend manipulierte, dass sie als Zeitpunkt der nächsten Hauptuntersuchung nicht mehr das zutreffende Datum „8/2000“, sondern vielmehr den Termin „8/2001“ anzeigte. Der Senat hatte sich dabei mit der Frage zu befassen, ob es sich bei einer solchen Prüfplakette um eine Urkunde i.S. des § 267 I StGB handelt. Das Gericht geht im Anschluss an die ganz überwiegend vertretene Auffassung davon aus, dass die Plakette als sog. Beweiszeichen in Verbindung mit dem Bezugsobjekt Pkw eine verkörperte Gedankenerklärung enthält, die zum Beweis im Rechtsverkehr bestimmt und geeignet ist und – soweit eine Eintragung des nächsten Hauptuntersuchungstermins auch im Fahrzeugschein erfolgt ist – auch den Aussteller erkennen lässt.

Prüfungsrelevanz:

Die Entscheidung betrifft den examensrelevanten Bereich von Urkundendelikten (§§ 267 ff. StGB) im Bereich des Verkehrswesens. Neben der Frage, inwieweit Manipulationen an und mit Kraftfahrzeugen Tat handlungen i.S. der §§ 267 ff. StGB darstellen, bestehen insbesondere Probleme bei der Bestimmung der Urkundenqualität von Einrichtungen oder Dokumenten, die im Verkehrswesen verwandt werden (s. die Beispiele bei LK-Gribbohm, StGB, § 267, Rn. 148 f.). In diesem Zusammenhang spielt häufig die sehr umstrittene Abgrenzung von sog. Beweiszeichen und sog. Kennzeichen eine entscheidende Rolle: Nach h.M. können nicht nur Schriftstücke, sondern auch sog. Beweiszeichen Urkunden darstellen. Unter Beweiszeichen versteht man dabei mit einem Gegenstand verbundene Zeichen, die geeignet und bestimmt sind, über ihr Dasein hinaus eine Gedankenäußerung des Urhebers zu vermitteln und für bestimmte rechtliche Beziehungen Beweis zu erbringen. Es handelt sich um sog. wortvertretende Symbole, die regelmäßig erst im Zusammenhang mit einem Bezugsobjekt eine Gedankenerklärung vermitteln, mithin um sog. zusammengesetzte Urkunden (vgl. LK-Gribbohm, StGB, § 267, Rn. 85 ff.). Dazu zählt etwa das amtliche Kennzeichen in Verbindung mit dem Pkw, an dem es angebracht ist (zuletzt BGH, wistra 2000, 62). Während die Beweis-

zeichen alle Urkundenmerkmale verwirklichen, gehören die sog. Kennzeichen nicht zu den Urkunden. Sie dienen lediglich der Unterscheidung des bezeichneten Gegenstandes von anderen und besitzen keinen über das bloße Dasein hinausgehenden Erklärungsgehalt, wie dies z.B. bei Bücherstempeln der Fall sein soll. Die Abgrenzung ist häufig problematisch und wird von einer Ansicht sogar für undurchführbar gehalten (vgl. zum Streit Puppe, Jura 1980, 18).

Bei der Prüfplakette nach § 29 StVZO handelt es sich nach ganz überwiegender Ansicht um ein Beweiszeichen und damit – in Verbindung mit dem Fahrzeug, dem das Kennzeichen zugeteilt wurde – um eine zusammengesetzte Urkunde. Die Plakette beweist gem. § 29 II Nr. 1 StVZO jedenfalls wann das Fahrzeug zur nächsten Hauptuntersuchung vorgeführt werden muss und enthält somit eine verkörperte Gedankenerklärung, die zum Beweis im Rechtsverkehr bestimmt und geeignet ist. Darüber hinaus ist auch der Aussteller erkennbar. Die überwiegende Ansicht geht allerdings davon aus, dass dies nur dann der Fall ist, wenn eine entsprechende Eintragung im Kraftfahrzeugschein vorgenommen wird. Denn nur aufgrund einer solchen korrespondierenden Eintragung werde der Aussteller der Urkunde, d.h. die Zulassungsstelle oder ein amtlich anerkannter Sachverständiger oder Prüfer für den Kraftverkehr, deutlich (vgl. BGHSt 26, 9; BayObLG, NJW 1966, 748; OLG Celle, NZV 1991, 318; Puppe, JZ 1997, 491). Dem schließt sich das OLG Karlsruhe mit der vorliegenden Entscheidung an.

Das amtliche Kfz-Kennzeichen stellt im Übrigen in Verbindung mit dem Auto, an dem es angebracht ist, auch eine öffentliche Urkunde i.S. des § 271 StGB dar (vgl. BGHSt 26, 9; LK-Gribbohm, StGB, § 271, Rn. 55 m.w.N.). Nach Ansicht des BayObLG beweist die Prüfplakette allerdings nicht, dass eine Prüfung tatsächlich stattgefunden hat, sondern nur den Zeitpunkt der nächsten Hauptuntersuchung (NZV 1999, 179; a.A. etwa Schönke/Schröder/Cramer, StGB, § 271, Rn. 22).

Vertiefungshinweise:

- Zur Prüfplakette als Urkunde: *BGHSt 26, 9; BayObLG, NJW 1966, 748; OLG Celle, NZV 1991, 318*
- Zum Umfang der Beweiskraft öffentlicher Urkunden: *Mankowski/Tarnowski, JuS 1992, 826*

Kursprogramm:

- Examenskurs: „Juraexamen“*

Leitsatz (der Redaktion)

Eine Prüfplakette nach § 29 II Nr. 1 StVZO ist eine Urkunde i.S.d. § 267 StGB.

Sachverhalt:

Der Angekl. hat an seinem Pkw die Prüfplakette nach § 29 StVZO dahingehend manipuliert, dass sie als Zeitpunkt der nächsten Hauptuntersuchung nicht mehr das zutreffende Datum „8/2000“, sondern vielmehr den Termin „8/2001“ anzeigte. Daneben manipulierte er auch die Plakette bezüglich der Abgassonderuntersuchung. Das Amtsgericht hat den Angekl. wegen Urkundenfälschung hinsichtlich der Manipulation der Plakette über die Durchführung der Hauptuntersuchung verurteilt.

Aus den Gründen:*I. Gedankenerklärung*

Entgegen den Ausführungen der Revision handelt es sich bei der Prüfplakette i.S.d. § 29 II Nr. 1 StVZO um eine Urkunde i.S.d. § 267 StGB. Auch wenn die Prüfplakette nur aus einzelnen Zahlen in einer bestimmten Anordnung sowie einer Farbe besteht (vgl. Anlage IX zur StVO), lässt sich ihr doch eine Gedankenerklärung entnehmen. Es ist anerkannt, dass die Gedankenerklärung nicht aus einem Schrifttext bestehen muss, sondern auch aus Zeichen bestehen kann, die zwar nicht aus sich selbst heraus sprechen, jedoch mithilfe besonderer Auslegungsbehelfe (z. B. Gesetz, Herkommen oder Vereinbarung) eine Gedankenerklärung des Ausstellers vermitteln (Schönke/Schröder, StGB, 26. Aufl., § 267 Rdn. 7). Entscheidend ist nur, dass den genannten Zeichen wortvertretende Bedeutung zukommt. Sobald die Prüfplakette am Kennzeichen angebracht ist (vgl. § 29 II 2 StVZO), beweist diese gem. § 29 II 1 Nr. 1 StVZO, wann das Fahrzeug, dem das Kennzeichen zugeteilt wurde, zur nächsten Hauptuntersuchung vorgeführt werden muss, wobei sich der Bedeutungsinhalt der Plakette aus der Anlage IX zur StVZO erschließt (sog. zusammengesetzte Urkunde).

II. Beweisbestimmung und -eignung

Sie dient auch zu Beweis Zwecken im Rechtsverkehr, denn wenn sich an dem Fahrzeug keine oder keine gültige Plakette befindet, so ist die Zulassungsbehörde gem. § 29 Abs. 7 S. 4 StVZO berechtigt, den Betrieb des Fahrzeugs zu untersagen oder zu beschränken.

III. Ausstellererkennbarkeit

Die Prüfplakette lässt auch ihren Aussteller erkennen.

Auch hierbei genügt es, dass die Individualisierung des Ausstellers nach Gesetz, Herkommen, Parteivereinbarung oder sonstiger Umstände, auf die der Inhalt der Urkunde verweist, möglich ist). Hier ist der Urheber gem. § 29 Abs. 2 S. 2 und Abs. 6 StVZO aus dem Inhalt der Eintragung im Fahrzeugschein zu ersehen (ebenso BGH, NJW 1975, 176; BayObLG NJW 1966, 748).

IV. Zur Entscheidung OLG Celle, NZV 1991, 318

Dem steht auch nicht die Entscheidung des OLG Celle vom 6. 5. 1991 (NZV 1991, 318) entgegen. Vielmehr vertritt auch dieses OLG die Meinung, dass es sich bei der Prüfplakette um eine Urkunde handelt, wenn sich der Urheber aus dem Fahrzeugschein feststellen lässt. In dem dort genannten Fall lag lediglich die Besonderheit vor, dass der Fahrzeugschein verlorengegangen war und das Instanzgericht damit keinen Urheber ermittelte. So liegt der Fall hier aber nicht. Das AG hat vielmehr festgestellt, dass eine Eintragung gem. § 29 Abs. 6 StVZO im Fahrzeugschein vorhanden war, womit vorliegend der Urheber ersichtlich war. Dass er im Urteil nicht namentlich genannt wurde, gefährdet dessen Bestand nicht.

*V. Die Tathandlungen des Angeklagten**1. Verfälschen einer echten Urkunde*

Durch sein Tun hat der Angekl. der Urkunde einen anderen, nicht vom Aussteller stammenden Erklärungsinhalt gegeben (Zeitpunkt der nächsten HU 8/2001 anstatt 8/2000) wodurch er eine echte Urkunde verfälschte. Diese hat er auch anschließend im Rechtsverkehr gebraucht, wobei insoweit nur eine Tat vorliegt (Dreher/Tröndle a. a. O. Rdn. 44 m.w.N.).

2. Manipulationen an der Plakette nach § 47a III 3 StVZO

Nichts anderes gilt für die Prüfplakette über den Nachweis der Durchführung der Abgassonderuntersuchung (§ 47 a Abs. 3 StVZO). Allerdings ergibt sich hier der Aussteller aus der Prüfbescheinigung. Hierzu hat das AG zwar keine Feststellungen getroffen, was den Urteilsbestand jedoch nicht gefährdet, weil das AG ersichtlich nur wegen Urkundenfälschung bezüglich der Plakette über die Durchführung der Hauptuntersuchung verurteilt. Die Manipulation an der Plakette über die Abgassonderuntersuchung wurde nur zur Abrundung des Tatverhaltens mitgeteilt. Dass der Angekl. nicht auch insoweit wegen Urkundenfälschung verurteilt wurde, kann ihn nicht beschweren.

*Urteile in Fallstruktur***Standort: Öffentliches Recht****Problem: "Laserdrome"**

BVERWG, BESCHLUSS VOM 24.10.2001
6 C 3/01 (NVWZ 2002, 598)

Problemdarstellung:

Das BVerwG hatte über die Zulässigkeit eines sogen. "Laserdrome"-Spiels zu entscheiden, bei dem die Spieler sich mit Laserwaffen in simulierten Tötungshandlungen bekämpfen, wobei der Spielerfolg in der "Tötung" möglichst vieler Gegner besteht. Die Entscheidung spricht eine Vielzahl von Problemen an, insbes. das Verhältnis von allgemeinem Ordnungsrecht (Landesrecht) zum Gewerberecht (Bundesrecht), das Merkmal der "öffentlichen Ordnung" hinsichtlich seiner Bestimmtheit und seiner Auslegung im Lichte der Menschenwürde sowie die Frage, ob und wann baurechtliche Genehmigungen den Betrieb einer Anlage legalisieren. Von Interesse ist ferner die europarechtliche Komponente des Falles. Da die Klägerin Franchisenehmerin einer englischen Muttergesellschaft war, und Laserdrome-Spiele in anderen Mitgliedsstaaten der Europäischen Gemeinschaft legal betrieben werden, sah sich das BVerwG, welches nach deutschen Recht die spielerische Tötung von Menschen in Laserdromen für mit der Menschenwürde unvereinbar und daher zwingend für unzulässig hält, gezwungen, den EuGH um Vorabentscheidung (Art. 234 EG) zu der Frage aufzufordern, ob dieses Ergebnis vor dem Hintergrund der Warenverkehrs- und Dienstleistungsfreiheit (Art. 28 und 49 EG) Bestand haben kann.

Die Entscheidung des BVerwG ist auf die Revision gegen das Urteil des OVG Münster vom 27.09.2000 (RA 2001, 163 = NWVB1 2001, 94) hin ergangen. Das OVG hielt in seiner Entscheidung die Grundfreiheiten des EG-Vertrages durch das Verbot nicht für verletzt, befindet sich ansonsten aber ganz überwiegend auf der Linie des BVerwG.

Prüfungsrelevanz:

1. Das Verhältnis von Gewerberecht und allg. Ordnungsrecht ist immer wieder Gegenstand von Examensaufgaben. Als Faustregel sollte man sich folgendes merken: Die Gewerbeordnung regelt das "Ob" des Gewerbetreibens abschließend. Sie hält insbs. mit § 15

II GewO (bei formeller Illegalität) und § 35 GewO (bei Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden) Ermächtigungsgrundlagen zur Untersagung der Gewerbeausübung dem Grunde nach bereit. Geht es aber um das "Wie" der Gewerbeausübung, bleibt Raum für eine Anwendung der ordnungsbehördlichen Generalklausel der Länder, da die GewO diesbezügl. keine bzw. jedenfalls keine abschließenden Regelungen (vgl. z.B. § 33i I 2 GewO) enthält.

2. Das Merkmal der "öffentliche Ordnung" findet sich noch immer in vielen Generalklauseln der Ordnungsrechts, befindet sich jedoch auf dem "Rückzug", da seit jeher die Unbestimmtheit des Begriffs kritisiert worden ist, weshalb viele Landesgesetzgeber in ihren Ermächtigungsgrundlagen lediglich auf die "öffentliche Sicherheit" abstellen. Im vorliegend streitentscheidenden § 14 OBG NW findet sich - übrigens im Gegensatz zu § 14 PolG NW - nach wie vor die "öffentliche Ordnung". Sollte dies im Landesrecht des Verfassers eines Gutachtens über den vorliegenden Fall nicht so sein, müsste dieser sich mit der Frage auseinandersetzen, ob die Menschenwürde, auf die das BVerwG hier maßgeblich abstellt, nicht als Individualrechtsgut und/oder über Art. 1 I GG als geschriebenes Recht im Rahmen der "öffentlichen Sicherheit" gleichwohl berücksichtigt werden kann.

3. Die weiter angesprochene Legalisierungswirkung von vorausgegangenen Genehmigungen war ebenfalls in der jüngeren Vergangenheit Gegenstand von Gerichtsentscheidungen, über die auch die RA berichtet hat. Hierzu gilt, dass ein einmal z.B. bau- oder emissionsschutzrechtlich genehmigtes Vorhaben nicht ohne weiteres ordnungsrechtlich verboten werden kann. Vielmehr muss zuvor die Legalisierungswirkung entfaltende Genehmigung aufgehoben werden (nach Spezialgesetz oder §§ 48, 49 VwVfG), um ein widersprüchliches Verhalten zu vermeiden. Als Vorfrage ist allerdings zu klären, ob die Genehmigung wirklich den Betrieb legalisiert, was vorliegend nicht der Fall war, da zwar bestimmte bauliche Maßnahmen, nicht aber eine konkrete Betriebsart genehmigt worden waren. Ggf. muss der Inhalt der Genehmigung analog §§ 133, 157 BGB ausgelegt werden.

4. Die Entscheidung sollte schließlich zu Anlass ge-

nommen werden, sich mit dem Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH (Art. 234 EG) sowie Inhalt und Schranken der Grundfreiheiten des EG-Vertrages vertraut zu machen. Hierbei handelt es sich um Grundlagenwissen, das jedem Examenskandidaten abverlangt werden kann und das sich - wie der vorliegende Fall zeigt - gut mit Verwaltungsrecht kombinieren lässt.

Vertiefungshinweise:

Crashkurs Europarecht: *Nowak/Frommeyer*, JuS 2002, 560

Weitere "Laserdrome"-Fälle: *OVG Münster*, RA 2001, 163 = NWVBl 2001, 94; NWVBl. 1995, 473; *OVG Koblenz*, NVwZ-RR 1995, 30; *Haurand*, JA 1995, 196

Legalisierungswirkung von Genehmigungen: *BGH*, RA 2000, 661 = DVBl 2000, 904

Kursprogramm:

Examenskurs: "Laserdrome"

Examenskurs: "Eurolotto"

Leitsätze:

1. Die polizeiliche Generalermächtigung reicht als Grundlage für einen Eingriff in die Freiheit der Berufsausübung nicht aus, wenn es der Sache nach darum geht, eine verbreitete neue Erscheinungsform der Berufsausübung unter Berücksichtigung einer Mehrzahl verschiedener Interessen abwägend zu bewerten. Eine solche Bewertung obliegt dem Gesetzgeber; diesem ist indes beim Aufkommen neuer beruflicher Tätigkeiten ein angemessener Zeitraum zum Sammeln von Erfahrungen zuzubilligen (im Anschluss an BVerwGE 10, 164).

2. Ein gewerbliches Unterhaltungsspiel, das auf die Identifikation der Spielteilnehmer mit der Gewaltausübung gegen Menschen angelegt ist und ihnen die lustvolle Teilnahme an derartigen - wenn auch nur fiktiven - Handlungen ermöglichen soll (hier: der Betrieb eines sog. "Laserdromes" mit simulierten Tötungshandlungen), ist wegen der ihm inne wohnenden Tendenz zur Bejahung oder zumindest Bagatellisierung der Gewalt und wegen der möglichen Auswirkungen einer solchen Tendenz auf die allgemeinen Wertvorstellungen und das Verhalten in der Gesellschaft mit der verfassungsrechtlichen Garantie der Menschenwürde unvereinbar.

3. Es wird eine Entscheidung des EuGH zu der

Frage eingeholt, ob es mit den Vorschriften des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft über den freien Dienstleistungs- und Warenverkehr vereinbar ist, dass nach nationalem Recht ein gewerbliches Unterhaltungsspiel untersagt werden muss, weil es gegen die verfassungsrechtlichen Wertentscheidungen eines Mitgliedstaats verstößt, ohne dass in den anderen Mitgliedstaaten entsprechende Rechtsüberzeugungen bestehen.

Sachverhalt:

Die Kl. ist Pächterin eines mit einer stillgelegten Glaserei bebauten Grundstücks. Mit Schreiben vom 7. 9. 1992 stellte sie eine Bauvoranfrage für die beabsichtigte Nutzungsänderung der Glaserei in ein "Wettkampfstudio Laserdrome". Zur Begründung führte sie aus, es handele sich um einen nicht genehmigungspflichtigen Ausbau der Betriebshalle mit realistischen Kulissen, in denen mit Laserzielgeräten sportliche Wettkämpfe ausgetragen werden sollten. Die vorgelegte Betriebsbeschreibung kennzeichnet das Vorhaben als „Einrichtung mit sechs Schießbahnen mit elektronischen Laserzielgeräten“. Am 15. 3. 1993 erteilte die Bekl. auf dieser Grundlage den Bauvorbescheid. Die Kl. beantragte mit Schreiben vom 30. 4. 1993 für eine beabsichtigte Nutzungsänderung sowie den Einbau einer Zwischendecke eine Baugenehmigung. Zur Begründung wurde angegeben, dass in dem Wettkampfstudio sechs Schießbahnen sowie mobile Kulissen unterschiedlicher Art angeordnet werden sollten. Ausweislich der Bauzeichnung sollten die sechs Schießbahnen jeweils ca. 15 m lang und 5 m breit sein. Auf dieser Grundlage erteilte die Bekl. am 7. 9. 1993 die Baugenehmigung.

In der Öffentlichkeit kam es noch vor Inbetriebnahme des Laserdromes zu Protesten. In Unterschriftenlisten wandten sich Bürger gegen die Eröffnung der Einrichtung. Ebenso kam es zu parlamentarischen Anfragen im nordrhein-westfälischen Landtag sowie im Deutschen Bundestag. Zu Beginn des Jahres 1994 forderte die Bekl. die Kl. zu einer genauen Beschreibung des beabsichtigten Spielablaufs auf und drohte ihr mit Schreiben vom 22. 2. 1994 den Erlass einer Ordnungsverfügung für den Fall an, dass in dem Laserdrome ein "spielerisches Töten" von Menschen ermöglicht werde. Die Anlage wurde am 1. 8. 1994 eröffnet. Ermittlungen der Bekl. ergaben, dass darin auch auf Menschen „geschossen“ wurde. In einer rund 500 qm großen Halle war nach diesen Feststellungen mit Hilfe von Stellwänden ein weitläufiges Labyrinth aufgebaut. Als Ausrüstung für die Spieler waren Maschinenpistolen ähnliche, von echten Pistolen aber deutlich unter-

scheidbare Laserzielgeräte sowie Stoffwesten vorgesehen, an denen im Brust- und im Rückenbereich jeweils ein Sensorempfänger befestigt war. Zusätzlich waren in der Halle zehn feste Sensorempfänger installiert, die von den Spielern gefunden werden mussten. Zur optischen Darstellung der „Schüsse“ wurde zugleich mit einem Infrarotstrahl ein Laserstrahl projiziert. Treffer wurden durch den Infrarotstrahl erzielt und durch ein akustisches und optisches Signal angezeigt. Ziel des Wettkampfes war es, innerhalb einer vorgegebenen Spielzeit von 15 Minuten eine möglichst hohe Punktzahl zu erreichen. Für jeden Treffer auf einen fest installierten Empfänger erhielten die Spieler Punkte. Getroffene Spieler wurden mit Punktabzügen belastet. Ein Spieler, der fünf Treffer erhalten hatte, musste an einer Ladestation sein Zielgerät neu aufladen.

Die Bekl. erließ gegenüber der Kl. am 14. 9. 1994 in formell ordnungsgemäßer Weise eine Verfügung, mit der dieser untersagt wurde, „in ihrer Betriebsstätte Spielabläufe zu ermöglichen bzw. zu dulden, die ein gezieltes Beschießen von Menschen mittels Laserstrahl oder sonstiger technischer Einrichtungen (z.B. Infrarot) zum Gegenstand haben“. Zur Begründung wurde unter anderem ausgeführt, dass eine Gefahr für die öffentliche Ordnung vorliege. Die simulierten Tötungshandlungen und die Verharmlosung von Gewalt verstießen gegen grundlegende Wertvorstellungen der Allgemeinheit. Der dagegen von der Kl. eingelegte Widerspruch wurde von der Bezirksregierung Köln mit Bescheid vom 6.11.1995 zurückgewiesen.

Ist die zulässige Anfechtungsklage des Kl. gegen die Verfügung vom 14.9.1994 begründet?

Lösung:

Die Anfechtungsklage ist begründet, soweit der angegriffene Verwaltungsakt rechtswidrig und die Kl. dadurch in ihren Rechten verletzt ist, § 113 I 1 VwGO. Fraglich ist also zunächst die Rechtswidrigkeit der Verfügung vom 14.9.1994.

A. Ermächtigungsgrundlage

Die Verfügung vom 14.9.1994 greift in Grundrechte der Kl., namentlich zumindest deren Berufsfreiheit aus Art. 12 I 1 GG ein. Sie bedarf daher als wesentliche Maßnahme nach dem Vorbehalt des Gesetzes (Art. 20 III GG) einer wirksamen gesetzlichen Ermächtigung. Fehlte diese, wäre die Verfügung schon aus diesem Grunde rechtswidrig.

I. § 15 II i.V.m. § 33i I 1 GewO

Nach § 15 II GewO kann ein erlaubnispflichtiges Ge-

werbe untersagt werden, wenn es ohne gewerberechtliche Erlaubnis betrieben wird. Davon umfasst ist auch die Untersagung einzelner Varianten der Gewerbeausübung. Allerdings setzt die Vorschrift - abweichend vom Grundsatz der Gewerbefreiheit nach § 1 I GewO - eine Erlaubnispflicht voraus. Eine solche könnte sich hier aus § 33i I 1 GewO ergeben. § 33i I 1 GewO sieht eine Erlaubnispflicht für den Betrieb einer Spielhalle oder eines „ähnlichen Unternehmens“ vor, das der Aufstellung von Spielgeräten oder der gewerbsmäßigen Aufstellung von Unterhaltungsspielen ohne Gewinnmöglichkeit dient. Beide Alternativen gehen nach ihrem Wortlaut von einer Räumlichkeit aus, in der einzelne, in sich abgeschlossene Spielmöglichkeiten (z.B. Automaten) „aufgestellt“ werden. Von der Vorschrift werden hingegen solche Unterhaltungsspiele nicht geregelt, die in einem Raum fest eingerichtet sind, der Raum also die Spielfläche darstellt, so dass nicht mehr davon gesprochen werden kann, dass sie dort "aufgestellt" werden. Die bloße "Veranstaltung" von Unterhaltungsspielen wird vom Wortlaut der Norm gerade nicht erfasst (OVG Rh.-Pf., NVwZ-RR 1995, 30 [31]; BayVGh, NVwZ-RR 1995, 32 f.; VG Neustadt GewArch 1994, 236 f.; Landmann/Rohmer, GewO, § 33i Rz. 5; a.A. nur LG Stuttgart, NJW-RR 1994, 427 [428]).

II. § 33i I 2, 2. Hs GewO

§ 33i I 2, 2. Hs GewO ermächtigt zum Erlass nachträglicher Auflagen für die in § 33i I 1 genannten Gewerbe. Da der Laserdrom des Kl. - wie gezeigt - nicht zu diesen gehört, kann die gegen ihn ergangene Verfügung auch nicht auf § 33i I 2, 2. Hs GewO gestützt werden.

III. § 14 OBG NW

Fraglich ist, ob die Verfügung vom 14.9.1994 auf die ordnungsbehördliche Generalklausel des § 14 OBG NW gestützt werden kann.

1. Anwendbarkeit

a. Verhältnis zum Gewerberecht

Fraglich ist, wie sich § 14 OBG NW zu den o.g. Vorschriften des Gewerberechts verhält. Sowohl § 1 GewO als auch § 15 II GewO könnten die Anwendbarkeit des § 14 OBG NW ausschließen. Das BVerwG geht jedoch davon aus, dass bzgl. des "Wie" der Gewerbeausübung landesrechtliches Ordnungsrecht nicht verdrängt wird:

aa. Kein Ausschluss durch § 1 GewO

„Nach § 1 I GewO ist der Betrieb eines Gewerbes

jedermann gestattet, soweit nicht *durch die Gewerbeordnung* [Hervorhebung d. Red.] Ausnahmen oder Beschränkungen vorgeschrieben oder zugelassen sind. Damit ist die Anwendung sonstiger Normen, welche die gewerbliche Tätigkeit beeinflussen, aber nicht ausgeschlossen, denn durch diese Bestimmungen wird nicht die Gewerbeausübung als solche in Frage gestellt, sondern lediglich die Art und Weise der Gewerbeausübung eingeschränkt. Einer landesrechtl. Regelung der Ausübung des Gewerbes steht § 1 GewO nicht entgegen (BVerwGE 38, 209 [213]). Daher sind auch gegenüber Gewerbetreibenden ordnungsbehördliche Anordnungen kraft Landesrechts zulässig.“

bb. Kein Ausschluss durch § 15 II GewO

“Eine etwaige Schließungsbefugnis nach § 15 II GewO lässt die Zulässigkeit einer Unterbindung einzelner Spielvarianten, wie sie hier in Rede steht, auf der Grundlage des landesrechtlichen Ordnungsrechts unberührt, wenn damit kein Verbot der Gewerbeausübung verbunden ist. So liegt es hier, weil nicht der Betrieb des Laserdromes als solcher untersagt worden ist. Dass andere Spielvarianten in Betracht kommen, zeigt schon der Bauantrag der Kl.“

b. Verhältnis zum Strafrecht und Jugendschutz

“Entgegen dem Klägervorbringen stellen die § 131 StGB, § 1 GJS und § 8 JÖSchG keine abschließenden gesetzlichen Regelungen zum Thema „Simulation von Gewalt“ dar, durch welche landesgesetzliche Regelungen sowie darauf beruhende Verwaltungsakte ausgeschlossen wären. Die strafrechtliche Verbotsnorm des § 131 StGB hat die Verbreitung bestimmter, in der Norm näher beschriebener Gewaltdarstellungen zum Gegenstand. Die Regelung in § 1 GJS betrifft nicht den generellen Umgang mit „Gewaltthemen“ in der Öffentlichkeit, sondern lediglich einen die Verbreitung gegenüber Jugendlichen betreffenden Ausschnitt. Und die Regelung in § 8 JÖSchG greift lediglich in Absatz 5 die Themen „Gewalttätigkeiten gegen Menschen oder Tiere“ sowie „Verherrlichung oder Verharmlosung des Krieges“ auf und regelt dort nur einen Ausschnitt von Darstellungsmöglichkeiten in Spielhallen sowie den Ausschluss von Jugendlichen an der Teilnahme daran. Ein geschlossenes Schutzkonzept des Gesetzgebers, das in dem in Rede stehenden Sachbereich zugleich mit der Verhängung der Verbote einen Freiraum für die davon nicht erfassten Betätigungen garantieren würde, lässt sich diesen Regelungen nicht entnehmen.“

c. Kein Ausschluss durch Gewaltenteilung und Gesetzesbindung der Verwaltung

Fraglich ist die Anwendbarkeit des § 14 OBG NW

ferner im Hinblick auf die Gewaltenteilung und Gesetzesbindung der Verwaltung nach Art. 20 II, III GG. Möglicherweise müsste der Gesetzgeber selbst, etwa durch eine neue Standardmaßnahme, die Voraussetzungen für einen Eingriff in die Grundrechte von Laserdrome-Betreibern regeln. Im Zeitpunkt des Inkrafttretens des § 14 OBG NW gab es noch keine Laserdrome. Reglementiert die Verwaltung selbige unter Anwendung des § 14 OBG NW, könnte sie damit über den vom Gesetzgeber gewollten Rahmen hinausgehen. Das BVerwG hält diesen Ansatz für erörterungswürdig, verwirft ihn aber i.E.:

“Die Generalermächtigung in § 14 OBG NW scheidet als Befugnisnorm auch nicht deshalb aus, weil es sich bei der Ordnungsverfügung um einen Eingriff in die Freiheit der Berufsausübung (Art. 12 I GG) handelt, für den es einer besonderen gesetzlichen Regelung bedürfte.“

aa. Voraussetzungen

“Das BVerwG hat bereits in seiner früheren Rechtsprechung die Grenze beschrieben, welche zulässige Eingriffe auf Grund der Generalermächtigung von solchen trennt, die nur auf Grund spezieller gesetzlicher Ermächtigungen ergehen können. Danach ist der Gesetzesvorbehalt in Art. 12 I 2 GG nach Möglichkeit entsprechend den Belangen der jeweils berührten Lebensgebiete durch fachlich orientierte Gesetze auszufüllen. Angesichts der unvorhersehbaren Vielgestaltigkeit aller Lebenserscheinungen kann und muss allerdings auch die polizeiliche gesetzliche Generalklausel Geltung als ein die Berufsausübung regelndes Gesetz beanspruchen. Dem Sinn des Gesetzesvorbehalts in Art. 12 I 2 GG widerstreitet es aber, eine so weit gespannte Generalklausel wie die polizeiliche schlechthin als stets ausreichende Grundlage des Eingriffs der Exekutive in die Berufsausübung zu verwenden (BVerwGE 10, 164 [165]). Nicht ausreichend ist diese Grundlage dann, wenn die Entscheidung darüber, ob durch diese Berufstätigkeit die öffentliche Ordnung verletzt würde, „von einer verwickelten, in das Gebiet der Weltanschauungen hineinreichenden, abwägenden Wertung einer Mehrzahl verschiedener Schutzinteressen“ abhängt (BVerwGE 10, 164 [165]). In solchen Fällen darf die Generalklausel nicht auf Einzelfälle angewandt und dadurch der Sache nach das getan werden, was die Gesetzgebung hätte tun müssen, nämlich eine verbreitete neue Erscheinungsform der Berufsausübung zu regeln (BVerwG, DVBl 1970, 504).“

bb. Subsumtion

“Die Voraussetzungen für eine zu treffende neue gesetzliche Regelung für die vorliegend streitigen Ver-

anstaltungen in Laserdromes sind gegenwärtig noch nicht gegeben. Die Spiele haben keine solche Verbreitung, dass die Leistungsfähigkeit der Generalermächtigung zur Regelung von Einzelfällen überfordert wäre. Im Übrigen lässt eine Anzahl von Äußerungen im parlamentarischen Raum darauf schließen, dass der Bundesgesetzgeber sich der mit Laserdromes zusammenhängenden rechtlichen Problematik bewusst ist, eine Regelung über das landesrechtliche Polizei- und Ordnungsrecht hinaus aber noch nicht für notwendig erachtet hat (Antworten Nr. 14 und 15 des Parlamentarischen Staatssekretärs Rainer Funke am 10. 3. 1994, BT-Dr 12/7058; Antworten Nrn. 14, 15 und 16 des Parlamentarischen Staatssekretärs Rainer Funke vom 26. 4. 1994, BT-Dr 12/7462; Stellungnahme der BReg. zit. nach BT-Dr 12/8005; Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der GewO vom 17. 2. 1995, BT-Dr 13/619). Zuletzt hat der Bundesrat im Jahre 1997 eine Gesetzesinitiative mit dem Ziel der Einführung eines „§ 118a OWiG - neu“ - unternommen, die Veranstaltung „menschenverachtender Spiele“ zu sanktionieren (BT-Dr 13/8940). Zu diesen Spielen zählten nach der Gesetzesbegründung ausdrücklich „zwei Spielformen ..., bei denen sich die Teilnehmer entweder mit Farbmarkierungsschusswaffen (so bei „Gotcha“ oder dem „Paintball“-Spiel) oder mit Laserpistolen (so genannte „Laserdrome“-Spielcenter) bekämpfen“. Demgegenüber sah die Bundesregierung geeignetere Reaktionsmöglichkeiten im polizeilichen Ordnungsrecht (BT-Dr 13/8940, S. 5ff.). Nachdem der Antrag auf Weiterverfolgung der Gesetzesinitiative in der 14. Wahlperiode des Deutschen Bundestags gestellt worden war, hat der Bundesrat am 5. 2. 1999 beschlossen, den Gesetzesentwurf beim Deutschen Bundestag nicht einzubringen (BR-Dr 918/98). Dem Gesetzgeber ist zuzubilligen, dass er vor der Verabschiedung einer gesetzlichen Regelung die Entwicklung derartiger Spielveranstaltungen erst eine Zeit lang beobachtet. Im Falle einer gesetzlichen Regelung hätte er nämlich - wie sich dies bei der Initiative zur Änderung des Ordnungswidrigkeitengesetzes bereits abgezeichnet hat - auch vergleichbare Spiele mit einzubeziehen. Hinzu kommt, dass der Bundesgesetzgeber hinsichtlich der Veranstaltung von Unterhaltungsspielen in Spielhallen eine Leitentscheidung in § 33i GewO bereits getroffen hat, dessen materieller Genehmigungstatbestand insbesondere in Abs. 2 Nr. 3 die denkbaren Gemeinwohlaspekte in erheblichem Maße erfasst. Ist der Anwendungsbereich der ordnungsbehördlichen Generalklausel somit auf die nicht von § 33i I 1 GewO erfassten Fälle beschränkt, so ist dem Gesetzgeber für die verbleibenden Fälle umso eher noch ein angemessener Zeitraum zum Sammeln von Erfahrungen zuzubil-

ligen.“

2. Wirksamkeit

§ 14 OBG NW kann aber nur dann als Ermächtigungsgrundlage dienen, wenn die Norm ihrerseits wirksam ist, d.h. nicht gegen höherrangiges Recht, insbes. Verfassungsrecht, verstößt.

a. Bestimmtheit

Zunächst kommt angesichts der Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe wie „öffentliche Sicherheit“ und „öffentliche Ordnung“ im Tatbestand des § 14 OBG NW ein Verstoß gegen den im Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 III GG verankerten Bestimmtheitsgrundsatz in Betracht. Das BVerwG nimmt hierzu kurz Stellung:

“Die Vorschrift ist [...] hinreichend bestimmt (Art. 20 III GG). Zu den dagegen geltend gemachten Einwänden hat bereits das BVerfG ausgeführt, die polizeiliche Generalklausel sei mit ihren unbestimmten Rechtsbegriffen zwar der Auslegung und Konkretisierung in besonderem Maße bedürftig. Sie sei aber in jahrzehntelanger Entwicklung durch Rechtsprechung und Lehre nach Inhalt, Zweck und Ausmaß hinreichend präzisiert, in ihrer Bedeutung geklärt und im juristischen Sprachgebrauch verfestigt (BVerfGE 54, 143; vgl. auch BVerfG, NJW 2001, 1409).“

Hinzu kommt, dass das Grundgesetz selbst die Begriffe „öffentliche Sicherheit oder Ordnung“ verwendet (z.B. in Art. 35 II GG), so dass diese schwerlich als verfassungswidrig angesehen werden können.

b. Grundrechte

Nach Ansicht des BVerwG ist § 14 OBG NW demgegenüber nicht an den Grundrechten zu messen, da kein Eingriff in die diesbezügl. in Betracht kommenden Art. 12 und 14 GG durch die Norm selbst vorliegen:

aa. Art. 12 GG

“Die polizeiliche Generalermächtigung steht auch nicht im Widerspruch zur Berufsfreiheit (Art. 12 GG) [...]. Sie ist nicht als solche an Art. 12 GG zu messen, weil sie keine berufsregelnde Tendenz aufweist. Sie gehört nicht zu den Bestimmungen, die infolge ihrer Gestaltung in einem engen Zusammenhang mit der Ausübung eines Berufs stehen und objektiv eine berufsregelnde Tendenz deutlich erkennen lassen (st. Rspr.; vgl. BVerfGE 95, 267 [302]; 70, 191 [214]; 52, 42 [54]). Das zeigt, dass der Gesetzgeber bei der Gestaltung des allgemeinen Sicherheits- und Ordnungsrechts auf Belange eines Berufs oder der in Art. 12 I GG gewährleisteten Rechte insgesamt gar nicht eingehen könnte. Dies macht deutlich, dass allenfalls die An-

wendung [Hervorhebung d. Red.] des allg. Sicherheitsrechts den Schutzbereich von Art. 12 I GG berührt, indem etwa die Wertigkeit des Grundrechts bei der Auslegung des generalklauselartigen Tatbestands oder bei der Ermessensausübung verkannt wird.“

bb. Art. 14 GG

“Eine entsprechende rechtliche Bewertung gilt für das Verhältnis der Generalermächtigung zum Eigentumschutz. Während Art. 12 I 2 GG einen Vorbehalt nur der „Regelung“ der Berufsausübung vorsieht, bestimmt der Gesetzgeber nach Art. 14 I 2 GG „Inhalt und Schranken“ des Eigentums. Das Sicherheits- und Ordnungsrecht kann in diesem Sinn als allgemeine, für die Ausübung von Eigentumspositionen vorfindliche Schrankenbestimmung verstanden werden (BVerwGE 38, 209 [218]). Eine besondere, gegen den Schutzbereich der Eigentumsgarantie gerichtete Tendenz weist die Generalermächtigung nicht auf.“

3. Zwischenergebnis

Die Verfügung findet ihre gesetzliche Grundlage in § 14 OBG NW.

B. Formelle Rechtmäßigkeit

Von der formellen Rechtmäßigkeit der Verfügung ist nach dem Sachverhalt auszugehen.

C. Materielle Rechtmäßigkeit

In materieller Hinsicht müsste der Tatbestand der Ermächtigungsgrundlage erfüllt und die richtige Rechtsfolge gewählt worden sein.

1. Tatbestand

§ 14 OBG NW setzt eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung voraus.

1. Öffentliche Sicherheit

Zum Schutzgut der öffentlichen Sicherheit gehören alle Individualrechtsgüter, der Staat und seine Einrichtungen, sowie das gesamte geschriebene Recht.

a. Verstoß gegen Individualrechtsgüter

Durch das Betreiben des Laserdromes könnte in die Menschenwürde der Mitspieler aus Art. 1 I GG eingegriffen werden. Diese ist mit der sog. „Objektformel“ betroffen, wenn das Rechtssubjekt Mensch zum Objekt degradiert wird. Das BVerwG schärft vorliegend die Konturen dieser für sich genommen recht unbestimmten Formel:

aa. Definition der Menschenwürde

“Das BVerfG versteht den Begriff der Menschenwür-

de in Art. 1 I 1 GG als tragendes Konstitutionsprinzip im System der Grundrechte (vgl. BVerfGE 6, 32 [36, 41]; 45, 187 [227]). Mit ihm ist der soziale Wert- und Achtungsanspruch des Menschen verbunden, der es verbietet, den Menschen zum bloßen Objekt zu machen oder ihn einer Behandlung auszusetzen, die seine Subjektqualität prinzipiell in Frage stellt. Menschenwürde in diesem Sinne ist nicht nur die individuelle Würde der jeweiligen Person, sondern auch die Würde des Menschen als Gattungswesen (BVerfGE 87, 209 [228]). Da das Grundgesetz den Schutz der Menschenwürde unabhängig davon garantiert, ob der Eingriff vom Staat oder von privater Hand ausgeht, können auch gewerbliche Unterhaltungsspiele gegen Art. 1 I GG verstoßen.“

bb. Subsumtion

“Ein solcher Verstoß ist in erster Linie dann anzunehmen, wenn durch die Spielhandlungen konkrete Personen in ihrer Menschenwürde verletzt werden. Davon kann im vorliegenden Fall freilich nicht ausgegangen werden. Die Spieler tragen Maschinenpistolen ähnliche Schusswaffen (Laserzielgeräte) und Stoffwesten, an denen im Brust- und im Rückenbereich jeweils ein Sensorempfänger befestigt ist. Zusätzlich sind in der Halle zehn feste Sensorempfänger installiert, die von den Spielern gefunden werden müssen. Ziel des Wettkampfes ist es, innerhalb einer Spielzeit von 15 Minuten eine möglichst hohe Punktzahl zu erreichen. Für jeden Treffer auf einen fest installierten Empfänger erhalten die Spieler Punkte. Getroffene Gegner werden mit Punktabzügen belastet. Ein Spieler, der fünf Treffer erhalten hat, wird „blockiert“ und muss an einer Ladestation sein Zielgerät neu aufladen. Darin liegt keine entwürdigende Behandlung eines Mitspielers selbst. Die Treffer auf den Sensoren der Spielanzüge erinnern zwar an Verletzungen oder Tötungen von Menschen. Doch stehen sich die Spieler in diesem Kampfgeschehen prinzipiell „chancengleich“ gegenüber. Dies legt es nicht nahe, in dem einen Mitspieler ein Objekt zu sehen, welches dem anderen hilflos ausgeliefert ist.“

b. Verstoß gegen das geschriebene Recht

aa. Verstoß gegen § 28 I WaffG

Die Kl. hält "Laserwaffen" ohne Erlaubnis zur Benutzung für die Teilnehmer des Spiels bereit und könnte deswegen gegen § 28 I WaffG verstoßen (Lippstreu, GewArch 1993, 311, [315]). Schusswaffen i.S.d. § 28 I WaffG sind gem. § 1 I WaffG jedoch nur Geräte, die zum Angriff, zur Verteidigung, zum Sport, Spiel oder zur Jagd bestimmt sind und bei denen Geschosse durch

einen Lauf getrieben werden. Dies ist bei den Lasergewehren nicht der Fall, so dass ein Verstoß § 28 I WaffG ausscheidet.

bb. Verstoß gegen § 37 I Nr. 10 WaffG

Dadurch, dass die Kl. den Spielteilnehmern die Laserzielgeräte, welche stark Maschinenpistolen ähneln, zur Verfügung stellt, könnte sie gegen § 37 I Nr. 10 WaffG verstoßen. Dann müßten die Zielgeräte Nachbildungen von Schusswaffen im Sinne der §§ 37 I Nr. 1 lit. e WaffG, § 1 I KriegswaffenG sein. Nachbildungen sind Gegenstände, die zwar die äußere Form einer Schusswaffe haben, denen jedoch von vornherein die Zweckbestimmung einer Attrappe gegeben worden ist. Sie müssen allerdings so originalgetreu nachgebildet sein, dass sie als Drohmittel eingesetzt werden können. Vorliegend besteht laut Sachverhalt eine solche Verwechslungsgefahr nicht, so dass kein Verstoß gegen § 37 I Nr. 10 WaffG vorliegt.

cc. Verstoß gegen § 118 I OWiG

Mit der Durchführung der Veranstaltung könnte die Kl. den Tatbestand des § 118 I OWiG erfüllt haben. Dann müßte das Veranstalten eine grob ungehörige Handlung sein, die geeignet ist, die Allgemeinheit zu belästigen oder zu gefährden und die öffentliche Ordnung zu beeinträchtigen. Eine Eignung zur Belästigung der Allgemeinheit setzt aber jedenfalls voraus, dass die Handlung von der Allgemeinheit überhaupt unmittelbar wahrgenommen werden kann (VG München, GewArch 1994, 332 [333]). Vorliegend findet der Spielbetrieb in den nur für die Spieler zugänglichen Räumlichkeiten der Bekl. statt. Für die Allgemeinheit besteht somit nicht die Möglichkeit der unmittelbaren Wahrnehmung. Berichte in der Presse, Werbung usw. genügen für eine unmittelbare Konfrontation mit dem Spielgeschehen nicht.

Eine Beeinträchtigung sonstiger Schutzgüter ist nicht ersichtlich, so dass die öffentliche Sicherheit nicht betroffen ist.

2. Öffentliche Ordnung

Die öffentliche Ordnung umfasst die Gesamtheit jener ungeschriebenen Regeln für das Verhalten des einzelnen in der Öffentlichkeit, deren Beachtung nach den jeweils herrschenden Anschauungen als unerlässliche Voraussetzung eines geordneten staatsbürgerlichen Gemeinschaftslebens betrachtet wird. Die herrschenden Anschauungen über die unerlässlichen Voraussetzungen eines geordneten staatsbürgerlichen Gemeinschaftslebens werden entscheidend durch die Wertmaßstäbe des Grundgesetzes geprägt, welche unser

Zusammenleben ordnen. Dazu zählt insbesondere die Menschenwürde (Art. 1 I GG). Das BVerfG geht in Übereinstimmung mit dem OVG Münster als Vorinstanz davon aus, dass zwar nicht der individualschützende Aspekt (s.o.), wohl aber der gemeinwohlbezogene Schutz vor Gewaltverherrlichung betroffen ist:

aa. Gewaltverherrlichung als Verstoß gegen die öffentliche Ordnung

“Unterhaltungsspiele können auch dadurch gegen die verfassungsrechtliche Garantie der Menschenwürde verstoßen, dass beim Spielteilnehmer eine Einstellung erzeugt oder verstärkt wird, die den fundamentalen Wert- und Achtungsanspruch leugnet, der jedem Menschen zukommt. Das geschieht insbesondere dann, wenn Gewaltakte gegen Menschen in der Absicht dargestellt werden, den Beteiligten ein sadistisches Vergnügen an dem Geschehen zu vermitteln. Denn eine solche Tendenz schließt die Vorstellung von der Verfügbarkeit des Menschen als bloßes Objekt ein, in dessen Leben und körperliche Integrität nach Belieben eingegriffen werden kann. Darum kann neben der realen Gewaltausübung auch die Darstellung fiktiver Gewaltakte zu Spiel- und Unterhaltungszwecken das Gebot zur Achtung der Würde des Menschen verletzen (vgl. für Gewaltdarstellungen in Filmen BVerfGE 87, 209 [228]). Demnach ist ein gewerbliches Unterhaltungsspiel, das auf die Identifikation der Spielteilnehmer mit der Gewaltausübung gegen Menschen angelegt ist und ihnen die lustvolle Teilnahme an derartigen - wenn auch nur fiktiven - Handlungen ermöglichen soll, wegen der ihm innewohnenden Tendenz zur Bejahung oder zumindest Bagatellisierung der Gewalt und wegen der möglichen Auswirkungen einer solchen Tendenz auf die *allgemeinen Wertvorstellungen* [Hervorhebung d. Red.] und das Verhalten in der Gesellschaft mit der verfassungsrechtlichen Menschenwürdegarantie unvereinbar (vgl. BVerfGE 87, 209 [228 ff.]).“

bb. Subsumtion für Laserdrome

(1). Für einen Verstoß (Ansicht des OVG Münster)

“Das OVG sieht den hauptsächlichen Reiz des unter sagten Spiels im Laserdrome der Kl. in dem „Vergnügen an simulierten Tötungshandlungen“. Es spricht von einem „im Spiel erlebten Macht- und Lustgewinn“ durch solche Handlungen. [...] Das Spiel sei nach seinen Regeln darauf angelegt, dass nicht nur auf fest installierte Ziele, sondern auch und gerade auf Menschen „geschossen“ werde und damit Tötungshandlungen simuliert würden. Der Schütze müsse stets auf die Körpermitte des Gegners zielen, damit der Treffer

zähle. Die Spieler würden so zu kriegsähnlichen, nahkampfgleichen Verhaltensmustern gezwungen. Die durch das reale körperliche Gegenüber mehrerer Menschen gekennzeichnete Spielsituation werde durch die Ausstattung realitätsnah ergänzt.”

(2). *Gegen einen Verstoß (Ansicht der Kl.)*

“Während das OVG somit die Nähe des umstrittenen Spiels zu einem realen körperlichen Kampfgeschehen mit Tötungshandlungen hervorhebt und es damit zugleich von der rollengebundenen Aufführung von Gewaltszenen im Theater oder in ähnlichen Spielstätten und von der Ausübung formalisierter und ritualisierter traditioneller Kampfsportarten wie Fechten und Boxen abhebt, betont die Kl. in ihrem Revisionsvorbringen die fiktiven Elemente des Spiels und rückt es in die Nähe eines sportlichen Wettkampfs. [...] Das Vorbringen der Kl. läuft darauf hinaus, dass das umstrittene Spiel im Gegensatz zu den Ausführungen des OVG bei lebensnaher Würdigung der Gesamtumstände mit der Realität nichts zu tun habe und dass daher von einem „spielerischen Töten“ nicht die Rede sein könne.“

(3). *Streitentscheidung des BVerwG*

“Ein simuliertes Töten zu Unterhaltungszwecken wird nach dem Gesagten dem gebotenen Respekt vor der Individualität, Identität und Integrität der menschlichen Persönlichkeit nicht gerecht. Es banalisiert und trivialisiert gerade diejenigen Rechtsgüter, an deren Schutz dem Grundgesetz in besonderem Maße gelegen ist. Zu den Höchstwerten der Verfassung ist nämlich neben der Menschenwürde insbesondere auch das menschliche Leben zu zählen; dieses hat der Verfassungsgeber des Jahres 1949 mit Blick auf die Verbrechen des nationalsozialistischen Regimes als die vitale Basis der Menschenwürde und zugleich Voraussetzung für alle anderen Grundrechte in Art. 2 II 1 GG ausdrücklich unter gesonderten Grundrechtsschutz gestellt (vgl. BVerfGE 39, 1, 36 [42]). Zu dieser Grundaussage der Verfassung setzen sich Behörden und Gerichte der Bundesrepublik Deutschland in Widerspruch, wenn sie Unterhaltungsspiele der hier in Rede stehenden Art dulden. Die Freiwilligkeit der Teilnahme sowie das gegenseitige Einvernehmen der Spieler ist rechtlich unerheblich, weil die aus Art. 1 I und Art. 2 II 1 GG herzuleitende Wertordnung der Verfassung nicht im Rahmen eines Unterhaltungsspiels zur Disposition steht.”

Mithin ist durch den Betrieb des Laserdromes die öffentliche Ordnung betroffen.

3. *Gefahr*

Die öffentliche Ordnung ist auch gefährdet, da mit

dem bereits in Betrieb befindlichen Laserdrome der Kl. eine sich täglich aktualisierende, mithin noch fort-dauernde Störung vorliegt.

4. *Ordnungspflicht*

Die Kl. müsste ferner ordnungspflichtig i.S.d. §§ 17-19 OBG NW sein. Vorliegend kommt eine Verhaltensstörereigenschaft nach § 17 OBG NW in Betracht. Dann müsste die Kl. die Gefahr durch ihr Verhalten “verursacht” haben, worunter mit der Theorie der unmittelbaren Verursachung (nur) ein letztverantwortliches Verhalten zu verstehen ist. Zwar müssen für den Störungseintritt zwingend noch die Spieler hinzukommen, so dass an einer unmittelbaren Verantwortlichkeit der Kl. gezweifelt werden könnte. Ohne die Kl. könnte das Spiel aber auch nicht stattfinden, weil sie den Laserdrome betreibt, indem sie die Spielgeräte zur Verfügung stellt, die Rahmenbedingungen für das Spiel schafft, die Ergebnisse auswertet usw. Die Kl. hat es also in letzter Instanz in der Hand, über das Stattfinden des Spieles zu entscheiden. Öffnet sie ihren Laserdrome nicht, bleibt die Störung aus. Die Spieler sind daher allenfalls *neben* der Kl. verantwortlich, lassen deren Störereigenschaft jedoch nicht entfallen.

Der Tatbestand des § 14 OBG NW ist damit erfüllt.

II. *Rechtsfolge*

Auf Rechtsfolgenrechte gewährt § 14 OBG NW der Behörde ein Ermessen. Dieses ist gerichtlich auf Ermessensfehler hin überprüfbar, § 114 S. 1 VwGO. Diesbezüglich kann zwischen dem Entschließungs- und Auswahlermessen unterschieden werden.

1. *Entschließungsermessen*

Vorliegend ist bereits fraglich, ob die Behörde überhaupt gegen die Kl. einschreiten durfte. Die der Kl. erteilten bauaufsichtlichen Genehmigungen könnten nämlich Legalisierungswirkung bzgl. des von der Kl. veranstalteten Spiels entfalten, so dass die Genehmigungen erst hätten aufgehoben werden müssen, bevor ordnungsrechtlich eingeschritten werden kann. Hätte die Behörde nicht einschreiten dürfen, läge eine Ermessensüberschreitung und damit ein Ermessensfehler i.S.d. § 114 S. 1 VwGO vor.

Die Kl. hat ihren Bauanträgen jedoch nur eine grobe Beschreibung des Spiels ohne Angabe der konkreten Zielpunkte angegeben. Sie hat bspw. von “Schießbahnen” gesprochen, so dass der konkrete Spielablauf - das Schießen mit Laserstrahlen auf bewegliche Ziele oder gar Menschen - der Baugenehmigungsbehörde nicht bewusst war. Die von ihr erteilten Genehmigungen können diese Betriebsart bei Auslegung analog §§

133, 157 BGB daher auch nicht legalisieren. Etwas anderes würde nur gelten, wenn die von der Kl. betriebene Spielart ohnehin die einzig mögliche Betriebsweise wäre. Ein Laserdrome kann jedoch auch in einer Art und Weise betrieben werden, die - bei Verzicht auf Menschen als Ziel - mit den allgemeinen Anforderungen der öffentlichen Ordnung nicht in Kollision gerät. Damit umfasst die Baugenehmigung nicht die konkrete Ausgestaltung des Spiels und ihr kommt deshalb bzgl. dieses Aspektes keine Bindungswirkung zu, so dass ein Ermessensfehler aus diesem Grunde ausscheidet.

2. Auswahlermessen

Die Behörde müsste ferner Störer und Mittel ermessensfehlerfrei ausgewählt haben.

a. Störerauswahl

Neben der Kl. kommen als Störer nach § 17 OBG NW die Spieler in Betracht. Deren Inanspruchnahme wäre jedoch ineffektiv, da diese den Behörden oftmals nicht bekannt sind, sie i.Ü. stetig wechseln und unverhältnismäßiger Ermittlungsaufwand notwendig wäre. Die Inanspruchnahme der Kl. war daher ermessensfehlerfrei.

b. Mittelauswahl

Das gewählte Mittel, hier das Verbot von Spielvarianten, bei denen fiktiv auf Menschen geschossen wird, müsste seinerseits ermessensfehlerfrei, insbesondere verhältnismäßig sein. Das BVerwG hält ein solches Verbot nicht nur für zulässig, sondern im Lichte der Menschenwürde sogar für zwingend geboten:

“Der Verstoß der Spielvariante gegen Art. 1 I GG führt zwingend zu ihrem Verbot. Verstöße gegen die Menschenwürde können vom Staat allenfalls unter besonderen Umständen hingenommen werden; im Regelfall - und so auch hier - sind sie zu unterbinden. Raum für eine Ermessensabwägung unter Berücksichtigung der Berufsfreiheit (Art. 12 I GG), des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs (Art. 14 I GG) sowie des Gleichbehandlungsgrundsatzes (Art. 3 I GG) verbleibt nicht. Angesichts dessen kann es der Kl. nach dem Grundsatz „keine Gleichheit im Unrecht“ nicht zum Vorteil gereichen, sollte die Bekl. in ihrem Zuständigkeitsbereich Unterhaltungsspiele vergleichbarer Art dulden oder in zurechenbarer Weise fördern.”

III. Zwischenergebnis

Nach nationalem Recht war die Verfügung materiell rechtmäßig.

IV. Vereinbarkeit mit Europarecht

Fraglich ist jedoch, ob dieses Ergebnis auch vor europarechtlichem Hintergrund Bestand haben kann. In anderen Ländern der Europäischen Union (EU) werden Laserdromes ohne Beanstandung durch nationale Behörden betrieben. Aus diesem Grund könnten die Warenverkehrs- (Art. 28 ff. EG) und Dienstleistungsfreiheit (Art. 49 ff. EG) es gebieten, eine solche wirtschaftliche Betätigung auch in der Bundesrepublik Deutschland zuzulassen. Das BVerwG teilt diese Bedenken und setzt das Verfahren aus, um eine Vorabentscheidung des EuGH nach Art. 234 EGV einzuholen:

“[Der Rechtsstreit ist] auszusetzen, um in dem schwebenden Verfahren vorab vom EuGH eine Entscheidung über die Auslegung des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft einzuholen (Art. 234 I lit. a, III EG). Der erkennende Senat hält die Frage nämlich für ungeklärt, ob es mit den Vorschriften des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft über den freien Dienstleistungs- und Warenverkehr vereinbar ist, dass nach nationalem Recht eine bestimmte gewerbliche Betätigung - hier der Betrieb eines sogen. Laserdromes mit simulierten Tötungshandlungen - untersagt werden muss, weil sie gegen die verfassungsrechtlichen Wertentscheidungen eines Mitgliedstaats verstößt, ohne dass in den anderen Mitgliedstaaten entsprechende Rechtsüberzeugungen bestehen.”

[Anm.: Nach der Fallfrage ist die Begründetheit der Klage vor dem VG zu begutachten, während im Originalfall das BVerwG über die Revision zu entscheiden hatte. Das VG ist jedoch auch zur Vorlage an den EuGH gem. Art. 234 II EG berechtigt, wengleich nicht - wie das BVerwG nach Art. 234 III EG - verpflichtet.]

1. Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit

“In Übereinstimmung mit der durch die Kl. eingeholten Auskunft der Europäischen Kommission vom 12. 3. 1999 ist der Senat der Ansicht, dass die ordnungsbehördliche Verfügung in den freien Dienstleistungsverkehr (Art. 49 EG) eingreift. Die Kl. ist nämlich Franchisenehmerin einer britischen Firma, die das Laserdrome-Konzept vertreibt. Das von der Bekl. ausgesprochene Verbot betrifft mithin einen grenzüberschreitenden Sachverhalt. Der Franchisegeber ist gehindert, seine Dienstleistungen in Form des Franchisingvertrags an seinen deutschen Kunden zu erbringen, während er nach den Feststellungen der Kommission entsprechende Dienstleistungen in seinem Sitzstaat legal erbringt.”

2. Eingriff in die Warenverkehrsfreiheit

“Da die Kl. die im Laserdrome Verwendung findenden Ausrüstungsgegenstände, insbesondere die Laserzielgeräte, aus Großbritannien bezogen hat oder beziehen will, kommt neben dem Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit auch ein Eingriff in die Warenverkehrsfreiheit (Art. 28 EG) in Betracht.”

3. Entscheidungserheblichkeit der Vorlagefragen

a. Bisherige Rechtsprechung des EuGH

“Nach der Rechtsprechung des EuGH sind Hindernisse für die Dienstleistungsfreiheit, die sich aus unterschiedslos anwendbaren nationalen Maßnahmen ergeben, nur dann zulässig, wenn diese Maßnahmen durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt sind, wenn sie geeignet sind, die Verwirklichung des mit ihnen angestrebten Ziels zu gewährleisten, und wenn sie nicht über das hierfür Erforderliche hinausgehen. Dabei obliegt es dem Ermessen der nationalen Stellen, zu beurteilen, ob es im Rahmen des verfolgten Ziels notwendig ist, Dienstleistungen bestimmter Art vollständig oder teilweise zu verbieten, oder ob es genügt, sie zu beschränken und zu diesem Zweck bestimmte Kontrollen vorzusehen. Für die Beurteilung der Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit der einschlägigen Bestimmungen ist es ohne Belang, dass ein Mitgliedstaat andere Schutzregelungen als ein anderer Mitgliedstaat erlassen hat (EuGH, EuZW 2000, 148 Rdnrn. 31, 35 - Läärä; EuGH, EuZW 2000, 151 Rdnrn. 29, 33, 34 - Zenatti). Bei nicht diskriminierenden Eingriffen in die Warenverkehrsfreiheit geht der Gerichtshof von entsprechenden Zulässigkeitsanforderungen aus (vgl. EuGH, Slg. 1979, Rdnrn. 6, 14 - Rewe). In den beiden vorgenannten Entscheidungen hat der Gerichtshof jeweils auf sein Urteil vom 24.3.1994 in der Rechtssache C - 275/92 (NJW 1994, 2013 - Schindler) Bezug genommen. Dort hatte der Gerichtshof maßgeblich auf die gemeinsame Rechtsüberzeugung aller Mitgliedstaaten bei der Beurteilung einer bestimmten Art von Dienstleistungen abgestellt (Rdnr. 60). Dies kann dahin verstanden werden, dass die gemeinsame Rechtsüberzeugung Voraussetzung für die Befugnis der einzelnen Mitgliedstaaten ist, die entsprechende Tätigkeit nach ihrem Ermessen einzuschränken. So wird die Eingriffsschwelle etwa in der Litera-

tur zur Warenverkehrsfreiheit verstanden, soweit dort festgestellt wird, zwingende Erfordernisse des Allgemeinwohls im Sinne der Rechtsprechung des EuGH könnten nur bejaht werden, wenn die Notwendigkeit des Rechtsgüterschutzes in der gesamten Union anerkannt sei (vgl. Becker, in: Schwarze [Hrsg.], EU-Komm. 2000, Art. 30 EGV, Rdnr. 37; Heselhaus, EuZW 2001, 645 [648]).”

b. Auswirkungen auf den vorliegenden Rechtsstreit

“Auf der Grundlage dieser Rechtsauffassung könnte die angefochtene Ordnungsverfügung schwerlich bestätigt werden, wenn sich eine gemeinsame Rechtsüberzeugung bei der Beurteilung von Unterhaltungsspielen mit simulierten Tötungshandlungen in den Mitgliedstaaten nicht feststellen lässt. Die beiden zitierten, später ergangenen Entscheidungen des Gerichtshofs in den Rechtssachen Läärä und Zenatti können indes den Eindruck vermitteln, als werde an der strikten Bindung an eine gemeinsame Rechtsüberzeugung für die Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit nicht mehr festgehalten. Sollte dies zutreffen, so würde europäisches Gemeinschaftsrecht nach Auffassung des Senats die Bestätigung der angefochtenen Verfügung nicht hindern, weil sich unter dieser Voraussetzung nach Gemeinschaftsrecht - nicht anders als nach nationalem Recht - wegen der fundamentalen Bedeutung des verletzten Rechtsguts der Menschenwürde nähere Überlegungen zur Verhältnismäßigkeit, insbesondere zur Angemessenheit der Maßnahme erübrigen würden. Klarheit kann dem Senat nur die Beantwortung der Rechtsfrage durch den Gerichtshof selbst verschaffen.”

D. Ergebnis

Das VG wird den Rechtsstreit aussetzen und dem EuGH die Frage zur Entscheidung vorlegen, ob es mit den Vorschriften des EG-Vertrages über den freien Dienstleistungs- und Warenverkehr vereinbar ist, dass nach nationalem Recht ein gewerbliches Unterhaltungsspiel untersagt werden muss, weil es gegen die verfassungsrechtlichen Wertentscheidungen eines Mitgliedstaats verstößt, ohne dass in den anderen Mitgliedstaaten entsprechende Rechtsüberzeugungen bestehen.

Standort: Allg. Teil des BGB**Problem: Zugang von Willenserklärungen**

BGH, URTEIL VOM 12.12.2001

X ZR 192/00 (NJW 2002, 1565)

Problemdarstellung:

In diesem Fall musste sich der BGH im Rahmen eines Aufrechnungseinwandes mit Schadensersatzansprüchen aus p.F.V. bei Werkherstellung (= §§ 634 Nr. 4, 280 BGB n.F.) auseinandersetzen.

Die Bekl. beauftragte die Kl. mit der Ausführung von Arbeiten an einer Heizungsanlage im Bundesministerium für Verteidigung. Bei den Arbeiten tauschten Mitarbeiter der Kl. Wasserhähne aus und dichteten diese neu ein, wobei sie neu entwickelte, asbestfreie Dichtungen verwendeten. Trotz dieser Dichtungen kam es in der Heizungsanlage, in der Druckwasser mit Temperaturen von 160 - 180 Grad Celsius durchläuft, zunächst zum Tropfen und schließlich zum Bruch der Dichtungen. Nach heutigem Erkenntnisstand steht fest, dass derartige Dichtungen bei Heißwasseranlagen aushärten und brechen. Infolge des Wasserschadens machte die Bekl. nunmehr Schadensersatzansprüche geltend, weil sie schon bei den ersten Tropferscheinungen bei der Kl. angerufen hatte, um den Mangel zu reklamieren. Aufgrund der Schaltung einer Anrufweiterleitung landete dieser Anruf aber nicht beim zuständigen Sachbearbeiter, sondern bei einem Kollegen.

Der BGH stellt zunächst fest, dass der Kl. wegen der Verwendung der fraglichen Dichtung kein Verschulden zwecks Schadensersatzpflicht vorgeworfen werden könne. Die Kl. sei weder Herstellerin der Dichtung noch des Dichtungsmaterials. Als lediglich verarbeitender Handwerksbetrieb hat die Kl. auf die Angaben zur Verwendbarkeit der Dichtung vertrauen dürfen, zumal die Erkenntnisse über die Brüchigkeit bei Heißwasseranlagen erst später gemacht wurden. Jedoch ist der Kl. eine schuldhaftige Verletzung ihrer Nachbesserungspflicht gem. § 633 BGB a.F. vorzuwerfen, die aus positiver Vertragsverletzung folgt. Aufgrund der Mitteilung über die tropfenden Dichtungen war die Kl. zur Nachbesserung verpflichtet. Die Mängelanzeige ist der Kl. auch zugegangen. Die Schaltung einer Anrufweiterleitung, bei der Telefonanrufe, die auf dem Apparat eines tatsächlich ermächtigten Mitarbeiters eingehen, an einem anderen Telefonapparat entgegengenommen werden, bewirkt, dass der den Anruf entgegennehmende Mitarbeiter - unabhängig von seiner Stellung im Unternehmen - im Zweifel nach der Verkehrsauffassung als ermächtigt gilt, Willenserklärungen oder diesen gleichzustellende Mit-

teilungen mit Wirkung für den Erklärungsempfänger entgegenzunehmen.

Prüfungsrelevanz:

Für eine empfangsbedürftige Willenserklärung ist gem. § 130 I BGB der Zugang beim Empfänger Voraussetzung für ihre Wirksamkeit. Werden Dritte zu diesem Zweck eingesetzt, so ist zum einen zwischen Boten und Stellvertreter (§ 164 I, III BGB) zu differenzieren und zum anderen noch zwischen Empfangs- bzw. Erklärungsdrinnen zu unterdifferenzieren. Empfangsbote ist, wer entweder vom Empfänger zur Entgegennahme von Erklärungen ermächtigt worden ist oder wer nach der Verkehrsauffassung als ermächtigt anzusehen ist, Willenserklärungen oder diesen gleich stehende Mitteilungen mit Wirkung für den Erklärungsempfänger entgegenzunehmen und zur Übermittlung an den Empfänger geeignet und bereit ist (BGH, NJW 1965, 965 [1966]; Palandt/Heinrichs, § 130 BGB Rz. 9). Das Risiko der Weiterübermittlung trägt in diesem Fall der Empfänger, der sich dieses Dritten auch bedient hat. Kaufmännische Angestellte gelten nach der Verkehrsauffassung als ermächtigt Willenserklärungen für ihren Arbeitgeber entgegenzunehmen.

Vertiefungshinweise:

Sandmann, AcP 199 (1999), 455; OLG München, NJW-RR 1997, 904; Schwartz, NJW 1994, 891

Kursprogramm:

- Examenskurs: "Das Versehen", "Der Pizzakauf"
 Assessorkurs: "Das Geschäftslokal"

Leitsatz:

Die Schaltung einer Anrufweiterleitung, bei der Telefonanrufe, die auf dem Apparat eines tatsächlich oder nach der Verkehrsauffassung zur Entgegennahme von Willenserklärungen ermächtigten Mitarbeiters eingehen, an einem anderen Telefonapparat entgegengenommen werden, bewirkt, dass der den Anruf entgegennehmende Mitarbeiter - unabhängig von seiner Stellung im Unternehmen - im Zweifel nach der Verkehrsauffassung als ermächtigt gilt, Willenserklärungen oder diesen gleichzustellende Mitteilungen mit Wirkung für den Erklärungsempfänger entgegenzunehmen.

Sachverhalt:

Die Kl., die auf dem Gebiet der Kälte- und Wärmetechnik tätig ist, beansprucht von der Bekl. einen sowohl dem Grunde als der Höhe nach unstrittigen restlichen Werklohn in Höhe von zuletzt 151 535,39 DM. Die Bekl. hat gegen die Klageforderung mit einem von ihr geltend gemachten Schadensersatzanspruch aufgerechnet, dem der folgende Sachverhalt zu Grunde liegt:

Die Bekl. beauftragte die Kl. am 2. 10. 1991 mit der Ausführung von Arbeiten an einer Heizungsanlage im Bundesministerium der Verteidigung. Bei den Arbeiten tauschten Mitarbeiter der Kl. in der Übergabestation Hähne aus und dichteten diese neu ein, wobei sie Dichtungen einbauten, die asbestfreies Material enthielten, das von der Streithelferin entwickelt und produziert worden war. In dem von den Arbeiten betroffenen Bereich der Heizungsanlage fließt heißes Druckwasser. Die von der Bekl. der Kl. in Auftrag gegebenen Arbeiten wurden am 25. 9. 1992 ohne Beanstandungen abgenommen. Am 3. 11. 1992 bemerkte der Zeuge N, der als Fachbauleiter der von der Bekl. mit der Bauleitung und -überwachung beauftragten B-GmbH tätig war, dass ein Hahn tropfte. Am 10. 11. 1992 stellten der Zeuge N und ein Mitarbeiter der damaligen Bundesbaudirektion bei einer Begehung fest, dass der Hahn immer noch tropfte. Zwischen den Parteien ist streitig, ob der Zeuge N die Kl. am 3. und 10. 11. 1992 von der von ihm festgestellten Undichtigkeit informierte und sie dabei aufforderte, die Undichtigkeit zu beseitigen. Die Bekl. hat behauptet, dass der Zeuge N bei seinen beiden Anrufen die Durchwahl des für das Bauvorhaben zuständigen Mitarbeiters der Kl. B gewählt habe, wobei sich jeweils ein dem Zeugen N unbekannter Mitarbeiter bzw. eine Mitarbeiterin der Kl. gemeldet und die Telefongespräche entgegengenommen habe. Am 15. 11. 1992 brach die zuvor nur tropfende Flachdichtung, die die Kl. bei ihren Arbeiten eingebaut hatte, in einer Flanschverbindung des Absperrhahns. Nach dem Bruch der Dichtung traten große Mengen an Heißwasser aus der Rohrleitung aus und überschwemmten den Bodenbereich des dortigen Kellers. Es kam dadurch zu erheblichen Schäden an den elektrischen Einrichtungen sowie an der Starkstromversorgungsleitung. Außerdem wurde der Anstrich beschädigt. Der entstandene Schaden beläuft sich auf 151 535,39 DM.

Greift der Aufrechnungseinwand durch?

Lösung:**A. Aufrechnungslage gem. § 387 BGB**

Zunächst müsste zwischen den beiden Parteien eine

Aufrechnungslage gem. § 387 BGB bestehen. Die Aufrechnungslage erfordert die Gegenseitigkeit und Gleichartigkeit von zwei Forderungen, wobei die Gegenforderung vollwirksam und fällig sein muss, während für die Hauptforderung Erfüllbarkeit ausreicht. Die Hauptforderung liegt in diesem Fall in dem unstrittigen Restwerklohnanspruch der Kl. in Höhe von 151.535,39 DM gegenüber der Bekl. Diesem Anspruch könnte ein gleichartiger Zahlungsanspruch der Bekl. auf Schadensersatz wegen des Dichtungsbruchs und dessen Folgen gegenüber stehen.

Folglich ist inzident zu prüfen, ob der Bekl. ein solcher Anspruch zusteht.

I. Schadensersatzanspruch aus p.F.V. wegen Mangelgeschaden (= §§ 634 Nr. 4, 280 I BGB n.F.)

Die Bekl. könnte gegen die Kl. einen Anspruch auf Schadensersatz wegen des Dichtungsbruchs in Höhe von 151.535,39 DM aus p.F.V. haben.

1. wirksames Schuldverhältnis

Zuerst müsste zwischen den Parteien ein wirksames -vertragliches oder gesetzliches - Schuldverhältnis bestehen. Aufgrund des "Auftrags" der Bekl. vom 02.10.1991 über die Ausführung von Arbeiten an der fraglichen Heizungsanlage ist zwischen den Parteien ein Werkvertrag i.S.d. §§ 631 ff. BGB zustande gekommen.

2. Pflichtverletzung

Der Kl. müsste im Rahmen dieses Vertragsverhältnisses eine Pflichtverletzung begangen haben. Gem. § 633 I BGB ist der Unternehmer verpflichtet, das von ihm geschuldete Werk frei von Fehlern und mit den entsprechend zugesicherten Eigenschaften herzustellen. Die Herstellung eines mangelhaften Werkes stellt daher eine Pflichtverletzung dar.

Diesbezüglich stellt der BGH fest:

"Das BerGer hat keine Feststellungen dazu getroffen, ob der Schaden infolge eines Fehlers oder einer mangelnden Eignung der von der Kl. eingebauten Dichtung eingetreten ist. Für das Revisionsverfahren ist deshalb zu Gunsten der Bekl. hiervon auszugehen."

3. Regelungslücke

Für diese festgestellte Pflichtverletzung müsste eine Regelungslücke im Gesetz bestehen, damit das nicht geregelte Institut der p.F.V. zur Anwendung kommt. Die Folgen einer mangelhaften Werkherstellung sind in den §§ 633 ff. BGB bereits geregelt, so dass grundsätzlich für die Anwendung der p.F.V. mangels einer Regelungslücke kein Raum besteht, insbesondere da ein verschuldensabhängiger Schadensersatzanspruch

wegen Werkmangel in § 635 BGB (= §§ 634 Nr. 4, 280 ff. BGB n.F.) geregelt ist.

Aber bei entfernten Mangelfolgeschäden, die an anderen Rechtsgütern des Bestellers nur mittelbar entstehen, wird die Anwendbarkeit der p.F.V. bejaht (Palandt/Sprau, BGB, Vorbem. v. § 633 Rz. 23). Die Überschwemmungen, die Schäden an elektrischen Einrichtungen sowie der Starkstromversorgung sind solche von der Heizungsanlage entfernte Mangelfolgeschäden. Demzufolge können die Grundsätze zur p.F.V. in diesem Fall angewendet werden.

4. Verschulden der Kl.

Abschließend müsste der Kl. hinsichtlich der mangelhaften Werkherstellung - Dichtung - ein Verschulden gem. §§ 276, 278 BGB vorzuwerfen sein.

a. Ausführungen des BerGer.

„Der Sachverständige komme in seinem Gutachten zwar zu dem Ergebnis, dass ein metallarmierter Dichtungswerkstoff eine höhere Sicherheit insbesondere gegen das so genannte „Ausblasen“, das heißt Brechen der Dichtung, gewährleistet hätte als das tatsächlich von der Kl. verwendete Dichtungsmaterial der Qualität „n“. Diese Einschätzung beruhe aber auf den heutigen Erkenntnissen und Erfahrungen auf dem Gebiet der Dichtungstechnik. Nach den Ausführungen des Sachverständigen sei im Jahre 1991 noch nicht bekannt gewesen, dass A.-faserverstärkte Flanschdichtungen hydrolyseanfällig seien und beim Einbau in Flanschverbindungen von Heißwasser- und/oder Heißdampfsystemen aushärteten. Bei dieser Sachlage stellten die Auswahl und die Verwendung einer Flachdichtung der Qualität „n“ statt „n EG“ oder eines anderen metallarmierten Dichtungswerkstoffes keine vorwerfbare Sorgfaltspflichtverletzung der Kl. dar. Wenn aber selbst die Dichtungshersteller im Jahre 1991 von der Tauglichkeit des verwendeten Dichtungsmaterials ausgegangen seien, habe sich die Kl. als verarbeitendes Unternehmen auf die Angaben der Dichtungshersteller zu den Einsatzbedingungen und Eigenschaften der Flanschdichtung der Qualität „n“ verlassen dürfen. Anhaltspunkte für einen fehlerhaften Einbau der Flanschdichtung seien nicht gegeben.“

b. Ausführungen des BGH

„Das BerGer. hat frei von Rechtsfehlern angenommen, dass die Kl. in diesem Zusammenhang jedenfalls kein Verschulden treffe. Ohne Erfolg rügt die Revision, das BerGer. habe verkannt, dass sich die Kl. gem. § 282 BGB analog vom Schuldvorwurf zu entlasten habe. Zwar ist die Ansicht der Revision zutreffend, dass im Grundsatz beim Feststehen einer objektiven

Pflichtverletzung des Unternehmers es dessen Sache ist, sich hinsichtlich des Schuldvorwurfs zu entlasten (vgl. BGHZ 48, 310 [312] = NJW 1968, 43 = LM § 282 ZPO Nrn. 19, 20; BGH, BauR 1979, 159). Die Revision übersieht aber insoweit, dass das BerGer. keine Beweislastentscheidung getroffen hat. Es hat vielmehr auf der Grundlage der Ausführungen des Sachverständigen T ohne Rechtsfehler festgestellt, dass zum maßgeblichen Zeitpunkt weder die Hersteller von derartigem Dichtungsmaterial noch die dieses verarbeitenden Unternehmen Anlass gehabt haben, an der Tauglichkeit des Dichtungsmaterials für den Zweck der Verwendung in Heißwasser- bzw. Heißdampfsystemen zu zweifeln.

Ein etwaiges Verschulden der Streithelferin, die das Dichtungsmaterial entwickelt und produziert hat, kann der Kl. nicht über § 278 BGB zugerechnet werden. Es ist anerkannt (vgl. BGH, NJW 1978, 1157 = LM § 278 BGB Nr. 46; Ingenstau/Korbion, VOB, 14. Aufl., B § 13 Rdnr. 161 a m. w. Nachw.; Palandt/Heinrichs, BGB, 60. Aufl., § 278 Rdnr. 13 a), dass der Baustofflieferant in der Regel nicht Erfüllungsgehilfe des Unternehmers ist. Anhaltspunkte dafür, dass die Streithelferin vorliegend - abweichend vom Regelfall - in den werkvertraglichen Pflichtenkreis der Kl. gegenüber der Bekl. einbezogen worden ist, bestehen nicht.[...]

Ohne Erfolg rügt die Revision, dass es der Kl. oblegen hätte, die Bekl. über die Verwendung des neuartigen, noch unerprobten Dichtungsmaterials und die damit verbundenen möglichen Risiken aufzuklären. Zwar muss der Unternehmer auf Bedenken gegen die Brauchbarkeit einer noch unerprobten Technik hinweisen (BGH, NJW-RR 1993, 26 = LM H. 4/1993 § 4 [C] VOB/B 1973 Nr. 8 = DB 1993, 1281). Eine solche Aufklärungspflicht setzt aber voraus, dass für ihn bei hinreichend sorgfältiger Prüfung überhaupt Anlass zu Bedenken gegen die Eignung des von ihm verwendeten Materials bestand. Ob dies der Fall ist, wird in erster Linie durch das vom Unternehmer zu erwartende Fachwissen, durch den vom Hersteller bzw. Lieferanten des Materials dem Unternehmer vermittelten Informationsstand, aber auch durch sonstige erhebliche Umstände bestimmt, die für den Unternehmer als bedeutsam erkennbar sind (vgl. BGH, NJW 1987, 643 = LM § 633 BGB Nr. 61). Diese Grundsätze hat das BerGer. hinreichend beachtet. Es ist unter Würdigung der Ausführungen des Sachverständigen T rechtsfehlerfrei zu dem Ergebnis gelangt, dass die Kl. im Jahre 1991 weder gewusst habe noch habe erkennen oder annehmen müssen, dass die verwendeten asbestfreien Dichtungen im Gegensatz zu den asbesthaltigen Dichtungen ausbrechen können und dass sich die Kl. diese Informationen damals auch nicht habe verschaffen

können, da nicht einmal die Hersteller zu diesem Zeitpunkt Erkenntnisse über die andersartigen Verhaltenseigenschaften asbestfreier Dichtungen gehabt hätten. Erfolglos macht die Revision weiter geltend, dass sich die Kl. nicht „blind“ auf die Eignung des neuen und unerprobten Materials habe verlassen dürfen und deshalb entgegen der Auffassung des BerGer. eine Druckprobe und unabhängig davon von sich aus weitere Kontrollen hätte durchführen müssen. Zwar gehört es bei einem Werkvertrag auch ohne besondere Zusage zu den übernommenen Hauptleistungspflichten des Unternehmers, dafür zu sorgen, dass zur Herstellung des Werks nur Sachen verwendet werden, welche die erforderliche Eignung aufweisen, da der Unternehmer durch den Werkvertrag die Erreichung des Erfolgs verspricht (Senat, NJW 2000, 280 = LM H. 5/2000 § 631 BGB Nr. 91). Wie sich aus den voran gegangenen Ausführungen ergibt, bestand aber entgegen der Auffassung der Revision kein Anlass, an der Eignung des verwendeten Dichtungsmaterials für den angestrebten Zweck - der Verwendung in einem Heißwassersystem - zu zweifeln und aus diesem Grunde weitere Überprüfungen wie etwa eine Druckprobe vorzunehmen.“

5. Ergebnis

Mangels eines Verschulden der Kl. am Dichtungsbruch trifft sie keine Schadensersatzpflicht aus p.F.V.

II. Schadensersatzanspruch aus p.F.V. wegen unterlassener Nachbesserung (= § 280 I BGB n.F.)

Die Bekl. könnte gegen die Kl. einen Anspruch auf Schadensersatz wegen der unterlassenen Nachbesserung in Höhe von 151.535,39 DM aus p.F.V. haben.

1. Wirksames Schuldverhältnis

Wie an anderer Stelle schon gezeigt, liegt zwischen den Parteien ein vertragliches Schuldverhältnis in Form eines Werkvertrages vor.

2. Pflichtverletzung

Eine Pflichtverletzung durch die Kl. wäre zu bejahen, wenn sie trotz entsprechender Mängelanzeige ihrer Nachbesserungspflicht (§ 633 II 1 BGB) nicht nachgekommen ist. Die Kl. wäre verpflichtet gewesen, die Ursache für die angezeigte Undichtigkeit festzustellen und - soweit wie möglich - für Abhilfe zu sorgen.

Der BGH führt dazu aus:

“Angesichts der besonderen Gefahrensituation, die durch das Leck in der Hochdruckheizungsanlage entstanden war, konnte die Bekl. von der Kl. erwarten und verlangen, dass diese unmittelbar nach Erhalt der Aufforderung zur Mängelbeseitigung mit den hierfür notwendigen Arbeiten begann. Dass insoweit ein un-

mittelbarer Handlungsbedarf bestand, musste sich schon deshalb aufdrängen, da nach der Lebenserfahrung eine solche Undichtigkeit in einem Hochdruckheißwassersystem befürchten lässt, dass es zu einer Ausweitung des Lecks mit der möglichen Folge erheblicher Schäden kommen kann.”

Entscheidende Frage ist dabei, ob der Kl. auch eine entsprechende Mängelanzeige zugegangen ist. Der BGH stellt hierzu fest:

“Der Annahme des BerGer., dass nicht feststehe, ob die Mitteilungen des Zeugen N der Kl. wirksam zugegangen seien, kann nicht beigetreten werden.

(Empfangsbotenschaft zu Lasten der Kl.)

Bei seiner Würdigung geht das BerGer. von einem zu engen Verständnis des Begriffs des Empfangsboten aus und verneint deshalb zu Unrecht einen Zugang der Erklärungen des Zeugen N. Empfangsbote ist, wer entweder vom Empfänger zur Entgegennahme von Erklärungen ermächtigt worden ist oder wer nach der Verkehrsauffassung als ermächtigt anzusehen ist, Willenserklärungen oder diesen gleich stehende Mitteilungen mit Wirkung für den Erklärungsempfänger entgegenzunehmen (vgl. BGH, NJW 1965, 965 [966] = LM § 346 [Ea] BGB Nrn. 8, 9; BAG, NJW 1993, 1093 [1094]; Soergel/Hefermehl, BGB, 13. Aufl., § 130 Rdnr. 9; Palandt/Heinrichs, § 130 Rdnr. 9; krit. zur Empfangsbotenstellung kraft Verkehrsanschauung Brinkmann, Der Zugang von Willenserklärungen, 1984, S. 127—130) und zur Übermittlung an den Empfänger geeignet und bereit ist. Von einem Kaufmann mit der Bedienung seines Telefonanschlusses beauftragte Angestellte (vgl. dazu Soergel/Hefermehl, § 130 Rdnr. 22, unter Hinweis auf RGZ 103, 95 [97]) werden regelmäßig ebenso kraft Verkehrsanschauung als Empfangsboten anzusehen sein wie sonstige kaufmännische Angestellte des Empfängers (vgl. RGZ 61, 125 [127]; RGZ 102, 295; BAG, DB 1977, 546; Einsele, in: MünchKomm, 4. Aufl., § 130 Rdnr. 25; Jauernig, BGB, 9. Aufl., § 130 Rdnr. 7). Dem BerGer. kann zwar im Grundsatz in seiner Auffassung beigetreten werden, dass im Einzelfall bei untergeordneten Mitarbeitern die Stellung als Empfangsbote fehlen kann, wobei zu berücksichtigen ist, dass bei nicht verkörperten Willenserklärungen wegen der Schwierigkeit, mündliche Erklärungen korrekt zu übermitteln, höhere Anforderungen an die Mittlungsperson zu stellen sind als etwa bei der Weitergabe verkörperter Äußerungen (RGZ 60, 334 [336f.]; Einsele, in: MünchKomm, § 130 Rdnr. 29; Soergel/Hefermehl, § 130 Rdnr. 16 b). Es hat bei seiner Wertung aber übersehen, dass der Zeuge N stets bekundet hat, die Telefonnummer des für die Abwicklung des Vertrags zuständigen Mitarbeiters

B gewählt zu haben und über dessen Telefonapparat in Kontakt zu dem ihm unbekanntem Mitarbeiter der Kl. getreten zu sein. In diesem Zusammenhang rügt die Revision unter Berufung auf § 286 ZPO zu Recht, dass das BerGer. unberücksichtigt gelassen habe, dass die in erster Instanz vernommene Zeugin S ausgesagt habe, dass der Apparat von Herrn B bei dessen Abwesenheit regelmäßig auf Anrufumleitung geschaltet werde und die Anrufe automatisch in das für Herrn B zuständige Abteilungssekretariat geschaltet werden.

In Fällen, in denen Telefonanrufe auf dem Apparat eines tatsächlich oder nach der Verkehrsanschauung zur Entgegennahme von Willenserklärungen ermächtigten Mitarbeiters eingehen, beinhaltet die Schaltung einer Anrufweiterleitung, die bewirkt, dass der Anruf an einem anderen Telefonapparat entgegengenommen werden kann, dass der auf diese Weise eingehende Anrufe entgegennehmende Mitarbeiter — unabhängig von seiner Stellung im Unternehmen — im Zweifel nach der Verkehrsauffassung als ermächtigt gilt, Willenserklärungen oder diesen gleichzustellende Mitteilungen mit Wirkung für den Erklärungsempfänger entgegenzunehmen.

(Übertragung auf den vorliegenden Fall)

Auf die vom Zeugen N abgegebenen Mängelbeseitigungsaufforderungen, die geschäftsähnliche Handlungen darstellen, finden die Vorschriften über Willenserklärungen, insbesondere auch die Bestimmungen über den Zugang von Willenserklärungen, entsprechende Anwendung (vgl. BGH, NJW 1995, 45 [46] = LM H. 3/1995 § 133 [A] BGB Nr. 24; Kramer, in: MünchKomm, 4. Aufl., Vorb. § 116 Rdnr. 36). Wird eine fernmündliche Erklärung — wie hier — nicht gegenüber dem Empfänger selbst, sondern gegenüber einem Empfangsboten abgegeben, gilt § 130 BGB (Soergel/Hefermehl, § 130 Rdnr. 22; vgl. auch RGZ 61, 125 [127]; RGZ 102, 295). Die Zugangsvoraussetzungen bestimmen sich in einem solchen Fall nach der Person des Adressaten der Erklärung. Wenn dieser bei Annahme gewöhnlicher Verhältnisse die (theoretische) Möglichkeit der Kenntnisnahme hat, ist die an seinen Empfangsboten abgegebene Erklärung zugegangen. Denn der Empfangsbote hat lediglich die Funktion einer personifizierten Empfangseinrichtung des Adressaten (BGH, NJW-RR 1989, 757 [758] = LM § 130 BGB Nr. 20; Senat, NJW 1994, 2613 [2614]). Vom Adressaten, auf den es für den Zugang allein ankommt, kann nach Ablauf der Zeit, die der Empfangsbote für die Übermittlungstätigkeit normalerweise benötigt, erwartet werden, dass er von der Erklärung Kenntnis nehmen kann, wobei sich in Fällen wie dem vorliegenden, in denen die Erklärungen wäh-

rend der Geschäftszeit in den Geschäftsräumen eingehen, die für die Übermittlung benötigte Zeit auf Null reduzieren kann (BGH, NJW-RR 1989, 757 [758] = LM § 130 BGB Nr. 20). Nach diesen Grundsätzen sind die Mängelbeseitigungsaufforderungen des Zeugen N jedenfalls spätestens am 4. und 11. 11. 1992 der Kl. zugegangen."

3. Regelungslücke

Die Folgen einer unterlassenen oder fehlerhaften Nachbesserung sind im BGB nicht ausdrücklich geregelt, so dass eine Regelungslücke für die Anwendung der p.F.V. vorliegt.

Der BGH meint dazu:

"Dieser Schadensersatzanspruch leitet sich, abgesehen von dem Verzögerungsschaden wegen verspäteter Nachbesserung (§ 286 BGB), im Anwendungsbereich der §§ 631 ff. BGB (zu dem beim VOB-Vertrag anwendbaren § 13 Nr. 7 VOB/B vgl. Heiermann/Riedl/Rusam, VOB, 9. Aufl., B § 13 Rdnr. 141 a) aus positiver Vertragsverletzung her (BGHZ 62, 83 [87] = NJW 1974, 551 = LM Allg. Geschäftsbedingungen Nr. 53; BGH, LM § 635 BGB Nr. 4) und umfasst alle Schäden, die durch das Unterbleiben der Nachbesserung entstehen (BGHZ 70, 240 [243] = NJW 1978, 814 = LM § 635 BGB Nr. 45; vgl. auch BGH, NJW 1976, 234 [235] = LM Allg. Geschäftsbedingungen Nr. 67)."

4. Verschulden

Außerdem müsste der Kl. bezüglich der unterlassenen Nachbesserung ein Verschulden vorzuwerfen sein, wobei auch bei Ansprüchen aus p.F.V. gem. § 282 BGB analog (= § 280 I 2 BGB n.F.) dieses Verschulden vermutet wird. Die Kl. hat nichts dargelegt, um sich im konkreten Fall für die unterlassene Nachbesserung zu exkulpieren. Folglich bleibt die Verschuldensvermutung zu ihren Lasten bestehen.

5. Schaden

Die Schäden infolge der Überschwemmung an den elektrischen Einrichtungen und Starkstromversorgungsleitungen sind gem. § 249 S. 2 BGB zu ersetzen.

6. Ergebnis

Die Bkl. hat gegen die Kl. eine aufrechenbare Gegenforderung in Höhe von 151.535,39 DM aus p.F.V.

III. Ergebnis zur Aufrechnungslage

Als Ergebnis ist festzustellen, dass eine Aufrechnungslage i.S.d. § 387 BGB zwischen den Parteien aufgrund der Restwerklohnforderung der Kl. und des Schadensersatzanspruchs der Bkl. besteht.

B. Aufrechnungserklärung gem. § 388 BGB

Die gem. § 388 BGB erforderliche Aufrechnungserklärung durch die Bekl. erfolgte im Rahmen ihrer prozessualen Verteidigung.

C. Keine Aufrechnungsverbote

Aufrechnungsverbote gem. §§ 390 ff. BGB sind im

vorliegenden Fall nicht ersichtlich.

Endergebnis

Der Aufrechnungseinwand der Bekl. greift damit durch; die Kl. wird mit ihrer Zahlungsklage unterliegen.

Standort: Strafrecht Problem: Notrechte eines Taxifahrers bei Streit über Fahrpreis

AG GREVENBROICH, URTEIL VOM 26.09.2000
5 DS 6 JS 136/00 (NJW 2002, 1060)

Problemdarstellung:

Der Angekl. hatte sich nach einer Kneipentour mit reichlich Alkoholgenuss zu einem Taxi begeben und nach seiner Schilderung - mit dem Taxifahrer eine Festpreisvereinbarung getroffen. Nach Abschluss der Fahrt zahlte er den aus seiner Sicht vereinbarten Festpreis, war aber nicht bereit, den vom Taxifahrer verlangten höheren Preis zu zahlen, den das Taxometer anzeigte. Als der Angekl. ausstieg, folgte ihm der Taxifahrer und versuchte ihn festhalten, um den nach seiner Meinung bestehenden weitergehenden Anspruch durchzusetzen. Der Angekl. setzte sich zur Wehr und es kam zu einer körperlichen Auseinandersetzung, in die später auch ein Zeuge verwickelt wurde. Das AG verurteilte den Angekl. wegen vorsätzlicher Körperverletzung in zwei Fällen. Es ging davon aus, dass die Festnahme durch den Taxifahrer gem. § 127 I StPO und gem. § 229 BGB gerechtfertigt war und die Verteidigungshandlungen des Angekl. dementsprechend mangels Rechtswidrigkeit des Angriffs nicht vom Notwehrrecht (§ 32 StGB) gedeckt waren. Zudem habe der Angekl. durch das Verlassen des Taxis die Notwehrlage in fahrlässiger Weise provoziert. Der Behauptung des Angekl., man habe eine Festpreisabrede getroffen und es sei daher gar kein höherer Fahrpreis geschuldet gewesen, ändere nichts an einem allein aufgrund der unstrittigen äußeren Umstände begründeten „dringenden Verdacht“ eines vollendeten oder versuchten Betrugs.

Prüfungsrelevanz:

Die Entscheidung betrifft eine Reihe prüfungsrelevanter Fragen, insbesondere aus dem Bereich der Rechtfertigungsgründe. Zum examensrelevanten § 127 I StPO folgt das Gericht ohne nähere Begründung der Ansicht, dass der Begriff der „frischen Tat“ lediglich einen nach den erkennbaren äußeren Umständen dringenden Tatverdacht und nicht eine wirklich begangene

Straftat erfordere (vgl. zum Streit Kleinknecht/Meyer-Goßner, StPO, § 127, Rn. 4 m.w.N.). Hierzu ist das Gericht der Ansicht, das angesichts der möglicherweise bestehenden Pauschalpreisvereinbarung dem Angekl. zwar ein Betrug in der Hauptverhandlung zwar nicht nachgewiesen werden könne, aber aufgrund der äußeren Umstände, namentlich der Tatsache, dass der Angekl. nicht den vom Taxameter angezeigten Betrag von 80 DM gezahlt hat, „ein dringender Verdacht“ des Betrugs bestehe. Dass der Angekl. tatsächlich 40 DM bezahlt hat, blieb vom Gericht unberücksichtigt.

In einer Fallbearbeitung ist darauf zu achten, dass § 127 I StPO die Festnahme nur dann gestattet, wenn sie geschieht, um den vermeintlichen Täter der Strafverfolgung zuzuführen. Will der Festnehmende allein seine vermeintlichen zivilrechtlichen Ansprüche sichern, so greift möglicherweise § 229 BGB, nicht aber § 127 I StPO ein (vgl. OLG Düsseldorf, NStZ 1991, 599; BayObLG, NJW 1991, 934). Auch hierzu hat das Gericht keine genauen Feststellungen getroffen.

Im Hinblick auf ein mögliches Selbsthilferecht des Taxifahrers nach § 229 BGB nimmt das Gericht an, dass dem Taxifahrer aus § 242 BGB ein selbsthilfefähiger Auskunftsanspruch auf Mitteilung der Personalien zustehe (s. BayObLG, NJW 1991, 934 zu einem entsprechenden Anspruch des Gastwirtes; vgl. auch OLG Düsseldorf, NJW 1991, 2716 zu einem Taxifahrer-Fall). In diesem Zusammenhang ist allerdings zu berücksichtigen, dass ein solcher Auskunftsanspruch nach zivilrechtlichen Grundsätzen nur in Betracht kommt, wenn ein weiter gehender vertraglicher Zahlungsanspruch überwiegend wahrscheinlich ist (vgl. Palandt/Heinrichs, BGB, § 261, Rn. 10 m.w.N.). Auch das erscheint angesichts der möglichen Pauschalabrede zweifelhaft. Überdies wird aus dem in § 230 II, II BGB enthaltenen Verweis hergeleitet, dass sämtliche Arrestvoraussetzungen (§§ 916 ff. ZPO) vorliegen müssen, damit nicht die Befugnisse des Selbsthilfeberechtigten weiter gehen als die des Arrestberechtigten. Der danach notwendige Arrestgrund besteht nur, wenn die Erschwerung oder Vereitelung der Zwangsvollstreckung droht, was angesichts einer Forderung

von 40 DM äußerst zweifelhaft erscheint. Daher verneint eine Ansicht auch generell ein Selbsthilferecht des Taxifahrers oder Gastwirtes (vgl. Baumann/Weber/Mitsch, AT, § 17, Rn. 154; LK-Hirsch, vor § 32, Rn. 158). Das Problem umgeht man, wenn man - wie das AG - auf den Auskunftsanspruch abstellt, der nicht den Arrestvorschriften unterliegt, oder aufgrund des unbefriedigenden Ergebnisses ausnahmsweise auf einen Arrestgrund verzichtet (vgl. OLG Düsseldorf, NJW 1991, 2716; Kühl, AT, § 9, Rn. 8; Sternberg-Lieben, JuS 2002, 578 f.).

In einer Fallbearbeitung müsste man sich ferner mit den weiteren Problemen des Erlaubnistatbestandsirrtums (irrige Annahme eines Pauschalpreises), der Rechtsfolgen einer Notwehrprovokation bei erheblich verminderter Schuldfähigkeit des Provokateurs (zur Tatzeit bestand offenbar eine BAK von ca. 2, 4 %; der Taxifahrer könnte daher seinerseits wegen der erkennbaren Trunkenheit und angesichts nur geringen Restforderung zur Zurückhaltung aufgefordert gewesen sein), der Anwendbarkeit des § 240 StGB bei Unkenntnis der Amtsträgereigenschaft (s. Schöнке/Schröder/Eser, § 113, Rn. 51) und schließlich der Möglichkeit einer räuberischen Sicherungserpressung (vgl. Krey, BT-2, Rn. 394 ff.) auseinander setzen.

Vertiefungshinweise:

- Zum Festnahmerecht nach § 127 I 1 StPO: *BGHSt* 45, 378 m. Anm. *Kargl/Kirsch*, NStZ 2000, 603
- Zum Selbsthilferecht nach § 229 BGB bei bestrittenem Anspruch: *BayObLG*, NJW 1991, 934 [Gänsebrust-Fall] m. Anm. *Joerden*, JuS 1992, 23; *OLG Düsseldorf*, NJW 1991, 2716 [Taxifahrer-Fall]; *Schroeder*, JZ 1991, 681; *Scheffler*, Jura 1992, 353; *Laubenthal*, JR 1991, 520; *Volk*, JR 1980, 251

Kursprogramm:

- Examenskurs: „Rosi“
- Examenskurs: „Vorbei und dennoch getroffen“
- Examenskurs: „Lenkhilfe mit Folgen“

Leitsätze:

1. Entsteht zwischen einem Taxifahrer und einem Fahrgast bei Erreichen des vereinbarten Zielortes Streit über den zu entrichtenden Fahrpreis und entfernt sich der Fahrgast ohne Bezahlung des vom Taxameter angezeigten Fahrpreises und ohne Preisgabe seiner Personalien, so ist der Taxifahrer nach § 127 I StPO berechtigt, den Fahrgast auch unter Anwendung körperlicher Gewalt bis zum Eintreffen der Polizei festzuhalten. Die-

ses Recht ist ihm auch dann zuzubilligen, wenn es post nicht mehr aufzuklären ist, ob ihm tatsächlich noch Fahrpreisansprüche zustanden; allein die Entgegennahme der Transportleistung und die Nichtzahlung des vom Taxameter angezeigten Betrags begründen nämlich den dringenden Verdacht eines betrügerischen Handels des Fahrgasts.

2. In den genannten Fällen steht dem Taxifahrer auch ein zivilrechtliches Selbsthilferecht nach § 229 BGB zu. Denn für den Fall, dass das Bestehen eines Zahlungsanspruchs nicht nachzuweisen ist, ist dem Taxifahrer aus dem geschlossenen Beförderungsvertrag heraus im Streitfall ein auf Nennung der Personalien des Fahrgasts gerichteter Auskunftsanspruch zuzubilligen, den er unter den Voraussetzungen des § 229 BGB im Wege der Selbsthilfe durchsetzen kann.

Sachverhalt:

Der Angekl. A besuchte in der Nacht vom 7. auf den 8.8.1999 mit Freunden mehrere Kneipen und danach eine Diskothek in D.. Dort hielt er sich bis ca. 6 Uhr auf, wobei er bis zu diesem Zeitpunkt Alkohol in nicht unerheblicher Menge, nämlich vor allem Bier und möglicherweise ein bis zwei Glas Whisky, zu sich genommen hat; eine dem Angekl. am 8.8.1999 gegen 10 Uhr abgenommene Blutprobe ergab einen Blutalkoholgehalt von 1, 46 ‰. Nach dem Angekl. etwa gegen 6 Uhr seine Bekannten aus den Augen verloren hatte, begab er sich zu einem Taxistand und bestieg das vom Nebenkl. Geführte Taxi. Er erklärte dem Nebenkl., das er nach H. gefahren werden wolle, womit dieser einverstanden war. Möglicherweise wurde hierbei zwischen dem Angekl. und dem Nebenkl. vereinbart, dass für die Fahrt nach H. statt des regulären Fahrpreises ein Pauschalpreis von 40 DM bezahlt werden sollte. Etwa 3 Km vor Erreichen der Ortschaft H. - etwa gegen 6. 45 Uhr - befragte der Nebenkl. den Angekl. nach dem genauen Zielort. Dieser wies daraufhin den Weg in die Ortschaft H. und ließ den Nebenkl. sodann auf der J.-Straße anhalten. Zwischenzeitlich hatte der Angekl. auch bemerkt, dass das Taxameter des Fahrzeugs eingeschaltet war und einen Betrag von 80 DM anzeigte. Daraufhin entstand zwischen dem Angekl. und dem Nebenkl. eine Diskussion über den letztlich vom Angekl. zu zahlenden Fahrpreis. Während der Nebenkl. vom Angekl. die Zahlung des vom Taxameter angezeigten Betrages von etwa 80 DM verlangte, bestand der Angekl. drauf, lediglich den - nach seiner Schilderung der Ereignisse - zuvor vereinbarten Pauschalpreis von 40 DM zahlen zu müssen. Letztendlich bezahlte der Angekl. den nach seiner Auffassung ge-

schuldeten Pauschalpreis von 40 DM und verließ sodann dann das Taxi des Nebenkl., obwohl dieser vom Angekl. die Zahlung des vom Taxameter angezeigten Fahrpreises verlangte. Der Nebenkl., der seine vermeintlichen Ansprüche auf Zahlung des Fahrpreises gefährdet sah, folgte dem sich eiligst entfernenden Angekl., erreichte ihn schließlich und versuchte, ihn an der Schulter festzuhalten. Der Angekl. setzte sich hiergegen „mit Händen und Füßen“ zur Wehr, was dazu führte, dass beide Beteiligten zu Boden gingen. Während der Nebenkl. nunmehr - unter ständigem Rufen nach der Polizei - versuchte, den Angekl. an den Beinen festzuhalten, trat dieser mit den Füßen nach dem Nebenkl., um sich aus dessen Umklammerung zu lösen. Während dies dem Angekl. nicht gelang, schaffte es der Nebenkl., aufzustehen und den Angekl. in den „Schwitzkasten“ zu nehmen. Dieser setzte sich hiergegen zur Wehr, indem er den Nebenkl. in Arme und Hände biss, bis dieser losließ. Dies nutzte der Angekl. und flüchtete. Der Nebenkl. folgte dem Angekl. erneut und packte ihn, worauf beide wiederum zu Boden stürzten. Diesmal gelang es dem Angekl., sich aufzurichten und sich an einem geparkten Pkw festzuhalten. Der Nebenkl. hielt den Angekl. jedoch nach wie vor an den Beinen fest; diesem gelang es auch durch erneutes, mehrfaches Treten mit den Füßen nicht, sich zu befreien. Zwischenzeitlich war der in der Nähe wohnende Zeuge O, ein Polizeibeamter, auf den Vorfall aufmerksam geworden. Er machte sich gegenüber den Beteiligten mit dem Ausruf „Halt, stehen bleiben, Polizei“ bemerkbar, wodurch diese aufmerksam wurden und ihre Rangelei beendeten. Entgegen der Aufforderung durch den Zeugen O, der lediglich mit einem Schlafanzug bekleidet war, entfernte sich der Angekl. erneut vom Tatort und reagierte auch nicht auf eine erneute Ermahnung, stehen zu bleiben. Als dieser versuchte, ihn festzuhalten, drehte der Angekl. sich um und boxte den Zeugen O gegen den Oberarm, wodurch dieser stürzte.

Strafbarkeit des A?

[Bearbeitervermerk: Erforderliche Strafanträge sind rechtzeitig gestellt worden.]

Lösung:

A. Strafbarkeit des A wegen Körperverletzung gem. § 223 I StGB durch die Schläge, Tritte und Bisse gegen den Taxifahrer

I. Tatbestand

Die Tatbestandsmäßigkeit des Verhaltens des A wird

vom Gericht als unproblematisch festgestellt: „Durch die Tritte und Bisse zum Nachteil des Nebenkl. hat der Angekl. den Tatbestand der vorsätzlichen Körperverletzung gem. § 223 I StGB verwirklicht, indem er diesen hierdurch körperlich misshandelt und an der Gesundheit beschädigt hat.“

II. Rechtswidrigkeit

Die Tat des A könnte jedoch durch Notwehr gem. § 32 StGB gerechtfertigt sein. Dazu führt das Gericht im einzelnen aus: „Die Tat des Angekl. war auch rechtswidrig; sie war insbesondere nicht durch Notwehr (§ 32 StGB) gerechtfertigt.“

1. Gegenwärtiger Angriff des Taxifahrers

„Zwar ist nach dem Ergebnis der Hauptverhandlung davon auszugehen, dass sich der Angekl. bei seinen Tätlichkeiten gegenüber dem Nebenkl. seinerseits gegen einen gegenwärtigen Angriff des Nebenkl. zur Wehr gesetzt hat.“

2. Rechtswidrigkeit des Angriffs des Taxifahrers

a) Festnahmerecht des Taxifahrers nach § 127 I 1 StPO

„Dieser Angriff war jedoch nicht rechtswidrig, sondern durch ein Festnahmerecht nach § 127 I 1 StPO gerechtfertigt. Nach § 127 I 1 StPO hat jedermann das Recht zur vorläufigen Festnahme eines anderen, wenn dieser auf frischer Tat betroffen oder verfolgt wird, der Flucht verdächtig ist oder seine Identität nicht sofort festgestellt werden kann. Hiernach war der Nebenkl. befugt, den Angekl. auch unter Anwendung physischer Gewalt festzuhalten. Der Angekl. war offensichtlich flüchtig; andere Möglichkeiten zur Feststellung seiner Identität gab es in der konkreten Situation nicht. Des weiteren war der Angekl. vom Nebenkl. auch auf „frischer Tat betroffen“ worden.“

aa) Begriff der Tat in § 127 I 1 StPO

„Unter den Tatbegriff des § 127 I 1 StPO fällt jedes Verhalten, das eine strafrechtliche Sanktion nach sich ziehen kann, es muss sich daher um eine Straftat oder zumindest eine rechtswidrige Tat handeln, wobei jedoch die genügt vielmehr, dass die erkennbaren äußeren Umstände einen dringenden Tatverdacht nahe legen. Unstreitig hat sich der Angekl. vorn Nebenkl. von D. nach H. transportieren lassen und anschließend — unabhängig von der Frage, ob er überhaupt etwas bezahlt hat — den vorn Taxameter angezeigten Betrag von etwa 80 DM nicht bezahlt. Allein diese unstrittigen bzw. objektiven Umstände begründeten den dringenden Verdacht, dass sich der Angekl. die Beförderung

durch den Nebenkl. erschleichen wollte und damit zu demjenigen Zeitpunkt, als der Nebenkl. ihn begann festzuhalten, einen vollendeten oder versuchten Betrug zu dessen Lasten begangen hatte.“

bb) Zur Einlassung des Angeklagten

„Die Einlassung des Angekl., er habe mit dem Nebenkl. einen Fahrpreis von pauschal 40 DM vereinbart, ändert an diesem Ergebnis nichts. Sie mag dazu führen, dass dem Angekl. ein Betrug zu Lasten des Nebenkl. und im Übrigen auch eine daran anschließende räuberische Erpressung nicht nachzuweisen ist; an dem dringenden Tatverdacht, der sich allein aus den unstreitigen Umständen ergab, ändert diese Einlassung jedoch nichts, so dass der Nebenkl. im Ergebnis berechtigt war, den Angekl. auch unter Anwendung von Gewalt festzuhalten, um zumindest seine Identitätsfeststellung zu ermöglichen.“

Da dem Taxifahrer ein Festnahmerecht nach § 127 I 1 StPO zusteht, ist sein Angriff auf A nicht rechtswidrig.

b) Selbsthilferecht des Taxifahrers, § 229 BGB

Zu einem möglichen Selbsthilferecht des Taxifahrers nach § 229 BGB führt das Gericht aus: „Dem Nebenkl. stand darüber hinaus auch ein Selbsthilferecht nach § 229 BGB zur Seite. Hiernach handelt nicht widerrechtlich, wer zum Zwecke der Selbsthilfe einen Verpflichteten, welcher der Flucht verdächtig ist, festnimmt, wenn obrigkeitliche Hilfe nicht rechtzeitig zu erlangen ist und ohne sofortiges Eingreifen die Gefahr besteht, dass die Verwirklichung des Anspruchs vereitelt oder wesentlich erschwert werde.“

aa) Auskunftsanspruch des Taxifahrers

„Die Voraussetzungen des § 229 BGB waren im vorliegenden Falle gegeben. Der Nebenkl. hatte nämlich gegen den Angekl. aus dem zwischen den Parteien geschlossenen Beförderungsvertrag in Verbindung mit den Grundsätzen von Treu und Glauben einen Anspruch auf Mitteilung dessen Namen und Anschrift, der mangels anwesender obrigkeitlicher Hilfe vereitelt worden wäre, wenn der Nebenkl. den Angekl. nicht selbst festgehalten hätte.“

(1) Allgemeine Voraussetzungen eines Auskunftsanspruchs aus § 242 BGB

„Nach den Grundsätzen von Treu und Glauben (§ 242 BGB) besteht zwischen den Parteien einer vertraglichen oder gesetzlichen Sonderverbindung eine Auskunftsverpflichtung, wenn die zwischen den Parteien bestehenden Rechtsbeziehungen es mit sich bringen, dass der Berechtigte in entschuldbarer Weise über Bestehen oder Umfang seines Rechts im Ungewissen

ist und der Verpflichtete die zur Beseitigung der Ungewissheit erforderliche Auskunft unschwer geben kann, während der Berechtigte sich die Informationen nicht selbst auf zumutbare Weise beschaffen kann (vgl. Palandt/Heinrichs, BGB, § 261 Rdnrn. 8 ff.).“

(2) Zum Auskunftsanspruch eines Taxifahrers

„Nach diesen Grundsätzen ist dem Nebenkl. im vorliegenden Fall ein gegen den Angekl. gerichteter Auskunftsanspruch zuzubilligen, den er mittels seines Selbsthilferechts nach § 229 BGB durchsetzen konnte. Die Parteien hatten in D. eine vertragliche Vereinbarung des Inhalts getroffen, dass der Nebenkl. den Angekl. mit seinem Taxi nach H. befördern sollte. Üblicherweise werden im Zusammenhang mit solchen Beförderungsverträgen weder vor noch während noch im Anschluss an die Fahrt Namen oder Anschrift des Fahrgasts mitgeteilt, weil es den Parteien hierauf in aller Regel nicht ankommt. Anders muss es sich jedoch dann verhalten, wenn es während oder nach der Fahrt zu Streitigkeiten zwischen dem Taxifahrer einerseits und dem Fahrgast andererseits kommt. In solchen Fällen ergibt sich aus dem zwischen dem Fahrgast und dem Taxifahrer geschlossenen Beförderungsvertrag für den Fahrgast die Nebenpflicht, dem Taxifahrer Auskunft über seine Personalien, mindestens jedoch seinen Namen zu erteilen. Denn anderenfalls hätte der Taxifahrer bzw. der Beförderungsunternehmer, in dessen Diensten der Taxifahrer steht, keinerlei Möglichkeiten, den Sachverhalt und die Rechtslage aufzuklären und gegebenenfalls zu einem späteren Zeitpunkt seine vermeintlichen Ansprüche gegen den Fahrgast durchzusetzen. Billigt man dagegen dem Taxifahrer einen solchen Auskunftsanspruch nicht zu, hätte der Fahrgast unter zivilrechtlichen Gesichtspunkten im Streitfall jederzeit die Möglichkeit, ohne Nennung irgendwelcher Personalien das Fahrzeug zu verlassen und hierdurch dem Taxifahrer jegliche Durchsetzung seiner — wenn auch nur vermeintlichen — Ansprüche unmöglich zu machen. Dies jedoch würde eine der Vertragsparteien unangemessen benachteiligen und damit gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstoßen. Nach Auffassung des Gerichts war daher der Nebenkl. berechtigt, in der konkreten Situation vom Angekl. zumindest die Nennung seines Namens, wenn nicht auch seiner Anschrift zu verlangen, um etwaige weiter gehende Ansprüche gegen ihn zu einem späteren Zeitpunkt durchzusetzen zu können.“

bb) Ergebnis

Der Angriff des Taxifahrers ist auch deshalb nicht rechtswidrig, weil ihm ein Selbsthilferecht nach § 229 BGB zusteht.

3. Gebotenheit der Notwehrhandlungen des A

Zur Gebotenheit stellt das Gericht fest:

„Nach alledem sind die Handlungen des Nebenkl. — das Festhalten des Angekl. — als rechtmäßig und damit zugleich die Handlungen des Angekl. zum Nachteil des Nebenkl. als rechtswidrig zu beurteilen. Letzteres gilt selbst dann, wenn man sich der Auffassung des Gerichts nicht anschließt und dem Taxifahrer weder ein Festnahme- noch ein Selbsthilferecht zubilligt. Zwar wären dann die Handlungen des Nebenkl. als rechtswidrig zu beurteilen, womit sich der Angekl. grundsätzlich gegen den Angriff des Nebenkl. hätte zur Wehr setzen dürfen. In der konkreten Situation wären die zum Nachteil des Nebenkl. begangenen Handlungen des Angekl. aber selbst dann nicht durch Notwehr geboten gewesen, wenn der Nebenkl. rechtswidrig gehandelt hätte. Eine Handlung ist nämlich zur Abwehr eines Angriffs nicht geboten, wenn von dem Angegriffenen ein anderes Verhalten zu fordern oder ihm zuzumuten ist, insbesondere wenn die Verteidigung als rechtsmissbräuchlich anzusehen wäre (Tröndle/Fischer, StGB, 49. Aufl., § 32 Rdnr. 18). Genauso verhält es sich im vorliegenden Fall. Der Angekl. wusste, dass zwischen ihm und dem Nebenkl. Streit über den zu zahlenden Fahrpreis bestand. Dennoch hat er sich vom Fahrzeug entfernt und versucht zu flüchten. Damit hat er die Festhalteversuche des Nebenkl. zwar nicht absichtlich, aber doch fahrlässig herausgefordert, so dass ihm letztlich zumutbar war, auf den ersten Festhalteversuch des Nebenkl. zu reagieren, an Ort und Stelle zu verbleiben und auf das Eintreffen von Polizeibeamten zu warten, die im Interesse des Nebenkl. seine Personalien hätten aufnehmen können.“
Das Verhalten des A war nicht gerechtfertigt.

III. Schuld

A handelte auch schuldhaft. Insbesondere ergibt die gegen 10 Uhr entnommene Blutprobe für die Tatzeit keine Blutalkoholkonzentration, die die Schuldunfähigkeit zur Tatzeit begründen könnte.

IV. Ergebnis

A hat sich wegen Körperverletzung gem. § 223 I StGB strafbar gemacht.

B. Strafbarkeit des A wegen gefährlicher Körperverletzung gem. § 224 I Nr. 2 StGB durch die Tritte

Durch die Tritte könnte sich A auch wegen einer gefährlichen Körperverletzung strafbar gemacht haben.

Da jedoch nicht mehr festgestellt werden, in welcher Weise die Tritte im einzelnen erfolgt sind, gilt nach Ansicht des Gerichts Folgendes: „Soweit dem Angekl. darüber hinaus vorgeworfen war, durch die Tritte zum Nachteil des Nebenkl. den Tatbestand der gefährlichen Körperverletzung gem. § 224 I StGB verwirklicht zu haben, konnte ihm dies in der Hauptverhandlung nicht nachgewiesen werden.“

C. Strafbarkeit des A wegen Betrugs gem. § 263 I StGB durch die Inanspruchnahme der Beförderungsleistung

Da dem Angekl. nicht nachgewiesen werden kann, dass er beim Einsteigen in das Taxi den Vorsatz hatte, den tatsächlich am Ende der Fahrt geschuldeten Fahrpreis nicht zu entrichten, scheidet eine Bestrafung sowohl wegen vollendeten als auch wegen versuchten Betrugs aus.

D. Strafbarkeit des A wegen Körperverletzung gem. § 223 I StGB durch die Schläge gegen den Zeugen O

„Durch die Tat zum Nachteil des Zeugen O hat sich der Angekl. ebenfalls der vorsätzlichen Körperverletzung gem. § 223 StGB schuldig gemacht. Insoweit sind Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgründe nicht zu erkennen. Der Festhalteversuch des Zeugen O war ersichtlich ebenfalls gem. § 127 StPO gerechtfertigt, und zwar im Hinblick auf die zuvor zum Nachteil des Nebenkl. begangene Körperverletzung.“

E. Strafbarkeit des A wegen Widerstandes gegen Vollstreckungsbeamte gem. § 113 I StGB durch die Schläge gegen den O

Zu einer Strafbarkeit nach § 113 I StGB führt das Gericht aus: „Soweit dem Angekl. darüber hinaus vorgeworfen worden war, durch seine Tätlichkeit gegenüber dem Zeugen O gegen § 113 StGB (Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte) verstoßen zu haben, war ihm dies in der Hauptverhandlung nicht mit einer für die Verurteilung hinreichenden Sicherheit nachzuweisen. Er hat sich unwiderlegbar dahingehend eingelassen, er habe die Eigenschaft des Zeugen O als Polizeibeamter nicht wahrgenommen, was im Hinblick auf dessen Auftreten im Schlafanzug nicht verwundert.“

F. Ergebnis

A hat sich wegen Körperverletzung in zwei Fällen strafbar gemacht.

*Literaturauswertung**Öffentliches Recht*

Autor/Titel:	Lisken, Hans: "Zur polizeilichen Rasterfahndung"
Fundstelle:	NVwZ 2002, 513 (Heft 5)
Inhalt:	Die im Herbst 2001 nach den Vorfällen vom 11. September 2001 in den USA erstmals in allen Bundesländern angeordnete sog. "Rasterfahndung" hat eine Vielzahl von juristischen Problemen nach sich gezogen (vgl. nur die gegensätzlichen Entscheidungen der Oberlandesgerichte Düsseldorf und Frankfurt/Main in diesem Heft). Der Autor nimmt zu den Rechtsproblemen der Rasterfahndung umfassend Stellung.

Autor/Titel:	Hoefler, Bernd: "Recht der anderen Parteien auf Teilnahme am TV-Duell Schröder/Stoiber?"
Fundstelle:	NVwZ 2002, 695 (Heft 6)
Inhalt:	Durch die Ankündigungen des FDP-Kanzlerkandidaten Westerwelle, sich möglicherweise unter Einschaltung des BVerfG Zutritt zu den geplanten TV-Duellen der Kanzlerkandidaten der SPD und CDU/CSU zu verschaffen, hat die Frage, ob ein solcher Anspruch besteht, enorm an Aktualität gewonnen und dürfte zum Gegenstand vieler mündlicher Prüfungen, u.U. auch von Klausuren, gemacht werden. Der Autor verneint i.E. einen Zugangsanspruch.

Autor/Titel:	Beaucamp, Guy: "Fallgruppen des Beurteilungsspielraums"
Fundstelle:	JA 2002, 314 (Heft 4)
Inhalt:	Der Autor gibt einen Überblick darüber, in welchen Fällen bei unbestimmten Rechtsbegriffen eine gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbare Einschätzungsprärogative der Verwaltung (auch "Beurteilungsspielraum" in Anlehnung an den Ermessensspielraum auf Rechtsfolgenseite genannt) besteht und in welchem Umfang diese gerichtlich kontrollierbar bleibt.

Zivilrecht

Autor/Titel:	Boente, Walter / Riehm, Thomas: "Besondere Vertriebsformen im BGB"
Fundstelle:	Jura 2002, 222 (Heft 4)
Inhalt:	Durch die Schuldrechtsmodernisierung wurde ein neues Kapitel ins BGB aufgenommen: "Besondere Vertriebsformen". Dadurch wurden die bisherigen Vorschriften des HWiG und des FernAbsG ins BGB übernommen sowie neue Regeln für den elektronischen Geschäftsverkehr aufgestellt. Dieser Aufsatz erläutert die neuen Vorschriften im Kontext des allgemeinen Vertragsrechts.

Autor/Titel:	Krause, Rüdiger: "Die Leistungsverzögerung im neuen Schuldrecht (Teil 1)"
Fundstelle:	Jura 2002, 217 (Heft 4)
Inhalt:	Umfassender Fortsetzungsbeitrag zur Darstellung des durch die Schuldrechtsmodernisierung neu strukturierten Rechts der Leistungsverzögerung (Verzug), wobei schwerpunktmäßig die Unterschiede zwischen altem und neuem Recht aufgezeigt werden.

Autor/Titel:	Bartsch, Michael: "Softwarepflege nach neuem Schuldrecht"
Fundstelle:	NJW 2002, 1526 (Heft 21)
Inhalt:	Der Beitrag erörtert die wesentlichen Probleme des neuartigen Vertrages zur Softwarepflege, insbesondere die Fragen nach der Bestimmung des Leistungsinhalts und den Rechtsfolgen von Leistungsstörungen, gemessen am neuen Schuldrecht.

Autor/Titel:	Reppen, Tilman: "Stoffes Schicksal - Klausur im Sachenrecht"
Fundstelle:	Jura 2002, 267 (Heft 4)
Inhalt:	Gutachterliche Klausurlösung aus dem Gebiet des Sachenrechts mit Schwerpunkt auf Übereignung, verlängerter Eigentumsvorbehalt und Verarbeitung.

Strafrecht

Autor/Titel:	Tolksdorf, Klaus: "Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes in Verkehrsstrafsachen und Bußgeldverfahren"
Fundstelle:	DAR 2002, 193 (Heft 5)
Inhalt:	Systematische Rechtsprechungsübersicht u.a. zu den Problemen aus den Bereichen actio libera in causa, § 142 StGB, § 315 b StGB, § 315 c StGB und 316 a StGB.

Autor/Titel:	Sternberg-Lieben, Detlev und Irene: "Lola rennt"...noch immer"
Fundstelle:	JuS 2002, 576 (Heft 6)
Inhalt:	Interessante Examensklausur insbesondere zu Problemen der Vermögensdelikte sowie zur Rechtfertigung nach § 229 BGB und Entschuldigung nach § 35 StGB.

Autor/Titel:	Schmelz, Christoph: "Der Erlaubnistatbestandsirrtum im Gutachten- Eine klausuraufbauorientierte "Regieanweisung"
Fundstelle:	Jura 2002, 391 (Heft 6)
Inhalt:	Lesenswerte kurze Einführung in die besonders examensrelevante Problematik des Erlaubnistatbestandsirrtums.