

Öffentliches Recht

Standort: Europarecht

Problem: Wirksamkeit sekundären Gemeinschaftsrechts

EUGH, URTEIL VOM 05.10.2004
C-475/01 (DVBL 2005, 42)

Problemdarstellung:

Dem deutschen Verwaltungsrechtler ist der Unterschied zwischen der Rechtswirksamkeit und der Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsakts bekannt:

Rechtswirksam ist ein Verwaltungsakt von seiner Bekanntgabe (§§ 43 I, 41 VwVfG) bis zu seiner Erledigung (§ 43 II VwVfG). Ein wirksamer Verwaltungsakt entfaltet Rechtswirkungen, positive wie negative. Auf einen wirksamen begünstigenden Verwaltungsakt kann sich der Bürger also ebenso berufen, wie er einen belastenden Verwaltungsakt befolgen muss.

Rechtmäßig ist ein Verwaltungsakt, wenn er weder in formeller noch in materieller Hinsicht gegen geltendes Recht verstößt. Auch rechtswidrige Verwaltungsakte sind wirksam (Ausnahme: Nichtigkeit nach § 44 VwVfG), aber mit Widerspruch und Klage anfechtbar.

Der EuGH trifft diese Unterscheidung in der nachstehenden Entscheidung zum wiederholten Male auch für Rechtsakte des sekundären Gemeinschaftsrechts, also solche i.S.d. Art. 249 EG (hier: für eine Richtlinie). Selbst wenn sich ein solcher in Widerspruch zu primärem Gemeinschaftsrecht setze (also zu den europäischen Verträgen, hier: zu Art. 90 EG), sei er zwar rechtswidrig, bleibe aber dennoch wirksam. Etwas anderes gelte nur, wenn der Rechtsakt vom erlassenden Gemeinschaftsorgan selbst zurückgenommen oder vom EuGH aufgehoben werde, und ferner dann, wenn er an einem so schwer wiegenden und offenkundigen Mangel leide, dass seine Wirksamkeit schlechthin nicht geduldet werden könne. Diese Erkenntnis, die i.Ü. nahezu exakt mit den in Deutschland in §§ 43 II und 44 I VwVfG für Verwaltungsakte geregelten Grundsätzen übereinstimmt, entnimmt der EuGH einer generellen "Vermutung der Rechtmäßigkeit von Akten des sekundären Gemeinschaftsrechts", die es gerechtfertigt erscheinen lasse, grds. von ihrer Wirksamkeit auszugehen.

Prüfungsrelevanz:

Das Urteil verhält sich zu einer Richtlinie, bezieht sich aber ausdrücklich auf alle Akte des sekundären Gemeinschaftsrechts. Im juristischen Staatsexamen dürfte es für Verordnungen und Entscheidungen (vgl. Art.

249 Abs. 1 und 4 EG) weitaus größere Bedeutung haben, weil diese unmittelbare Rechtswirkung in den Mitgliedsstaaten (Verordnung) bzw. für den Adressaten (Entscheidung) entfalten. Ist in einem Sachverhalt von einer EG-Verordnung oder einer Kommissionsentscheidung die Rede, so gilt diese nach den Ausführungen des EuGH unabhängig von der Frage, ob sie ihrerseits mit primärem Gemeinschaftsrecht vereinbar ist oder nicht, solange keine der beschriebenen Ausnahmen (Rücknahme, Aufhebung durch den EuGH oder - auf krasse Fälle beschränkt - Nichtigkeit infolge schweren und offenkundigen Fehlers) eingreift. Es wäre daher sogar falsch, einen solchen Rechtsakt seinerseits auf seine Rechtmäßigkeit hin zu überprüfen, also an primärem Gemeinschaftsrecht zu messen.

Vertiefungshinweise:

Zur Wirksamkeit von sekundärem Gemeinschaftsrecht: *EuGH*, Slg. 1994, I-2555; Slg. 1999, I-4643

Kursprogramm:

Examenskurs : "Machtwort aus Brüssel"

Sachverhalt:

In Griechenland ist die Verbrauchssteuer auf Ouzo ermäßigt, während sie für andere, ausländische Spirituosen wie Whisky, Wodka, Rum, Tequila und Arrak in voller Höhe gilt. Die EG-Kommission sah darin eine ungerechtfertigte Privilegierung der griechischen Spirituosenhersteller und verklagte Griechenland wegen eines Verstoßes gegen Art. 90 EG, der höhere Abgaben für ausländische Produkte im Verhältnis zu gleichartigen inländischen Produkten verbietet, vor dem EuGH. Griechenland berief sich demgegenüber auf Art. 23 Nr. 2 der Richtlinie 92/83 EG, der eine solche Verbrauchssteuerermäßigung ausdrücklich gestatte. Die Kommission meint, die Richtlinie sei vorliegend nicht anwendbar, weil sie ihrerseits gegen Art. 90 EG verstoße.

Aus den Gründen:

(13) Die Kommission macht im Wesentlichen geltend, die Gemeinschaftshandlungen des abgeleiteten Rechts seien in einer mit dem EG-Vertrag zu vereinbarenden Weise auszulegen und in die interne Rechtsordnung der Mitgliedstaaten umzusetzen. Dies impliziere, dass das Vorhandensein einer Vorschrift des abgeleiteten

Rechts, die es den Mitgliedstaaten erlaube, ein inländisches Erzeugnis mit einem ermäßigten Verbrauchssteuersatz zu belegen, diese Staaten keineswegs von ihrer Verpflichtung befreie, die fundamentalen Grundsätze des EG-Vertrags zu beachten, zu denen auch der des Artikels 90 EG gehöre. Die Hellenische Republik habe gegen Artikel 90 Absatz 1 EG verstoßen, indem sie allein auf Ouzo einen ermäßigten Verbrauchssteuersatz angewandt habe. Aus der wiederholten Rechtsprechung des Gerichtshofes ergebe sich, dass ein nationales Steuersystem, um mit Artikel 90 EG vereinbar zu sein, auf jeden Fall ausschließen müsse, dass ausländische Erzeugnisse höher besteuert würden als gleichartige inländische Erzeugnisse.

(14) Die Hellenische Republik bestreitet die These, dass ihre Vorschriften dem Gemeinschaftsrecht widersprechen. Ihrer Ansicht nach hat die Kommission, indem sie ihre Klage nur auf Artikel 90 EG gestützt habe, die vorliegend anwendbare *Lex specialis*, nämlich Artikel 23 der Richtlinie 92/83, nicht berücksichtigt, der es ihr erlaube, auf Ouzo einen ermäßigten Verbrauchssteuersatz anzuwenden. Sie bestreitet ferner, dass Ouzo und die anderen alkoholischen Getränke wie Gin, Wodka und Whisky gleichartig seien.

A. Anwendbarkeit der Richtlinie

(15) Gleich zu Beginn ist daran zu erinnern, dass Artikel 23 Nummer 2 der Richtlinie 92/83 die Hellenische Republik ermächtigt, auf Ouzo einen Verbrauchssteuersatz anzuwenden, der den Mindeststeuersatz unterschreitet, aber nicht um mehr als 50 % unter dem normalen Verbrauchssteuersatz für Ethylalkohol liegt.

(16) Es steht fest, dass sich die Hellenische Republik auf Artikel 23 Nummer 2 der Richtlinie 92/83 gestützt hat, als sie den auf Ouzo anwendbaren Verbrauchssteuersatz auf 50 % des für die anderen alkoholischen Getränke vorgesehenen Steuersatzes festsetzte, und dass sie damit die Bedingungen dieser Vorschrift eingehalten hat.

B. Rechtswirksamkeit der Richtlinie als Folge der Vermutung ihrer Rechtmäßigkeit

(17) Unter diesen Umständen läuft die Klage der Kommission, mit der der Verbrauchssteuersatz, den die Hellenische Republik nach Artikel 23 Nummer 2 der Richtlinie 92/83 auf Ouzo anwenden durfte, unmittelbar in Frage gestellt wird, darauf hinaus, dass mittelbar, aber zwangsläufig die Rechtmäßigkeit dieser Vorschrift bestritten wird.

(18) Für die Rechtsakte der Gemeinschaftsorgane spricht grundsätzlich die Vermutung der Rechtmäßigkeit, und diese Akte entfalten daher Rechtswirkungen, solange sie nicht zurückgenommen, im Rahmen einer

Nichtigkeitsklage für nichtig erklärt oder infolge eines Vorabentscheidungsersuchens oder einer Rechtswidrigkeitseinrede für ungültig erklärt worden sind (in diesem Sinne Urteile vom 15. Juni 1994 in der Rechtsache C-137/92 P, Kommission/BASF u. a., Slg. 1994, I-2555, Randnr. 48, und vom 8. Juli 1999 in der Rechtssache C-245/92 P, Chemie Linz/Kommission, Slg. 1999, I-4643, Randnr. 93).

C. Keine Nichtigkeit

(19) Als Ausnahme von diesem Grundsatz ist bei Rechtsakten, die mit einem Fehler behaftet sind, dessen Schwere so offensichtlich ist, dass er von der Gemeinschaftsrechtsordnung nicht geduldet werden kann, davon auszugehen, dass sie keine – auch nur vorläufige – Rechtswirkung entfaltet haben, d. h., dass sie als rechtlich inexistent zu betrachten sind. Diese Ausnahme soll das Gleichgewicht zwischen zwei grundlegenden, manchmal jedoch widerstreitenden Erfordernissen wahren, denen eine Rechtsordnung genügen muss, nämlich die Stabilität der Rechtsbeziehungen und die Einhaltung der Rechtmäßigkeit (vgl. Urteile Kommission/BASF u. a., Randnr. 49, und Chemie Linz/Kommission, Randnr. 94).

I. Strenge Voraussetzungen

(20) Die Schwere der Folgen, die mit der Feststellung der Inexistenz eines Rechtsakts der Gemeinschaftsorgane verbunden sind, verlangt, dass diese Feststellung aus Gründen der Rechtssicherheit ganz außergewöhnlichen Fällen vorbehalten bleibt (vgl. Urteile Kommission/BASF u. a., Randnr. 50, und Chemie Linz/Kommission, Randnr. 95).

II. Subsumtion

(21) Die Richtlinie 92/83 kann jedoch weder in ihrer Gesamtheit noch in Bezug auf ihren Artikel 23 Nummer 2 als ein solcher inexistenter Rechtsakt angesehen werden.

(22) Außerdem ist die Richtlinie nicht vom Rat zurückgenommen worden, und ihr Artikel 23 Nummer 2 ist auch vom Gerichtshof weder für nichtig noch für ungültig erklärt worden.

(23) Artikel 23 Nummer 2 der Richtlinie 92/83 entfaltet daher Rechtswirkungen, für die die Vermutung der Rechtmäßigkeit besteht.

(24) Da sich die Hellenische Republik also darauf beschränkt hat, eine nationale Regelung beizubehalten, die auf der Grundlage des Artikels 23 Nummer 2 der Richtlinie 92/83 erlassen wurde und die dieser Vorschrift entspricht, hat sie nicht gegen ihre Verpflichtungen aus dem Gemeinschaftsrecht verstoßen.

Standort: Europarecht**Problem: Richtlinienkonforme Auslegung**

EUGH, URTEIL VOM 05.10.2004
C-397/01 (DVBL 2005, 35)

Problemdarstellung:

Der EuGH hatte sich erneut mit der Frage zu beschäftigen, ob eine EG-Richtlinie, die von einem Mitgliedsstaat nicht oder nicht hinreichend umgesetzt worden ist, unmittelbare innerstaatliche Geltung entfalten kann. Zwar ist zu einer solchen zunächst nur die Verordnung fähig (Art. 249 Abs. 2 EG), während die Richtlinie stets der Umsetzung in innerstaatliches Recht bedarf (Art. 249 Abs. 3 EG). Setzt ein Mitgliedsstaat eine Richtlinie entgegen seiner europarechtlichen Verpflichtung aus Art. 10 i.V.m. 249 Abs. 3 EG aber nicht fristgemäß oder nur inhaltlich unzureichend um, kann sie ausnahmsweise zugunsten des Bürgers *gegenüber dem Staat* unmittelbare Bindungswirkung entfalten, wenn sie so hinreichend bestimmt ist, dass ihr Regelungsgehalt auch ohne konkretisierenden Umsetzungsakt klar ist.

Im vorliegenden Fall ging es aber um eine unmittelbare Anwendung im Verhältnis *Privater untereinander* (Arbeitnehmer und Arbeitgeber, namentlich Rettungssanitäter und DRK). Diese wird in der Lit. zwar teilweise auch befürwortet, vom EuGH aber in st.RSpr. abgelehnt. Diese Ansicht bekräftigt das Gericht in der vorliegenden Entscheidung.

Es weist aber auch darauf hin, dass dem Betroffenen über den "Umweg" der sogen. "richtlinienkonformen Auslegung" des nationalen Rechts möglicherweise trotzdem geholfen werden kann. Danach müssen alle staatlichen Stellen, also z.B. auch Behörden und Gerichte, das nationale Recht so anwenden, dass das mit der Richtlinie verfolgte Ziel trotz ihrer europarechtswidrigen Nichtumsetzung trotzdem erreicht wird. Lässt bspw. eine Norm mehrere Auslegungsmöglichkeiten zu, ist immer die richtlinienkonforme Variante zu wählen; auch kann es geboten sein, durch die Anwendung von Generalklauseln (z.B. "Treu und Glauben") korrigierend einzugreifen.

Prüfungsrelevanz:

Die unmittelbare Geltung von EG-Richtlinien in den Mitgliedsstaaten ist einer der bekanntesten europarechtlichen Prüfungsklassiker überhaupt. Der EuGH präzisiert in jüngster Zeit immer wieder seine Rspr. zu diesem Thema, worüber die RA auch berichtet hat (zuletzt RA 2004, 233).

Voraussetzung für die unmittelbare Geltung einer EG-Richtlinie in einem Mitgliedsstaat sind - wie erwähnt - ihre fehlende oder nur unzureichende Umsetzung innerhalb der in der Richtlinie genannten Umsetzungs-

frist sowie die hinreichende Bestimmtheit der Richtlinie in Tatbestand und Rechtsfolge.

Liegen diese Voraussetzungen vor, kann sich jedermann gegenüber dem Mitgliedsstaat unmittelbar auf sie berufen. Umgekehrt scheidet eine Anwendung durch den Mitgliedsstaat zu Lasten des Bürgers natürlich aus, weil sonst der die Richtlinie in europarechtswidriger Weise nicht umsetzende Mitgliedsstaat noch belohnt würde. Verneint man mit dem EuGH eine unmittelbare Geltung unter Privaten, muss in diesem Verhältnis unbedingt weiter geprüft werden, ob nicht wenigstens eine richtlinienkonforme Auslegung der Vorschriften des nationalen Rechts möglich ist. Der EuGH betont ausdrücklich, dass *alle* Vorschriften des nationalen Rechts zu dieser heranzuziehen sind, also nicht nur die Normen, mit denen der Staat unzureichend versucht hat, die Richtlinie umzusetzen (sofern solche überhaupt existieren).

Das Problem der unmittelbaren Anwendung von EG-Richtlinien und der richtlinienkonformen Auslegung nationalen Rechts kann sich i.Ü. nicht nur in einer öffentlich-rechtlichen, sondern - wie der vorliegende Fall zeigt - auch in einer zivilrechtlichen (hier: arbeitsrechtlichen) Aufgabe stellen.

Vertiefungshinweise:

Unmittelbare Anwendung von EG-Richtlinien: *EuGH*, RA 2004, 233 = DVBl 2004, 370; NVwZ 1996, 369; *BVerwGE* 100, 238; *BayVGH*, NVwZ-RR 2000, 661

Keine unmittelbare Anwendung von EG-Richtlinien zu Lasten Privater: *EuGH*, NJW 1996, 1401

Kursprogramm:

Examenskurs: "Die Umsatzsteuer-RL"

Leitsätze:

- 1. Artikel 6 Nummer 2 der Richtlinie 93/104 ist dahin auszulegen, dass er unter Umständen wie denen der Ausgangsverfahren einer Regelung eines Mitgliedstaats entgegensteht, die bei der von Rettungsassistenten im Rahmen eines Rettungsdienstes einer Einrichtung wie des Deutschen Roten Kreuzes geleisteten Arbeitsbereitschaft – gegebenenfalls über einen Tarifvertrag oder eine aufgrund eines Tarifvertrags getroffene Betriebsvereinbarung – eine Überschreitung der in dieser Bestimmung festgelegten wöchentlichen Höchstarbeitszeit von 48 Stunden zulässt.**
- 2. Diese Bestimmung erfüllt alle Voraussetzungen, um unmittelbare Wirkung zu entfalten.**
- 3. Ein nationales Gericht, bei dem ein Rechtsstreit**

ausschließlich zwischen Privaten anhängig ist, muss bei der Anwendung der Bestimmungen des innerstaatlichen Rechts, die zur Umsetzung der in einer Richtlinie vorgesehenen Verpflichtungen erlassen worden sind, das gesamte nationale Recht berücksichtigen und es so weit wie möglich anhand des Wortlauts und des Zweckes der Richtlinie auslegen, um zu einem Ergebnis zu gelangen, das mit dem von der Richtlinie verfolgten Ziel vereinbar ist. In den Ausgangsverfahren muss das vorliegende Gericht somit alles tun, was in seiner Zuständigkeit liegt, um die Überschreitung der wöchentlichen Höchstarbeitszeit zu verhindern, die in Artikel 6 Nummer 2 der Richtlinie 93/104 auf 48 Stunden festgesetzt ist.

Sachverhalt:

Die Kl. des Ausgangsverfahrens sind oder waren als Rettungssanitäter beim Deutschen Roten Kreuz (DRK) beschäftigt. Sie meinen, dass die Zeit, in der sie Bereitschaftsdienst zu leisten haben, zu ihrer Wochenarbeitszeit hinzu addiert werden müsse. Auf diese Weise kommen sie auf eine Arbeitszeit von über 48 Stunden pro Woche. Ihrer Ansicht nach sei dies europarechtlich verboten. Nach in Deutschland geltendem Recht seien zwar Bereitschaftszeiten, wie die von Rettungssanitätern zu leistenden, bei der Berechnung der Wochenarbeitszeit nicht mitzurechnen; Richtlinie 93/104 des Rates der EG vom 23.11.93 (ABl. L 307, S. 18) bestimme aber in Art. 6 Nr. 2, dass alle Mitgliedsstaaten verpflichtet seien, eine Begrenzung der Höchstarbeitszeit auf maximal 48 Stunden pro Woche zu normieren, und zwar unter Einschluss von Überstunden. Nichts anderes könne folglich für Bereitschaftszeiten gelten, denn in der Richtlinie komme allgemein der Gedanke zum Ausdruck, dass Arbeitnehmer ihre Arbeitskraft nicht über 48 Stunden hinaus zur Verfügung stellen müssten. Das ArbG hat den Prozess ausgesetzt und dem EuGH unter anderem folgende Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt:

“Ist Artikel 6 der Richtlinie 93/104 inhaltlich unbedingt und hinreichend genau, so dass sich einzelne Personen auf diese Bestimmungen gegenüber den nationalen Gerichten berufen können, wenn der Staat die Richtlinie nicht ordnungsgemäß in nationales Recht umgesetzt hat?” Der EuGH hat die Vorlagefrage wie aus den Leitsätzen ersichtlich beantwortet.

Aus den Gründen:

(87) Mit seiner dritten Frage möchte das vorliegende Gericht im Wesentlichen wissen, ob Artikel 6 Nummer 2 der Richtlinie 93/104 im Fall nicht ordnungsgemäßer Umsetzung der Richtlinie so auszulegen ist, dass er unmittelbare Wirkung hat.

A. Nicht ordnungsgemäße Umsetzung der Richtlinie

(88) Wie sich sowohl aus ihrem Wortlaut als auch aus

ihrem Kontext ergibt, enthält diese Frage zwei Aspekte, deren erster die Auslegung des Artikels 6 Nummer 2 der Richtlinie 93/104 betrifft, durch die das vorliegende Gericht in die Lage versetzt werden soll, sich zur Vereinbarkeit der einschlägigen nationalen Vorschriften mit den gemeinschaftsrechtlichen Anforderungen zu äußern, während der zweite Aspekt die Frage betrifft, ob diese Bestimmung, wenn der betreffende Mitgliedstaat sie nicht ordnungsgemäß in innerstaatliches Recht umgesetzt hat, die Voraussetzungen dafür erfüllt, dass sich ein Einzelner unter Umständen wie denen der Ausgangsverfahren vor den nationalen Gerichten auf sie berufen kann. (89) Diese beiden Aspekte sind somit nacheinander zu prüfen.

I. Regelungsgehalt der Richtlinie

(90) Vorab ist daran zu erinnern, dass Artikel 6 Nummer 2 der Richtlinie 93/104 den Mitgliedstaaten aufgibt, die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, damit nach Maßgabe der Erfordernisse der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Arbeitnehmer die durchschnittliche Arbeitszeit pro Siebentageszeitraum 48 Stunden einschließlich der Überstunden nicht überschreitet.

(91) Aus Artikel 118a EG-Vertrag, der die Rechtsgrundlage der Richtlinie 93/104 darstellt, aus deren erster, vierter, siebter und achter Begründungserwägung, aus der Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer, die auf der Tagung des Europäischen Rates von Straßburg am 9. Dezember 1989 verabschiedet wurde und deren Punkte 8 und 19 Absatz 1 in der vierten Begründungserwägung dieser Richtlinie wiedergegeben sind, sowie aus dem Wortlaut des Artikels 1 Absatz 1 dieser Richtlinie ergibt sich, dass durch die Richtlinie 93/104 Mindestvorschriften festgelegt werden sollen, die dazu bestimmt sind, die Lebens- und Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer durch eine Angleichung namentlich der innerstaatlichen Arbeitszeitvorschriften zu verbessern. Diese gemeinschaftsweite Harmonisierung der Arbeitszeitgestaltung soll einen besseren Schutz der Sicherheit und der Gesundheit der Arbeitnehmer durch die Gewährung von – u. a. täglichen und wöchentlichen – Mindestruhezeiten und angemessenen Ruhepausen gewährleisten (Urteil Jaeger, Randnrn. 45 bis 47).

(92) Dazu legt die Richtlinie 93/104 in Artikel 6 Nummer 2 eine durchschnittliche wöchentliche Höchstarbeitszeit von 48 Stunden fest, eine Begrenzung, bezüglich deren ausdrücklich klargestellt ist, dass sie auch die Überstunden einschließt.

II. Erstreckung auf Bereitschaftszeit

(93) Der Gerichtshof hat in diesem Zusammenhang bereits entschieden, dass Bereitschaftsdienste, die ein Arbeitnehmer in Form persönlicher Anwesenheit an dem von seinem Arbeitgeber bestimmten Ort leistet, in vollem Umfang als Arbeitszeit im Sinne der Richtlinie

93/104 anzusehen sind, unabhängig davon, dass der Betroffene während dieses Dienstes tatsächlich keine ununterbrochene berufliche Tätigkeit ausübt (Urteil Jaeger, Randnrn. 71, 75 und 103).

(94) Dasselbe muss für die Arbeitsbereitschaft von Rettungsassistenten im Rahmen eines Rettungsdienstes gelten, bei dem es zwischen den Notfalleinsätzen zwangsläufig zu mehr oder weniger langen Phasen der Untätigkeit kommt.

(95) Diese Arbeitsbereitschaftszeiten sind bei der Bestimmung der täglichen und wöchentlichen Höchstarbeitszeit folglich in vollem Umfang zu berücksichtigen. [...]

III. Ergebnis

(101) Daher ist auf die dritte Frage unter ihrem ersten Aspekt zu antworten, dass Artikel 6 Nummer 2 der Richtlinie 93/104 dahin auszulegen ist, dass er unter Umständen wie denen der Ausgangsverfahren einer Regelung eines Mitgliedstaats entgegensteht, die bei der von Rettungsassistenten im Rahmen eines Rettungsdienstes einer Einrichtung wie des Deutschen Roten Kreuzes geleisteten Arbeitsbereitschaft – gegebenenfalls über einen Tarifvertrag oder eine aufgrund eines Tarifvertrags getroffene Betriebsvereinbarung – eine Überschreitung der in dieser Bestimmung festgelegten wöchentlichen Höchstarbeitszeit von 48 Stunden zulässt.

B. Unmittelbare Wirkung

(102) Da die einschlägige nationale Regelung unter Umständen wie denen der Ausgangsverfahren den Anforderungen der Richtlinie 93/104 hinsichtlich der wöchentlichen Höchstarbeitszeit nicht entspricht, ist ferner zu prüfen, ob Artikel 6 Nummer 2 der Richtlinie 93/104 die Voraussetzungen erfüllt, um unmittelbare Wirkung zu entfalten.

I. Voraussetzungen

(103) Insoweit ergibt sich aus der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofes, dass sich der Einzelne in all den Fällen, in denen die Bestimmungen einer Richtlinie inhaltlich unbedingt und hinreichend genau sind, vor nationalen Gerichten gegenüber dem Staat auf diese Bestimmungen berufen kann, wenn dieser die Richtlinie nicht fristgemäß oder nur unzulänglich in das nationale Recht umgesetzt hat (u. a. Urteile vom 19. November 1991 in den Rechtssachen C-6/90 und C-9/90, Francovich u. a., Slg. 1991, I-5357, Randnr. 11, und vom 11. Juli 2002 in der Rechtssache C-62/00, Marks & Spencer, Slg. 2002, I-6325, Randnr. 25).

1. Hinreichende Bestimmtheit

(104) Artikel 6 Nummer 2 der Richtlinie 93/104 erfüllt diese Kriterien, da er den Mitgliedstaaten unmissverständlich eine Verpflichtung zur Erreichung eines bestimmten Ergebnisses auferlegt, die im Hinblick auf

die Anwendung der dort aufgestellten Regel durch keinerlei Bedingungen eingeschränkt ist und die dahin geht, für die durchschnittliche Wochenarbeitszeit eine Höchstgrenze von 48 Stunden einschließlich der Überstunden vorzusehen.

(105) Auch wenn die Richtlinie 93/104 den Mitgliedstaaten einen gewissen Gestaltungsspielraum beim Erlass der Durchführungsvorschriften lässt, insbesondere was den für die Anwendung des Artikels 6 festzulegenden Bezugszeitraum angeht, und ihnen zudem erlaubt, von diesem Artikel abzuweichen, so nimmt dies der Nummer 2 dieses Artikels doch nichts von ihrer Genauigkeit und Unbedingtheit. Zum einen ergibt sich nämlich aus Artikel 17 Absatz 4 dieser Richtlinie, dass der Bezugszeitraum auf keinen Fall zwölf Monate überschreiten darf, und zum anderen hängt die Befugnis der Mitgliedstaaten, Artikel 6 nicht anzuwenden, von der Einhaltung aller in Artikel 18 Absatz 1 Buchstabe b Ziffer i der Richtlinie genannten Bedingungen ab. Es ist deshalb möglich, den Mindestschutz zu bestimmen, der auf jeden Fall zu verwirklichen ist (in diesem Sinne Urteil Simap, Randnrn. 68 und 69).

2. Ergebnis

(106) Artikel 6 Nummer 2 der Richtlinie 93/104 erfüllt demnach alle Voraussetzungen, um unmittelbare Wirkung zu entfalten.

II. Keine Erstreckung auf Private

(107) Sodann sind die Rechtsfolgen zu bestimmen, die ein nationales Gericht unter Umständen wie denen der Ausgangsverfahren, in denen sich Private gegenüberstehen, aus dieser Auslegung abzuleiten hat.

(108) Der Gerichtshof hat insoweit in ständiger Rechtsprechung entschieden, dass eine Richtlinie nicht selbst Verpflichtungen für einen Einzelnen begründen kann, so dass ihm gegenüber eine Berufung auf die Richtlinie als solche nicht möglich ist (u. a. Urteile vom 26. Februar 1986 in der Rechtssache 152/84, Marshall, Slg. 1986, 723, Randnr. 48, vom 14. Juli 1994 in der Rechtssache C-91/92, Faccini Dori, Slg. 1994, I-3325, Randnr. 20, und vom 7. Januar 2004 in der Rechtssache C-201/02, Wells, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Randnr. 56).

(109) Daraus folgt, dass sogar eine klare, genaue und unbedingte Richtlinienbestimmung, mit der dem Einzelnen Rechte gewährt oder Verpflichtungen auferlegt werden sollen, im Rahmen eines Rechtsstreits, in dem sich ausschließlich Private gegenüberstehen, nicht als solche Anwendung finden kann.

C. Richtlinienkonforme Auslegung des nationalen Rechts

(110) Jedoch obliegen nach ebenfalls ständiger Rechtsprechung seit dem Urteil vom 10. April 1984 in der Rechtssache 14/83 (Von Colson und Kamann, Slg. 1984, 1891, Randnr. 26) die sich aus einer Richtlinie

ergebende Verpflichtung der Mitgliedstaaten, das in dieser Richtlinie vorgesehene Ziel zu erreichen, und die Pflicht der Mitgliedstaaten gemäß Artikel 10 EG, alle zur Erfüllung dieser Verpflichtung geeigneten Maßnahmen allgemeiner oder besonderer Art zu treffen, allen Trägern öffentlicher Gewalt in den Mitgliedstaaten und damit im Rahmen ihrer Zuständigkeiten auch den Gerichten (u. a. Urteile vom 13. November 1990 in der Rechtssache C-106/89, *Marleasing*, Slg. 1990, I-4135, Randnr. 8, *Faccini Dori*, Randnr. 26, vom 18. Dezember 1997 in der Rechtssache C-129/96, *Inter-Environnement Wallonie*, Slg. 1997, I-7411, Randnr. 40, und vom 25. Februar 1999 in der Rechtssache C-131/97, *Carbonari u. a.*, Slg. 1999, I-1103, Randnr. 48).

(111) Vor allem den nationalen Gerichten obliegt es nämlich, den Rechtsschutz zu gewährleisten, der sich für den Einzelnen aus den gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen ergibt, und deren volle Wirkung sicherzustellen.

(112) Dies gilt umso mehr, wenn das nationale Gericht mit einem Rechtsstreit über die Anwendung innerstaatlicher Rechtsvorschriften befasst ist, die – wie hier – speziell zur Umsetzung einer Richtlinie erlassen wurden, die dem Einzelnen Rechte verleihen soll. Das Gericht hat in Anbetracht des Artikels 249 Absatz 3 EG davon auszugehen, dass der Staat, wenn er von dem ihm durch diese Bestimmung eingeräumten Gestaltungsspielraum Gebrauch gemacht hat, die Absicht hatte, den sich aus der betreffenden Richtlinie ergebenden Verpflichtungen in vollem Umfang nachzukommen (Urteil vom 16. Dezember 1993 in der Rechtssache C-334/92, *Wagner Miret*, Slg. 1993, I-6911, Randnr. 20).

(113) Bei der Anwendung des innerstaatlichen Rechts, insbesondere der Bestimmungen einer speziell zur Umsetzung der Vorgaben einer Richtlinie erlassenen Regelung, muss das nationale Gericht das innerstaatliche Recht außerdem so weit wie möglich anhand des Wortlauts und des Zweckes dieser Richtlinie auslegen, um das in ihr festgelegte Ergebnis zu erreichen und so Artikel 249 Absatz 3 EG nachzukommen (in diesem Sinne u. a. Urteile *Von Colson und Kamann*, Randnr. 26, *Marleasing*, Randnr. 8, und *Faccini Dori*, Randnr. 26; vgl. auch Urteile vom 23. Februar 1999 in der Rechtssache C-63/97, *BMW*, Slg. 1999, I-905, Randnr. 22, vom 27. Juni 2000 in den Rechtssachen C-240/98 bis C-244/98, *Océano Grupo Editorial und Salvat Editores*, Slg. 2000, I-4941, Randnr. 30, und vom 23. Oktober 2003 in der Rechtssache C-408/01, *Adidas-Salomon und Adidas Benelux*, Slg. 2003, I-12537, Randnr. 21).

I. Herleitung

(114) Das Gebot einer gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung des nationalen Rechts ist dem EG-Vertrag immanent, da dem nationalen Gericht dadurch ermög-

licht wird, im Rahmen seiner Zuständigkeit die volle Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts zu gewährleisten, wenn es über den bei ihm anhängigen Rechtsstreit entscheidet (in diesem Sinne Urteil vom 15. Mai 2003 in der Rechtssache C-160/01, *Mau*, Slg. 2003, I-4791, Randnr. 34).

II. Umfang

(115) Dieser vom Gemeinschaftsrecht aufgestellte Grundsatz der gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung des nationalen Rechts betrifft zwar in erster Linie die zur Umsetzung der fraglichen Richtlinie erlassenen innerstaatlichen Bestimmungen, beschränkt sich jedoch nicht auf die Auslegung dieser Bestimmungen, sondern verlangt, dass das nationale Gericht das gesamte nationale Recht berücksichtigt, um zu beurteilen, inwieweit es so angewendet werden kann, dass es nicht zu einem der Richtlinie widersprechenden Ergebnis führt (in diesem Sinne Urteil *Carbonari u. a.*, Randnrn. 49 und 50).

(116) Ermöglicht es das nationale Recht durch die Anwendung seiner Auslegungsmethoden, eine innerstaatliche Bestimmung unter bestimmten Umständen so auszulegen, dass eine Kollision mit einer anderen Norm innerstaatlichen Rechts vermieden wird, oder die Reichweite dieser Bestimmung zu diesem Zweck einzuschränken und sie nur insoweit anzuwenden, als sie mit dieser Norm vereinbar ist, so ist das nationale Gericht verpflichtet, die gleichen Methoden anzuwenden, um das von der Richtlinie verfolgte Ziel zu erreichen.

(117) Im vorliegenden Fall obliegt es somit dem vorliegenden Gericht, das mit Rechtsstreitigkeiten wie den Ausgangsverfahren befasst ist, die den Anwendungsbereich der Richtlinie 93/104 betreffen und auf einen nach Ablauf der Frist zur Umsetzung der Richtlinie entstandenen Sachverhalt zurückgehen, bei der Anwendung von Bestimmungen des nationalen Rechts, die speziell zur Umsetzung dieser Richtlinie erlassen worden sind, diese so weit wie möglich so auszulegen, dass sie im Einklang mit den Zielen der Richtlinie angewandt werden können (in diesem Sinne Urteil vom 13. Juli 2000 in der Rechtssache C-456/98, *Centros-teel*, Slg. 2000, I-6007, Randnrn. 16 und 17).

(118) Im vorliegenden Fall verlangt der Grundsatz der gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung somit, dass das vorliegende Gericht unter Berücksichtigung des gesamten nationalen Rechts alles tun muss, was in seiner Zuständigkeit liegt, um die volle Wirksamkeit der Richtlinie 93/104 zu gewährleisten, damit die Überschreitung der in Artikel 6 Nummer 2 der Richtlinie festgelegten wöchentlichen Höchstarbeitszeit verhindert wird (in diesem Sinne Urteil *Marleasing*, Randnrn. 7 und 13).

(119) Folglich muss ein nationales Gericht, bei dem ein Rechtsstreit ausschließlich zwischen Privaten anhängig ist, bei der Anwendung der Bestimmungen des

innerstaatlichen Rechts, die zur Umsetzung der in einer Richtlinie vorgesehenen Verpflichtungen erlassen worden sind, das gesamte nationale Recht berücksichtigen und es so weit wie möglich anhand des Wortlauts und des Zweckes der Richtlinie auslegen, um zu einem Ergebnis zu gelangen, das mit dem von der Richtlinie

verfolgten Ziel vereinbar ist. In den Ausgangsverfahren muss das vorlegende Gericht somit alles tun, was in seiner Zuständigkeit liegt, um die Überschreitung der wöchentlichen Höchstarbeitszeit zu verhindern, die in Artikel 6 Nummer 2 der Richtlinie 93/104 auf 48 Stunden festgesetzt ist.

Standort: Prozessrecht

Problem: Aufrechnung mit rechtswegfremder Forderung

OVG LÜNEBURG, URTEIL VOM 26.05.2004
4 LC 408/02 (NVWZ 2004, 1513)

Problemdarstellung:

Das OVG Lüneburg stellt sich in der vorliegenden Entscheidung auf den Standpunkt, dass im Verwaltungsprozess die Aufrechnung mit einer rechtswegfremden Gegenforderung unzulässig sei, sofern diese nicht unstreitig oder bereits rechtskräftig tituliert ist. Damit liegt es auf der Linie der wohl h.M.

Im konkreten Fall rechnete eine Behörde gegenüber einem öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch des Bürgers mit einem Anspruch nach § 816 II BGB auf. Das Problem liegt darin, dass das Verwaltungsgericht, vor dem der öffentlich-rechtliche Erstattungsanspruch geltend zu machen war, prüfen muss, ob die zur Aufrechnung gestellte, rechtswegfremde Forderung tatsächlich besteht. Trifft es hierüber eine Entscheidung, entfaltet diese nach § 322 II ZPO (i.V.m. 173 VwGO) Rechtskraft. Das an sich für § 816 II BGB nicht zuständige Verwaltungsgericht würde also Rechtskraftwirkung erzeugen und damit am eigentlich zuständigen Zivilgericht vorbei rechtlich endgültige Verhältnisse schaffen. Deshalb lehnt die h.M. eine solche Aufrechnungserklärung von vornherein als unbeachtlich ab. Eine m.M. verweist hingegen auf § 17 II GVG und die Prozessökonomie. Das OVG setzt sich mit diesen Gegenargumenten ausführlich auseinander und widerlegt sie.

Prüfungsrelevanz:

Die Aufrechnung mit einer rechtswegfremden Forderung kann in jede Klausur leicht eingebaut werden, besonders gern wird dieses Problem aber im Referendarexamen abgeprüft. Hält man sich an die h.M., muss (und darf) man auf die zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung und deren bestehen nicht eingehen. Man weist einfach darauf hin, dass schon die Aufrechnungserklärung unbeachtlich sei. Beachtet werden sollten unbedingt die Ausnahmen: Ist die Gegenforderung unstreitig oder rechtskräftig tituliert, ist die Aufrechnung nach allg.M. zulässig, weil dann keine Rechtskraftbindung am eigentlich zuständigen Gericht vorbei erzeugt wird.

Das Urteil enthält darüber hinaus sehr lehrreiche Passagen zum öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch

und seinen Voraussetzungen. Die vom OVG in der Begründetheit angesprochene Frage nach der öffentlich-rechtlichen Vermögensverschiebung hätte sich allerdings schon im Rechtsweg gestellt, denn wäre das rechtsgrundlos gewordene Grundverhältnis nicht öffentlich-rechtlicher Natur gewesen (hier: ein Verwaltungsakt auf Basis des BSHG), hätte sich auch die Rückforderung der darauf gezahlten Beträge nicht nach dem öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch, sondern nach §§ 812 ff. BGB gerichtet, wäre also vor den Zivilgerichten einzuklagen gewesen (sogen. "Kehrseitentheorie").

Vertiefungshinweise:

- Aufrechnung mit rechtswegfremden Gegenforderungen unzulässig: *OLG Dresden*, VIZ 2001, 54; *BA-GE* 98, 384; *BFHE* 138, 55; *Rupp*, NJW 1992, 3274
- Aufrechnung mit rechtswegfremden Gegenforderungen zulässig: *VGH Kassel*, DVBl 1994, 806; *Schenke/Ruthig*, NJW 1992, 2505

Leitsätze:

- 1. Der öffentlich-rechtliche Erstattungsanspruch ist ein eigenständiges Rechtsinstitut des öffentlichen Rechts, welches ermöglicht, ohne Rechtsgrund erbrachte Leistungen und sonstige Vermögensverschiebungen rückgängig zu machen.**
- 2. Eine Aufrechnung mit einer rechtswegfremden Forderung, die weder rechtskräftig noch unbestritten ist, ist unbeachtlich.**
- 3. Bei der zur Aufrechnung gestellten rechtswegfremden Forderung handelt es sich nicht um einen "rechtlichen Gesichtspunkt" i.S.d. § 17 II GVG, sondern um ein selbstständiges Gegenrecht, das die Erweiterung des Streitgegenstandes der Klage begründet.**
- 4. Es besteht ein Anspruch auf Prozesszinsen in der in § 288 BGB n. F. genannten Höhe nur für die Forderungen, die in der Zeit ab dem 1. 5. 2000 fällig geworden sind.**

Sachverhalt:

Die Bet. streiten darüber, ob der Erstattungsanspruch der Kl. durch Aufrechnung mit einer Gegenforderung des Bekl. erloschen ist. Die Kl. und ihre beiden Kinder erhielten von dem Bekl. ab Februar 1996 Hilfe zum

Lebensunterhalt. Ihr Ehemann verpflichtete sich im Rahmen eines am 25.7.1996 geschlossenen Vergleichs, für die Zeit ab 1.9.1996 laufenden Unterhalt an sie und ihre Kinder in Höhe von zusammen monatlich 1.484 DM zu leisten. Hierauf stellte der Bekl. die Hilfeleistungen ab 1.9.1996 ein. Nachdem der Ehemann der Kl. der Unterhaltsverpflichtung nicht mehr nachgekommen war, gewährte der Bekl. der Kl. und ihren Kindern mit Bescheid vom 4.10.1996 für die Zeit ab 1.9.1996 bis auf Weiteres erneut Hilfe zum Lebensunterhalt. In der Folgezeit erfuhr der Bekl., dass die Kl. aus Lohnpfändungen gegen ihren Ehemann am 31.10.1996 einen Betrag von 2.160,31 DM und am 4.12.1996 einen solchen von 2.226,73 DM erhielt. Daraufhin stellte der Bekl. mit Bescheid vom 20.12.1996 die Sozialhilfeleistungen zum 1.12.1996 ein und gab der Kl. mit Schreiben vom gleichen Tage - vergeblich - auf, die in der Zeit von September bis November 1996 geleistete Hilfe zum Lebensunterhalt in Höhe von 3.641,40 DM zu erstatten.

Mit Bescheid vom 12.8.1997 forderte der Bekl. die Kl. - erneut - auf, den genannten Betrag zu erstatten. Der hiergegen erhobene Widerspruch der Kl. blieb erfolglos, worauf sie unter Vorbehalt zunächst einen Teilbetrag zahlte. Den Restbetrag von 1.565,24 DM behielt der Bekl. in der Zeit von Mai 1999 bis August 2000 - in monatlichen Raten von 100 DM bzw. im August 2000 in Höhe von 65,24 DM - von den ab Mai 1999 wieder aufgenommenen Sozialhilfeleistungen für die Kl. und ihren Kindern ein.

Bereits zuvor, nämlich am 2.2.1998, erhob die Kl. gegen den Rückforderungsbescheid vom 12.8.1997 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 4.12.1997 Klage. Das VG hat dieser Klage mit Urteil vom 17.2.2000 (4 A 20/98) stattgegeben und diesen Bescheid aufgehoben. Hierauf forderte die Kl. den Bekl. mit Schreiben vom 24.2.2000 auf, den Betrag in Höhe von 3.641,40 DM bis zum 2.3.2000 zurückzuerstatten. Der Bekl. lehnte diesen Antrag ab. Die Kl. hat am 8.6.2000 Klage erhoben, mit der sie beantragt, den Bekl. zu verurteilen, an sie 3.641,40 DM (1861,82 Euro) nebst 4% Zinsen seit dem 2.3.2000 bis 31.12.2000 und ab 1.1.2001 Zinsen in Höhe von 5% über dem Basissatz zu zahlen.

Das VG hat die Klage abgewiesen. Gegen dieses Urteil wandte sich die Kl. mit der von dem VG zugelassenen Berufung. Die Berufung hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

Die Kl. hat gegen den Bekl. einen Anspruch auf Zahlung von 1861,82 Euro.

A. Anspruchsgrundlage

Rechtsgrundlage für die Forderung der Kl. ist der allgemeine öffentlich-rechtliche Erstattungsanspruch. Dieser Anspruch ist ein eigenständiges Rechtsinstitut des öffentlichen Rechts, welches es ermöglicht, ohne

Rechtsgrund erbrachte Leistungen und sonstige rechtsgrundlose Vermögensverschiebungen rückgängig zu machen (vgl. BVerwGE 71, 85).

B. Anspruch entstanden

Es ist höchst- und obergerichtlich anerkannt, dass die Anspruchsvoraussetzungen denen des zivilrechtlichen Bereicherungsanspruchs (§§ 812 ff. BGB) entsprechen, der im bürgerlichen Recht die Rückgewähr des rechtsgrundlos Erlangten regelt (vgl. BVerwGE 71, 85; 112, 351; OVG Weimar, ThürVGRspr 2003, 165). Die Voraussetzungen des allgemeinen öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruchs - das Vorliegen einer Vermögensverschiebung durch Leistung oder in sonstiger Weise, die Rechtsgrundlosigkeit dieser Verschiebung und die Anknüpfung der Vermögensverschiebung an öffentlich-rechtliche Rechtsbeziehungen - sind im Falle der Kl. gegeben. Hierzu hat das VG in dem angefochtenen Urteil ausgeführt:

I. Vermögensverschiebung

„Erste Voraussetzung des allgemeinen öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruchs ist somit das Vorliegen einer Vermögensverschiebung. Diese kann durch Leistung oder in sonstiger Weise erfolgt sein. Vorliegend hat die Kl. den zurückgeforderten Betrag an den Bekl. durch Leistung erbracht, indem sie dem Bekl. die fraglichen Geldbeträge bewusst und zweckgerichtet zugewendet hat. Sie hat von dem Betrag in Höhe von 3.641,40 DM an den Bekl. 2.076,16 DM gezahlt (1 x 1.576,16 DM und 5 x 100 DM). Den Restbetrag von 1.565,24 DM hat der Bekl. in der Zeit von Mai 1999 bis August 2000 von der laufenden Hilfe zum Lebensunterhalt der Kl. in monatlichen Raten von 100 DM bzw. im August 2000 von 65,24 DM einbehalten. Die Kl. hat diesem Vorgehen des Bekl. nicht widersprochen, so dass auch in diesen Einbehalten eine willentliche Zuwendung an den Bekl. zu sehen ist.

II. Ohne Rechtsgrund

Weiters Anspruchsvoraussetzung ist die Rechtsgrundlosigkeit dieser Vermögensverschiebung. Rechtsgrundlos ist die Vermögensverschiebung dann, wenn sie dem materiellen Recht widerspricht. Auch diese Voraussetzung ist erfüllt. Die Kl. hat die fraglichen Beträge an den Bekl. geleistet, um dessen Rückforderungsbescheid vom 12.8.1997 - wenn auch unter Vorbehalt - zu entsprechen. Nachdem die Kammer durch Urteil vom 17.2.2000 diesen Rückforderungsbescheid aufgehoben hat und diese Aufhebung den Verwaltungsakt ex tunc beseitigt, fehlte der Vermögensverschiebung von Anfang an eine wirksame Grundlage.

III. Öffentlich-rechtlich

Letztendlich hat sich diese rechtsgrundlose Vermö-

gensverschiebung auch im Rahmen öffentlich-rechtlicher Rechtsbeziehungen vollzogen. Dabei ist für die Frage, ob öffentlich-rechtliche Beziehungen bestehen, auf den vermeintlichen Rechtsgrund abzustellen, weil ein nicht mehr vorhandener Rechtsgrund weder dem öffentlichen noch dem privaten Recht zugeordnet werden kann. Vorliegend hat die Kl. die fraglichen Geldbeträge auf Grund des auf § 11 II BSHG gestützten Rückforderungsbescheides des Bekl. erbracht. Die rechtsgrundlose Vermögensverschiebung ist auf Grund des Bundessozialhilfegesetzes und damit im Rahmen öffentlich-rechtlicher Rechtsbeziehungen erfolgt.

IV. Zwischenergebnis

Als Ergebnis ist somit festzuhalten, dass der Bekl. die von der Kl. geleisteten Geldbeträge ohne rechtlichen Grund erlangt hat und somit grundsätzlich verpflichtet war, die eingetretene Vermögensverschiebung zu beseitigen, um den rechtmäßigen Zustand wiederherzustellen.“ Diesen Ausführungen schließt sich der Senat an, zumal der Bekl. gegen diese rechtliche Bewertung im Berufungsverfahren - grundlegende - Einwände nicht erhoben hat.

C. Anspruch durch Aufrechnung untergegangen

Entgegen der Auffassung des VG ist der Anspruch der Kl. auf Erstattung der geleisteten und zugewendeten Beträge nicht dadurch erloschen, dass der Bekl. seinerseits die Aufrechnung mit einem Bereicherungsanspruch gem. § 816 II BGB erklärt hat. Dies beruht auf folgenden Erwägungen:

Die Aufrechnung mit zivilrechtlichen Ansprüchen gegen öffentlich-rechtliche Ansprüche und umgekehrt ist, soweit die allgemeinen Voraussetzungen der Aufrechnung gegeben sind und das Gesetz keine Einschränkungen enthält, grundsätzlich zulässig (vgl. BGHZ 16, 124; BSGE 19, 207; BFHE 144, 207). Die Aufrechnung ist auch zulässig und materiell-rechtlich wirksam, wenn Forderung und Gegenforderung in verschiedenen Verfahrensarten, die eine vor dem Zivilgericht, die andere vor dem VG, geltend zu machen sind (vgl. BGHZ 16, 124).

1. Rechtskräftig oder unstreitig

Hier bestehen keine verfahrensmäßigen Schwierigkeiten, wenn die zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung unstreitig ist oder sie von der zuständigen Verwaltungsbehörde oder dem zuständigen Gericht rechtskräftig festgestellt worden ist. Das Gericht, das zur Entscheidung über die Klageforderung zuständig ist, braucht dann über das Bestehen der Gegenforderung nicht zu entscheiden. Mit der Entscheidung darüber, ob die von der Behörde erklärte Aufrechnung mit der - unstreitigen oder rechtskräftig festgestellten - Gegenforderung zulässig war und ganz oder teilweise zum Erlöschen der Klageforderung geführt hat, verbleibt es innerhalb des ihm gesetzlich zugewiesenen Zuständig-

keitsbereichs.

2. Nicht rechtskräftig und streitig

Verfahrensrechtliche Probleme wirft die Aufrechnung mit einer Gegenforderung, für die ein anderer Rechtsweg als für die Klageforderung gegeben ist, dagegen dann auf, wenn diese - wie im vorliegenden Fall - nicht rechtskräftig festgestellt ist und von dem Kl. bzw. der Kl. bestritten wird. Denn nach § 322 II ZPO (i.V. mit § 173 VwGO) ist die Entscheidung, dass die Gegenforderung nicht besteht, bis zur Höhe des Betrags, für den die Aufrechnung geltend gemacht ist, der materiellen Rechtskraft fähig. Es besteht somit die Gefahr, dass ein an sich nicht zuständiges Gericht mit Bindungswirkung gegenüber den nach der Rechtswegzuweisung entscheidungsbefugten Gerichten über das Nichtbestehen der zur Aufrechnung gestellten Forderung entscheidet.

a. Herrschende Ansicht: Unzulässig

Der Senat schließt sich insoweit der herrschenden Meinung an, die eine Aufrechnung mit einer rechtswegfremden Forderung, die weder rechtskräftig noch unbestritten ist, auch nach der Neufassung des § 17 II 1 GVG, die durch Art. 2 des Gesetzes zur Neuregelung des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens (4. Gesetz zur Änderung der VwGO vom 17.12.1990 - BGBl I, 2809) erfolgte, für unzulässig erklärt (OLG Dresden, VIZ 2001, 54; BAGE 98, 384; BFHE 138, 55; Zöller, ZPO, 24. Aufl. [2004], § 17 GVG Rdnr. 10; Rupp, NJW 1992, 3274; Thomas/Putzo, ZPO, § 145 Rdnr. 24; wohl auch BVerwG, NJW 1999, 160).

b. Mindermeinung: Zulässig

Die Gegenmeinung (VGH Kassel, DVBl 1994, 806; Schenke/Ruthig, NJW 1992, 2505; Redeker/v.Oertzen, VwGO, 13. Aufl., § 90 Rdnr. 10) - der sich das VG zugewandt hat -, die vor allem auf die Prozessökonomie und die Gesamttendenz der Regelung, Rechtswegspaltungen zu vermeiden und die Rechtswegfrage in einem möglichst frühen Zeitpunkt zu entscheiden, abstellt, überzeugt den Senat nicht.

c. Stellungnahme

aa. § 17 II GVG

Bei der zur Aufrechnung gestellten rechtswegfremden Forderung handelt es sich nicht um einen "rechtlichen Gesichtspunkt" i.S. des § 17 II GVG, sondern um ein selbstständiges Gegenrecht, das dem durch die Klage bestimmten Streitgegenstand einen weiteren selbstständigen Gegenstand hinzufügt (vgl. BAGE 98, 384). Die Aufrechnung mit einer rechtswegfremden Forderung ist vielmehr vergleichbar mit den Fällen der objektiven Klagehäufung (vgl. BGHZ 114, 1) sowie der Widerklage, für die ebenfalls keine Entscheidungsbefugnis besteht (Zöller, § 17 GVG Rdnr. 10; Rupp, NJW 1992,

3274). Gegen eine erweiternde Auslegung von § 17 II 1 GVG spricht zudem, dass die Problematik der Aufrechnung mit rechtswegfremden Gegenforderungen bei der Änderung der §§ 17 ff. GVG durch das 4.VwGOÄndG seit langem bekannt gewesen ist, aber die Gesetzesmaterialien (BT-Dr. 11/7030, S. 37ff.) allein die Fälle alternativer und kumulativer Klagebegründungen durch verschiedene Anspruchsgrundlagen behandeln (hierauf hinweisend BAGE 98, 384).

bb. Prozessökonomie

Bei Zulassung der Prozessaufrechnung mit rechtswegfremden Forderungen käme es auch erneut zu unbefriedigenden Rechtswegzersplitterungen, die durch die §§ 17 ff. GVG n. F. gerade ausgeschaltet werden sollten. Soweit beispielsweise eine aufzurechnende Forderung des Zivilrechts zur Tilgung einer öffentlich-rechtlichen Forderung verwendet würde, wäre ein VG zur Entscheidung über Bestehen oder Nichtbestehen des zur Aufrechnung gestellten Teils der Gegenforderung zuständig, während der Streit um den restlichen Teil der Gegenforderung vor den Zivilgerichten auszutragen wäre, wobei diese hinsichtlich dieses Forderungsteils nicht einmal an die rechtskräftige Beurteilung des VG hinsichtlich des anderen Teils gebunden wären. Dies wäre ein Ergebnis, das die angestrebte Prozessökonomie in ihr Gegenteil verfahren würde (vgl. Rupp, NJW 1992, 3274; Zöller, § 17 Rdnr. 10). Hiervon ausgehend stützt der von der Gegenmeinung ins Feld geführte Gedanke, die Gesamttenz der Neuregelung der §§ 17 bis 17b GVG durch das 4.VwGOÄndG bezwecke, unnötige Rechtswegstreitigkeiten und Rechtswegaufspaltungen möglichst zu vermeiden, sowie die Verfahren zu beschleunigen, nicht deren Auffassung.

Dies gilt auch für den von der Gegenmeinung geäußerten Gedanken, im Interesse der Prozessökonomie und der Rechtsschutzeffektivität sei die Aufrechnung mit einer rechtswegfremden Forderung mit der rechtlichen Kumulation rechtswegunterschiedlicher Klagegründe prozessrechtlich gleich zu behandeln (so VGH Kassel, NJW 1995, 1107; Schenke/Ruthig, NJW 1992, 2505 [2510 ff.]). Einer Erstreckung der Entscheidungsbefugnis auf rechtswegfremde Forderungen steht nämlich schon der vom Gesetzgeber mit dem Rechtswegsystem verfolgte Zweck entgegen, dass über unterschiedliche Arten von Ansprüchen dafür fachlich besonders qualifizierte Gerichte in einem dafür vorgeschriebenen spezifischen Verfahren entscheiden sollen (vgl. BFHE 198, 55 m.w.N.). Eine Rechtferti-

gung für die Durchbrechung dieses Prinzips ergibt sich aus dringenden prozessökonomischen Gründen in den Fällen, in denen derselbe prozessuale Anspruch auf mehreren eigentlich verschiedenen Rechtswegen zugeordneten Anspruchsgrundlagen beruht. Eine vergleichbare prozessuale Situation liegt im Fall der Prozessaufrechnung aber nicht vor. Hier wird der verfahrensrechtliche Zusammenhang erst durch die Prozesshandlung eines Beteiligten hergestellt. Die vom Gesetzgeber angestrebte Beschleunigung des Verfahrens kann es in diesem Falle nicht rechtfertigen, auf die Fachkompetenz der jeweiligen Fachgerichtsbarkeit zu verzichten und die Entscheidung (§ 322 II ZPO) über die zur Aufrechnung gestellte Forderung dem vorgeschriebenen Rechtsweg zu entziehen (vgl. OLG Dresden, VIZ 2001, 54; BFH, NJW 2002, 3126; Zöller, § 17 GVG Rdnr. 10). Anderenfalls könnte die Entscheidung über Forderungen dem vorgeschriebenen Rechtsweg allein durch ein - einseitiges - Beteiligtenhandeln entzogen werden (OLG Dresden, VIZ 2001, 54; Ehlers in: Schoch/Schmidt-Abmann/Pietzner, VwGO, Stand: 2003, § 41 Rdnr. 28). [...]

D. Nebenforderungen

Der Kl. stehen Zinsen für den zugesprochenen Erstattungsanspruch - 1.861,82 Euro - nur in dem aus der Entscheidungsformel ersichtlichen Umfang zu. Sie hat für die Zeit seit Rechtshängigkeit der Klage am 8.6.2000 (vgl. §§ 81 I 1, 90 VwGO) in entsprechender Anwendung der §§ 288, 291 BGB (in der bis 31.12.2001 gültig gewesenen Fassung vom 1.1.1964) einen Anspruch auf Prozesszinsen in Höhe von 4% pro Jahr. Nach diesen Vorschriften hat der Schuldner von dem Eintritt der Rechtshängigkeit an eine Geldschuld mit 4% für das Jahr zu verzinsen, und zwar auch dann, wenn er nicht in Verzug ist.

Die Kl. kann sich für ihren über den Zinssatz von 4% hinausgehenden Zinsanspruch nicht auf die Erhöhung der Prozesszinsen durch Erhöhung des Zinsfußes in § 288 I 1 BGB gem. Art. 1 Nr. 2 des Gesetzes zur Beschleunigung fälliger Zahlungen vom 30.3.2000 (BGBl I, 330) berufen. Diese stehen ihr nicht zu. Denn nach Art. 229 I 3 EGBGB (eingefügt durch Art. 2 I des Gesetzes vom 30.3.2000) ist § 288 BGB n.F. erst auf Forderungen anzuwenden, die vom 1.5.2000 an fällig werden bzw. fällig geworden sind (vgl. BVerwGE 114, 61). Die streitige Forderung war indes bereits fällig gestellt durch das Schreiben der Kl. vom 24.2.2000, mit dem sie gegenüber dem Bekl. ihre Erstattungsforderung geltend gemacht hat.

Standort: Polizei- und Ordnungsrecht**Problem: Wohnungsverweisung**

VGH MANNHEIM, URTEIL VOM 22.07.2004
1 S 2801/03 (NJW 2005, 88)

Problemdarstellung:

Die Polizei hatte auf der Grundlage der polizeilichen Generalklausel gegenüber dem Kläger eine Wohnungsverweisung mit Rückkehrverbot ausgesprochen, weil dessen Lebenspartner sich umzubringen drohte. Der VGH hält die Anwendbarkeit der Generalklausel auf solche Fälle - entgegen einer weithin vertretenen Ansicht - für zulässig.

In seiner bisherigen Rspr. kam der VGH immer zu dem Ergebnis, dass eine Wohnungsverweisung nicht in die Freizügigkeit aus Art. 11 GG eingreife; das Gericht war damit der prominenteste Vertreter dieser m.M., die es nunmehr explizit aufgegeben hat. Das sich aus der Anwendbarkeit des Art. 11 GG ganz generell ergebende Problem der Gesetzgebungskompetenz des Landes, die in Anbetracht des Art. 73 Nr. 3 i.V.m. 71 GG fehlen könnte, löst das Gericht mit der h.M., welche die Begriffe der "Freizügigkeit" in Art. 11 und 73 GG für nicht völlig identisch hält.

Sehr problematisch ist die vom Gericht bejahte Anwendbarkeit der Generalklausel auf die Wohnungsverweisung, zu der es sich in Ermangelung einer spezialgesetzlichen Ermächtigung im Landesrecht Baden-Württembergs genötigt sah. Es bemüht eine verfassungskonforme Auslegung (man lese: Einschränkung) derselben, um zu ihrer Anwendbarkeit zu gelangen. Wichtige Gegenargumente wie die fehlende Bestimmtheit werden entkräftet.

In der Sache will der VGH die Generalklausel nur dann als Ermächtigungsgrundlage für einen Wohnungsverweis zulassen, wenn dieser zur Verhinderung einer Straftat nötig ist (verfassungskonforme Auslegung im Lichte des Art. 11 II GG). Es neigt dabei der Auffassung zu, die gerade in der Person des Adressaten des Wohnungsverweises die Gefahr der Begehung einer Straftat fordert, es also nicht zulassen will, X der Wohnung zu verweisen, damit Y keine Straftat begeht.

Prüfungsrelevanz:

Wohnungsverweisung und Rückkehrverbot zum Schutz vor häuslicher Gewalt ist gegenwärtig eines des spannendsten Themen im Polizei- und Ordnungsrecht. In vielen Polizei- bzw. Sonderordnungsgesetzen hat mittlerweile eine entsprechende Standardmaßnahme Einzug gehalten (z.B. §§ 14a BremPolG; 12a HambgSOG; 31 II HessSOG; 52 II MVSOg; 34a PolG NRW; vgl. i.Ü. Vertiefungshinweise), in anderen Bundesländern ist die Einführung einer solchen in naher Zukunft geplant, wieder andere operieren mit der Generalklausel. Welche Probleme dies aufwirft, zeigt

der vorliegende Fall. Ganz besondere Vorsicht ist übrigens in den Ländern geboten, in denen das Polizeigesetz - im Gegensatz zu § 4 BadWürttPolG - den Art 11 GG nicht zitiert.

Für alle Länder, in denen eine Standardermächtigung existiert, muss auf die fehlende Bestimmtheit in aller Regel nicht eingegangen werden, da dieser Vorwurf nur die Generalklausel trifft. Die übrigen Probleme wie die Frage, ob in Art. 11 GG eingegriffen wird, und die sich daraus ergebenden Folgen für die Gesetzgebungskompetenz des Landes und die Verfassungsmäßigkeit der Norm und ihrer Anwendung bleiben jedoch bestehen.

Auf das Sonderproblem der Änderung der Gefahrenprognose zwischen polizeilichem Einschreiten und dem Ende des Rückkehrverbots (Fall: Während des laufenden Rückkehrverbots erklärt sich das Opfer plötzlich mit einer Rückkehr des Täters einverstanden) hat die RA bereits hingewiesen (VG Aachen, RA 2004, 425 m.w.N.).

Vertiefungshinweise:

- Überblick über die Rechtslage in den allen Bundesländern: *Naucke-Lömker*, NJW 2002, 3525
- Zum Schutz vor häuslicher Gewalt: *BVerfG*, NJW 2002, 2225; *OVG Münster*, NJW 2002, 2195; *VG Aachen*, RA 2004, 425 = NJW 2004, 1888; *Kay*, NVwZ 2003, 521; *Collin*, DVBl 2003, 1499
- Wohnungsverweisung als Eingriff in Art. 11 GG: *Schnapp*, NVwBl 2003, 484 (bejahend); *Ruder*, VBIBW 2002, 11 (verneinend, beide m.w.N.)

Leitsätze:

- 1. Durch die polizeiliche Maßnahme des Wohnungsverweises mit Rückkehrverbot wird in den Schutzbereich des Grundrechts auf Freizügigkeit (Art. 11 I GG) eingegriffen.**
- 2. Sie ist daher grundsätzlich nur zur Vorbeugung strafbarer Handlungen (Art. 11 II GG) zulässig.**

Sachverhalt:

Der Kl. lebt mit seinem gleichgeschlechtlichen Lebenspartner M in häuslicher Gemeinschaft. M hatte aufgrund der kriselnden Beziehung zum Kl. wiederholt Selbstmordversuche unternommen und deutete dem Kl. gegenüber an, erneut einen solchen begehen zu wollen. Der Kl. verständigte daraufhin die Polizei, die ihn - den Kl. - mit einem Hausverbot mit Rückkehrverbot belegte. Der Kl. begehrt nun die Feststellung der Rechtswidrigkeit desselben.

Das VG wies seine Klage ab. Der VGH gab der Berufung statt.

Aus den Gründen:

Die polizeiliche Anordnung vom 30.10.2000 gegenüber dem Kl., die mit dem Lebenspartner gemeinsam geführte Wohnung zu verlassen und vorerst nicht mehr zu betreten, ist in materieller Hinsicht rechtswidrig gewesen und hat den Kl. in subjektiven Rechten verletzt.

A. Ermächtigungsgrundlage

Als Ermächtigungsgrundlage kommt nur die polizeiliche Generalklausel (§ 3 i.V. mit § 1 BadWürttPolG) in Betracht, da im Gegensatz zu anderen Bundesländern der polizeiliche Verweis aus der eigenen Wohnung und das Rückkehrverbot in Baden-Württemberg weder spezialgesetzlich noch als eigenständige Standardmaßnahme geregelt worden sind. Es bestehen keine grundsätzlichen verfassungs- oder einfachrechtlichen Bedenken, die polizeiliche Generalklausel als Rechtsgrundlage für derartige Maßnahmen heranzuziehen.

I. Gesetzgebungskompetenz

Es verstößt insbesondere nicht gegen die Gesetzgebungskompetenz des Landesgesetzgebers, einen Wohnungsverweis auf die polizeiliche Generalklausel zu stützen. Gemäß Art. 73 Nr. 3 Alt. 1 GG hat der Bund zwar die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz für die "Freizügigkeit". Dadurch ist jedoch eine Begrenzung des Grundrechts auf Freizügigkeit aus Art. 11 I GG, dessen Schutzbereich auch nach Auffassung des Senats bei Wohnungsweisen mit Rückkehrverbot tangiert ist, durch Landesrecht nicht ausgeschlossen.

1. Freizügigkeit betroffen

Soweit der Senat in der Vergangenheit für Aufenthaltsverbote den Schutzbereich des Art. 11 I GG nicht als eröffnet betrachtet hat, wird daran nicht mehr festgehalten. Denn Art. 11 I GG schützt das Recht, am selbstgewählten Ort Aufenthalt und Wohnsitz zu nehmen; damit zielen die Maßnahmen des Wohnungsweisen mit Rückkehrverbot wie auch des Aufenthaltsverbots bei objektiver Betrachtung auf eine dahin gehende Einschränkung ab (so auch die h.M., vgl. Schnapp, NWVBI 2003, 484 [487] m.w.N. in Fußn. 20; Wuttke, PolizeiR und Zitiergebot, Diss. 2003, S. 60 f., m.w.N. auch zur Gegenauffassung auf S. 54 f.; a. A. Ruder, VBIBW 2002, 11 [14]).

2. Systematische Auslegung des Art. 73 Nr. 3 GG

Aus der Wortlautidentität des Begriffs "Freizügigkeit" in Art. 73 Nr. 3 GG und Art. 11 I GG folgt jedoch nicht die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz des Bundes. Vielmehr ist der Begriff der "Freizügigkeit" in Art. 73 Nr. 3 GG enger auszulegen als jener des Art. 11 I GG (eingehende Diskussion und weitere Nachw. bei Seiler, VBIBW 2004, 93, sowie bei

Schnapp, NWVBI 2003, 484). Für diese Auffassung spricht vor allem, dass der Kriminalvorbehalt in Art. 11 II GG ("um strafbaren Handlungen vorzubeugen") sich auf Landesrecht bezieht, da die Verhütung und Unterbindung strafbarer Handlungen nach allgemeinem Polizeirecht in die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz der Länder fällt. Der Gesetzesvorbehalt des Art. 11 II GG würde ansonsten weitgehend leer laufen. Daher ist das in die Landeskompetenz fallende Recht der Gefahrenabwehr von der Bundeskompetenz nach Art. 73 Nr. 3 GG auszunehmen.

II. Gesetzesvorbehalt

Der Vorbehalt des Parlamentsgesetzes hindert ebenfalls nicht, die polizeiliche Generalklausel als Ermächtigungsgrundlage für Verweisungen aus der eigenen Wohnung anzuerkennen.

1. Gegen eine Anwendbarkeit der Generalklausel

Zwar werden teilweise in der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte (vgl. VG Stuttgart, VBIBW 2002, 43) im Hinblick auf die vom BVerfG entwickelte Wesentlichkeitstheorie (vgl. BVerfG, NJW 1998, 669 [670]) Zweifel daran angemeldet, ob die polizeiliche Generalklausel als Ermächtigungsgrundlage für eine Wohnungsweisung mit Rückkehrverbot ausreicht und damit dem Parlamentsvorbehalt genügt.

2. Für eine Anwendbarkeit der Generalklausel

Diese rechtlichen Bedenken teilt der Senat jedenfalls zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht. Die Regelungsmaterie "Gefahrenabwehr" erfordert einen weiten Gestaltungsspielraum der Verwaltung und eine flexible Handhabung des ordnungsbehördlichen Instrumentariums. Gerade das Recht der Gefahrenabwehr mit seinen von Rechtsprechung und Schrifttum konkretisierten Leitlinien des Opportunitäts- und Verhältnismäßigkeitsprinzips kann deshalb mit sprachlich offen gefassten Ermächtigungen auskommen, die gegebenenfalls verfassungskonform auszulegen und anzuwenden sind (vgl. auch Seiler, VBIBW 2004, 93 [94]; ebenso Ruder, VBIBW 2002, 11 [14]).

Bei der Wohnungsweisung mit Rückkehrverbot handelt es sich zudem um eine relativ neuartige als Modellversuch angelegte polizeiliche Vorgehensweise zur Bekämpfung häuslicher Gewalt, so dass jedenfalls wegen des Experimentiercharakters für eine Übergangszeit der Rückgriff auf die Generalklausel hinzunehmen ist (vgl. auch Pieroth/Schlink/Kniesel, Polizei- und OrdnungsR, 2. Aufl. [2004], § 7 Rdnr. 20; Wuttke, a.a.O., S. 108 m.w.N.).

Allerdings handelt es sich angesichts der Intensität des Zugriffs auf die Individualsphäre des Betroffenen auch nach Auffassung des Senats um einen Grenzfall zulässiger Ausgestaltung, weshalb eine verbleibende Zweifelsfragen klärende Normierung als Standardmaßnahme nach einer Phase der Erprobung ange-

zeigt wäre.

III. Keine Subsidiarität

Schließlich scheidet die Anwendbarkeit der polizeilichen Generalklausel nicht an der Sperrwirkung speziellerer Bundes- oder Landesgesetze. Das am 1.1.2002 in Kraft getretene Gewaltschutzgesetz vom 11.12.2001 (BGBl I, 3513) steht im vorliegenden Fall schon deshalb nicht entgegen, weil es zum Zeitpunkt der mündlichen Anordnung der angegriffenen Maßnahme (30.10.2000) noch nicht galt. Davon abgesehen, sperrt es nicht den Rückgriff auf die polizeiliche Generalklausel für einen kurzfristigen Wohnungsverweis. Der polizeiliche Wohnungsverweis stellt vielmehr eine flankierende Maßnahme dar, um der Behörde in Fällen häuslicher Gewalt eine erste kurzfristige Krisenintervention zu ermöglichen und Opfern bereits vor bzw. bis zur Erreichbarkeit zivilrechtlichen Schutzes beizustehen (vgl. insoweit BVerfG, NJW 2002, 2225). Es würde Sinn und Zweck des Gewaltschutzgesetzes, den Opfern häuslicher Gewalt beizustehen und deren Schutz zu verbessern, zuwiderlaufen, wenn hierdurch der Rückgriff auf den in aller Regel schnelleren polizeilichen Schutz, den die polizeiliche Generalklausel gewährleistet, ausgeschlossen wäre.

IV. Verfassungskonforme Auslegung

Stehen dem Rückgriff auf die polizeiliche Generalklausel nach alledem keine grundsätzlichen verfassungs- oder einfachrechtlichen Bedenken entgegen, so kommt die polizeiliche Generalklausel als Ermächtigungsgrundlage für einen Wohnungsverweis mit Rückkehrverbot gleichwohl nur dann in Betracht, wenn diese wegen des Eingriffs in Art. 11 I GG und des Gesetzesvorbehalts in Art. 11 GG verfassungskonform ausgelegt und angewandt wird.

1. Schrankenforderungen in Art 11 II GG

Nach dem qualifizierten Gesetzesvorbehalt in Art. 11 II GG darf das Recht auf Freizügigkeit nur durch Gesetz und unter anderem nur für die Fälle eingeschränkt werden, in denen eine derartige Einschränkung erforderlich ist, "um strafbaren Handlungen vorzubeugen".

2. Folgen

Es reicht danach nicht aus, dass die Voraussetzungen einer allgemeinen polizeilichen Gefahr i.S. von §§ 1, 3 BadWürttPolG vorliegen. Vielmehr müssen bei verfassungskonformer Auslegung der polizeilichen Generalklausel die qualifizierten Voraussetzungen des Art. 11 II GG gegeben sein. Freizügigkeitsbeschränkende Maßnahmen wie ein Wohnungsverweis sind demnach grundsätzlich nur zur Vorbeugung strafbarer Handlungen, mithin regelmäßig nur in Fällen häuslicher Gewalt zur Verhinderung von Gewalt- und Nötigungsdelikten zulässig.

B. Tatbestandliche Voraussetzungen

Diese besonderen Voraussetzungen lagen hier nicht vor.

I. Keine Gefahr einer Straftat des Betroffenen

Nach dem maßgeblichen Kenntnisstand der Polizei im Zeitpunkt ihres Einschreitens ("ex ante-Sicht") bestanden keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass durch den Kl. Gewalttätigkeiten oder sonstige strafbare Handlungen drohten. Auch der Bekl. hat dies zu keinem Zeitpunkt behauptet. Insbesondere bestand auch kein Anlass zu der Annahme, der Kl. werde durch strafbares Tun oder Unterlassen dazu beitragen, dass sein Partner die Selbstmordandrohung realisieren würde. Vielmehr lässt die Tatsache, dass er die Selbstmorddrohung seines Partners am Nachmittag zum Anlass nahm, ärztlichen Rat einzuholen und dies bei der Polizei zu melden, darauf schließen, dass er sich der sozialen Verantwortung für seinen Partner bewusst war und gerade vermeiden wollte, dass dieser seine Selbstmorddrohung in die Tat umsetzen würde. Bestand danach keine Gefahr, dass vom Kl. selbst zum Zeitpunkt des Einschreitens die Gefahr strafbaren Verhaltens gegenüber seinem Partner ausgehen könnte, so lassen sich die angegriffenen Maßnahmen schon aus diesem Grunde nicht auf die polizeiliche Generalklausel stützen.

II. Keine Gefahr einer Straftat Dritter

Aber selbst wenn man den Kriminalvorbehalt des Art. 11 II GG so versteht, dass er nicht ausdrücklich die Verhinderung von strafbaren Handlungen gerade des durch den Wohnungsverweis Betroffenen fordert (vgl. hierzu Schnapp, NWVB1 2003, 484 [491] m.w.N.), ergibt sich nichts anderes. Angesichts der grundsätzlichen Straflosigkeit des Selbstmordversuchs war auch vom Partner des Kl. keine strafbare Handlung i. S. des Art. 11 II GG zu befürchten.

III. Keine Erstreckung auf Selbstmordgefahr

Eine darüber hinausgehende Heranziehung der polizeilichen Generalklausel für einen Wohnungsverweis auf Fälle einer unmittelbaren Selbsttötungsgefahr eines Mitbewohners, ohne dass der vom Wohnungsverweis Betroffene sich strafbar verhält oder auch nur als Störer in Betracht kommt, ließe nach Auffassung des Senats die Eingriffsschwelle des Art. 11 II GG unberücksichtigt und erscheint angesichts der im Polizeigesetz geregelten Standardmaßnahme des Schutzgewahrsams gegenüber dem Selbstmordgefährdeten (§ 28 I Nr. 2 lit. c BadWürttPolG) - abgesehen von den weiteren rechtlichen Möglichkeiten nach dem Gesetz über die Unterbringung psychisch Kranker - auch mit Blick auf die Schutzpflicht des Staates gegenüber Lebens- und Gesundheitsgefahren nicht gerechtfertigt. Diese Frage bedarf indes für den vorliegenden Fall keiner abschließenden Erörterung. Denn es bestand zum allein maßgeblichen Zeitpunkt des polizeilichen Einschreitens

schon keine unmittelbare Suizidgefahr bei M. Dies ergibt sich aus der Beurteilung der von den Polizeibeamten aufgesuchten Ärztin, die als Hausärztin mit der menschlichen und medizinischen Situation der beiden Partner vertraut war, um die zurückliegenden Sui-

zidversuche von M wusste und diesen auch am fraglichen Abend gesprochen hatte. Auch war der Partner des Kl. nach den Bekundungen der Polizeibeamten in ruhiger Verfassung und damit nicht in seiner Fähigkeit eingeschränkt, seinen Willen frei zu bestimmen.

IMPRESSUM

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

*Zivilrecht***Standort: Girovertrag****Problem: PIN-gestützter ec-Karten-Missbrauch**

BGH, URTEIL VOM 05.10.2004
XI ZR 210/03 (NJW 2004, 3623)

Problemdarstellung:

Der Kl. war im vorliegenden Fall ihr Portemonnaie mitsamt darin befindlicher ec-Karte entwendet worden. Noch bevor sie Gelegenheit fand, ihre Karte daraufhin sperren zu lassen, wurden von ihrem Girokonto unter Verwendung der korrekten PIN-Nummer ohne Fehlversuch insgesamt 2.000,00 DM an Geldautomaten abgehoben worden. Das kontoführende Kreditinstitut nahm dies zum Anlass, davon auszugehen, dass die Kl. pflichtwidrig ihre PIN-Nummer entweder auf der Karte notiert oder mit dieser zusammen verwahrt habe. Es belastete das Konto der Kl. dementsprechend mit 2.000,00 DM und setzte sich auch in letzter Instanz gegenüber dem Rückforderungsverlangen der Kl., die eine solch leichtsinnige Handhabung ihrer PIN natürlich abstritt, durch.

Der BGH stützte seine Entscheidung auf die Grundsätze des Beweises des ersten Anscheins ("prima facie-Beweis", vgl. hierzu grundlegend Thomas/Putzo, § 286 Rz. 12 ff), wonach bei Feststehen eines bestimmten Sachverhaltes nach allgemeiner Lebenserfahrung hieraus auf eine bestimmte Ursache oder einen bestimmten weiteren Geschehensablauf als Grund für den Eintritt eines bestimmten Erfolges geschlossen werden kann. Da die Benutzung der korrekten PIN-Nummer durch den Dieb der ec-Karte oder einen Komplizen auf andere Weise jedenfalls nicht realitätsnah zu erklären war, ging das Gericht von einer gemeinsamen Verwahrung von Karte und Geheimnummer durch die Kl. aus.

Prüfungsrelevanz:

Die Kenntnis verschiedener Verschuldensgrade im Rahmen der Fahrlässigkeit (von leichter über die mittlere bis zu der hier der Kl. vorgeworfenen groben Fahrlässigkeit) ist in beiden Staatsexamina unverzichtbar. Die Einordnung der gemeinsamen Verwahrung von ec-Karte und dazugehöriger PIN-Nummer als grobe Fahrlässigkeit wurde hier durch die AGBen des Kreditinstituts bereits vorgegeben und durch den BGH noch einmal bestätigt und begründet.

Besonders lesenswert vor allem für die Vorbereitung auf das Assessorexamen wird die Entscheidung allerdings durch die ausführliche Darstellung der Grundsätze

ze des Beweises des ersten Anscheins und die Auseinandersetzung mit den diesbezüglichen Revisionsrügen der Kl., die allesamt nicht durchgriffen.

Vertiefungshinweise:

- Grundlegend zur Beweislast in Zivilsachen: *Schmidt*, JuS 2003, 1007 ff
- Zum Zustandekommen eines "Allgemeinen Bankvertrags" mit Beratungs- und Treuepflichten der Bank: *BGH*, RA 2003, 26 = NJW 2002, 3695

Kursprogramm:

- Examenskurs*: "Das verschmähte Gefährt"
- Assessorkurs*: "Der unglückliche Verkehrsunfall"

Leitsätze:

- 1. Wird zeitnah nach dem Diebstahl einer ec-Karte unter Verwendung dieser Karte und Eingabe der richtigen persönlichen Geheimzahl (PIN) an Geldausgabeautomaten Bargeld abgehoben, spricht grundsätzlich der Beweis des ersten Anscheins dafür, dass der Karteninhaber die PIN auf der ec-Karte notiert oder gemeinsam mit dieser verwahrt hat, wenn andere Ursachen für den Missbrauch nach der Lebenserfahrung außer Betracht bleiben.**
- 2. Die Möglichkeit eines Ausspähens der persönlichen Geheimzahl (PIN) durch einen unbekanntem Dritten kommt als andere Ursache grundsätzlich nur dann in Betracht, wenn die ec-Karte in einem näheren zeitlichen Zusammenhang mit der Eingabe der PIN durch den Karteninhaber an einem Geldausgabeautomaten oder einem POS-Terminal entwendet worden ist.**

Sachverhalt:

Die Kl. begehrt die Auszahlung von Geldbeträgen, die nach Abhebungen an Geldausgabeautomaten von der bekl. Sparkasse ihrem Girokonto belastet worden sind. Die Kl. unterhielt bei der Bekl. ein Girokonto. Für dieses erteilte die Bekl. der Kl. im November 1999 eine ec-Karte und eine persönliche Geheimnummer (PIN). Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Bekl. für die Verwendung der ec-Karte enthielten unter anderem folgende Regelungen:

"Für Schäden, die vor der Verlustanzeige entstanden sind, haftet der Kontoinhaber, wenn sie auf einer schuldhaften Verletzung seiner Sorgfalts- und Mitwir-

kungspflichten beruhen.

Die Sparkasse übernimmt auch die vom Kontoinhaber zu tragenden Schäden, die vor der Verlustanzeige entstanden sind, sofern der Karteninhaber seine Sorgfalts- und Mitwirkungspflichten [...] nicht grob fahrlässig verletzt hat.

Grobe Fahrlässigkeit des Karteninhabers liegt insbesondere vor, wenn

- die persönliche Geheimzahl auf der ec-Karte vermerkt oder zusammen mit der ec-Karte verwahrt war (z. B. der Originalbrief, in dem die PIN dem Karteninhaber mitgeteilt wurde),

- die persönliche Geheimzahl einer anderen Person mitgeteilt und der Missbrauch dadurch verursacht wurde [...]"

Mit der ec-Karte der Kl. wurden an Geldausgabeautomaten zweier anderer Sparkassen ohne Fehlversuch unter Eingabe der richtigen PIN am 23.09.2000 gegen 17.30 Uhr zweimal 500,00 DM und am Morgen des folgenden Tages 1.000,00 DM abgehoben. Am 25.09.2000 veranlasste die Kl. die Sperrung ihrer ec-Karte. Die Bekl. belastete das Girokonto der Kl. mit den abgehobenen Beträgen.

Die Kl. macht geltend, ihr seien am 23.09.2000 zwischen 15.00 und 17.00 Uhr auf einem Stadtfest ihr Portemonnaie und die darin befindliche ec-Karte entwendet worden. Ihre persönliche Geheimzahl habe sie nirgendwo notiert, sondern ausschließlich als Telefonnummer in ihrem Mobiltelefon gespeichert gehabt. Dieses sei nicht gestohlen worden. Der Dieb müsse die persönliche Geheimzahl entschlüsselt oder Mängel des Sicherheitssystems der Bekl. zur Geheimhaltung des Institutsschlüssels ausgenutzt haben.

Das AG hat der auf Zahlung von 2.000,00 DM nebst Zinsen gerichteten Klage stattgegeben, das LG hat sie abgewiesen. Die zugelassene Revision hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

Die Kl. hat gegen die Bekl. keinen Anspruch gem. §§ 667, 675 I, 676 f BGB oder §§ 700 I, 607 BGB a. F. auf Auszahlung der von einem Dritten unberechtigt abgehobenen 2.000,00 DM. Die Bekl. hat das Konto der Kl. zu Recht mit den am 23. und 24.09.2000 an Geldausgabeautomaten erfolgten Barabhebungen in Höhe von insgesamt 2.000,00 DM belastet.

A. Kein Aufwendungsersatzanspruch der Bekl.

Die Bekl. hat zwar nach dem - hier gem. Art. 229 § 2 I EGBGB bereits anwendbaren - § 676 h S. 1 BGB keinen Aufwendungsersatzanspruch gem. §§ 670, 675 I, 676 f BGB gegen die Kl. Die Bekl. hat nicht bewiesen, dass die hier in Rede stehenden Geldabhebungen von der Kl. selbst oder mit ihrem Einverständnis durch einen Dritten vorgenommen worden sind. Vielmehr ist das BerGer. zu der Feststellung gelangt, dass die Geldabhebungen durch einen unbefugten Dritten, nämlich

den Dieb oder einen Komplizen mit Hilfe der Original-ec-Karte, erfolgt sind. Das wird auch von der Revisionserwiderung nicht in Zweifel gezogen.

B. Schadensersatzanspruch der Bekl. wegen Verletzung der Geheimhaltungspflicht durch die Kl.

Der Bekl. steht aber gegen die Kl. ein Schadensersatzanspruch wegen positiver Vertragsverletzung zu, den sie in das Kontokorrent einstellen (vgl. BGHZ 84, 371 [376] = NJW 1982, 2193) und mit dem sie das Girokonto der Kl. belasten durfte. Die Kl. haftet für die durch die missbräuchliche Verwendung ihrer ec-Karte entstandenen Schäden, weil diese auf einer grob fahrlässigen Verletzung der Sorgfalts- und Mitwirkungspflichten der Kl. beruhen. Das BerGer. hat im Ergebnis zutreffend angenommen, zu Gunsten der hierfür beweispflichtigen Bekl. spreche der Beweis des ersten Anscheins, dass die Kl. ihre Pflicht zur Geheimhaltung der persönlichen Geheimzahl verletzt hat, indem sie diese auf der ec-Karte vermerkt oder zusammen mit der ec-Karte verwahrt hat.

I. Gemeinsame Verwahrung von ec-Karte und PIN grob fahrlässig

Das Vermerken der persönlichen Geheimzahl auf der ec-Karte oder ihre Verwahrung zusammen mit dieser stellt - wovon auch Nr. A III 2.4 der Bedingungen für die Verwendung der ec-Karte ausgeht - eine grobe Fahrlässigkeit des Karteninhabers dar; dabei trägt die Bewertung dieser Handlungsweisen als grob fahrlässig dem Umstand Rechnung, dass dadurch der besondere Schutz, den die für Abhebungen neben der ec-Karte zusätzlich benötigte Geheimnummer bietet, aufgehoben wird, weil ein Unbefugter, dem ec-Karte und Geheimnummer gemeinsam in die Hände fallen, ohne weiteres Abhebungen vornehmen kann (BGHZ 145, 337 [340f.] = NJW 2001, 286).

II. Beweis des ersten Anscheins für grob fahrlässiges Verhalten der Kl.

Zu Recht ist das BerGer. zu dem Ergebnis gelangt, der Beweis des ersten Anscheins spreche dafür, dass die Kl. die persönliche Geheimzahl auf ihrer ec-Karte vermerkt oder sie zusammen mit dieser verwahrt habe. Diesen Beweis des ersten Anscheins hat die Kl. nicht erschüttert.

1. Zu Inhalt und Anwendbarkeit der Regeln des Anscheinsbeweises

Die Frage, ob ein Anscheinsbeweis eingreift, unterliegt der Prüfung durch das RevGer. (BGHZ 100, 31 [33] = NJW 1987, 2876; BGH, NJW-RR 1988, 789 [790]). Nach ständiger Rechtsprechung des BGH sind die Grundsätze über den Beweis des ersten Anscheins nur bei typischen Geschehensabläufen anwendbar, das heißt in Fällen, in denen ein bestimmter Sachverhalt feststeht, der nach der allgemeinen Lebenserfahrung

auf eine bestimmte Ursache oder auf einen bestimmten Ablauf als maßgeblich für den Eintritt eines bestimmten Erfolgs hinweist (BGHZ 100, 31 [33] = NJW 1987, 2876; BGH, NJW 1997, 2757 = WM 1997, 1493 [1496]; NJW 2001, 1140 [1141]). Dabei bedeutet Typizität nicht, dass die Ursächlichkeit einer bestimmten Tatsache für einen bestimmten Erfolg bei allen Sachverhalten dieser Fallgruppe notwendig immer vorhanden ist; sie muss aber so häufig gegeben sein, dass die Wahrscheinlichkeit, einen solchen Fall vor sich zu haben, sehr groß ist (BGH, VersR 1991, 460 [462]).

Spricht ein Anscheinsbeweis für einen bestimmten Ursachenverlauf, kann der Inanspruchgenommene diesen entkräften, indem er Tatsachen darlegt und gegebenenfalls beweist, die die ernsthafte, ebenfalls in Betracht kommende Möglichkeit einer anderen Ursache nahe legen (BGH, NJW 1991, 230 [231] m. w. N.; VersR 1995, 723 [724]). Der Anscheinsbeweis kann auch erschüttert werden, wenn unstreitig oder vom Inanspruchgenommenen bewiesen ist, dass ein schädigendes Ereignis durch zwei verschiedene Ursachen mit jeweils typischen Geschehensabläufen herbeigeführt worden sein kann und jede für sich allein den Schaden verursacht haben kann; haftet der Inanspruchgenommene in einem solchen Fall nur für eine der möglichen Ursachen, sind die Regeln über den Anscheinsbeweis nicht anwendbar (BGHZ 24, 308 [313] = NJW 1957, 1230; BGH, NJW 1978, 2032 [2033]; VersR 1995, 723 [724]). Dabei kommt es nicht darauf an, ob die eine oder andere Verursachungsmöglichkeit nach den Erfahrungen des täglichen Lebens die wahrscheinlichere ist (BGHZ 24, 308 [313] = NJW 1957, 1230; BGH, NJW-RR 1988, 789 [790] m. w. N.).

2. Eingreifen dieser Grundsätze im konkreten Fall zu Lasten der Kl.

Nach diesen Maßstäben greift im Ergebnis der Beweis des ersten Anscheins zu Lasten der Kl. ein, dass sie ihre persönliche Geheimzahl entweder auf ihrer ec-Karte notiert oder sie gemeinsam mit dieser aufbewahrt hat.

a. Kein grob fahrlässiges Ermöglichen des Diebstahls
Das Berufungsurteil ist allerdings rechtsfehlerhaft, soweit das BerGer. einen Beweis des ersten Anscheins unter anderem dafür angenommen hat, dass die Kl. ihre Sorgfaltspflichten zur Aufbewahrung der ec-Karte grob fahrlässig verletzt habe. Es besteht kein allgemeiner Erfahrungssatz des Inhalts, dass eine Person, der bei einem Straßenfest das Portemonnaie mit der darin befindlichen ec-Karte entwendet wird, diesen Diebstahl in grob fahrlässiger Weise ermöglicht hat. Feststellungen zur Art und Weise der Aufbewahrung von Portemonnaie nebst ec-Karte seitens der Kl. hat das BerGer. nicht getroffen. Es kann deshalb nicht ausgeschlossen werden, dass die Aufbewahrung des Portemonnaies durch die Kl. nicht sorgfaltswidrig war oder den Diebstahl in nur leicht fahrlässiger Weise ermöglicht hat.

monnaies durch die Kl. nicht sorgfaltswidrig war oder den Diebstahl in nur leicht fahrlässiger Weise ermöglicht hat.

b. Bisherige Rechtsprechung der Instanzgerichte und Literaturauffassung zu vergleichbaren Fällen

Der Senat hat bisher offen gelassen, ob in Fällen, in denen an Geldausgabeautomaten unter Verwendung der zutreffenden Geheimzahl Geld abgehoben wurde, der Beweis des ersten Anscheins dafür spricht, dass entweder der Kartenbesitzer als rechtmäßiger Kontoinhaber die Abhebungen selbst vorgenommen hat oder - was hier nach den nicht angegriffenen Feststellungen des BerGer. allein in Betracht kommt - dass ein Dritter nach der Entwendung der ec-Karte von der Geheimnummer nur wegen ihrer Verwahrung gemeinsam mit der ec-Karte Kenntnis erlangen konnte (BGHZ 145, 337 [342] = NJW 2001, 286). In der Rechtsprechung der Instanzgerichte und in der Literatur wird ein entsprechender Beweis des ersten Anscheins zu Lasten des Kontoinhabers überwiegend angenommen (OLG Frankfurt a. M. [8. ZS], WM 2002, 2101 [2102]; OLG Stuttgart, NJW-RR 2002, 1274 = WM 2003, 125 [126 f.]; LG Hannover, NJW-RR 1998, 304 = WM 1998, 1123; LG Stuttgart, WM 1999 [1934]; LG Frankfurt a. M., WM 1999, 1930 [1932f.]; LG Darmstadt, WM 2000, 911 [913 f.]; LG Köln, WM 2001, 852 [853]; LG Berlin [52. ZK], WM 2003, 128 [129]; AG Diepholz, WM 1995, 1919 [1920]; AG Hannover, NJW-RR 1997, 360 = WM 1997, 1207 [1208 f.]; AG Wuppertal, WM 1997, 1209; AG Charlottenburg, WM 1997, 2082; AG Dinslaken, WM 1998, 1126; AG Osnabrück, NJW 1998, 688 = WM 1998, 1127 [1128]; AG Frankfurt a.M., NJW 1998, 687, u. BKR 2003, 514 [516]; AG Flensburg, VuR 2000, 131; AG Hohen Schönhausen, WM 2002, 1057 [1058 f.]; AG Regensburg, WM 2002, 2105 [2106 f.]; AG Nürnberg, WM 2003, 531 [532 f.]; AG Charlottenburg, WM 2003, 1174 [1175]; Werner, WM 1997, 1516; Aepfelbach/Cimiotti, WM 1998, 1218; Gößmann, WM 1998, 1264 [1269]; Palandt/Sprau, BGB, 63. Aufl., § 676 h Rz. 13; Musielak/Foerste, ZPO, 3. Aufl. § 286 Rz. 26), von einem erheblichen Teil aber verneint (OLG Hamm, NJW 1997, 1711 = WM 1997, 1203 [1206 f.]; OLG Frankfurt a. M. [7. ZS], NJW-RR 2001, 1341 = WM 2001, 1898; OLG Frankfurt a.M. [24. ZS], NJW-RR 2002, 692 = WM 2002, 1055 [1056f.]; LG Berlin [51. ZK], NJW-RR 1999, 1213 = WM 1999, 1920; LG Dortmund, CR 1999, 556 [557]; LG Mönchengladbach, VuR 2001, 17 [18]; LG Osnabrück, NJW-RR 2003, 1283 = WM 2003, 1951 [1953]; AG Buchen, VuR 1998, 42; AG Hamburg, VuR 1999, 88 [89 f.]; AG Berlin-Mitte, VuR 1999, 201 [202 f.], u. EWiR 2003, 891; AG Frankfurt a. M., CR 1998, 723 = VuR 1999, 192 = WM 1999, 1922 [1924 ff.]; AG München, NJW-RR 2001, 1056 [1057]; AG Dortmund, VuR 2003, 312 = BKR 2003, 912 [913]; AG Essen, BKR

2003, 514; Pausch, CR 1997, 174; Zöller/ Greger, ZPO, 24. Aufl., Vorb. § 284 Rz. 31).

Dabei betrifft der überwiegende Teil der veröffentlichten Entscheidungen und Literaturstimmen allerdings das ab Ende 1997 abgelöste alte Verfahren zur Erzeugung und Verifizierung der persönlichen Geheimzahl mit Hilfe eines geheimen Instituts- oder Poolschlüssels in einer Breite von 56 BIT und ist daher für die Beurteilung der Sicherheit der ab diesem Zeitpunkt eingeführten neuen Verschlüsselungsverfahren nur sehr eingeschränkt aussagekräftig.

c. Entscheidung und Begründung des BGH

Mit dem BerGer. ist der Senat der Auffassung, dass in einem Fall der hier vorliegenden Art der Beweis des ersten Anscheins für ein grob fahrlässiges Verhalten des Karteninhabers im Zusammenhang mit der Geheimhaltung seiner persönlichen Geheimzahl spricht.

aa. Kein Ausschluss des Anscheinsbeweises durch die Möglichkeit anderer Kausalverläufe

Die Grundsätze über den Anscheinsbeweis sind entgegen der Auffassung der Revision nicht deshalb unanwendbar, weil es mehrere theoretische und praktische Möglichkeiten der Kenntniserlangung von der persönlichen Geheimzahl durch einen Dritten gibt. Zu Recht ist das BerGer. vielmehr zu dem Ergebnis gelangt, dass die hier in Rede stehenden Bargeldabhebungen mit Hilfe der Original-ec-Karte und richtiger PIN durch einen unbefugten Dritten anders als durch ein grob fahrlässiges Verhalten der Kl. nicht zu erklären seien, weil andere Ursachen zwar theoretisch möglich seien, bei wertender Betrachtung aber außerhalb der Lebenserfahrung lägen.

bb. Kein empirischer Nachweis des angenommenen Erfahrungssatzes erforderlich

Gegen die Anwendbarkeit der Grundsätze über den Anscheinsbeweis vermag die Revision auch nicht anzuführen, ein Erfahrungssatz, dass die persönliche Geheimzahl auf der Karte notiert oder gemeinsam mit dieser verwahrt würde, sei nicht empirisch belegt. Empirischer Befunde bedarf es für die Anwendbarkeit des Anscheinsbeweises nicht. Dieser setzt lediglich voraus, dass ein Sachverhalt feststeht, bei dem der behauptete ursächliche Zusammenhang typischerweise gegeben ist, beruht also auf der Auswertung von Wahrscheinlichkeiten, die auf Grund der Lebenserfahrung anzunehmen sind und die dem Richter hiernach die Überzeugung (§ 286 ZPO) vermitteln, dass auch in dem von ihm zu entscheidenden Fall der Ursachenverlauf so gewesen ist wie in den vergleichbaren Fällen (BGH, NJW-RR 1988, 789 [790]).

cc. Grundsätzlich keine Errechenbarkeit der PIN aus den auf der Karte gespeicherten Daten

Das BerGer. ist - sachverständig beraten - zu der Fest-

stellung gelangt, es sei auch mit größtmöglichem finanziellen Aufwand mathematisch ausgeschlossen, die PIN einzelner Karten aus den auf ec-Karten vorhandenen Daten ohne die vorherige Erlangung des zur Verschlüsselung verwendeten Institutsschlüssels in einer Breite von 128 BIT zu errechnen. Dies entspricht der Beurteilung, die das Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik in einer schriftlichen Auskunft vom 27.11.2001 für das vom Deutschen Sparkassen- und Giroverband neu eingeführte PIN- Verfahren abgegeben hat. Die vom BerGer. vorgenommene Beweiswürdigung kann

vom Senat lediglich daraufhin überprüft werden, ob sich das BerGer. entsprechend dem Gebot des § 286 ZPO mit dem Streitstoff und den Beweisergebnissen umfassend und widerspruchsfrei auseinander gesetzt hat, die Beweiswürdigung also vollständig und rechtlich möglich ist und nicht gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze verstößt (st. Rspr.; vgl. BGH, NJW 1987, 1557 [1558]; NJW 1997, 796 [797]; NJW 1999, 3481 = WM 1999, 1889 [1890]). Einen solchen Fehler weist die Revision nicht nach.

Mit ihrer Rüge, die Lebenserfahrung spreche gerade in Zeiten beschleunigt fortschreitender Computereentwicklung und der vielfältigen Möglichkeiten des Internets gegen die Annahme einer fehlenden Entschlüsselungsmöglichkeit, versucht die Revision lediglich, die Beweiswürdigung des BerGer. durch eine andere, der Kl. günstigere zu ersetzen.

dd. Ausspähen der PIN kein alternativer typischer Geschehensablauf

Die Regeln über den Anscheinsbeweis sind auch nicht deshalb unanwendbar, weil hier davon auszugehen wäre, dass der Schaden durch zwei verschiedene Ursachen herbeigeführt worden sein kann, die beide typische Geschehensabläufe sind, für die die Kl. aber nur in einem Fall die Haftung zu übernehmen hätte. Das wäre dann der Fall, wenn als weiterer typischer Geschehensablauf in Betracht zu ziehen wäre, dass die Eingabe der zutreffenden PIN durch den Dieb der ec-Karte dadurch ermöglicht wurde, dass dieser zuvor die persönliche Geheimzahl des Karteninhabers ausgespäht hat, als dieser sie bei Abhebungen an Geldausgabeautomaten oder beim Einsatz der ec-Karte an einem POS-Terminal zur Zahlung eines Geldbetrags eingab. Eine Ausspähung der PIN etwa mit Hilfe optischer oder technischer Hilfsmittel oder durch eine Manipulation des Geldausgabeautomaten oder ein aufmerksames Verfolgen der PIN-Eingabe an POS-Terminals oder Geldausgabeautomaten ohne ausreichenden Sichtschutz des Eingabetastenfelds ist zwar durchaus denkbar. Als ernsthafte Möglichkeit einer Schadensursache, die den Beweis des ersten Anscheins für eine grob fahrlässige gemeinsame Verwahrung von ec-Karte und PIN durch den Karteninhaber bei Eingabe der zutreffenden PIN durch einen unbefugten Dritten ent-

fallen lässt, kommt ein Ausspähen der PIN aber nur dann in Betracht, wenn die ec-Karte in einem näheren zeitlichen Zusammenhang mit der Eingabe der PIN durch den Karteninhaber entwendet worden ist. Durch Ausspähen erlangt der Täter zunächst nur Kenntnis von der PIN, gelangt aber nicht in den Besitz der ec-Karte. Da er den Karteninhaber regelmäßig nicht persönlich kennt, muss er die ec-Karte alsbald nach dem Ausspähen der PIN entwenden.

Dafür ist hier nichts vorgetragen. Die Kl. hat vielmehr im Gegenteil vorgebracht, sie habe am Tag des Diebstahls mit der ec-Karte kein Geld abgehoben; ein Ausspähen der PIN sei "nicht möglich gewesen". Der Täter habe "ausschließlich die Möglichkeit" gehabt, die "PIN durch eigene Computertechnik in Erfahrung zu bringen". Auf Grund dessen hat das BerGer., von der Revision unangegriffen, festgestellt, für ein Ausspähen der PIN gebe es hier keine Anhaltspunkte.

ee. "Innentäterattacke" kein alternativer typischer Geschehensablauf

Ohne Rechtsfehler misst das BerGer. ferner so genannten "Innentäterattacken", das heißt Angriffen von Bankmitarbeitern, etwa zur Ausspähung des der Verschlüsselung dienenden Institutsschlüssels, Angriffen gegen die im Rechenzentrum des Kreditinstituts im Umfeld der Transaktionsautorisierung ablaufende Software und unbeabsichtigten Sicherheitslücken dieser Software, keine einem Anscheinsbeweis zu Lasten des Kontoinhabers entgegenstehende Wahrscheinlichkeit zu. Entgegen der Ansicht der Revision hat das BerGer. in diesem Zusammenhang nicht einen Beweisantrag der Kl. verfahrensfehlerhaft übergangen. Diese hat lediglich unter Sachverständigenbeweis gestellt, dass die Maßnahmen in Bankrechenzentren und Bankverlagen zum Schutz der Software, zur Geheimhaltung der Institutsschlüssel und zur Vermeidung anderer interner Angriffe auf das PIN-System nicht ausreichend seien, um erfolgreiche Angriffe auszuschließen. Dass derartige - von der Kl. damit nicht substantiiert behauptete - Sicherheits- und Softwaremängel als Ursachen für die Möglichkeit eines Missbrauchs einer gestohlenen ec-Karte theoretisch in Betracht kommen, ergab sich aber bereits aus dem vom BerGer. eingeholten Sachverständigengutachten. Das BerGer. hat diese Ursachen als rein theoretischer Natur und als im Allgemeinen außerhalb der Lebenserfahrung liegend angesehen, weil es nach den Ausführungen des Sachverständigen keine Hinweise darauf gebe, dass solche Möglichkeiten je konkret für kriminelle Handlungen entdeckt oder ausgenutzt worden seien. Das ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden, zumal die Bekl. unwidersprochen vorgetragen hat, bei ihr sei es nie zu einer "Innentäterattacke" gekommen. Auch die durch keinerlei Tatsachenvortrag gestützte Vermutung der Kl., der Institutsschlüssel der Bekl. könne in kriminellen Kreisen bekannt geworden sein, ist deshalb

nicht geeignet, der Anwendung des Anscheinsbeweises die Grundlage zu entziehen.

ff. Keine Vermischung von tatsächlichen Fragen mit der rechtlichen Bewertung des Geschehensablaufes

Die Revision vermag der Anwendung der Grundsätze über den Anscheinsbeweis nicht entgegenzuhalten, dass sie in der Regel nicht geeignet seien, grobe Fahrlässigkeit von einfacher Fahrlässigkeit abzugrenzen. Der Anscheinsbeweis führt hier lediglich zur Annahme eines bestimmten tatsächlichen Verhaltens des Karteninhabers, nämlich dass er seine persönliche Geheimzahl entweder auf der ec-Karte notiert oder gemeinsam mit dieser aufbewahrt hat. Erst in einem weiteren Schritt wird dieses tatsächliche Verhalten entsprechend den vereinbarten Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Bekl. für die Verwendung der ec-Karte rechtlich als grob fahrlässig bewertet. Inhaltlich sind die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Bekl. insoweit nicht zu beanstanden. Sie lassen ein Notieren der PIN, auf das ein Teil der Bankkunden nicht verzichten kann, ohne weiteres zu; lediglich eine getrennte Verwahrung von ec-Karte und notierter PIN muss gewährleistet sein.

gg. Keine Umkehr der Darlegungs- und Beweislast durch den Anscheinsbeweis

Zu Unrecht ist die Revision weiter der Auffassung, die Anwendung der Grundsätze über den Anscheinsbeweis durch die Rechtsprechung führe in Fällen der vorliegenden Art im Ergebnis zu einer Beweislastumkehr und bewirke eine verschuldensunabhängige, garantieähnliche Haftung des Bankkunden, weil der Karteninhaber nicht in der Lage sei, Sicherheitslücken im System aufzuzeigen. Der Anscheinsbeweis führt nach ständiger Rechtsprechung des BGH nicht zu einer Umkehr der Beweislast (BGHZ 100, 31 [34] = NJW 1987, 2876 m. w. N.). Wenn der Karteninhaber dem Anscheinsbeweis durch die konkrete Darlegung und gegebenenfalls den Nachweis der Möglichkeit eines atypischen Verlaufs die Grundlage entzieht, hat das Kreditinstitut den vollen Beweis zu erbringen, dass der Karteninhaber eine Abhebung am Geldausgabeautomaten selbst vorgenommen oder den Missbrauch der ec-Karte durch einen unbefugten Dritten grob fahrlässig ermöglicht hat.

Es ist auch nicht generell so, dass der Karteninhaber nicht in der Lage ist, Sicherheitslücken im System des Kartenausgebers aufzuzeigen. Nach ständiger Rechtsprechung des BGH zur sekundären Darlegungslast kann es Sache einer nicht primär darlegungs- und beweispflichtigen Partei sein, sich im Rahmen der ihr nach § 138 II ZPO obliegenden Erklärungspflicht zu den Behauptungen der beweispflichtigen Partei konkret zu äußern, wenn diese außerhalb des von ihr vorzutragenden Geschehensablaufs steht und keine nähere Kenntnis der maßgebenden Tatsachen besitzt, ihr Pro-

zessgegner aber die wesentlichen Umstände kennt und es ihm zumutbar ist, dazu nähere Angaben zu machen (BGHZ 140, 156 [158 f.] = NJW 1999, 579; BGHZ 145, 35 [41] = NJW 2000, 3201; BGH, NJW 1999, 714 m. w. N.; NJW 2002, 1123 = WM 2002, 347 [349]). Das gilt auch für das kartenausgebende Kreditinstitut hinsichtlich der von ihm - im Rahmen des Zumutbaren und gegebenenfalls in verallgemeinernder Weise - darzulegenden Sicherheitsvorkehrungen. Dadurch wird der Karteninhaber in die Lage versetzt, Beweis für von ihm vermutete Sicherheitsmängel antreten zu können (vgl. BGH, NJOZ 2003, 1887 = BGH-Report 2003, 891 [892]). Das Kreditinstitut wird zudem aus dem mit dem Karteninhaber bestehenden Gi-

rovertrag regelmäßig als verpflichtet anzusehen sein, sämtliche in seinem Besitz befindlichen technischen Aufzeichnungen, die die streitigen oder vorangegangene Auszahlungsvorgänge betreffen oder hierüber Aufschluss geben können, bis zur Klärung der Angelegenheit aufzuheben und dem Kontoinhaber gegebenenfalls auch zugänglich zu machen (vgl. BGH, NJW 1996, 779 [780f.]). Schließlich kann sich zu Gunsten des Karteninhabers auswirken, dass derjenige, der die Gegenpartei schuldhaft in der Möglichkeit beschneidet, den Anscheinsbeweis zu erschüttern oder zu widerlegen, sich nicht auf die Grundsätze des Anscheinsbeweises berufen kann (BGH, NJW 1998, 79 = WM 1998, 204 [206]).

Standort: Deliktsrecht

Problem: § 323 c StGB als Schutzgesetz

OLG DÜSSELDORF, URTEIL VOM 27.07.2004
I-14 U 24/04 (NJW 2004, 3640)

Problemdarstellung:

Die Kl. war hier Opfer einer Vergewaltigung geworden und verfolgte ihre zivilrechtlichen Ansprüche auf Zahlung von Schmerzensgeld - hier noch auf der Basis des alten § 847 BGB, der zwischenzeitlich durch § 253 II BGB n. F. abgelöst wurde, ohne dass dies inhaltliche Auswirkungen auf den vorliegenden Fall hätte - gegen die verschiedenen Beteiligten, die auch bereits strafrechtlich zur Verantwortung gezogen worden waren.

Das OLG Düsseldorf hatte sich nur noch mit Ansprüchen gegen die Beteiligten auseinanderzusetzen, die zwar keine sexuellen Handlungen an der Kl. vorgenommen haben, die Tat allerdings tatenlos mitverfolgt bzw. durch vorangegangene anzügliche Bemerkungen gefördert haben. Im Kern ging es um die streitige Frage, inwieweit der Straftatbestand der unterlassenen Hilfeleistung gem. § 323 c StGB als Schutzgesetz i. S. d. § 823 II BGB einzuordnen und damit auch als Basis für eine zivilrechtliche Haftung des Untätigen heranzuziehen ist. Das Gericht hat sich für die Einordnung des § 323 c StGB als Schutzgesetz entschieden und damit der Auffassung eine Absage erteilt, welche den Zweck des § 323 c StGB nur in dem Schutz eines auf Solidarität beruhenden Gemeinwesens sieht und den Schutz des jeweils von einem Unglücksfall Betroffenen nur als unselbständigen Schutzreflex klassifiziert.

Prüfungsrelevanz:

Im Rahmen einer deliktischen Haftung nach § 823 II BGB kommt der Einordnung einer Norm als Schutzgesetz i. S. d. Vorschrift entscheidende Bedeutung zu. Ein solches Schutzgesetz soll dann vorliegen, wenn die Rechtsnorm zumindest auch dem Schutz von Individualinteressen zu dienen bestimmt ist. Auch die

Kenntnis dieser kurzen Definition führt aber nicht immer zu zweifelsfreien Ergebnissen, wie der hier diskutierte umfangreiche Streit um die Einordnung des § 323 c StGB zeigt. Ebenso kann es nicht Sinn einer Examensvorbereitung sein, die umfangreiche Kasuistik zu dieser Frage (vgl. allein die Beispiele und Nachweise bei Palandt/Thomas, § 823 Rz. 145 - 156) auswendig lernen zu wollen. Sollte die Einstufung einer relativ unbekanntenen Norm als Schutzgesetz Klausurthema sein, so kommt es dementsprechend auf das "juristische Handwerkszeug" des Klausurverfassers und seine Fähigkeit an, den Sinn und Zweck einer gesetzlichen Regelung durch eigene Überlegungen zu erschließen. Die Kenntnis einzelner Entscheidungen zu diesem Thema und der dort seitens der Rechtsprechung angewandten Vorgehensweise kann hierbei wiederum sehr nützlich sein.

Vertiefungshinweise:

- Zur Einordnung der §§ 1004, 907 BGB als Schutzgesetz: *BGH, NJW-RR 2001, 1208*; Besprechung dieser Entscheidung: *Roth, JuS 2001, 1161*
- Zur vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung durch Unterlassen: *BGH, RA 2002, 34 = NJW 2001, 3702*

Kursprogramm:

- Examenskurs*: "Die Verfolgung"
- Assessorkurs*: "Der erschlichene LKW"

Leitsätze:

§ 323 c StGB (unterlassene Hilfeleistung) stellt ein Schutzgesetz i. S. d. § 823 II BGB dar. Es ist nicht unbillig, denjenigen zivilrechtlich haften zu lassen, der durch die Erfüllung seiner Hilfspflicht Schaden von Dritten abwenden kann, wenn diese auf Grund seiner Untätigkeit tatsächlich eine Verletzung ihrer geschützten Rechtsgüter hinnehmen müssen. Der Unterlassende hat in der Regel die Möglichkeit ei-

nes Rückgriffs gegenüber dem aktiv handelnden Täter im Rahmen der §§ 840, 426 BGB. (Leitsätze der Redaktion)

Sachverhalt:

Die Kl. nimmt die Bekl. als Gesamtschuldner auf Zahlung von Schmerzensgeld wegen einer zu ihrem Nachteil in den frühen Morgenstunden des 25.11.2000 begangenen Vergewaltigung in Anspruch. Durch Teilversäumnisurteil vom 12.11.2003 sind die Bekl. zu 1 und 6 als Gesamtschuldner rechtskräftig zur Zahlung eines Schmerzensgeldes in Höhe von 8.000,00 Euro nebst Zinsen verurteilt worden. Durch das Schlussurteil vom 16.12.2003 hat das LG der Klage gegen den Bekl. zu 5 stattgegeben, in Bezug auf die Bekl. zu 2 bis 4 jedoch abgewiesen. Zur Begründung seiner Entscheidung hat das LG ausgeführt, es sei davon auszugehen, dass der Tathergang sich so zugetragen habe, wie dies im rechtskräftigen Urteil der 1. Strafkammer des LG festgestellt worden sei. Jedenfalls seien die Bekl. den Feststellungen nicht substantiiert entgegengetreten. Auf der Grundlage dieses Sachverhalts habe die Kl. gegenüber dem Bekl. zu 5 nach §§ 830 II, 847 II BGB i. V. m. §§ 26, 177 StGB einen Anspruch auf Zahlung von Schmerzensgeld in Höhe von 8.000,00 Euro. Denn der Bekl. zu 5 habe in Kenntnis der Tatsache, dass die Kl. gegen ihren Willen in dem Fahrzeug festgehalten wurde und in der Erwartung, dass sich ihr gegenüber in sexueller Hinsicht noch etwas tun werde, durch seine Äußerungen die Bereitschaft zur Durchführung sexueller Handlungen gegenüber der Kl. gefördert. Der Bekl. zu 5 sei damit als Anstifter nach § 830 II BGB verantwortlich, auch wenn er keine Person gezielt zum Tätigwerden aufgefordert habe. Für die Anstiftung reiche es aus, wenn sich die Aufforderung an eine noch nicht bestimmte Person aus einem individuell begrenzten Personenkreis richte. Im Hinblick auf die Bekl. zu 2 bis 4 sei die Klage unbegründet, weil nur von einer unterlassenen Hilfeleistung i. S. v. § 323 c StGB ausgegangen werden könne und die Norm kein Schutzgesetz i. S. v. § 823 II BGB sei.

Gegen dieses Urteil des LG richten sich die Berufungen der Kl. und des Bekl. zu 5. Während die Kl. auch die Verurteilung der Bekl. zu 2 bis 4 anstrebt, verfolgt der Bekl. zu 5 seinen Antrag auf Klageabweisung im Berufungsverfahren weiter. Die Berufungen hatten jeweils teilweise Erfolg.

Aus den Gründen:

A. Berufung der Kl. gegen die Klageabweisung hinsichtlich der Bekl. 2 bis 4

Die Kl. kann von den Bekl. zu 2 bis 4 nach §§ 847 II, 840, 823 II BGB, § 323 c StGB als Gesamtschuldner Zahlung eines Schmerzensgeldes in Höhe von 4.000,00 Euro verlangen.

I. Verwirklichung des Tatbestandes der unterlassenen Hilfeleistung gem. § 323 c StGB durch die Bekl. zu 2 bis 4

Nach den zu Grunde liegenden Feststellungen des LG hat jeder der Bekl. zu 2 bis 4 den Tatbestand des § 323 c StGB verwirklicht, indem sie gegen die Vergewaltigung der Kl. durch den Bekl. zu 1 und nachfolgend durch eine nicht mehr ermittelbare weitere Person nicht eingeschritten. Die Bekl. haben gegen die tatsächlichen Feststellungen des erstinstanzlichen Urteils, welches die Feststellungen im Strafverfahren in den unstreitigen Teil des Tatbestands übernommen hat, weder konkrete Einwände erhoben noch sich hiergegen im Wege der Tatbestandsberichtigung gewandt. Deshalb liefert der Tatbestand des landgerichtlichen Urteils nach § 314 ZPO Beweis für das Parteivorbringen. Die Bekl. zu 2 bis 4 haben auch nicht ausreichend dargelegt, warum die Feststellungen im Strafverfahren, auf die sich die Kl. in zulässiger Weise berufen hat, unzutreffend waren. Dies gilt insbesondere für die Feststellungen im Urteil der Strafkammer, wonach die Kl. den Bekl. zu 6 laut anschrte, er solle rechts abbiegen. Vor diesem Hintergrund war der Vortrag der Bekl. zu 2 und 3 nicht glaubhaft, sie hätten geschlafen und deshalb den Tathergang nicht wahrgenommen.

Die Voraussetzungen des § 323 c StGB liegen vor. Die Bekl. zu 2 bis 4 haben vorsätzlich die ihnen mögliche, zumutbare und notwendige Hilfe bei einem Unglücksfall, der Vergewaltigung der Kl., unterlassen, wie auch im Strafverfahren rechtskräftig festgestellt worden ist. Die Bekl. haben auch keine Anhaltspunkte dafür vortragen, warum für das Zivilverfahren eine andere rechtliche Beurteilung angebracht sein sollte.

II. Charakter des § 323 c StGB als Schutzgesetz i. S. d. § 823 II BGB

(Die) Bekl. zu 2 bis 4 haben ein Schutzgesetz i. S. v. § 823 II BGB verletzt. Der entgegenstehenden Auffassung des LG ist nicht zu folgen.

1. Zum Begriff des Schutzgesetzes i. S. d. § 823 II BGB

Schutzgesetz i. S. d. § 823 II BGB ist jede Norm, die gerade (auch) dazu dienen soll, den Einzelnen oder einzelne Personenkreise gegen die Verletzung eines ihrer Rechtsgüter zu schützen (BGHZ 40, 306 [377] = NJW 1964, 396; Palandt/Sprau, BGB, 63. Aufl., § 823 Rz. 57). Es kommt dabei nicht auf die Wirkung, sondern auf den Inhalt und den Zweck des Gesetzes nach der Intention des Gesetzgebers bei Erlass der Norm an (BGH, ZIP 1991, 1597). Andererseits muss sich das Schutzgesetz auch nicht in der Gewährleistung von Individualschutz erschöpfen; es reicht aus, dass dieser eines der gesetzgeberischen Anliegen der Norm ist, selbst wenn auf die Allgemeinheit gerichtete Schutzzwecke ganz im Vordergrund stehen (BGH, NJW 1987, 181). Dabei muss vom Gesetzgeber erkennbar die Schaffung eines indirekten Schadensersatz-

anspruchs erstrebt sein (BGH, NJW 1991, 418 [419]) oder ein solcher zumindest im Rahmen des haftpflichtrechtlichen Gesamtsystems tragbar erscheinen (BGHZ 46, 23 = NJW 1966, 1507). Keine Schutzgesetze sind Normen, welche ausschließlich die Ordnung des Staatsganzen, seiner Verfassung und seiner Verwaltung zum Gegenstand haben (Palandt/Sprau, § 823 Rz. 57).

2. Streit um die Einordnung des § 823 II BGB

Ob der Straftatbestand der unterlassenen Hilfeleistung Schutzgesetzcharakter hat, ist in Literatur und Rechtsprechung umstritten.

a. Überblick über den Meinungsstand in Rechtsprechung und Literatur

Nach Auffassung des OLG Frankfurt a. M. (NJW-RR 1989, 794 [795]) dient die Vorschrift dem Interesse der Allgemeinheit an solidarischer Schadensabwehr in akuten Notlagen. Die Wahrung der Interessen des jeweils Betroffenen sei lediglich unselbstständiger Reflex. Das OLG Düsseldorf hat die Frage bisher offen gelassen (NJW-RR 2000, 1623). In der zivilrechtlichen Literatur wird die Eigenschaft als Schutzgesetz zum Teil mit dem Hinweis darauf verneint, dass derjenige, welcher eine bloße Hilfeleistung unterlasse, nicht in gleicher Weise haften solle wie der Schädiger (Dütz, NJW 1970, 1822 [1824]; Bamberger/Roth/Spindler, BGB, 2003, § 823 Rz. 176; Staudinger/Schäfer, BGB, 12. Bearb., § 823 Rz. 591; Steffen, in: RGRK, 12. Aufl., § 823 Rz. 546). Nach anderer Ansicht dient § 323 c StGB gerade auch dem Schutz des Einzelnen (Mertens, in: MünchKomm, 3. Aufl., § 823 Rz. 366; Soergel/Zeuner, BGB, 12. Aufl. [1998], § 823 Rz. 158; Erman/Schiemann, BGB, 11. Aufl. [2004], § 823 Rz. 160). Hieraus wird der Schutzgesetzcharakter i. S. v. § 823 II BGB abgeleitet.

In der neueren strafrechtlichen Kommentarliteratur wird überwiegend die Auffassung vertreten, die Norm schütze Individualrechtsgüter, die auf Grund einer Notlage der Gefahr einer Beeinträchtigung bzw. eines Schadens ausgesetzt seien (Tröndle/Fischer, StGB, 52. Aufl., § 323 c Rz. 1; Spindel, in: LK, 10. Aufl., § 323 c Rz. 29 m. w. N. zur anderen Auffassung; Rudolphi, in: SK-StGB, § 323 c Rz. 1; Cramer/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, StGB, 26. Aufl., § 323 c Rz. 1). Zum Teil wird ausdrücklich der Schutzgesetzcharakter der Norm i. S. v. § 823 II BGB bejaht (Tröndle/Fischer, § 323 c Rz. 1, allerdings ohne Begründung).

b. Auffassung des Senats

Der Senat schließt sich der Auffassung an, die § 323 c StGB als Schutzgesetz i. S. v. § 823 II BGB begreift. Denn der Schutz der Individualrechtsgüter des durch einen Unglücksfall Betroffenen ist nicht nur Rechtsreflex, sondern jedenfalls auch Ziel der Norm. Aus den

Gesetzesmaterialien lassen sich Schlussfolgerungen darauf, dass das Gesetz nur dem Allgemeinwohl dienen soll, nicht ziehen. So ist in der amtlichen Begründung zum Gesetzentwurf zwar der Gedanke der sozialen Verantwortlichkeit gegenüber der Gemeinschaft herausgestellt, als Strafgrund wird jedoch die "Versäumung einer wirklichen Chance zu erfolgreicher Schadensabwendung" angeführt (Verhandlungen des dt. BT, I. Wahlperiode 1949, BT-Dr 3713 [1952], S. 44, 1. Sp.). Damit ist jedenfalls auch das Ziel erkennbar, individuelle Rechtsgüter des in Not Geratenen zu schützen. Die Gegenmeinung stellt demgegenüber zu sehr auf eine Verletzung der im Allgemeininteresse liegenden Handlungspflicht ab. Hierbei wird jedoch verkannt, dass Strafgrund und geschütztes Rechtsgut unterschiedlich zu bestimmen sein können (vgl. Spindel, in: LK, § 323 c Rz. 26). Der Strafgrund der Vorschrift, nämlich die Verletzung der im Einzelfall bestehenden Hilfeleistungspflicht, dient nicht isoliert dem Schutz eines funktionierenden und auf Solidarität beruhenden Gemeinwesens. Die Vorschrift zielt gerade darauf ab, die Schäden an Individualrechtsgütern zu verhindern, die in Gefahr geraten sind.

Mit der Anerkennung des § 323 c StGB als Schutzgesetz wird die zivilrechtliche Haftung nicht in unzulässiger Weise ausgedehnt. Soweit die Gegenansicht darauf abstellt, dass der untätig Bleibende in den Haftungsfolgen nicht einem Täter gleichgestellt werden dürfe, kann dies nach Auffassung des Senats eine Haftung nicht ausschließen. Die Argumentation lässt unbeachtet, dass die zivilrechtliche Haftung durch das Erfordernis des Eintritts des Schadens und der Zurechnung einzelner Schäden als Folge der verletzen Hilfeleistung ausreichend begrenzt ist. Andererseits ist es auch nicht unbillig, denjenigen mit einer zivilrechtlichen Haftung zu überziehen, der durch die Erfüllung seiner Hilfeleistungspflicht Schaden von anderen abwenden kann, wenn diese auf Grund seiner Untätigkeit tatsächlich Beeinträchtigungen ihrer Rechtsgüter erleiden. Dass diese Haftung im Einzelfall derjenigen des Täters gleichkommt, muss hingenommen werden. Denn im Regelfall hat der Unterlassende die Möglichkeit eines Rückgriffs im Rahmen der §§ 840, 426 BGB. Fällt diese Möglichkeit fort, etwa weil ein Täter nicht vorhanden, nicht ermittelbar oder vermögenslos ist, kann hieraus eine Haftungsfreistellung für den untätig Bleibenden nicht hergeleitet werden. Denn es ist kein Grund ersichtlich, den Verletzten in diesem Fall ohne Ersatzmöglichkeit gegenüber einem Verursacher des Schadens zu belassen.

Die Kl. kann damit auch von den Bekl zu 2 bis 4 als Gesamtschuldner dem Grunde nach Schmerzensgeld gem. §§ 847 II, 840 BGB fordern. Der Höhe nach ist die Schmerzensgeldforderung gegenüber den Bekl. zu 2 bis 4 jedoch nicht vollständig gerechtfertigt. Eine Gesamthaftung nach § 830 II BGB scheidet aus. Die

Kl. selbst behauptet insoweit kein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der Bekl. zu 2 bis 4 mit dem Bekl. zu 1. Für eine Tatbeteiligung im Rahmen einer psychischen Beihilfe oder Anstiftung hat die Kl. Anhaltspunkte nicht vorgetragen. Auch im Rahmen einer gesamtschuldnerischen Haftung nach § 840 BGB ist eine unterschiedliche Haftung der Gesamtschuldner möglich (Palandt/Thomas, § 840 Rz. 4). Deshalb ist die jeweilige Haftung der Bekl. zu 2 bis 4 nach dem Ausmaß ihres individuellen Verschuldens und der Verursachung festzulegen. Weil die Bekl. zu 2 bis 4 in zwei Fällen untätig geblieben sind, andererseits ein Einschreiten ohne weiteres möglich war, erscheint eine jeweilige Ersatzpflicht in Höhe von 4.000,00 Euro angemessen. Angesichts der unstreitigen starken Alkoholisierung der Bekl. zu 2 bis 4 und ihrer im Vergleich zum Bekl. zu 1 vergleichsweise geringeren Mitwirkung am Schadenserfolg ist ein höherer Schmerzensgeldanspruch nicht gerechtfertigt.

III. Keine parallele Anwendung des § 826 BGB

Darüber hinaus können die Ansprüche der Kl. nicht auf eine sittenwidrige Schädigung nach § 826 BGB gestützt werden. Die Norm eröffnet eine Haftungsmöglichkeit für die Verletzung immaterieller Persönlichkeitsinteressen jenseits entsprechender gesetzlicher Schutzvorschriften (Wagner, in: MünchKomm., 4. Aufl., § 826 Rz. 1). Allerdings hat § 826 BGB als Ergänzung zu den Tatbeständen der §§ 823 ff. BGB Aufnahmefunktion (Erman/Schiemann, § 823 Rz. 1; Bamberger/Roth/ Spindler, § 826 Rz. 1; Soergel/Hönn/Dönnewey, § 826 Rz. 1). Soweit schon - wie im vorliegenden Fall - über § 823 II BGB in Verbindung mit dem verletzten Schutzgesetz ein Ersatzanspruch hergeleitet werden kann, besteht für eine extensive Anwendung des § 826 BGB kein Bedürfnis. Bezeichnenderweise wird die Anwendung der Vorschrift auch gerade von den Stimmen in der Literatur für möglich gehalten, die § 323 c StGB nicht als Schutzgesetz ansehen (vgl. hierzu Dütz, NJW 1970, 1822 [1826]).

B. Berufung des Bekl. zu 5 gegen seine erstinstanzliche Verurteilung

Die Berufung des Bekl. zu 5 ist zulässig, hat in der Sache aber nur zum Teil Erfolg.

I. Fehlender Nachweis eines Vorsatzes zur Anstiftung oder Beihilfe

Die Feststellungen im angegriffenen Urteil des LG tragen die rechtliche Einordnung der Handlungen des Bekl. zu 5 als Anstiftung oder Beihilfe i. S. v. § 830 II

BGB nicht. § 830 BGB setzt voraus, dass die Tat entweder gemeinsam begangen wurde oder eine Tatbeteiligung i. S. v. Anstiftung oder Beihilfe vorliegt. Die in § 830 II BGB verwendeten Begriffe des Anstifters und des Gehilfen sind im strafrechtlichen Sinne zu verstehen (Palandt/Thomas, § 830 Rz. 4; Bamberger/Roth, § 830 Rz. 10 f.; Wagner, in: MünchKomm., § 830 Rz. 11 f.). Notwendig ist damit für die Anstiftung nach § 26 StGB vorsätzliches Hervorrufen des Tatentschlusses beim Haupttäter oder nach § 27 StGB vorsätzliche Hilfeleistung zur vorsätzlichen Haupttat. Dass der Bekl. zu 5 in seinen Vorsatz aufgenommen hat, den Tatentschluss des Bekl. zu 1 hervorzurufen oder ihm jedenfalls psychische Beihilfe zu der Vergewaltigung zu leisten, kann entgegen der Auffassung des LG nicht angenommen werden. Die Strafkammer des LG hat auf der Grundlage gleicher Feststellungen vielmehr ausdrücklich ausgeschlossen, dass der Bekl. zu 5 bereits bei seinen Bemerkungen mit den sich daran anschließenden Übergriffen rechnete. Die Argumentation im angegriffenen Urteil, bereits die Äußerung selbst belege den Vorsatz, wird durch ausreichende Tatsachengrundlagen nicht gestützt. Es bleibt offen, inwieweit aus der Formulierung, man habe die Kl. "nicht umsonst mitgenommen" oder aus den weitergehenden beleidigenden Äußerungen erkennbar ist, dass der Bekl. zu 5 mit sexuellen Übergriffen rechnete und hierzu auffordern wollte. Dass die Äußerungen des Bekl. zu 5 ursächlich für den Entschluss des Bekl. zu 1 waren, die Kl. zu vergewaltigen, entbindet nicht vom Nachweis, dass der Bekl. zu 5 mit Eventualvorsatz gehandelt hat. Weil die Kl. sich für den Sachverhalt auf das Strafverfahren bezogen und keinen weitergehenden Beweis angeboten hat, waren weitergehende Feststellungen durch den Senat nicht veranlasst.

II. Haftung auch des Bekl. zu 5 gem. § 823 II BGB i. V. m. § 323 c StGB

Der Bekl. zu 5 ist jedoch ebenso wie die Bekl. zu 2 bis 4 nach §§ 847, 840, 823 II BGB, § 323 c StGB zur Zahlung eines Schmerzensgeldes in Höhe von 4.000,00 Euro verpflichtet. Insoweit kann auf die Ausführungen zu A. verwiesen werden. Ein höheres Schmerzensgeld ist auch insoweit nicht angebracht, als er die Kl. beleidigt hat. Einerseits tritt dieses Verhalten hinter dem Unrechtsgehalt der unterlassenen Hilfeleistung nahezu vollständig zurück, andererseits hält der Senat es nicht für geboten, dass der durch die Beleidigung erlittene immaterielle Schaden der Kl. durch eine Entschädigung in Geld ausgeglichen wird.

Standort: ZVG**Problem: Einstellung der Teilungsversteigerung**

BGH, BESCHLUSS VOM 25.06.2004
IXA ZB 267/03 (NJW 2004, 3635)

Problemdarstellung:

Um einen Titel auf Zahlung eines Kostenvorschusses für die Beseitigung einer unter Missachtung nachbarrechtlicher Grenzabstände errichteten Garage i. H. v. 2.786,54 Euro durchzusetzen, pfändete der Vollstreckungsgläubiger den Anspruch des Vollstreckungsschuldners auf Aufhebung der Bruchteilsgemeinschaft (§ 749 I BGB) an dem Hausgrundstück, welches im Miteigentum des Vollstreckungsschuldners und seiner Ehefrau stand, und ließ ihn sich zur Einziehung überweisen. Anschließend leitete er umgehend die Teilungsversteigerung nach § 180 ZVG ein, was die Grundstückseigentümer mit Rechtsbehelfen nach § 180 II ZVG und § 765 a ZPO zu unterbinden versuchten. Sie stützten dies unter anderem auf die Behauptung, dem Vollstreckungsgläubiger gehe es gar nicht so sehr um die Beseitigung der streitauslösenden Garage, sondern vielmehr darum, ihnen einen möglichst großen Schaden zuzufügen. Außerdem führe das gesamte Verfahren zu einer lebensbedrohenden Gefährdung der gesundheitlich sehr labilen Ehefrau des Vollstreckungsschuldners.

Dass der BGH dieser Argumentation im Ergebnis den Erfolg versagte, überrascht nur vordergründig. Bei genauerem Hinsehen handelt es sich um eine ebenso konsequente wie begrüßenswerte Entscheidung. Einerseits stellt sie heraus, dass eine vorläufige Einstellung der Teilungsversteigerung nach § 180 II ZVG nur auf vorübergehende besondere Umstände gestützt werden kann, andererseits zeigt sie dem Vollstreckungsschuldner, dem es hier ganz offensichtlich nur darum ging, seinem Gläubiger gegenüber nicht nachgeben zu müssen, in aller Deutlichkeit seine Grenzen auf. Es ist eine geradezu zynische Argumentation, dem Vollstreckungsgläubiger vorwerfen zu wollen, er gefährde mit seiner Vorgehensweise die Gesundheit der Ehefrau des Schuldners, während dieser selbst doch das einfachste und schnellste Mittel in der Hand hält, um den Belastungen seiner Ehefrau ein Ende zu setzen: die Zahlung des geschuldeten Kostenvorschusses oder die Beseitigung der rechtswidrig errichteten Garage.

Prüfungsrelevanz:

Diese Entscheidung berührt vollstreckungsrechtliche Themen, die insbesondere im Rahmen des 2. juristischen Staatsexamens von Bedeutung sind. Dies beginnt schon damit, dass es sich bei der Versteigerung des Hausgrundstückes gar nicht um eine Maßnahme

der Immobilizarzwangsvollstreckung handelt, sondern an und für sich nur um die Aufhebung der an dem Grundstück bestehenden Bruchteilsgemeinschaft mit dem Zweck der späteren Verteilung des Versteigerungserlöses gem. §§ 749 I, 753 I BGB. Der Gesetzgeber stellt den Miteigentümern für diesen Fall gem. § 180 I ZVG lediglich das Versteigungsverfahren nach dem ZVG zur Verfügung, was nach ganz h. M. allerdings auch zur Folge hat, dass den beteiligten die allgemeinen vollstreckungsrechtlichen Rechtsbehelfe zur Verfügung stehen müssen, soweit sie Einwände gegen das Verfahren geltend machen wollen.

Die eigentliche Vollstreckungsmaßnahme war die Pfändung und Überweisung des Aufhebungsanspruchs aus § 749 I BGB gem. §§ 857, 829, 835 ZPO. Der dieser Maßnahme zugrunde liegende Titel mag wiederum ein Beschluss des Prozessgerichts des 1. Rechtszuges, das den Schuldner zur Beseitigung der Garage verurteilt hatte, gem. §§ 887 II, 891 ZPO gewesen sein. Hinsichtlich der im Verhältnis zweier Grundstücksnachbarn bei der Errichtung von Gebäuden zu beachtenden privatrechtlichen Grenzabstände sei auf die entsprechenden landesrechtlichen Regelungen des Nachbarrechts verwiesen (vgl. z. B. § 1 NachbG NW, HiRe Nr. 185), welche von bauordnungsrechtlichen Bestimmungen in den jeweiligen Landesbauordnungen getrennt zu betrachten sind.

Vertiefungshinweise:

Zum Verhältnis der Zwangsverwaltung nach §§ 146 ff. ZVG gegenüber einem dinglichen Nießbrauchsrecht: *BGH*, NJW 2003, 2164; *Schmidt*, JuS 2003, 1029

Zur Haftung eines das Grundstück bewertenden Sachverständigen ggü. dem Ersteigerer: *BGH*, RA 2003, 774 = NJW 2003, 2825

Kursprogramm:

Assessorkurs: "Grundstücksauseinandersetzung"

Leitsätze:

1. Dauerhafte gesundheitliche Beeinträchtigungen eines Beteiligten rechtfertigen nicht die einstweilige Einstellung der Teilungsversteigerung nach § 180 II ZVG.

2. Zur Interessenabwägung bei einem auf gesundheitliche Gefahren für Angehörige gestützten Antrag auf Einstellung der Teilungsversteigerung, die nach Pfändung und Überweisung des Teilungsanspruchs von dem Gläubiger eines Miteigentümers betrieben wird.

Sachverhalt:

Der Bet. zu 2 errichtete mit seinen Söhnen auf deren Grundstück eine Garage, wobei sie den erforderlichen Grenzabstand zum Grundstück des Rechtsbeschwerdeführers (Rechtsbf.) nicht einhielten. Der Rechtsbf. erwirkte gegen den Bet. zu 2 einen Titel, wonach dieser als Gesamtschuldner für den Abriss der Garage einen Kostenvorschuss in Höhe von 5.450,00 DM (2.786,54 Euro) zu zahlen hat. Auf der Grundlage dieses Titels pfändete er den Anspruch des Bet. zu 2 auf Aufhebung der Gemeinschaft an dem verfahrensgegenständlichen Hausgrundstück, welches dem Bet. zu 2 und dessen Ehefrau, der Bet. zu 3, jeweils zur Hälfte gehört, sowie auf Aufteilung und Auszahlung des Erlöses und ließ ihn sich zur Einziehung überweisen. Sodann beantragte der Rechtsbf. die Zwangsversteigerung des Grundstücks zum Zwecke der Aufhebung der Gemeinschaft, welche das AG mit Beschluss vom 18.02.2002 anordnete. Die Bet. zu 2 und 3 beantragten daraufhin Vollstreckungsschutz, weil eine Vollstreckungsabwehrklage anhängig und die Zwangsversteigerung unverhältnismäßig sowie rechtsmissbräuchlich sei. Das AG wies den Antrag zurück, nachdem das OLG es - auch unter dem Gesichtspunkt eines vorsätzlichen schädigenden Sittenverstößes i. S. d. § 826 BGB - abgelehnt hatte, die Vollstreckung für unzulässig zu erklären. Die sofortige Beschwerde der Bet. zu 2 und 3 gegen den Beschluss des AG hatte keinen Erfolg. Auf die Rechtsbeschwerde der Bet. zu 2 und 3 hob der Senat den Beschluss des LG auf und verwies die Sache zurück, weil der Einzelrichter an Stelle der Kammer entschieden hatte. Die geschäftsplanmäßig nunmehr zuständige Zivilkammer hat den Beschluss des AG aufgehoben und das Teilungsversteigerungsverfahren für die Dauer von sechs Monaten einstweilen eingestellt. Die hiergegen gerichtete - zugelassene - Rechtsbeschwerde des Bet. zu 1 war erfolgreich.

Aus den Gründen:**A. Entscheidung und Begründung des BeschwGer.**

Das LG hat die Voraussetzungen für die einstweilige Einstellung der Zwangsversteigerung sowohl nach § 765 a ZPO als auch nach § 180 II ZVG bejaht.

Die Zwangsvollstreckung stelle hier eine sittenwidrige Härte dar, weil sie sachfremde Ziele verfolge. Die Bet. zu 2 und 3 hätten vorgetragen und durch eine eidesstattliche Versicherung des Onkels des Bet. zu 1 unter Beweis gestellt, dass es dem Bet. zu 1 weniger um den Abriss der Garage als vielmehr um die finanzielle Schädigung der Bet. zu 2 und 3 gehe. Seine sachfremden Erwägungen würden auch daran deutlich, dass er wegen einer relativ geringen Forderung die Vollstreckung in das Einfamilienwohngrundstück betreibe, anstatt einen Gerichtsvollzieher mit der Beitreibung der Forderung zu beauftragen. Außerdem hafteten neben dem Bet. zu 2 zwei weitere Gesamtschuldner für

die vollstreckbare Forderung, auf deren Grundstück der Bet. zu 1 ebenso eine Zwangssicherungshypothek habe eintragen lassen wie auf dem Grundstück des Bet. zu 2. Ferner befinde sich die zum Abriss bestimmte Garage nicht auf dem Grundstück des Bet. zu 2, so dass die Teilungsversteigerung nicht zur Durchsetzung des Abrisses führen werde. Insbesondere gefährde die beantragte Teilungsversteigerung die Gesundheit der Ehefrau des Schuldners, der Bet. zu 3, nach den vorgelegten ärztlichen Attesten erheblich.

B. Rügen der Rechtsbeschwerde

Demgegenüber vertritt die Rechtsbeschwerde die Auffassung, dass eine sittenwidrige Härte gem. § 765 a ZPO nicht vorliege. Der Gesichtspunkt einer sittenwidrigen Ausnutzung des Vollstreckungstitels hätte spätestens bei der Pfändung des Anspruchs aus § 749 BGB geltend gemacht werden müssen und sei jetzt präkludiert. Mit der Abweisung der Vollstreckungsgegenklage durch das OLG seien alle außerhalb der Versteigerungsanordnung liegenden Umstände erledigt. Die Anordnung der Zwangsversteigerung als solche diene weder sachfremden Zielen noch gefährde sie die Gesundheit der Bet. zu 3. Das BeschwGer. habe insoweit die Darlegungs- und Beweislast verkannt. Die von ihm angeführten Anhaltspunkte für eine Vollstreckung aus unlauteren Gründen reichten nicht aus. Die vorgelegten ärztlichen Bescheinigungen ließen daran zweifeln, ob der Gesundheitszustand nicht Folge des gesamten langwierigen Streits um die Garage sei. Im Übrigen fehle die notwendige Interessenabwägung. Weder moralisch verwerfliche Motive für die Teilungsversteigerung noch die gesundheitliche Gefährdung der Bet. zu 3 rechtfertigten eine Einstellung des Verfahrens nach § 180 II ZVG.

C. Entscheidung des BGH in der Rechtsbeschwerdeinstanz**I. Keine Unzulässigkeit der Rechtsbeschwerde infolge Zeitablaufs**

Die Rechtsbeschwerde ist nicht infolge prozessualer Überholung unzulässig geworden. Zwar ist die sechsmonatige Einstellungsfrist, die ab Erlass des Einstellungsbeschlusses (vgl. § 775 Nr. 2 ZPO; außerdem BGHZ 25, 60 [64 ff.] = NJW 1957, 1480), nicht erst ab dessen Rechtskraft läuft, mittlerweile verstrichen. Dadurch ist das laufende Verfahren hier aber nicht erledigt, denn das BeschwGer. hat angeordnet, dass das Verfahren nur auf Antrag des Gläubigers fortgesetzt und bei nicht fristgemäßem Antrag aufgehoben wird. Die Frage der Wirksamkeit dieser Anordnung ist durch den Zeitablauf nicht geklärt. Im Übrigen ist auch eine Veränderung der Sach- und Rechtslage durch den Zeitablauf nicht eingetreten, so dass die Frage, ob die von den Bet. zu 2 und 3 geltend gemachten Gründe die einstweilige Einstellung des Verfahrens gerechtfertigt

haben, auch für dessen weiteren Verlauf von Bedeutung ist.

II. Fehlen der Voraussetzungen für eine einstweilige Einstellung gem. § 180 II ZVG oder § 765 a ZPO

Das BeschwGer. hat das Teilungsversteigerungsverfahren zu Unrecht einstweilen eingestellt. Die Voraussetzungen für die Gewährung von Vollstreckungsschutz liegen weder nach § 180 II ZVG noch nach § 765 a ZPO vor.

1. § 180 II ZVG nur auf vorübergehende besondere Umstände anwendbar

Die einstweilige Einstellung des Teilungsversteigerungsverfahrens ist nach § 180 II ZVG anzuordnen, wenn dies bei Abwägung der widerstreitenden Interessen der mehreren Miteigentümer angemessen erscheint. Die Einstellung kann einmal wiederholt werden, die Höchstfrist beträgt bei zwei Einstellungen mithin ein Jahr. Sie soll nach ihrem Grundgedanken durch Abwägung der widerstreitenden Interessen verhindern, dass ein wirtschaftlich Stärkerer unter Ausnutzung vorübergehender Umstände die Versteigerung "zur Unzeit" durchsetzt, um den wirtschaftlich Schwächeren zu ungünstigen Bedingungen aus dem Grundstück zu drängen. Besondere Umstände müssen einen befristeten Aufschub angemessen erscheinen lassen, weil in der Einstellungszeit mit einer Veränderung dieser Umstände gerechnet werden kann. Es muss sich um Umstände handeln, die in sechs oder zwölf Monaten voraussichtlich behebbar sind, nicht um solche, die gegen die Teilungsversteigerung als solche sprechen (vgl. BGHZ 79, 249 [255 f.] = NJW 1981, 2065; Stöber, ZVG, 17. Aufl., § 180 Rz.12 m. w. N.).

Dies hat das BeschwGer. im vorliegenden Fall verkannt. Die von ihm angeführten Gesichtspunkte sind als solche schon nicht geeignet, eine vorübergehende Einstellung des Zwangsversteigerungsverfahrens nach § 180 II ZVG zu begründen. Eine etwaige moralisch zu missbilligende Ausnutzung des Vollstreckungstitels zum Zwecke der Schädigung der Rechtsbeschwerdegegnerin (Rechtsbg.) entfällt nicht durch Zeitablauf. Auch ist hier nicht erkennbar, dass sich der Gesundheitszustand der Bet. zu 3 durch eine vorübergehende Einstellung des Verfahrens dauerhaft bessern könnte. Dass er sich bei einer Fortsetzung des Verfahrens sofort wieder verschlechtern würde, liegt angesichts der chronischen Grunderkrankung vielmehr auf der Hand.

2. Enge Auslegung des § 765 a ZPO

Die Rechtsbeschwerde rügt auch zu Recht, dass das LG die einstweilige Einstellung der Teilungsversteigerung auf § 765 a ZPO gestützt hat. Dabei kann für die Entscheidung offen bleiben, ob § 765 a ZPO im Teilungsversteigerungsverfahren anwendbar ist (vgl. etwa OLG Köln, Rpfleger 1991, 197 [198] m. w. N.; KG,

NJW-RR 1999, 434). § 765 a ZPO ermöglicht den Schutz gegen Vollstreckungsmaßnahmen, die wegen ganz besonderer Umstände eine Härte für den Schuldner bedeuten, die mit den guten Sitten nicht zu vereinbaren ist. Diese Vorschrift ist als Ausnahmenvorschrift eng auszulegen. Anzuwenden ist § 765 a ZPO nur dann, wenn im Einzelfall das Vorgehen des Gläubigers nach Abwägung der beiderseitigen Belange zu einem untragbaren Ergebnis führen würde (vgl. BGHZ 44, 138 [143] = NJW 1965, 2107; Stein/Jonas/Münzberg, ZPO, 22. Aufl., § 765 a Rz. 5 ff.; Zöller/Stöber, ZPO, 24. Aufl., § 765 a Rz. 5 ff.; Musielak/Lackmann, ZPO, 3. Aufl., § 765 a Rz. 5 ff.). Dies haben die Rechtsbg. weder unter dem Aspekt der Verwerflichkeit der Vollstreckungsmaßnahme wegen der behaupteten allein beabsichtigten Schädigung noch hinsichtlich der Gesundheitsgefährdung der Bet. zu 3 ausreichend dargelegt.

a. Wahlrecht des Gläubigers unter mehreren möglichen Vollstreckungshandlungen

Der Gläubiger ist grundsätzlich berechtigt, einen titulierten Anspruch im Wege der Zwangsvollstreckung durchzusetzen, wenn der Schuldner seine Verpflichtung nicht freiwillig erfüllt. Unter mehreren möglichen Vollstreckungshandlungen hat der Gläubiger die Wahl. Dass sich der Rechtsbf. hier für eine Vollstreckungsmaßnahme entschieden hat, die angesichts des drohenden Verlusts des Familienwohnheims geeignet ist, einen erheblichen Druck auf die Rechtsbg. auszuüben, lässt diese Vollstreckungsmaßnahme aber nicht schon allein deshalb als sittenwidrige Härte erscheinen. Das Gesetz lässt die Möglichkeit der Zwangsversteigerung auch wegen geringer Forderungen grundsätzlich zu. In diesen Fällen ist es dem Schuldner umso eher möglich, die titulierte Forderung zu erfüllen und dadurch die Zwangsvollstreckung abzuwenden. Auch die behauptete Äußerung des Rechtsbf. gegenüber seinem Onkel lässt nicht den vom BeschwGer. gezogenen Schluss zu, ihm fehle jegliches Interesse am Abriss der Garage und der Beitreibung des Kostenvorschusses hierfür. Die Äußerung, wie sie von den Rechtsbg. vorgetragen und in der "eidesstattlichen Versicherung" wiedergegeben wird, ist völlig aus dem Zusammenhang gerissen, in dem sie gefallen ist, und lässt ihren wirklichen Bedeutungsgehalt daher nicht erkennen. Dass die angestrebte Teilungsversteigerung des Grundstücks der Rechtsbg. nicht zu einem Erlös für den Bet. zu 1 in Höhe des begehrten Kostenvorschusses führen würde, wird von den Bet. zu 2 und 3 selbst nicht behauptet. Das Argument des BeschwGer., dass sich die zum Abriss bestimmte Garage nicht auf diesem Grundstück befinde und daher die Teilungsversteigerung nicht zur Durchsetzung des Abrisses führen würde, geht daher fehl.

b. Beeinträchtigung der gesundheitlichen Belange der

Bet. zu 3 auch durch das Verhalten ihres Ehemannes
Nach der Rechtsprechung des BVerfG verpflichtet das Grundrecht aus Art. 2 II 1 GG die Vollstreckungsgerichte, bei der Prüfung der Voraussetzungen des § 765 a ZPO auch die Wertentscheidungen des Grundgesetzes und die dem Schuldner in der Zwangsvollstreckung gewährleisteten Grundrechte zu berücksichtigen. Ergibt die erforderliche Abwägung, dass die der Zwangsvollstreckung entgegenstehenden, unmittelbar der Erhaltung von Leben und Gesundheit dienenden Interessen des Schuldners im konkreten Fall ersichtlich schwerer wiegen als die Belange, deren Wahrung die Vollstreckungsmaßnahme dienen soll, so kann der trotzdem erfolgende Eingriff das Prinzip der Verhältnismäßigkeit und das Grundrecht des Schuldners aus Art. 2 II 1 GG verletzen (vgl. BVerfGE 52, 214 [219 f.] = NJW 1979, 2607; BVerfG, NJW 1998, 295; NJW-RR 2001, 1523; NJW 2004, 49). Eine Überschreitung dieser verfassungsrechtlichen Vollstreckungsgrenze ist hier jedoch nicht erkennbar. Zwar ist davon auszugehen, dass die Anordnung der Teilungsversteigerung im vorliegenden Fall zu einer Verstärkung der gesundheitlichen Beeinträchtigungen der Bet. zu 3 geführt hat, die nach der ärztlichen Be-

scheinigung des Hausarztes die infolge der Grunderkrankung bestehende Lebensgefahr um ein Vielfaches erhöht hat. Dies rechtfertigt jedoch nicht eine einstweilige Einstellung des Teilungsversteigerungsverfahrens. Die Rechtsbg. können der Gesundheitsgefährdung selbst auf einfachem Weg begegnen, indem der Bet. zu 2 die geschuldete Handlung vornimmt oder vornehmen lässt oder den verlangten Kostenvorschuss einschließlich der weiteren Verfahrenskosten zahlt. Dass ihm dies aus tatsächlichen Gründen nicht möglich sei, behaupten die Rechtsbg. nicht; dagegen spricht auch, dass sie dem Rechtsbf. im Laufe des Verfahrens mehrfach schriftsätzlich entweder einen Abriss der rechtswidrig errichteten Garage oder eine Zahlung des Kostenvorschusses in Aussicht gestellt, dies dann aber ohne ersichtlichen Grund nicht ausgeführt haben. Die Bet. zu 3 hat keinen vollstreckungsrechtlichen Schutzanspruch darauf, dass der Rechtsbf. als Teilungsgläubiger ihren gesundheitlichen Belangen Rücksichten zollt, die ihr eigener Ehemann in seinem Widerstand gegen die Beitreibung der Ersatzvornahmekosten zu nehmen nicht bereit ist. Eine sittenwidrige Härte ist unter diesen Umständen nicht erkennbar.

Strafrecht**Standort: §§ 25 II, 227 StGB****Problem: Mittäterexzess**

BGH, URTEIL VOM 19.08.2004
5 STR 218/04 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Die drei Angeklagten hatten das Opfer gemeinschaftlich schwer misshandelt. Einer der Angeklagten entschloss sich dann dazu, dem Opfer auf den Kopf zu springen und tötete dieses dadurch, wobei den Mitangeklagten nicht nachgewiesen werden konnte, dass sie hiermit gerechnet hatten. Deshalb verurteilte das Landgericht Neuruppin auch nur den Angeklagten, der den Sprung ausgeführt hatte, wegen Mordes (§ 211 StGB) und sprach die anderen Angeklagten insofern frei. Der BGH hob die Freisprüche auf, da den Mitangeklagten die Tötung des Opfers als Mittäter zwar nicht im Rahmen des Mordes, aber einer Körperverletzung mit Todesfolge (§ 227 I StGB) zuzurechnen sei.

Prüfungsrelevanz:

Die verschiedenen Beteiligungskonstellationen und die sich dort ergebenden Probleme gehören zum Standardwissen in beiden Examen. Insofern sind Fragen zum Mittäterexzess, wie sie vom BGH auch im vorliegenden Fall angesprochen werden, ein in Klausuren besonders häufig anzutreffendes Problem.

Die Mittäterschaft gem. § 25 II StGB ist dadurch gekennzeichnet, dass nicht jeder Mittäter den Tatbestand selbst verwirklichen muss, sondern Handlungen eines Mittäters den anderen Mittätern zugerechnet werden können. Eine Mittäterschaft setzt jedoch stets einen gemeinsamen Tatplan aller Mittäter voraus, wenn dieser auch nur grob formuliert werden muss und es einer ins einzelne gehenden Vorstellung von den Tathandlungen der anderen Mittäter nicht bedarf (BGH, NStZ 2003, 662; Tröndle/Fischer, § 25 Rn: 8 a). Der Tatplan ist jedoch insofern entscheidend als er die Grenzen der gegenseitigen Zurechnung festlegt (OLG Düsseldorf, NJW 1987, 268; Tröndle/Fischer, § 25 Rn. 8). Nimmt ein Mittäter Handlungen vor, die nicht vom gemeinsamen Tatplan gedeckt sind, so werden diese den anderen Mittätern nicht zugerechnet (sog. "Mittäterexzess", vgl. BGHSt 36, 234; LK-Roxin, § 25 Rn. 175 mwN).

Aus diesem Grunde haben sich sowohl das Landgericht als auch der BGH nicht in der Lage gesehen, diejenigen Angeklagten, die den tödlichen Sprung nicht selbst ausgeführt hatten, als Mittäter eines Mordes zu

bestrafen, da die - vorsätzliche - Tötung des Opfers nicht dem gemeinsamen Tatplan entsprach und deshalb einen Exzess darstellte.

Der BGH weist jedoch ausdrücklich darauf hin, dass dieses Ergebnis (die Nichtzurechnung der - vorsätzlichen - Tötung) eine Strafbarkeit der anderen Mittäter wegen eines Delikts, das lediglich eine Haftung für eine fahrlässige Herbeiführung des Erfolges vorsieht - also insb. wegen einer Erfolgsqualifikation (hier: § 227 StGB) -, nicht unbedingt ausschließt. Insofern führt der BGH seine bisherige Rechtsprechung - die auch der herrschenden Literatur und insb. dem Wortlaut des § 18 StGB entspricht - fort, dass es im Rahmen einer mittäterschaftlichen Begehung eines erfolgsqualifizierten Delikts nur erforderlich ist, dass der gemeinsame Plan sich auf eine gemeinsame Ausführung hinsichtlich des Grunddelikts bezieht, sofern jeder Mittäter bzgl. der schweren Folge selbst fahrlässig handelt (BGH, NStZ 1998, 511; Roxin, AT II, § 265 Rn. 197). Hierbei ergibt sich die erforderliche Fahrlässigkeit bereits aus der - gemeinschaftlichen - Begehung des Grunddelikts, so dass nur noch die Vorhersehbarkeit der schweren Folge zu prüfen ist (BGH, NStZ 1997, 82). Da alle Angeklagten bzgl. des Grunddeliktes gem. § 223 I StGB aufgrund eines gemeinsamen Tatplans handelten und sich die (vorsätzliche) Tötung des Opfers durch einen von ihnen als vorhersehbare Eskalation des Geplanten darstellte, ist der BGH von einer Strafbarkeit der übrigen Angeklagten wegen mittäterschaftlicher Körperverletzung mit Todesfolge (§ 227 I StGB) ausgegangen.

Die vorliegende Entscheidung stellt insofern eine Ausweitung der bisherigen Rechtsprechung des BGH dar als dieser in der Vergangenheit für eine Mittäterschaft an einer Erfolgsqualifikation verlangt hatte, dass im Rahmen des Grunddelikts die konkrete Handlung, durch die die schwere Folge herbeigeführt wurde, vom Vorsatz aller Mittäter umfasst war (BGH, NStZ 1997, 82; 1998, 511; Schönke/Schröder-Cramer/Sternberg-Lieben, § 18 Rn. 7). Dies wiederholt der BGH im vorliegenden Fall nicht, da es hier auch überaus fraglich wäre, ob die konkrete Handlung (der Sprung auf den Kopf) wirklich von allen Mittätern vorhergesehen worden war.

Vertiefungshinweise:

☐ Zum Mittäterexzess: BGH, NStZ 1998, 511; 2000, 29; 2001, 143; Herzberg, NStZ 1999, 217; Küpper,

ZStW 105, 295; Scheffler, JuS 1992, 920; Streng, JuS 1991, 910;

Zur Mittäterschaft bei erfolgsqualifizierten Delikten: BGH, NStZ 1997, 82; 1998, 511;

Kursprogramm:

Examenskurs: "Heimatfilme"

Sachverhalt:

Opfer der im Sommer 2002 begangenen Tat war der damals 16jährige M Schö, den der im selben Dorf wohnende damals 17jährige Angeklagte M S von früheren gemeinsamen Freizeitaktivitäten näher kannte. M S und die Mitangeklagten, sein älterer Bruder, der 23jährige M Sch, und sein Ausbildungskollege, der 17jährige F, der sich zur Tatzeit auf einem Wochenendbesuch bei den Brüdern Sch befand, verachteten M Schö als "Punk", der Anhänger der "Hip-Hop"-Musikszene war und blond gefärbte Haare und weite Hosen trug. Die Angeklagten bekannten sich hingegen zu rechtsradikaler Einstellung, M S freilich erst seit kurzer Zeit als Mitläufer seines Bruders M. Vor dessen letzter Haftentlassung hatte er, einem verbreiteten Trend folgend, gemeinsam mit M Schö noch selbst der Techno- und "Hip-Hop"-Szene zugeneigt.

In der Nacht zum 13. Juli 2002 wurde M Schö im späteren Verlauf eines in den Abendstunden begonnenen längeren Trinkgelages von den drei Angeklagten wiederholt gedemütigt, misshandelt und genötigt. So wurde der Junge geschlagen; er wurde bis zum Erbrechen zum Alkoholtrinken gezwungen; er sollte sich als "Jude" bezeichnen; der Angeklagte F urinierte auf ihn, als er am Boden lag. (Erster Tatkomplex)

Bei gemeinsamer Heimfahrt mit Fahrrädern zwangen die Angeklagten ihr Opfer, sich mit ihnen auf ein abgelegenes landwirtschaftliches Gelände und dort in einen großen Schweinestall zu begeben, wo sie weiterhin abwechselnd auf den Jungen einschlugen und ihn ängstigen wollten. Zweimal zwangen sie ihn, in die Steinkante eines Schweinetrogs zu beißen. M S wollte ihn damit durch Nachstellen einer brutalen Mordszene aus einem Film, der jedenfalls auch F bekannt war, schockieren. Als der verängstigte Junge, der Aufforderung folgend, zum zweiten Mal in den Steintrog biss, entschloss sich M S spontan aus einem Motivbündel von menschenverachtender Abenteuerlust und Impulserfordernis, die Filmszene vollends in die Realität umzusetzen. Er sprang M Schö mit direktem Tötungsvorsatz mit beiden Füßen, an denen er Springerstiefel mit Stahlkappen trug, auf den Kopf. Die beiden anderen Angeklagten hatten hiermit möglicherweise nicht gerechnet. Während sich F, nunmehr schockiert, abwandte und zunächst abseits hielt, beschloss M Sch, das Opfer, das sichtbar schwerste Kopfzerquetschungen und Schädelbrüche erlitten hatte, endgültig zu beseitigen, um die Entdeckung der Tat zu verhindern. Er

suchte gemeinsam mit seinem Bruder nach einem geeigneten Tatwerkzeug. M S fand einen großen schweren Betonstein.

Diesen warf er M Schö, den er und sein Bruder – möglicherweise zu Unrecht – noch für lebend hielten, zweimal auf den Kopf. Anschließend vergruben die drei Angeklagten die Leiche des M Schö in einer Jauchegrube. (Zweiter Tatkomplex)

Aus den Gründen:

I. Entscheidung des Landgerichts

Im ersten Tatkomplex hat das Landgericht die Angeklagten M Sch und F jeweils der gefährlichen Körperverletzung in drei Fällen – in zwei Fällen in Tateinheit mit Nötigung, in einem Fall mit versuchter Nötigung – (Einzelfreiheitsstrafen für M Sch: ein Jahr sowie zweimal ein Jahr und sechs Monate), den Angeklagten M S der gefährlichen Körperverletzung in Tateinheit mit Nötigung für schuldig befunden; wegen des Anklagevorwurfs eines weiteren entsprechenden tatmehrheitlichen Geschehens, das möglicherweise nicht zusätzlich stattgefunden hatte, wurden die drei Angeklagten aus tatsächlichen Gründen freigesprochen.

Im zweiten Tatkomplex hat das Landgericht die drei Angeklagten jeweils einer weiteren tatmehrheitlichen gefährlichen Körperverletzung in Tateinheit mit Nötigung für schuldig befunden, ferner den Angeklagten M S des Mordes aus niedrigen Beweggründen und den Angeklagten M Sch des versuchten (Verdeckungs-)Mordes (Einzelfreiheitsstrafen für M Sch: zwei Jahre und zehn Jahre). Vom Anklagevorwurf des vollendeten Mordes hat das Landgericht die Angeklagten M Sch und F aus tatsächlichen Gründen freigesprochen.

Der Angeklagte M S wurde zu einer Jugendstrafe von acht Jahren und sechs Monaten verurteilt, der Angeklagte M Sch – unter Einbeziehung anderweitig rechtskräftig verhängter Einzelfreiheitsstrafen (ein Jahr sowie ein Jahr und sechs Monate, jeweils wegen gefährlicher Körperverletzung u. a., ferner zehn Monate wegen eines Verkehrsvergehens) – zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 15 Jahren, der Angeklagte F zu einer Jugendstrafe von zwei Jahren (ohne Bewährung).

II. Rechtsmittel

Der Angeklagte M Sch ficht seine Verurteilung umfassend mit der Sachrüge an. Die Staatsanwaltschaft führt Revisionen zum Nachteil aller drei Angeklagter mit einer Verfahrensrüge und der Sachrüge.

Sie greift die Schuldsprüche und Freisprüche im ersten Tatkomplex nicht an; insoweit erstrebt sie lediglich eine Urteilsberichtigung, soweit die Qualifikation der "gefährlichen" Körperverletzung bei dem Angeklagten F versehentlich nicht im Urteilstenor bezeichnet worden ist. Zum zweiten Tatkomplex rügt die Staatsanwaltschaft die Beweiswürdigung und die rechtliche Würdigung, insbesondere beanstandet sie, dass das

Landgericht nicht zu Schuldsprüchen wegen gemeinschaftlichen vollendeten Mordes gegen alle drei Angeklagten gelangt ist, was sich bei allen, auch bei M S – insoweit wird die Revision der Staatsanwaltschaft vom Generalbundesanwalt nicht vertreten –, rechtsfehlerhaft zu ihrem Vorteil bei der Strafzumessung ausgewirkt habe.

III. Zur Revision des Angeklagten M Sch

Die Revision des Angeklagten M Sch ist offensichtlich unbegründet. Insbesondere ist gegen seine Verurteilung wegen gemeinschaftlich versuchten Verdeckungsmordes, zu dessen Begehung er nach den rechtsfehlerfrei getroffenen Urteilsfeststellungen die Initiative ergriffen und die Tatherrschaft bis hin zur eigenhändigen Tatausführung durch seinen Bruder auch behalten hat, sachlichrechtlich nichts zu erinnern. Auf Revision der Staatsanwaltschaft ist die Beurteilung der Konkurrenzen im zweiten Tatkomplex ohnehin zu korrigieren und das Unterbleiben einer Maßregelordnung nach § 64 StGB zu beanstanden; M Sch ist insoweit konkret nicht beschwert.

IV. Zur Revision der Staatsanwaltschaft

Die Revision der Staatsanwaltschaft führt bei dem Angeklagten M S lediglich zu einer Schuldspruchänderung infolge abweichender Beurteilung der Konkurrenzen, die ohne Einfluss auf den Rechtsfolgenanspruch bleibt. Bei den beiden anderen Angeklagten haben die Revisionen jeweils den aus dem Urteilstenor ersichtlichen Teilerfolg.

1. Zur Verfahrensrüge

Die Verfahrensrüge und die Angriffe der Staatsanwaltschaft gegen die tatrichterliche Beweiswürdigung bleiben erfolglos.

Mit dem Zitat von Auszügen aus dem vorbereitenden Gutachten des in der Hauptverhandlung vernommenen psychiatrischen Sachverständigen, deren Inhalt nach Auffassung der Beschwerdeführerin eine Erörterung im Urteil – mit der naheliegenden Folge abweichender Beweiswürdigung zum gemeinschaftlichen Mordvorsatz – erfordert hätte, lässt sich eine Verletzung des § 261 StPO durch Nichtausschöpfung der Aussage des psychiatrischen Sachverständigen methodisch nicht nachweisen. Dies liefe auf eine im Revisionsverfahren unzulässige Rekonstruktion der für die Urteilsfindung maßgeblichen Aussage des Sachverständigen in der Hauptverhandlung hinaus. Für eine Rüge der Verletzung der Aufklärungspflicht oder der Nichtausschöpfung eines in der Hauptverhandlung verwendeten Beweismittels, die bei unerklärten eklatanten Widersprüchen zwischen Akten- und Urteilsinhalt in Ausnahmefällen statthaft sein kann (vgl. BGHSt 43, 212, 215 f.), fehlt es schon am vollständigen Vortrag (§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO) des mit dem angeblichen Verstoß zusammenhängenden Akteninhalts, zu dem hier mindestens

die vorbereitenden Gutachten in vollständiger Form und die in den Akten festgehaltenen Einlassungen der Angeklagten gehört hätten.

In der Sache laufen zudem die zugehörigen Beanstandungen der Staatsanwaltschaft nicht anders als die geäußerten sachlichrechtlichen Einwände gegen die Beweiswürdigung des Landgerichts letztlich auf einen im Revisionsverfahren nicht statthaften Versuch hinaus, die dem Tatgericht obliegende Beweiswürdigung durch eine eigene zu ersetzen. Tatsächlich lässt die beanstandete tatgerichtliche Beweiswürdigung im Zusammenhang mit der Frage, ob die Angeklagten M Sch und F sich – mindestens stillschweigend – mit M S auf ein gemeinsames Tatvorhaben verständigt haben, das in den Steintrog beißende Opfer nach der Filmvorlage hinzurichten, oder ob sie mit einem solchen Vorgehen ihres Mittäters gerechnet haben, Rechtsfehler nicht erkennen. Die Auffassung des Landgerichts, eine von den beiden anderen Angeklagten weder vorab gebilligte noch vorhergesehene Spontantat M S s – wie dieser sie eingestanden hat – lasse sich nicht ausschließen, ist weder widersprüchlich noch lückenhaft begründet; dies gilt auch im Blick auf die zweimalige Nötigung des Opfers, in den Trog zu beißen, die auch als wiederholte Demütigung und Ängstigung interpretierbar ist. Die der Tötung vorangegangenen Körperverletzungshandlungen waren bei aller Steigerung noch nicht lebensgefährdend; danach ist hier noch nicht zu beanstanden, dass das Landgericht es unterlassen hat, einen Mittäterversatz zu erörtern, der so stark gesteigert war, dass dabei sogar die Tötung des Opfers durch einen enthemmten Tatgenossen in Kauf genommen wurde (vgl. BGH, Urteile vom 20. Januar 2004 – 5 StR 530/03 – und vom 30. März 2004 – 5 StR 410/03). Es begründet keinen revisiblen Rechtsfehler, dass ein abweichendes Ergebnis der Beweiswürdigung zu einem gemeinschaftlichen Tötungsvorsatz möglich – unter Umständen gar näher liegend – gewesen wäre.

Dass die beiden anderen Angeklagten daher nicht als Mittäter M Ss bei dem durch den Sprung auf den Kopf begangenen Mord angesehen worden sind, ist danach ebensowenig zu beanstanden wie die – ebenfalls rechtsfehlerfrei – unterbliebene Prüfung, ob sie für diesen Mord, der nach vertretbarer tatrichterlicher Auffassung nicht von ihrem Wissen und Wollen erfasst war, als Unterlassungstäter verantwortlich sein könnten.

2. Zur Sachrüge bzgl. M S

Auf der Grundlage der mithin fehlerfrei getroffenen Urteilsfeststellungen erweist sich die rechtliche Bewertung der Jugendkammer bezogen auf den Angeklagten M S lediglich hinsichtlich der Konkurrenzen als korrekturbedürftig. Die gemeinschaftlichen Körperverletzungshandlungen der Angeklagten im Bereich des Stallgeländes mündeten bei diesem Ange-

klagen übergangslos in seine exzessive Tötungshandlung im Sinne natürlicher Handlungseinheit. Dabei wird die vorangegangene gefährliche Körperverletzung zum Nachteil desselben Opfers durch den anschließenden – zutreffend bejahten – vollendeten Mord aus niedrigen Beweggründen konsumiert.

Zutreffend hat die Jugendkammer hingegen auch die anschließende Mitwirkung M Ss am Verdeckungs-mordversuch als durch die Vortat konsumiert angesehen, so dass sich das gesamte Geschehen des zweiten Tatkomplexes bei M S als eine einheitliche Tat des vollendeten Mordes (in Tateinheit mit Nötigung) darstellt. Für das Maß der Schuld des Angeklagten M S ist die Umbewertung der Konkurrenzen ohne jede Bedeutung. Der Strafausspruch erweist sich – in Übereinstimmung mit der Auffassung des Generalbundesanwalts – noch nicht als rechtsfehlerhaft. Die Nichtaus-schöpfung des Strafrahmens aus § 18 Abs. 1 Satz 2 JGG erscheint angesichts des Tatbildes und des Nach-tatverhaltens zwar sehr milde. Indes enthält die das Ergebnis verantwortende tatrichterliche Wertung in Anbetracht der – wenngleich noch nicht das Maß des § 21 StGB erreichenden – beträchtlichen psychischen Defekte dieses Angeklagten und seines für die Wahrheitsfindung besonders förderlichen Geständnisses noch keinen Rechtsfehler zu seinem Vorteil.

3. Zur Sachrüge bzgl M Sch und F

Bei den beiden anderen Angeklagten schöpft die rechtliche Würdigung der Jugendkammer zu deren Vorteil die getroffenen Feststellungen nicht aus.

a. Zur Strafbarkeit gem. § 227 StGB

Das Landgericht hat nicht hinreichend bedacht, dass der spontane tödliche Angriff des Angeklagten M S gegen das Opfer unmittelbar im Anschluss an gemeinsame, sich steigernde, mit Demütigungen, Einschüchterungen und Nötigungen einhergehende körperliche Misshandlungen des Opfers erfolgte. Dabei blieb die von jedem einzelnen der Mittäter auszuführende Gewalt-handlung dessen spontanem Entschluss überlassen, ohne dass dies am generellen Einverständnis aller Mittäter mit der Gewaltfortsetzung etwas änderte, die vom gemeinsamen Ziel des Demütigens und Quälens des Opfers getragen war. Für einen Abschluss dieses gewalttätigen gemeinsamen Vorgehens gegen das Opfer oder eine sonstige Zäsur vor den tödlichen Tritten M Ss ist nichts ersichtlich. Durch deren – für sich rechtsfehlerfreie – Bewertung als Exzess hat sich das Tatgericht letztlich den Blick darauf verstellt, dass das weitere gewaltsame Vorgehen gegen das Opfer von dem gemeinsamen Tatplan der gefährlichen Körperverletzung nach wie vor getragen war. Durch die Intensivierung des als Körperverletzung gewollten Verhaltens hin zu (vorsätzlich) tödlichen Verletzungen wurde der Tod des Opfers verursacht. So massiv diese Intensivierung der Gewalt durch den Mittäter auch

war, so war sie doch als weitere fortgesetzte Gewalt-handlung gewollt und angesichts der emotional stark aufgeheizten Tatsituation und der vorangegangenen sich steigernden, entwürdigenden und verletzenden Behandlung des Opfers für die Angeklagten M Sch und F auch in ihrer tödlichen Wirkung vorhersehbar. Diese Wertung kann das Revisionsgericht von sich aus treffen, da sie sich auf der Grundlage der vom Tatgericht rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen ohne weiteres von selbst versteht. Als Mittäter der gefährlichen Körperverletzung sind diese beiden Angeklagten danach Mittäter einer Körperverletzung mit Todesfolge gemäß § 227 StGB (vgl. BGH, Urteil vom 23. Juni 2004 – 5 StR 15/04, zur Veröffentlichung in BGHR StGB § 227 Todesfolge bestimmt, m.w.N.).

Die unzulängliche rechtliche Würdigung führt zur Schuldspruchänderung von der im selben Handlungskomplex begangenen (konsumierten) gefährlichen Körperverletzung (vgl. oben b) zur Körperverletzung mit Todesfolge. Zugleich ist der Teilfreispruch der Angeklagten M Sch und F wegen vollendeten Mordes aufzuheben; er ist zu Unrecht erfolgt, da auch diese Angeklagten für die Tötung des Opfers, wenngleich eingeschränkt, strafrechtlich verantwortlich sind.

Es ist nicht erkennbar, dass sich die Angeklagten gegen diesen weitergehenden Schuldspruch in der Tatsacheninstanz wirkungsvoller als bisher hätten verteidigen können, wenn ihnen bereits dort ein dahingehender rechtlicher Hinweis erteilt worden wäre. Sie haben sich vor der Jugendkammer gegen den Vorwurf der Verantwortlichkeit für die Tötung tatsächlich umfassend verteidigen können. Auf den entsprechenden Hinweis vor der Revisionshauptverhandlung haben die Verteidiger in der Verhandlung lediglich rechtlich argumentiert, indes nichts dafür vorgetragen, dass andere Verteidigungsmöglichkeiten in der Tatsacheninstanz mit dem Ziel maßgeblicher abweichender Feststellungen bestanden hätten. Bei dieser Sachlage erscheint die nach den bisherigen tatgerichtlichen Feststellungen gerechtfertigte Durchentscheidung zum Schuldspruch in der Revisionsinstanz gegenüber einer – zumal mit einem beträchtlich weiter gehenden Verurteilungsrisiko für die Angeklagten verbundenen – Schuldspruchaufhebung und Zurückverweisung sachgerecht und vorzugswürdig.

b. Zu den Konkurrenzen und der Strafzumessung bei M Sch

Bei dem Angeklagten M Sch bedarf es ferner einer Korrektur der Konkurrenzen. Nicht anders als bei seinem Bruder wäre der anschließende Verdeckungs-mordversuch auch bei ihm durch eine mittäterschaftliche Mitwirkung bereits an dem vorangegangenen Mord konsumiert. Eine solche hat die Jugendkammer lediglich als nicht erwiesen erachtet. Bei der gegebenen besonderen, auch mit der Anwendung des Zweifelsgrundsatzes zusammenhängenden Sachlage ist das

gesamte auf die Tötung des Opfers hinauslaufende, mit seiner vorangegangenen Misshandlung am selben Ort unmittelbar zusammenhängende Geschehen des zweiten Tatkomplexes rechtlich als tateinheitlich zu bewerten. Der Senat stellt den Schuldspruch entsprechend um.

Dies zieht die Aufhebung der insoweit bislang verhängten Einzelfreiheitsstrafen von zwei und zehn Jahren Freiheitsstrafe nach sich. Angesichts der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Angeklagten M Sch für den Todeserfolg ist die Verhängung einer einheitlichen Freiheitsstrafe erforderlich, die einen höhergradigen Schuldumfang als bislang angenommen erfasst. Als rechtlich zutreffend erweist sich freilich die Wertung des Tatgerichts, wegen der insgesamt massiven psychischen Defekte des – grenzdebilen, massiv persönlichkeitsgestörten, zudem bei

Alkoholabhängigkeit und hierdurch individuell bedingter herabgesetzter Alkoholverträglichkeit erheblich alkoholisierten – Angeklagten M Sch eine Verschiebung des (fraglos nicht wegen Versuchs zu mildernden) Strafrahmens des § 211 StGB nach §§ 21, 49 Abs. 1 StGB vorzunehmen. Bei dieser ganz besonders gelagerten Ausgangssituation – zugleich im Blick auf das bei der gegebenen Sachlage zwingende Gesamtstrafergebnis (15 Jahre Freiheitsstrafe) – hält es der Senat für angezeigt, die Neubemessung der Einzelstrafe für den zweiten Tatkomplex nicht einem neuen Tatgericht zu überlassen, sondern sie in entsprechender Anwendung des § 354 Abs. 1 StPO in der geringst denkbaren Höhe selbst festzusetzen. Diese Höhe ist unter Berücksichtigung der bisherigen, strafzumessungsrechtlich nicht zu beanstandenden tatrichterlichen Wertung und angesichts des beträchtlich erhöhten Gesamtschuldgehalts in Übereinstimmung mit dem entsprechenden Antrag der Bundesanwaltschaft in der Revisionshauptverhandlung mit mindestens einem Jahr über der Summe der entfallenden Einzelstrafen – mithin mit 13 Jahren Freiheitsstrafe – zu bemessen. Im Rahmen der Aufrechterhaltung der Gesamtstrafe korrigiert der Senat darüber hinaus den bezüglich der Anwendung des § 55 StGB unvollständigen Urteilstenor. Zutreffend bemängelt der Generalbundesanwalt die bislang unzulängliche Abhandlung von Maßregeln nach § 66 StGB und § 64 StGB gegen den Angeklagten M Sch. Das Landgericht hat es versäumt, die nur nach Maßgabe von § 66 Abs. 1 StGB geprüfte Frage einer Unterbringung dieses Angeklagten in der Sicherungsverwahrung auch nach § 66 Abs. 2 StGB zu überprüfen. Die formellen Voraussetzungen hierfür liegen – auch im Blick auf die einzubeziehenden Bestrafungen wegen gefährlicher Körperverletzung – fraglos vor. Dass es an den materiellen Voraussetzungen des § 66 Abs. 1 Nr. 3 StGB und einer für den Angeklagten negativen tatrichterlichen Ermessensentscheidung nach § 66 Abs. 2 StGB sicher fehlen würde, lässt sich nicht feststellen. Zur Frage einer Unterbrin-

gung in einer Entziehungsanstalt hat das Landgericht – angesichts einer namentlich vor dem Hintergrund massiven Alkoholkonsums entstandenen Tat – verkannt, dass eine gesicherte Feststellung der – zutreffend zugunsten des Angeklagten angenommenen – Voraussetzungen des § 21 StGB für eine Maßregel nach § 64 StGB – anders als bei § 63 StGB – nicht verlangt ist (vgl. Tröndle/Fischer, StGB 52. Aufl. § 64 Rdn. 11). Die Frage beider Maßregeln muss erneut tatrichterlich überprüft werden.

c. Zur Strafbarkeit des F, insb. wegen eines unechten Unterlassungsdelikts

Bei dem Angeklagten F beanstandet die Staatsanwaltschaft im Ansatz zutreffend, dass das Landgericht ihn nicht als Garanten für das Opfer aufgrund der massiven vorangegangenen Gewalttätigkeiten angesehen hat (vgl. BGHR StGB § 13 Abs. 1 Garantenstellung 7; BGH NStZ 2004, 294, 296). Aus diesem Gesichtspunkt durfte eine Verantwortlichkeit dieses Angeklagten für den Verdeckungsmordversuch der Brüder Sch, der sich an die möglicherweise schon für sich tödlichen Tritte M Ss gegen das Opfer anschloss, nicht verneint werden.

Indes hat das Landgericht rechtsfehlerfrei festgestellt, dass der Angeklagte F sich nach dem massiv gesteigerten brutalen Vorgehen M Ss, das er so nicht mehr billigte, und angesichts der augenfällig schrecklichen Verletzungen des Opfers räumlich distanziert hatte und in dieser Phase des zweiten Tatkomplexes “so geschockt war, dass er keinen klaren Gedanken fassen konnte”. Danach schließt der Senat aus, dass sich auf dieser Basis hätte feststellen lassen, dass F in dieser Situation das weitere Verhalten der Brüder Sch – selbst wenn er es beobachtete – in der Zielsetzung eines erneuten tödlichen Angriffs auf das Opfer so frühzeitig zutreffend bewertete, dass er noch erfolgversprechend hätte versuchen können, sich dem entgegenzustellen. Eine mögliche weiter gehende Strafbarkeit des Angeklagten F wegen versuchten Verdeckungsmordes oder Beihilfe hierzu durch Unterlassen scheidet danach aus, ohne dass in diesem Zusammenhang noch die Frage nach der Möglichkeit und Zumutbarkeit eines etwa vorwerfbar unterbliebenen Handelns gestellt werden müsste.

Ungeachtet des insoweit unzutreffenden Prüfungsansatzes des Landgerichts bedarf es daher keiner umfassenden Aufhebung des betreffend den zweiten Tatkomplex ergangenen Schuldspruchs zum Nachteil des Angeklagten F. Der Senat beschränkt sich vielmehr auf die erörterte, mit der Aufhebung des Teilfreispruchs wegen des Mordvorwurfs verbundene Schuld-spruchverschärfung, welche die Aufhebung des Ausspruchs über die Höhe der Jugendstrafe zum Nachteil des Angeklagten F nach sich zieht, so dass der Senat über die allein hierzu vorgebrachten Einwände der Revision nicht entscheiden muß. Der Senat korrigiert fer-

ner auch den unvollständigen Schuldspruch zum ersten Tatkomplex gegen diesen Angeklagten.

Über die Höhe der gegen den Angeklagten F zu verhängenden Jugendstrafe hat ein neuer Tatrichter auf der Grundlage des beträchtlich verschärften Schuld-

spruchs und der bislang durchweg rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen, die allein durch weitere ihnen nicht widersprechende Feststellungen ergänzt werden dürfen, zu entscheiden.

Standort: §§ 331, 333 StGB

Problem: Parteispenden

BGH, URTEIL VOM 28.10.2004
3 STR 301/03 (NJW 2004, 3569)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte Dr. Kr war Oberbürgermeister der Stadt Wuppertal. Im Rahmen seines Wahlkampfes zur Wiederwahl erhielt er bzw. seine Partei, die SPD, eine Spende zur Finanzierung des Wahlkampfes in Höhe von 500.000 DM von dem Unternehmer C. Dieser erhoffte sich neben einer Fortführung der bisherigen unternehmerfreundlichen Politik des Dr. Kr insbesondere dessen Unterstützung bei der Einrichtung eines Outlet Centers in Wuppertal. Die entsprechenden Beträge überwies P, ein Angestellter des C, an die SPD Wuppertal. Um nicht als SPD-Großspender bekannt zu werden, ließ C durch P dem Schatzmeister der Wuppertaler SPD Strohmänner als Spender von Teilsommen nennen, die tatsächlich von C stammten, so dass es so erschien, als hätte C lediglich einen Betrag von 150.000 DM gespendet. Dies meldete der Schatzmeister an die Bundes-SPD und diese in ihrem Rechenschaftsbericht an den Präsidenten des Bundestags.

Das LG Wuppertal hatte C wegen Vorteilsgewährung (§ 333 I StGB) und Beihilfe zum Betrug (§§ 263 I, 27 StGB) und P wegen Beihilfe zur Vorteilsgewährung (§§ 333 I, 27 StGB) und Beihilfe zum Betrug (§§ 263 I, 27 StGB) verurteilt. Den wegen Vorteilsannahme (§ 331 I StGB) angeklagten Dr. Kr sprach es frei. Der BGH hob sowohl die Verurteilungen als auch den Freispruch auf.

Prüfungsrelevanz:

In den meisten Bundesländern gehören die Straftaten im Amt des 30. Abschnitts zum Prüfungsstoff beider Examen. Der auch vom BGH geprüfte Tatbestand des Betruges (§ 263 I StGB) erfreut sich - gerade in etwas komplexeren Konstellationen wie der des vorliegenden Falles - im Examen außerordentlicher Beliebtheit. Auch ist der vorliegende Fall, da er insb. das Parteienrecht berührt, auch in öffentlich-rechtlicher Hinsicht interessant.

Eine zentrale Frage des vorliegenden Falles ist, ob und wenn ja unter welchen Voraussetzungen ein Politiker, der sich zur Wiederwahl stellt und von Privatpersonen Spenden zur Finanzierung des Wahlkampfes erhält, sich wegen Vorteilsannahme gem. § 331 I StGB strafbar macht. Während § 331 I StGB früher voraussetzte,

dass ein Amtsträger für eine vergangene oder künftige (konkrete) Diensthandlung einen Vorteil für sich selbst forderte, versprechen ließ oder annahm, reicht es nach dem jetzigen Wortlaut der Vorschrift aus, dass der Täter für die Dienstausbung (im Allgemeinen) einen Vorteil für sich oder einen Dritten fordert, sich versprechen lässt oder annimmt. Dies würde bei uneingeschränkter Anwendung der Vorschrift dazu führen, dass derjenige Politiker, der das Amt bereits innehat - also Amtsträger und damit tauglicher Täter des § 331 I StGB ist - eigentlich keine Spenden annehmen darf, die seinen Wahlkampf finanzieren und damit seiner zukünftigen Dienstausbung dienen sollen. Der Gegenkandidat hingegen, der (noch) nicht Amtsträger - und damit kein tauglicher Täter des § 331 I StGB - ist, dürfte ohne weitere Einschränkung Gelder entgegennehmen und dafür sogar rechtswidrige Maßnahmen versprechen, ohne strafbar zu sein.

Das LG Wuppertal hatte dieses Spannungsverhältnis in der ersten Instanz des vorliegenden Verfahrens zu lösen versucht, indem es eine Parallele gezogen hatte zwischen dem vorliegenden Fall und dem Fall der Einwerbung von Drittmitteln für Lehre und Forschung durch einen Amtsträger einer Universität. In der letztgenannten Konstellation geht der BGH davon aus, dass § 331 I StGB nur einen eingeschränkten Anwendungsbereich habe und dann nicht anwendbar sei, wenn das nach Hochschulrecht vorgeschriebene Verfahren eingehalten worden sei (bzw. der Vorsatz des Täters entfalle, wenn er davon ausgehe, dass das Verhalten eingehalten werde, vgl. BGH, NJW 2002, 2801). Bei Übertragung dieser Grundsätze müsse bei der Werbung um Parteispenden davon ausgegangen werden, dass diese jedenfalls dann nicht strafbar seien, wenn insofern die Regelungen der Parteiengesetzes (PartG) eingehalten würden. Dementsprechend hatte das LG Dr. Kr freigesprochen, da diesem ein Vorsatz bzgl. der Nichteinhaltung des PartG nicht nachgewiesen werden konnte.

Der BGH lehnt dieses Ergebnis ab. Die Sachverhalte seien nicht vergleichbar, da es zwar zu den Aufgaben des Amtsträgers bei der Universität gehöre, Drittmittel zu erwirtschaften, es aber nicht Aufgabe eines Politikers sei, um Spenden für seine Partei zu werben. Auch ließen die Regelungen des PartG erkennen, dass es bei der Zulässigkeit von Parteispenden über die Einhaltung des ordnungsgemäßen Verfahrens hinausgehende Voraussetzungen gebe, da insb. Einflusspenden stets

unzulässig seien.

Trotzdem sieht auch das BGH das Bedürfnis einer einschränkenden Anwendung von § 331 I StGB im vorliegenden Sachverhalt, nicht zuletzt, um die geschilderte Ungleichbehandlung zwischen dem Kandidaten, der bereits Amtsträger ist und dem Gegenkandidaten, der kein Amtsträger ist, zu vermeiden. Der BGH geht deshalb davon aus, dass § 331 I StGB nicht anwendbar ist, wenn ein Amtsträger für seinen Wahlkampf die finanzielle oder sonstige Unterstützung eines Dritten für sich und/oder die ihn tragende Partei annimmt, sofern diese Förderung allein dazu dienen soll, dass er nach erfolgreicher Wahl das wiedererlangte Wahlamt in einer Weise ausübt, die den allgemeinen wirtschaftlichen oder politischen Vorstellungen des Vorteilsgebers entspricht. Zeigt sich der Amtsträger dagegen bereit, als Gegenleistung für die Wahlkampfförderung im Falle seiner Wahl eine konkrete, den Interessen des Vorteilsgebers förderliche Entscheidung zu dessen Gunsten zu treffen oder zu beeinflussen, macht er sich der Vorteilsannahme schuldig, obwohl wegen der Unsicherheit des Wahlausgangs noch gar nicht feststeht, ob er überhaupt in die Lage versetzt werden wird, im Interesse seines Förderers aktiv zu werden. Da sich nicht ausschließen ließ, dass dem Angeklagten Dr. Kr bekannt war, dass der Spender C eine positive Entscheidung in der konkreten Frage der Errichtung eines Outlet Centers für den Fall der Wiederwahl des Dr. Kr erwartete und in diesem Fall § 331 I StGB Anwendung finden würde, verwies der BGH den Fall zur weiteren Sachverhaltsermittlung an das LG Dortmund.

Weiter enthält der vorliegende Fall sehr schöne Ausführungen des BGH zum Vorliegen eines Betruges durch Vorlage eines falschen Rechenschaftsberichts einer Partei, insb. zur Frage nach dem Geschädigten.

Vertiefungshinweise:

□ Zur Anwendbarkeit von § 331 StGB, insb. bei Werbung von Drittmitteln im Hochschulbereich: *BGHSt* 47, 295; *BGH*, NJW 2002, 2801; 2003, 763; *NStZ-RR* 2003, 171; *LG Wuppertal*, NJW 2003, 1405 (zu diesem Fall); *Korte*, *NStZ* 2003, 156; *Michalke*, NJW 2002, 3381; *Schmidt/Günther*, NJW 2004, 471; *Tholl*, *wistra* 2003, 181;

Leitsätze:

1. Zur einschränkenden Auslegung der §§ 331, 333 StGB bei Einwerbung von Wahlkampfspenden durch einen Amtsträger, der sich um seine Wiederwahl bewirbt.

2. Zum Betrug durch unrichtige Rechenschaftsberichte einer Partei im Zusammenhang mit der staatlichen Teilfinanzierung der Parteien.

Sachverhalt:

Der Angeklagte Dr. Kr war im Jahre 1996 auf Vor-

schlag der SPD, deren Mitglied er ist, vom Stadtrat der Stadt Wuppertal zum ersten hauptamtlichen Bürgermeister gewählt worden. Der Mitangeklagte C hatte sich in den neunziger Jahren zu einem der größten Bauinvestoren in dieser Stadt entwickelt.

Im Vorfeld der Kommunalwahl 1999, bei der der Oberbürgermeister erstmals direkt gewählt wurde, gewann die Wuppertaler SPD aufgrund des aufwendigen Vorwahlkampfes der Nordrhein-Westfälischen CDU den Eindruck, dass man deren Wahlkampagne nur durch den Einsatz erheblicher Mittel wirksam werde entgegentreten können und es daher notwendig sei, Großspender für den Wahlkampf zu gewinnen.

Der Zeuge S (Stadtverordneter und bauplanungspolitischer Sprecher der SPD in Wuppertal), der als Berater des Angeklagten Dr. Kr in allen wichtigen Baufragen galt, sprach daraufhin den Mitangeklagten C wegen einer Spende an. Dieser zeigte sich - obwohl selbst CDU-Mitglied - dazu bereit, weil er wollte, dass der Angeklagte Dr. Kr, dessen investorenfreundliche Politik er schätzte und mit dessen Amtsführung er "Planungssicherheit" verband, weiterhin Oberbürgermeister blieb. Diese Spendenbereitschaft beruhte auch darauf, dass der Mitangeklagte C bemüht war, ein Factory Outlet Center (FOC) in Wuppertal zu errichten. Für dieses Vorhaben erschien es ihm wichtig, dass der Angeklagte Dr. Kr wiedergewählt würde. Denn obwohl dieser sich bereits öffentlich gegen ein derartiges Projekt ausgesprochen hatte, war das Vorhaben aus Sicht des Mitangeklagten C noch eher unter einem Oberbürgermeister Dr. Kr zu verwirklichen, da der Gegenkandidat der CDU im Bürgermeisterwahlkampf R als Prokurist einer überregionalen Einzelhandelskette mit mehreren Filialen in Wuppertal ein eigenes wirtschaftliches Interesse daran haben musste, dass dort kein FOC errichtet würde.

Auf Initiative von führenden Mitgliedern der örtlichen SPD kam es am 10. November 1998 zu einem Abendessen im Hause C, an dem auf Drängen seiner Parteifreunde auch der Angeklagte Dr. Kr teilnahm. Ihm war zuvor gesagt worden, es solle über ein Sponsoring für einen Sportverein und eine Unterstützung der SPD im anstehenden Kommunalwahlkampf gesprochen werden. In Anwesenheit des Angeklagten Dr. Kr brachte der Mitangeklagte C zum Ausdruck, dass er den Wahlkampf der SPD finanziell unterstützen wolle, aber Wert darauf lege, dass das Geld nur für den Wahlkampf des Oberbürgermeisters verwendet werde. Für diesen Wahlkampf, der nach Worten des Mitangeklagten C "Bundesligaformat" haben sollte, bot er darüber hinaus die Mithilfe seines für die Öffentlichkeitsarbeit zuständigen Mitarbeiters Br an. Der Angeklagte Dr. Kr erkannte, dass sich der Mitangeklagte C aufgrund seiner dienstlichen Stellung als Oberbürgermeister und seiner investorenfreundlichen Politik engagieren wollte. Ihm war klar, dass konkrete Projekte des Mitangeklagten C auch zukünftig Gegenstand seiner Amtstä-

tigkeit sein würden. Er reagierte auf dessen Ausführungen mit dem Hinweis, dass die SPD bereits eine Werbeagentur beauftragt habe. Zugleich lehnte er es ab, durch direkte Zahlungen unterstützt zu werden, und befürwortete den "rechtlich vorgesehenen Weg" in Form von Spenden an seine Partei unter Beachtung der Vorschriften des Parteiengesetzes (PartG). Der Mitangeklagte C wertete dies als Einverständnis des Angeklagten Dr. Kr. Er wollte, dass dieser die Spende als Gegenleistung für die von ihm - C - geschätzte Amtsführung verstand.

Der Angeklagte Dr. Kr verließ das Treffen vorzeitig. Er war im weiteren mit der Finanzierung des Wahlkampfes nicht mehr befasst und hatte auch keine Kenntnis von der tatsächlichen Handhabung der vom Mitangeklagten C später an die SPD geleisteten Zahlungen. Er wusste und billigte aber, dass für den Wahlkampf ein Betrag von über einer halben Million DM aufgewendet wurde, der größtenteils von dem Mitangeklagten C stammte. Auch der Wahlkampfeinsatz des PR-Mitarbeiters Br war ihm bekannt.

Der Mitangeklagte C zahlte im Jahre 1999 über seine Baurärgergesellschaft mbH (im folgenden: GmbH) insgesamt 500.000 DM an die SPD Wuppertal. Er wollte damit den überwiegenden Teil der Kosten für den Oberbürgermeisterwahlkampf abdecken. Tatsächlich finanzierte er auf diese Weise weitgehend den gesamten Kommunalwahlkampf der SPD. Der Angeklagte P war als Angestellter des Mitangeklagten C in die Abwicklung von drei Zahlungen an die SPD über 36.000, 34.800 und 185.600 DM eingebunden, da er die entsprechenden Überweisungsträger vorbereitete. Hierbei nahm er billigend in Kauf, dass es sich um Leistungen für die dienstliche Tätigkeit des Angeklagten Dr. Kr handelte.

Der Mitangeklagte C hatte bereits kurz nach dem 10. November 1998 von seinem Mitarbeiter Br erfahren, dass er aufgrund der Publizierungspflicht nach dem Parteiengesetz bundesweit als Großspender für die SPD bekannt würde. Es lag ihm indessen daran, dass er im Rechenschaftsbericht der SPD nicht mit dem gesamten von ihm geleisteten Betrag als Spender aufgeführt wurde. Er wollte zunächst erreichen, dass er lediglich als Spender von 100.000 DM in Erscheinung trat. Dieser Betrag entsprach etwa der Summe von 125.000 DM, die er im Jahr 1999 der CDU Wuppertal zugewandt hatte. Schließlich gelang es ihm, die Zeugen H, N und K zu veranlassen, sich zum Schein als Spender von 100.000, 200.000 bzw. 50.000 DM benennen zu lassen. Die übrigen 150.000 DM sollten als Spende der GmbH erscheinen. Im Auftrag des Mitangeklagten C gab der Angeklagte P die Namen der Scheinspender an den früheren Mitangeklagten Bi, den Schatzmeister der Wuppertaler SPD, weiter. Der Angeklagte P wusste, dass jedenfalls die Zeugen H und N tatsächlich nicht gespendet hatten. Er hielt es, ebenso wie der Mitangeklagte C, für möglich und nahm bil-

ligend in Kauf, "dass die SPD durch die falschen Angaben Zahlungsansprüche staatlicher Stellen gegen sich vermeiden und gleichzeitig diesen Stellen ein entsprechender Schaden entstehen konnte".

Auch der frühere Mitangeklagte Bi hielt es für möglich, dass die ihm genannten Spendernamen falsch waren. Er nahm sie dennoch in den Rechenschaftsbericht des SPD-Unterbezirks Wuppertal auf, der an die Bundes-SPD weitergegeben wurde. Dabei ging es ihm zum einen darum zu vermeiden, dass die Zuwendung des Mitangeklagten C wegen ihrer Eigenschaft als sogenannte Einflussspende an den Präsidenten des Deutschen Bundestages weitergeleitet werden musste, wie dies im Parteiengesetz vorgesehen ist. Zum anderen wollte er seiner Partei die in diesem Gesetz vorgesehenen staatlichen Zuschüsse auf die Spenden natürlicher Personen sichern.

Die Bundes-SPD ließ durch ein Wirtschaftsprüfungsunternehmen routinemäßig bei den sogenannten Großspendern nachfragen, ob sie tatsächlich gespendet hatten. Hierauf offenbarte der Zeuge H, dass er lediglich seinen Namen zur Verfügung gestellt hatte. Den auf diesen Zeugen entfallenden Spendenbetrag von 100.000 DM übernahm der Mitangeklagte C daraufhin auf die GmbH. Dementsprechend benannte die Bundes-SPD in ihrem Rechenschaftsbericht für 1999, den sie beim Präsidenten des Deutschen Bundestages einreichte, die GmbH als Spenderin von 250.000 DM, den Zeugen N als Spender von 200.000 DM und den Zeugen K als Spender von 50.000 DM.

Aus den Gründen:

I. Verfahrensgang

1. Entscheidung des Landgerichts

Das Landgericht, dessen Entscheidung auszugsweise in NJW 2003, 1405 veröffentlicht ist, hat den Angeklagten Dr. Kr vom Vorwurf der Vorteilsannahme freigesprochen. Den Angeklagten P hat es wegen Beihilfe zur Vorteilsgewährung und wegen Beihilfe zum Betrug zu einer Gesamtgeldstrafe von 90 Tagessätzen verurteilt. Gegen den Mitangeklagten C, der seine Revision im Verlauf des Verfahrens vor dem Senat zurückgenommen hat, hat es wegen Vorteilsgewährung und wegen Beihilfe zum Betrug auf eine Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr und zwei Monaten erkannt und deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt.

Mit ihrer Revision wendet sich die Staatsanwaltschaft gegen den Freispruch des Angeklagten Dr. Kr. Sie rügt die Verletzung formellen und materiellen Rechts. Der Angeklagte P beanstandet mit seinem Rechtsmittel allein die Verletzung sachlichen Rechts. Beide Revisionen haben Erfolg.

Die Urteilsaufhebung zugunsten des Angeklagten P ist gemäß § 357 StPO auf den Mitangeklagten C zu er-

strecken. [...]

2. Rechtliche Würdigung des Landgerichts

Das Landgericht hat durch das Verhalten des Angeklagten Dr. Kr im Grundsatz die Voraussetzungen einer Vorteilsannahme nach § 331 Abs. 1 StGB in den Begehungsformen des Sichversprechenlassens und der Annahme eines Vorteils als erfüllt angesehen. Es hat aber in Anlehnung an Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Einwerbung von Drittmitteln im Hochschulbereich (BGHSt 47, 295), deren Grundgedanken - wie im angefochtenen Urteil näher ausgeführt ist - mit Blick auf die Regelungen der Parteienfinanzierung durch das Parteiengesetz auch auf die Einwerbung von Parteispenden durch der jeweiligen Partei angehörende Amtsträger zutreffen, eine einschränkende Auslegung des Tatbestandes vorgenommen. Ausgehend von dieser hat es den Angeklagten Dr. Kr mangels Tatvorsatzes nicht wegen Vorteilsannahme verurteilt, weil dieser "bei Begehung der Tat" davon ausgegangen sei, das Parteiengesetz werde bei der Entgegennahme der Spende des Mitangeklagten C eingehalten werden.

Den Mitangeklagten C hat das Landgericht dagegen der Vorteilsgewährung (§ 333 Abs. 1 StGB) in den Tatbestandsvarianten des Versprechens und des Gewährens eines Vorteils für schuldig erachtet. Ihm könne eine entsprechende Einschränkung des Tatbestandes nicht zu Gute kommen, weil er sich bei dem Treffen am 10. November 1998 über die Einhaltung des Parteiengesetzes keine Gedanken gemacht und später durch die Gewinnung von "Scheinspendern" die Vorschriften des Gesetzes gerade unterlaufen habe. Durch die Veranlassung der Mitteilung der Namen der Scheinspender an den Schatzmeister der Wuppertaler SPD habe er überdies Beihilfe zu dem Betrug geleistet, den dieser in mittelbarer Täterschaft "zum Nachteil der Bundestagsverwaltung" begangen habe.

Der Angeklagte P wiederum habe durch die Vorbereitung der Überweisungsträger Beihilfe zu der Vorteilsgewährung des Mitangeklagten C und durch die Weitergabe der Namen der Scheinspender Beihilfe zu dem Betrug des früheren Mitangeklagten Bi geleistet.

II. Zur Revision der Staatsanwaltschaft

Das Rechtsmittel der Staatsanwaltschaft hat mit der Sachrüge Erfolg, so dass es eines Eingehens auf die verfahrensrechtlichen Beanstandungen nicht bedarf. Das Landgericht hat zwar im Grundsatz zutreffend erkannt, dass der Tatbestand der Vorteilsannahme für die hier zu beurteilende Sachverhaltskonstellation einer einschränkenden Auslegung bedarf. Sein Lösungsansatz wird jedoch der Rechtslage und insbesondere den für die rechtliche Bewertung von Wahlkampfspenden zugunsten von Amtsträgern maßgeblichen Rechtsprinzipien nicht gerecht. Daher hat es die erhobenen Beweise vor einem unzutreffenden rechtlichen Hinter-

grund gewürdigt bzw. die Sachaufklärung nicht in ausreichendem Maße auf die tatsächlich entscheidungserheblichen Gesichtspunkte gerichtet. Der Freispruch des Angeklagten Dr. Kr kann daher keinen Bestand haben.

Im einzelnen:

1. Zur Neufassung der Tatbestände der §§ 331, 333 StGB

Vor dem Hintergrund einer Häufung aufsehenerregender Bestechungsfälle in der öffentlichen Verwaltung und der wachsenden Besorgnis, dass organisierte Kriminalität mit korruptiven Mitteln in verstärktem Maße in staatliche Strukturen eindringt (vgl. Bauer/Gmel in LK 11. Aufl. Nachtrag zu §§ 331 - 338 Rdn. 2 m. w. N.), hat der Gesetzgeber, um das Vertrauen der Bürger in die Integrität des Staates als einen der Eckpfeiler der Gesellschaft auch für die Zukunft sicherzustellen (vgl. den Gesetzentwurf der Fraktionen von CDU/CSU und FDP vom 24. September 1996, BTDrucks. 13/5584 S. 1 und 8, den die Bundesregierung unverändert übernommen hat, s. BTDrucks. 13/6424), durch das Korruptionsbekämpfungsgesetz vom 13. August 1997 (BGBl I S. 2038) u.a. nicht nur die Strafandrohungen der einschlägigen Strafvorschriften in §§ 331 ff. StGB verschärft, sondern auch die Bestimmungen gegen die Vorteilsannahme (§ 331 Abs. 1 StGB) und die Vorteilsgewährung (§ 333 Abs. 1 StGB) tatbestandlich erweitert. Gemäß § 331 Abs. 1 StGB aF machte sich ein Amtsträger wegen Vorteilsannahme nur strafbar, wenn er als Gegenleistung für eine vergangene oder künftige Diensthandlung einen Vorteil für sich selbst forderte, sich versprechen ließ oder annahm. Nach der Neufassung der Vorschrift reicht es nunmehr zum einen auch aus, wenn der Amtsträger den Vorteil für einen Dritten fordert, sich versprechen lässt oder annimmt. Zum anderen muss der Vorteil nicht mehr als Gegenleistung für eine bestimmte oder zumindest hinreichend bestimmbar (vgl. BGHSt 32, 290, 291; 39, 45, 46 f.; BGH NStZ 2001, 425, 426) Diensthandlung des Amtsträgers gedacht sein. Vielmehr genügt es, wenn er von Vorteilsgeber und Vorteilsnehmer allgemein im Sinne eines Gegenseitigkeitsverhältnisses mit der Dienstausbübung des Amtsträgers verknüpft wird. Korrespondierend wurde der Tatbestand der Vorteilsgewährung (§ 333 Abs. 1 StGB) in gleicher Weise neu gefasst.

Mit dieser Erweiterung von § 331 Abs. 1 StGB und § 333 Abs. 1 StGB sollten zum einen die Fälle, in denen durch die Vorteile nur das generelle Wohlwollen des Amtsträgers erkaufte bzw. "allgemeine Klimapflege" betrieben wird, in den Tatbestand einbezogen sowie die Schwierigkeiten überwunden werden, die sich bei der Anwendung dieser Vorschriften in ihrer ursprünglichen Fassung daraus ergaben, dass vielfach die Bestimmung des Vorteils als Gegenleistung für eine bestimmte oder zumindest hinreichend bestimmbar

Diensthandlung aufgrund der Besonderheiten der Sachverhaltsgestaltungen nicht mit der erforderlichen Sicherheit nachweisbar waren (vgl. den Bericht und die Beschlußempfehlung des Rechtsausschusses des Bundestags vom 26. Juni 1997, BTDrucks. 13/8079 S. 15). Zum anderen sollten auch die - strafwürdigen - Fälle erfasst werden, in denen der Amtsträger den Vorteil zwar für eine Diensthandlung, aber, oftmals auch zur Umgehung der einschlägigen Strafvorschriften, zugunsten eines Dritten - insbesondere für "Personenvereinigungen" - fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, ohne dass erkennbar bzw. nachweisbar ist, dass die Zuwendung auch den Amtsträger zumindest mittelbar besser stellt; denn - so die Begründung - die geschützten Rechtsgüter seien durch derartige Zuwendungen in gleicher Weise beeinträchtigt wie bei Vorteilen, die dem Amtsträger selbst zugute kommen (Gesetzentwurf der Fraktionen von CDU/CSU und FDP vom 24. September 1996, aaO S. 16).

2. Zur Verwirklichung des Tatbestandes des § 331 I StGB durch den Angeklagten Dr. Kr

Als Folge dieser erheblichen Ausweitung der Strafbarkeit ist die Annahme des Landgerichts, dass das Verhalten des Angeklagten Dr. Kr - vorbehaltlich der Notwendigkeit einer einschränkenden Auslegung - ohne weiteres vom Tatbestand der Vorteilsannahme gemäß § 331 Abs. 1 StGB nF erfasst würde, nicht zu beanstanden.

Der Angeklagte Dr. Kr war aufgrund seiner Wahl durch den Rat der Stadt Wuppertal im Jahre 1996 zum hauptamtlichen Bürgermeister (Art. VII Abs. 5 Satz 4 des Gesetzes zur Änderung der Kommunalverfassung - NW vom 17. Mai 1994, GVBl. NW S. 270) kommunaler Wahlbeamter (Art. VII Abs. 4 KommVerfÄndG-NW i. V. m. § 62 Abs. 1 Satz 1 GO-NW nF) und damit Amtsträger im Sinne von § 331 Abs. 1, § 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a StGB geworden.

Durch die Annahme des Angebots des Mitangeklagten C, seinen Wahlkampf für die erste Direktwahl des Oberbürgermeisters am 12. September 1999 zu finanzieren sowie darüber hinaus die Dienste des Mitarbeiters Br zur Wahlkampfunterstützung unentgeltlich zur Verfügung zu stellen, hat er sich Vorteile versprechen lassen; ob und in welcher Weise er diese Vorteile auch angenommen hat, bedarf für die Frage seiner Strafbarkeit deshalb keiner näheren Erörterung. Dabei handelte es sich entgegen der Ansicht des Landgerichts nicht nur um Dritt Vorteile im Sinne des § 331 Abs. 1 StGB nF für die SPD Wuppertal, weil diese von den Kosten des Oberbürgermeisterwahlkampfes entlastet wurde. Vielmehr kam der Vorteil auch dem Angeklagten Dr. Kr selbst zugute, da er durch die finanzielle und personelle Unterstützung des Mitangeklagten C einen effektiveren Wahlkampf gewährleistet bekam, als ihn die SPD Wuppertal ansonsten mit den ihr zur Verfügung stehenden Mitteln hätte bewerkstelligen können.

Diese Vorteile hat sich der Angeklagte Dr. Kr für seine Dienstausbübung versprechen lassen. Hierfür ist es nach der Neufassung des § 331 Abs. 1 StGB ausreichend, dass er die Absicht des Mitangeklagten C erkannte, ihm die Wahlkampfunterstützung "aufgrund seiner dienstlichen Stellung als Oberbürgermeister und seiner investorenfreundlichen Politik" zukommen zu lassen. Damit war das auch nach § 331 Abs. 1 StGB nF in der Tatvariante des Sichversprechenlassens von Vorteilen erforderliche Gegenseitigkeitsverhältnis zwischen Vorteil und Dienstausbübung - die Unrechtsvereinbarung - hergestellt.

Einer weiteren Konkretisierung der als Gegenleistung für die Vorteile zu erbringenden dienstlichen Tätigkeit des Angeklagten Dr. Kr bedurfte es nicht. Insbesondere war ohne Belang, in welcher Form die "investorenfreundliche Politik" im Rahmen der gesetzlich vorgesehenen Zuständigkeiten des Angeklagten Dr. Kr als Leiter der Geschäfte der Stadtverwaltung (§ 62 Abs. 1 Satz 3 GO-NW) im einzelnen zur Geltung gebracht werden sollte.

Auch sein - vom Landgericht ausdrücklich festgestellter - innerer Vorbehalt, sich durch die Zuwendungen des Mitangeklagten C nicht in seiner dienstlichen Tätigkeit beeinflussen zu lassen, ändert an der Unrechtsvereinbarung nichts; denn hierdurch wird der Eindruck der Käuflichkeit dienstlichen Tätigwerdens nicht beseitigt und daher die Beeinträchtigung eines der Schutzgüter des § 331 Abs. 1 StGB, des Vertrauens der Allgemeinheit in die Integrität der öffentlichen Verwaltung, nicht ausgeräumt.

Ebensowenig wird das erforderliche Gegenseitigkeitsverhältnis zwischen Vorteil und Dienstausbübung nach Wortlaut und Zweck des Gesetzes dadurch in Frage gestellt, dass sich der Angeklagte Dr. Kr die von dem Mitangeklagten C geleisteten Spenden nach den getroffenen Feststellungen nicht für die Ausübung seines Amtes in der zur Zeit des Versprechens und der tatsächlichen Zahlungen laufenden Amtszeit hat versprechen lassen. Zwar bestand der unmittelbare Zweck der versprochenen Vorteile darin, die Erfolgsaussichten des Angeklagten Dr. Kr bei der anstehenden Wiederwahl zu erhöhen, so dass die Zahlungen - anders gewendet - zunächst einmal dazu dienen sollten, ihm den erneuten Zugang zum Amt des Oberbürgermeisters zu eröffnen, dessen Ausübung im Sinne einer investorenfreundlichen Politik in der auf die Wahl folgenden neuen Amtszeit für den Mitangeklagten C Motiv seiner Spendenbereitschaft war. Das schließt ein tatbestandsmäßiges Verhalten aber nicht aus. Denn auch, wenn es sich bei dem Amt des Oberbürgermeisters um ein Wahlamt mit begrenzter Amtszeit handelt, hatte der Angeklagte Dr. Kr das Amt, zu dessen Ausübung die in Frage stehenden Vorteile in Beziehung standen, bereits inne, als er sich diese von dem Mitangeklagten C versprechen und gewähren ließ. Die Wahlkampfunterstützung wurde für die Erhaltung gerade der

Amtsstellung und damit für die künftige Ausübung desselben Dienstes versprochen, den der Angeklagte Dr. Kr schon bisher ausübte. Die Lauterkeit des öffentlichen Dienstes und das Vertrauen der Allgemeinheit in diese werden durch das Sichversprechenlassen von Vorteilen für eine künftige Dienstausbübung unabhängig davon beeinträchtigt, ob die Amtsträgerstellung und damit die Möglichkeit der Dienstausbübung erst durch erfolgreiche Wiederwahl zu erreichen sind. Ob und unter welchen Voraussetzungen im einzelnen § 331 StGB auch auf einen Amtsträger anwendbar sein kann, der als Kandidat für ein anderes Wahlamt als das innegehabte sich Wahlkampfspenden versprechen lässt oder solche annimmt, braucht hier nicht entschieden zu werden.

3. Zur Erforderlichkeit einer einschränkenden Auslegung von § 331 I StGB bei Parteispenden

Der Tatbestand des § 331 Abs. 1 StGB bedarf aber mit Blick auf die hier in Frage stehenden Fälle einer Wahlkampfunterstützung zugunsten eines Amtsträgers, der sich bei einer anstehenden Direktwahl um seine Wiederwahl bewirbt, der einschränkenden Auslegung.

a. § 331 I StGB grundsätzlich auch anwendbar auf Entgegennahme von Parteispenden

Allerdings kann entgegen der Auffassung des Landgerichts die gebotene Tatbestandseinschränkung nicht - mit der von ihm angenommenen Folge der Straflosigkeit des Angeklagten Dr. Kr - daraus hergeleitet werden, dass dieser im Zeitpunkt des Sichversprechenlassens der Wahlkampfunterstützung durch den Mitangeklagten C davon ausgegangen ist, seine Partei werde mit dieser Unterstützung ordnungsgemäß nach dem Parteiengesetz umgehen.

Dieser Ansatz ist unter verschiedenen Aspekten rechtlich nicht tragfähig.

aa. Zur Rechtsprechung des BGH bzgl. der Einwerbung von Forschungsmitteln im Hochschulbereich

Das Landgericht hat seine Rechtsauffassung an die - nicht entscheidungstragenden - Erwägungen in Urteilen des 1. Strafsenats des Bundesgerichtshofs (BGHSt 47, 295, 303 ff.; BGH NJW 2003, 763, 766, insoweit in BGHSt 48, 44 nicht abgedruckt) zur Einwerbung von Drittmitteln für Lehre und Forschung im Hochschulbereich angelehnt (vgl. auch - 5. Strafsenat - BGH NStZ-RR 2003, 171). Danach unterliegt der Tatbestand der Vorteilsannahme einer Einschränkung in den Fällen, in denen es die hochschulrechtlich verankerte Dienstaufgabe des Hochschullehrers ist, derartige Drittmittel - und damit zugleich (Eigen- oder Dritt-) Vorteile im Sinne des § 331 Abs. 1 StGB nF - einzuwerben, wenn er bei der Einwerbung das hierfür vorgeschriebene rechtliche Verfahren (Anzeige und Genehmigung) einhält. Denn - so die Begründung - durch die hierdurch bewirkte Transparenz des Verfahrens

werde sichergestellt, dass das durch § 331 Abs. 1 StGB geschützte Vertrauen der Allgemeinheit in die Sachgerechtigkeit und Nichtkäuflichkeit dienstlichen Handelns nicht in dem vom Gesetzgeber vorausgesetzten strafwürdigen Umfang beeinträchtigt werde. Auf diese Weise werde Strafrecht mit Hochschulrecht in Einklang gebracht und ein Wertungsbruch vermieden.

bb. Keine Vergleichbarkeit der Einholung von Parteispenden mit der Einwerbung von Forschungsmitteln

Damit sind die Sachverhalte der hier zu beurteilenden Art indessen nicht vergleichbar:

(1) Zum Spannungsverhältnis zwischen privater Finanzierung von Parteien und Anwendbarkeit von § 331 StGB in diesem Bereich

Das Landgericht weist zwar zutreffend darauf hin, dass das Grundgesetz die Staatsfreiheit der Parteien voraussetzt und es daher untersagt, deren Tätigkeit überwiegend aus staatlichen Quellen zu finanzieren. Spenden an die Parteien sind daher nicht nur erlaubt (§ 25 Abs. 1 Satz 1, § 24 Abs. 4 Nr. 3 und 4 PartG; vgl. auch Art. 21 Abs. 1 Satz 4 GG), sondern - wie auch andere Einnahmen der Parteien (vgl. § 24 Abs. 4 Nr. 1 - 7 und 9 PartG) - verfassungsrechtlich erwünscht; denn hierdurch wird nicht nur die erforderliche Unabhängigkeit der Parteien, sondern auch deren Charakter als frei gebildete, im gesellschaftlichpolitischen Bereich wurzelnde Gruppierungen bewahrt, die nicht nur politisch, sondern auch wirtschaftlich und organisatorisch auf die Zustimmung und Unterstützung der Bürger angewiesen bleiben. Es ist daher unzulässig, ihnen durch die Gewährung öffentlicher Mittel das Risiko des Fehlschlagens ihrer Bemühungen um hinreichende Unterstützung in der Wählerschaft abzunehmen (BVerfGE 85, 264, 287 m. w. N.). Demgemäß dürfen ihnen staatliche Mittel nur bis zur Höhe einer relativen Obergrenze zugeführt werden, die das Gesamtvolumen der von ihnen selbst erwirtschafteten Einnahmen nicht überschreitet (BVerfGE 85, 264, 289). Aus diesem - durch die Vorschriften des Parteiengesetzes über die staatliche Parteienfinanzierung einfachrechtlich umgesetzten - Verfassungsgebot resultiert das besondere Interesse der Parteien daran, dass ihre Mitglieder Spenden einwerben. Dieses Interesse wird in bestimmtem Umfang noch dadurch verstärkt, dass die Spenden natürlicher Personen - im Rahmen der absoluten und relativen Obergrenze der staatlichen Parteienfinanzierung (§ 18 Abs. 2 und 5 PartG) - bis zu einer Höhe von 3.300 € je natürliche Person mit 0,38 € pro rechtmäßig gespendetem Euro bezuschusst werden (§ 18 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 PartG; zur Tatzeit: 0,50 DM für jede rechtmäßig gespendete DM, § 18 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 PartG aF; mit PartG aF ist hier wie im gesamten folgenden das Parteiengesetz in seiner zur Tatzeit maßgeblichen, vom 1. Januar 1994 bis 30. Juni 2002 gültigen Fassung be-

zeichnet). Als Folge aus all dem werden sich - wie das Landgericht im Kern ebenfalls zutreffend dargelegt hat - gerade Parteimitglieder, die - vor allem durch Wahl - Amtsträgereigenschaft im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 2, § 331 Abs. 1 StGB erworben haben, vielfach einem erheblichen Erwartungsdruck ausgesetzt sehen und sich in gesteigertem Maße aufgefordert fühlen, sich um das Einwerben von Spenden zu bemühen und entsprechende Zuwendungen an die Partei weiterzuleiten (vgl. § 25 Abs. 1 Satz 2 PartG). Denn diese Personen haben aufgrund ihrer herausgehobenen Stellung in der Regel in besonderem Maße die Möglichkeit und den Einfluss, Dritte zu Zahlungen oder sonstigen Zuwendungen an ihre jeweilige Partei zu veranlassen.

Hierdurch wird für parteigebundene Amtsträger - insbesondere für Wahlbeamte - in besonderer Weise die Gefahr begründet, mit den Korruptionstatbeständen des Strafgesetzbuches in Konflikt zu geraten. Denn da es - wie bereits ausgeführt - nach der Neufassung des § 331 Abs. 1 StGB zur Begründung der Strafbarkeit wegen Vorteilsannahme nunmehr ausreicht, wenn der Amtsträger allgemein für seine Dienstausbübung einen Vorteil für einen Dritten - hier: seine Partei - fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, und daher auch Zuwendungen zur "allgemeinen Klimapflege" oder zur Gewinnung generellen Wohlwollens des Amtsträgers den Tatbestand erfüllen, kann die Abwicklung einer Parteispende über einen Amtsträger dem § 331 Abs. 1 StGB unterfallen, obwohl ihre Annahme der Partei aus keinem der Versagungsgründe des § 25 Abs. 2 PartG verboten ist, es sich insbesondere nicht um eine Einflussspende handelt, die der Partei erkennbar in Erwartung oder als Gegenleistung eines bestimmten wirtschaftlichen oder politischen Vorteils gewährt wird (§ 25 Abs. 2 Nr. 7 PartG).

(2) Zur grundsätzlichen Anwendbarkeit von § 331 StGB bei Einwerbung von Parteispenden

Das dargestellte Spannungsverhältnis kann jedoch nicht dadurch aufgelöst werden, dass der Amtsträger, der für seine Dienstausbübung eine nach dem Parteiengesetz zulässige Parteispende als Dritt Vorteil fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, von der Strafbestimmung des § 331 Abs. 1 StGB freigestellt wird. Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber Amtsträger hinsichtlich der Einwerbung von Parteispenden von der Strafantdrohung des § 331 StGB ausnehmen wollte, ergeben sich weder aus dem reformierten Recht der Korruptionsdelikte noch aus nachfolgenden Änderungen des Parteiengesetzes.

Im Gegenteil: Parteispenden sind nicht einschränkungslos zulässig. So hat es der Gesetzgeber den Parteien aus übergeordneten rechtlichen Gesichtspunkten untersagt, bestimmte Spenden anzunehmen (§ 25 Abs. 2 Nr. 1 - 8 PartG). In gleicher Weise steht ihm die Befugnis zu, aus übergeordneten Interessen einzelnen Personen die Einwerbung von Parteispenden

unter bestimmten Voraussetzungen zu untersagen. Wenn er daher zum Schutz der Lauterkeit des öffentlichen Dienstes und des Vertrauens der Allgemeinheit in diese Lauterkeit Amtsträgern unter Strafbewehrung verbietet, Parteispenden als Gegenleistung für ihre Dienstausbübung zu fordern, sich versprechen zu lassen oder anzunehmen, bewegt er sich grundsätzlich (zur Ausnahme s. unten) in dem ihm verfassungsrechtlich eröffneten Gestaltungsspielraum. Es ist in einem solchen Fall nicht Sache der Gerichte, insoweit eine Normenkorrektur vorzunehmen. Eine solche ist hier insbesondere nicht unter dem Aspekt geboten, dass der Angeklagte Dr. Kr sich widersprechenden Normbefehlen ausgesetzt gesehen hätte. Das Parteiengesetz gebot ihm gerade nicht, Parteispenden einzuwerben. Er war lediglich mit der allgemeinen Erwartung innerhalb seiner Partei konfrontiert, sich um Spenden zur Finanzierung des Kommunalwahlkampfes zu bemühen.

Dieser faktische Erwartungsdruck ist jedoch nicht geeignet, den Normbefehl des § 331 Abs. 1 StGB außer Kraft zu setzen, und begründet zu diesem auch keinen rechtlichen Widerspruch. Darüber hinaus ist die - ohnehin erst ab einem bestimmten Umfang der Spende - vorgeschriebene Publizierungspflicht (§ 25 Abs. 3 PartG) und die hierdurch in gewissem Umfang gewährleistete Transparenz des Vorgangs nicht geeignet, dem Schutzzweck des § 331 Abs. 1 StGB in hinreichender Weise Genüge zu tun, denn sie enthüllt die individuelle Beziehung zwischen dem Spender und dem die Spende einwerbenden Amtsträger gerade nicht. Durch all dies unterscheidet sich der hier zu beurteilende Sachverhalt entscheidend von dem Fall des beamteten Hochschullehrers, dem durch das Hochschulgesetz die Einwerbung von Drittmitteln für Lehre und Forschung - unterworfen unter eine Anzeige- und Genehmigungspflicht - als Dienstaufgabe übertragen wird, während ihm durch das Strafgesetz ein entsprechendes Tätigwerden als kriminelles Handeln angelastet würde, so nicht auf Tatbestandsebene ein Ausgleich der konträren Normbefehle vollzogen würde.

cc. Ausschluss von § 331 StGB bei Einwerbung von Parteispenden als Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz

Darüber hinaus hätte der vom Landgericht befürwortete Lösungsansatz eine nicht zu rechtfertigende Ungleichbehandlung zwischen parteizugehörigen und parteilosen Amtsträgern zur Folge. Dem Parteiengesetz und den darin enthaltenen Bestimmungen über Parteispenden unterfallen nur solche Vereinigungen, die in Abständen von höchstens sechs Jahren mit eigenen Wahlvorschlägen an einer Bundestags- oder Landtagswahl teilnehmen (§ 2 Abs. 2 PartG). Der vom Landgericht dem Amtsträger aufgezeigte Weg, als Gegenleistung für die eigene Dienstausbübung der politischen Gruppierung, der er zugehört, auf legalem Wege

Zuwendungen zu beschaffen, wäre danach nur solchen Amtsträgern eröffnet, die einer Partei angehören, die den dargelegten Anforderungen genügt.

Amtsträger, die etwa Mitglied einer kommunalen Wählervereinigung sind oder gar keiner auf Dauer angelegten politischen Organisation angehören, wären dagegen von vornherein von dieser Möglichkeit ausgeschlossen. Dies ist schon allgemein mit dem Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) unvereinbar, verletzt aber darüber hinaus dann in besonderer Weise verfassungsrechtliche Garantien, wenn es um die Beschaffung von Mitteln für die Wahlkampffinanzierung - hier im Kommunalwahlkampf - geht. Für die Besetzung eines Amtes auf staatlicher oder - wie hier - kommunaler Ebene durch demokratische Wahlen der Wahlbürger gilt zwar nicht der Gleichheitsgrundsatz aus Art. 33 Abs. 2 GG, weil er durch den Vorrang des demokratischen Prinzips verdrängt wird (Battis in: Sachs, Grundgesetz 3. Aufl. 2002, Art. 33 Rdn. 25; Lübbe-Wolff in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 2, 1998, Art. 33 Rdn. 39). Damit gilt aber der zum Demokratieprinzip gehörende Grundsatz der Wahlgleichheit (vgl. Magiera in: Sachs aaO Art. 38 Rdn. 90 f.).

Gemäß § 65 Abs. 1 Satz 1 GO NW wird der Bürgermeister in allgemeiner, unmittelbarer, freier, gleicher und geheimer Wahl von den Bürgern gewählt. Es handelt sich bei dieser Bestimmung um die Umsetzung eines Verfassungsgebots (vgl. Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG für die Kommunalvertretungen), das in engem Zusammenhang mit dem Demokratieprinzip steht (s. nur BVerfGE 69, 92, 105 f. m. w. N.). Die Wahlgleichheit gilt auch für das passive Wahlrecht und sichert den zur Wahl antretenden Parteien bzw. den einzelnen Kandidaten gleiche Wettbewerbschancen (vgl. etwa BVerfGE 44, 125, 146; 78, 350, 357 f.). Da diese Wettbewerbschancen wesentlich auch davon abhängen, in welchem Umfang Parteien und Kandidaten finanzielle Mittel zur Verfügung stehen, um durch Wahlkampfmaßnahmen und Wahlwerbung die Wähler für sich einzunehmen, ist die Zulässigkeit gesetzlicher Bestimmungen, die einzelnen Parteien oder Bewerbern im Vergleich zu ihren Konkurrenten in der Einwerbung von finanziellen Mitteln zur Finanzierung des Wahlkampfes rechtliche Schranken auferlegen, am Maßstab der Gleichheit der Wahl und des Demokratieprinzips zu messen. Sie können nur Bestand haben, soweit gleichrangige sachliche Gesichtspunkte - etwa der auch verfassungsmäßig verbürgte strafrechtliche Rechtsgüterschutz - eine derartige Differenzierung zu rechtfertigen geeignet sind. Nach diesen Grundsätzen wäre die Chancengleichheit der zur Wahl stehenden Kandidaten, die bereits ein Amt im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 1, § 331 Abs. 1 StGB innehaben, in grundgesetzwidriger Weise verletzt, wenn nur der für eine Partei kandidierende Amtsträger für seine Dienstaussübung legal eine Wahlkampffinanzierung durch Dritte

über die ihn tragende politische Gruppierung aufbringen könnte, während eine derartige Möglichkeit dem als Mitglied einer kommunalen Wählervereinigung oder eines nur losen Wahlbündnisses bzw. als Einzelbewerber kandidierenden Amtsträger verwehrt wäre. Denn einen Grund, der eine derartige Differenzierung sachlich rechtfertigen könnte, gibt es nicht.

dd. Zur Anwendbarkeit des PartG auf die Spenden des Angeklagten C

Da die Auffassung des Landgerichts, § 331 StGB sei in Fortführung der Rechtsprechung zur Drittmittelwerbung durch Hochschullehrer auf die Einwerbung von Parteispenden durch Amtsträger nicht anwendbar, nach allem einer tragfähigen Grundlage entbehrt, kann dahinstehen, ob auf die Wahlkampfspenden des Mitangeklagten C überhaupt die Vorschriften des Parteiengesetzes Anwendung finden. Auch insofern bestünden indes zumindest Bedenken.

Parteispenden im Sinne von § 25 Abs. 1 Satz 1 PartG sind nur solche Zuwendungen, die der Partei im Ergebnis zur freien Verwendung zufließen. Wird die Unterstützung dagegen von dem Zuwendenden - wie hier von dem Mitangeklagten C - mit der ausdrücklichen Zweckbestimmung verbunden, dass die Mittel zur Finanzierung des Wahlkampfes eines bestimmten von der Partei aufgestellten Kandidaten zu verwenden sind, liegt, wie jedenfalls für das Steuerrecht anerkannt ist, keine - nach § 13 Abs. 1 Nr. 18 ErbStG erbschaftssteuerfrei bleibende - Parteispende, sondern eine Direktzuwendung an den Kandidaten im Sinne einer Schenkung vor (vgl. FG Berlin DStR 1989, 254).

Dies gilt unabhängig davon, ob die Zuwendung zunächst der Partei oder unmittelbar dem Begünstigten zufließt (Meincke, ErbStG/SchStG 13. Aufl. § 13 Rdn. 57; Jülicher in Troll/Gebel/Jülicher, ErbStG/SchStG - Stand 31. März 2002 - § 13 Rdn. 236 f.). Eine Parteispende ist erst dann anzunehmen, wenn der Zuwendende lediglich einen nicht verpflichtenden Verwendungswunsch äußert (Meincke aaO; s. auch den Erlass des Finanzministeriums Nordrhein-Westfalen über die Behandlung von Wahlkampfspenden vom 14. November 1985 - S 3812 V A 2 = DB 1986, 621; insg. - kritisch - Koch DÖV 2003, 451, 453).

Nichts anderes ergibt sich aus den Regelungen über Direktzuwendungen an Abgeordnete (vgl. § 4 der Verhaltensregeln für Mitglieder des Deutschen Bundestages [Anlage 1 zur Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages] sowie entsprechende Vorschriften der Länderparlamente). Danach sind zwar - in Umsetzung entsprechender Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 85, 264, 325) - Direktzuwendungen an Abgeordnete der Rechnungslegung sowie - ab einem bestimmten Umfang - der Anzeige an den Präsidenten des Deutschen Bundestages und der Publizierung unterworfen worden; zudem müssen unzulässige Direktzuwendungen an den Präsidenten des Deutschen

Bundestages weitergeleitet werden (§ 4 Abs. 4 der Anlage 1 zur BT-GeschO, § 25 Abs. 2 und 4 PartG). Indes finden diese Verhaltensregeln, abgesehen davon, dass die Folgen ihrer Verletzung weit hinter denjenigen eines Verstoßes gegen die Bestimmungen des Parteiengesetzes zurückbleiben (vgl. § 8 der Anlage 1 zur BT-GeschO), auf kommunale Wahlbeamte von vornherein keine Anwendung. Für diese bleibt es allenfalls bei innerparteilichen Regelungen über die Pflicht zur Weiterleitung derartiger Spenden an die Partei (s. etwa § 3 Abs. 3 der Finanzordnung der SPD oder § 4 Abs. 1 Satz 3 der Finanz- und Beitragsordnung der CDU, zit. bei Koch aaO Fn. 13).

b. Zum Erfordernis einer einschränkenden Auslegung von § 331 StGB bei Einwerbung von Parteispenden

Jedoch muss der Tatbestand des § 331 Abs. 1 StGB für die hier vorliegende Fallgestaltung aus anderen Gründen einschränkend ausgelegt werden, um vor der oben (2. a) cc)) dargestellten verfassungsrechtlich garantierten Wahlgleichheit Bestand haben zu können.

aa. Zur Anwendung von § 331 StGB bei Wahlkandidaten mit und ohne Amtsträgerstellung

Ein Wahlkandidat, der keine Amtsträgerstellung innehat, ist in unbeschränkter Weise befugt, Mittel zur Finanzierung seines Wahlkampfes einzuwerben. Ihm ist es mangels Amtsträgereigenschaft sogar möglich, zur Erlangung entsprechender Mittel ohne das Risiko strafrechtlicher Verfolgung für den Fall seiner Wahl dem Zuwendenden künftige pflichtwidrige Diensthandlungen im Sinne des § 332 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 Nr. 1 StGB in Aussicht zu stellen oder sich bereit zu zeigen, sich bei Ermessensentscheidungen wegen der Wahlkampfunterstützung zugunsten seines Förderers beeinflussen zu lassen (§ 332 Abs. 3 Nr. 2 StGB; s. Rudolphi/Stein in SK-StGB § 331 Rdn. 7). Die Auffassung, die Korruptionstatbestände könnten auch auf denjenigen Anwendung finden, der Handlungen im Sinne des § 331 Abs. 1, § 332 Abs. 1 Satz 1 bzw. Abs. 3 StGB zu einem Zeitpunkt vornimmt, in dem er zwar noch nicht Amtsträger ist, aber kurz vor seiner Ernennung steht (Cramer in Schönke/Schröder, StGB 26. Aufl. § 331 Rdn. 34; s. auch Jescheck in LK aaO § 331 Rdn. 27), ist mit dem Wortlaut der genannten Vorschriften nicht vereinbar (Art. 103 Abs. 2 GG; vgl. für den umgekehrten Fall des aus dem Amt geschiedenen Amtsträgers BGH NStZ 2004, 564). Sie würde darüber hinaus auf den hier gegebenen Fall, dass das Erreichen des Amtes eine erfolgreiche öffentliche Wahl voraussetzt, ohnehin nicht übertragbar sein. Wäre demgegenüber der sich um die Wiederwahl bewerbende Amtsträger rechtlich völlig davon ausgeschlossen, sich für die Dienstausbübung nach der Wahl im Wahlkampf von Dritten finanziell unterstützen zu lassen, würde sein grundrechtlicher Anspruch auf gleiche Wahlchancen in verfassungsrechtlich nicht mehr zu

rechtfertigender Weise eingeschränkt, da er gegenüber sonstigen Mitbewerbern generell in den Möglichkeiten der Wahlkampffinanzierung und damit in der Effizienz seines Wahlkampfes benachteiligt wäre. Die Korruptionsdelikte müssen daher für diese Sondersituation in einer Weise ausgelegt werden, die der grundrechtlich garantierten Gleichheit des passiven Wahlrechts gerecht wird.

(1) Grundsätzliche Anwendbarkeit von § 331 StGB auf Wahlkandidat mit Amtsträgerstellung kein Verstoß gegen das Gleichheitsgebot

Dies bedeutet indessen nicht, dass der Amtsträger für die Einwerbung von Wahlkampfmitteln sonstigen Bewerbern uneingeschränkt gleichgestellt werden müsste. Er befindet sich aufgrund seiner Amtsposition in einer besonderen Pflichtenstellung, die eine Differenzierung erlaubt und erfordert. So scheidet es von vornherein aus, den Amtsträger, der von einem Dritten eine Wahlkampfunterstützung als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, dass er eine pflichtwidrige Diensthandlung vorgenommen hat oder künftig vornehme, oder sich bereit zeigt, sich aufgrund der Zuwendung bei einer künftigen Ermessensentscheidung zugunsten des Gebers beeinflussen zu lassen, von der Strafbarkeit wegen Bestechlichkeit (§ 332 Abs. 1 und 3 StGB) freizustellen. Dies gilt unabhängig davon, ob eine künftige Diensthandlung bzw. dienstliche Ermessensentscheidung schon vor oder erst nach der Wahl vorgenommen werden soll. Zwar kann - wie dargelegt - ein sonstiger Wahlbewerber für den Fall seines Wahlerfolges sanktionslos ein derartiges Verhalten in Aussicht stellen. Dies ändert indessen nichts an der Verwerflichkeit eines solchen Vorgehens und kann es nicht rechtfertigen, den Amtsträger insoweit aus seiner Pflichtenbindung zu entlassen und damit für diese Sonderkonstellation den Schutz der Lauterkeit des öffentlichen Dienstes und des Vertrauens der Öffentlichkeit in diese Lauterkeit preiszugeben. Allein der Umstand, dass der Gesetzgeber das an sich ebenfalls strafwürdige Sichbereitsitzen eines sonstigen Wahlbewerbers, seine möglichen künftigen Dienstpflichten zugunsten seines Gönners außer acht zu lassen, bisher nicht unter Strafe gestellt hat, gebietet eine Gleichstellung des Amtsträgers nicht.

(2) Zur Einschränkung von § 331 StGB bei Einwerbung von Parteispenden

Die tatbestandliche Einschränkung kann damit nur § 331 Abs. 1 StGB betreffen. Sie muss sich daran ausrichten, welche finanziellen Leistungen zur Förderung einzelner Politiker bzw. Parteien der Gesetzgeber in anderen Zusammenhängen als mit demokratischen und rechtsstaatlichen Maßstäben für vereinbar, wenn nicht sogar erwünscht erachtet. Einen gewissen ersten Anhalt kann hierfür, wenn sie auch nach ihrem Regelungsgegenstand andere Sachverhalte betrifft, die Vor-

schrift des § 108 e StGB über die Abgeordnetenbestechung bieten. Nach dieser Bestimmung macht sich strafbar, wer es unternimmt, für eine Wahl oder Abstimmung im Europäischen Parlament oder in einer Volksvertretung auf Bundes-, Landes- oder Gemeindeebene eine Stimme zu kaufen oder zu verkaufen. Der Gesetzgeber knüpft somit die Strafbarkeit an den versuchten oder vollendeten (§ 11 Abs. 1 Nr. 6 StGB) Kauf oder Verkauf der Stimme des Abgeordneten für eine konkrete Entscheidung. Erlaubt sind hingegen Zuwendungen an einen Abgeordneten, um dessen allgemeine politische Einstellung zu unterstützen und seine Arbeit zu fördern. Spenden für die Wahlkreisarbeit oder den Wahlkampf sind von der Vorschrift nicht erfasst (Tröndle/Fischer, StGB 52. Aufl. § 108 e Rdn. 8 a).

In dieselbe Richtung weisen die Regelungen des Parteiengesetzes über Einfluss Spenden. Während Spenden an eine Partei zur allgemeinen Förderung von deren Tätigkeit und Politik erlaubt (§ 25 Abs. 1 Satz 1 PartG) und sogar verfassungsrechtlich erwünscht sind, ist es den Parteien ausdrücklich untersagt, Spenden anzunehmen, die ihnen erkennbar in Erwartung oder als Gegenleistung eines bestimmten wirtschaftlichen oder politischen Vorteils gewährt werden (§ 25 Abs. 2 Nr. 7 PartG). Darin wird das Anliegen des Gesetzgebers deutlich, die allgemeine Förderung der Politik einzelner Personen oder Parteien zuzulassen, während eine Einflussnahme interessierter Dritter auf konkrete Sachentscheidungen durch finanzielle Zuwendungen abgewehrt werden soll.

Diese Differenzierung gilt auch für die Wahlkampffinanzierung, so dass es sich in besonderem Maße anbietet, sie für die Abgrenzung von strafbarer und erlaubter Einwerbung von Wahlkampfunterstützung durch Amtsträger im Spannungsfeld zwischen Vorteilsannahme einerseits und verfassungsrechtlich gewährleisteter Chancengleichheit bei der Bewerbung um ein Wahlamt andererseits ebenfalls fruchtbar zu machen.

bb. Inhalt der einschränkenden Auslegung von § 331 StGB

Daraus folgt: Ein Amtsträger macht sich nicht wegen Vorteilsannahme strafbar, wenn er sich erneut um das von ihm derzeit ausgeübte, aufgrund einer Direktwahl zu erlangende Wahlamt bewirbt und für seinen Wahlkampf die finanzielle oder sonstige Unterstützung eines Dritten für sich und/oder die ihn tragende Partei bzw. Wählervereinigung fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, sofern diese Förderung allein dazu dienen soll bzw. dient, dass er nach erfolgreicher Wahl das wiedererlangte Wahlamt in einer Weise ausübt, die den allgemeinen wirtschaftlichen oder politischen Vorstellungen des Vorteilsgebers entspricht. In diesem Fall ist wegen des vorrangigen Verfassungsprinzips der Chancengleichheit bei der Wahl das erforderliche

rechtswidrige Gegenseitigkeitsverhältnis zwischen Vorteil und Dienstaussübung, die Unrechtsvereinbarung, zu verneinen. Zeigt sich der Amtsträger dagegen bereit, als Gegenleistung für die Wahlkampfförderung im Falle seiner Wahl eine konkrete, den Interessen des Vorteilsgebers förderliche Entscheidung zu dessen Gunsten zu treffen oder zu beeinflussen, macht er sich der Vorteilsannahme schuldig, obwohl wegen der Unsicherheit des Wahlausgangs noch gar nicht feststeht, ob er überhaupt in die Lage versetzt werden wird, im Interesse seines Förderers aktiv zu werden. Hier überwiegt die Pflichtenbindung des Amtsträgers aus seinem bisherigen Amt sein Interesse, seine Chancengleichheit mit anderen Wahlbewerbern gegebenenfalls auch dadurch herzustellen, dass er seine Wahlkampffinanzierung durch Zusagen einwirbt, die zwar kein pflichtwidriges oder ermessensfehlerhaftes Vorgehen in Aussicht stellen, aber dennoch den Makel der Käuflichkeit amtlicher Entscheidungen tragen und daher unlauter und verwerflich sind. Eine Gleichstellung des Amtsträgers insoweit ist auch nicht deswegen geboten, weil der nicht amtsgebundene Wahlbewerber ohne strafrechtliches Risiko entsprechend vorgehen kann. Denn auch in diesem Umfang rechtfertigt die Pflichtenstellung des Amtsträgers noch seine unterschiedliche Behandlung im Vergleich zu nicht amtsgebundenen Mitbewerbern. Der Senat verkennt nicht, dass die Abgrenzung zwischen erlaubter und unerlaubter Einwerbung von Wahlkampfunterstützung durch einen Amtsträger nach diesen Maßstäben nicht für alle Fälle einfach erscheint. Dies ist jedoch der derzeitigen Rechtslage geschuldet, die - als Folge der weiten Tatbestandsfassung einerseits und der durch das verfassungsrechtliche Gebot der passiven Wahlgleichheit bedingten Notwendigkeit restriktiver Auslegung andererseits - eine schärfere Grenzziehung nicht zulässt. Um die Voraussehbarkeit staatlichen Strafens (Art. 103 Abs. 2 GG) zu gewährleisten, muss § 331 Abs. 1 StGB (ebenso wie § 333 Abs. 1 StGB) daher in einschränkender Auslegung auf die Fälle beschränkt werden, in denen die oben aufgezeigte Grenze eindeutig überschritten ist. Grundvoraussetzung für die unerlaubte Einwerbung von Wahlkampfunterstützung durch einen Amtsträger ist, dass er sich im Gegenzug bereit zeigt, im Falle seiner Wahl seinem Gönner einen bestimmten Vorteil zukommen zu lassen oder sich in bestimmten anstehenden Einzelentscheidungen durch die Gewährung der Spende beeinflussen zu lassen. Dies reicht indessen nicht aus. Hinzu kommen muss, dass dieser Vorteil allein dem Zuwendenden nutzt oder nur bestimmten Individualinteressen förderlich ist. Denn ansonsten würde auch die Wahlkampfförderung für einen Amtsträger, die allein der Verfolgung allgemeinpolitischer Ziele oder dem einer bestimmten Bevölkerungsgruppe zugute kommenden Anliegen dient, in die Strafbarkeit wegen Vorteilsannahme bzw. -gewährung einbezogen, nur weil der Vorteilsgeber im

Falle der Umsetzung der Maßnahme zu dem Kreis der potentiell Begünstigten zählt.

Dass die erforderliche Abgrenzung auch mit diesen Maßgaben nicht für alle Fälle eindeutig vorauszusagende Ergebnisse der Rechtsanwendung sicherstellen kann, versteht sich. Gerade etwa im kommunalen Bereich werden die Erwartung einer bestimmten politischen Ausrichtung des unterstützten Wahlbewerbers (etwa seiner familien- und kinderfreundlichen Politik), die mit einer Wahlkampfspende verbunden werden darf, ohne diese zu einer tatbestandmäßigen Vorteilsgewährung zu machen, und die Erwartung einer bestimmten Maßnahme (Einrichtung oder Erweiterung einer Kindertagesstätte, für die der Spender einen Bauauftrag erwartet), die zur Unzulässigkeit der Spende an den Wiederwahlkandidaten führt, oft eng miteinander verknüpft sein. Von daher stößt die Suche nach abstrakten, trennscharfe Abgrenzungen erlaubenden Kriterien auf vorgegebene Grenzen. Daran ist nichts zu ändern. Feststellen lässt sich aber immerhin folgendes: die verfassungsrechtlich begründete Notwendigkeit einer restriktiven Auslegung der Tatbestände der Vorteilsannahme bzw. -gewährung für die Fälle von Wahlkampfspenden zugunsten von Amtsträgern, die zu ihrer Wiederwahl antreten, hat zur Folge, dass die durch die Reform des Korruptionsrechts in den §§ 331 und 333 StGB vorgenommene Ausweitung der Strafbarkeit in diesen Sachverhalten nicht uneingeschränkt greifen kann. Im allgemeinen wird es nicht genügen, dass der Vorteil für die Ausübung des angestrebten Wahlamtes (nach erfolgreicher Wiederwahl) als solche gegeben wird; vielmehr werden zumindest im Regelfall Vorteilsgeber und Vorteilsnehmer einen Zusammenhang des Vorteils zu konkreten - wenn auch nicht notwendig schon im einzelnen bestimmten - Diensthandlungen im Rahmen des künftigen Amtes sehen müssen.

Darüber hinaus reicht es zur Strafbarkeit des Amtsträgers nicht aus, dass er das Gegenseitigkeitsverhältnis zwischen der Wahlkampfunterstützung und der von ihm hierfür erwarteten zukünftigen dienstlichen Maßnahme zugunsten des Zuwendenden lediglich hätte erkennen können (vgl. § 25 Abs. 2 Nr. 7 PartG). § 331 Abs. 1 StGB ist Vorsatzdelikt (§ 15 StGB). Elemente fahrlässigen Verschuldens dürfen zur Begründung der Strafbarkeit nach dieser Vorschrift nicht herangezogen werden. Der Amtsträger muss daher bezüglich des Gegenseitigkeitsverhältnisses zumindest bedingt vorsätzlich handeln.

cc. Zur Vereinbarkeit der einschränkenden Auslegung mit Wortlaut und Entstehungsgeschichte von § 331 StGB

Der Wortlaut und die Entstehungsgeschichte der Vorschrift stehen der vom Senat vorgenommenen einschränkenden Auslegung nicht entgegen.

Zwar hat der Gesetzgeber die §§ 331, 333 StGB auch

deshalb tatbestandlich erweitert, um die als Handlungen im Vorfeld der Korruption für gefährlich erachteten Leistungen zur "allgemeinen Klimapflege" zu erfassen (vgl. BTDrucks. 13/8079 S. 15). Die besondere Situation eines Amtsträgers, der sich um seine Wiederwahl bewirbt, und die sich im Hinblick darauf ergebende verfassungsrechtliche Spannungslage hat er indessen erkennbar nicht bedacht (vgl. BVerfG NJW 2004, 1305, 1312 zur entsprechenden Problematik bei der Auslegung des § 261 Abs. 2 Nr. 1 StGB).

4. Freispruch des Angeklagten Dr. Kr mit einschränkender Auslegung des § 331 StGB nicht vereinbar

Im Ergebnis kann der Freispruch des Angeklagten Dr. Kr danach mit der vom Landgericht gegebenen Begründung keinen Bestand haben.

Die bisherigen Feststellungen, die das Landgericht vor dem Hintergrund seiner fehlerhaften Rechtsauffassung getroffen hat, sind auch nicht geeignet, den Freispruch des Angeklagten nach den oben dargelegten Maßstäben mit anderer Begründung zu bestätigen.

Nach diesen Feststellungen hatte der Angeklagte Dr. Kr erkannt, dass sich der Mitangeklagte C aufgrund seiner Stellung als Oberbürgermeister und seiner investorenfreundlichen Politik engagieren wollte.

Dem Mitangeklagten C wiederum war gerade auch im Hinblick auf das von ihm geplante FOC wichtig, daß der Angeklagte Dr. Kr sein Amt behielt. Angesichts dessen und vor dem Hintergrund der für die rechtliche Bewertung maßgeblichen Gesichtspunkte lässt das angefochtene Urteil eine eingehendere Auseinandersetzung mit der Frage vermissen, ob der Angeklagte Dr. Kr auch die Erwartungen erkannt hat, die der Mitangeklagte C für das von ihm geplante FOC mit der Wahlkampfunterstützung verband. Insofern wird zwar mitgeteilt, es sei für den Angeklagten Dr. Kr - anders als für die Mitglieder des örtlichen SPD-Vorstandes, die das FOC-Projekt weiter diskutierten - nicht einmal erkennbar gewesen, dass sich die Unterstützung des Mitangeklagten C mit Erwartungen für dieses konkrete Projekt verband. Diese Würdigung des Beweisergebnisses steht indessen in auffallendem Kontrast dazu, dass der Zeuge S als Stadtverordneter der SPD-Fraktion, Vorsitzender des Ausschusses für Verbindliche Bauleitplanung, planungspolitischer Sprecher der SPD und Berater des Angeklagten Dr. Kr in allen wichtigen Baufragen das Projekt FOC zusammen mit dem Mitangeklagten C vorantrieb, dass der Angeklagte Dr. Kr auch privat in näherem Kontakt mit dem Mitangeklagten C stand und insbesondere, dass er bereits im April 1998 öffentlich zu dem Projekt FOC Stellung bezogen hatte, was wohl nur vor dem Hintergrund erklärbar ist, dass die entsprechenden Ambitionen des Mitangeklagten C bereits ein größeres Ausmaß an Publizität erreicht hatten.

Dieser Punkt wird daher in der neuen Verhandlung vertiefter Aufklärung und Behandlung bedürfen. Dabei

wird auch die auffallende Höhe der angebotenen und geleisteten Wahlkampfunterstützung nicht außer Betracht bleiben können. Bei einer Spende von einer halben Million Deutsche Mark - mithin einer Spende, die zur vollständigen Finanzierung des gesamten Wahlkampfes eines Oberbürgermeisterkandidaten in einer Großstadt ausreichte und sich in etwa auf das 25fache des Betrags belief, bei dessen Erreichen die einer Partei gewährte Spende unter Nennung des Spendernamens im Rechenschaftsbericht ausgewiesen werden muss (§ 25 Abs. 3 Satz 1 PartG) - versteht es sich jedenfalls nicht ohne weiteres, dass sie nur wegen der allgemeinen Ausrichtung der Politik des Wahlbewerbers gegeben wurde und nicht auch mit Blick auf ein von dem Spender konkret geplantes, kommunalpolitisch umstrittenes Großprojekt sowie die im Zusammenhang mit diesem anstehenden Entscheidungen. Entsprechend bedarf näherer Erklärung auch die Feststellung, dass jedenfalls der Amtsträger, der eine Spende in derartiger Höhe entgegennimmt, einen solchen Bezug gegebenenfalls nicht erkannt hat.

III. Zur Revision des Angeklagten P

1. Zur Strafbarkeit des P wegen Beihilfe zur Vorteils-gewährung (§§ 333 I, 27 StGB)

Die Verurteilung des Angeklagten P wegen Beihilfe zur Vorteils-gewährung hält materiell-rechtlicher Überprüfung nicht stand.

a. Zum Vorliegen einer teilnahmefähigen Haupttat

Die für eine Verurteilung wegen Beihilfe notwendige entsprechende Haupttat des Mitangeklagten C ist nicht rechtsfehlerfrei festgestellt.

Allerdings ist es zunächst nicht zu beanstanden, dass das Landgericht die drei Zahlungen des Mitangeklagten C an die SPD Wuppertal zur Finanzierung des Wahlkampfes des Angeklagten Dr. Kr, bei denen der Angeklagte P durch Vorbereitung der entsprechenden Überweisungsträger mitgewirkt hat, als das Gewähren von Vorteilen an den Angeklagten Dr. Kr angesehen hat. Wenn sich ein Amtsträger einen Vorteil hat versprechen lassen, der unmittelbar einem Dritten zugewandt werden soll, liegt ein tatbestandsmäßiges Gewähren auch dann vor, wenn der Vorteilsgeber die Zuwendung absprachegemäß an den Dritten leistet. Dies gilt auch dann, wenn diese Leistung ohne aktuelles Wissen des Amtsträgers vollzogen wird und daher dem Gewähren des Vorteils durch den Zuwendenden nach § 333 Abs. 1 StGB nicht unmittelbar dessen Annahme durch den Amtsträger im Sinne des § 331 Abs. 1 StGB gegenübersteht, diese vielmehr noch der nachträglichen Kenntnisnahme und Billigung durch den Amtsträger bedarf (so auch Tröndle/Fischer aaO § 331 Rdn. 16).

Jedoch ist bisher nicht belegt, dass der Mitangeklagte C durch diese Zahlungen dem Angeklagten Dr. Kr

Vorteile für die Dienstausbübung im Sinne des § 333 Abs. 1 StGB gewährt hat. Auch diese Vorschrift muss nach den oben dargelegten Maßstäben in verfassungskonformer Weise einschränkend ausgelegt werden. Dies bedeutet in spiegelbildlicher Anwendung der für § 331 Abs. 1 StGB geltenden Grundsätze, dass sich, wer einem Amtsträger eine Zuwendung für seinen Wahlkampf anbietet, verspricht oder gewährt, um ausschließlich dessen allgemeine zukünftige Dienstausbübung nach einer erfolgreichen Wahl zu fördern, nicht wegen Vorteilsgewährung strafbar macht, da es an der erforderlichen - im Fall des Versprechens: erstrebten - rechtswidrigen Verknüpfung zwischen dem Vorteil und der Dienstausbübung des Amtsträgers fehlt.

Die hierzu erforderlichen Feststellungen sind in dem angefochtenen Urteil jedenfalls nicht in der gebotenen Eindeutigkeit getroffen. Die Urteilsgründe belegen zwar, dass der Mitangeklagte C mit seiner Wahlkampfspende jedenfalls die Erwartung verband, eine Wiederwahl des Angeklagten Dr. Kr werde sich positiv auf sein Vorhaben FOC auswirken. Dies allein vermag eine Strafbarkeit nach § 333 Abs. 1 StGB jedoch nicht zu begründen. Vielmehr mußte der Umstand, dass der Mitangeklagte C sich als Gegenleistung für seine Zuwendung einen konkreten individuellen Vorteil erwartete, gegenüber dem Angeklagten Dr. Kr auch so deutlich zum Ausdruck gebracht werden, dass auf dieser Grundlage der Abschluss einer entsprechenden Unrechtsvereinbarung zustande kam und sich in der Folge die Zahlungen an die SPD auch ohne unmittelbare Kenntnis des Angeklagten Dr. Kr für alle Beteiligten als Gewähren von Vorteilen an diesen darstellten. Hinzu kommt, dass das Landgericht den Sachverhalt insgesamt vor dem Hintergrund abweichender rechtlicher Maßstäbe für die Zulässigkeit von Wahlkampfspenden aufgeklärt hat und sich daher der Bedeutung einzelner Feststellungen für die zutreffende rechtliche Bewertung nicht bewusst gewesen sein mag.

b. Erstreckung der Urteilsaufhebung auf C

Die Verurteilung des Angeklagten P wegen Beihilfe zur Vorteils-gewährung muss daher aufgehoben werden. Da der Schuldspruch gegen den Mitangeklagten C auf demselben sachlichen Rechtsfehler beruht, ist die Urteilsaufhebung insoweit auf ihn zu erstrecken (§ 357 StPO).

c. Zum (Gehilfen-) Vorsatz des P

Sollte die nunmehr zur Entscheidung berufene Strafkammer zu dem Ergebnis gelangen, dass sich der Mitangeklagte C gemäß § 333 Abs. 1 StGB - auch - in der Tatvariante des Gewährens von Vorteilen schuldig gemacht hat, wird sie sich näher mit der Frage des Gehilfenvorsatzes des Angeklagten P zu befassen haben. Dieser Angeklagte war bei dem Abendessen vom 10. November 1998 nicht zugegen. Er erfuhr erst nachträglich von der Spendenzusage. Die Überweisungen,

die er vorbereitete, wurden zugunsten der SPD Wuppertal vorgenommen. Sonstige Feststellungen, dass er in die Hintergründe der Wahlkampfspende des Mitangeklagten C eingeweiht worden wäre, sind bisher nicht getroffen. Vor diesem Hintergrund bedarf die Feststellung, dass er es bei Vorbereitung der Überweisungsträger für möglich hielt und billigend in Kauf nahm, eine rechtswidrige Vorteilsgewährung des Mitangeklagten C an den Angeklagten Dr. Kr zu fördern, näherer Begründung, auch wenn sie im Ergebnis - schon wegen der Berührungspunkte zwischen den Projekten der Unternehmensgruppe C und der Dienstausbildung des Angeklagten Dr. Kr - nicht fern liegen mag.

2. Zur Strafbarkeit des P wegen Beihilfe zum Betrug (§§ 263 I, 27 StGB)

Die Verurteilung des Angeklagten P wegen Beihilfe zum Betrug hält rechtlicher Prüfung ebenfalls nicht stand.

a. Zum Vorliegen eines Betrugs bei Einreichen eines falschen Rechenschaftsberichts gem. § 23 Part aF

Zutreffend ist allerdings wiederum der rechtliche Ausgangspunkt des Landgerichts. Wer in den Rechenschaftsbericht einer Partei (§§ 23, 24 PartG aF) tatsächlich nicht geleistete Spenden natürlicher Personen (s. § 24 Abs. 2 Nr. 2 PartG aF) oder - ohne entsprechenden Hinweis - Einflussspenden im Sinne des § 25 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 PartG aF aufnimmt, damit die Partei nach Einreichung des Rechenschaftsberichts (§ 23 Abs. 2 Satz 3 PartG aF) und des notwendigen Antrags auf staatliche Förderung (§ 19 Abs. 1 Satz 1 PartG aF; vgl. nunmehr aber auch § 19 Abs. 1 Satz 5 PartG nF) staatliche Mittel in ihr tatsächlich nicht zustehender Höhe erhält, macht sich des vollendeten Betruges schuldig, wenn der Präsident des Deutschen Bundestages aufgrund der falschen Angaben für die Partei staatliche Mittel in tatsächlich nicht berechtigter Höhe festsetzt (§ 19 Abs. 2 PartG aF) und auszahlt (vgl. allg. Grunst wistra 2004, 95).

Im einzelnen:

aa. Zum Vorliegen einer Täuschung

Mit der Aufnahme in Wahrheit nicht geleisteter Spenden natürlicher Personen in den Rechenschaftsbericht wird zunächst die tatsächliche Grundlage für die Fehlvorstellung darüber geschaffen, bis zu welcher relativen Obergrenze der Partei für das jeweilige Rechnungsjahr staatliche Teilfinanzierung gewährt werden darf; denn diese Grenze wird um den vollen Betrag jeder Spende einer natürlichen Person erhöht (§ 18 Abs. 5 Satz 1 i. V. m. § 24 Abs. 2 Nr. 2 PartG aF). Hinzu kommt die Täuschung über die Voraussetzungen einer Bezuschussung der Partei gemäß § 18 Abs. 3 Nr. 3 PartG aF mit 0,50 DM für jede von einer natürlichen Person rechtmäßig gespendeten DM bis zu der Grenze von 6.000 DM je natürlicher Person.

Eine Einflussspende im Sinne des § 25 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 PartG aF ist unverzüglich an das Präsidium des Deutschen Bundestages weiterzuleiten (§ 25 Abs. 3 PartG aF; vgl. nunmehr § 25 Abs. 4 PartG nF). Unterbleibt dies, gilt sie als rechtswidrig erlangt (§ 23 a Abs. 2 PartG aF) und unterliegt daraufhin der Abführungspflicht nach § 23 a Abs. 1 Satz 2 PartG aF. Aus dem Zusammenhang dieser Regelungen sowie der in § 23 a Abs. 1 Satz 1 PartG aF vorgesehenen Sanktionierung für rechtswidrig erlangte Spenden folgt, dass diese nicht als Einnahmen nach § 24 Abs. 2 Nr. 2 oder 3 PartG aF in den Rechenschaftsbericht aufgenommen werden dürfen. Geschieht dies dennoch und liegt tatsächlich eine Einflussspende vor, wie es das Landgericht hier - wenn auch ohne nähere Prüfung - angenommen hat, wird konkludent vorgespiegelt, dass die tatsächlichen Voraussetzungen für das Vorliegen einer Einflussspende nach § 25 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 PartG aF nicht gegeben sind. Damit ist die Grundlage nicht nur für eine fehlerhafte Festlegung der relativen Förderungsobergrenze (§ 18 Abs. 5 Satz 1 i. V. m. § 24 Abs. 2 Nr. 2 oder 3 PartG aF), sondern auch für eine Täuschung über das Vorliegen der tatsächlichen Voraussetzungen für die Pflicht zur Abführung der Spende an das Präsidium des Deutschen Bundestages sowie für die Kürzung der staatlichen Förderung der Partei um das Zweifache des Betrages der Spende (§ 23 a Abs. 1 Satz 1 PartG aF) gelegt.

Die Täuschungshandlung i. S. d. § 263 Abs. 1 StGB ist abgeschlossen, wenn sowohl der Rechenschaftsbericht als auch der Antrag auf staatliche Förderung (§ 19 Abs. 1 Satz 1 PartG aF) beim Präsidenten des Deutschen Bundestages eingereicht sind, da in dem Antrag konkludent auf den Rechenschaftsbericht als Grundlage für die betragsmäßige Festsetzung der Fördermittel Bezug genommen wird (vgl. § 19 Abs. 3 Satz 1 und Abs. 5 PartG aF) und erst durch ihn die allgemeine Prüfungspflicht des Präsidenten des Deutschen Bundestages (§ 23 Abs. 3 PartG) auch für die Festsetzung der Höhe der staatlichen Fördermittel und deren spätere Auszahlung als Vermögensverfügung nach § 263 Abs. 1 StGB Relevanz gewinnt (vgl. § 23 Abs. 4 Satz 1 PartG aF; im Ergebnis ebenso Grunst wistra 2004, 95 f. für das PartG nF).

bb. Zum Vorliegen eines Irrtums

Bleiben die Unrichtigkeiten des Rechenschaftsberichts bei der Prüfung durch den Präsidenten des Deutschen Bundestages unentdeckt, unterliegt er - bzw. der mit der Prüfung beauftragte Mitarbeiter der Bundestagsverwaltung - einem entsprechenden Irrtum. Die Intensität der Prüfung ist hierbei ohne Belang. Dass der Getäuschte bei intensiverer Nachforschung die Fehlvorstellung hätte vermeiden können, ändert an seinem Irrtum nämlich nichts (st. Rspr.; vgl. BGHSt 34, 199, 201; BGH wistra 1992, 95, 97; BGH NSStZ 2003, 313, 314). Es hat daher keine strafrechtliche Bedeutung,

dass im allgemeinen nur eine Plausibilitätsprüfung der Rechenschaftsberichte vorgenommen wird (s. den Bericht des Präsidenten des Deutschen Bundestages gemäß § 23 Abs. 5 PartG aF vom 21. November 2000, BTDrucks. 14/4747 S. 11). Diese Prüfung beschreibt nur die Praxis der Bundestagsverwaltung, nicht jedoch die Rechtslage, nach der der Präsident des Deutschen Bundestages gerade nicht auf eine solche Plausibilitätsprüfung beschränkt ist (vgl. BVerfG, Beschl. vom 17. Juni 2004 - 2 BvR 383/03 Rdn. 200 ff.).

cc. Zum Vorliegen eines verfügungsbedingten Vermögensschadens

Setzt der Präsident des Deutschen Bundestages aufgrund dieses Irrtums eine überhöhte staatliche Förderung für die Partei für das entsprechende Jahr fest und zahlt sie aus, nimmt er vermögensschädigende Vermögensverfügungen vor. Hinsichtlich der Person des Geschädigten und der Schadenshöhe ist zu differenzieren:

(1) Bundesrepublik Deutschland als Geschädigte

Wird in dem Festsetzungszeitraum die absolute Obergrenze der staatlichen Parteienfinanzierung (§ 18 Abs. 2 und Abs. 5 Satz 2, § 19 Abs. 6 Satz 1 PartG aF) nicht überschritten, ist durch die Auszahlung überhöhter staatlicher Parteienfinanzierung die Bundesrepublik Deutschland geschädigt, über deren Vermögen der Präsident des Deutschen Bundestages bei der Festsetzung und Ausschüttung der Zuwendungen an die Parteien verfügt. Gemäß § 18 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 PartG aF geleistete Zuschüsse auf tatsächlich nicht gewährte Spenden natürlicher Personen gehen in diesem Falle zunächst in voller Höhe - von maximal 3.000 DM je natürlicher Person - in den Betrugsschaden ein. Da aber auch durch den überschießenden Betrag der vorgetauschten Spende die relative Förderungsgrenze angehoben wird (§ 18 Abs. 5 Satz 1 i. V. m. § 24 Abs. 2 Nr. 2 PartG aF), entsteht ein weiterer Schaden in dem Umfang, in welchem auf diese Summe Zuschüsse nach § 18 Abs. 3 Nr. 1 oder Nr. 2 PartG aF fließen.

Letzteres gilt in gleicher Weise, soweit derartige Zuschüsse in Anrechnung auf den Betrag einer zu Täuschungszwecken in den Rechenschaftsbericht aufgenommenen Einflusssspende geleistet werden. Hierin erschöpft sich indessen der Vermögensschaden nicht, der durch die im Rechenschaftsbericht versteckte Einflusssspende begründet wird. Da das Unterlassen der unverzüglichen Weiterleitung der Einflusssspende an den Präsidenten des Deutschen Bundestages (§ 25 Abs. 3 PartG aF) zur Folge hat, dass die der Partei an sich gesetzmäßig zustehenden Fördermittel in Höhe des zweifachen Betrages der Einflusssspende zu kürzen sind (§ 23 a Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 PartG aF), ist durch die Festsetzung und Auszahlung der ungekürzten staatlichen Teilfinanzierung das Bundesvermögen in Höhe des an sich abzuziehenden Kürzungsbetrages

geschädigt. Entgegen der Auffassung des Landgerichts handelt es sich insoweit nicht um eine strafähnliche Sanktion nicht vermögensrechtlicher Natur (vgl. dazu Tröndle/Fischer aaO § 263 Rdn. 62 m. w. N.), deren unterbliebener Zufluss in die Staatskasse einen Betrugsschaden nicht zu begründen vermag.

Dies gilt vielmehr - wiederum entgegen der Meinung des Landgerichts - nur, soweit durch das Verheimlichen der tatsächlichen Voraussetzungen für das Vorliegen einer Einflusssspende verhindert wird, dass der Präsident des Deutschen Bundestages den "Anspruch" auf deren Weiterleitung (§ 25 Abs. 3 bzw. § 23 a Abs. 1 Satz 2 PartG aF) durchsetzt. Dieser "Anspruch" dient allein der staatlichen Abschöpfung gesetzlich missbilligter Vermögenszuflüsse einer Partei. Er beinhaltet eine Sanktion, die keine Beziehung zum Wirtschaftsverkehr aufweist und der eine wirtschaftliche Zweckbestimmung abgeht (vgl. BGHSt 38, 345, 351 f.). Ähnlich wie bei Verfall und Einziehung nach §§ 73 ff. bzw. §§ 74 ff. StGB (vgl. Cramer aaO § 263 Rdn. 78 a) führt das durch Täuschung bewirkte Absehen von der Verhängung dieser Maßnahme daher nicht zu einer durch § 263 StGB sanktionierten Vermögens einbuße des Staates.

Hieran ändert auch der Umstand nichts, dass die so eingenommenen Mittel vom Präsidium des Deutschen Bundestages gemäß § 23 a Abs. 3 PartG aF an gemeinnützige Einrichtungen weiterzuleiten sind.

(2) Andere Parteien als Geschädigte

Wird im Abrechnungsjahr dagegen - wie es praktisch die Regel ist (vgl. BVerfGE 104, 287, 301 m. w. N.; Boyken, Die neue Parteienfinanzierung, S. 312; BTDrucks. 13/4503 S. 6; BTDrucks. 13/8888 S. 27) - die staatliche Parteienfinanzierung gemäß § 18 Abs. 2 und Abs. 5 Satz 2 PartG aF gekappt, weil bei voller Auszahlung der den Parteien unter Beachtung der relativen Obergrenze (§ 18 Abs. 5 Satz 1 PartG aF) gesetzlich an sich zustehenden Zuschüsse nach § 18 Abs. 3 PartG aF die absolute Obergrenze der Förderung überschritten würde, ist die

Bundesrepublik Deutschland nicht geschädigt. In diesem Fall steht fest, dass der Präsident des Deutschen Bundestages Zuschüsse an die Parteien in Höhe des Betrages der absoluten Obergrenze festzusetzen und auszuschütten hat. Das Vermögen der Bundesrepublik Deutschland wird daher um diesen gesetzlich festgelegten Betrag unabhängig davon gemindert, ob eine der geförderten Parteien sich durch einen unrichtigen Rechenschaftsbericht in diesem Rahmen einen überhöhten Förderungsbetrag erschleicht (etwas anderes gilt nur dann, wenn bei Nichtberücksichtigung der unberechtigt in den Rechenschaftsbericht aufgenommenen Spende die absolute Förderungsgrenze nicht mehr überschritten würde). Es ist auch nicht unter dem Aspekt der Dispositionsfreiheit beeinträchtigt, denn die Höhe der Zuschüsse an die einzelnen Parteien ist

gesetzlich festgelegt (aA Grunst wistra 2004, 95, 96). Geschädigt werden vielmehr die anderen geförderten Parteien. Da ihre Förderquote sich aus dem Verhältnis ihrer anrechnungsfähigen Einnahmen (§ 18 Abs. 5 Satz 1 PartG aF) zu den anrechnungsfähigen Einnahmen der anderen Parteien ergibt (§ 19 Abs. 5 und 6 PartG aF), verringert sie sich proportional in dem Umfang, in welchem die Förderquote einer anderen Partei sich dadurch erhöht, dass diese in ihrem Rechenschaftsbericht unrichtige Angaben über ihre anrechnungsfähigen Einnahmen einstellt. Mit der Festsetzung der Förderquoten der einzelnen Parteien nimmt der Präsident des Deutschen Bundestages eine Vermögensverfügung vor, durch welche das Vermögen der anderen Parteien im Sinne einer Gefährdung des ihnen gesetzlich zustehenden Förderungsanspruchs in Höhe des Quotennachteils geschädigt, während gleichzeitig das Vermögen der "unlauteren Partei" in Höhe des ihr nicht zustehenden Quotenvorteils erhöht wird, da ihr durch den Verwaltungsakt formell ein Auszahlungsanspruch gegen die Bundeskasse in nicht berechtigtem Umfang zuwächst. Die gebotene Unmittelbarkeit der Vermögensverschiebung sowie die notwendige Stoffgleichheit zwischen dem Vermögensverlust auf der einen und der erstrebten rechtswidrigen Vermögensmehrung auf der anderen Seite sind daher gegeben.

b. Zur Unbeachtlichkeit der Frage der Anwendbarkeit des PartG für die Strafbarkeit wegen Betrugs

An der grundsätzlichen Strafbarkeit wegen Betruges würde sich auch dann nichts ändern, wenn die fragliche Spende überhaupt nicht den Bestimmungen des Parteiengesetzes unterfiele, sondern als Schenkung des Zuwendenden an ein einzelnes Parteimitglied, insbesondere einen Wahlkandidaten der Partei einzustufen wäre (s. o. II. 2. a) dd)). Eine derartige Schenkung vermag weder die relative Förderobergrenze (§ 18 Abs. 5 Satz 1 PartG aF) zu erhöhen noch eine Bezuschussung nach § 18 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 PartG aF auszulösen. Soweit ihre Aufnahme in den Rechenschaftsbericht bedingt, dass aufgrund eines entsprechenden Irrtums der Bundestagsverwaltung die relative Förderobergrenze der Partei zu hoch angesetzt sowie Zuschüsse gemäß § 18 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 PartG aF geleistet werden, entsteht daher nach den dargestellten Grundsätzen ein Vermögensschaden der Bundesrepublik Deutschland oder der anderen geförderten Parteien. Dagegen findet § 23 a Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 PartG aF, selbst wenn die Zuwendung den Bestimmungen des § 4 der Anlage 1 zur BT-GeschO bzw. den entsprechenden Regelungen der Länderparlamente unterfällt, auf den Schenkungsbetrag keine Anwendung. Demgemäß kann das Unterlassen der Weiterleitung auch nicht zu einer Kürzung der staatlichen Zuschüsse um das Zweifache des Betrages der Schenkung nach § 23 a Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 PartG aF führen. Ein auf dem Unter-

lassen der Kürzung beruhender Betrugsschaden scheidet daher aus.

Die Strafbarkeit desjenigen, der den Rechenschaftsbericht in der Absicht manipuliert, der Partei ungegerechtfertigte staatliche Zuschüsse zukommen zu lassen, wird nicht dadurch berührt, dass er irrtümlich davon ausgeht, dass es sich bei der Schenkung um eine Parteispende handelt. Für den Tatvorsatz ist die Kenntnis ausreichend, dass die Zuwendung nicht in den Rechenschaftsbericht aufgenommen werden darf, um der Partei gesetzlich nicht gerechtfertigte Zahlungen im System der staatlichen Parteienfinanzierung zu verschaffen.

Nicht erforderlich ist dagegen, dass der Täter die rechtlichen Gründe hierfür in seiner Vorstellung im einzelnen zutreffend nachvollzieht. Will er durch sein Tun auch die tatsächlich nicht in Betracht kommende Kürzung nach § 23 a Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 PartG aF abwenden, ist sein Vorsatz zwar insoweit auf ein zur Verwirklichung des § 263 Abs. 1 StGB untaugliches Verhalten gerichtet. Seine weitergehende (Dritt-)Bereicherungsabsicht kann jedoch im Rahmen der Strafzumessung Berücksichtigung finden (vgl. § 263 Abs. 2 StGB).

c. Zum Fehlen eines Gehilfenvorsatzes des P

Vor diesem rechtlichen Hintergrund ist die Annahme des Landgerichts, der frühere Mitangeklagte Bi habe sich eines Betrugs - begangen in mittelbarer Täterschaft (durch den Bundesvorstand der SPD [§ 23 Abs. 1 PartG aF] als undoloses Werkzeug) - schuldig gemacht, im Ergebnis nicht zu beanstanden, wenn auch die Ausführungen zur Vermögensverfügung und zu einzelnen Schadenspositionen nicht frei von rechtlichen Bedenken sind.

Dagegen lässt sich dem angefochtenen Urteil - gerade mit Blick auf die äußerst komplexe Rechtslage - ein auf ein vollendetes Betrugsdelikt gerichteter Gehilfenvorsatz des Angeklagten P nicht entnehmen.

Nach den Feststellungen wusste der Angeklagte P, dass die Zeugen H und N, deren Namen er dem früheren Mitangeklagten Bi als vermeintliche Spender mitteilte, tatsächlich keine Spenden geleistet hatten. Er hielt es zumindest für möglich und nahm es billigend in Kauf, "dass die SPD durch die falschen Angaben Zahlungsansprüche staatlicher Stellen gegen sich vermeiden und gleichzeitig diesen Stellen ein entsprechender Schaden entstehen konnte". Hiermit ist ein auf die Unterstützung eines (vollendeten) Betruges gerichteter Gehilfenvorsatz nicht dargetan. Die SPD Wuppertal bzw. die Bundes-SPD war allein dem Zahlungsanspruch auf Weiterleitung der Einflussspende nach § 25 Abs. 3 bzw. § 23 a Abs. 1 Satz 2 PartG aF ausgesetzt. Dieser Anspruch fällt jedoch nicht in den Schutzbereich des § 263 Abs. 1 StGB; wer seine Geltendmachung durch Täuschungshandlungen vereitelt, macht sich daher nicht wegen vollendeten Betruges

strafbar (s. o.).

Entsprechend kommt keine Beihilfe zu einer vollendeten Tat in Betracht.

Demgegenüber hat das Landgericht nicht festgestellt, dass der Angeklagte P die Vorstellung gehabt habe, der SPD würden aufgrund der Weiterleitung der falschen Spendernamen bzw. überhaupt der Aufnahme der tatsächlich allein vom Angeklagten C aufgebrauchten Spende in den Rechenschaftsbericht staatliche Zuschüsse in gesetzlich nicht vorgesehenem Umfang zufließen. Vielmehr machte er sich - wie es an anderer Stelle des Urteils heißt - über das Parteiengesetz keine Gedanken.

Im übrigen trägt die Beweiswürdigung des Landgerichts die Annahme vorsätzlichen Handelns des Angeklagten P nicht. Das Landgericht führt aus, der aufgrund seines beruflichen Werdeganges in wirtschaftli-

chen und finanziellen Dingen sehr bewanderte Angeklagte P habe es zumindest für möglich halten müssen, dass die SPD durch die falschen Angaben staatliche Gegenansprüche vermeiden und staatlichen Stellen ein entsprechender Schaden entstehen konnte. Hiermit ist indessen nur fahrlässiges Handeln belegt.

Die Sache bedarf daher insoweit ebenfalls neuer Verhandlung.

d. Zur Erstreckung der Urteilsaufhebung auf C

Wegen der Identität der Erwägungen des Landgerichts zum subjektiven Tatbestand war die Aufhebung des Urteils auf den Mitangeklagten C zu erstrecken.

IV. Zurückverweisung an ein anderes Landgericht

Der Senat macht von der Möglichkeit des § 354 Abs. 2 Satz 1 2. Alt. StPO Gebrauch.

Standort: § 263 StGB

Problem: Täuschungsvorsatz

AG SIEGBURG, URTEIL VOM 03.05.2004
20 DS 421/03 (NJW 2004, 3725)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte, ein Jurastudent, der vom Gläubiger einer Forderung zu deren Einzug bevollmächtigt worden war, hatte einen Überweisungsbeleg mit seinem Namen ausgefüllt und unterschrieben, aber die Kontonummer des Schuldners eingesetzt. Die Bank, die die fehlende Identität von Unterzeichner und Kontoinhaber nicht bemerkt hatte, überwies den Betrag anweisungsgemäß auf das Konto des Gläubigers. Der Angeklagte ließ sich dahingehend ein, bei dem von ihm besuchten Repetitorium habe man ihm erklärt, dass Banken den Inhalt von Überweisungsträgern sowieso nicht prüfen, sondern die Überweisung auf jeden Fall vornehmen würden. Deshalb habe er auch niemanden täuschen wollen. Das Amtsgericht Siegburg folgte dieser Einlassung und sprach den Angeklagten mangels Vorsatzes vom Vorwurf des (versuchten) Betruges (§ 263 I StGB) frei.

Prüfungsrelevanz:

Der Tatbestand des Betruges gehört zu den in beiden Examen beliebtesten Prüfungsgegenständen und auch Irrtumsprobleme, wie sie in der vorliegenden Entscheidung relevant werden, sind im Examen besonders beliebt.

Ein Betrug gem. § 263 I StGB setzt stets voraus, dass der Täter das Opfer über Tatsachen täuscht und dieses auch einem Irrtum, also einer Fehlvorstellung über Tatsachen, unterliegt (vgl. LK-Tiedemann, § 263 Rn. 76; Tröndle/Fischer, § 263 Rn. 32 ff.). An einem Irrtum fehlt es somit insb. dann, wenn das Opfer keiner Fehlvorstellung anheimfällt, weil es sich überhaupt

keine Gedanken über die entsprechenden Tatsachen macht; das Fehlen einer Vorstellung, die sog. ignorantia facti, ist somit keine Fehlvorstellung (BGHSt 2, 325; Lackner/Kühl, § 263 Rn. 18 mwN). Glaubt der Täter, das Opfer werde sich über Tatsachen, die Gegenstand der Täuschung waren, keine Gedanken machen, so hat er somit keinen Vorsatz bzgl. eines Irrtums des Opfers.

Seit der Entscheidung NStZ 2000, 375 geht der BGH davon aus, dass ein Bankangestellter bei der Bearbeitung eines Überweisungsauftrags grundsätzlich nur prüft, ob die Formalien der Überweisung in Ordnung sind, d.h. ob der Überweisungsträger korrekt ausgefüllt worden ist, und ob das Konto eine entsprechende Deckung aufweist. Insb. darüber, ob die Überweisung sachlich berechtigt ist, wird sich der Angestellte hingegen in aller Regel keine Gedanken machen (dies könnte er auch gar nicht überprüfen).

Diese Entscheidung war von der Repetitorin des Angeklagten so dargestellt worden, dass die Bankangestellten bei der Bearbeitung von Überweisungsaufträgen über das vollständige Ausfüllen des Überweisungsträgers keine weiteren Prüfungen anstellten und deshalb auch keinem entsprechenden Irrtum unterlägen. Der Angeklagte hatte überzeugend dargelegt, dass er von der Richtigkeit dieser Darstellung ausgegangen war und sich deshalb nicht vorgestellt hatte, mit seinem Überweisungsauftrag jemanden zu täuschen. Dem Amtsgericht war deshalb nichts anderes übrig geblieben als einen Vorsatz des Angeklagten bzgl. der Erregung eines Irrtums zu verneinen, was zum Ausschluss der Strafbarkeit wegen (versuchten) Betruges führte ungeachtet der Frage, ob wirklich eine entsprechende Vorstellung und ein korrespondierender Irrtum des Sachbearbeiters bei der Bank vorlagen oder nicht.

Interessant ist an diesem Fall, dass der Inhalt der

BGH-Rechtsprechung von der Repetitorin des Angeklagten nicht unbedingt ganz korrekt wiedergegeben wurde. Der BGH schreibt in seiner Entscheidung NStZ 2001, 374: "Bei Vorlage einer Überweisung wird den zuständigen Bankmitarbeiter [...] nur interessieren, ob die Überweisung formal in Ordnung ist ([...] Unterschrift des Berechtigten) [...]". Dieser Formulierung lässt sich entnehmen, dass der BGH davon ausgeht, dass der Bankangestellte zumindest überprüft, ob die Unterschrift auf dem Überweisungsträger diejenige einer zur Verfügung über das Konto berechtigten Person ist. Auch die Entscheidung BGH, NJW 2001, 453, auf die sich der Angeklagte und seine Repetitorin explizit berufen, führt nicht zu einem anderen Ergebnis, da dort der Angeklagte grundsätzlich zur Verfügung über das Konto berechtigt war und lediglich über Geld verfügt hatte, das infolge einer Fehlbuchung dem Konto gutgeschrieben worden war. Da der Angeklagte im vorliegenden Fall jedoch nicht dazu befugt war, über das entsprechende Konto zu verfügen, wäre die Annahme eines Irrtums des Bankangestellten (über die Berechtigung des Angeklagten zur Verfügung über das bezogene Konto) auch unter Berücksichtigung der BGH-Rechtsprechung durchaus möglich.

Dieser Fall weist nach, wie wichtig der Besuch eines Repetitoriums für einen Jurastudenten ist: nicht nur, dass dies in der Regel einen essentiellen Teil der Examensvorbereitung ausmacht, man erhält sogar die Möglichkeit, sich in einem Strafverfahren darauf zu berufen, man habe es im Rahmen des Repetitoriums "anders gelernt", was unter entsprechenden Umständen zur Verneinung eines Vorsatzes durch das Gericht und damit - sofern es keinen entsprechenden Fahrlässigkeitstatbestand gibt - sogar zum Freispruch führen kann (und zwar unabhängig davon, ob die Ausführungen des Repetitors korrekt sind oder nicht).

Vertiefungshinweise:

Zum Irrtum eines Bankangestellten beim Einreichen eines (gefälschten) Überweisungsträgers: *BGH*, NStZ 2000, 375; *NJW* 2001, 453; *Joerden*, JZ 2001, 611; *Krack*, JR 2002, 23;

Kursprogramm:

Examenskurs: "Der Missbrauch des Sparbuchs"

Leitsatz (der Redaktion):

Wer zur Einziehung einer Forderung bei einer Bank einen Überweisungsvordruck einreicht, auf dem er selbst mit seinem eigenen Namen leserlich unterschrieben, im Übrigen aber das Konto eines anderen als dasjenige des Auftraggebers angegeben hat, handelt ohne Betrugsvorsatz, wenn er annimmt (z.B. durch entsprechende Erörterungen in einem juristischen Repetitorium), ein tatbestands-

relevanter Irrtum werde bei der Bank nicht erregt.

Sachverhalt:

Der Angeklagte ist Student der Rechtswissenschaften. Ihm wurde vorgeworfen, einen versuchten Betrug begangen zu haben. Der Angeklagte füllte ein Überweisungsformular der Kreissparkasse S über einen Betrag von 41,18 Euro zu Gunsten des Kontos der verstorbenen Frau X, deren Betreuer er war, aus und reichte es bei der Kreissparkasse in S ein. In der Zeile für den Namen des Auftraggebers setzte er seinen Namen ein und unterschrieb ebenso mit seiner eigenen, leserlichen Unterschrift. In der Zeile für das bezogene Konto des Auftraggebers trug er die Nummer des Kontos der Eheleute Y ein, wobei er den Eindruck zu erwecken suchte, es läge eine wirksam erteilte Anweisung des Inhabers des Kontos vor. Wie von dem Angeklagten bezweckt, überwies die Kreissparkasse unter Belastung des Kontos der Zeugen Y den Betrag auf das Konto der Frau X. Der Angeklagte war von den Erben der Frau X ermächtigt, die - unstreitige - Forderung aus Nebenkostennachzahlung gegen die Eheleute Y einzuziehen.

Aus den Gründen:

Das AG hat den Angekl. freigesprochen.

Die dem Angekl. zur Last gelegte Straftat konnte nach dem Ergebnis der Hauptverhandlung aus tatsächlichen Gründen nicht festgestellt werden.

Der Angekl. räumt den ihm im Anklagesatz zur Last gelegten objektiven Geschehensablauf ein. Er lässt sich indes dahin gehend ein, er habe eine Strafbarkeitslücke ausnutzen wollen, von der er bereits im juristischen Repetitorium der Rechtsanwältin Z gehört habe. Von der Repetitorin sei dem Angeklagten und seinen Mitstudenten vermittelt worden, dass die Banken Überweisungen bis 10.000 DM nur stichprobenweise zu überprüfen pflegen, und dass es von daher möglich sei, Forderungen auf die von dem Angeklagten praktizierte Art und Weise - straflos - einzuziehen, weil davon auszugehen sei, dass die Bankangestellten sich keine Vorstellungen machen oder aber im Falle einer Stichprobe und Kontrolle der Betrag nicht überwiesen werde, weil klar ersichtlich sei, dass die Kontonummer nicht zudem als Auftraggeber Aufgeführten passe.

Die Einlassung des Angeklagten ist nicht zu widerlegen. Sie wird insbesondere bestätigt durch das im allseitigen Einverständnis in der Hauptverhandlung verlesene Schreiben der Rechtsanwältin Z vom 07.04.2004, in dem sie die Erörterungen im Repetitorium entsprechend den Angaben des Angeklagten dargestellt und in diesem Zusammenhang noch auf die Entscheidung BGHSt 46, 196 (NJW 2001, 453 = NStZ 2001, 315 L) aufmerksam gemacht hat.

Die StA weist in der Anklage unter Hinweis auf Tröndle/Fischer (StGB, § 263 Rdnr. 18 a) zu Recht darauf hin, dass es grundsätzlich darauf ankommt, ob

die Bankangestellten im Rahmen ihres Pflichtenkreises berechtigt oder verpflichtet waren, das Vorliegen der Voraussetzungen für die Überweisung zu prüfen, das heißt ob sie sich demnach Vorstellungen über die Berechtigung des Angeklagten und die Wirksamkeit der Anweisung machten oder ob ihnen dies gleichgültig ist. Der Angeklagte hielt vorliegend indes solche Vor-

stellungen eingedenk des im Repetitorium Gelernten gerade nicht für möglich und nahm sie nicht billigend in Kauf. Er ging davon aus, dass durch sein Verhalten kein Irrtum erregt wurde, weil nicht geprüft wurde oder aber auf Grund der schön leserlichen Angaben auf dem Überweisungsträger die Täuschung sofort auffiel. Es fehlt am Vorsatz bezüglich des Irrtums.

Urteile in Fallstruktur

Standort: Öffentliches Recht

Problem: Abrissverfügung

VGH MANNHEIM, URTEIL VOM 16.06.2003
3 S 2436/02 (VBLBW 2004, 263)

Problemdarstellung:

Der VGH Mannheim hat im nachstehenden Beschluss zu einer Abrissverfügung klargestellt, dass auch eine Übernahme eines privaten Schwarzbaus (hier: Holzhütte im Wald) durch die Gemeinde als öffentliche Einrichtung keine Legalisierungswirkung entfalten würde. Auch ein gemeindeeigenes Bauwerk dürfe nicht gegen geltendes Recht, hier Bauplanungsrecht, verstoßen. Ein solcher Verstoß lag aber vor, denn die betroffene Hütte genoss keine Privilegierung i.S.v. § 35 I BauGB, und als sonstiges Vorhaben i.S.d. § 35 II BauGB war sie wegen der Beeinträchtigung öffentlicher Belange (§ 35 III BauGB) nicht haltbar. Damit lagen formelle und materielle Illegalität vor, die kumulativ Voraussetzung für eine Abrissverfügung sind.

Prüfungsrelevanz:

Die Begriffe der "formellen" und "materiellen" Illegalität spielen bei der Stilllegung, der Nutzungsuntersagung und der Abrissverfügung eine Rolle:

1. Formelle Illegalität bedeutet, dass ein genehmigungspflichtiges Bauwerk nicht genehmigt ist. Es ist also sauber in zwei Schritten zu prüfen, ob (a) überhaupt eine Genehmigungspflicht besteht und, wenn ja, (b) keine Genehmigung vorliegt, weil diese nie beantragt, nicht erteilt, zurückgenommen, widerrufen, angefochten oder aus einem anderen Grund (§ 43 II VwVfG) unwirksam ist. Belanglos ist hingegen die Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit einer vorhandenen Genehmigung, da auch rechtswidrige Verwaltungsakte Rechtswirkung entfalten. Liegt eine wirksame Baugenehmigung vor, die das vorhandene Bauvorhaben legalisiert, muss diese in jedem Fall erst aus der Welt geschafft werden (Rücknahme, Widerruf), bevor überhaupt baurechtlich eingeschritten werden kann.
2. Materielle Illegalität bedeutet fehlende Genehmigungsfähigkeit. Hier ist also zu prüfen, ob für das Bauwerk eine Baugenehmigung erteilt werden könnte. Materielle Illegalität kann aber auch bei nicht genehmigungspflichtigen Vorhaben gegeben sein, wenn diese gegen materielles Baurecht verstoßen, also bspw. Leib und Leben Dritter gefährden.
3. Für eine *Abrissverfügung* ist wegen der betroffenen

wirtschaftlichen Werte in jedem Fall eine materielle Illegalität zu fordern. Für die bloße *Stilllegung* einer Baustelle genügt demgegenüber die formelle Illegalität. Streitig sind die Anforderungen an eine *Nutzungsuntersagung*, wobei die h.M. zwischen einstweiliger und endgültiger differenziert. Wegen der Nähe zur Abrissverfügung soll für die endgültige Nutzungsuntersagung auch materielle Illegalität erforderlich sein, während die einstweilige Nutzungsuntersagung eher bei der Stilllegung anzusiedeln ist, also auch nur formelle Illegalität genügt.

Vertiefungshinweise:

Zur materiellen Illegalität bei Nutzungsuntersagungen: OVG NRW, BRS 30 Nr. 172 (endgültige) und BRS 47 Nr. 202 (vorläufige); zu letzterer ferner OVG Rh.-Pf., BauR 1997, 103

Abriss nur bei formeller und materieller Illegalität: BVerwG, BRS 7 VA 1b (S. 77); OVG NRW, RA 2003, 713 = NWVBl 2003, 386; Rasch, BauR 1988, 266

Kursprogramm:

Examenskurs: "Das illegale Wochenendhaus"

Leitsätze:

1. Die Voraussetzung des § 65 Satz 1 LBO, dass nicht auf andere Weise rechtmäßige Zustände hergestellt werden können, gehört zum Tatbestand dieser Norm.
2. Eine Hütte im Außenbereich, die der Durchführung von Festen und anderen geselligen Veranstaltungen dient, ist nicht schon dann nach § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB privilegiert, wenn sie von einer Gemeinde als kommunale Einrichtung betrieben wird.
3. Die Übernahme einer solchen Hütte als kommunale Einrichtung durch die Gemeinde steht dem Erlass einer Abbruchsanordnung jedenfalls dann nicht entgegen, wenn es keine konkreten Anhaltspunkte für eine solche Entscheidung der Gemeinde gibt.

Sachverhalt:

Auf den am 7.10.1998 bei der Beklagten eingegangenen Antrag des Klägers erteilte die Beklagte ihm mit Bescheid vom 23.12.1998 eine Baugenehmigung für die Errichtung einer Holzhütte. Das Grundstück des

Klägers, auf dem dieser alternativen Obstanbau betreibt, liegt mitten im Wald und nicht im räumlichen Geltungsbereich eines Bebauungsplans. Die Aktivitäten des Klägers sind als gemeinnützig anerkannt dienen nicht der Gewinnerzielung. Die Hütte selbst soll als Grillstand fungieren, um dem leiblichen Wohl von interessierten Besuchern der Obstplantage zu dienen und gelegentliche Festveranstaltungen zu ermöglichen. Mit formell ordnungsgemäßem Bescheid vom 18.12.2000 nahm die Beklagte die Baugenehmigung zurück und ordnete den Abriss der Hütte an. Zur Begründung wurde ausgeführt, die Baugenehmigung verstieße gegen materielles Bauplanungsrecht und sei daher aufzuheben: Die Hütte sei nicht mit den Vorgaben des Flächennutzungsplans in Einklang zu bringen, der in diesem Bereich eine landwirtschaftliche Nutzung vorsehe. Die Hütte beeinträchtige zudem die natürliche Eigenart der Landschaft, weil ihre Nutzung Lärm und Gerüche verursache.

Gegen diese Verfügung legte der Kläger am 16.1.2001 Widerspruch ein. Er führte u.a. aus, nahe am Wald liege eine Autobahn, so dass der von seiner Hütte ausgehende Lärm nicht weiter ins Gewicht falle. Außerdem bot er an, die Beklagte könne die von ihm errichtete Hütte als öffentliche Einrichtung - etwa in Form eines gemeindeeigenen Informationsstandes über alternativen Obstanbau - übernehmen und auf diese Weise legalisieren.

Mit Widerspruchsbescheid vom 28.11.2001 änderte das Regierungspräsidium Karlsruhe den Bescheid der Beklagten vom 18.12.2000 dahingehend ab, dass der Abriss nunmehr erst innerhalb eines Monats nach Bestandskraft dieser Widerspruchsentscheidung zu erfolgen habe und wies den Widerspruch im Übrigen zurück. Die Nutzung der Hütte verursache Lärm, der die bereits von der Autobahn ausgehenden Emissionen übersteige. Eine Übernahme der Hütte als öffentliche Einrichtung sei nicht erfolgt; selbst wenn sie erfolgen sollte, würde dies an der Baurechtswidrigkeit der Hütte nichts ändern.

Mit seiner Klage begehrt der Kläger die Aufhebung des Bescheids vom 18.12.2000 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 28.11.01. Er stützt sich nach wie vor auf die schon im Widerspruch gegebene Begründung und meint, die Beklagte habe die Übernahme der Hütte als öffentliche Einrichtung als milderes Mittel im Verhältnis zum Abriss noch nicht einmal erwogen und deshalb ermessensfehlerhaft gehandelt.

Ist die Abrissverfügung rechtmäßig?

Lösung:

Ein Verwaltungsakt ist rechtmäßig, soweit er auf einer wirksamen Ermächtigungsgrundlage beruht und deren formelle und materielle Voraussetzungen vorliegen.

A. Ermächtigungsgrundlage

Nach § 65 S. 1 LBO kann der teilweise oder vollständige

Abbruch einer Anlage, die im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften errichtet wurde, angeordnet werden, wenn nicht auf andere Weise rechtmäßige Zustände hergestellt werden können.

[Anm.: Der Fall ist nach der Landesbauordnung Baden-Württembergs gelöst. Die Bauordnungen der anderen Bundesländer enthalten für den Abriss von Bauwerken aber vergleichbare Vorschriften, vgl. z.B. §§ 61 I 2 BauO NRW, 89 I 2 NdsBauO, 81 S. 1 BauO Rh-Pf., 72 I 1 HessBauO.]

B. Formelle Rechtmäßigkeit

Die formelle Rechtmäßigkeit ist laut Sachverhalt zu unterstellen.

C. Materielle Rechtmäßigkeit

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

I. Tatbestand

1. Formelle Illegalität

Tatbestandlich setzt § 65 LBO voraus, dass das abzureißende Vorhaben im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Normen steht. Dies wäre zunächst der Fall, wenn für die Hütte, an deren Genehmigungsbedürftigkeit nach § 49 LBO keine Zweifel bestehen, keine Genehmigung vorläge (sogen. "formelle Illegalität").

a. Ursprünglich Genehmigung vorhanden

Die Beklagte hatte dem Kläger mit Verfügung vom 23.12.1998 eine Baugenehmigung erteilt, so dass das Vorhaben zunächst formell legal war. Der VGH ist aber der Ansicht, dass die Rücknahme der Baugenehmigung die formelle Illegalität jedenfalls ab dem Zeitpunkt herbeigeführt hat, für den die Widerspruchsbehörde (insoweit die Ausgangsbehörde korrigierend) den Abriss angeordnet hat:

b. Aber Rücknahme

"Diese Baugenehmigung wurde aber mit der angefochtenen Verfügung vom 18.12.2000 zurückgenommen. Die Rücknahme der Baugenehmigung hat bewirkt, dass das Vorhaben im Zeitpunkt des Widerspruchsbescheids als formell baurechtswidrig zu behandeln ist, auch wenn die Abbruchsanordnung mit der Rücknahme der Baugenehmigung in einer Verfügung verbunden worden war."

c. Wirksamkeit der Rücknahme

"Zwar hatten die Rechtsbehelfe des Klägers, insbesondere sein Widerspruch gegen die Rücknahmeverfügung aufschiebende Wirkung entfaltet, da insoweit die sofortige Vollziehung nicht angeordnet worden war, und ist der Betroffene für die Dauer der aufschieben-

den Wirkung so zu behandeln, als sei er noch im Besitz der Baugenehmigung, was den Erlass einer Abbruchsanordnung ausschließt (Sauter, Kommentar zur LBO, 3. Aufl., § 58 RdNr. 157 c und v. Armin/Hager/Schlotterbeck, Das Neue Baurecht, Stand Oktober 1996, 50.3, § 65 RdNr. 31; vgl. hierzu auch Decker in Simon, Kommentar zur Bayerischen Bauordnung, Stand Februar 2000, Art. 82 RdNr. 91 a.E.). Der durch die aufschiebende Wirkung bezweckte Schutz des Betroffenen ist vorliegend aber hinreichend gewährt. Denn durch den Widerspruchsbescheid wurde der Ausgangsbescheid dahingehend geändert, dass die Beseitigung der baulichen Anlagen innerhalb eines Monats nach Bestandskraft des Widerspruchsbescheids zu erfolgen hat. Damit ist gewährleistet, dass die Pflicht zur Beseitigung der baulichen Anlage erst nach Eintritt der Unanfechtbarkeit der Rücknahmeverfügung eintritt (OVG Lüneburg, Urteil vom 13.7.1994 - 1 L 5561/92 -, NVwZ 1996, 605). Insofern ist die Sachlage vergleichbar mit der Konstellation im Vollstreckungsrecht, bei der anerkannt ist, dass es ausreicht, wenn durch die Bemessung der Frist gewährleistet ist, dass der Betroffene der Pflicht erst nach Unanfechtbarkeit der Grundverfügung nachzukommen hat.“

d. Rückwirkung der Rücknahme

“Gegen die Anwendbarkeit von § 65 Satz 1 LBO im vorliegenden Fall bestehen auch im Übrigen keine Bedenken. Zwar ist diese Vorschrift nicht anzuwenden, wenn eine erteilte Baugenehmigung lediglich für die Zukunft beseitigt worden ist. Etwas Anderes gilt aber dann, wenn die Genehmigung mit Rückwirkung beseitigt wird, was - nur - bei der Rücknahme nach § 48 VwVfG denkbar ist (VGH Bad.-Württ., Beschluss vom 7.2.1994 - 8 S 2409/93 - <juris>; Sauter, a.a.O., § 65 RdNr. 17). So liegt es hier. Die Beklagte hat die Baugenehmigung mit Wirkung ex tunc zurückgenommen, weil sie der Auffassung ist, dass die Baugenehmigung von Anfang an rechtswidrig gewesen ist.”

Damit ist das Bauvorhaben formell illegal. Der vom Wortlaut der Ermächtigungsgrundlage geforderte Verstoß gegen öffentlich-rechtliche Vorschriften liegt also schon aus diesem Grund vor.

2. Materielle Illegalität

Für eine Abrissverfügung wird dieser formelle Verstoß jedoch allgemein nicht als ausreichend betrachtet. Es wäre unverhältnismäßig und würde dem Eigentumsschutz des Art. 14 GG widersprechen, wenn wirtschaftliche Werte von bedeutendem Ausmaß allein wegen eines formellen Fehlers vernichtet würden. Deshalb ist über die formelle Illegalität hinaus eine materielle Illegalität zu fordern. Nur wenn das Vorhaben weder genehmigt noch nach materiellem Bauplanungs- und Bauordnungsrecht genehmigungs-

fähig ist, lässt sich ein Abriss rechtfertigen. Das erkennt auch der VGH:

“Eine Abbruchsanordnung setzt mit Rücksicht auf den durch Art. 14 GG gewährleisteten Bestandsschutz voraus, dass eine bauliche Anlage nicht durch eine Baugenehmigung gedeckt ist und seit ihrer Errichtung fortlaufend gegen materielle öffentlich-rechtliche Vorschriften verstößt (VGH Bad.-Württ., Urteile vom 17.9.1998 - 3 S 1934/96 -, vom 12.9.1984 - 3 S 1607/84 -, BauR 1985, 537, vom 22.09.1989 - 5 S 3086/88 -, BWVPr 1990, 113 und vom 13.6.1996 - 5 S 1211/96 -, NVwZ 1997, 601).”

[Anm.: Der VGH sieht die materielle Illegalität explizit als Tatbestandsmerkmal an. Nach anderer Ansicht handelt es sich um eine Frage der Verhältnismäßigkeit, die sich gut vertretbar auch in der Rechtsfolge prüfen lässt, denn eine unverhältnismäßige Maßnahme stellt stets eine Ermessensüberschreitung und damit einen Ermessensfehler dar. Der Gutachter hat also die Wahl, wo er die materielle Illegalität prüft.]

Fraglich ist demnach, ob ein Verstoß gegen materielles Baurecht vorliegt. Hier kommt ein Verstoß gegen § 35 BauGB in Betracht. Der VGH prüft diesen schulmäßig durch und bejaht schließlich einen Verstoß:

a. Außenbereich

“Diese Vorschrift ist vorliegend anzuwenden. Denn die Hütte wurde weder innerhalb des räumlichen Geltungsbereich eines Bebauungsplans noch innerhalb der im Zusammenhang bebauten Ortsteile der Beklagten und damit im Außenbereich errichtet. Dies haben die Feststellungen des Senats beim Augenschein ergeben und ist im Übrigen unstrittig, so dass es einer näheren Begründung nicht bedarf.”

b. Kein privilegiertes Vorhaben

“Bei der Hütte handelt es sich nicht um ein privilegiertes Vorhaben, sondern um ein sonstiges Vorhaben im Sinne von § 35 Abs. 2 BauGB.“

aa. Kein § 35 I Nr. 1 BauGB

“Zu Recht hat das Verwaltungsgericht ausgeführt, dass die Hütte nicht einem landwirtschaftlichen Betrieb dient (vgl. § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB). Der Kläger betreibt keine Landwirtschaft, insbesondere unterhält er keinen Betrieb zur gartenbaulichen Erzeugung oder zum Erwerbsobstbau. Nach seiner Satzung verfolgt er ausschließlich und unmittelbar gemeinnützige Zwecke. Ziele und Aufgaben sind die Förderung des Landschaftsobstbaus, der Garten- und Feldkultur und von Aktivitäten zur Ortsverschönerung und Heimatpflege sowie die Förderung eines wirksamen Umwelt- und Landschaftsschutzes. Diese Ziele sollen insbesondere durch Mitgliederinformationen, Begehungen, Übernahme von Pflegepatenschaften und durch intensive

und vertrauensvolle Zusammenarbeit mit öffentlichen Stellen erreicht werden. Die Vertretung des Erwerbsobstbaus ist nicht Ziel des Vereins (vgl. § 2 der Satzung).“

bb. § 35 I Nr. 4 BauGB

“Die Hütte ist auch nicht nach § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB privilegiert. Diese Vorschrift setzt voraus, dass das beabsichtigte Vorhaben wegen seiner besonderen Zweckbestimmung nur im Außenbereich ausgeführt werden "soll". Nach der Rechtsprechung des BVerwG stellt diese Bestimmung einen Auffangtatbestand für solche Vorhaben dar, die von den Nummern 1 bis 3, 5 und 6 nicht erfasst werden, nach den Grundsätzen städtebaulicher Ordnung, wenn überhaupt, sinnvoll aber nur im Außenbereich ausgeführt werden können, weil sie zur Erreichung des mit ihnen verfolgten Zwecks auf einen Standort außerhalb der im Zusammenhang bebauten Ortsteile angewiesen sind.“

aaa. Restriktive Auslegung

“Die tatbestandliche Weite dieser Vorschrift ist durch erhöhte Anforderungen an die im Gesetz umschriebenen Privilegierungsvoraussetzungen auszugleichen. Nicht jegliche Betätigung, die dem Außenbereich angemessen ist oder vielleicht sogar sinnvoll nur im Außenbereich ausgeübt werden kann, ist dort auch mit einer entsprechenden baulichen Verfestigung bevorrechtigt zulässig. Nur so lässt sich das gesetzgeberische Ziel erreichen, den Außenbereich in der ihm vornehmlich zukommenden Funktion, der Land- und Forstwirtschaft sowie der Erholung für die Allgemeinheit zur Verfügung zu stehen, vor einer unangemessenen Inanspruchnahme zu schützen und grundsätzlich von einer ihm wesensfremden Bebauung freizuhalten, vor allem einer solchen Bebauung, die der Erfüllung individueller Freizeit- und Erholungswünsche dient.

Etwas Anderes könnte allenfalls dann gelten, wenn an den mit dem Vorhaben verbundenen Zielsetzungen ein überwiegendes Allgemeininteresse bestünde, das die Anerkennung einer Privilegierung im Sinne einer Bevorzugung gegenüber anderen ebenfalls auf die Verwirklichung von Freizeitgestaltungswünschen abzielenden Interessen auch mit Blick auf den Gleichheitssatz rechtfertigte. Dabei müssen gerade die Absichten und Zielsetzungen im Allgemeininteresse liegen. Das Tatbestandsmerkmal des "Sollens" setzt demgemäß eine unter Heranziehung der in § 35 BauGB insgesamt getroffenen Regelungen auszufüllende Wertung voraus, ob nach Lage der Dinge das Vorhaben wegen seiner Zweckbestimmung hier und so sachgerecht nur im Außenbereich untergebracht werden kann. Die Privilegierung setzt daher voraus, dass die Durchführung des Vorhabens im Außenbereich gerade durch die besondere Eigenart des Vorhabens erfordert wird. "Erforderlich" in diesem Sinne ist das, was getan werden muss, damit die privilegierte Tätigkeit ausgeübt werden

kann. Diese Vorschrift will Vorhaben privilegieren, die singulären Charakter haben, jedenfalls nicht in einer größeren Zahl zu erwarten sind und deshalb nicht das Bedürfnis nach einer vorausschauenden förmlichen Bauleitplanung im Außenbereich auslösen. Als Privilegierungstatbestand ist § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB kein geeignetes Instrument, im Außenbereich Bau- oder Nutzungswünsche zu steuern, die "Vorbildwirkung" für weitere gleichartige Wünsche haben. Ob diese Voraussetzungen erfüllt sind, beurteilt sich nach den Umständen des Einzelfalls (vgl. zu diesen Grundsätzen: BVerwG, Beschlüsse vom 6.9.1999 - 4 B 74.99 -, NVwZ 2000, 678 und vom 23.11.1995 - 4 B 209.95 -, Buchholz 406.11 § 35 BauGB Nr. 315 m.w.N.; Urteile vom 16.6.1994 - 4 C 20.93 -, BVerwGE 96, 95 und vom 14.5.1969 - 4 C 19.68 -, BVerwGE 34, 1 sowie OVG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 27.6.2002 - 1 A 11344/01 - <juris>; OVG des Saarlandes, Beschluss vom 16.4.2002 - 2 R 8/01 - <juris>; Schlichter/Stich, Berliner Schwerpunkte Kommentar zum BauGB 1998, RdNr. 14 zu § 35; vgl. auch BVerwG, Urteile vom 14.3.1975 - IV C 41.73 -, BVerwGE 48, 109, vom 28.4.1978 - 4 C 53.76 -, BRS 33 Nr. 66 und vom 10.11.1978 - 4 C 80.76 -, BRS 33 Nr. 65).“

bbb. Subsumtion

“Zu Recht hat das Verwaltungsgericht ausgeführt, dass diese Voraussetzungen vorliegend nicht gegeben sind. Die Hütte soll weder wegen ihrer nachteiligen Wirkung auf die Umgebung noch wegen ihrer besonderen Zweckbestimmung nur im Außenbereich ausgeführt werden. Die Belästigungen und Störungen durch Rauch und Gerüche, die von der Grillstelle ausgehen, und durch Lärm, der bei der Nutzung der Hütte durch eine größere Anzahl von Personen entstehen, sind nicht so gravierend, als dass eine Errichtung nur im Außenbereich in Betracht käme. Eine solche Annahme ist vielmehr allenfalls in Fällen stark emittierender Gewerbebetriebe gerechtfertigt, mit denen die vorliegend streitige Hütte aber keinesfalls verglichen werden kann. Auch die Zweckbestimmung der Hütte führt nicht zu der Annahme, sie könne nur im Außenbereich errichtet werden. Wie in der mündlichen Verhandlung (noch einmal) ausdrücklich erklärt und auch bei der Augenscheinseinnahme festgestellt wurde, handelt es sich bei dem Vorhaben nicht um eine Schutzhütte, die dazu dient, Wanderern, Spaziergängern und/oder Radfahrern Schutz vor den Unbilden des Wetters zu bieten und die deshalb nach § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB privilegiert sein kann. [...] Vielmehr handelt es sich um eine Gebäude aus Holz, das die Möglichkeit zur Abhaltung von Festen und Feiern sowie sonstiger geselliger Veranstaltungen von privaten Personen, Vereinen und sozialen Einrichtungen bietet und auch sonst als Treffpunkt (der Dorfjugend) dient. Mit diesem Nutzungszweck "soll" die Hütte aber nicht im Außenbereich

errichtet werden. Eine Errichtung im Außenbereich ist zur Verwirklichung dieses Zwecks nicht erforderlich. Bei dieser Sachlage kann dahingestellt bleiben, ob die Annahme der Privilegierung auch deshalb nicht gerechtfertigt ist, weil sie den individuellen Freizeitinteressen und -wünschen nur der Mitglieder des Klägers dient oder ob sie jedenfalls faktisch der Allgemeinheit zur Verfügung steht.”

b. Sonstiges Vorhaben

“Handelt es sich danach nicht um ein privilegiertes Vorhaben, so richtet sich die planungsrechtliche Zulässigkeit nach § 35 Abs. 2 und 3 BauGB.”

aa. Voraussetzungen

“Danach können sonstige Vorhaben im Einzelfall zugelassen werden, wenn ihre Ausführung oder Benutzung öffentliche Belange nicht beeinträchtigt und die Erschließung gesichert ist.”

bb. Subsumtion

aaa. Verstoß gegen § 35 III Nr. 5 BauGB

“Das Vorhaben beeinträchtigt die natürliche Eigenart der Landschaft (§ 35 Abs. 3 Ziff. 5 BauGB). Mit diesem Tatbestandsmerkmal soll gewährleistet werden, dass der Außenbereichslandschaft ihre Bestimmung als Erholungslandschaft erhalten bleibt und in dieser natürlichen Funktion vor dem Eindringen wesensfremder bzw. funktionswidriger Bodennutzungen geschützt wird (vgl. VGH Bad.-Württ., Urteil vom 10.2.1989 - 8 S 3411/88 -, BRS 49 Nr. 101). Eine Beeinträchtigung der natürlichen Eigenart der Landschaft ist immer schon dann gegeben, wenn ein Vorhaben der vorgegebenen Bodennutzung der Außenbereichslandschaft widerspricht und deshalb einen Fremdkörper in der Landschaft bildet, ohne dass es darauf ankommt, ob das Vorhaben verdeckt ist oder auffällig sichtbar in Erscheinung tritt. Es kommt nicht auf die optische, sondern auf die funktionelle Abweichung des Vorhabens von seiner Umgebung an (vgl. BVerwG, Urteil vom 18.10.1985, BRS 44, Nr. 83; VGH Bad.-Württ., Urteile vom 23.2.1992 - 3 S 1750/91 - und vom 10.2.1989 - 8 S 3411/88 -, a.a.O.). Dabei ist auf die im jeweiligen Einzelfall für das fragliche Grundstück und seine Umgebung charakteristische Nutzungsweise abzustellen, wie sie sich aus dem Zusammenwirken der jeweils bodenrechtlich relevanten landschaftsbildenden Elemente ergibt.[...]”

Nach den Feststellungen des Senats bei der Augenscheinseinnahme in der mündlichen Verhandlung wird die Umgebung der Hütte im Wesentlichen und ganz überwiegend landwirtschaftlich genutzt und durch diese landwirtschaftliche Nutzung geprägt. Sie ist mit Ausnahme eines kleineren Gebäudes, das in nicht unerheblicher Entfernung östlich der Hütte errichtet worden ist, frei von baulichen Anlagen und sonstigen na-

turfremden Landschaftseingriffen. Hieran [ändert] die Autobahn [...] nichts. Die Autobahn ist zu weit entfernt, als dass sie die bodenrechtliche Schutzwürdigkeit beeinflussen würde.”

bbb. Verstoß gegen § 35 I Nr. 1 BauGB

“Hinzu kommt, dass die Hütte auch den Darstellungen des Flächennutzungsplans widerspricht (§ 35 Abs. 3 Nr. 1 BauGB). Unstreitig ist die Fläche, auf der die Hütte errichtet worden ist, im Flächennutzungsplan als landwirtschaftliche Fläche dargestellt. Dieser Darstellung widerspricht ein bauliches Vorhaben, das - wie vorliegend die Hütte - keiner landwirtschaftlichen Nutzung dient.”

3. Ultima Ratio

Nach § 65 LBO darf der Abriss aber trotzdem nur erlassen werden, wenn nicht auf andere Weise rechtmäßige Zustände hergestellt werden können.

a. Taugliche Alternativmittel

“Rechtmäßige Zustände können bei einem genehmigungsfähigen Bau durch nachträgliche Erteilung einer Baugenehmigung hergestellt werden (Sauter a.a.O.). Es muss geprüft werden, ob nicht die Gesetzesverstöße durch Befreiungen oder Ausnahmen nach § 31 BauGB (vgl. hierzu VGH Bad.-Württ., Urteil vom 18.12.1995 - 3 S 1298/94 -, BWGZ 1996, 410) bzw. § 56 LBO oder Abweichungen nach § 56 LBO geheilt werden können oder ob nicht entsprechende Nebenbestimmungen ausreichen (vgl. zur gleich lautenden Vorschrift in der Bayerischen Bauordnung: Simon/Busse, Kommentar zur Bayerischen Bauordnung, Stand Januar 2003, Art. 82 RdNr. 140). Eine derartige Legalisierungsmöglichkeit ist im vorliegenden Fall nicht gegeben. Die planungsrechtliche Unzulässigkeit des Vorhabens kann nicht durch Ausnahmen, Befreiungen oder Nebenbestimmungen ausgeräumt werden, eine nachträgliche Genehmigung kommt nicht in Betracht.”

b. Übernahme als öffentliche Einrichtung

Der Kläger ist der Auffassung, dass die Gemeinde die Hütte als öffentliche Einrichtung übernehmen könnte. Der VGH sieht in diesem Vorschlag aber keine taugliche Alternative:

aa. Keine Zuständigkeit der Bauaufsichtsbehörde

“Dies gilt schon deshalb, weil es sich bei diesen als Alternative zur Abbruchsanordnung in Betracht kommenden Maßnahmen um solche handeln muss, die die Baurechtsbehörde ergreifen kann bzw. zu deren Erlass die Baurechtsbehörde ermächtigt sein kann. Die Übernahme der Hütte als öffentliche Einrichtung durch die Gemeinde ist aber keine Maßnahme, auf die die Baurechtsbehörde als Alternative zu einer Abbruchsanordnung zurückgreifen könnte. Ob eine bauliche Anlage von der Gemeinde genutzt und/oder als öffentliche

Einrichtung betrieben wird, obliegt allein der Entscheidung der Gemeinde ggf. des Gemeinderats, ohne dass die Baurechtsbehörde hierauf Einfluss hat.“

bb. Bringschuld des Betroffenen

“Weiterhin widerspricht die Auffassung des Verwaltungsgerichts den Grundsätzen über die Behandlung eines Austauschgebots. Danach hat die Baurechtsbehörde einem vom Adressaten einer Abbruchsanordnung glaubhaft angebotenen und hinreichend bestimmten Austauschgebots, durch dessen Ausführung auf andere Weise rechtmäßige Zustände hergestellt werden, Rechnung zu tragen und vom Erlass einer Abbruchsanordnung abzusehen oder eine ergangene aufzuheben (Sauter, Kommentar zur LBO, 3. Aufl., § 65 RdNr. 50). Die Behörde muss aber nicht von sich aus, sich auf die Suche nach entsprechenden alternativen Möglichkeiten begeben. Vielmehr müssen derartige Austauschmittel an sie herangetragen werden (vgl. hierzu VGH Bad.-Württ., Urteil vom 18.12.1995 - 3 S 1298/94 -, BWGZ 1996, 410). Dem würde es widersprechen, im vorliegenden Fall eine Prüfung der bauplanungs- und/oder kommunalrechtlichen Möglichkeiten der Gemeinde durch die Baurechtsbehörde zu fordern.“

cc. Keine Beseitigung des Verstoßes durch Übernahme als öffentliche Einrichtung

“Schließlich wäre die Hütte [...] auch dann bauplanungsrechtlich unzulässig, wenn sie von der Beklagten als öffentliche Einrichtung betrieben würde. Die Voraussetzungen für eine Privilegierung nach § 35 Abs. 1 BauGB lägen auch dann nicht vor. Aus dem Katalog der privilegierten Vorhaben in § 35 Abs. 1 BauGB kommt auch insoweit allein die Nr. 4 in Betracht. [...] Es gibt keine Anhaltspunkte dafür, dass diese Störungen bei der Hütte als öffentliche Einrichtung stärker wären als bei der Nutzung durch den Kläger, schon gar nicht, dass sie so intensiv wären, dass nur eine Ausführung im Außenbereich möglich wäre. Auch an der Zweckbestimmung der Hütte, dass sie der Durchfüh-

rung von Festen, Feiern und sonstigen Veranstaltungen örtlicher Vereine und Einrichtungen sowie privater Feiern der Gemeindeeinwohner dient, würde sich nichts ändern, wenn die Beklagte diese Hütte als öffentliche Einrichtung betriebe.“ [...]

II. Rechtsfolge

“Liegen danach die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 65 S. 1 LBO vor, hat die Baurechtsbehörde über das Ergehen einer Abbruchsanordnung nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden. In diesem Fall prüft das Gericht auch, ob der Verwaltungsakt rechtswidrig ist, weil die gesetzlichen Grenzen des Ermessens überschritten sind oder von dem Ermessen in einer dem Zweck der Ermächtigung nicht entsprechenden Weise Gebrauch gemacht ist (§ 114 VwGO). Ermessensfehler sind vorliegend nicht ersichtlich. Die Ausführungen in den Begründungen der angefochtenen Bescheide erfüllen die Voraussetzungen an eine ermessensfehlerfreie Entscheidung. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Baurechtsbehörde grundsätzlich in Übereinstimmung mit dem Zweck der Ermächtigung und damit rechtmäßig handelt, wenn sie die Beseitigung einer im Widerspruch zum materiellen Baurecht errichteten Anlage anordnet (Sauter, Kommentar zur LBO, 3. Aufl., § 65 RdNr. 44 m.w.N.). Es entspricht regelmäßig ordnungsgemäßer Ermessensbetätigung, unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung und zur Vermeidung von Präzedenzfällen die Beseitigung eines formell und materiell illegalen Bauvorhabens anzuordnen. Die Duldung eines rechtswidrigen Zustands kann nur veranlasst sein, wenn ganz konkrete Anhaltspunkte dafür sprechen, ihn ausnahmsweise in Kauf zu nehmen (BVerwG, Urteil vom 11.4.2002 - 4 C 4.01 -, NVwZ 2002, 1250 m.w.N.). Derartige besondere Umstände sind vorliegend nicht gegeben.“

Mithin ist die Abrissverfügung insgesamt rechtmäßig.

Standort: Schuldrecht AT

Problem: Einziehung einer abgetretenen Forderung

BGH, URTEIL VOM 26.10.2004
VI ZR 300/03 (NJW 2005, 135)

Problemdarstellung:

Die Kl. hatte hier als Betreiberin einer Autovermietung an einen Kunden nach einem Verkehrsunfall einen Ersatz-PKW vermietet. Die Höhe der vereinbarten Miete lag ca. 89 % über dem durchschnittlichen Mietpreis bei der unfallunabhängigen Vermietung eines solchen PKW. Der Unfallgeschädigte hatte zur Sicherung der Mietzahlungsansprüche seine Schadensersatzansprüche gerichtet auf den Ersatz unfallbedingter

Mietwagenkosten gegen den Unfallverursacher und dessen Haftpflichtversicherer an die Kl. abgetreten. Die bekl. Versicherung hat auf die Rechnung der Kl. nur einen Betrag gezahlt, welcher ihrer Auffassung nach der üblichen Vergleichsmiete für derartige Fahrzeuge entspricht und jede weitere Zahlung abgelehnt.

Das Klageverfahren bezüglich der Restforderung der Kl. i. H. V. 896,02 Euro ging bis in die Revisionsinstanz. Der BGH hatte sich insbesondere mit der Frage zu befassen, inwieweit die Eintreibung zur Sicherheit abgetretener Schadensersatzforderungen für Kunden durch Autovermietungen nach Art. 1 § 1 RBERG als

geschäftsmäßige Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten erlaubnispflichtig ist. Soweit dies der Fall ist, könnte sich bei Fehlen dieser Erlaubnis die Nichtigkeit entsprechender Abtretungsvereinbarungen gem. § 134 BGB i. V. m. Art. 1 § 1 RBerG ergeben.

Zudem stellte das Gericht heraus, dass eine Erhöhung des Mietpreises bei unfallbedingter Anmietung eines PKW im Vergleich zu den sonst üblichen Tarifen durchaus möglich ist, aber einer besonderen Rechtfertigung bedarf.

Prüfungsrelevanz:

Die rechtshindernde Einwendung des § 134 BGB ist schon im Rahmen der Vorbereitung auf das 1. juristische Staatsexamen jedem Kandidaten geläufig, ebenso die Forderungsabtretung gem. §§ 398 ff BGB als häufig genanntes Beispiel für ein schuldrechtliches Verfügungsgeschäft. Auch das Rechtsinstitut der Sicherungsabtretung ist in Ausbildung und Praxis anzutreffen, ein häufig wenig beachteter Fall der Kombination dieser examensrelevanten Themengebiete ist dagegen die hier behandelte Frage der Erlaubnispflichtigkeit der Abtretung und anschließenden Einziehung unfallbedingter Schadensersatzansprüche durch Autovermietungen gem. Art. 1 § 1 RBerG. Die äußerst ausführlichen und differenzierten Ausführungen des BGH in diesem Urteil zeigen, dass hier jeder Einzelfall gesondert untersucht werden muss und sich einer pauschalen Beurteilung entzieht.

Ähnliches gilt für die Ersatzfähigkeit von Mietwagenkosten unter Heranziehung sogenannter "Unfallersatztarife". Nach Inkrafttreten des 2. Gesetzes zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften am 01.08.2002 bestimmt sich dies nunmehr nach § 249 II 1 BGB n. F., ohne dass sich hieraus inhaltliche Änderungen ergäben. Soweit der BGH daran festhält, derartige Unfallersatztarife akzeptieren zu wollen, soweit sie durch zusätzliche, durch die Unfallsituation bedingte Leistungen des Vermieters gerechtfertigt sind, ist darauf hinzuweisen, dass derartige Leistungen, so sie einen besonderen "Service" bei der diesbezüglichen Schadensregulierung zum Inhalt haben, wiederum gerade die Nichtigkeit der Sicherungsabtretung gem. § 134 BGB i. V. m. Art. 1 § 1 RBerG bedingen können (vgl. Palandt/Heinrichs, § 249 Rz. 31).

Vertiefungshinweise:

Grundlegend zum Recht der Abtretung gem. §§ 398 ff BGB: *Ahcin/Armbrüster*, JuS 2000, 450 ff, 549 ff, 658 ff, 768 ff, 865 ff, 965 ff

Zur Ersatzfähigkeit der MwSt. gem. § 249 II 2 BGB n. F.: *BGH*, RA 2004, 451 = *NJW* 2004, 1943

Kursprogramm:

Examenskurs: "Schwarzarbeit"

Examenskurs: "Die Globalzession der Bank"

Examenskurs: "Der unglückliche Verkehrsunfall"

Assessorkurs: "Ärger mit den Akten"

Leitsätze:

1. Geht es dem Mietwagenunternehmen im Wesentlichen darum, die durch die Abtretung eingeräumte Sicherheit zu verwirklichen, so besorgt es keine Rechtsangelegenheit des geschädigten Kunden, sondern eine eigene Angelegenheit.

2. Ein "Unfallersatztarif" ist nur insoweit ein "erforderlicher" Aufwand zur Schadensbeseitigung nach § 249 S. 2 BGB a. F., als die Besonderheiten dieses Tarifs mit Rücksicht auf die Unfallsituation einen gegenüber dem "Normaltarif" höheren Preis rechtfertigen, weil sie auf Leistungen des Vermieters beruhen, die durch die besondere Unfallsituation veranlasst und infolgedessen zur Schadensbehebung erforderlich sind (Anschluss an Senat, NJW 2005, 51).

Sachverhalt:

Die Kl., eine Autovermietung, macht gegen den bekl. Kraftfahrzeughaftpflichtversicherer Ansprüche auf Ersatz restlicher Mietwagenkosten geltend, die ein Unfallgeschädigter an sie zur Sicherheit abgetreten hat. Die Haftung ist dem Grunde nach außer Streit. Der Geschädigte mietete nach einem Verkehrsunfall im April 2002 bei der Kl. ein Ersatzfahrzeug zu einem Unfallersatztarif an, der rund 89 % über dem Normaltarif lag. Bei Abschluss des Mietvertrags unterzeichnete er eine Abtretungserklärung zu Gunsten der Kl. Darin heißt es:

"An Stelle der sonst üblichen Mietvorauszahlung trete ich zur Sicherheit für alle Forderungen von A aus dem Mietvertrag und eventuellen Anschlussverträgen hiermit meine Ansprüche auf Ersatz von Mietwagenkosten gegen den Schädiger und seine Haftpflichtversicherung bis zur Höhe der Forderung von A an A ab. Ich weiß, dass ich unabhängig von dieser Sicherungsabtretung den Schaden selbst beim Haftpflichtversicherer des Schädigers anmelden muss und mich um die Schadensregulierung selbst zu kümmern habe und werde dies tun."

Die Kl. stellte dem Geschädigten die Miete des Fahrzeugs mit 1.984,02 Euro in Rechnung und übersandte eine Kopie der Rechnung an die Bekl. Diese bezahlte 998,00 Euro; weitere Zahlungen lehnte sie wegen des ihrer Ansicht nach überhöhten Unfallersatztarifs ab. Mit Schreiben vom 11.07.2002 forderte die Kl. den Geschädigten zur Begleichung des Restbetrags von 896,02 Euro unter Fristsetzung bis zum 25.07.2002 auf. Dieser reagierte nicht. Daraufhin verlangte die Kl. Ende August 2002 die restlichen 896,02 Euro von der

Bekl., welche die Zahlung verweigerte. Sie nahm den Standpunkt ein, zwischen der Kl. und dem Unfallgeschädigten sei von Anfang vereinbart gewesen, dass nur die Bekl. auf Zahlung der Mietwagenkosten seitens der Kl. in Anspruch genommen werden sollte und stützte dies auf folgende weitere Formulierung im Abtretungsvertrag zwischen der Kl. und dem Unfallgeschädigten:

“Forderungen von A aus dem Mietvertrag gegen mich werden von dieser Abtretung nicht berührt; A kann sie gegen mich jederzeit nach den Bestimmungen des Mietvertrags geltend machen und wird dieses tun, falls die gegnerische Versicherung sich außer Stande sieht, binnen drei Wochen einen vollständigen Ausgleich der Forderung von A vorzunehmen.”

Dann aber sei die Abtretung der Schadensersatzforderungen von Anfang an gem. § 134 BGB nicht gewesen.

Wird die zulässige Klage Erfolg haben?

[*Bearbeitervermerk: Unterstellen Sie, dass der “Unfallersatztarif” der Kl. nicht über den vergleichbaren Tarifen anderer Autovermieter liegt, die Kl. allerdings keinerlei besonderen unfallbedingten Leistungen vorgetragen hat, durch die sich dieser Tarif gegenüber Normaltarifen bei Vermietungen ohne Unfallbezug rechtfertigt.*]

Lösung:

Die Klage hat Erfolg, soweit der Kl. ein Anspruch auf Zahlung weiterer 896,02 Euro gegen die Bekl. zusteht. Ein solcher Anspruch könnte sich aus § 398 BGB i. V. m. § 3 Nr. 1 PflVG ergeben.

A. Unstreitige Haftung der Bekl. dem Grunde nach

Die Bekl. ist der Haftpflichtversicherer des Kraftfahrzeugs, welches den Unfall des Kunden der Klägerin verursacht hat. Diesem Kunden steht somit nach § 3 Nr. 1 PflVG ein Direktanspruch gegen die Bekl. auf Ersatz aller durch diesen Unfall adäquat kausal verursachten Schäden zu.

B. Wirksame Abtretung der Ersatzansprüche an die Kl.

Für die Kl. ergibt sich hieraus nur dann ein Zahlungsanspruch gegen die Bekl., wenn ihr diese Ansprüche des Unfallgeschädigten ganz oder teilweise wirksam gem. § 398 BGB abgetreten wurden.

I. Einigung i. S. d. § 398 BGB

Dann müssten die Kl. und ihr unfallgeschädigter Kunde zunächst über die Übertragung von Schadensersatzforderungen aus dem Unfallereignis auf die Kl. einig geworden sein.

Laut Abtretungserklärung, welche der Unfallgeschädigte bei Anmietung des Fahrzeuges unterzeichnet hat, trat er seine Ansprüche auf Ersatz von Mietwagenkos-

ten gegen seinen Unfallschädiger und dessen Haftpflichtversicherung bis zur Höhe der Mietforderung der Kl. an diese ab.

Hierin ist eine Einigung i. S. d. § 398 BGB zu sehen, die zudem hinsichtlich der abgetretenen Forderung auch hinreichend bestimmt und somit grundsätzlich wirksam ist.

II. Unwirksamkeit gem. § 134 BGB i. V. m. Art. 1 § 1 RBERG

Die Einigung könnte hier allerdings gem. § 134 BGB nichtig sein, wenn sie gegen ein Verbotsgesetz im Sinne dieser Vorschrift verstößt.

1. Verbotsgesetz i. S. d. § 134 BGB

Ein Verbotsgesetz ist jede materielle Rechtsnorm, die ein nach der Rechtsordnung grundsätzlich mögliches Rechtsgeschäft aufgrund seines konkreten Inhalts, des beabsichtigten Erfolges oder der Umstände seiner Vor- nahme untersagt (Palandt/Heinrichs, § 134 Rz. 5).

Hier kommt Art. 1 § 1 RBERG als Verbotsgesetz in Frage. Danach bedarf die geschäftsmäßige Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten einschließlich der Einziehung fremder oder zu Einziehungszwecken abgetre- tener Forderungen der Erlaubnis der zuständigen Behörde. Verträge, die unter Verstoß gegen Art. 1 § 1 RBERG geschlossen werden, sind grundsätzlich ihrem ganzen Inhalt nach nichtig (Palandt/Heinrichs, § 134 Rz. 21).

2. Verstoß gegen Art. 1 § 1 RBERG

Dann müsste die Abtretungsvereinbarung zwischen der Kl. und ihrem Kunden auch tatsächlich gegen Art. 1 § 1 RBERG verstoßen. Dem könnte hier entgegen- stehen, dass die Kl. ihrem Kunden nicht etwa die Ein- treibung seines Schadensersatzanspruches als Regulie- rungsleistung anbieten, sondern lediglich die ihr ver- schaffte Sicherheit zwecks Durchsetzung ihrer eigenen Forderungen verwerten wollte. In diesem Fall würde es sich nicht um die Besorgung einer “fremden Rechts- angelegenheit” i. S. d. Art. 1 § 1 RBERG handeln.

a. Auslegung der getroffenen Abtretungsvereinbarung

Um diese verschiedenen Konstellationen voneinander zu unterscheiden, ist die getroffene Abtretungsverein- barung unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles - insbesondere des wirtschaftlichen Zu- sammenhanges der Verabredungen - auszulegen.

“Entgegen der[...] Auffassung [der Revision] ist aller- dings nicht zu beanstanden, dass das BerGer. unter den Umständen des konkreten Falls einen Verstoß gegen Art. 1 § 1 RBERG verneint hat. Die in erster Linie dem Tatrichter obliegende Würdigung der den vertragli- chen Vereinbarungen zu Grunde liegenden Umstände steht in Einklang mit der Rechtsprechung des erken- nenden Senats und lässt keinen Rechtsfehler erken- nen.”

aa. Grundsätze zur Abgrenzung der Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten von der Verwertung eigener Sicherheiten

“Nach ständiger Rechtsprechung bedarf der Inhaber eines Mietwagenunternehmens, das es geschäftsmäßig übernimmt, für unfallgeschädigte Kunden die Schadensregulierung durchzuführen, der Erlaubnis nach Art. 1 § 1 I RBerG, und zwar auch dann, wenn er sich die Schadensersatzforderungen erfüllungshalber abtreten lässt und die eingezogenen Beträge auf seine Forderungen an die Kunden verrechnet (vgl. Senat, BGHZ 47, 364 [366] = NJW 1967, 1759; BGHZ 61, 317 [319] = NJW 1974, 50; NJW-RR 1994, 1081 = VersR 1994, 950; NJW 2003, 1938 = VersR 2003, 656; NJW 2004, 2516 = VersR 2004, 1062 [1063]). Die Ausnahmevorschrift des Art. 1 § 5 Nr. 1 RBerG kommt ihm nicht zugute (vgl. Senat, BGHZ 47, 364 [368] = NJW 1967, 1759; NJW-RR 1994, 1081 = VersR 1994, 950; NJW 2003, 1938; NJW 2004, 2516 = VersR 2004, 1062 [1064]). Bei der Beurteilung, ob die Abtretung den Weg zu einer erlaubnispflichtigen Besorgung von Rechtsangelegenheiten eröffnen sollte, ist nicht allein auf den Wortlaut der getroffenen vertraglichen Vereinbarung, sondern auf die gesamten diesen zu Grunde liegenden Umstände und ihren wirtschaftlichen Zusammenhang abzustellen, also auf eine wirtschaftliche Betrachtung, die es vermeidet, dass Art. 1 § 1 RBerG durch formale Anpassung der geschäftsmäßigen Rechtsbesorgung an den Gesetzeswortlaut und die hierzu entwickelten Rechtsgrundsätze umgangen wird (vgl. Senat, BGHZ 61, 317 [320 f.] = NJW 1974, 50; NJW-RR 1994, 1081; NJW 2003, 1938; NJW 2004, 2516 = VersR 2004, 1062 [1063]). Deshalb kommt es darauf an, wie sämtliche Teilstücke der getroffenen Vereinbarung wirtschaftlich ineinander greifen, ob sie sich wirtschaftlich als Teilstücke eines Verfahrens zur Entlastung des Geschädigten von der Schadensabwicklung einschließlich der Besorgung damit verbundener rechtlicher Angelegenheiten darstellen; insbesondere ist von maßgeblicher Bedeutung, in welcher Eigenschaft und in welchem Verhältnis zueinander die Beteiligten an der Geltendmachung der Schadensersatzansprüche mitwirken sollen (vgl. Senat, BGHZ 61, 317 [321] = NJW 1974, 50; NJW 2003, 1938; NJW 2004, 2516).

Geht es dem Mietwagenunternehmen im Wesentlichen darum, die durch die Abtretung eingeräumte Sicherheit zu verwirklichen, so besorgt es keine Rechtsangelegenheit des geschädigten Kunden, sondern eine eigene Angelegenheit. Ein solcher Fall liegt aber nicht vor, wenn nach der Geschäftspraxis des Mietwagenunternehmens die Schadensersatzforderungen der unfallgeschädigten Kunden eingezogen werden, bevor diese selbst auf Zahlung in Anspruch genommen werden. Denn damit werden den Geschädigten Rechtsangelegenheiten abgenommen, um die sie sich eigentlich

selbst zu kümmern hätten (vgl. Senat, BGHZ 47, 364 [366 f.] = NJW 1967, 1759; NJW 2003, 1938).”

bb. Anwendung dieser Grundsätze auf den konkreten Fall

“Unter Beachtung dieser Grundsätze ist das BerGer. ohne Rechtsfehler zu der Überzeugung gelangt, dass es der Kl. bei der Einziehung der abgetretenen Forderung nicht um die Besorgung solcher Rechtsgeschäfte ging, die eigentlich dem Geschädigten oblagen, sondern darum, die ihr eingeräumte Sicherheit zu verwirklichen. Die Rechtsprechungsgrundsätze lassen es dabei durchaus zu, dem praktischen Bedürfnis nach einer gewissen Mitwirkung des Fahrzeugvermieters bei der Geltendmachung der Schadensersatzansprüche des Geschädigten gegenüber dem Haftpflichtversicherer des Schädigers Rechnung zu tragen (vgl. Senatsurteile BGHZ 61, 317 [322 f.] = NJW 1974, 50; NJW-RR 1994, 1081 = VersR 1994, 950 [952]; NJW 2003, 1938 = VersR 2003, 656 [657]).

Die Abtretungserklärung enthält bereits ihrem Wortlaut nach eine Zweckbestimmung zur Sicherung der Zahlungsansprüche der Kl. gegen den Geschädigten und einen deutlichen Hinweis darauf, dass dieser die Schadensersatzansprüche selbst durchzusetzen habe. Anders als in den den Senatsurteilen vom 18.04.1967 (BGHZ 47, 364 = NJW 1967, 1759) und 06.11.1973 (BGHZ 61, 317 = NJW 1974, 50) zu Grunde liegenden Fällen hat sich die Kl. zudem nicht sämtliche Ansprüche des Geschädigten gegen den Schädiger abtreten lassen; die Abtretung ist vielmehr auf die Ersatzansprüche hinsichtlich der Mietwagenkosten beschränkt. Auch dies spricht gegen eine umfassende Besorgung fremder Angelegenheiten i. S. d. Art. 1 § 1 RBerG.

Ebenso ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, dass das BerGer. auch auf Grund des weiteren Vorgehens der Kl. nicht eine Umgehung des Rechtsberatungsgesetzes angenommen hat. Insoweit verweist es darauf, dass die Kl. den Geschädigten ernsthaft aufgefordert habe, die noch offene Forderung zu bezahlen. Seine Wertung, weder der Wortlaut des Schreibens vom 11.07.2002 noch die darin gesetzte Zahlungsfrist von zwei Wochen ließen den Rückschluss zu, dass von Anfang an eine ernsthafte Rechtsverfolgung allein gegenüber dem Haftpflichtversicherer beabsichtigt gewesen sei, und Anhaltspunkte für eine entsprechende mündliche Absprache zwischen der Kl. und dem Geschädigten seien nicht ersichtlich, lässt keine Rechtsfehler erkennen.”

Die Abtretungsvereinbarung zwischen der Kl. und ihrem unfallgeschädigten Kunden und auch das anschließende Regulierungsverhalten der Kl. sprechen mithin gegen einen Verstoß gegen Art. 1 § 1 RBerG.

cc. Ausnahme aufgrund der zweiten Vertragsklausel aus der Sicherungsabrede

Eine andere Beurteilung könnte sich allerdings ergeben, wenn Anzeichen dafür sprechen, dass die Kl. mit ihrem Kunden von Anfang an vereinbart hatte, dass nur die Bekl. auf Zahlung der Mietwagenkosten in Anspruch genommen werden sollte, nicht jedoch der Kunde selbst. Bei der Abtretungsvereinbarung könnte es sich dann um eine verdeckte Umgehung des Art. 1 § 1 RBerG handeln.

Ein solches Anzeichen könnte in der seitens der Bekl. zitierten weiteren Klausel aus der Sicherungsabrede zwischen der Kl. und dem Unfallgeschädigten zu sehen sein, derzufolge der Unfallgeschädigte erst dann aus dem Mietvertrag in Anspruch genommen werden sollte, wenn die gegnerische Haftpflichtversicherung nicht für einen vollständigen Ausgleich der Forderungen binnen 3 Wochen sorgt.

“Dieser Vereinbarung lässt sich jedoch nur entnehmen, dass die Kl. dem Versicherer Gelegenheit geben sollte, den Ausgleich der Forderung vorzunehmen, bevor sie gegen den Geschädigten vorgehen konnte. Dies trägt dem Umstand Rechnung, dass der Ersatz des Schadens letztlich durch den Versicherer erfolgen soll, ohne dass etwas über eine etwaige Durchsetzung der Ansprüche ausgesagt wird. Wie der Senat im Urteil vom 26.04.1994 (NJW-RR 1994, 1081) bereits entschieden hat, ist in gewissem Umfang eine Mitwirkung des Kfz-Vermieters an der Geltendmachung der Schadensersatzansprüche des Geschädigten gegenüber dem Haftpflichtversicherer des Schädigers zulässig. So stellt es keine unerlaubte Rechtsberatung dar, wenn ein Mietwagenunternehmen von seinen unfallgeschädigten Kunden, die ihm ihre Ansprüche auf Ersatz der Mietwagenkosten sicherheitshalber abgetreten haben, einen Unfallbericht fertigen lässt und diesen zusammen mit der Aufforderung, die Mietwagenkosten zu begleichen, an die Haftpflichtversicherung des Schädigers weiterleitet, sofern zweifelsfrei klaggestellt ist, dass die Kunden für die Verfolgung und Durchsetzung ihrer Schadensersatzansprüche selbst tätig werden müssen (vgl. Senat, NJW-RR 1994, 1081; NJW 2003, 1938 = VersR 2003, 656 [657]).

Dieser Gedanke gilt auch hier. Deshalb muss nicht darin eine unerlaubte Rechtsberatung gesehen werden, dass die Kl. der Bekl. durch Übersendung einer Kopie der Rechnung Gelegenheit gegeben hat, die Verbindlichkeiten des Geschädigten direkt durch Zahlung an sie zu tilgen. Dieses Vorgehen erforderte keine besonderen Rechtskenntnisse und nahm dem Geschädigten nicht seine Verpflichtung zur eigenen Rechtsbesorgung ab. Es oblag vielmehr weiterhin ihm, seine Schadensersatzansprüche - auch soweit sie nicht die Mietwagenkosten betrafen - gegenüber dem Schädiger bzw. der Bekl. geltend zu machen. Bei dieser Sachlage konnte das BerGer. ohne Rechtsfehler annehmen, dass die Kl. nur zur Vereinfachung der Schadens-

abwicklung und nicht zur Schadensregulierung handelte (vgl. auch BGH, NJW 1974, 1244; NJW 1985, 1223 = VersR 1984, 986; NJW 2000, 2108 = VersR 2001, 80 [81]).”

3. Zwischenergebnis

Die Abtretung der Schadensersatzansprüche an die Kl. verstößt mithin nicht gegen Art. 1 § 1 RBerG. Die entsprechende Einigung ist demzufolge nicht gem. § 134 BGB nichtig, sondern wirksam.

III. Berechtigung des Zedenten

Der unfallgeschädigte Kunde der Kl. war als Inhaber des Anspruches aus § 3 Nr. 1 PflVG auch berechtigt, diesen an die Kl. abzutreten. Die Abtretung war mithin wirksam.

C. Ersatzfähigkeit des “Unfallsersatztarifs” gem. § 249 S. 2 BGB a. F.

Nachdem die Bekl. allerdings bereits 998,00 Euro an die Kl. gezahlt hat, ergibt sich ein Anspruch in Höhe weiterer 896,02 Euro nur dann, wenn tatsächlich die Mietwagenrechnung der Kl. in voller Höhe von 1.894,02 Euro einen ersatzfähigen Schaden des Unfallgeschädigten darstellt.

I. Grundsätzliche Ersatzfähigkeit der Mietwagenkosten gem. § 249 S. 2 BGB a. F. [= § 249 II 1 BGB n. F.]

“Im Ansatz zutreffend geht das BerGer. demgemäß davon aus, dass die Kl. von der Bekl. aus abgetretenem Recht nach § 249 S. 2 BGB a. F. (vgl. Art. 2 Nr. 1 des Zweiten Schadensrechtsänderungsgesetzes v. 19.07.2002 BGBl I, 2674) als Herstellungsaufwand den Ersatz der objektiv erforderlichen Mietkosten verlangen kann (vgl. Senat, BGHZ 132, 373 [375 f.] = NJW 1996, 1958 m. w. N.).”

II. Ersatzfähigkeit erhöhter Mietwagenkosten infolge “Unfallersatztarifs”

“Daraus folgt aber nicht ohne weiteres, dass der Kl. der rund 89 % über dem Normaltarif liegende Unfallersatztarif schon deswegen in voller Höhe zusteht, weil er die übliche Höhe anderer Unfallersatztarife nicht übersteigt.

Mietwagenkosten gehören regelmäßig zu den Kosten der Schadensbehebung i. S. d. § 249 S. 2 BGB a. F. (vgl. Senat, NJW 1974, 34 = VersR 1974, 90, insoweit nicht in BGHZ 61, 346; NJW 1985, 793 = VersR 1985, 283 [284]; NJW 1985, 2639 = VersR 1985, 1092). Der Schädiger hat sie jedoch nicht unbegrenzt zu ersetzen. So ist der Anspruch auf Schadensersatz bei Beschädigung eines gewerblich genutzten Kraftfahrzeugs durch § 251 II BGB begrenzt (vgl. Senat, NJW 1985, 793; NJW 1993, 3321).”

aa. Schadensminderungspflicht des Geschädigten

“Auch sind Mietwagenkosten grundsätzlich nur inso-

weit zu ersetzen, als dies tatsächlich zur Herstellung des Zustands erforderlich ist, der ohne die Schädigung bestehen würde. Zur Herstellung erforderlich sind nur die Aufwendungen, die ein verständiger, wirtschaftlich denkender Mensch in der Lage des Geschädigten für zweckmäßig und notwendig halten darf (vgl. Senat, BGHZ 61, 346 [349 f.] = NJW 1974, 34; BGHZ 132, 373 [375 f.] = NJW 1996, 1958; BGHZ 154, 395 [398] = NJW 2003, 2085; BGHZ 155, 1 [4 f.] = NJW 2003, 2086; Senat, NJW 1985, 793). Der Geschädigte ist dabei unter dem Gesichtspunkt der Schadensminderungspflicht gehalten, im Rahmen des Zumutbaren von mehreren möglichen den wirtschaftlicheren Weg der Schadensbeseitigung zu wählen (st. Rspr., vgl. Senat, BGHZ 132, 373 [375 f.] = NJW 1996, 1958; BGHZ 155, 1 [4 f.] = NJW 2003, 2086; NJW 1985, 2637 = VersR 1985, 1090; NJW 1985, 2639, jew. m. w. N.).

bb. Besondere Rechtfertigung sogenannter "Unfallersatztarife" erforderlich

Im Allgemeinen ist davon auszugehen, dass der Geschädigte nicht allein deshalb gegen seine Pflicht zur Schadensgeringhaltung verstößt, weil er ein Kraftfahrzeug zu einem "Unfallersatztarif" anmietet, der gegenüber einem Normaltarif teurer ist, solange dies dem Geschädigten nicht ohne weiteres erkennbar ist (vgl. Senat, BGHZ 132, 373 [378 f.] = NJW 1996, 1958). Dieser Grundsatz, an dem der Senat festhält, kann jedoch keine uneingeschränkte Geltung beanspruchen in den Fällen, in denen sich ein besonderer Tarif für Ersatzmietwagen nach Unfällen entwickelt hat, der nicht mehr maßgeblich von Angebot und Nachfrage bestimmt wird. Dies wird etwa dann anzunehmen sein, wenn die Preise für Ersatzmietwagen durch weitgehend gleichförmiges Verhalten der Anbieter geprägt sind. Für die hier zu beurteilende Konstellation ist es typisch, dass die Kraftfahrzeugmieter kein eigenes Interesse an der Wahl eines bestimmten Tarifs haben, während die am Mietvertrag nicht beteiligten Dritten wie Schädiger oder Haftpflichtversicherer zwar die Verpflichtungen aus diesem Vertrag wirtschaftlich zu tragen haben, auf die Tarifwahl aber keinen Einfluss nehmen können. Das kann - wie im Schrifttum geltend gemacht wird und inzwischen auch in der Rechtsprechung der Instanzgerichte anklingt (vgl. OLG München, NZV 1994, 359; OLG Naumburg, NZV 1996, 233; OLG Jena, OLG-Report 2003, 316) - zur Folge haben, dass die Preise der dem Unfallgeschädigten angebotenen "Unfallersatztarife" erheblich über den für Selbstzahler angebotenen "Normaltarifen" liegen (vgl. Albrecht, NZV 1996, 49; Cavada, Die Unfallersatztarife, S. 3 ff.; a. A. Göhringer, ZfS 2004, 437). Wenn das so ist, kann aus schadensrechtlicher Sicht der zur Herstellung "erforderliche" Geldbetrag nicht ohne weiteres mit dem "Unfallersatztarif" gleichgesetzt werden. Vielmehr ist zu prüfen, ob und inwieweit ein solcher Tarif nach seiner Struktur als "erforderli-

cher" Aufwand zur Schadensbeseitigung angesehen werden kann. Dies kann nur insoweit der Fall sein, als die Besonderheiten dieses Tarifs mit Rücksicht auf die Unfallsituation (etwa die Vorfinanzierung, das Risiko eines Ausfalls mit der Ersatzforderung wegen falscher Bewertung der Anteile am Unfallgeschehen durch den Kunden oder das Mietwagenunternehmen u. Ä.) einen gegenüber dem "Normaltarif" höheren Preis aus betriebswirtschaftlicher Sicht rechtfertigen, weil sie auf Leistungen des Vermieters beruhen, die durch die besondere Unfallsituation veranlasst und infolgedessen zur Schadensbehebung nach § 249 BGB erforderlich sind.

Im hier zu entscheidenden Fall hat die Bekl. darauf hingewiesen, dass die Preise nach dem "Unfallersatztarif" der Kl. deutlich über den Preisen anderer Tarife lägen, und geltend gemacht, im "Normaltarif" sei eine Anmietung zu dem von ihr bereits gezahlten Betrag möglich gewesen. Sie hat damit bestritten, dass der vom Geschädigten mit der Kl. vereinbarte Mietzins zur Herstellung "erforderlich" (§ 249 S. 2 BGB a. F.) war."

Nachdem dies unstreitig geblieben ist und die Kl. auch keinerlei besonderen unfallbedingten Leistungen zur Rechtfertigung ihres Unfallersatztarifes dargelegt hat, soll hier davon ausgegangen werden, dass Mietwagenkosten über die bereits von der Bekl. gezahlten 998,00 Euro hinaus nicht "erforderlich" i. S. d. § 249 S. 2 BGB alte Fassung waren.

D. Ergebnis

Die Klage ist demzufolge abzuweisen.

[Anm.: Im tatsächlich zu entscheidenden Fall konnte der BGH in der Revisionsinstanz nicht feststellen, inwieweit unfallbedingte Sonderleistungen den erhöhten Tarif der Kl. rechtfertigen konnten. Die Sache wurde dementsprechend unter Aufhebung des stattgebenden Urteils des BerGer. zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das BerGer. zurückgewiesen:

"Nach Aufhebung und Zurückverweisung wird das BerGer. daher - gegebenenfalls nach weiterem Sachvortrag der Parteien - mit sachverständiger Hilfe zu prüfen haben, ob der von der Kl. mit dem Geschädigten vereinbarte Tarif nach den oben dargelegten Grundsätzen in seiner Struktur als erforderlicher Aufwand zur Schadensbeseitigung zu werten und deshalb im Rahmen des § 249 BGB erstattungsfähig ist.

Soweit das nicht der Fall ist, wird es darauf ankommen, ob dem Geschädigten im hier zu entscheidenden Fall ein günstigerer "Normaltarif" zugänglich war. Anknüpfungspunkt kann nämlich nur ein "Normaltarif" sein, also regelmäßig ein Tarif, der für Selbstzahler Anwendung findet und daher unter marktwirtschaftlichen Gesichtspunkten gebildet wird. Eine Erhöhung dieses Betrags ist nur gerechtfertigt, soweit sie nach den vorstehenden Ausführungen unfallbedingt

ist. Inwieweit dies der Fall ist, wird der Tatrichter auf Grund des Vortrags der Kl. gegebenenfalls nach Beratung durch einen Sachverständigen gem. § 287 I ZPO zu schätzen haben. Die Beweislast für die Berechtigung einer Erhöhung des Tarifs obliegt dem Geschädigten bzw. seinem Rechtsnachfolger.

[...] Im Hinblick auf die vorstehenden Ausführungen kommt es auf die weitere Rüge der Revision, dass eine Aufklärungspflichtverletzung der Kl. vorliege, weil diese verpflichtet gewesen sei, den Geschädigten auf die mögliche Inanspruchnahme des preiswerteren

Normaltarifs hinzuweisen, nicht mehr an. Die Sache ist nämlich schon deswegen an das BerGer. zurückzuverweisen, um mit Hilfe eines Sachverständigen zu klären, ob der von der Kl. geltend gemachte Mietzins bei einem Unfallersatztarif als "erforderlich" i. S. d. § 249 S. 2 BGB a. F. anzusehen ist. Unter diesen Umständen kommt es schadensrechtlich nicht darauf an, ob der Geschädigte einem etwaigen Nachforderungsanspruch der Kl. die etwaige Verletzung einer Aufklärungspflicht entgegenhalten kann."]

Standort: § 253 StGB

Problem: Drohung mit Unterlassen

OLG KARLSRUHE, BESCHLUSS VOM 20.10.2004
1 Ss 76103 (NJW 2004, 3724)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte, ein Kaufhausdetektiv, hatte zwei von ihm ertappten Ladendieben, nachdem er die Anzeige bereits an die Kaufhausleitung weitergeleitet hatte, angeboten, die Anzeige wieder aus dem Geschäftsgang zu nehmen, damit es zu einem Strafverfahren nicht komme, wenn die Diebe ihm insg. 1.000 € bezahlten, was diese auch getan hatten.

Das Landgericht hatte den Angeklagten aufgrund dieses Verhaltens wegen Erpressung (§ 253 I StGB) verurteilt. Das OLG Karlsruhe bestätigte dieses Urteil.

Prüfungsrelevanz:

Der Tatbestand des § 253 I StGB ist in Examensaufgaben besonders häufig zu finden. Nicht nur stellt das Verhältnis seiner Qualifikation (§ 255 StGB) zu § 249 I StGB ein absolutes Standardproblem dar (vgl. RA 2004, 735), auch die einfache Erpressung bietet genug Möglichkeiten zu interessanten Ausführungen. Das Tatbestandsmerkmal des Vermögensnachteils gebietet ggf. - ebenso wie das Merkmal "Vermögensschaden" bei § 263 I StGB, dem es entspricht - die Auseinandersetzung mit verschiedenen Vermögensbegriffen, und auch die Prüfung der für eine Erpressung gem. § 253 II StGB erforderlichen Verwerflichkeit der Tat kann vom Prüfer herangezogen werden, um den Prüfling zu weiter Ausführungen zum Unrechtsgehalt des Verhaltens des Täters zu animieren.

Ein klassisches Problem im Rahmen der Begehungsvariante des "Drohens" i.R.v. § 253 I StGB ist (ebenso wie bei § 240 I StGB) die Frage, unter welchen Voraussetzungen dieser Tatbestand erfüllt ist, wenn der Täter mit einem Unterlassen droht. Zunächst einmal ist es wichtig, diese Konstellation nicht mit derjenigen zu verwechseln, in der der Täter durch ein Unterlassen droht (vgl. Tröndle/Fischer, § 240 Rn. 34). Sofern eine Drohung durch Unterlassen überhaupt denkbar ist, richtet sich ihre Strafbarkeit (wie bei allen unechten

Unterlassungsdelikten) nach § 13 StGB, setzt also insb. eine Garantenstellung und eine daraus resultierende Handlungspflicht des Täters voraus. In der Literatur wird die Tatsache, dass eine Begehung durch Unterlassen gem. § 13 I StGB grundsätzlich nur dann strafbar ist, wenn der Täter eine Handlungspflicht hat, teilweise herangezogen, um zu begründen, dass auch die Drohung (durch aktives Tun) mit einem Unterlassen i.R.v. §§ 240 I, 253 I StGB nur strafbar sei, wenn der Täter die Pflicht habe, die Handlung vorzunehmen, deren Unterlassen er androhe (Joecks, § 240 I Rn. 22 ff. mwN). Auch der BGH hat diesen Ansatz früher so vertreten (BGH, NStZ 1982, 287), hat sich jedoch mittlerweile der Gegenauffassung angeschlossen, die das Drohen mit Unterlassen auch dann unter § 253 I StGB fasst, wenn eine Handlungspflicht nicht besteht (BGHSt 31, 195; Schönke/Schröder-Eser, § 240 Rn. 20 mwN). Dieser Rechtsprechung folgt auch das OLG Karlsruhe im der vorliegenden Entscheidung.

Vertiefungshinweise:

Zu §§ 240, 253 StGB bei Drohung mit Unterlassen: BGHSt 31, 200; BGH, NStZ 2000, 86; Frohn, StV 1983, 365; Roxin, JR 1983, 333; Schubarth, NStZ 1983, 312; Stoffers, JR 1988, 492; Zopfs, JA 1998, 813;

Kursprogramm:

Examenskurs: "Die Ladendiebin"

Leitsatz:

Eine Erpressung und nicht nur eine für Angestellte straflose Bestechung liegt vor, wenn ein Kaufhausdetektiv zwar auf das Angebot von ergriffenen Ladendieben auf "Fallen lassen der Anzeige" eingeht, sich jedoch nicht auf die bloße Entgegennahme eines angebotenen Vorteils beschränkt, sondern von sich aus eine bestimmte Gegenleistung fordert.

Sachverhalt (vereinfacht):

A war als Kaufhausdetektiv bei dem Kaufhaus K ange-

stellt. Im Rahmen seiner Tätigkeit ertappte er P und S dabei, wie diese zusammen einen Ladendiebstahl begingen. A nahm die beiden mit in sein Büro, wo er ihre Personalien aufnahm und ihnen ankündigte, er werde eine Strafanzeige anfertigen und diese - wie bei K üblich - an die Geschäftsleitung weiterleiten, die diese dann ihrerseits der Polizei unterbreiten würde. P und S verließen zunächst das Kaufhaus, meldeten sich aber später telefonisch bei A und baten diesen, am Abend zu einem Treffen in einer Gaststätte zu erscheinen, um zu besprechen, was man bzgl. der Anzeige unternehmen könne. A traf sich verabredungsgemäß mit P und S in der Gaststätte. Dort erklärte er ihnen, er habe die Strafanzeige zwar bereits in den internen Postweg gegeben, er habe jedoch noch die Möglichkeit, diese am nächsten Tage aus dem Geschäftsgang zu nehmen. Dies würde er jedoch nur tun, wenn P und S ihm je 500 € zahlen würden. Aus Angst vor dem Strafverfahren zahlten P und S den geforderten Betrag, woraufhin A die vorgefertigte Strafanzeige vernichtete, bevor der zuständige Mitarbeiter der Geschäftsleitung von K diese sah.

Strafbarkeit des A?

Bearbeitervermerk:

Straftaten des 21., 23. und 27. Abschnitts sind nicht zu prüfen.

A. Strafbarkeit des A gem. § 253 I StGB durch das Angebot, die Strafanzeige gegen Zahlung aus dem Geschäftsgang zu nehmen

A könnte sich dadurch, dass er P und S anbot, die Strafanzeige gegen Zahlung von 500 € je Person aus dem Geschäftsgang zu nehmen, wegen Erpressung gem. § 253 I StGB strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

1. Nötigungsmittel: Drohung mit einem empfindlichen Übel

A müsste ein Nötigungsmittel eingesetzt haben, d.h. er müsste Gewalt angewendet oder mit einem empfindlichen Übel gedroht haben. Eine Gewaltanwendung ist nicht ersichtlich, A könnte P und S jedoch mit einem empfindlichen Übel gedroht haben, indem er erklärte, er würde die Anzeige nicht aus dem Geschäftsverkehr ziehen, wenn P und S ihm nicht insg. 1.000 € dafür zahlen würden.

Drohung ist das Inaussichtstellen eines zukünftigen Übels, also einer als nachteilig empfundenen Veränderung der Außenwelt, auf dessen Eintritt der Drohende Einfluss hat oder zumindest zu haben vorgibt (BGHS 16, 386; Tröndle/Fischer, § 253 Rn 6, § 240 Rn. 31 f.). A hat P und S in Aussicht gestellt, auf den Gang der Anzeige im Geschäftsverkehr nicht mehr einzuwirken, was zur Folge hätte, dass die Anzeige an die Ge-

schäftsleitung gelangen und von dieser an die Polizei weitergeleitet würde, die wiederum ein Strafverfahren gegen P und S durchführen würde, was für diese ein Übel darstellt. Auf den Eintritt dieses Übels hatte A auch Einfluss, da es ihm tatsächlich möglich war, die Anzeige abzufangen und so das Strafverfahren zu verhindern.

Bei dem angedrohten Übel müsste es sich auch um ein empfindliches Übel handeln. Ein angedrohtes Übel ist dann empfindlich i.S.v. § 253 I StGB, wenn es so erheblich ist, dass es geeignet ist, einen besonnenen Menschen zu dem vom Täter verlangten Verhalten zu motivieren (BGH, NStZ 1997, 278; Lackner/Kühl, § 253 Rn. 2, § 240 Rn. 13). Hier lag das Übel letztendlich darin, dass gegen P und S ein Strafverfahren wegen Diebstahls durchgeführt würde. Um dies abzuwenden wäre auch ein besonnener Mensch sicher geneigt, eine - hier auch eher geringe - Zahlung zu leisten (vgl. BGHSt 31, 195). Somit hat A mit einem empfindlichen Übel gedroht.

Zu beachten ist jedoch, dass A im vorliegenden Fall mit einem Unterlassen - dem Nicht-Beeinflussen des weiteren Verlaufs der Anzeige - gedroht hat. Streitig ist, unter welchen Umständen das Drohen mit einem Unterlassen i.R.v. §§ 240 I, 253 I StGB den Tatbestand zu erfüllen vermag.

a. 1. Meinung

Nach einer Auffassung in der Literatur ist die Drohung mit einem Unterlassen i.R.v. §§ 240 I, 253 I StGB nur dann tatbestandsmäßig, wenn der Drohende die (Garanten-) Pflicht hat, die Handlung vorzunehmen, deren Unterlassen er ankündigt (RGSt 63, 425; Joecks, § 240 Rn. 23 ff.; SK-Horn, § 240 Rn. 16; Wessels/Hettinger, BT 1, Rn. 407 mwN), wobei teilweise zusätzlich einschränkend verlangt wird, dass der Täter nicht nur mit dem Fortbestehen der bisherigen - nachteiligen - Situation droht, sondern mit deren weiterer Verschlechterung (Roxin, JR 1983, 333).

Ein Pflicht des A, darauf hinzuwirken, dass die Strafanzeige gegen P und S nicht weitergeleitet wird, besteht nicht, da A insb. die Anzeige zu Recht aufgenommen hatte (P und S hatten ja tatsächlich einen (Laden-) Diebstahl) begangen. Da A somit nicht mit dem Unterlassen einer Handlung gedroht hat, zu deren Vornahme er verpflichtet war, wäre nach dieser Auffassung eine tatbestandsmäßige Drohung i.S.v. § 253 I StGB nicht gegeben.

b. 2. Meinung

Nach der Gegenauffassung spielt es für die Drohung mit einem Unterlassen i.R.v. §§ 240 I, 253 I StGB keine Rolle, ob der Drohende verpflichtet ist, die Handlung vorzunehmen, deren Unterlassen er androht oder nicht (BGHSt 31, 195; BGH, NStZ 2000, 86; Stoffers, JR 1988, 492; Schönke/Schröder-Eser, § 240 Rn. 20 mwN).

Diese Rechtsprechung setzt der BGH auch im vorliegenden Fall fort: "Zwar ging nach den getroffenen Feststellungen die 'Initiative' von den Zeugen P und S aus, die den Angeklagten mehrfach - zunächst bei der Personalienfeststellung unmittelbar nach dem Ladendiebstahl, bei einem späteren Anruf im Büro des Angeklagten und schließlich bei einem Treffen in einer Gaststätte - bedrängt hatten, 'ob man mit der Anzeige nicht etwas machen könne' und hierbei auch die Zahlung eines Geldbetrags besprochen wurde. Die Grenze zur Strafbarkeit überschritt der Angeklagte in Abgrenzung zu einer straflosen bloßen Entgegennahme von Geld aber spätestens zu dem Zeitpunkt, als er von den Zeugen in der Gaststätte für das von diesen erstrebte 'Fallen lassen der Anzeige' einen Geldbetrag von zunächst '1000 DM und nach Verhandlungen von 500 DM pro Dieb' forderte.

Die konkludente Ankündigung, die Anzeige widrigenfalls an die Polizei weiterzuleiten, stellt nämlich eine Drohung mit einem empfindlichen Übel dar, weil sich der Angeklagte hierdurch zum Herrn über das weitere Geschehen gerierte und sein zukünftiges Verhalten von der Zahlung von Geld abhängig machte. Dass die Initiative ursprünglich von den Geschädigten ausging, ist bezüglich der Tatbestandserfüllung rechtlich unerheblich (BGHSt 44, 68 = NJW 1998, 2612 = NStZ 2000, 195 L; BGH bei Dallinger, MDR 1952, 408). Auch erfolgte die Aufforderung zur Geldzahlung gegen den Willen der Zeugen (Tröndle/Fischer, StGB, 52. Aufl. [2004], § 240 Rdnr. 4; vgl. auch BGH, NStE Nr. 9 zu § 253 StGB), zumal diese davon ausgingen, ein Absehen von einer Strafanzeige käme schon wegen der landsmannschaftlichen Verbundenheit der Beteiligten in Betracht.

Unabhängig davon, dass der Senat vorliegend bereits von einer Nötigung durch aktives Tun - der Angeklagte hatte den Durchschlag der gefertigten Strafanzeige bereits aus dem üblichen Geschäftsgang genommen - ausgeht, würde ein empfindliches Übel auch in der Ankündigung liegen, ein rechtlich nicht gebotenes Handeln zu unterlassen (vgl. BGHSt 31, 195 = NJW 1983, 765 = NStZ 1983, 311 m. Anm. Schubarth = JR 1983, 331 m. Anm. Roxin; Tröndle/Fischer, § 253 Rdnr. 6a)."

Nach dieser Auffassung läge somit - da die Voraussetzungen für eine Drohung mit einem empfindlichen Übel hier grundsätzlich gegeben sind (s.o.) - ein tatbestandsmäßiges Verhalten des A i.S.v. § 253 I StGB vor.

c. Stellungnahme

Für die erste Meinung spricht der Vergleich der vorliegenden Konstellation mit der des unechten Unterlassungsdelikts. Die Verwirklichung eines Straftatbestandes durch Unterlassen führt nur dann zu einer Strafbarkeit, wenn der Täter verpflichtet ist, die unterlassene Handlung vorzunehmen (vgl. § 13 I StGB). Dann liegt

es nahe, die Drohung (durch aktives Tun) mit einem Unterlassen auch nur unter Strafe zu stellen, wenn der Täter verpflichtet ist, die Handlung vorzunehmen, deren Unterlassen er androht. Auch führt die erste Meinung an, dass in den Fällen, in denen der Täter mit dem Unterlassen einer Handlung "droht", zu deren Vornahme er verpflichtet ist, der eigentliche Strafgrund von §§ 240 I, 253 I StGB - der Eingriff in die Willensfreiheit des Opfers - nicht verwirkt sei. §§ 240 I, 253 I StGB stellen es unter Strafe, dass der Täter die Handlungsmöglichkeiten des Opfers einschränke. Der vorliegende Fall mache allerdings deutlich, dass A die Handlungsmöglichkeiten von P und S gerade nicht einschränke, sondern vielmehr erweitere, indem er ihnen eine (zusätzliche) Möglichkeit bietet, sich dem Strafverfahren zu entziehen, die P und S vorher gar nicht gesehen hatten (nämlich, den A zu bezahlen).

Für die zweite Meinung spricht jedoch, dass bei der Drohung mit einem aktiven Tun diese die Tatbestände der §§ 240 I, 253 I StGB auch unabhängig davon erfüllen kann, ob der Täter berechtigt ist, die angedrohte Handlung vorzunehmen oder nicht (dies ist dann allenfalls eine Frage der Rechtswidrigkeit). Dann kann es aber bei der Drohung mit einem Unterlassen auch - im Tatbestand - keine Rolle spielen, ob der Täter verpflichtet ist, die Handlung vorzunehmen, deren Unterlassen er ankündigt. Würde A im vorliegenden Fall damit drohen, Anzeige zu erstatten (also mit einem aktiven Tun), so würde auch die erste Meinung eine tatbestandsmäßige Handlung des A annehmen. Zwischen dem Inhalt der beiden Drohungen besteht jedoch - da insb. die Motivationswirkung auf P und S (Angst vor dem drohenden Strafverfahren) identisch ist - kein nennenswerter Unterschied, so dass nicht ersichtlich ist, warum nur eine davon vom Tatbestand des § 253 I StGB erfasst werden sollte. Schließlich erfolgt die Abgrenzung zwischen aktivem Tun und Unterlassen nach herrschender Meinung nach dem Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit, was bei der Einordnung eines Verhaltens als aktives Tun oder Unterlassen zu zufälligen Ergebnissen führen kann. Würde man davon jedoch die Anwendbarkeit des § 253 I StGB abhängig machen, so wäre auch die Anwendbarkeit dieses Tatbestands letztlich vom Zufall abhängig. Der zweitgenannten Meinung ist somit zu folgen.

A hat mit einem empfindlichen Übel gedroht und somit ein Nötigungsmittel angewandt.

2. Opferreaktion

P und S müssten eine tatbestandsmäßige Opferreaktion vorgenommen haben. Welche Anforderungen i.R.v. § 253 I StGB an das Verhalten des Opfers zu stellen ist, ist streitig.

a. Rechtsprechung

Nach der Rechtsprechung kommt als taugliches Opferverhalten - entsprechend dem Wortlaut des § 253 I

StGB - jedes Handeln, Dulden oder Unterlassen in Betracht (BGH, NStZ-RR 1997, 321; NStZ 1999, 350).

P und S haben dem A das Geld übergeben, was eine Handlung darstellt. Nach dieser Auffassung liegt somit eine taugliche Opferreaktion vor.

b. Literatur

Nach der herrschenden Meinung in der Literatur setzt die Erpressung - aufgrund ihrer strukturellen Nähe zu § 263 I StGB - als Opferverhalten stets eine Vermögensverfügung voraus (Tröndle/Fischer, § 253 Rn. 9; Wessels/Hillenkamp, BT 2 Rn. 709 mwN), wobei eine solche jedenfalls dann gegeben sein soll, wenn das Opfer eine Handlung vornimmt, die sich unmittelbar vermögensmindernd auswirkt (Schönke/Schröder-Eser, § 253 Rn. 8 mwN).

Durch ihre Handlung (Übergabe des Geldes) haben P und S Besitz und Gewahrsam an diesem verloren, so dass sich ihr Verhalten unmittelbar vermögensmindernd ausgewirkt hat. Auch nach dieser Auffassung ist ein taugliches Opferverhalten somit gegeben.

c. Zwischenergebnis

Nach beiden Auffassungen stellt die Übergabe des Geldes durch P und S ein taugliches Opferverhalten dar, so dass eine Streitentscheidung entbehrlich ist.

3. Vermögensnachteil

P und S müssten auch einen Vermögensnachteil erlitten haben.

Der Begriff des Vermögensnachteils bei § 253 I StGB entspricht demjenigen des Vermögensschadens bei § 263 I StGB (BGH, NStZ-RR 1998, 223; Lackner/Kühl, § 253 Rn. 4). Ein solcher liegt vor, wenn der Gesamtwert des Vermögens des Opfers oder eines Dritten durch das Opferverhalten verringert wurde, d.h. wenn das Opfer nach der Tat über weniger Vermögen verfügt als vorher; dies ist im Wege einer sog. "Gesamtsaldierung" aller Vermögenswerte des Vermögensinhabers zu ermitteln (BGHSt 3, 102; BGH, NStZ 1997, 32; Tröndle/Fischer, § 263 Rn. 70). Da das Vermögen von P und S durch die Übergabe des Geldes gemindert wurde (s.o.), wäre ein Vermögensnachteil nur dann nicht gegeben, wenn diese Minderung durch die Erlangung eines wirtschaftlichen Äquivalents ausgeglichen worden wäre. Hierzu der BGH: "Die in rechtswidriger Bereicherungsabsicht des Angeklagten erfolgte Geldzahlung führte auch zu einem Vermögensnachteil der Geschädigten, da sich hierdurch ihr Vermögen minderte und es bezüglich etwa erhoffter Einsparungen wegen ansonsten drohenden Geldstrafen an der Kompensationsfähigkeit fehlt, da staatliche Sanktionen nicht vermögensrechtlicher Natur sind (Tröndle/Fischer, § 263 Rdnr. 62 m. w. Nachw.)."

Ein Vermögensnachteil bei P und S ist somit gegeben.

4. Kausalität

Die erforderliche Kausalität der Drohung für das Opferverhalten und des Opferverhaltens für den Vermögensnachteil ist gegeben.

5. Vorsatz

A handelte auch vorsätzlich.

6. Absicht rechtswidriger und stoffgleicher Bereicherung

A müsste zunächst in der Absicht gehandelt haben, sich oder einem Dritten einen Vermögensvorteil zu verschaffen.

A wollte Besitz und Gewahrsam an dem an ihn von P und S gezahlten Geld erlangen, was einen Vermögensvorteil darstellt. Da A diesbezüglich auch mit Absicht handelte ist eine Bereicherungsabsicht des A gegeben.

Die i.R.v. § 253 I StGB beabsichtigte Bereicherung muss stoffgleich sein, d.h. der vom Täter für sich oder einen Dritten beabsichtigte Vorteil muss das Spiegelbild des Nachteils beim Opfer darstellen, was der Fall ist, wenn beide aus demselben Opferverhalten resultieren (BGH, NStZ 2002, 254; Schönke/Schröder-Eser, § 253 Rn. 20).

Hier entsprach der Vorteil, den A für sich begehrte (Besitz und Gewahrsam an dem Geld, mit dem P und S ihn bezahlten) genau dem Nachteil, den P und S erlitten hatten, so dass die von A beabsichtigte Bereicherung auch stoffgleich ist.

Die vom Täter beabsichtigte Bereicherung muss weiterhin rechtswidrig sein, was der Fall ist, wenn sie der Rechtsordnung widerspricht, wenn der Täter also keinen fälligen und einredefreien Anspruch auf den erstrebten Vorteil hat (Joecks, § 253 Rn. 17). A hatte keinen fälligen und einredefreien Anspruch auf Übergabe des Geldes von P und S, so dass die von ihm beabsichtigte Bereicherung auch rechtswidrig ist.

Da es sich bei der Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Bereicherung um ein objektives Tatbestandsmerkmal handelt, ist insofern Vorsatz erforderlich (BGH, NStZ 2002, 481; Tröndle/Fischer, § 253 Rn. 14 a mwN). A wusste, dass er keinen fälligen und durchsetzbaren Anspruch auf die Überignung der insg. 1.000 € hatte, sodass auch dieses Tatbestandsmerkmal gegeben ist.

A hat in der Absicht rechtswidriger und stoffgleicher Bereicherung gehandelt.

II. Rechtswidrigkeit

A müsste auch rechtswidrig gehandelt haben.

1. Keine Rechtfertigungsgründe

Rechtfertigungsgründe sind nicht ersichtlich.

2. Verwerflichkeit (§ 253 II StGB)

Bei der einfachen Erpressung handelt es sich - ebenso wie bei § 240 I StGB - um einen sog. "offenen" Tatbestand; bei diesem wird die Rechtswidrigkeit nicht

bereits durch die Tatbestandsmäßigkeit indiziert, sondern muss (als Verwerflichkeit i.S.v. § 253 II StGB) positiv festgestellt werden (Schönke/Schröder-Lenckner, Vor §§ 13 ff. Rn. 66).

Hierzu der BGH: "Das Verhalten des Angeklagten ist auch als rechtswidrig anzusehen, da die Drohung [...] zu dem angestrebten Zweck - ungerechtfertigte Bereicherung des Angeklagten - als verwerflich anzusehen ist, mithin keine Konnexität besteht. Der Angeklagte hat sich vorliegend das auf die Zeugen zukommende Übel - nämlich die Strafanzeigen wegen Ladendiebstahls - zu Nutze gemacht und deren Erstattung als in seiner Hand liegend ausgegeben. Eine Weigerung wäre für die Zeugen auch nicht folgenlos im Sinne einer Beibehaltung des bisherigen Zustands gewesen, da sie anderenfalls mit der Übersendung der Strafanzeigen an die Polizei und damit einer erheblichen Verschlechterung ihrer bisherigen Situation hätten rechnen müssen, so dass sie in ihrer Entscheidung - auch bei Annahme einer Nötigung durch Unterlassen - nicht wirklich frei waren und der Geldforderung des Angeklagten in besonnener Selbstbehauptung hätten standhalten können (vgl. BGHSt 31, 195 = NJW 1983, 765 = JR 1983, 331, m. Anm. Roxin a. E.). Der Umstand, dass die Geschädigten auch unabhängig vom Verhalten des Angeklagten die Zahlung eines Geldbetrags erwogen hatten, rechtfertigt keine andere Beurteilung, zumal sich das Missverhältnis zwischen Mittel und Zweck nicht nur an den Rechtsgütern der Betroffenen, sondern auch an den Wertungen der Gesamtrechtsordnung orientiert (BGHSt 44, 68 = NJW 1998, 2612; Träger, in: LK, 11. Aufl. [1994], § 240 Rdnr. 82; Horn, NStZ 1983 497 [499]), welche das rechtlich erhebliche und nicht nur im gesellschaftlichen Bereich liegende oder als sozial adäquat (vgl. hierzu Senat, JZ 2004, 101: Versendung von Mahnschreiben mit der Ankündigung der Ein-

schaltung eines Rechtsanwalts zur Durchsetzung von Zahlungsansprüchen aus Telefonsexgesprächen) anzusehende Verhalten des Angeklagten nicht zu billigen vermag."

Das Verhalten des A war also auch verwerflich i.S.v. § 253 II StGB.

III. Schuld

A handelte auch schuldhaft.

IV. Ergebnis

A ist strafbar gem. § 253 I StGB.

B. Strafbarkeit des A gem. § 299 I StGB durch das Angebot, die Strafanzeige gegen Zahlung aus dem Geschäftsgang zu nehmen

A könnte sich dadurch, dass er P und S anbot, die Strafanzeige gegen Zahlung von 500 € je Person aus dem Geschäftsgang zu nehmen, wegen Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr gem. § 299 I StGB strafbar gemacht haben.

Die Entgegennahme der 1.00 € von P und S stellt zwar die Annahme eines Vorteils i.S.v. § 299 I StGB dar. Für eine Strafbarkeit gem. § 299 I StGB müsste A den Vorteil jedoch dafür angenommen haben, dass er "einen anderen bei dem Bezug von Waren oder gewerblichen Leistungen im Wettbewerb in unlauterer Weise bevorzugt". Dies ist hier nicht der Fall, da A sich von P und S nicht für eine Bevorzugung im Wettbewerb bezahlen ließ sondern dafür, dass er dafür sorgte, dass die Strafanzeige gegen P und S nicht weitergeleitet würde, was jedoch keinen Bezug zum Wettbewerb aufweist. Somit ist bereits der Tatbestand des § 299 I StGB nicht gegeben und A hat sich nicht wegen Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr strafbar gemacht.

*Literaturauswertung**Öffentliches Recht*

Autor/Titel:	Schoch, Friedrich: Das Grundrecht der Freizügigkeit (Art. 11 GG)
Fundstelle:	Jura 2005, 34 (Heft 1)
Inhalt:	Die Freizügigkeit, im Examen ein lange stiefmütterlich behandeltes Grundrecht, ist insbesondere durch die Aufenthaltsverbote und Wohnungsverweise in den Blickpunkt gerückt. Über einen solchen Fall berichtet die RA ja auch in diesem Heft (S. 11 ff.). Der Autor konzentriert seinen Beitrag ganz auf diese prüfungsrelevanten Aspekte.

Autor/Titel:	Schrader, Leif Ulrich: "Die Vorwegnahme der Hauptsache und das Ermessen im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes"
Fundstelle:	JuS 2005, 37 (Heft 1)
Inhalt:	Der Schwerpunkt dieses Beitrags liegt auf dem neben § 80 V VwGO von vielen Examenskandidaten zu Unrecht vernachlässigten § 123 I VwGO und der Frage, welchen Prüfungsmaßstab das Gericht dort anzulegen hat. Der Autor wendet sich dabei weniger an den Praktiker als vielmehr an den in der Ausbildung befindlichen Studenten.

Zivilrecht

Autor/Titel:	Hennig, Anja: "Examensrelevante Probleme des Leasingvertrages"
Fundstelle:	JA 2004, 880 (Heft 12)
Inhalt:	Die Autorin beleuchtet das Recht des Leasingvertrages auf einem Niveau, das jeder Examenskandidat beherrschen sollte. Die typischen Probleme wie die Inhaltskontrolle nach §§ 305 ff. BGB oder der Rücktritt vom zugrunde liegenden Kaufvertrag bei Finanzierungsleasing werden anschaulich behandelt.

Autor/Titel:	Hofmann, Christian: "Agenturverträge im Gebrauchtwagenhandel"
Fundstelle:	JuS 2005, 8 (Heft 1)
Inhalt:	Agenturverträge sind im Gebrauchtwagenhandel besonders häufig anzutreffen, wo der gewerbliche Autohändler im Namen eines Kunden dessen Fahrzeug weiter verkauft. An diesem Beitrag ist besonders interessant, wie der Umgehung des Verbots eines Gewährleistungsausschlusses beim Verbrauchsgüterkauf gem. § 475 I BGB entgegen gewirkt werden kann. Dabei stellt sich der Autor gegen die jüngst ergangene Entscheidung des OLG Stuttgart, NJW 2004, 2169.

Autor/Titel:	Rösler, Hannes: "Grundfälle zur Störung der Geschäftsgrundlage"
Fundstelle:	JuS 2004, 1058 (Heft 12)
Inhalt:	Das Rechtsinstitut des Wegfalls der Geschäftsgrundlage kommt immer dann zur Anwendung, wenn Leistung und Gegenleistung in ein nicht gewolltes Ungleichgewicht geraten. Diese Fälle sind häufig historischer Art (Krieg, Inflation), spielen aber auch in der Gegenwart eine erhebliche Rolle (klassisch: Ausfall eines Karnevalszuges bei vermietetem Balkon). In dieser Fortsetzungsreihe werden alle Probleme aus diesem Bereich umfassend behandelt.

Strafrecht

Autor/Titel:	Erb. Volker: "Nothilfe durch Folter"
Fundstelle:	Jura 2005, 24 (Heft 1)
Inhalt:	Der Fall v. Metzler bzw. Daschner und die zentrale Frage, ob die Polizei einen Kindesentführer foltern (bzw. mit Folter bedrohen) darf, um den Aufenthaltsort des Entführten zu ermitteln und diesen so retten zu können, hat in der jüngeren Vergangenheit zu vielen mit Leidenschaft geführten mehr oder weniger fachlichen Diskussionen geführt. Der Verfasser dieses Beitrags kommt zu dem - wohl nicht der herrschenden Meinung entsprechenden - Ergebnis, dass sowohl eine Privatperson als auch ein Amtsträger in einer entsprechenden Situation in den Genuss einer Rechtfertigung aus Notwehr (§ 32 StGB) kommen können. Hierbei liefert der Aufsatz Argumente für beide Seiten unter besonderer Berücksichtigung der relevanten grund- und menschenrechtlichen Aspekte.

Autor/Titel:	Schnabel, Falk: "Telefon-, Geld-, Prepaid-Karte und Sparcard"
Fundstelle:	NStZ 2005, 18 (Heft 1)
Inhalt:	Neben der klassischen Kredit- und ec-Karte gibt es mittlerweile nach zahlreiche weitere Karten, die im bargeldlosen Zahlungsverkehr im weitesten Sinne Einsatz finden. Der Verfasser diskutiert die Strafbarkeit wegen Diebstahls (§ 242 I StGB) vor allem für die Fälle, in denen der Täter die Karte nach Gebrauch zurückgeben will, insb. unter Berücksichtigung der Frage nach dem Gegenstand der beabsichtigten Zueignung. Ausführungen zu weiteren Strafbarkeiten, insb. durch Verwendung der Karten, fehlen leider.

Autor/Titel:	Rotsch, Thomas: "Die Tötung des Familientyrannen: Heimtückischer Mord? - Eine Systematisierung aus aktuellem Anlass"
Fundstelle:	JuS 2005, 12 (Heft 1)
Inhalt:	Der Verfasser nimmt eine "aktuelle" Entscheidung des BGH (NJW 2003, 2464 (= RA 2003, 463)) zum Anlass, neben einer ausführlichen Darstellung der verschiedenen Auffassungen zum Mordmerkmal der "Heimtücke" auch die Frage nach einer Rechtfertigung oder Entschuldigung der Tötung eines schlafenden Familientyrannen zu stellen, entsprechende Irrtumsprobleme zu skizzieren und eine Lösung dieser Konfliktsituation über die vom BGH entwickelte Rechtsfolgenlösung zu diskutieren. Eine insgesamt vielleicht etwas kurze, aber insb. wegen der umfassenden Behandlung der in diesen Fallkonstellationen einschlägigen Probleme lesenswerte Abhandlung.