

Öffentliches Recht

Standort: Staatsorganisationsrecht**Problem: Besetzung des Vermittlungsausschusses**

BVERFG, URTEIL VOM 08.12.2004
2 BVE 3/02 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Das BVerfG hat entschieden, dass der Deutsche Bundestag über die Vergabe seiner 16 Sitze im Vermittlungsausschuss neu zu beschließen hat, weil die bisherigen Mehrheitsverhältnisse nicht dem Grundsatz der Spiegelbildlichkeit von Parlament und Ausschuss entsprechen, und eine solche Abweichung auch nicht durch das Mehrheitsprinzip gedeckt sei.

Hintergrund ist Folgender: Für jede Legislaturperiode legt der Deutsche Bundestag ein Zählverfahren zur Berechnung der Stellenanteile der Fraktionen in den Bundestagsausschüssen fest. Dieses Verfahren gilt auch für den ständigen Vermittlungsausschuss (Art. 77 II GG), in den Bundestag und Bundesrat je 16 ihrer Mitglieder entsenden. Es haben sich drei Zählverfahren für die Besetzung der Gremien durchgesetzt, zwischen denen in der Vergangenheit immer wieder gewechselt wurde. Es handelt sich dabei um die Verfahren nach d'Hondt, Hare/Niemeyer und St. Laguë/Schepers. Die Anwendung dieser drei üblichen Zählverfahren führte auf Grund des Wahlergebnisses der Bundestagswahl vom 22. September 2002 dazu, dass die Fraktionen von SPD und CDU/CSU je sieben und Bündnis 90/Die Grünen und FDP je einen Abgeordneten in den Vermittlungsausschuss entsenden, also eine politische Pattsituation zwischen Regierung und Opposition entstand. Am 30. Oktober 2002 beschloss der Bundestag deshalb mit den Stimmen von SPD und Bündnis 90/Die Grünen, dass das Verfahren St. Laguë/Schepers mit der Maßgabe anzuwenden sei, dass die zu verteilende Anzahl der Sitze um einen reduziert und der unberücksichtigte Platz der stärksten Fraktion zugewiesen werde. Auf Grund dessen wurden acht Mitglieder der SPD-Fraktion, sechs Mitglieder der CDU/CSU-Fraktion und jeweils ein Mitglied der FDP-Fraktion und der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen (8:6:1:1) gewählt.

Das BVerfG gab dem hiergegen gerichteten Organklage (Art. 93 I Nr. 1 GG) der CDU/CSU-Fraktion statt, nachdem es einen entsprechenden Eilantrag noch abgelehnt hatte, allerdings - wie im Verfahren nach § 32 BVerfGG üblich - unter reiner Abwägung der Folgenlast ohne Stellungnahme zu den Erfolgsaussichten in der Hauptsache.

Prüfungsrelevanz:

1. Jeder Examenskandidat sollte zunächst mit der Rolle des Vermittlungsausschusses bei der Gesetzgebung vertraut sein, ohne deren Kenntnis sich die vorliegende Entscheidung nicht verstehen lässt.

2. Ferner sollten deren Grundzüge bekannt sein, denen hier Raum gegeben werden kann: Das BVerfG geht vom sogen. "Grundsatz der Spiegelbildlichkeit" aus, der besagt, dass die Mehrheitsverhältnisse in den Ausschüssen denen des Gremiums entsprechen müssen, das die Ausschüsse bildet. Nur so sei eine effektive Arbeit der Ausschüsse (und damit letztlich auch des sie bildenden Gremiums selbst) möglich. Der hier betroffene Vermittlungsausschuss ist war kein Ausschuss des Gremiums Bundestags, sondern nimmt eine - vom BVerfG im Detail herausgearbeitete - Sonderstellung ein. Trotzdem überträgt das BVerfG den Grundsatz der Spiegelbildlichkeit auch auf den Vermittlungsausschuss.

Allerdings könne dieser Grundsatz dann durchbrochen werden, wenn dies erforderlich sei, um stabile Mehrheiten zu schaffen (sogen. Mehrheitsprinzip). Zwar diene bereits der Grundsatz der Spiegelbildlichkeit eben jenem Ziel, denn dieser soll ja gerade gewährleisten, dass die Mehrheiten in Ausschuss und Gremium identisch sind; da jedoch der Ausschuss mit weitaus weniger Personen besetzt ist, kann sich bei der Herunterrechnung der Mehrheit im Gremium auf den Ausschuss eine Mehrheitsverschiebung ergeben. So geschehen im 15. Deutschen Bundestag, in dem eine knappe Mehrheit von SPD und Bündnis 90/Die Grünen besteht, deren Herunterrechnung auf die 16 Sitze des Bundes im Vermittlungsausschuss jedoch nach allen anerkannten Berechnungsmethoden ein Patt von 8:8 ergab. Das Gremium sei dann grds. berechtigt, zur Wahrung der Mehrheit auch im Ausschuss vom Grundsatz der Spiegelbildlichkeit abzuweichen, dies allerdings nur im Wege eines möglichst schonenden Ausgleichs. Die von SPD und Bündnis 90/Die Grünen gewählte Methode, die der CDU/CSU-Fraktion einen Sitz nahm und diesen der SPD-Fraktion zuwies, ging dem BVerfG zu weit, weil die Stärkeverhältnisse zwischen SPD und CDU/CSU dadurch extrem verzerrt wurden (12,5% im Vermittlungsausschuss bei ganzen 0,5% im Parlament). Deshalb verpflichtete das BVerfG den Deutschen Bundestag zu einer Neubesetzung - nicht ohne zu betonen, dass es den ursprünglichen, unzureichenden Beschluss mit Blick auf die gebotene Eile für verzeihlich hält und un-

ter vager Andeutung einiger Ansätze für einen schonenderen Ausgleich.

3. Wer noch etwas mehr tun möchte, sollte sich wenigstens im Überblick mit den angesprochenen Berechnungsmethoden nach d'Hondt, Hare/Niemeyer und St. Laguë/Schepers vertraut machen, zumal diese auch und vor allem bei der Umsetzung von Wählerstimmen in Mandate eine Rolle spielen (z.B. Hare/Niemeyer bei der Bundestagswahl nach § 6 BWahlG, d'Hondt bei der Wahl der Ländervertreter zur Bundesversammlung nach § 4 BPräsWahlG).

Vertiefungshinweise:

Entscheidung im Eilverfahren in dieser Sache: BVerfGE 106, 253

Grundsatz der Spiegelbildlichkeit: BVerfGE 80, 188 (222 f.); 84, 304 (323 f.)

Zu den Berechnungsmethoden nach d'Hondt usw.: BVerfGE 16, 130, 144; NdsStGH, DVBl 1978, 139; NVwZ 1982, 34; OVG NRW, DVBl 1981, 874; Schreiber, NJW 1985, 1433, 1436; Gesamtüberblick bei Knuth, ZParl 22 (1991), 227

Kursprogramm:

Examenskurs : "Wer die Wahl hat..."

Leitsätze:

1. Die Mitglieder des Bundestages im Vermittlungsausschuss müssen die politischen Stärkeverhältnisse im Plenum des Bundestages nach dem Grundsatz der Spiegelbildlichkeit repräsentieren.

2. Funktion und Aufgaben des Vermittlungsausschusses fordern keine zwingende Ausrichtung der Besetzung des Ausschusses am Mehrheitsprinzip in einem Umfang, dass der Grundsatz der Spiegelbildlichkeit im Zweifel zu weichen hätte.

Sachverhalt:

Das Organstreitverfahren betrifft den Beschluss des Deutschen Bundestages vom 30. Oktober 2002, der das Verfahren für die Berechnung der Sitzanteile der Fraktionen bei der Besetzung der Ausschüsse und anderer Gremien festlegt.

Hintergrund des Streits ist, dass für den Vermittlungsausschuss jedes der drei sonst üblichen Zählverfahren bei der Berechnung von Sitzen in Ausschüssen und sonstigen Gremien - Hare/Niemeyer, d'Hondt und St. Laguë/Schepers - zu einer Verteilung der Sitzanteile von sieben Sitzen für die SPD-Fraktion, sieben Sitzen für die CDU/CSU-Fraktion, einem Sitz für die Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und einem Sitz für die FDP-Fraktion (7:7:1:1) führte. Diese Verteilung hätte zur Folge gehabt, dass die auf die Fraktionen von SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN gegründete politische Parlamentsmehrheit auf der Bundestagsbank des Ver-

mittlungsausschusses keine Mehrheit gehabt hätte, sondern eine Pattsituation entstanden wäre.

Der Bundestag fasste daraufhin den mit dem Organstreitverfahren angegriffenen Beschluss, der i.E. dazu führte, dass die zu verteilende Anzahl der Sitze (16) um einen reduziert wird und der unberücksichtigte Platz der stärksten Fraktion zugewiesen wird. Dadurch wurden acht Vertreter der SPD-Fraktion, aber nur noch 6 Vertreter der CDU/CSU-Fraktion in den Vermittlungsausschuss gewählt (8:6:1:1), so dass die Parlamentsmehrheit von SPD-Fraktion und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN auch auf eine Mehrheit im Vermittlungsausschuss kam (9:7). Der Vermittlungsausschuss trat auf dieser Grundlage erstmals am 5. Dezember 2002 zusammen und operiert seither in dieser Besetzung.

Die Antragstellerin, die CDU/CSU-Fraktion, meint, dieser Beschluss verletze sie in ihren verfassungsmäßigen Rechten aus Art. 38 Abs. 1 Satz 2 in Verbindung mit Art. 40 Abs. 1 Satz 2, Art. 21 Abs. 1, Art. 20 Abs. 2 und Art. 77 Abs. 2 GG. Der zulässige Antrag hat in dem aus der Entscheidungsformel ersichtlichen Umfang Erfolg.

Aus den Gründen:

Ein Verstoß gegen Verfassungsrecht kann insoweit nicht festgestellt werden, als der Deutsche Bundestag zum Zeitpunkt der Beschlussfassung im Interesse einer funktionierenden Gesetzgebung zu einer raschen Besetzung des Vermittlungsausschusses genötigt war und es deshalb schon an zeitlichen Möglichkeiten fehlte, eine ausgewogene Neuregelung möglichst im Konsens aller Fraktionen für eine neu sich ergebende Frage der proportionalen Sitzverteilung zu schaffen. Der Antragsgegner ist allerdings verpflichtet, noch innerhalb der 15. Wahlperiode erneut einen Beschluss nach § 57 Abs. 1 GOBT zu fassen, der darauf abzielt, eine proportionalitätsgerechtere Sitzverteilung auf der Bundestagsbank des Vermittlungsausschusses zu erreichen.

A. Grundsatz der Spiegelbildlichkeit

I. Geltung für Bundestagsausschüsse anerkannt

Die Besetzung der Ausschüsse des Bundestages unterliegt dem Grundsatz der Spiegelbildlichkeit. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts muss grundsätzlich jeder Ausschuss ein verkleinertes Abbild des Plenums sein und in seiner Zusammensetzung die Zusammensetzung des Plenums in seiner politischen Gewichtung widerspiegeln (vgl. BVerfGE 80, 188 [222]; 84, 304 [323]). Dieser Grundsatz leitet sich her aus der in Art. 38 Abs. 1 GG festgelegten Freiheit und Gleichheit des Abgeordnetenmandats. Der Abgeordnete ist frei, sich in Fraktionen zu organisieren, weswegen die Fraktionen als politische Kräfte ebenso gleich und entsprechend ihrer Stärke zu behandeln sind wie die Abgeordneten untereinander (vgl. BVerfGE 84, 304 [322 f.]). [...] Ohne eine Gliederung des Bundestages in

Fraktionen grundsätzlicher politischer Gleichsinnigkeit wäre nicht nur die praktische und transparente Arbeit des Parlaments unmöglich (BVerfGE 2, 143 [160]; 70, 324 [363]; 84, 304 [317 f.]), ausgeschlossen wäre auch eine spiegelbildliche Abbildung der Stärkeverhältnisse des Plenums in verkleinerten, aber für den Bundestag als Ganzes handelnden Gremien. Denn wenn jeder Abgeordnete dauerhaft organisatorisch ungebunden wäre, könnten verkleinernde Stärkeverhältnisse in einer berechenbaren Weise nicht abgebildet werden: Dies setzt genügend große, hinreichend homogene Gruppen von Abgeordneten voraus. Deshalb schreibt § 12 GOBT in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts vor, dass Ausschüsse nach dem Stärkeverhältnis der Fraktionen im Plenum besetzt werden, und konkretisiert dadurch das Gleichheitsgebot aus Art. 38 Abs. 1 GG für die freiwillig entstandenen, verfestigten Zusammenschlüsse der Abgeordneten.

II. Grund: Bedürfnis nach einheitlicher Mehrheit

§ 12 und § 57 Abs. 1 Satz 1 GOBT konkretisieren damit zugleich eine von der Verfassung geforderte Abweichung vom Mehrheitsprinzip, das nach Art. 42 Abs. 2 Satz 1 GG für Beschlüsse des Bundestages gilt, aber nach dem zweiten Satz dieser Vorschrift für andere Bestimmungen der Geschäftsordnung des Bundestages offen ist (vgl. BVerfGE 96, 264 [282 f.]). Die Zuweisung von Ausschusssitzen nach dem Stärkeverhältnis der Fraktionen bedarf, da nur ganze Sitze verteilt werden können, des Einsatzes von Zählverfahren, die in eingeschränktem Umfang zu Abweichungen im Zuweisungsergebnis führen können. Das Bundesverfassungsgericht hat die parlamentarische Praxis anerkannt, nach der die Zählverfahren bei einem Beschluss nach § 57 Abs. 1 GOBT auch gerade im Hinblick darauf ausgewählt werden dürfen, ob das gewählte Verfahren die die Bundesregierung tragende politische Mehrheit im Bundestag abbildet (vgl. BVerfGE 96, 264 [283]). Wie weit dieses verfassungsrechtlich anerkannte Bedürfnis es rechtfertigt, die herkömmlich anerkannte Systematik der Zählverfahren durch einen Korrekturfaktor der hier angegriffenen Art zu verändern, bedurfte für Ausschüsse des Bundestages bislang schon deshalb keiner Entscheidung, weil es der Bundestag in gewissem Umfang in der Hand hat, Ausschüsse in der Zahl der Mitglieder zu vergrößern oder zu verkleinern und damit Pattsituationen zwischen Regierungsmehrheit und oppositioneller Minderheit bei Anwendung tradierter Zählverfahren zu vermeiden.

III. Übertragung auf Vermittlungsausschuss

Diese parlamentarische Praxis ist im Fall des Vermittlungsausschusses dem Bundestag jedenfalls ohne Mitwirkung des Bundesrates verschlossen. Damit stellt sich hier die Frage deutlicher, wie weit das Bedürfnis nach Abbildung der parlamentarischen Regierungsmehrheit das aus Art. 38 Abs. 1 GG geforderte Repräsentations-

und Proportionalitätsprinzip zu beeinflussen vermag. Diese Frage kann nicht deshalb dahinstehen, weil im Mittelpunkt des vorliegenden Organstreits gerade die Besetzung des Vermittlungsausschusses steht. Denn obwohl der Vermittlungsausschuss kein Ausschuss des Bundestages ist, gilt auch für die Besetzung der Bundestagsbank der Grundsatz verhältnismäßiger Berücksichtigung nach der Fraktionsstärke.

1. Verfassungsrechtliche Stellung des Vermittlungsausschusses

Der Vermittlungsausschuss ist ein in der Verfassung vorgesehenes ständiges und gemeinsames Unterorgan von Bundestag und Bundesrat. Das Ziel seiner Arbeit ist es, ein konkretes Gesetzgebungsverfahren zu einem positiven Abschluss zu bringen, indem entweder der Einspruch des Bundesrates vermieden oder die zunächst nicht erteilte Zustimmung zu einem Gesetzesbeschluss des Bundestages herbeigeführt wird (vgl. von der Heide, Der Vermittlungsausschuss. Praxis und Bewährung, DÖV 1953, S. 129). Dies soll dadurch erreicht werden, dass auf höherer politischer Ebene und unter übergeordneten Gesichtspunkten ein Interessenausgleich gesucht wird (vgl. Dehm, Stellung, Aufgaben und Bedeutung des Vermittlungsausschusses, Bulletin vom 12. Februar 1958, Nr. 29, S. 251 [252]). Der Vermittlungsausschuss ist insoweit die institutionelle Konsequenz der Grundentscheidung des Verfassungsgebers, an der Gesetzgebung im Bund mit dem Bundestag und dem Bundesrat zwei Entscheidungsträger konstitutiv zu beteiligen. Er öffnet das Gesetzgebungsverfahren in einer bestimmten Konstellation für institutionelle Verhandlungslösungen (vgl. auch Herdegen, VVDStRL 62, 2003, S. 7 [20]).

2. Bundestag repräsentiert, nicht Bundesregierung

Der Grundgedanke des Vermittlungsausschusses lässt sich nur so deuten, dass beide an der Gesetzgebung beteiligten Verfassungsorgane des Bundes im Vermittlungsausschuss repräsentiert werden. Während der Bundesrat sich dazu entschieden hat, die ihm in diesem Ausschuss zustehenden 16 Sitze unabhängig vom unterschiedlichen Stimmgewicht der Länder (Art. 51 Abs. 2 GG) mit je einem Vertreter jedes Landes zu besetzen, bleibt der Bundestag an das Repräsentationsprinzip gebunden: Im Vermittlungsausschuss verhandeln nicht die Mehrheit des Bundestages mit einer politischen Mehrheit der Länder, sondern der Bundestag mit dem Bundesrat. Die Bundestagsbank ist deshalb nicht etwa ein verkleinertes Abbild der die Regierung tragenden Parlamentsmehrheit oder gar Repräsentant der Regierung, sondern ein verkleinertes Abbild des ganzen Bundestages in seinem auf die Volkswahl zurückgehenden politischen Stärkeverhältnis.

3. Aufgaben des Vermittlungsausschusses

Als gemeinsamer Ausschuss zweier Verfassungsorgane

ist der Vermittlungsausschuss zwar nicht ohne weiteres mit einem Ausschuss des Bundestages vergleichbar; seine Bedeutung im Gesetzgebungsverfahren steht aber der Aufgabenwahrnehmung durch Ausschüsse des Bundestages nicht nach. Die gestaltende Vorbereitung eines Gesetzesbeschlusses betrifft die zentrale Aufgabe des Deutschen Bundestages. Der Vermittlungsausschuss hat im Gesetzgebungsverfahren eine herausgehobene und in gewissem Umfang verselbständigte Stellung (vgl. Haselsweiler, Der Vermittlungsausschuss, 1981, S. 44, 71 und 105 ff.; Schenke, Die verfassungsrechtlichen Grenzen der Tätigkeit des Vermittlungsausschusses, 1984, S. 36 f.; Ossenbühl, Verfahren der Gesetzgebung, in: Isensee/Kirchhof, HStR, 1996, Bd. III, § 63 Rn. 53; Masing, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Das Bonner Grundgesetz - Kommentar, 4. Aufl., 2000, Art. 77 Rn. 65 und Trossmann, Bundestag und Vermittlungsausschuss, JZ 1983, S. 6 [7 f.] m.w.N.).

Die herausgehobene Stellung des Vermittlungsausschusses folgt daraus, dass er die Autonomie von Bundestag und Bundesrat zur konkreten Gestaltung des Gesetzgebungsverfahrens in mehrfacher Hinsicht begrenzt. Der Bundestag kann einen Vorschlag des Vermittlungsausschusses nicht ändern. Er ist gemäß Art. 77 Abs. 2 Satz 5 GG vielmehr gehalten, über einen Vorschlag des Vermittlungsausschusses zur Änderung oder zur - ebenfalls eine Änderung darstellenden - Aufhebung (vgl. § 10 Abs. 1 Satz 1 GOVermA) oder Ergänzung des Gesetzesbeschlusses erneut Beschluss zu fassen. Insoweit geht die Wirkung eines Einigungsvorschlags weit über diejenige einer Gesetzesinitiative eines der in Art. 76 Abs. 1 GG genannten Verfassungsorgane hinaus, die das Grundgesetz nicht an ein derart striktes Bescheidungsrecht (des Bundestages) bindet (vgl. Dästner, Die Geschäftsordnung des Vermittlungsausschusses, 1995, S. 26 f.). Anders als bei einer Beschlussempfehlung eines Bundestagsausschusses, die der Bundestag jederzeit zu ändern vermag, fehlt ihm dieses Recht in Bezug auf einen Einigungsvorschlag des Vermittlungsausschusses. Der Bundestag kann eine solche Empfehlung nur annehmen oder ablehnen. Diese Wirkungen werden noch gesteigert durch die Vorgabe in § 10 Abs. 1 Satz 1 GOVermA, wonach der Einigungsvorschlag auf Änderung oder Aufhebung des vom Bundestag beschlossenen Gesetzes "alsbald" auf die Tagesordnung des Bundestages zu setzen ist und nur über den Einigungsvorschlag abgestimmt wird, ohne dass andere Anträge zur Sache zulässig sind (§ 10 Abs. 2 Satz 1, Abs. 3 GOVermA). Hinzu kommt, dass der Vermittlungsausschuss festlegen kann, ob und inwieweit bei mehreren Änderungen des Gesetzesbeschlusses der Bundestag darüber einzeln oder gemeinsam abzustimmen hat (§ 10 Abs. 3 Satz 1 GOVermA).

Darüber hinaus kann der Bundesrat einen Einspruch gegen einen nicht zustimmungsbedürftigen Gesetzesbeschluss erst dann einlegen, wenn er zuvor den Vermittlungsausschuss angerufen hat und auch das Vermitt-

lungsverfahren - wegen eines inakzeptablen oder mangels Zustandekommens eines Einigungsvorschlags (§ 12 GOVermA) - beendet wurde, Art. 77 Abs. 3 Satz 1 GG. Ein Einspruch des Bundesrates setzt also die vorherige Durchführung eines Vermittlungsverfahrens voraus.

4. Fazit

Aus alledem folgt, dass die Mitglieder des Bundestages im Vermittlungsausschuss die politischen Stärkeverhältnisse im Plenum des Bundestages nach dem Grundsatz der Spiegelbildlichkeit repräsentieren müssen. Andernfalls würde der Bundestag als Ganzes in die Sachzwänge konsensual vorgeprägter Verfahrensentscheidungen gezwungen, auf die er nicht einen Art. 38 Abs. 1 GG entsprechenden gleichheitsgerechten Einfluss gehabt hätte, ohne dass dies durch besondere sachliche Gründe gerechtfertigt wäre.

B. Mehrheitsprinzip als Schranke des Grundsatzes der Spiegelbildlichkeit

Der demnach auch für die Besetzung der Bundestagsbank im Vermittlungsausschuss geltende Grundsatz der Spiegelbildlichkeit gilt nicht uneingeschränkt. Er muss im Konfliktfall mit dem Prinzip stabiler parlamentarischer Mehrheitsbildung in Einklang gebracht werden. Der gleichheitsgerechte Status von Abgeordneten und Fraktionen lässt bei Vorliegen besonderer Gründe Differenzierungen zu. Die für die Teilnahme am Prozess der parlamentarischen Willensbildung geltenden Gleichheitsanforderungen werden durch das Verfassungsgebot der Sicherung der Funktionsfähigkeit des Parlaments (vgl. BVerfGE 94, 351 [369]; 96, 264 [278 f.]) und durch den demokratischen Grundsatz der Mehrheitsentscheidung (Art. 42 Abs. 2 Satz 1 GG) begrenzt.

C. Praktische Konkordanz ist herzustellen

Kollidieren der Grundsatz der Spiegelbildlichkeit und der Grundsatz, dass bei Sachentscheidungen die die Regierung tragende parlamentarische Mehrheit sich auch in verkleinerten Abbildungen des Bundestages durchsetzen können, so sind beide Grundsätze zu einem schonenden Ausgleich zu bringen.

I. Zentrale Bedeutung des Mehrheitsprinzips in der Demokratie

Das Mehrheitsprinzip gehört zu den tragenden Grundsätzen der freiheitlichen Demokratie (vgl. BVerfGE 1, 299 [315]; 5, 85 [231 f.]; 29, 154 [165]). Zwar ist "Die Mehrheit" weder im Grundgesetz noch in der Geschäftsordnung des Bundestages mit besonderen Rechten ausgestattet, sie bildet eine sich von Fall zu Fall jeweils erst konstituierende "politische", keine rechtliche Kategorie. Verfassungsrechtlich anerkannt ist aber das in Art. 42 Abs. 2 Satz 1 GG verankerte Mehrheitsprinzip (vgl. BVerfGE 106, 253 [273]). Nach dieser Vorschrift sind Beschlüsse des Bundestages mit der Mehrheit der abge-

gebenen Stimmen zu fassen; Ausnahmen sind - sofern nicht durch die Verfassung selbst vorgesehen - bei Wahlen durch die Geschäftsordnung zulässig. Das Prinzip der proportionalen Repräsentation endet als Gleichheitsanspruch und Minderheitenschutz gleichsam dort, wo Entscheidungen in der Sache getroffen werden. Nur auf diesem Weg kann sich die Mehrheit der Repräsentanten durchsetzen, damit die demokratische Willensbildung als Mehrheitswille in Erscheinung treten kann. Das Grundgesetz regelt nicht nur das Prinzip der Mehrheitsentscheidung, es will auch eine stabile parlamentarische Mehrheit im Einklang mit den die Regierung bildenden politischen Kräften gewährleisten. Nach den Erfahrungen mit den Präsidialkabinetten der Weimarer Republik, die seit der Regierung Brüning ohne regelmäßige parlamentarische Mehrheit regierten (vgl. Heinrich August Winkler, *Der lange Weg nach Westen*, Erster Band, 2000, S. 489 ff.), wollte das Grundgesetz eine solche lähmende Dissonanz zwischen Parlament und Regierung möglichst vermeiden wissen. Davon zeugt vor allem die Beschränkung des Bundestages auf ein konstruktives Misstrauensvotum (Art. 67 Abs. 1 GG), aber auch die Ausgestaltung der Vertrauensfrage (Art. 68 GG).

Verkleinerte Abbildungen des Bundestages müssen deshalb zwar personell dem Grundsatz der Spiegelbildlichkeit gehorchen, Abweichungen sind aber in begrenztem Umfang gerechtfertigt, wenn im verkleinerten Gremium nur dadurch Sachentscheidungen ermöglicht werden, die eine realistische Aussicht haben, mit dem Willen einer im Plenum bestehenden politischen "Regierungsmehrheit" überein zu stimmen. Dies gilt ungeachtet der Frage, ob das Mehrheitsprinzip die gleiche prägende Kraft wie das Repräsentationsprinzip besitzt, in dem sich die Legitimation öffentlicher Herrschaft rückbindet.

II. Spiegelbildlichkeit hätte trotzdem gewahrt werden können

Funktion und Aufgaben des Vermittlungsausschusses fordern keine zwingende Ausrichtung der Besetzung des Ausschusses am Mehrheitsprinzip in einem Umfang, dass der Grundsatz der Spiegelbildlichkeit im Zweifel zu weichen hätte. Die Einrichtung des Vermittlungsausschusses zielt auf die Aushandlung von Kompromissen zwischen den gesetzgebenden Körperschaften; dies gelingt, wenn die für ein konkretes Gesetzgebungsvorhaben maßgeblichen politischen Meinungen zum Ausgleich gebracht werden können. Dabei schließt die normative Ausgestaltung des Vermittlungsverfahrens nicht aus, dass die politische Opposition auf Bundesebene in dem Ausschuss in bestimmten Fällen über eine Mehrheit verfügt. Das ergibt sich aus einem Vergleich der Struktur von Bundesrats- und Bundestagsbank sowie den Regelungen über das Abstimmungsverfahren im Ausschuss.

1. Auf Bundesratsbank existieren bereits Abweichungen
Die Zusammensetzung des Bundesrates wird von den Grundsätzen der Staatengleichheit ebenso geprägt wie von der Stimmgewichtung nach der Bevölkerungsstärke der Länder. Denn zum einen ist jedes Land der Bundesrepublik Deutschland über seine jeweiligen Mitglieder im Bundesrat vertreten und hat prinzipiell die gleichen Rechte und Pflichten (vgl. BVerfGE 106, 310 [330]), zum anderen berücksichtigt das Grundgesetz die unterschiedliche Größe der Länder, indem es ihre Stimmenzahl nach ihrer jeweiligen Einwohnerzahl gewichtet (Art. 51 Abs. 2 GG).

Der Bundesrat verzichtet darauf, in seinen abgeleiteten Gremien eine Stimmgewichtung vorzunehmen, er optiert hier für den Grundsatz der Staatengleichheit. Die Länder sind in den ständigen Ausschüssen und den Sonderausschüssen - wie auf der Bundesratsbank des Vermittlungsausschusses - jeweils durch ein Mitglied vertreten (§ 11 Abs. 2 der Geschäftsordnung des Bundesrates - GOBR). Nach § 42 Abs. 2 GOBR hat jedes Land in den Ausschüssen eine Stimme, und Beschlüsse werden mit der einfachen Mehrheit gefasst. Von dieser Regelung ausgenommen ist lediglich die Europakammer des Bundesrates, deren Beschlüsse gemäß Art. 52 Abs. 3a GG als Beschlüsse des Bundesrates gelten (§ 45h Abs. 1 Satz 1 GOBR). Diese gegenüber Art. 51 Abs. 2 und 3 GG veränderte Regelung der Besetzung und des Stimmrechts wirkt sich auf den Inhalt der Ausschussempfehlungen aus, weil die mit Mehrheit beschlossenen Empfehlungen der Ausschüsse den Mehrheitsverhältnissen im Plenum widersprechen können. Obwohl auch die Ausschüsse des Bundesrates die Funktion haben, das Plenum durch Vorbereitung der Tagesordnungspunkte zu entlasten, unterlässt es das Binnenrecht des Bundesrates, die Willensäußerungen der Ausschüsse und des Plenums zu synchronisieren. Die Ausschussempfehlungen werden in der Praxis denn auch weniger als Vorentscheidung des jeweiligen Landes, sondern regelmäßig als beratende und kontrollierende Tätigkeit der Ministerialverwaltung angesehen. In vielen Fällen wird die einheitliche Linie des Landes erst zu einem späteren Zeitpunkt im Kabinett festgelegt (vgl. Reuter, *Praxishandbuch Bundesrat*, 1991, Art. 52 GG Rn. 46).

Daraus folgt, dass eine Projektion der jeweiligen politischen Bundesratsmehrheit in abgeleiteten Gremien jedenfalls nicht zwingend notwendig ist. Es wäre sogar denkbar, dass die politische Bundesratsmehrheit auf der Bundesratsbank im Vermittlungsausschuss in die Minderheit gerät, wenn sich die Mehrheit im Bundesratsplenum auf die bevölkerungsstärksten und damit stimmgewichtigen Länder und deren Bundesratsmitglieder stützt, die Mehrzahl der Länder jedoch von der politischen Bundesratsminderheit regiert wird.

Ein solches Stärkeverhältnis auf der Bundesratsbank wäre mit der Stellung und der Aufgabe des Vermittlungsausschusses vereinbar. Der verfassungsrechtliche Auftrag des Vermittlungsausschusses liegt darin, zwi-

schen dem Bundestag und dem Bundesrat einen substantiellen Ausgleich widerstreitender Positionen im Gesetzgebungsverfahren herbeizuführen. Die Entstehungsgeschichte des Vermittlungsausschusses zeigt, dass dieser vermittelnde Prozess in möglichst geringem Maße formalisiert werden und dass es insbesondere auf die personelle Vertretung der im Gesetzgebungsverfahren beteiligten Standpunkte ankommen sollte. [...]

2. Vermittlungsausschuss muss sich nicht einigen

Die Arbeit des Vermittlungsausschusses ist nicht notwendig darauf angelegt, in jedem Fall zu einer Entscheidung in der Sache zu gelangen. Das Vermittlungsverfahren kann auch ohne Einigungsvorschlag enden, wenn ein Mitglied einen entsprechenden Antrag stellt und sich auf der dritten Sitzung des Ausschusses keine Mehrheit für einen Einigungsvorschlag findet (§ 12 Abs. 1 und 2 GOVermA). In diesem Fall liegt die Verantwortung für den Fortgang des Verfahrens wieder bei Bundestag und Bundesrat.

Diese Regelung betont, dass der Vermittlungsausschuss nicht als ein Gremium ausgestaltet ist, das konstitutive Beschlüsse fassen soll, in denen sich eine bestimmte politische Mehrheit wiederfindet. Das Grundgesetz spricht deshalb in Art. 77 Abs. 2 Satz 1 davon, dass ein Ausschuss "für die gemeinsame Beratung von Vorlagen" gebildet wird. Art. 77 GG bringt zum Ausdruck, dass alle Möglichkeiten einer Verständigung erschöpft werden sollen, bevor das Gesetzgebungsverfahren seinen Fortgang nimmt (vgl. Empfehlungen des Juristischen Ausschusses der Ministerpräsidenten, Büro der Ministerpräsidenten des amerikanischen, britischen und französischen Besatzungsgebietes, 1949, Anlage 4, S. 39). [...]

3. Fazit

Im Blick auf die besondere Stellung und Zusammensetzung des Vermittlungsausschusses folgt demnach nicht, dass ein schonender Ausgleich zwischen dem Grundsatz der Spiegelbildlichkeit und dem Mehrheitsprinzip entbehrlich wäre. Vielmehr war der Antragsgegner verpflichtet, seinen Beschluss nach § 57 Abs. 1 GOBT so zu fassen, dass auch bei einer Abbildung der Kanzlermehrheit (vgl. Art. 121 GG) die von § 12 GOBT geforderte Besetzung nach dem Stärkeverhältnis der Fraktionen so weit wie möglich gewahrt wird.

D. Bundestagsbeschluss zu einseitig

Diesen verfassungsrechtlichen Anforderungen ist der angegriffene Beschluss noch gerecht geworden.

I. Abweichung von der Spiegelbildlichkeit

Der Beschluss weicht allerdings im Hinblick auf die beiden stärksten Fraktionen im Bundestag nicht unerheblich von Grundsätzen der Spiegelbildlichkeit ab. Die nach dem Ergebnis der Wahlen zum Deutschen Bundestag vom 22. September 2002 stärkste Fraktion (SPD)

verfügt über einen Stimmenanteil von 41,63%. Die zweitstärkste Fraktion (CDU/CSU) hat einen Gesamtstimmenanteil von 41,13%. Diese Stimmenanteile führen im Bundestagsplenum unter Berücksichtigung der Überhangmandate zu 251 Sitzen für die SPD-Fraktion und 248 Sitzen für die CDU/CSU-Fraktion. Die Anwendung des im angegriffenen Bundestagsbeschluss um einen Korrekturfaktor modifizierten Verfahrens nach St. Laguë/Schepers ergibt eine Verteilung von acht Sitzen an die SPD-Fraktion und sechs Sitzen an die CDU/CSU-Fraktion. Damit kommt auf 41 Mitglieder der CDU/CSU-Fraktion ein Sitz im Vermittlungsausschuss, während bei der SPD-Fraktion auf 31 Mitglieder ein Sitz entfällt. Bei der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN repräsentiert das Mitglied im Vermittlungsausschuss demgegenüber sogar 55 Abgeordnete des Bundestages. Bei der Sitzverteilung auf der Grundlage des Verfahrens nach St. Laguë/Schepers hingegen würde sich die erforderliche Mitgliederzahl für einen Sitz im Vermittlungsausschuss auf 37 Mitglieder für die SPD-Fraktion und 35 Mitglieder für die CDU/CSU-Fraktion annähern.

Die Anwendung des in dem Beschluss des Bundestages vorgesehenen Verfahrens führt folglich dazu, dass hinter jedem Sitz auf der Bundestagsbank des Vermittlungsausschusses eine signifikant voneinander abweichende Zahl von Mandaten steht. Dies hat zur Folge, dass bei der Umrechnung von Mitgliederzahlen der Fraktionen in Vorschlagsrechte für die Besetzung der Bundestagsbank eine erhebliche Erfolgswertungleichheit besteht. Bei einer an den prozentualen Anteilen orientierten Betrachtung zeigt sich, dass die SPD-Fraktion mit ihren 41,63% am Gesamtstimmenanteil auf der Bundestagsbank des Vermittlungsausschusses 50% der Sitze besetzt, während die CDU/CSU-Fraktion mit 41,13% Gesamtstimmenanteil über einen Sitzanteil von 37,5% verfügt.

Die gegenwärtige Sitzverteilung auf der Grundlage des nach § 57 Abs. 1 Satz 1 GOBT gefassten Beschlusses gibt daher nicht mehr in einem noch akzeptablen Umfang die tatsächlichen politischen Kräfteverhältnisse im Plenum des Bundestages wieder. Damit widerspricht sie dem Grundsatz, dass die im Wahlergebnis verkörperte Willensbetätigung des Souveräns möglichst präzise im Parlament und seinen abgeleiteten Gremien abgebildet werden muss. Die vom Antragsgegner gewählte Lösung, den im Zählverfahren unberücksichtigt gelassenen Sitz auf der Bundestagsbank des Vermittlungsausschusses der stärksten Fraktion zuzuweisen, ist mit dem insofern in § 12 GOBT verkörperten parlamentarischen Binnenrecht grundsätzlich unvereinbar. Das von der Antragstellerin angegriffene Verteilungsergebnis lässt sich mit keiner der üblichen Berechnungsmethoden rechtfertigen; der "Korrekturfaktor" steht dem Wortlaut und dem Sinn des § 12 Satz 1 GOBT entgegen. Die insofern unzureichende Proportionalität drückt sich in der Abweichung zwischen der Anzahl der Sitze einer

Fraktion auf der Bundestagsbank des Vermittlungsausschusses und deren Gesamtstimmenanteil aus.

II. Deckung durch Mehrheitsprinzip

Eine Abweichung vom Grundsatz der Spiegelbildlichkeit kann dem Grunde nach jedoch durch das Mehrheitsprinzip nach den oben dargelegten Maßstäben gerechtfertigt sein. Da die zur Verfügung stehenden herkömmlichen Zählverfahren keinen Weg erlaubten, beiden Grundsätzen Rechnung zu tragen, war der Antragsgegner berechtigt, vorläufig einen Korrekturfaktor der umstrittenen Art als System der Proportionalitätsfestlegung im Sinne des § 57 Abs. 1 GOBT mit Mehrheitsbeschluss durchzusetzen.

1. Zeitfaktor rechtfertigte Beschluss vom 30.10. 2002

Denn die schwierige Suche im Konsens aller Fraktionen und Überlegungen, wie ein neues System auch diese ungewöhnliche Konstellation schonend ausgleicht, erfordert ausreichend Zeit, die im Interesse der Funktionsfähigkeit parlamentarischer Gesetzgebung zum Zeitpunkt des angegriffenen Beschlusses nicht erübrigt werden konnte, ohne das Verfahren der Bundesgesetzgebung zu verzögern. In einem neu zusammengetretenen Parlament, das sich durch knappe Mehrheitsverhältnisse auszeichnet, kann es zudem sinnvoll sein, zunächst für einen begrenzten Zeitraum Erfahrungen im Wettbewerb zwischen sogenannter Regierungsmehrheit und oppositioneller Minderheit zu sammeln, bevor systematische Entscheidungen getroffen werden. In dieser besonderen Situation kann deshalb in dem gewählten Vorgehen noch keine Überschreitung der parlamentarischen Autonomie festgestellt werden.

2. Gleichwohl neue Beschlussfassung erforderlich

Der Antragsgegner ist allerdings verpflichtet, unverzüglich und unter Ausschöpfung der in Geschäftsordnungsangelegenheiten üblichen Kooperation zwischen allen Fraktionen des Bundestages einen entsprechenden

Beschluss nach § 57 Abs. 1 GOBT neu vorzubereiten und zeitnah zu fassen. Das Grundgesetz geht in Art. 42 Abs. 2 Satz 2 GG davon aus, dass Abweichungen vom Mehrheitsprinzip für Wahlen durch die Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages erfolgen. Der Anforderung, die Abweichung vom Mehrheitsprinzip im Rahmen des Geschäftsordnungsrechts transparent, berechenbar und abstrakt-generell auszugestalten, entsprechen sowohl § 12 und § 57 Abs. 1 GOBT als auch die üblicherweise angewandten konkretisierenden Zählverfahren, auf die in Beschlüssen nach § 57 Abs. 1 GOBT Bezug genommen wird. Eine nicht unerhebliche und möglicherweise gerechtfertigte Abweichung von diesem System kann zu einem Änderungsbedarf der Geschäftsordnung in den dafür vorgesehenen Verfahren führen. Der Antragsgegner wird demnach zu entscheiden haben, ob er einen durch das bestehende Geschäftsordnungsrecht gedeckten neuen Beschluss nach § 57 Abs. 1 GOBT fasst oder die Geschäftsordnung unter Beachtung der einschlägigen verfassungsrechtlichen Grundsätze ändert.

3. Schonendere Alternativen

Eine solche Neuentscheidung im Rahmen parlamentarischer Autonomie und aus Anlass des vorliegenden Organstreitverfahrens ist nicht deshalb entbehrlich, weil es ersichtlich keinen anderen Ausgleich zwischen den betroffenen Verfassungsprinzipien gäbe. Das Bundesverfassungsgericht könnte das Fehlen alternativer Gestaltungsmöglichkeiten allenfalls dann feststellen, wenn die Alternativlosigkeit offensichtlich wäre. Dies ist hier nicht der Fall. In Betracht kommt vor allem, dass die Regeln der §§ 12, 57 GOBT modifiziert, insbesondere um generelle Vorkehrungen für Fälle wie den vorliegenden und ähnliche Konstellationen ergänzt werden. Auch kann die Möglichkeit einer Regelung in der Gemeinsamen Geschäftsordnung des Bundestages und des Bundesrates für den Vermittlungsausschuss gemäß Art. 77 II 2 GG nicht von vornherein verworfen werden.

Standort: Versammlungsrecht

Problem: Verhältnis zum allg. Ordnungsrecht

BVERFG, BESCHLUSS VOM 26.10.2004
1 BvR 1726/01 (NVwZ 2005, 80)

Problemdarstellung:
Die Entscheidung betrifft die Frage, wie sich das Versammlungsrecht des Bundes (VersG) zum allgemeinen Polizei- und Ordnungsrecht der Länder verhält. Das BVerfG ist der Ansicht, dass für öffentliche Versammlungen allein das VersG einschlägig sei. Will die Behörde mit Mitteln des allgemeinen Polizei- und Ordnungsrechts vorgehen (hier: Platzverweis und Inge-wahrsamnahme eines einzelnen Versammlungsteilneh-mers), muss sie die Versammlung vorher auflösen. Dafür müssen natürlich die Voraussetzungen der ein-

schlägigen Ermächtigungsgrundlage (hier: § 15 VersG für Versammlungen unter freiem Himmel) vorliegen. Dies sieht die wohl h.M. in der Lit. ganz anders: Da das VersG keine Regelungen über Maßnahmen gegen-über dem Einzelnen enthalte, sich vielmehr nur an die Versammlung insgesamt wende, sollen jedenfalls die sogen. Standardmaßnahmen weiterhin möglich bleiben. Teilweise wird die Ergreifung solcher "Minus-Maßnahmen" nicht nur für zulässig, sondern als ein gegenüber den §§ 5, 15 VersG milderes Mittel sogar für geboten gehalten, wenn sie ausreichen, um eine Gefahr zu bekämpfen (siehe zu allem die Vertiefungs-hinweise).
Am Rande nimmt das BVerfG zu vielen weiteren in-

interessanten Fragen des Versammlungsrechts Stellung, so zum Versammlungsbegriff, zur Friedlichkeit i.S.d. Art. 8 I GG und zu sogen. "Spontanversammlungen". Dabei weist das Gericht darauf hin, dass die Versammlungsfreiheit unabhängig davon besteht, ob die Versammlung nach § 14 VersG angemeldet worden ist oder nicht. Auch Spontanversammlungen fallen also unter den Schutzbereich des Art. 8 I GG.

Prüfungsrelevanz:

NPD-Aufmärsche haben wieder Konjunktur, sei es durch das tagespolitisch aktuelle Thema einer kurzfristig geplanten Verschärfung des Versammlungsrechts, sei es durch den noch immer schwelenden Streit zwischen dem OVG Münster und dem BVerfG über das Verbot derartiger Versammlungen im Hinblick auf die "öffentliche Ordnung" nach § 15 I VersG, über den die RA ausführlich berichtet hat.

Bemerkenswert an der vorliegenden Entscheidung ist darüber hinaus die Neigung des BVerfG zum "engen" Versammlungsbegriff, indem es im Leitsatz postuliert, eine Versammlung liege nur vor, wenn es sich um eine "auf die Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung" gerichtete Kundgebung handle. Nach der wohl h.M. in der Literatur, dem sogen. "erweiterten" Versammlungsbegriff, genügt jede Form der Meinungskundgabe, also auch eine solche, die nicht von öffentlichem Interesse ist (v.Münch-Kunig, GG, Art. 8 Rz. 14, 17 m.w.N.). Der "weite" Versammlungsbegriff will sogar ganz auf das Element der Meinungskundgabe verzichten und lässt selbst eine innere Verbundenheit der Teilnehmer genügen (Pieroth/Schlink, Grundrechte, Rz. 693).

"Spontanversammlungen" sind solche, die sich aus aktuellem Anlass, ohne einen Veranstalter zu haben, zusammen finden. Für sie gilt die Anmeldepflicht des § 14 VersG nach allg.M. schon deshalb nicht, weil diese nur den (nicht vorhandenen) Veranstalter trifft. Sie sind zu unterscheiden von sogen. "Eilversammlungen", die sehr wohl einen Veranstalter haben, aber so kurzfristig geplant sind, dass es unmöglich ist, die in § 14 VersG genannte Anmeldefrist von 48 Stunden einzuhalten. Während eine m.M. in der Lit. § 14 VersG insoweit wegen eines Verstoßes gegen Art. 8 I GG i.V.m. dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit für verfassungswidrig hält (und deshalb auch Eilversammlungen gänzlich ohne Anmeldung zulassen will), kommt das BVerfG bei Eilversammlungen in Übereinstimmung mit der h.M. im Wege einer verfassungskonformen Auslegung zur teleologischen Reduktion der 48-Stunden-Frist auf eine "unverzügliche" Anmeldefrist.

Vertiefungshinweise:

Zur Demonstrationsfreiheit für Rechtsextremisten: *Hoffmann-Riem*, NJW 2004, 2777

Für die Zulässigkeit von Standardmaßnahmen gegenüber einzelnen Versammlungsteilnehmern: *Dieter/Gintzel/Kniesel*, Versammlungsrecht, § 1 Rz. 170; *Kloepfer*, Handbuch des Staatsrechts VI, § 143 Rz. 59; *Höfing*, in: Sachs, GG, Art. 8 Rz. 56

Gegen die Zulässigkeit von Standardmaßnahmen gegenüber einzelnen Versammlungsteilnehmern: *BVerwGE* 82, 34 [38]; *VGH Mannheim*, DVBl 1998, 837, [839]; *Schmidbauer/Steiner/Roese*, BayPAG, 1999, Art. 16 Rdnr. 32

Durchsetzung von Platzverweisen durch Ingewahrsamnahme: *BayObLG*, NVwZ 2000, 467; *VGH Mannheim*, NVwZ 2003, 115; *VG Frankfurt a. M.*, NVwZ-RR 2002, 575; NVwZ 1998, 770

Versammlungsfreiheit von Gegendemonstrationen: *BVerfG*, NJW 1985, 2395; NJW 2002, 1031

Öffentliche Ordnung und Versammlungsfreiheit: *BVerfG*, RA 2001, 256 = NJW 2001, 1409; 2001, 2072; NVwZ-RR 2000, 554 gegen *OVG NRW*, RA 2001, 256 = NJW 2001, 2113; DVBl 2001, 584

Kursprogramm:

Examenskurs : "Rechtes Verhalten"

Examenskurs : "Der anachronistische Zug"

Assessorkurs : "Fieser Verein"

Leitsätze:

1. Versammlung i.S. des Art. 8 GG ist eine örtliche Zusammenkunft mehrerer Personen zur gemeinschaftlichen, auf die Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung gerichteten Erörterung oder Kundgebung.

2. Unfriedlich ist eine Versammlung erst, wenn Handlungen von einiger Gefährlichkeit durch aggressive Ausschreitungen gegen Personen oder Sachen oder sonstige Gewalttätigkeiten stattfinden.

3. Der Schutz des Art. 8 GG besteht unabhängig davon, ob die Versammlung nach § 14 VersG hätte angemeldet werden müssen.

4. Versammlungsrechtliche Vorschriften über die Anmeldepflicht nach § 14 VersG sind auf die Spontanversammlung nicht anwendbar, soweit der mit der Spontanveranstaltung verfolgte Zweck bei Einhaltung dieser Vorschrift nicht erreicht werden könnte.

5. Gegenüber einem Versammlungsteilnehmer kommt erst nach Auflösung der Versammlung gem. § 15 II VersG oder nach versammlungsrechtlich begründetem Ausschluss aus der Versammlung ein Platzverweis nach Polizeirecht in Betracht, an den sich eine Ingewahrsamnahme anschließen kann.

Sachverhalt:

Die Verfassungsbeschwerde betrifft die Durchsetzung

eines Platzverweises im Wege der Ingewahrsamnahme des Bf. Die NPD erhielt für den 7.10.2000 eine Sondernutzungsgenehmigung, um einen Informationsstand am Karlsplatz in München in der Zeit von 9 bis 12 Uhr zu errichten. Der Bf. befand sich an diesem Vormittag gegen 9.15 Uhr auf dem Karlsplatz in einer Personengruppe. Die Polizei forderte ihn auf, den Platz zu verlassen, und wies ihn auf eine mögliche Ingewahrsamnahme hin. Er leistete der Aufforderung keine Folge. Um 9.20 Uhr wurde er bis 12 Uhr in Gewahrsam genommen. Der Bf. beantragte beim AG die Feststellung der Rechtswidrigkeit der Freiheitsentziehung. Das AG holte Stellungnahmen der beteiligten Polizeibeamten ein, in denen es hieß, der Bf. sei PDS-Mitglied, in der Demonstrationsszene einschlägig polizeilich bekannt und der linksextremistischen Szene zuzuordnen. Er habe sich eine Woche vor seiner Festnahme an einer Demonstration beteiligt und sich in einer Menschenmenge aufgehalten, die eine ordnungsgemäß angemeldete Versammlung der NPD verbal gestört habe. Nach Beendigung der Versammlung hätten er und andere den Abmarsch der Versammlungsteilnehmer und die Abfahrt des Lautsprecherfahrzeugs der NPD verhindern wollen. Es sei mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu erwarten gewesen, dass der Bf. das Betreiben des Informationsstandes durch die NPD auf dem Karlsplatz habe verhindern oder stören wollen. Es habe die Gefahr der Begehung von Straftaten bestanden.

Durch Beschluss stellte das AG fest, dass die Ingewahrsamnahme des Bf. gem. Art. 17 I Nr. 2 BayPAG rechtmäßig gewesen sei. Sie sei erforderlich gewesen, um die unmittelbar bevorstehende Begehung einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit von erheblicher Bedeutung für die Allgemeinheit zu verhindern. Die sofortige Beschwerde wies das LG zurück und führte aus, die beanstandete Maßnahme sei unerlässlich zur Durchsetzung der Platzverweisung gewesen, mit der eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung durch eine Ansammlung von Gegnern der NPD in Sichtweite des Informationsstandes habe abgewehrt werden sollen.

Die Verfassungsbeschwerde hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

Die Voraussetzungen für eine stattgebende Kammerentscheidung liegen vor (§ 93c I 1 BVerfGG). Die maßgebenden verfassungsrechtlichen Fragen zum Schutz der Versammlungsfreiheit sind geklärt (vgl. BVerfGE 69, 315 [342 ff.]; 104, 92 [104]). Danach ist die Verfassungsbeschwerde offensichtlich begründet. Auch ist die Annahme der Verfassungsbeschwerde zur Durchsetzung des Grundrechts des Bf. auf Versammlungsfreiheit i.S. des § 93a II lit. b BVerfGG angezeigt. Die angegriffene Entscheidung des LG beruht auf einer grundsätzlich unrichtigen Anschauung von der Bedeutung des Art. 8 GG.

A. Schutzbereich der Versammlungsfreiheit

Das LG hat nicht berücksichtigt, dass der Bf. sich als Teilnehmer einer Versammlung auf den Schutz des Art. 8 GG berufen konnte.

I. Versammlung

Versammlung i.S. des Art. 8 GG ist eine örtliche Zusammenkunft mehrerer Personen zur gemeinschaftlichen, auf die Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung gerichteten Erörterung oder Kundgebung (vgl. BVerfGE 104, 92 [104]).

Danach war das Zusammentreffen des Bf. und weiterer Personen auf dem Karlsplatz eine Versammlung. Nach den gerichtlichen Feststellungen hielten sich der Bf. und andere Personen in Sichtweite des Informationsstandes der NPD auf. Sie hatten sich zusammengefunden, um gegen den Informationsstand der NPD auf dem Karlsplatz zu protestieren. Entgegen der rechtlichen Würdigung des LG war daher nicht nur eine bloße Ansammlung von Personen gegeben.

II. Friedlich und ohne Waffen

Der Grundrechtsschutz des Bf. nach Art. 8 I GG scheidet hier nicht schon wegen fehlender Friedlichkeit und Waffenlosigkeit der Versammlungsteilnehmer aus. Unfriedlich ist eine Versammlung erst, wenn Handlungen von einiger Gefährlichkeit durch aggressive Ausschreitungen gegen Personen oder Sachen oder sonstige Gewalttätigkeiten stattfinden (vgl. BVerfGE 104, 92). Für einen unfriedlichen Verlauf der Versammlung in diesem Sinn war vorliegend nichts ersichtlich.

III. Anmeldung ohne Belang

Der Schutz des Art. 8 GG besteht unabhängig davon, ob die Versammlung nach § 14 VersG hätte angemeldet werden müssen.

Da das LG die Anwendbarkeit des Art. 8 GG verkannt hat, ist nicht geprüft worden, ob die versammlungsrechtlichen Voraussetzungen der Durchführung einer Versammlung erfüllt waren. Insbesondere hat das LG nicht geklärt, ob die Versammlung als so genannte Spontanversammlung einzuordnen war. Versammlungsrechtliche Vorschriften über die Anmeldepflicht nach § 14 VersG sind auf die Spontanversammlung nicht anwendbar, soweit der mit der Spontanveranstaltung verfolgte Zweck bei Einhaltung dieser Vorschrift nicht erreicht werden könnte (vgl. BVerfGE 69, 315 [350 f.]; 85, 69 [74 f.]). Aber auch wenn die Versammlung nicht als Spontanversammlung zu bewerten wäre, würde aus dem Verstoß gegen die Anmeldepflicht lediglich folgen, dass die Auflösung der Versammlung nach § 15 II VersG in Betracht kam (vgl. Dietel/Gintzel, Demonstrations- und Versammlungsfreiheit, 13. Aufl. [2004], § 15 Rdnr. 68 m.w.N.). Die Entscheidung darüber liegt im Ermessen der Behörde. Bis zu einer wirksamen Auflösung besteht der

versammlungsrechtliche Schutz fort.

B. Schranken

Das Grundrecht der Versammlungsfreiheit schützt das Teilnahmerecht der Versammlungsteilnehmer. Erst nach Auflösung der Versammlung gem. § 15 II VersG oder nach versammlungsrechtlich begründetem Ausschluss des Teilnehmers aus der Versammlung kommt ein Platzverweis nach Polizeirecht in Betracht, an den sich eine Ingewahrsamnahme anschließen kann. Art. 8 GG erlaubt Beschränkungen von Versammlungen unter freiem Himmel nur nach Maßgabe des Absatzes 2.

I. Platzverweis

1. Verhältnis Versammlungsgesetz zum allgemeinen Ordnungsrecht

Maßnahmen der Gefahrenabwehr gegen Versammlungen richten sich dementsprechend nach dem Versammlungsgesetz (vgl. BVerwG, NVwZ 1988, 250; OVG Bremen, StV 1987, 115). Seine im Vergleich zum allgemeinen Polizeirecht besonderen Voraussetzungen für beschränkende Maßnahmen sind Ausprägungen des Grundrechts der Versammlungsfreiheit. Dementsprechend geht das Versammlungsgesetz als Spezialgesetz dem allgemeinen Polizeirecht vor (vgl. BVerwGE 82, 34 [38]; VGH Mannheim, DVBl 1998, 837, [839]). Ein auf allgemeines Polizeirecht - hier Art. 16 BayPAG - gegründeter Platzverweis scheidet deshalb aus, solange sich eine Person in einer Versammlung befindet und sich auf die Versammlungsfreiheit berufen kann (vgl. Schmidbauer/Steiner/Roese, BayPAG, 1999, Art. 16 Rdnr. 32).

2. Subsumtion

Diese Voraussetzung ist vorliegend nicht erfüllt. Das LG hat nicht festgestellt, dass der Schutz des Versammlungsrechts für den Bf. ausschied. Auf Versammlungsrecht konnte weder eine Auflösung der Versammlung noch ein Ausschluss des Bf. gestützt werden.

a. Keine Auflösung

Auflösung ist die Beendigung einer bereits durchgeführten Versammlung mit dem Ziel, die Personenansammlung zu zerstreuen. Verbot und Auflösung einer Versammlung stellen die intensivsten Eingriffe in das Grundrecht dar (vgl. BVerfGE 87, 399 [409]). Der Schutz der Versammlungsfreiheit erfordert, dass die Auflösungsverfügung, deren Nichtbefolgung nach § 26 VersG strafbewehrt ist, eindeutig und nicht missverständlich formuliert ist und für die Betroffenen erkennbar zum Ausdruck bringt, dass die Versammlung aufgelöst ist. Adressaten sind alle Versammlungsbeteiligten (vgl. Dietel/Gintzel/Kniesel, § 15 Rdnrn. 58 f. m.w.N.). Das LG hat nicht festgestellt, dass eine Auflösungsverfügung ergangen ist. In der von ihm er-

wähnten Aufforderung an den Bf., den Platz zu verlassen, liegt keine Auflösung der Versammlung insgesamt.

b. Kein Ausschluss

Auch ein Ausschluss des Bf. war versammlungsrechtlich nicht gerechtfertigt. Der Ausschluss eines Versammlungsteilnehmers ist ein belastender Verwaltungsakt, durch den dem Betroffenen verboten wird, weiter an der Versammlung teilzunehmen (vgl. Dietel/Gintzel/Kniesel, § 18 Rdnr. 32). Damit endet der versammlungsrechtliche Schutz der Teilnahme (vgl. Dietel/Gintzel/Kniesel, § 18 Rdnr. 36). Ein Ausschluss von Teilnehmern an einer öffentlichen Versammlung unter freiem Himmel ist insbesondere in §§ 18 III und 19 IV VersG vorgesehen, wenn sie die Ordnung der Versammlung gröblich stören. Die Ausschlussverfügung muss ebenso wie eine Auflösung hinreichend bestimmt sein. Dem Versammlungsteilnehmer muss unvermissverständlich bedeutet werden, dass gerade er mit dem Ausschluss gemeint ist.

Es kann dahinstehen, ob die an den Bf. gerichtete Verfügung diesen Inhalt haben konnte, obwohl die Behörde gar nicht vom Vorliegen einer Versammlung ausging. Jedenfalls waren die versammlungsrechtlichen Voraussetzungen einer Ausschlussverfügung offensichtlich nicht gegeben. Auf eine gröbliche Störung der Versammlung nach § 18 III VersG konnte der Polizeibeamte sich nicht berufen, da der Bf. sich in Übereinstimmung mit dem Zweck der von ihm mit initiierten Versammlung verhielt. Auf eine Störung der Versammlung selbst hat der Beamte sich auch nicht berufen. Im Übrigen lag eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung nicht vor. Im Gerichtsverfahren wurde zur Begründung für das Vorliegen einer Gefahr im Wesentlichen ausgeführt, der Bf. sei in der Demonstrationsszene einschlägig bekannt und als Mitglied der PDS der linksextremistischen Szene zuzuordnen. Er habe in der Woche zuvor bereits eine ordnungsgemäß angemeldete Versammlung der NPD verbal gestört. Er habe nach Beendigung dieser Versammlung den Abmarsch mit anderen Versammlungsteilnehmern und die Abfahrt des Lautsprecherfahrzeugs der NPD verhindern wollen. Eine nähere Begründung dafür, warum der nicht vorbestrafte Bf. bei einer weiteren Teilnahme an der Versammlung Straftaten begehen würde und um welche es sich handeln könnte, enthalten die gerichtlichen Entscheidungen nicht. Das LG nimmt lediglich allgemein und ohne Bezug auf den Bf. an, dass beim Vorrücken der Menschenmenge gegen den Informationsstand wechselseitige Beleidigungen der politischen Gegner und Körperverletzungen drohten. Es fehlen zudem Ausführungen dazu, warum der Bf. sich solche Straftaten Dritter hätte zurechnen lassen müssen.

Ebenso fehlen Ausführungen dazu, warum im Falle einer von der Versammlung ausgehenden Gefahr für

die Veranstaltung der NPD keine milderen Mittel verfügbar waren. Den Versammlungsteilnehmern hätte beispielsweise durch polizeiliche Verfügung aufgegeben werden können, ausreichenden Abstand zum Informationsstand der NPD einzuhalten, mit der Folge, dass beide Veranstaltungen hätten durchgeführt werden können. Hätte der Bf. sich an eine solche Verfügung nicht gehalten, wären weitere Maßnahmen gegen ihn zulässig gewesen.

II. Ingewahrsamnahme

Die Feststellungen des LG genügen den aus Art. 8 GG gegebenen Vorgaben nicht. Da das Versammlungsrecht auf Maßnahmen gegenüber dem Bf. mangels Auflösung der Versammlung oder seines rechtmäßigen Ausschlusses aus ihr weiterhin anwendbar war, konnte

ein Platzverweis nicht auf Art. 16 BayPAG gestützt werden. Seine Rechtmäßigkeit ist aber eine Voraussetzung für eine Ingewahrsamnahme nach Art. 17 I Nr. 3 PAG (vgl. Schmidbauer/Steiner/Roese, Art. 17 BayPAG Rdnr. 61). Damit war auch diese rechtswidrig. Da der Bf. an der weiteren Teilnahme an der Versammlung gehindert war, stellte die Ingewahrsamnahme einen Verstoß gegen das Grundrecht aus Art. 8 I GG dar.

Die Entscheidung des LG beruht auf dem festgestellten Verfassungsverstoß. Es ist nicht ausgeschlossen, dass das LG bei hinreichender Berücksichtigung der sich aus Art. 8 GG ergebenden Vorgaben zu einem anderen Ergebnis gekommen wäre. Die Entscheidung ist daher aufzuheben und die Sache an das LG zurückzuverweisen (§§ 93 c II, 95 II BVerfGG).

Standort: Grundrechte

Problem: Gemeinde als Grundrechtsträger

BVERFG, BESCHLUSS VOM 28.09.2004
2 BvR 622/03 (NVWZ 2004, 82)

Problemdarstellung:

In der vorliegenden Entscheidung des BVerfG ging es um die Frage, ob sich eine Gemeinde auf Grundrechte berufen kann. Das BVerfG hatte bereits in seiner grundlegenden "Sasbach"-Entscheidung (E 61, 82) dargelegt, dass Gemeinden - und entsprechendes gilt für alle anderen juristische Personen des öffentlichen Rechts - sich nicht auf Freiheitsgrundrechte berufen können. Ausnahmen hiervon macht das BVerfG nur, wenn das Grundrecht spezifisch auf eine juristische Person des öffentlichen Rechts zugeschnitten ist. Dies ist für Hochschulen (Art. 5 III GG - Forschung, Wissenschaft und Lehre), Rundfunkanstalten (Art. 5 I 2, 2. Fall - Rundfunk) und für Kirchen (alle Grundrechte) anerkannt.

Im vorliegenden Fall stellt das BVerfG nun klar, dass Gemeinden sich auch nicht auf Art. 3 I GG berufen können, also auch keine Gleichheitsgrundrechte genießen. Diese Ansicht dürfte wiederum auf andere juristische Personen des öffentlichen Rechts übertragbar sein.

Dass diese sich allerdings auf die sogenannten "Justizgrundrechte" der Art. 101, 103 und 104 GG berufen können, ist vom BVerfG seit langem anerkannt und wird hier noch einmal bestätigt.

Prüfungsrelevanz:

Wenn die Frage nach der Grundrechtsberechtigung juristischer Personen des öffentlichen Rechts in einem Rechtsbehelf zu erörtern ist, wird der Prüfungsstandort häufig schon in der Zulässigkeit liegen, sofern diese eine Klage-, Antrags- oder Beschwerdebefugnis voraussetzt. Selbige wird sich häufig aus Grundrechten

ableiten lassen, da diese subjektiv-öffentliche Rechte sind. Allerdings muss der Kläger (Antragsteller, Beschwerdeführer usw.) auch grundrechtsberechtigt sein, um sich auf diese berufen zu können. Dem entsprechend hielt das BVerfG die auf Art. 3 I GG gestützte Verfassungsbeschwerde (Vb.) der Gemeinde schon mangels Beschwerdebefugnis für unzulässig, die auf Art. 103 I GG gestützte Vb. hingegen für unbegründet, nachdem es die Beschwerdebefugnis aus Art. 103 I GG bejaht hatte.

Aufhänger des Problems ist Art. 19 III GG, der die Grundrechtsfähigkeit juristischer Personen regelt. Zwar wird dort nicht zwischen privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen juristischen Personen differenziert; jedoch müssen die Grundrechte "dem Wesen nach" auf die juristische Person anwendbar sein. Dies ist in aller Regel bei juristischen Personen des öffentlichen Rechts nicht der Fall, weil Grundrechte den Bürger vor staatlichen Übergriffen schützen sollen, sie also ihrem Wesen nach nicht dem Staat selbst zugute kommen können (Konfusionsargument). Das BVerfG verlangt ein "personales Substrat", d.h. dass die Grundrechtsbetroffenheit der juristischen Person auf die hinter ihr stehenden natürlichen Personen "durchschlagen" muss. Auch hieran fehlt es, weil hinter juristischen Personen des öffentlichen Rechts keine natürlichen Personen stehen.

Dass die Justizgrundrechte der Art. 101 ff. GG gleichwohl auf juristische Personen des öffentlichen Rechts anwendbar sein sollen, liegt zum einen daran, dass Art. 19 III GG sich nur auf die vorstehenden Grundrechte, also Art. 1 - 19 bezieht, und zum anderen daran, dass es sich um objektive Verfahrensgrundsätze handelt, die nicht danach unterscheiden, ob eine Partei Privatmann oder Staat ist. Art. 19 IV GG soll aber für juristische Personen des öffentlichen Rechts nicht gelten (BVerfGE 39, 302, 312). Zu den übrigen Ausnahmen

s.o. in der Problemdarstellung.

Vertiefungshinweise:

Zur Grundrechtsfähigkeit juristischer Personen: BVerfG, NVwZ-RR 2001, 93; Schoch, Jura 2001, 201; Kotzur, DÖV 2001, 192

Kursprogramm:

Examenskurs : "Frauenpower"

Leitsätze:

- 1. Für eine Gemeinde gilt das Grundrecht aus Art. 3 I GG nicht, soweit sie öffentliche Aufgaben wahrnimmt (Art. 19 III GG).**
- 2. Der Gleichheitssatz, in dem ein allgemeiner Rechtsgrundsatz zum Ausdruck kommt und aus dem das Willkürverbot folgt, beansprucht objektiv auch Geltung für die Beziehungen innerhalb des hoheitlichen Staatsaufbaus. Das Willkürverbot gilt hier auf Grund des Rechtsstaatsprinzips.**
- 3. Es kommt als Prüfungsmaßstab bei der Normenkontrolle nach Vorlage durch ein Gericht (Art. 100 I GG) oder im Verfahren nach Art. 93 I Nr. 4 b GG in Betracht; Grundrechtsschutz besteht hingegen nicht.**

Sachverhalt:

Die Bf., eine kreisfreie Stadt in Hessen, wandte sich mit ihrer nicht zur Entscheidung angenommenen Verfassungsbeschwerde gegen verwaltungsgerichtliche Entscheidungen, in denen ein Anspruch gegen das Land auf Erstattung von Sozialhilfeleistungen, die die Stadt an geduldete Bürgerkriegsflüchtlinge aus Bosnien-Herzegowina erbracht hatte, abgelehnt worden ist.

Aus den Gründen:

Die Verfassungsbeschwerde wird nicht zur Entscheidung angenommen, weil ein Annahmegrund nicht gegeben ist (§ 93a II BVerfGG). Grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedeutung kommt der Verfassungsbeschwerde nicht zu, und sie dient auch nicht der Durchsetzung von Grundrechten oder grundrechtsgleichen Rechten der Bf., denn sie hat keine Aussicht auf Erfolg.

A. Justizgrundrechte

I. Zulässigkeit

Die Verfassungsbeschwerde ist zulässig, soweit die Bf. eine Verletzung ihres Rechts auf rechtliches Gehör (Art. 103 I GG) rügt. Dieses grundrechtsähnliche Recht gilt auch für juristische Personen des öffentlichen Rechts (Art. 19 III GG), denn die durch die so genannten Justizgrundrechte garantierten objektiven Verfahrensgrundsätze müssen gegenüber jedem an

einem Gerichtsverfahren Beteiligten eingehalten werden. Auch juristische Personen des öffentlichen Rechts können eine vermeintliche Verletzung dieser Rechte mit der Verfassungsbeschwerde geltend machen (vgl. BVerfGE 6, 45 [49 f.], 13, 132 [139]; 21, 362 [373]; 61, 82 [104]; 75, 192 [200]).

II. Begründetheit

Die Verfassungsbeschwerde ist aber insoweit unbegründet. Der Bf. ist rechtliches Gehör nicht vorenthalten worden. Sie sieht eine Verletzung des Art. 103 I GG darin, dass das BVerwG den Vortrag unbeachtet gelassen habe, die finanzpolitische Entscheidung des Bundes, sich nicht an den Kosten der Flüchtlingsaufnahme zu beteiligen, komme für das Land als sachlicher Grund nicht in Betracht, für diese Flüchtlinge, anders als für andere, eine Kostenerstattung auszuschießen.

1. Anspruchsinhalt

Der Anspruch auf rechtliches Gehör verpflichtet die befassten Richter, die für die Entscheidung erheblichen Ausführungen der Prozessbeteiligten zur Kenntnis zu nehmen und in Erwägung zu ziehen. Die Gerichte sind nicht verpflichtet, jedes Vorbringen ausdrücklich zu bescheiden (st.Rspr.; zuletzt BVerfGE 96, 205 [216 f.]). Namentlich bei letztinstanzlichen, mit ordentlichen Rechtsmitteln nicht mehr angreifbaren Entscheidungen ist die Bescheidungspflicht begrenzt, wenn nur der wesentliche Kern des Tatsachenvortrags eines Beteiligten, der für das Verfahren von zentraler Bedeutung und nach dem Rechtsstandpunkt des Gerichts entscheidungserheblich ist, in den Entscheidungsgründen erwogen wird (vgl. BVerfGE 86, 133 [146]). Nur wenn sich klar ergibt, dass das Gericht dieser Pflicht nicht nachgekommen ist, ist Art. 103 I GG verletzt (st. Rspr.; BVerfGE 85, 386 [404]).

2. Subsumtion

Den Ausführungen des BVerwG in dem angegriffenen Beschluss ist zu entnehmen, dass es den fraglichen Vortrag der Bf. erwogen hat. Es hat ausgeführt, dass es nach seiner Auffassung allein darauf ankomme, ob eine Anordnung nach § 32 a I AuslG ergangen sei, nicht aber darauf, weshalb sie unterblieben sei. Dass die aufnehmende Gemeinde für einen Bürgerkriegsflüchtling nur deshalb keine Kostenerstattung nach § 4 I HessFlüchtlAufnG erhalte, weil nicht eine Anordnung nach § 32 a AuslG ergangen, sondern eine Duldung erteilt worden sei, hat das BVerwG mit einem Hinweis auf die im Falle einer Duldung fehlende Aufnahmespflicht nach § 1 I HessFlüchtlAufnG erörtert. Zu dieser Differenzierung, die sich aus dem Gesetz ergebe, hat das BVerwG auf das Berufungsurteil verwiesen, das Willkür verneint habe. Damit ist ausreichend deutlich dargelegt worden, dass das BVerwG die von der Bf. beanstandete Ungleichbehandlung er-

kannt, aber durch die Verschiedenheit der geregelten Sachverhalte für gerechtfertigt gehalten hat.

B. Gleichheitsgrundrechte

Die Verfassungsbeschwerde ist unzulässig, soweit die Bf. sich auf Art. 3 I GG beruft und einen Verstoß gegen das Willkürverbot rügt. Insoweit ist die Bf. nicht antragsberechtigt, weil sie nicht behaupten kann, in einem ihr zustehenden Grundrecht verletzt worden zu sein (Art. 93 I Nr. 4a GG, § 90 I BVerfGG).

I. Kein Art. 3 I GG für Gemeinden

Für eine Gemeinde gilt das Grundrecht aus Art. 3 I GG nicht, soweit sie öffentliche Aufgaben wahrnimmt

(Art. 19 III GG).

II. Rechtsstaatsprinzip kein Grundrecht

Der Gleichheitssatz, in dem ein allgemeiner Rechtsgrundsatz zum Ausdruck kommt und aus dem das Willkürverbot folgt, beansprucht objektiv auch Geltung für die Beziehungen innerhalb des hoheitlichen Staatsaufbaus. Das Willkürverbot gilt hier auf Grund des Rechtsstaatsprinzips. Es kommt als Prüfungsmaßstab bei der Normenkontrolle nach Vorlage durch ein Gericht (Art. 100 I GG) oder im Verfahren nach Art. 93 I Nr. 4 b GG in Betracht; Grundrechtsschutz besteht hingegen nicht (vgl. BVerfGE 26, 228 [244]; 35, 263 [271 f.]; 76, 130 [139]; 89, 132 [141]).

Standort: Baurecht

Problem: Einvernehmen der Gemeinde

BVerwG, Urteil vom 19.8.2004
4 C 16.03 (NVwZ 2005, 83)

Problemdarstellung:

Nach § 36 I BauGB muss die Gemeinde ihr Einvernehmen mit einem Bauvorhaben erklären, bevor die Baugenehmigungsbehörde dem Bauherrn eine Baugenehmigung erteilen kann. Ziel der Vorschrift ist es, die gemeindliche Planungshoheit zu sichern, denn nicht selten erteilen nicht die Gemeinden, sondern andere staatliche Stellen die Baugenehmigungen (z.B. die Landkreise). Ohne das gemeindliche Einvernehmen bestünde die Gefahr, dass diese "an der Gemeinde vorbei" planen und auf diese Weise die über die Selbstverwaltungsautonomie des Art. 28 II GG immerhin mit Verfassungsrang ausgestattete Planungshoheit der Gemeinden unterlaufen wird.

Problematisch sind die Fälle, in denen die Gemeinde ohnehin selbst Baugenehmigungsbehörde ist, was zumindest in größeren Städten und Gemeinden die Regel sein dürfte (vgl. z.B. für NRW § 61 I Nr. 3a BauO NRW). Nach dem hier vorliegenden Urteil des BVerwG ist in diesem Fall ein gemeindliches Einvernehmen, das die Gemeinde quasi sich selbst gegenüber erteilt, nicht zu fordern. Dieses auf den ersten Blick selbstverständliche Ergebnis ist so eindeutig nicht, denn innerhalb der Gemeinde können verschiedene Organe für die Baugenehmigung einerseits und die Erteilung des Einvernehmens andererseits zuständig sein. So mag die Genehmigungserteilung in die Kompetenz des Bürgermeisters fallen, die Erteilung des Einvernehmens - kein Geschäft der laufenden Verwaltung - aber in die der Vertretung (des Rates). Hier wird von einer wohl h.M. in der Literatur vertreten, dass der Bürgermeister sehr wohl zur Wahrung der Organkompetenz des Rates dessen Einvernehmen nach § 36 I BauGB einzuholen (und bei dessen Verweigerung die Baugenehmigung zu verweigern) hat.

Das BVerwG verneint aber sowohl die Notwendigkeit

als auch nur die Möglichkeit eines solchen *Procedere* auch bei Organverschiedenheit. Es kann damit festgehalten werden, dass nach neuerer Rspr. § 36 I BauGB ausschließlich anzuwenden ist, wenn die Gemeinde nicht selbst die Baugenehmigung erteilt.

Prüfungsrelevanz:

Es gibt im Baurecht gegenwärtig keine Vorschrift, die ähnlich hohe Wellen schlägt wie § 36 BauGB. Die Norm bietet eine Vielzahl von möglichen Fallgestaltungen für Examensaufgaben, von denen die hier einschlägige Klage der Gemeinde gegen eine aufsichtsrechtliche Anweisung nur ein Beispiel ist. Die RA hat hierüber vielfach berichtet (vgl. Vertiefungshinweise). Nicht unerwähnt bleiben soll, dass die Erteilung des Einvernehmens der Gemeinde, welche ja gegenüber der Baugenehmigungsbehörde und damit gegenüber einem anderen Hoheitsträger abgegeben wird, mangels Außenwirkung kein Verwaltungsakt i.S.d. § 35 VwVfG ist, also auch nicht mit der Verpflichtungsklage erstritten oder mit der Anfechtungsklage angegriffen werden kann. Leistungsklagen auf Unterlassen steht § 44a VwGO entgegen, so dass i.E. keine Rechtsschutzmöglichkeit auf oder gegen das Einvernehmen besteht. Es muss immer auf oder gegen die Baugenehmigung geklagt werden, als deren Voraussetzung das Einvernehmen sodann inzidenter zu prüfen ist.

Anders verhält es sich mit der Ersetzung des Einvernehmens nach § 36 II 3 BauGB, denn dieses greift in die Planungshoheit der Gemeinde (und damit in die Selbstverwaltungsautonomie) ein und stellt somit für diese einen anfechtbaren Verwaltungsakt dar. Nicht anfechtbar - da schon mangels hoheitlichen Handelns kein Verwaltungsakt - ist allerdings die Fiktion des gemeindlichen Einvernehmens von Gesetzes wegen nach § 36 II 2 BauGB.

Vertiefungshinweise:

Gegenteilige bisherige Rspr.: BVerwG, Buchholz

406.11, § 36 BauGB Nr. 55

Einvernehmen bei Identität von Gemeinde und Baugenehmigungsbehörde: *BayVGH*, RA 2003, 280 = *BayVBl* 2003, 210 (verneinend); *Schoch*, JK 7/04, BauGB § 36 I 1/6; *Hellermann*, Jura 2002, 589 (bejahend)

Zur VA-Qualität der Erteilung bzw. Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens: *BVerwGE* 28, 145; *BGHZ* 65, 182, 185

Rechtsschutz einer Gemeinde gegen ohne Einvernehmen erteilte Baugenehmigung: *BVerwG*, NVwZ 1986, 556; *BauR* 1988, 694; *VGH München*, RA 2001, 313 = *NVwZ-RR* 2001, 364

Kursprogramm:

Examenskurs: "Die Eissporthalle"

Leitsätze:

1. Die mit der unteren Baugenehmigungsbehörde identische Gemeinde darf die Ablehnung eines Bauantrags nicht mit der Versagung ihres Einvernehmens begründen (Aufgabe der bisherigen Rechtsprechung)

2. Gegen die von der Widerspruchsbehörde verfügte Verpflichtung, die Baugenehmigung zu erteilen, kann die Gemeinde sich deshalb nicht unter Berufung auf ihr fehlendes Einvernehmen zur Wehr setzen. Der Erfolg eines Abwehranspruches setzt vielmehr die Verletzung ihrer materiellen Planungshoheit voraus.

Sachverhalt:

Die Klägerin, eine Gemeinde, wendet sich gegen einen Widerspruchsbescheid des Regierungspräsidiums F., durch den sie verpflichtet worden ist, dem Beigeladenen eine Baugenehmigung zu erteilen.

Der Beigeladene ist Eigentümer einer im unbeplanten Innenbereich der Klägerin gelegenen Klosteranlage. Er beantragte am 4. Juli 2000 die Erteilung einer Baugenehmigung zum Anbau eines Außenaufzugs am Klostergebäude und zum Umbau der angrenzenden Bereiche. Die Bitte des Beirats für Gestaltungsfragen der Klägerin, bei dem Aufzug auf die Baustoffe Stahlbeton und Holz zu verzichten und statt dessen einen Entwurf für eine Glas-/Stahlkonstruktion vorzulegen, lehnte der Beigeladene unter Hinweis darauf ab, dass sein Bauantrag mit der Unteren Denkmalbehörde und dem Landesdenkmalamt abgestimmt sei. Der Technische und Umweltausschuss der Klägerin schloss sich in seiner Sitzung vom 23. November 2000 dem Wunsch des Beirats nach einer transparenteren Gestaltung des Aufzugsturms an und versagte entgegen der Empfehlung des Baurechts- und Denkmalamts der Klägerin sein Einvernehmen.

In ihrer Eigenschaft als Baurechtsbehörde lehnte die Klägerin den Bauantrag des Beigeladenen mit Bescheid vom 5. Januar 2001 und der Begründung ab, dass der Technische und Umweltausschuss das nach § 36 Abs. 1 BauGB erforderliche Einvernehmen verweigert habe und sich die Baurechtsbehörde hierüber nicht hinwegsetzen dürfe. Auf den dagegen eingelegten Widerspruch des Beigeladenen hob das Regierungspräsidium F. im Mai 2002 den Ablehnungsbescheid auf und verpflichtete die Klägerin, die beantragte Baugenehmigung auszustellen. Das Fehlen des Einverständnisses des Technischen und Umweltausschusses stehe dem nicht entgegen. Bei Identität von unterer Baurechtsbehörde und Gemeinde wie hier komme es auf das formale Erfordernis des Einvernehmens nach § 36 Abs. 1 Satz 1 BauGB nicht an. Zweck der Vorschrift sei eine qualifizierte Beteiligung der für die Bauleitplanung zuständigen Gemeinde, um deren Planungszuständigkeit zu sichern. Diese Beteiligung sei bei Identität von unterer Baurechtsbehörde und Gemeinde von vornherein gegeben. Bauplanungsrechtlich sei das Vorhaben nach § 34 Abs. 1 BauGB zulässig; es füge sich in die Umgebung ein.

Aus den Gründen:

Die Revision ist unbegründet, weil das Berufungsurteil im Ergebnis mit Bundesrecht im Einklang steht. Zu Recht hat das Berufungsgericht der Berufung des Beklagten stattgegeben und den umstrittenen Widerspruchsbescheid des Regierungspräsidiums Freiburg als rechtmäßig bestätigt. Der Widerspruchsbescheid geht zutreffend davon aus, dass die klagende Gemeinde als untere staatliche Verwaltungsbehörde das Baugesuch des Beigeladenen nicht mit der Begründung ablehnen durfte, ihr Technischer und Umweltausschuss habe sein Einvernehmen zu dem Bauvorhaben verweigert.

A. Einvernehmen bei Organidentität

Nach der im Ausgangsbescheid herangezogenen Bestimmung des § 36 Abs. 1 Satz 1 BauGB wird über die Zulässigkeit von Vorhaben nach den §§ 31, 33 bis 35 im bauaufsichtlichen Verfahren von der Baugenehmigungsbehörde im Einvernehmen mit der Gemeinde entschieden. Es entspricht ständiger Rechtsprechung des Senats, dass die Vorschrift nach ihrem Wortlaut sowie ihrem Sinn und Zweck, die gemeindliche Planungshoheit zu sichern, zwei verschiedene Willensträger voraussetzt und das Einvernehmen daher jedenfalls dann entbehrlich ist, wenn in der Gemeinde die Funktionen der Baugenehmigungsbehörde und des Planungsträgers in ein und derselben Behörde gebündelt sind (vgl. *BVerwGE* 28, 268; *BVerwG*, DÖV 1970, 349; *BVerwGE* 45, 207; *BVerwG*, Buchholz 310 § 54 VwGO Nr. 42).

B. Einvernehmen bei Organverschiedenheit

Im Beschluss vom 22. Dezember 1989 (BVerwG 4 B 211.89, juris) hat der Senat unter Auseinandersetzung mit gegenteiligen Stimmen in der Literatur (Gern, VBIBW 1986, 451; Müller, BauR 1982, 7; Dürr in: Brügelmann, BauGB, § 36 Rn. 13) klargestellt, dass es des förmlichen Einvernehmens nach § 36 Abs. 1 Satz 1 BauGB kraft Bundesrechts auch dann nicht bedarf, wenn innerhalb der Gemeinde für die Erteilung der Baugenehmigung und die Erklärung des Einvernehmens verschiedene Organe zuständig sind. Aus der Entbehrlichkeit des Einvernehmens folgert die Widerspruchsbehörde, dass die Verweigerung des Einvernehmens unbeachtlich ist und keine Rechtsfolgen auslöst. Das ist in sich schlüssig.

C. Dispositionsbefugnis der Gemeinde

Die Problematik lässt sich indessen nicht auf die alternative Fragestellung verkürzen, ob bei Identität von Gemeinde und Baugenehmigungsbehörde die Herstellung des Einvernehmens notwendig oder entbehrlich ist. Daneben bleibt zu erörtern, ob die Gemeinde die Befugnis hat, sich den Anwendungsbereich des § 36 Abs. 1 Satz 1 BauGB selbst zu eröffnen und die sich aus der Vorschrift ergebenden Rechtsfolgen nutzbar zu machen.

I. Bejahend

Der Senat ist hiervon bislang ausgegangen und hat zuletzt im Beschluss vom 30. Juli 2002 (BVerwG, Buchholz 406.11 § 36 BauGB Nr. 55) die Beschlüsse vom 11. November 1968 (BVerwG, DÖV 1969, 146) und 16. Dezember 1969 (BVerwG 4 B 121.69, a.a.O.) zum Beleg für seine Aussage herangezogen, es sei der mit der unteren Bauaufsichtsbehörde identischen Gemeinde nicht verwehrt, die Ablehnung der Baugenehmigung auch mit der Verweigerung des Einvernehmens zu begründen. Im Schrifttum werden die älteren Senatsentscheidungen ebenso verstanden (vgl. Schmaltz in: Schrödter, BauGB, § 36 Rn. 14; Lasotta, Das Einvernehmen der Gemeinde nach § 36 BauGB, S. 171 f.).

II. Verneinend

Die Rechtsprechung des Senats ist nicht ohne Widerspruch geblieben (vgl. VGH Kassel, Urteil vom 26. Februar 1971, 4 OE 22/69, BRS 24 Nr. 140; Lasotta, a.a.O., S. 174 f.). Der Senat nimmt das vorliegende Verfahren zum Anlass, von seiner bisherigen Linie abzurücken. An der Auffassung, es stehe der mit der Baugenehmigungsbehörde identischen Gemeinde offen, auf § 36 Abs. 1 Satz 1 BauGB Zugriff zu nehmen, hält er nicht mehr fest.

III. Stellungnahme

Der Anerkennung des Rechts der mit der Baugenehmigungsbehörde identischen Gemeinde, die

Versagung der Baugenehmigung mit der Verweigerung des Einvernehmens zu begründen, liegt der Gedanke der Gleichbehandlung zugrunde: Das Zusammentreffen von Gemeinde und Baugenehmigungsbehörde dürfe nicht zu einer Schmälerung derjenigen Rechtsstellung führen, die die Gemeinde sonst hätte (BVerwG, Beschluss vom 16. Dezember 1969, a.a.O.). Mit dieser Erwägung lässt sich die Befugnis der Gemeinde, auf § 36 Abs. 1 BauGB zuzugreifen, indessen nicht rechtfertigen.

*I. Schutzzweck der Norm**a. Sicherung der Planungshoheit bezweckt*

Die in § 36 Abs. 1 Satz 1 BauGB vorgesehene Mitwirkung der Gemeinde dient der Sicherung der gemeindlichen Planungshoheit. Die Gemeinde soll als sachnahe und fachkundige Behörde dort, wo sie noch nicht geplant hat, oder dann, wenn ein Bauvorhaben von ihrer Planung abweicht, im Genehmigungsverfahren an der Beurteilung der bauplanungsrechtlichen Zulässigkeit des Vorhabens mitentscheidend beteiligt werden. Darüber hinaus soll sie in den Fällen, in denen ein nach den §§ 31, 33 bis 35 BauGB zulässiges Vorhaben ihren planerischen Vorstellungen nicht entspricht, von ihrer Möglichkeit Gebrauch machen können, durch Aufstellung eines Bebauungsplanes die planungsrechtlichen Grundlagen für die Zulässigkeit eines Vorhabens zu ändern und zur Sicherung der Planung die Mittel der Veränderungssperre oder der Zurückstellung von Baugesuchen zu ergreifen (st.Rspr., vgl. etwa BVerwG, Buchholz 406.11 § 36 BBauG Nr. 35 = BRS 46 Nr. 142; BVerwG, NVwZ 2004, 858). Die Beteiligung der Gemeinde ist dem Umstand geschuldet, dass über den Bauantrag allein die Baugenehmigungsbehörde entscheidet. Nur ihr Bescheid wirkt unmittelbar nach außen und regelt die Rechtsverhältnisse hinsichtlich des Baugesuchs. Lediglich über den Weg der Einvernehmensversagung kann die Gemeinde verhindern, dass ein Bauvorhaben verwirklicht wird, das bauplanungsrechtlich unzulässig ist oder ihren planerischen Vorstellungen widerspricht.

b. Bei Rechtsträgeridentität Planungshoheit anderweitig gesichert

Des Schutzes, dem § 36 Abs. 1 Satz 1 BauGB zu dienen bestimmt ist, bedarf die mit der Baugenehmigungsbehörde identische Gemeinde nicht; denn sie kann den Zweck des Einvernehmenserfordernisses selbst erfüllen (Söfker in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg, BauGB, § 36 Rn. 15). Die Gefahr, dass der zuständige Rechtsträger ein Bauvorhaben über ihren Kopf hinweg genehmigt, besteht nicht.

2. Auch bei Organverschiedenheit kein Regelungsauftrag an Bundesgesetzgeber

Zwar ist vorstellbar, dass dann, wenn innerhalb der Gemeinde für die Erteilung der Baugenehmigung und die Erklärung des Einvernehmens verschiedene Organe zuständig sind, bei Wegfall des förmlichen Einvernehmens eine Koordination unterbleibt und die Planungshoheit dadurch zu kurz kommt. Es ist aber Sache der Gemeinde selbst oder des Landesgesetzgebers, durch nähere kommunalverfassungsrechtliche Regelungen dafür zu sorgen, dass die Belange der Planungshoheit hinreichend gewahrt bleiben. Aus Sicht des Bundesgesetzgebers bestand keine Veranlassung für die Einführung eines gesonderten Verfahrens zur internen Abstimmung zwischen verschiedenen Organen der Gemeinde; das Bundesrecht enthält insoweit auch keine verfassungsrechtlichen Vorgaben.

3. Ohnehin keine Erstreckung auf Verhältnis zur Widerspruchsbehörde

Der Klägerin ist es nicht nur verwehrt, dem Beigeladenen die Versagung des gemeindlichen Einvernehmens als Grund für die Ablehnung des Baugesuchs entgegenzuhalten. Auch gegenüber der Widerspruchsbehörde kann sie sich auf die Versagung nicht berufen. § 36 Abs. 1 Satz 1 BauGB ist auf das Verhältnis von Gemeinde und Baugenehmigungsbehörde eines anderen Rechtsträgers zugeschnitten und gilt nicht im Verhältnis zwischen Ausgangs- und Widerspruchsbehörde. Sähe man dies mit Finkelnburg/Ortloff (Öffentliches Bau-

recht, Band I: Bauplanungsrecht, 5. Aufl., S. 371 f.) anders, würde das Erfordernis des Einvernehmens auch im Falle der Identität zwischen Baugenehmigungsbehörde und Gemeinde über die Hintertür wieder eingeführt (so zutreffend Gern, a.a.O.). Die Unanwendbarkeit des § 36 Abs. 1 Satz 1 BauGB hat zur Folge, dass im Falle eines ablehnenden Bescheids die Widerspruchsbehörde im Widerspruchsverfahren entweder die Baugenehmigung erteilen oder die Gemeinde zur Erteilung der Baugenehmigung verpflichten kann (so auch Söfker, a.a.O., § 36 Rn. 15; Lasotta, a.a.O., S. 175). Da das Einvernehmenserfordernis nicht zum Tragen kommt, spielt das Fristerfordernis des § 36 Abs. 2 Satz 2 BauGB entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts keine Rolle.

4. Keine unangemessene Benachteiligung

Der mit der Baugenehmigungsbehörde identischen Gemeinde wird durch den Ausschluss des § 36 Abs. 1 Satz 1 BauGB zwar eine verfahrensrechtliche Position im vorprozessualen behördlichen Genehmigungsverfahren vorenthalten. Daraus erwächst ihr jedoch kein rechtlich relevanter Nachteil, weil ihr die Befugnis, sich gegenüber der Widerspruchsbehörde auf den Schutz der materiell-rechtlichen Planungshoheit zu berufen, nicht abgeschnitten wird (vgl. VGH München, Urteil vom 13. März 2002, 2 B 00.3129, BayVB1. 2003, 210). § 36 BauGB begründet hinsichtlich der materiellrechtlichen Planungshoheit keine Rechte, sondern setzt sie voraus (BVerwGE 92, 66 ff. m.w.N.). [...]

Standort: Allg. Verwaltungsrecht

Problem: Vertrauensschutz bei Rücknahme

OVG NRW, URTEIL VOM 14.07.2004
10 A 4471/01 (NWVBL 2005, 71)

Problemdarstellung:

Soll ein begünstigender Verwaltungsakt nach § 48 I VwVfG zurückgenommen werden, unterwirft § 48 I 2 VwVfG dies den weiteren Voraussetzungen des § 48 II-IV VwVfG. Besteht die Begünstigung in einer Geld- oder teilbaren Sachleistung (Beispiel: Subvention), gilt § 48 II VwVfG, der die Berücksichtigung von Vertrauensschutz Gesichtspunkten schon im Tatbestand vorschreibt. Enthält der Verwaltungsakt zwar eine Begünstigung, aber keine Geld- oder teilbare Sachleistung (Beispiel: Baugenehmigung), gilt § 48 III VwVfG, der zwar auch Vertrauensschutz Gesichtspunkte regelt, diese aber gerade nicht zur Rücknahmevoraussetzung erklärt, sondern dem Begünstigten "nur" einen Anspruch auf Ersatz des ihm infolge der Rücknahme entstandenen Vermögensschadens zubilligt. Streitig ist, ob in diesen Fällen im Ermessen, also auf Rechtsfolgenseite des § 48 I VwVfG, gleichwohl der

Vertrauensschutz des Bürgers geprüft werden muss und so ggf. geeignet sein kann, die Rücknahme doch auszuschließen.

Die h.M. lehnt dies im Normalfall ab. Die Wertung des Gesetzgebers sei zu respektieren, der bei Geld- und teilbaren Sachleistungen Bestandsschutz (§ 48 II VwVfG), bei sonstigen Begünstigungen aber nur Vermögensschutz (§ 48 III VwVfG) gewähren wollte. Man dürfe diese Entscheidung nicht dadurch aushebeln, dass man in den Fällen des § 48 III VwVfG in der Ermessensentscheidung über die Rücknahme doch wieder den Vertrauensschutz prüfe und auf diesem "Umweg" den VA doch wieder in seinem Bestand schütze, indem man ggf. seine Rücknahme aus Gründen des Vertrauensschutzes für ermessensfehlerhaft erkläre. Lediglich dann, wenn ein Vermögensschutz von vornherein ausgeschlossen sei, weil kein Vermögensschaden infolge der Rücknahme entstehen könne (häufig bei Statusverwaltungsakten, z.B. Ernennung zum Ehrenbürger), wollen viele Literaten aus Gründen der Verhältnismäßigkeit doch Bestandsschutz über das Er-

messen gewährt sehen.

Das OVG NRW schließt sich nun der Gegenmeinung an, die generell auch bei § 48 III VwVfG einen Vertrauensschutz im Ermessen prüfen will. Dies gelte - so das Gericht weiter - selbst dann, wenn nach § 50 VwVfG jeglicher Vertrauensschutz auf Tatbestandsebene ausgeschlossen sei.

Prüfungsrelevanz:

Das dargestellte Problem spielt in nahezu allen Fällen des § 48 III VwVfG eine Rolle. Nur wenn Vertrauensschutzgesichtspunkte evident nicht ersichtlich sind, mag sich eine Erörterung des Streits erübrigen. Gerade die hier einschlägige Variante der Rücknahme einer Baugenehmigung ist aber sehr examensrelevant, und gerade auf den Bestand von Baugenehmigungen wird häufig vertraut worden sein (z.B. wurden Investitionen getätigt, der Bau begonnen oder gar vollendet usw.).

Bemerkenswert ist, dass das OVG sich ohne Not aus dem Fenster gelehnt hat, denn es lehnt im weiteren Verlauf seiner Entscheidung einen Vertrauensschutz i.E. ab. Es hätte sich also mit der Feststellung begnügen können, dass umstritten sei, ob man gegen die Rücknahme von Baugenehmigungen im Ermessen Vertrauensschutzgesichtspunkte anführen könne, und diesen Streit mit dem Hinweis offen lassen können, dass solche im konkreten Fall jedenfalls nicht vorlägen.

Gleiches gilt für die Ausführungen zur (nach dem OVG nicht existenten) Sperrwirkung des § 50 VwVfG gegenüber einer Prüfung des Vertrauensschutzes im Ermessen. Wer dies für die Fälle des § 48 III VwVfG so sieht, müsste bei konsequenter Denkweise auch bei § 48 II VwVfG ungeachtet des § 50 VwVfG eine Vertrauensschutzprüfung im Ermessen zulassen, um eine unerträgliche Besserstellung der unter § 48 III VwVfG fallenden Verwaltungsakte (nur Vermögensschutz) gegenüber denen nach § 48 II VwVfG (Bestandsschutz) zu vermeiden. Damit würde aber § 50 VwVfG nahezu komplett ausgehebelt - eine vom OVG nicht erörterte Konsequenz.

Vertiefungshinweise:

Zum Vertrauensschutz im Ermessen bei § 48 III VwVfG: *BVerwGE* 85, 79 (verneint); *Schenke*, DÖV 1983, 320 (vermittelnd); *Zacharias*, NVwZ 2002, 1306 (bejaht)

Kursprogramm:

Examenskurs : "Die unerwünschte Gocartbahn"

Leitsatz:

Auch in den Fällen des § 48 III VwVfG NRW -

bei denen es um die Rücknahme von Verwaltungsakten geht, die nicht eine einmalige oder laufende Geldleistung oder teilbare Sachleistung gewähren oder hierfür Voraussetzung sind (§ 48 II VwVfG NRW) - sind Vertrauensschutzgesichtspunkte zu Gunsten des von der Rücknahmeentscheidung Betroffenen bei der Ermessensausübung nach § 48 I 1 VwVfG NRW zu berücksichtigen.

Sachverhalt:

Die Klägerin beantragte für ihr im Außenbereich gelegenes Grundstück einen Bauvorbescheid zur Errichtung eines Wohnhauses als Ersatzbau. Der zuständige Ausschuss des Gemeinderates verweigerte dem Vorhaben zunächst die erforderliche Zustimmung, da die gesetzlichen Voraussetzungen für einen Ersatzbau nicht vorlägen. Daraufhin zahlte der Ehemann der Klägerin einen Geldbetrag an einen Bediensteten des Wirtschaftsförderungsamtes des Beklagten, der sich für die Erteilung eines positiven Bauvorbescheides einsetzen sollte. Die Bauverwaltung befasste sich erneut mit dem Vorhaben der Klägerin und erstellte eine neue Vorlage für den Ausschuss, der nunmehr - unter der Voraussetzung, dass neben dem zu ersetzenden Wohnhaus weitere auf dem Baugrundstück vorhandene Bausubstanz beseitigt werde - der Erteilung eines positiven Bauvorbescheides zustimmte. Die Klägerin verzichtete letztlich auf die Erteilung des Bauvorbescheides und beantragte eine entsprechende Baugenehmigung, die mit Zustimmung der höheren Verwaltungsbehörde erteilt wurde. Drei Jahre, nachdem die Klägerin das genehmigte Wohnhaus errichtet hatte, wurde ihr Ehemann rechtskräftig zu einer Freiheitsstrafe verurteilt, weil er einem Bediensteten des Beklagten zur Erlangung der Baugenehmigung rechtswidrig Vorteile gewährt habe. Der Beklagte nahm die Baugenehmigung zurück. Die nach erfolglosem Vorverfahren gegen die Rücknahmeverfügung erhobene Klage blieb in beiden Rechtszügen ohne Erfolg.

Aus den Gründen:

A. Ermächtigungsgrundlage

Rechtliche Grundlage für den Rücknahmebescheid ist § 48 Abs. 1 Satz 1 VwVfG NRW, wonach ein rechtswidriger Verwaltungsakt, auch nachdem er unanfechtbar geworden ist, ganz oder teilweise mit Wirkung für die Zukunft oder für die Vergangenheit zurückgenommen werden kann. Begünstigende Verwaltungsakte, wozu auch die hier in Rede stehenden Baugenehmigungen gehören, dürfen nur unter den Einschränkungen des § 48 Abs. 2 bis 4 VwVfG NRW zurückgenommen werden (§ 48 Abs. 1 Satz 2 VwVfG NRW).

B. Tatbestand

Die tatbestandlichen Voraussetzungen der Ermächtigungsnorm liegen vor. Die Baugenehmigungen vom 5.9. und 14.11.1991 sind rechtswidrig, denn ihrer Erteilung standen - und stehen auch heute noch - öffentlich-rechtliche Vorschriften entgegen (§ 75 Abs. 1 Satz 1 BauO NRW bzw. § 70 Abs. 1 Satz 1 BauO NRW a.F.). Das Wohnhaus und die zugehörige Garage auf dem Grundstück K-Straße, welche Gegenstand der vorgenannten Baugenehmigungen sind, sind bauplanungsrechtlich unzulässig [wird ausgeführt].

C. Rechtsfolge

Insoweit hat der Senat nach § 114 Satz 2 VwGO zu prüfen, ob der angefochtene Verwaltungsakt rechtswidrig ist, weil die gesetzlichen Grenzen des Ermessens überschritten sind oder die Behörde von dem Ermessen in einer dem Zweck der Ermächtigung nicht entsprechenden Weise Gebrauch gemacht hat. Der Beklagte hat das ihm gem. § 48 Abs. 1 Satz 1 VwVfG NRW eingeräumte Rücknahmeeressen korrekt ausgeübt. Einen Ermessensfehler im vorgenannten Sinne vermag der Senat nicht festzustellen.

I. Vertrauensschutz bei § 48 III VwVfG

Entgegen der Rechtsauffassung des VG sind auch in den Fällen des § 48 Abs. 3 VwVfG NRW, das heißt in Fällen, bei denen es um die Rücknahme von Verwaltungsakten geht, die nicht eine einmalige oder laufende Geldleistung oder teilbare Sachleistung gewähren oder hierfür Voraussetzung sind (§ 48 Abs. 2 VwVfG NRW), Vertrauensschutzgesichtspunkte zu Gunsten des von der Rücknahmeentscheidung Betroffenen bei der Ermessensausübung nach § 48 Abs. 1 Satz 1 VwVfG NRW zu berücksichtigen (vgl. Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 6. Aufl. 2001, § 48 RdNr. 181; Ramsauer, in: Kopp/Ramsauer, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 8. Aufl. 2003, § 48 RdNr. 121 f.; Meyer, in: Knack, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 8. Aufl. 2004, § 48 RdNr. 108 ff.). Für die Frage, ob die Behörde von der Möglichkeit der Rücknahme Gebrauch machen will, kann es nämlich wegen der Rechtsfolgen des § 48 Abs. 3 Satz 1 VwVfG NRW von Bedeutung sein, ob der Begünstigte in schutzwürdiger Weise auf den Bestand des Verwaltungsaktes vertraut hat und ihm dadurch Vermögensnachteile entstanden sind (vgl. BVerwG, NVwZ-RR 2001, 198; OVG Berlin, BRS 63 Nr. 183).

II. Auch kein Ausschluss durch § 50 VwVfG

Selbst bei Anwendung des § 50 VwVfG, der die Geltung des § 48 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 bis 4 VwVfG ausschließt, wenn ein begünstigender Ver-

waltungsakt, der von einem Dritten angefochten worden ist, während des Vorverfahrens oder während des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens aufgehoben und dadurch dem Widerspruch oder der Klage abgeholfen wird, ist im Rahmen der nach § 48 Abs. 1 Satz 1 VwVfG unverändert gebotenen Ermessensentscheidung zu berücksichtigen, in welcher Weise der Bauherr auf den Bestand vertraut und hierbei bereits Belastungen auf sich genommen hat. Der Gesetzgeber ist in § 50 VwVfG nur von der "regelhaften" Beurteilung des Vertrauens nach § 48 Abs. 2 bis 4 VwVfG abgerückt. Er hat aber die Behörde nicht davon befreit, die Umstände des Einzelfalles im Rahmen der Ermessensentscheidung zu berücksichtigen (BVerwG, NVwZ 1994, 896 [zu Art. 48 und 50 BayVwVfG]).

1. Vertrauensschutz hat Verfassungsrang

Auch wenn schutzwürdiges Vertrauen in den Fällen des § 48 Abs. 3 VwVfG - anders als in den Fällen des § 48 Abs. 2 VwVfG - die Rücknahme des rechtswidrigen Verwaltungsaktes nicht von vornherein ausschließt und es insoweit bei der freien Rücknehmbarkeit nach pflichtgemäßem Ermessen bleibt, ist die Berücksichtigung der Vertrauensschutzaspekte - wie die Berücksichtigung sämtlicher wesentlicher Gesichtspunkte - im Rahmen der Ermessensentscheidung nach § 48 Abs. 1 Satz 1 VwVfG gleichwohl verfassungsrechtlich geboten. Der Vertrauensschutz hat aus rechtsstaatlicher Sicht einen hohen Stellenwert für die Rechtsordnung. Gerade der Schutz der im Vertrauen auf den Bestand eines Verwaltungsaktes getroffenen Dispositionen - wofür die Ausnutzung einer Baugenehmigung ein typisches Beispiel ist - ist regelmäßig der gewichtigste Gesichtspunkt, der gegen eine Rücknahme des Verwaltungsaktes spricht.

2. Geldleistungen können unzureichend oder unmöglich sein

Zudem ist nicht selten das Interesse des von der Rücknahme Betroffenen vorrangig auf die Erhaltung des Bestandes und nicht nur auf bloßen Geldersatz gerichtet, sodass sich ein etwaiges schutzwürdiges Vertrauen durch die Zuerkennung finanzieller Ausgleichsansprüche nicht immer angemessen kompensieren lässt.

III. Subsumtion

Im Ergebnis hat der Beklagte ein schutzwürdiges Vertrauen der Klägerin in den Bestand der Baugenehmigungen vom 5.9. und 14.11.1991 verneint. Die Erwägungen, mit denen er - ergänzt durch die Ausführungen im Widerspruchsbescheid - den Wegfall des Vertrauensschutzes begründet hat, sind nicht zu beanstanden [wird ausgeführt].

*Zivilrecht***Standort: Zwangsvollstreckung****Problem: Erfüllungseinwand des Schuldners**

BGH, BESCHLUSS 05.11.2004
IXA ZB 32/04 (NJW 2005, 367)

Problemdarstellung:

“Erfüllt der Schuldner die Verpflichtung nicht, eine Handlung vorzunehmen, deren Vornahme durch einen Dritten erfolgen kann, so ...”

Diese Einstiegsformulierung des § 887 I ZPO sorgt schon seit Jahren für Streit um die Frage, ob der Schuldner einer vertretbaren Handlung im Beschlussverfahren (vgl. § 891 S. 1 ZPO) nach § 887 ZPO mit dem Einwand, er habe zwischenzeitlich erfüllt, gehört werden kann, oder ob er mit diesem Einwand auf den Rechtsbehelf der Vollstreckungsabwehrklage nach § 767 ZPO zu verweisen ist.

Der BGH hat sich hier dafür entschieden, den Erfüllungseinwand auch im Verfahren nach § 887 ZPO zuzulassen und führt zur Begründung neben dem oben zitierten Wortlaut des § 887 ZPO insbesondere die Prozessökonomie an: Für beide Verfahren ist ohnehin das Prozessgericht des ersten Rechtszuges zuständig und eine Beweiserhebung, welche durch die Berücksichtigung des Erfüllungseinwandes erforderlich werden könnte, ist im Beschlussverfahren nach § 887 ZPO ebenfalls nicht ungewöhnlich, etwa zwecks gutachterlicher Feststellung der durch den Schuldner gem. § 887 II ZPO vorzuschießenden Kosten.

Prüfungsrelevanz:

Detaillierte Kenntnisse der Regelungen betreffend die Vollstreckung anderer als Zahlungstitel in den §§ 883 ff ZPO werden - je nach Bundesland in unterschiedlicher Intensität - von den Kandidaten im 2. Staatsexamen erwartet, während im 1. Staatsexamen nur Wahlfachkandidaten vertieftes Wissen nachweisen müssen. Jederzeit beherrscht werden sollten dagegen die wichtigen vollstreckungsrechtlichen Rechtsbehelfe, nicht zuletzt die Vollstreckungsabwehrklage gem. § 767 ZPO, und die Abgrenzung dieser Rechtsbehelfe und ihrer Anwendungsbereiche untereinander. Die vorliegende Entscheidung des BGH enthält diesbezüglich eine weitere Ausnahme von dem Grundsatz, dass materiell-rechtliche Einwände gegen den titulierten Anspruch der Vollstreckungsabwehrklage nach § 767 ZPO vorbehalten sind (weitere Ausnahmen sind im Klauselverfahren und dort im Rahmen der

Klagen nach §§ 731, 768 ZPO denkbar).

Vertiefungshinweise:

Zur Drittwiderspruchsklage einer “Ein-Mann-GmbH”: *BGH*, RA 2004, 103 = *NJW* 2004, 217

Zum Einwand der Gesundheitsgefährdung eines Miteigentümers durch die Teilungsversteigerung nach § 180 ZVG: *BGH*, RA 2005, 24 = *NJW* 2004, 3635

Kursprogramm:

Assessorkurs: “Probleme einer Witwe”

Assessorkurs: “Kein Zutritt”

Leitsatz:

Der Schuldner ist nicht nur im Verfahren der Vollstreckungsgegenklage, sondern auch im Zwangsvollstreckungsverfahren mit seinem Einwand zu hören, der vollstreckbare Anspruch sei erfüllt.

Sachverhalt:

Die Schuldnerin ist rechtskräftig verurteilt worden, im südöstlichen Bereich ihres Grundstückes eine Fläche von 2 m entlang der Straße und 5 m entlang der Grenze zum Nachbargrundstück der Gläubiger fachgerecht mit vorhandenen Waschbetonplatten der Gläubiger zu befestigen, damit dieses Teilstück von den Gläubigern mit dem PKW zum Erreichen ihres Grundstückes befahren werden kann. Die Gläubiger haben beantragt, sie zur Ersatzvornahme auf Kosten der Schuldnerin zu ermächtigen und diese zu verurteilen, eine Kostenvorauszahlung in Höhe von 2.700,00 Euro zu leisten. Die Gläubiger behaupten, dass die Schuldnerin die streitgegenständliche Fläche nicht fachgerecht mit Waschbetonplatten versehen habe. Das AG hat den Antrag zurückgewiesen, weil die von der Schuldnerin unstrittig vorgenommene Befestigung der Fläche mit Waschbetonplatten den Zweck, den Gläubigern das Befahren derselben mit einem PKW zu ermöglichen, erfülle. Auf die sofortige Beschwerde der Gläubiger hat das LG diese ermächtigt, die der Schuldnerin auferlegte Handlung auf deren Kosten vornehmen zu lassen, und hat die Schuldnerin gem. § 887 II ZPO verurteilt, auf die durch die Vornahme der Handlung durch die Gläubiger entstehenden Kosten einen Vorschuss von 1.350,00 Euro zu zah-

len.

Die hiergegen gerichtete - zugelassene - Rechtsbeschwerde der Schuldnerin hatte Erfolg und führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

Aus den Gründen:

A. Rechtsauffassung des Beschw.Ger.

Das BeschwGer. ist der Auffassung, dass die Schuldnerin mit ihrem Erfüllungseinwand nicht gehört werden könne, sondern auf die Vollstreckungsgegenklage gem. § 767 ZPO zu verweisen sei. Erfordere die Entscheidung über den Erfüllungseinwand eine Beweisaufnahme, verzögere der Einwand die gebotene zügige Zwangsvollstreckung über Gebühr und sei deshalb im Zwangsvollstreckungsverfahren nicht zu berücksichtigen. Das sei hier der Fall, weil zu der Frage, ob die Verlegung der Waschbetonplatten fachgerecht erfolgt sei, ein Sachverständigengutachten eingeholt werden müsste.

B. Gegenargumentation der Rechtsbeschwerde

Dem hält die Rechtsbeschwerde entgegen, dass nach dem Wortlaut des § 887 I ZPO die Nichterfüllung der Verpflichtung durch den Schuldner Voraussetzung für eine Ermächtigung nach § 887 I ZPO sei, was dafür spreche, dass die Frage der Erfüllung in diesem Verfahren zu prüfen sei. Die Prüfung im Verfahren nach § 887 ZPO sei auch prozessökonomisch, zumal dafür ebenfalls das Prozessgericht zuständig sei. Eine Verzögerung der Zwangsvollstreckung könne der Schuldner auch mit der Vollstreckungsgegenklage erreichen, denn bei einer substantiierten Behauptung des Erfüllungseinwands müsse das Gericht die Zwangsvollstreckung einstweilen einstellen.

C. Streitstand zur Berücksichtigung des Erfüllungseinwands im Verfahren nach § 887 ZPO

Die Frage, ob der Einwand der Erfüllung seitens des Schuldners im Vollstreckungsverfahren nach § 887 ZPO zu beachten ist, ist seit langer Zeit in Literatur und Rechtsprechung umstritten.

I. Ablehnende Auffassung

Nach der ablehnenden Auffassung, der sich das BeschwGer. angeschlossen hat, muss der Schuldner den Erfüllungseinwand stets im Wege der Vollstreckungsgegenklage nach § 767 ZPO verfolgen (u. a. RGZ 21; 377 [379]; KG, InVo 2002, 435; OLG Celle, OLG-Report 1994, 297; OLG Düsseldorf, BauR 1982, 196; OLG Hamm, MDR 1977, 411; OLG Koblenz, MDR 1991, 547; OLG München, InVo 2001, 33; Thomas/Putzo, ZPO, 25. Aufl., § 887 Rz. 17; Baur/Stürner, ZwangsvollstreckungsR, 1996, S. 509 f.; Bruns/Peters, Zwangs-

vollstreckungsR, 3. Aufl., S. 290 f.; Huber, in: Festschr. f. Merz, 1992, S. 229, 232ff.; Paulus, ZivilprozessR, 3. Aufl., Rz. 648). Zur Begründung wird darauf abgestellt, dass § 767 ZPO der vom Gesetzgeber vorgesehene Weg sei, materielle Einwendungen wie die Erfüllung im Zwangsvollstreckungsverfahren geltend zu machen. Der Wortlaut des § 767 I ZPO ("sind") lasse keine Wahl zu. Das Zwangsvollstreckungsverfahren sei stark formalisiert, der Erfüllungseinwand darin systemwidrig. Die Erfüllung gehöre, wie § 775 Nrn. 4 und 5 ZPO zeige, nur eingeschränkt in die Prüfungskompetenz des Vollstreckungsorgans. Die Entscheidung über den Erfüllungseinwand im Vollstreckungsverfahren erwachse nicht in Rechtskraft. Ließe man den Einwand der Erfüllung im Vollstreckungsverfahren zu, könnte der Schuldner mit immer wieder neuen Behauptungen das Vollstreckungsverfahren ohne eine Vorschussleistung in die Länge ziehen und so die berechtigten Interessen des Gläubigers auf Durchsetzung seines rechtskräftigen Titels unterlaufen. Schließlich bestünde auch die Gefahr widersprechender Entscheidungen, wenn der Schuldner im Vollstreckungsverfahren unterliege und danach die Vollstreckungsgegenklage erhebe. Der Schuldner erleide durch die Verweisung auf die Vollstreckungsgegenklage hingegen keinen Nachteil, angesichts der Einstellungsmöglichkeit nach § 769 ZPO seien die Verfahren letztlich gleichwertig.

II. Erste vermittelnde Auffassung

Nach einer "vermittelnden" Ansicht ist der Erfüllungseinwand dann im Vollstreckungsverfahren nach § 887 ZPO zu berücksichtigen, wenn die Tatsachen unstrittig oder mit liquiden Beweismitteln festzustellen oder offenkundig sind (so OLG Bamberg, Rpfleger 1983, 79; KG, NJW-RR 2003, 214 = InVo 2003, 249; NJW-RR 1987, 840 [841]; OLG Düsseldorf, NJOZ 2002, 199 = InVo 2002, 32; MDR 1996, 309 [310]; OLG Hamm, BauR 1996, 900 [902]; OLG Köln, InVo 2002, 379 [380]; OLG-Report 1993, 30; NJW-RR 1988, 1212; OLG München, NJW-RR 2002, 1034; NJW-RR 1988, 22; OLG Naumburg, InVo 2003, 204 [205]; OLG Rostock, InVo 2004, 122 [123]; OLG Schleswig, SchIHA 1996, 277; Musielak/Lackmann, ZPO, 3. Aufl., § 887 Rz. 19; Wiczorek/Schütze/Storz, ZPO, 3. Aufl., § 887 Rz. 46, 70; Schusche/Walker, Vollstreckung u. Vorl. Rechtsschutz, 3. Aufl., § 887 ZPO Rz. 15; Gottwald, ZwangsvollstreckungsR, 4. Aufl., § 887 ZPO Rz. 13; Büttner, FamRZ 1992, 629 [632]; Guntau, JuS 1983, 687 [689]). Dass bestimmte Beweismittel im Zwangsvollstreckungsverfahren zu berücksichtigen seien, zeige der Rechtsgedanke des § 775 Nrn. 4 und 5 ZPO. Sei die Erfüllung unstrittig, fehle dem Gläu-

biger das Rechtsschutzinteresse. Ergäbe sich aber die Notwendigkeit einer Beweisaufnahme, nähme man dem Gläubiger den Vorteil des vollstreckbaren Titels.

III. Zweite vermittelnde Auffassung

Eine weitere vermittelnde Ansicht will den Einwand dann beachten, wenn es um die Prüfung geht, ob eine unstreitig vom Schuldner vorgenommene Handlung dem Vollstreckungstitel genügt (RGZ 167, 328 [334] zu § 888 ZPO; OLG Hamm, InVo 2001, 343 [344]; OLG Karlsruhe, Justiz 1973, 320; OLG Köln, OLG-Report 1993, 95; OLG Stuttgart, Justiz 1994, 241; Schneider, MDR 1975, 279 [281]; Schuschke, EWIR 1994, 935). In diesen Fällen sei der Antrag des Gläubigers dahin zu verstehen, der Schuldner solle im Wege der Zwangsvollstreckung angehalten werden, über das hinaus, was bereits geschehen sei, etwas zu leisten. Gegenüber einem solchen Antrage habe das Vollstreckungsgericht zu prüfen, ob der Gläubiger nach dem Schuldtitel berechtigt sei, dasjenige, was er über das bisherige hinaus mehr verlange, vom Schuldner zu erzwingen.

IV. Befürwortende Auffassung

Nach anderer Auffassung ist der Einwand der Erfüllung grundsätzlich im Verfahren nach § 887 ZPO zu berücksichtigen (OLG Karlsruhe, NJW-RR 2002, 429 = InVo 2002, 300; OLG Köln, NJW-RR 1996, 100; JMBINW 1982, 153; OLG München, MDR 1978, 1029; OLG Nürnberg, NJW-RR 1995, 63 = WiB 1995, 129 m. zust. Anm. Pape; OLG Schleswig, SchIHA 1968, 73; OLG Jena, InVo 2001, 341; OLG Zweibrücken, NJW-RR 2002, 429 = InVo 2001, 70; JurBüro 1986, 1740 [1741]; Schmidt-v. Rhein, in: AK-ZPO, § 887 Rz. 5; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 62. Aufl., § 887 Rz. 5; Zöller/Stöber, ZPO, 24. Aufl., § 887 Rz. 7; Schilken, in: MünchKomm-ZPO, 2. Aufl., § 887 Rz. 8; Stein/Jonas/Brehm, ZPO, 21. Aufl., § 887 Rz. 25; Bischoff, NJW 1988, 1957 [1958]; Gerhardt, in: 50 Jahre BGH, Festgabe d. Wissensch. III, 2000, S. 463, 470 f.; ders., VollstreckungsR, 2. Aufl., S. 185 f.; Schilken, in: Festschr. f. Gaul, S. 667, 672 ff.). Schon der Wortlaut des § 887 ZPO spreche dafür, den Erfüllungseinwand im Vollstreckungsverfahren zu berücksichtigen. Die Nichterfüllung sei danach tatbestandliche Voraussetzung dafür, den Gläubiger zur Ersatzvornahme zu ermächtigen. Es sei nicht Sinn und Zweck des § 887 ZPO, dem Gläubiger Rechtsschutz zu gewähren, wenn er ihn wegen Erfüllung durch den Schuldner nicht mehr brauche. Der Schuldner habe ein schutzwürdiges Interesse daran, dass die Erfüllungswirkung seiner Handlungen geprüft werde, bevor der Gläubiger zu mög-

licherweise unsinnigen und kostspieligen Ersatzvornahmen ermächtigt werde oder durch (erneute) Vornahme der Handlung für den Schuldner den Beweis der Erfüllung vereitele. Es sei auch prozessökonomisch, den Einwand im Verfahren nach § 887 ZPO zu prüfen, denn zuständig sei in beiden Fällen das Prozessgericht, vor dem anderenfalls ein neues Verfahren mit demselben Prozessstoff notwendig würde. Das Prozessgericht habe im Verfahren nach § 887 ZPO alle zivilprozessualen Möglichkeiten der Sachverhaltsaufklärung. Die Vollstreckungsgegenklage verursache hingegen neue Kosten, sei gegenüber dem Verfahren nach § 887 ZPO schwerfälliger und bei einer einstweiligen Anordnung nach § 769 ZPO, die der Schuldner gegebenenfalls mit seiner eigenen eidesstattlichen Versicherung unschwer erreichen könne, sei angesichts des grundsätzlich dreistufigen Instanzenzugs mit weiterer Verzögerung zu rechnen.

D. Streitentscheid durch den BGH in der Rechtsbeschwerdeinstanz

Der letztgenannten Ansicht ist zuzustimmen. Der Schuldner ist nicht nur im Verfahren der Vollstreckungsgegenklage, sondern auch im Zwangsvollstreckungsverfahren mit seinem Einwand zu hören, der vollstreckbare Anspruch sei erfüllt. Schon der Wortlaut des § 887 ZPO spricht dafür, dass die Nichterfüllung der geschuldeten Handlung eine tatbestandliche Voraussetzung für den Erlass des Ermächtigungsbeschlusses ist. Die anders lautende Formulierung des § 888 ZPO steht dem nicht entgegen. Im Zusammenhang mit § 887 ZPO gelesen, lässt sich ihr Wortlaut unschwer dahin verstehen, dass an das Merkmal der Nichterfüllung in § 887 ZPO angeknüpft und nur der unterschiedliche Anwendungsbereich deutlich hervorgehoben wird. Die Erheblichkeit des Erfüllungseinwands im Verfahren nach § 887 ZPO entspricht auch der Annahme des Gesetzgebers, der die Kostenvorschrift des § 891 S. 3 ZPO mit der 2. Zwangsvollstreckungsnovelle vom 17.12.1997 (BGBl I, 3039) neu gefasst hat, "um der Möglichkeit Rechnung zu tragen, dass Vollstreckungsanträge des Gläubigers nur teilweise erfolgreich sind, zum Beispiel wenn der Schuldner nachweist, dass er die vertretbare oder unvertretbare Handlung teilweise erfüllt hat. ..." (vgl. insoweit die Entwurfsbegr. BT-Dr 13/341, S. 41). Die Prüfung des Erfüllungseinwands im Ermächtigungsverfahren nach § 887 ZPO statt erst bei der Vollstreckungsgegenklage kann prozessökonomisch sinnvoll sein. Eine Beweiserhebung über die Einwendungen des Schuldners ist, soweit nötig, in beiden Verfahren möglich und liegt stets in den Händen des Prozessgerichts. Das Vollstreckungsgericht ist im Verfahren nach § 887 ZPO ohnehin grundsätzlich verpflichtet, Beweis zu erheben, beispie-

weise durch Einholung eines Sachverständigengutachtens zu der Höhe des notwendigen Kostenvorschusses nach § 887 II ZPO (vgl. BGH, NJW 1993, 1394 [1395]). Das Vollstreckungsverfahren würde auch nicht beschleunigt, wenn man den Schuldner auf den Weg der Vollstreckungsgegenklage verweisen würde. Nähmen die Gläubiger im vorliegenden Fall mit dem von der Schuldnerin zu leistenden Kostenvorschuss eine erneute Verlegung der Waschbetonplatten vor, wäre die Arbeit der Schuldnerin beseitigt und sie verlöre die Möglichkeit, für die Erfüllung Beweis zu erbringen. Bei Erhebung der Vollstreckungsgegenklage müsste der Schuldnerin mithin Vollstreckungsaufschub nach § 769 ZPO gewährt werden. Durch die Erhebung einer Vollstreckungsgegenklage würde das

Verfahren angesichts der im Verfahren einzuhaltenden Fristen somit letztlich verzögert. Im Übrigen wäre im vorliegenden Fall auch nach der vom RG (RGZ 167, 328 [334]) vertretenen Meinung das Vollstreckungsgericht zur Entscheidung über den Einwand zuständig, weil es darum geht, ob die von der Schuldnerin unstreitig vorgenommenen Handlungen das sind, was der Titel ihr gebietet. Diese Frage kann das Prozessgericht als Vollstreckungsgericht auf Grund seiner Kenntnis vom Inhalt des Rechtsstreits am ehesten entscheiden.

Das Verfahren ist danach an das BeschwGer. zurückzuverweisen, um die notwendigen Feststellungen zu treffen.

Standort: Deliktsrecht

Problem: Produkthaftung der Zigarettenhersteller

OLG HAMM, BESCHLUSS VOM 14.07.2004
3 U 16/04 (NJW 2005, 295)

Problemdarstellung:

Erneut hat in diesem Rechtsstreit ein langjähriger Raucher versucht, den Hersteller der von ihm bevorzugten Zigarettenmarke auf Schadensersatz und Schmerzensgeld für die durch den Tabakkonsum erlittenen Gesundheitsschäden in Anspruch zu nehmen. Seine Argumentation stütze sich im Wesentlichen darauf, dass es sich bei Zigaretten um fehlerhafte Produkte handle, da ihnen abhängigkeitsfördernde Stoffe beigemischt seien und die Zigarettenhersteller nicht ausreichend vor den Gefahren des Rauchens warnen bzw. dies in der Vergangenheit nicht getan hätten.

Das OLG Hamm hat die gegen das klageabweisende Urteil des LG Arnsberg eingelegte Berufung des Kl. jedoch durch einstimmigen Beschluss nach § 522 II ZPO zurückgewiesen. Es ist der Ansicht, dass Zigaretten keine generell fehlerhaften Produkte seien, die eine Haftung des Herstellers nach ProdHaftG oder nach § 823 I BGB in Verbindung mit den hierzu entwickelten Grundsätzen der Produzentenhaftung begründen könnten. Das Gericht liegt damit ganz auf der Linie der bislang zu dieser Problematik bekannten Rechtsprechung.

Prüfungsrelevanz:

Die Entscheidung spricht einerseits die Gefährdungshaftung der Hersteller fehlerhafter Produkte nach Maßgabe des ProdHaftG an, andererseits die davon zu unterscheidende Verschuldenshaftung gem. § 823 I BGB i. V. m. den Grundsätzen der Produzentenhaftung, die als besondere Ausprägung der Haftung bei Verletzung von Verkehrssicherungspflichten aufzufassen sind (vgl. Pa-

landt/Thomas, § 823 Rz. 202). Damit betrifft sie einen besonders examensrelevanten Teil des Deliktsrechts. Hinzu kommt, dass die Frage der Haftung der Zigarettenhersteller ein in der Öffentlichkeit lange Zeit diskutiertes Thema ist, so dass es sich anbietet, die Fähigkeit eines Prüfungskandidaten, ein Thema von aktuellem öffentlichen Interesse juristisch fundiert zu beleuchten, anhand einer derartigen Entscheidung auf die Probe zu stellen.

Da die Ablehnung der Produkthaftung der Zigarettenhersteller keineswegs völlig unstreitig ist, dürfte es sich lohnen, die weitere Entwicklung der Rechtsprechung hierzu zu verfolgen.

Vertiefungshinweise:

- Vgl. zur Haftung des Zigarettenherstellers bereits: *LG Bielefeld*, RA 2000, 514 = NJW 2000, 2514
- Verkehrssicherungspflichten bezüglich eines Grenzbaums: *BGH*, RA 2004, 705 = NJW 2004, 3328
- Verkehrssicherungspflichten eines Restaurantbetreibers: *OLG Hamm*, RA 2000, 680 = NJW 2000, 3144

Kursprogramm:

- Examenskurs: "Der defekte Gaszug"
- Examenskurs: "Der betrunkene Kranführer"

Leitsätze (der Redaktion):

1. Eine Haftung der Hersteller von Zigaretten kommt weder nach Produkthaftungsgesetz noch nach den §§ 823 ff. BGB in Betracht, da kein Konstruktions- oder Instruktionsfehler vorliegt.
2. Die Gefahren des Tabakkonsums sind seit den 60er Jahren bekannt. Der Produzent ist auch

nicht verpflichtet, über die gesetzlichen Vorschriften hinaus vor den Gesundheitsgefahren des Rauchens zu warnen.

Sachverhalt:

Der Kl. macht Schadensersatz und Schmerzensgeld wegen Gesundheitsschäden durch Rauchen von durch die Bekl. hergestellten Zigaretten der Marke "Ernte 23" geltend. Des Weiteren begehrt er Auskunft über den Zusatz suchtfördernder Stoffe und Feststellung bezüglich von Folgeschäden. Er beruft sich dabei auf die Unterlassung von Warnhinweisen durch die Bekl., Produktmanipulation und eine grundsätzliche Fehlerhaftigkeit des Zigarettenprodukts. Der Kl. ist am 12.09.1947 geboren. Er raucht seit 1964, das heißt seit seinem 17. Lebensjahr, bis auf kurze Phasen vergeblicher Entwöhnungsversuche. Der tägliche Konsum lag bis 1993 bei rund 40 Zigaretten pro Tag, von da an variierte er täglich zwischen 20 und 30 Zigaretten. Seit circa einem Jahr hat der Kl. seinen Konsum auf fünf bis sieben Zigaretten pro Tag reduziert. Seit 1975 versuchte er mehrfach, aber letztlich vergeblich, sich das Rauchen abzugewöhnen. Selbst die Einschaltung eines Psychologen führte 1993 nur für einige Wochen zur Reduzierung des Konsums unter 20 Stück pro Tag, nicht aber zur Abstinenz. Der Kl. behauptet, er habe ausschließlich Zigaretten der Marke "Ernte 23" geraucht. Hierdurch sei er krank geworden. 1989/90 hätten sich erste Anzeichen einer kardiovaskulären Erkrankung gezeigt. Trotz einer Brachytherapie sei es nicht zu einer Verbesserung seiner gesundheitlichen Situation gekommen. Seine Lebensqualität sei seit 1990 stark reduziert, seine Lebenserwartung erheblich eingeschränkt. Er sei seit 1990 arbeitsunfähig krank. Der Kl. beantragte die Verurteilung der Bekl. zur Zahlung von Schmerzensgeld und zur Vorlage schriftlicher interner Forschungsberichte, ferner die Feststellung, dass die Bekl. verpflichtet ist, ihm allen materiellen und immateriellen Zukunftsschaden zu ersetzen.

Das LG Arnsberg (NJW 2004, 232) hat die Klage abgewiesen. Das OLG hat die Klage wegen mangelnder Erfolgsaussichten nach § 522 II 1 ZPO zurückgewiesen.

Aus den Gründen:

Die Berufung hat keine Aussicht auf Erfolg. Die Rechtssache hat auch keine grundsätzliche Bedeutung. Eine Entscheidung des Senats ist auch nicht zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich. Zur Begründung wird zur Vermeidung von Wiederholungen auf den Hinweisbeschluss des Senats vom 04.06.2004 Bezug genommen.

Der Beschluss lautet:

Mit der angefochtenen eingehenden Entscheidung hat das LG Arnsberg (NJW 2004, 232) zu Recht und - wie vom Kl. in der Berufung auch eingeräumt - in Übereinstimmung mit der gesamten vorliegenden Rechtsprechung zu dieser Thematik und der überwiegenden Auffassung in der Literatur einen Anspruch des Kl. auf Ersatz materieller und immaterieller Schäden sowie Auskunft und Feststellung gegen den Hersteller der nach seinen Angaben ausschließlich von ihm konsumierten Zigarettenmarke als unbegründet zurückgewiesen. Das Berufungsvorbringen, mit dem der Kl. seine erstinstanzlichen Anträge weiterverfolgt, rechtfertigt keine andere rechtliche Bewertung und Entscheidung.

A. Zur Anwendbarkeit des ProdHaftG

Soweit es um etwaige Ansprüche des Kl. aus dem Produkthaftungsgesetz vom 15.12.1989 geht, spricht bereits vieles dafür, dass das LG im Ergebnis zu Recht angenommen hat, dass die Vorschriften des Produkthaftungsgesetzes für die geltend gemachten Schadensersatzansprüche nicht in Betracht kommen. Denn der Kl. hat nach seinen eigenen Angaben bereits im Jahre 1964 mit dem Rauchen von Zigaretten angefangen und bereits in den Jahren 1989/1990 seien die Zeichen einer kardiovaskulären Erkrankung vorhanden gewesen, die im Frühjahr 1993 zu einem Infarkt geführt habe (vgl. zu dieser Problematik OLG Hamm, ZLR 2001, 332; OLG Frankfurt a. M., Beschl. v. 16.03.2001 - 25 W 23/00, S. 14). Für eine Haftung nach dem Produkthaftungsgesetz - auch unter Einbeziehung der von Amts wegen zu berücksichtigenden Einschränkungen aus § 13 I 1 ProdHaftG - würde im Hinblick auf die bereits eingetretenen Gesundheitsschäden nicht allein der Hinweis auf eine möglicherweise generell ausreichende Mitursächlichkeit haftungsbegründender Umstände genügen, selbst wenn man das Vorliegen der Haftungsvoraussetzungen des Produkthaftungsgesetzes im Übrigen zu Gunsten des Kl. unterstellen würde. Es ist nicht dargelegt und ersichtlich, für welche nicht bereits vorhandenen Schäden eine Haftung nach dem Produkthaftungsgesetz überhaupt zum Tragen kommen könnte.

Letztlich kann die Frage der Anwendbarkeit des Produkthaftungsgesetzes jedoch dahinstehen, da eine Haftung nach diesen Regelungen ebenso wie eine Produkthaftung nach den Vorschriften der unerlaubten Handlung auch aus anderen Gesichtspunkten ausscheidet. Das LG hat zutreffend ausgeführt, dass einer Haftung der Bekl. als Zigarettenproduzentin der Umstand entgegensteht, dass die von ihr vertriebenen Zigaretten keine fehlerhaften Produkte darstellen.

B. Kein Konstruktionsfehler des Produkts "Zigarette"

Entgegen der Auffassung des Kl. ist ein haftungsrelevanter Konstruktionsfehler bei Zigaretten nicht zu bejahen, was gleichermaßen für den Bereich der unerlaubten Handlung wie die Regelungen des Produkthaftungsgesetzes gilt. Die vom Zigarettenrauchen für den Konsumenten ausgehenden Gefahren für die Gesundheit sowie die Gefahr des Abhängigwerdens bzw. der Entstehung einer Sucht sind seit langer Zeit in der gesamten Bevölkerung allgemein bekannt (vgl. OLG Frankfurt a. M., NJW-RR 2001, 1471 = ZLR 2001, 339; OLG Hamm, ZLR 2001, 332; LG Bielefeld, NJW 2000, 2514; LG Wiesbaden, ZLR 2001, 342; Kullmann, ZLR 2001, 231 [233]; Steffen, NJW 1996, 3062 [3063]). Der Kl. konnte in der Vergangenheit und kann auch heute daher ebenso wie die sonstigen Konsumenten von Zigaretten nicht erwarten, dass Zigaretten - etwa durch Weglassen jedweder Zusatzstoffe sowie durch Einbau jeglicher denkbarer Schutzmechanismen - so konstruiert werden, dass die produktimmanenten Gefahren des Zigarettenrauchens nicht mehr von ihnen ausgehen. Die typischerweise mit der Benutzung eines Produkts verbundenen und dem Verbraucher bekannten und von ihm grundsätzlich in kauf genommenen Gefahren braucht der Produzent nicht abzuwenden (vgl. BGH, NJW 1990, 906; Kullmann, ZLR 2001, 231 [233]). Bei der Frage, welche Gefahren der Allgemeinheit im Zusammenhang mit dem Rauchen von Zigaretten bekannt sind, ist dabei nicht entscheidend auf die medizinischen Einzelheiten der verschiedenen Erkrankungsbilder sowie die unterschiedlichen Ausprägungen von Zigarettenabhängigkeit abzustellen, sondern es ist ausreichend, dass die Kernproblematik zum allgemeinen Grundwissen gehört, was beim Zigarettenrauchen seit vielen Jahrzehnten der Fall ist.

Demgegenüber kann sich der Kl. nicht darauf berufen, dass eine Zigarettenproduktion ohne jegliche Zusatzstoffe zur Herstellung eventuell ungefährlicherer Zigaretten möglich sei und durch das Weglassen von Zusatzstoffen die zur Abhängigkeit führende Wirkung von Zigaretten reduziert werden könnte, wobei es nach Ansicht des Kl. auf die fehlende Rechtswidrigkeit der Beifügung dieser Zusatzstoffe nicht ankomme. Der Senat folgt der überwiegenden Auffassung, wonach Zigaretten nicht schon dann mit einem Konstruktionsfehler behaftet sind, wenn die vom Rauchen ausgehenden Gefahren vermeidbar wären (vgl. Kullmann, ZLR 2001, 231).

Die Beifügung von gesetzlich zulässigen Zusatzstoffen sowie Tabakbestandteilen kann nicht im

Hinblick auf möglicherweise bestehende, jedoch nicht näher einzugrenzende Gefahren als unzulässig und haftungsbegründend angesehen werden, da ein Produkt auch dann fehlerfrei ist, wenn die Verbraucher vermeidbare Gefahren in Kauf nehmen. In diesem Zusammenhang kann nicht unberücksichtigt bleiben, dass im Laufe der letzten Jahrzehnte eine Vielzahl von Rauchern - auch der streitgegenständlichen Zigarettenmarke - das Rauchen insgesamt aufgegeben oder aber die Zigarettenmarke bzw. das Tabakprodukt gewechselt haben, ohne dass sie hieran durch die zugelassenen Zusatzstoffe oder die Bestandteile des Rohtabaks in den Zigaretten gehindert worden wären.

Die Geltendmachung eines Produktfehlers durch die Beifügung zulässiger und in der Zigarettenindustrie allgemein gebräuchlicher Zusatzstoffe ist nicht geeignet, die Folgen des eigenen Rauchens auf den Zigarettenhersteller abzuwälzen. Die Reduzierung des Zigarettenkonsums durch den Kl. seit 1989 sowie nochmals seit etwa dem Jahre 2002 zeigt vielmehr nachhaltig, dass nicht die geltend gemachte Zuführung vorgeblich suchststeigernder Stoffe der entscheidende Faktor ist, sondern der einzelne Raucher. Das LG hat insoweit stimmig und überzeugend dargetan, dass sich die angeblich suchbeeinflussende Beifügung von Zusatzstoffen - insbesondere Ammoniak - beim Kl. ersichtlich nicht auf das Konsumverhalten ausgewirkt hat. Es kann deshalb dahinstehen, ob insoweit überhaupt ein hinreichend schlüssiger und überprüfbarer Sachvortrag vorliegt, der einer Beweisaufnahme zugänglich wäre. Nach dem Gesamtvorbringen des Kl., wonach er keine Kenntnis vom Produktionsprozess der Bekl. habe und der von ihm vorgebrachte bewusste Einbau suchstverstärkender Wirkstoffe eine "nicht beweisbare Vermutung" sei, spricht viel dafür, dass es sich bei der aufgestellten Behauptung lediglich um eine bloße "Behauptung ins Blaue" handelt und eine beweismäßige Überprüfung auf eine unzulässige Ausforschung hinauslaufen könnte. Aus den oben genannten Gründen bedarf es jedoch keiner weiteren Vertiefung und Entscheidung dieser Frage.

C. Kein Instruktionsfehler des Produkts Zigarette

Der Kl. kann sich für sein Begehren ebenfalls nicht auf einen Instruktionsfehler berufen, weil bei der bestimmungsgemäßen Verwendung des Produkts schädliche Wirkungen auftreten könnten und die Bekl. warnende Angaben und Hinweise unterlassen habe.

Im Ausgangspunkt ist davon auszugehen, dass die Bekl. die ihr gesetzlich obliegenden Warn- und Hinweispflichten in der Vergangenheit stets ordnungsgemäß erfüllt hat und es allein um die Frage

geht, ob einen Zigarettenhersteller darüber hinausgehende Warnpflichten in Bezug auf sein Produkt treffen. Diese Frage hat das LG in der angefochtenen Entscheidung unter Hinweis auf die übereinstimmende Rechtsprechung zu dieser Problematik mit Recht verneint, da die Anforderungen an die Hinweispflichten des Herstellers nicht überspannt werden dürfen (vgl. Kullmann, ZLR 2001, 231 [235]).

Instruktionspflichten bestehen nur im Rahmen der jeweiligen Verbrauchererwartung, so dass der Hersteller über solche Produktgefahren und Produktisiken keine Belehrung zu erteilen braucht, die zum allgemeinen Gefahrenwissen der Produktbenutzer gehören (vgl. OLG Hamm, ZLR 2001, 332 [333]; NJW 2001, 1654 [1655]; LG Wiesbaden, ZLR 2001, 342).

Wie bereits oben dargelegt wurde, war bereits im Jahre 1964 und davor in der Bevölkerung die Gefährlichkeit des Rauchens und der mit dem Rauchen verbundene Gewöhnungseffekt eines längerfristigen Rauchens, das heißt die Suchtproblematik, allgemein bekannt und geläufig (vgl. Kullmann, ZLR 2001, 231 [233]), auch wenn generell ein anderes Lebensgefühl und eine andere Grundeinstellung zu Gesundheitsfragen zu jener Zeit in der Bevölkerung vorhanden gewesen ist. Der Kl. hat nach seinem eigenen Vorbringen bereits im Jahre 1975 die ersten Entwöhnungsversuche begonnen, so dass sein eigenes Verhalten ebenfalls dafür spricht, dass die allgemeinen Gefahren des Rauchens schon lange allgemein kundig sind.

Nichts anderes ergibt sich aus den Ausführungen zum Gesetzentwurf des Produkthaftungsgesetzes. Ausweislich der BT-Dr 11/2447 (S. 18) hängt die Sicherheitserwartung der Verbraucher auch von der Natur des Produkts ab, so dass bei einigen Produkten Nebenwirkungen negativer Art hingenommen werden, weil es bekannt ist, dass sie in anderer Weise nicht herstellbar sind oder weil die Nebenwirkung, wie zum Beispiel die gesundheitliche Gefahr beim Verbrauch von Tabakwaren ... gleichsam produktimmanent ist.

Es kann deshalb weder für die Zeir vor noch für die Zeit nach In-Kraft-Treten des Produkthaftungsgesetzes in Bezug auf Zigaretten ein Instruktionsfehler angenommen werden, da Zigaretten den Sicherheitsanforderungen entsprechen, mit denen im Rahmen gesetzlicher Hinweispflichten billigerweise gerechnet werden kann. Denn es war und ist allgemein bekannt und geläufig, dass Rauchen für die Gesundheit gefährlich ist und der regelmäßige Konsum von Zigaretten zur Abhängigkeit (Sucht) führt oder führen kann.

D. Keine Haftung der Bekl. aus anderem Rechtsgrund

Auch aus anderweitigen rechtlichen Gesichtspunkten kommt eine Schadensersatzhaftung der Bekl. gegenüber dem Kl. nicht in Betracht, wobei insoweit zunächst auf die Ausführungen im angefochtenen Urteil Bezug genommen wird. Insbesondere besteht kein Anhalt für eine sittenwidrige vorsätzliche Schädigung der Bekl. nach § 826 BGB, da die unstreitige Einhaltung der technischen Regeln und gesetzlichen Sicherheitsvorschriften seitens der Bekl. es nahe legen, dass der betreffende Hersteller ein fehlerfreies und zulässiges Produkt anstrebt, nicht jedoch eine sittenwidrige Schädigung der Konsumenten. Der Umstand, dass es sich bei dem Zigarettenmarkt um ein von den verschiedenen Herstellern heftig umkämpftes und wirtschaftlich bedeutendes Geschäftsfeld handelt, rechtfertigt nicht schon den Vorwurf der sittenwidrigen Schädigung seitens eines einzelnen Herstellers.

Im Übrigen ist auch nicht ersichtlich, dass eine angebliche Ammoniakbehandlung im konkreten Fall des Kl. für seine Nikotinabhängigkeit und die hieraus resultierenden gesundheitlichen Beeinträchtigungen ursächlich geworden ist.

E. Unbegründetheit der Klage insgesamt

Da dem Kl. nach dem bisherigen Sach- und Streitstand kein Schadensersatzanspruch gegenüber der Bekl. zusteht, ist nicht nur der Klageantrag zu 3 auf Feststellung eines weiteren materiellen und immateriellen Zukunftsschadens unbegründet, sondern auch der Klageantrag zu 2 mit der zunächst auf Auskunft gerichteten Stufenklage. Er ist schon deshalb ohne Aussicht auf Erfolg, da die im Rahmen des Auskunftsanspruchs erforderliche Sonderverbindung der Parteien (vgl. Krüger, in: MünchKomm, 4. Aufl., § 260 Rz. 14) im Sinne eines Vertragsverhältnisses oder gesetzlichen Schuldverhältnisses nicht gegeben ist. Auf die darüber hinausgehenden Bedenken zur Zulässigkeit, die das LG näher unter Bezugnahme auf Rechtsprechung und Literatur ausgeführt hat, kommt es deshalb nicht mehr an.

Der Schriftsatz des Kl. vom 09.07.2004 gibt zu einer anderen Bewertung keine Veranlassung.

Die Rechtssache hat insbesondere keine grundsätzliche Bedeutung, da es insofern nicht auf die wirtschaftliche Bedeutung zwischen den Parteien ankommt, sondern auf die zu Grunde liegenden Rechtsfragen. Hierzu hat der Senat bereits darauf verwiesen, dass die Entscheidung in Übereinstimmung mit der gesamten vorhandenen Rechtsprechung und der ganz überwiegenden Auffassung in der Literatur steht.

Ferner ist auch keine Beweisaufnahme hinsichtlich des Vorwurfs der Suchtsteigerung durch Hinzufügen von Zusatzstoffen geboten, wobei auf die Ausführungen im Hinweisbeschluss des Senats unter 2 Bezug genommen wird. Ein Eingehen auf die weiteren Einwendungen des Kl. aus der Berufungsbe-

gründung ist deshalb nicht notwendig. Schließlich geben auch die weiteren Darlegungen des Kl., mit denen er seine abweichende Rechtsauffassung im Wesentlichen wiederholt, zu einer Bewertung im Sinne seines Vortrags keine Veranlassung.

Standort: Leasingvertrag

Problem: Fehlerhafte Übernahmebestätigung

BGH, URTEIL VOM 20.10.2004
VIII ZR 36/03 (NJW 2005, 365)

Problemdarstellung:

Der Leasingnehmer hatte hier den Angaben des Geschäftsführers der GmbH, die für die Leasinggeberin das Leasingobjekt - einen Hydraulikkran - liefern sollte, geglaubt und der Leasinggeberin schriftlich den Erhalt des ordnungsgemäßen Krans bestätigt, obwohl dieser noch nicht ausgeliefert war. Als sich die Versprechungen des Geschäftsführers, der Kran werde in Kürze geliefert, als haltlos erwiesen, hatte die Leasinggeberin bereits den der Lieferfirma geschuldeten Kaufpreis im Vertrauen auf die Übernahmebestätigung des Leasingnehmers gezahlt. Zwischenzeitlich war die Lieferantin auch noch in Insolvenz gefallen, so dass eine erfolgreiche Rückforderung des Kaufpreises nicht zu erwarten war. Daher verlangte die Leasinggeberin nun vom Leasingnehmer Schadensersatz wegen der unrichtig erteilten Übernahmebestätigung.

Hiermit hatte sie letztinstanzlich Erfolg, insbesondere da der BGH herausstellte, dass es sich bei der Abgabe einer ordnungsgemäßen Übernahmebestätigung um eine Pflicht des Leasingnehmers handelt, der hierdurch dem Leasinggeber auch die Kontrolle der ordnungsgemäßen Erfüllung des Kaufvertrages zwischen Leasinggeber und Lieferant ermöglichen soll. Insofern ließ sich das Verhalten und Wissen der Lieferantin bzw. ihres Geschäftsführers hinsichtlich der Übernahmebestätigung auch nicht gem. § 278 BGB (Verschuldenszurechnung) oder entsprechend § 166 I BGB (Wissenszurechnung) der Leasinggeberin zurechnen.

Prüfungsrelevanz:

Insbesondere das Finanzierungsleasing von Investitionsgütern, welches diesem Fall - in der klassischen Dreieckskonstellation zwischen Leasingnehmer, Leasinggeber und Lieferant des Leasinggutes - zu Grunde lag, nimmt in der Praxis immer größeren Raum ein und beschäftigt daher zunehmend die Gerichte. Die Schwierigkeit dieses Rechtsgebietes in der Examensvorbereitung liegt darin begründet, dass eine grundlegende Regelung des Vertragstyps im BGB fehlt. Das Finanzierungsleasing wird nur punktuell im Verbraucherschutzrecht angesprochen

(vgl. § 500 BGB), im übrigen werden jedenfalls grundsätzlich die §§ 535 ff BGB analog angewandt, sofern nicht gerade die Wesensunterschiede zwischen Miete und Leasing dem entgegenstehen. Eine aufmerksame Lektüre der zum Leasing veröffentlichten höchstrichterlichen Rechtsprechung ist vor diesem Hintergrund zu empfehlen.

Vertiefungshinweise:

- Abwälzung der Sach- und Preisgefahr durch AGB: *BGH*, RA 2004, 316 = *NJW* 2004, 1041
- Schadensersatzes nach Kündigung des Leasingvertrags: *BGH*, RA 2004, 645 = *NJW* 2004, 2823

Kursprogramm:

- Examenskurs*: "Hubschrauberleasing"

Leitsätze:

- 1. Der Lieferant, der im Auftrag des Leasinggebers das Leasingobjekt an den Leasingnehmer ausliefert, ist nicht Erfüllungsgehilfe des Leasinggebers im Hinblick auf die vom Leasingnehmer abzugebende Übernahmebestätigung (Abgrenzung zu *BGH*, *NJW* 1988, 204).**
- 2. Bestätigt der Leasingnehmer dem Leasinggeber die Übernahme des Leasingobjekts, obgleich dieses nicht an ihn übergeben worden ist, so ist er zum Ersatz des Schadens verpflichtet, den der Leasinggeber dadurch erleidet, dass er seinen Anspruch auf Rückzahlung des im Vertrauen auf die Richtigkeit der Übernahmebestätigung an den Lieferanten ausgezahlten Kaufpreises für das Leasingobjekt wegen Zahlungsunfähigkeit des Lieferanten nicht realisieren kann.**
- 3. Eine Schmälerung des Schadensersatzanspruchs des Leasinggebers wegen unterlassenen Hinweises auf die mangelnde Übereinstimmung der vom Leasinggeber vorformulierten Übernahmebestätigung mit dem tatsächlichen Lieferumfang kommt nicht in Betracht, wenn dem Leasingnehmer das Leasingobjekt vom Lieferanten nicht übergeben worden ist.**
- 4. Die Kenntnis des Lieferanten von der Unrichtigkeit der Übernahmebestätigung, die der Leasingnehmer dem Leasinggeber gegenüber abgibt, obgleich ihm das Leasingobjekt nicht über-**

geben worden ist, ist dem Leasinggeber nicht entsprechend § 166 BGB wie eigenes Wissen zuzurechnen.

Sachverhalt:

Der Bekl., der ein Holzbauunternehmen betreibt, unterzeichnete am 09.02.1999 einen an die Kl. gerichteten Antrag auf Abschluss eines Leasingvertrags über einen E-Hydraulik-Schnellmontagekran Typ X. Als Lieferantin ist die E-GmbH aufgeführt. Der Kaufpreis für den Kran ist mit 172.500,00 DM netto, die monatliche Leasingrate mit 3.053,25 DM netto und die Vertragslaufzeit mit 72 Monaten angegeben. Unter dem gleichen Datum unterzeichnete der Bekl. eine an die Kl. adressierte und von ihr unter Verwendung eines Vordrucks vorbereitete Abnahmebestätigung, die wie folgt lautete:

“Nach Prüfung bestätigen wir hiermit, die nachstehend näher bezeichnete Ausrüstung (Leasingobjekt) heute in ordnungsgemäßem, mängelfreiem, funktionsfähigem und fabrikneuem Zustand übernommen zu haben. Das übernommene Leasingobjekt entspricht der Bezeichnung im Leasingvertrag und allen mit dem Lieferanten getroffenen Vereinbarungen und Zusagen. Uns ist bekannt, dass L (= Kl.) den Kaufpreis für das Leasingobjekt abzüglich einer eventuell vereinbarten Leasingsonderzahlung erst nach Vorliegen dieser rechtsverbindlich unterzeichneten Abnahmebestätigung und im Vertrauen auf ihre Richtigkeit an den Lieferanten/Hersteller bezahlen wird.”

Als übernommenes Leasingobjekt ist in der Abnahmebestätigung “Ein E-Hydraulik-Schnellmontagekran samt Zubehör Typ X, Fabr.-Nr.: [...]” bezeichnet. Die Kl. bestätigte mit Schreiben vom 15.02.1999 den Eingang des Leasingantrags und der Abnahmebestätigung und übersandte dem Bekl. ein von ihr gegengezeichnetes Exemplar des Leasingvertrags. Ferner beglich sie den ihr von der Lieferantin mit 172.500,00 DM netto in Rechnung gestellten Kaufpreis für den Kran. Dieser wurde unstreitig nicht an den Bekl. ausgeliefert. Gleichwohl zahlte der Bekl. bis einschließlich September 1999 die vereinbarten Leasingraten. Nachdem weitere fällige Raten ausblieben, kündigte die Kl. Den Leasingvertrag Anfang Dezember 1999 fristlos. Der Bekl. berief sich auf eine sogenannte Referenzvereinbarung mit der Lieferantin, zu deren Abschluss ihn deren Geschäftsführer K bewogen hatte und nach deren Inhalt er berechtigt sein sollte, den geleasteten Kran gegen Erstattung der Leasingraten seitens der Lieferantin zwölf Monate lang kostenfrei zu nutzen und ihn anschließend zu erwerben, zu leasen oder zurückzugeben. K, so macht der Bekl. geltend, habe den Abschluss des Leasingvertrags als bloße Formsache hingestellt und seine Bedenken hinsichtlich der Abnahmebestätigung mit

dem Bemerkten zerstreut, der Kran sei bereits unterwegs, die Anlieferung werde sich jedoch etwas verzögern. Die Kl. begehrt von dem Bekl. wegen Abgabe der inhaltlich unrichtigen Abnahmebestätigung Schadensersatz in Höhe des an die inzwischen insolvente Lieferantin gezahlten Kaufpreises abzüglich der gezahlten Leasingraten. Das LG hat der Klage auf 151.127,25 DM antragsgemäß stattgegeben, das OLG hat sie auf die Berufung des Bekl. hin abgewiesen. Die zugelassene Revision führte zur Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Aus den Gründen:

A. Entscheidung und Begründung des BerGer.

Das BerGer. hat zur Begründung der Klageabweisung ausgeführt:

Der Kl. stehe ein Schadensersatzanspruch gegen den Bekl. wegen dessen unrichtiger Abnahmebestätigung nicht zu, weil die Kl. sich in diesem Zusammenhang das Wissen des Geschäftsführers K der Lieferantin des Krans zurechnen lassen und sich deshalb so behandeln lassen müsse, als habe sie ebenso wie K die Unrichtigkeit der Abnahmebestätigung des Bekl. gekannt. Diese sei daher für den Schaden der Kl. nicht kausal gewesen. K sei, als er den Bekl. veranlasst habe, die Abnahme des Leasingguts zu bestätigen, im Pflichtenkreis der Kl. als deren Erfüllungsgehilfe tätig geworden. Denn der Kl. habe es obliegen, das Leasinggut an den Leasingnehmer zu übermitteln und sich zu vergewissern, ob die Lieferung vertragsgemäß und mängelfrei erfolgt sei. Da sie hierbei keine eigenen Mitarbeiter eingesetzt, sondern sich des Vertreters K der Lieferantin bedient habe, sei dieser im Rahmen der Gebrauchsüberlassung als ihr Erfüllungsgehilfe tätig geworden. K habe auch nicht lediglich bei Gelegenheit seiner Tätigkeit als Abschlussgehilfe, sondern unmittelbar in Erfüllung der ihm übertragenen Aufgaben gehandelt. Zwar möge die Unterzeichnung der Abnahmebestätigung auch in seinem Interesse und dem der von ihm vertretenen Lieferantin gelegen haben. Dies ändere jedoch nichts daran, dass die Abnahmebestätigung für die Kl., auf deren Formularvordruck und für deren Zwecke erstellt worden sei. Dies genüge für die Zurechnung des Verhaltens des K und dessen hierbei erlangten Wissens. Die Handlung des Erfüllungsgehilfen müsse nur in den allgemeinen Umkreis des Aufgabenbereichs gehören, zu dessen Wahrnehmung er bestellt sei. Der Zusammenhang mit der Vertragserfüllung werde nicht dadurch unterbrochen, dass der Erfüllungsgehilfe von den Weisungen des Schuldners abweiche oder in seine eigene Tasche wirtschaften wolle. Die Voraussetzungen einer deliktischen Haftung des Bekl. seien

nicht substantiiert dargetan. Vertragliche Ansprüche der Kl. scheiterten daran, dass sie dem Bekl. das Leasinggut nicht zur Verfügung gestellt habe.

B. Entscheidung des BGH in der Revision

Diese Beurteilung ist nicht frei von Rechtsfehlern.

I. Verletzung der (vor-)vertraglichen Pflichten des Bekl. durch Abgabe der fehlerhaften Übernahmebestätigung

Nach der Rechtsprechung des erkennenden Senats liegt in der Abgabe einer unrichtigen Übernahmebestätigung eine (vor-)vertragliche Nebenpflichtverletzung des Leasingnehmers, die Schadensersatzansprüche des Leasinggebers auslöst, soweit dieser im Vertrauen auf die Richtigkeit der Übernahmebestätigung den Kaufpreis an den Lieferanten entrichtet und später seinen Rückzahlungsanspruch wegen Insolvenz des Lieferanten nicht verwirklichen kann (Senat, NJW 1988, 204). Der Schadensersatzanspruch des Leasinggebers kann allerdings gemindert sein, wenn der Leasinggeber oder der als sein Erfüllungsgehilfe tätige Lieferant es unterlassen hat, den Leasingnehmer auf die Unvollständigkeit des gelieferten Leasingobjekts und damit auf die Notwendigkeit einer entsprechenden Einschränkung der Übernahmebestätigung hinzuweisen (Senat, NJW 1988, 204 [unter A II 2 d]).

II. Keine Eigenschaft des Lieferanten als Erfüllungsgehilfe bei der Abgabe der Übernahmebestätigung

Darüber hinausgehend nimmt das BerGer. an, K sei auch bei der Abgabe der unrichtigen Übernahmebestätigung durch den Bekl. als Erfüllungsgehilfe der Kl. tätig geworden. Das ist nicht richtig.

1. Abgabe der Bestätigungspflicht des Leasingnehmers

Erfüllungsgehilfe ist, wer nach den tatsächlichen Verhältnissen des gegebenen Falls mit dem Willen des Schuldners bei der Erfüllung der diesem obliegenden Verbindlichkeit als seine Hilfsperson tätig wird (BGHZ 13, 111 [113] = NJW 1954, 1193; st. Rspr.). Der Lieferant ist deshalb Erfüllungsgehilfe des Leasinggebers, soweit er durch die Auslieferung des Leasingguts an den Leasingnehmer im Auftrag des Leasinggebers zur Erfüllung der diesem obliegenden Gebrauchsüberlassungspflicht tätig wird. Die davon zu unterscheidende Abgabe einer Übernahmebestätigung durch den Leasingnehmer ist dagegen keine Verbindlichkeit des Leasinggebers, sondern eine solche des Leasingnehmers gegenüber dem Leasinggeber. Dementsprechend obliegt es -entgegen der Auffassung des BerGer. - im Verhältnis zum Leasingnehmer auch nicht dem Leasinggeber, sich zu vergewissern, ob die

Lieferung vertragsgemäß und mängelfrei erfolgt ist. Vielmehr trifft den Leasingnehmer die (vor-)vertragliche Nebenpflicht, die Vollständigkeit und - soweit möglich - Mängelfreiheit des Leasingobjekts zu überprüfen und das Ergebnis dieser Überprüfung dem Leasinggeber zu bestätigen, wenn die Gebrauchsüberlassung an den Leasingnehmer unmittelbar durch den Lieferanten erfolgt, wie es leasingtypisch ist und auch im hier zu beurteilenden Fall geschehen sollte. Daraus folgt, dass die Mitwirkung des Lieferanten bei der Abgabe einer unrichtigen Übernahmebestätigung als solche dem Leasinggeber nicht nach § 278 BGB zugerechnet werden kann. Soweit dem Senatsurteil vom 01.07.1987 (NJW 1988, 204 [unter A II 2 d bb]) Abweichendes zu entnehmen sein sollte, hält der Senat daran nicht fest.

2. Keine Hinweispflicht der Kl. auf die Unrichtigkeit der Übernahmebestätigung

Eine Schadensersatzpflicht der Kl. gegenüber dem Bekl. wegen eines ihr gem. § 278 BGB zuzurechnenden Verhaltens des K folgt auch nicht daraus, dass K den Bekl. nicht auf die mangelnde Übereinstimmung zwischen dem Umfang des tatsächlich gelieferten und dem Inhalt der von ihr vorgefertigten Übernahmebestätigung hingewiesen hat. Denn eine solche Hinweispflicht bestand im Streitfall nicht. Sie soll den Leasingnehmer davor bewahren, die vom Leasinggeber vorformulierte, auf vollständige Übergabe des Leasingguts angelegte Übernahmebestätigung in der irrigen Annahme abzugeben, der Lieferant habe das Leasinggut vollständig (und mängelfrei) an ihn übergeben. Dafür besteht kein Bedürfnis, wenn der Leasingnehmer nicht im Zweifel darüber sein kann, dass das Leasingobjekt nicht (vollständig) an ihn übergeben worden ist. So verhält es sich, wenn - wie im Streitfall - der Leasingnehmer die Übernahmebestätigung abgibt, obwohl ihm das Leasingobjekt noch nicht übergeben worden ist. Ein Leasingnehmer, der wie der Bekl. eine unrichtige Übernahmebestätigung in Kenntnis ihrer Unrichtigkeit abgibt, bedarf keines Hinweises auf die Unrichtigkeit der Erklärung.

Eine der Kl. nach § 278 BGB zuzurechnende Verletzung einer vorvertraglichen Hinweispflicht lässt sich auch nicht damit begründen, dass K den Bekl. nicht auf die möglichen Haftungsfolgen der Abgabe einer unrichtigen Übernahmebestätigung hingewiesen hat. Denn insoweit war der Bekl. schon durch den in den Text der Übernahmebestätigung aufgenommenen Hinweis, dass die Kl. den Kaufpreis für das Leasingobjekt erst nach Vorliegen der rechtsverbindlich unterzeichneten Abnahmebestätigung und im Vertrauen auf ihre Richtigkeit an den Lieferanten bezahlen werde, hinreichend gewarnt.

3. *Unbeachtlichkeit der Ankündigung der baldigen Lieferung durch K*

Ob die Kl. sich die vom Bekl. behauptete wahrheitswidrige Äußerung des K, der Kran sei bereits unterwegs, die Anlieferung werde sich jedoch etwas verzögern, nach § 278 BGB zurechnen lassen muss, kann dahingestellt bleiben. Denn diese Äußerung war objektiv nicht geeignet, die nach seinen eigenen Angaben vorhandenen Bedenken des Bekl. im Hinblick auf die Unterzeichnung der Abnahmebestätigung zu zerstreuen. Nach dem Inhalt der von der Kl. vorformulierten Abnahmebestätigung musste dem Bekl. klar sein, dass seine vor Auslieferung des Krans abgegebene Übernahmebestätigung die Kl. veranlassen würde, den Kaufpreis an den Lieferanten zu zahlen, obwohl der Kran noch nicht geliefert worden war. Eben dies zu vermeiden, war - auch für den Bekl. erkennbar - Sinn und Zweck der ihm von der Kl. abverlangten Abnahmebestätigung. Es lag daher auf der Hand, dass der Bekl. die Abnahmebestätigung nicht schon im Vertrauen auf die Zusage des K, der Kran werde demnächst ausgeliefert, unterzeichnen durfte. Ks Äußerung hätte den Bekl. vielmehr veranlassen müssen, die Abnahmebestätigung inhaltlich entsprechend einzuschränken oder die Unterzeichnung der vorgedruckten Erklärung bis zur Auslieferung des Krans zurückzustellen.

4. *Abnahmebestätigung zählte nicht einmal zum Umkreis der Aufgaben des K*

Das nach der Darstellung des Bekl. für die Abgabe der unrichtigen Übernahmebestätigung mitursächliche Verhalten des K ist der Kl. auch nicht deswegen nach § 278 BGB zuzurechnen, weil es in den allgemeinen Umkreis des Aufgabenbereichs gehörte, zu dessen Wahrnehmung K von der Kl. bestellt war. Auch diese Erweiterung der Zurechnung greift nur ein, soweit die Hilfsperson im Pflichtenkreis des Schuldners, das heißt zur Erfüllung einer den Schuldner im Verhältnis zum Gläubiger treffenden Pflicht, tätig geworden ist. Daran fehlt es, soweit K den Bekl. nach dessen Darstellung zur Abgabe der unrichtigen Abnahmebestätigung veranlasst hat. Die Prüfung und Bestätigung der erfolgten Auslieferung des Leasingobjekts ist, wie bereits ausgeführt wurde, keine Verpflichtung des Leasinggebers gegenüber dem Leasingnehmer, sondern umgekehrt eine dem Leasingnehmer auferlegte Pflicht, deren Erfüllung es dem Leasinggeber ermöglichen soll, die Vertragserfüllung seitens des Lieferanten zu kontrollieren. Dem steht, anders als das BerGer. meint, nicht entgegen, dass die Abnahmebestätigung für die Kl., auf deren Formularvordruck und für deren Zwecke erstellt wurde. Die Übernahmebestätigung des Leasingnehmers hat bezogen auf das Leasingverhältnis die Funktion einer Quittung,

durch die der Leasingnehmer die Erfüllung der den Leasinggeber treffenden Gebrauchsüberlassungspflicht bestätigt, und in Bezug auf den Kaufvertrag die Funktion einer Kontrollmitteilung des Leasingnehmers über die Erfüllung der dem Lieferanten im Verhältnis zum Leasinggeber obliegenden Lieferpflicht. Dass die Übernahmebestätigung damit hinsichtlich beider Rechtsverhältnisse der Absicherung des Leasingnehmers dient, spricht eher gegen als für die Annahme, ihre Erteilung sei dem Pflichtenkreis des Leasinggebers zuzurechnen.

Die Kontrollfunktion, die der Übernahmebestätigung des Leasingnehmers im Hinblick auf die Erfüllung der Verkäuferpflicht des Lieferanten gegenüber dem Leasinggeber zukommt, verbietet es auch, die Erteilung der Übernahmebestätigung dem Umkreis des Aufgabenbereichs der Gebrauchsüberlassung zuzuordnen. Dies wäre mit der typischen Interessenlage beim Finanzierungsleasing nicht zu vereinbaren, die dadurch gekennzeichnet ist, dass der Leasingnehmer in aller Regel das Leasingobjekt nicht aus der Hand seines Vertragspartners, des Leasinggebers, entgegennimmt, sondern dass es direkt vom Lieferanten an den Leasingnehmer ausgeliefert wird. Mit dieser Auslieferung erfüllt der Leasinggeber im Verhältnis zum Leasingnehmer durch den Lieferanten als seinen Erfüllungsgehilfen die ihn treffende Gebrauchsüberlassungspflicht aus dem Leasingvertrag. Zugleich aber erfüllt der Lieferant mit der Übergabe des Leasingobjekts an den Leasingnehmer seine Lieferpflicht aus dem Kaufvertrag mit dem Leasinggeber. Insoweit tritt der Lieferant nicht als Erfüllungsgehilfe, sondern als Vertragsgegner des Leasinggebers in Erscheinung. Soweit der Lieferant mit der Auslieferung des Leasingobjekts eigene Verkäuferpflichten erfüllt, obliegt es dem Leasingnehmer, die Käuferinteressen des Leasinggebers für diesen wahrzunehmen und ihm die eigene Kontrolle ordnungsgemäßer Erfüllung des Kaufvertrags abzunehmen. Wollte man auch für diese Rechtsbeziehung dem Leasinggeber das durch gegenläufige Interessen gesteuerte Verhalten des Lieferanten nach § 278 BGB zurechnen, so liefe die mit der Übernahmebestätigung bezweckte, für die leasingtypische Vertragsabwicklung unverzichtbare Kontrolle des Lieferverhaltens leer.

III. *Keine Wissenszurechnung zu Lasten der Kl. analog § 166 I BGB*

Die Kl. muss sich Ks Wissen um die nicht erfolgte Lieferung des Krans schließlich auch nicht entsprechend § 166 BGB zurechnen lassen. Diese Bestimmung ist zwar nicht nur auf den rechtsgeschäftlichen Vertreter, sondern auch auf sonstige "Wissensvertreter" anwendbar, die nach der Arbeitsorganisation des Geschäftsherrn dazu berufen sind,

im Rechtsverkehr als dessen Repräsentant bestimmte Aufgaben in eigener Verantwortung zu erledigen und die dabei anfallenden Informationen zur Kenntnis zu nehmen und gegebenenfalls weiterzugeben (BGHZ 117, 104 [106f.] = NJW 1992, 1099; Senat, NJW 1996, 1205 = WM 1996, 824 [unter II 2 b bb]). Der Lieferant des Leasingobjekts ist jedoch in Bezug auf die Information über die vollständige und mängelfreie Auslieferung des Leasingguts an den Leasingnehmer nicht Wissensvertreter des Leasinggebers. Zur Einholung dieser Information bedient sich der Leasinggeber vielmehr - auch für den Leasingnehmer erkennbar - nicht des zu kontrollierenden Lieferanten selbst, sondern des Leasingnehmers, dem er zu diesem Zweck die Verpflichtung auferlegt, die Tatsache, den Umfang und die Qualität der erfolgten Lieferung des Leasingobjekts schriftlich zu bestätigen. Die Schadensersatzpflicht des Bekl. kann daher

auch nicht über eine Wissenszurechnung entsprechend § 166 BGB mit der Begründung verneint werden, die Unrichtigkeit der Übernahmebestätigung des Bekl. sei der Kl. bekannt gewesen und daher für den eingetretenen Schaden nicht kausal.

IV. Aufhebung des Berufungsurteils und eigene Sachentscheidung

Das angefochtene Urteil kann somit keinen Bestand haben (§ 562 I ZPO). Der Senat kann in der Sache selbst entscheiden, da weitere tatsächliche Feststellungen nicht zu erwarten sind (§ 563 III ZPO). Der Schaden, den die Kl. dadurch erlitten hat, dass sie im Vertrauen auf die unrichtige Übernahmebestätigung des Bekl. den Kaufpreis an den Lieferanten des Krans ausgezahlt hat, ist in Höhe des der Kl. in erster Instanz zuerkannten Betrags unstreitig. Infolgedessen ist die Berufung des Bekl. zurückzuweisen.

Standort: Kaufrecht

Problem: § 476 BGB nach Montage der Kaufsache

BGH, URTEIL VOM 22.11.2004
VIII ZR 21/04 (NJW 2005, 283)

Problemdarstellung:

In diesem Fall machte der Käufer eines Teichbeckens für seine private Gartenanlage Gewährleistungsrechte geltend, weil sich das Becken zwei Mal nach Installation durch eine Fachfirma als undicht erwiesen hatte. Der beklagte Verkäufer verweigerte die Gewährleistung, da er offensichtlich befürchtete, die mit dem Einbau befasste Fachfirma habe jeweils die Undichtigkeiten herbeigeführt. Der BGH stellte in seinem Revisionsurteil dagegen klar, dass dem Käufer hier die im Falle eines Verbrauchsgüterkaufes eingreifende Beweislastumkehr des § 476 BGB zur Hilfe kommt: Auch wenn Dritte vom Käufer mit der Montage der Kaufsache betraut werden, bleibt es im Verhältnis zum Unternehmer auf der Verkäuferseite grundsätzlich bei der Vermutung, dass ein binnen 6 Monaten seit Gefahrübergang i. S. d. § 446 BGB aufgetretener Mangel bereits zu diesem Zeitpunkt vorhanden gewesen ist.

Prüfungsrelevanz:

Die Gewährleistungsregeln der §§ 434 ff BGB sind von derartiger Examensrelevanz, dass hier auch die Kenntnis möglichst vieler Detailprobleme in der Prüfungsvorbereitung angestrebt werden sollte. Hierzu zählt auch die Frage der Handhabung des § 476 BGB bei bestimmungsgemäßem Einbau der Kaufsache durch Dritte.

Dass der BGH auch hier die Anwendbarkeit der Beweislastumkehr angenommen hat, ist im Sinne einer verbraucherfreundlichen Rechtsprechung zu

begrüßen, da gerade die Tatsache, dass die Kaufsache in den Händen Dritter gewesen ist, den Verkäufer sehr häufig dazu veranlassen mag, das Vorliegen des Mangels bereits bei Gefahrübergang in Abrede zu stellen.

Vertiefungshinweise:

- Zur Anwendbarkeit des § 476 BGB beim Gebrauchtwagenkauf: *OLG Celle*, RA 2004, 800 = NJW 2004, 3566
- Zusammenfassende Darstellung des Verbrauchsgüterkaufrechts: *Schindler*, JA 2004, 835

Kursprogramm:

- Examenskurs*: "Dolce vita"
- Examenskurs*: "Der defekte Synthesizer"
- Assessorkurs*: "Der versicherte PKW"
- Assessorkurs*: "Der verunfallte Rolls Royce"

Leitsatz:

Die Anwendung der Beweislastumkehr gem. § 476 BGB wird nicht schon deshalb ausgeschlossen, weil der Verbraucher die gekaufte Sache (hier: ein Teichbecken) durch einen Dritten hat einbauen lassen.

Sachverhalt:

Der Kl. kaufte von dem Bekl., der ein Fachhandelsgeschäft für Gartenartikel betreibt, am 11.07.2002 ein Teichbecken aus glasfaserverstärktem Kunststoff für seinen privaten Gebrauch. Das Teichbecken wurde dem Kl. am folgenden Tag durch Mitarbeiter des Bekl. geliefert. Anschließend ließ

der Kl. das Becken durch einen Fachbetrieb auf seinem Grundstück einbauen. Nach dem Befüllen des Teichbeckens zeigte sich, dass dieses undicht war. Der Kl. ließ das Becken am 24.07.2002 in den Betrieb des Bekl. zurückbringen. Zu diesem Zeitpunkt wies es einen Riss von 10 bis 15 cm Länge sowie weitere undichte Stellen auf. Der Bekl. nahm - ohne Anerkennung einer Rechtspflicht - Reparaturmaßnahmen vor. Das vom Kl. mit dem Einbau beauftragte Unternehmen holte das Teichbecken ab und baute es erneut ein; danach trat wiederum Wasser aus. Der Bekl. lehnte die Lieferung eines neuen Beckens sowie weitere Reparaturmaßnahmen ab. Mit Schriftsatz seiner Prozessbevollmächtigten vom 03.11.2002 erklärte der Kl. den Rücktritt vom Kaufvertrag. Der Kl. hat Rückzahlung des Kaufpreises von 645,00 Euro nebst Prozesszinsen Zug um Zug gegen Übergabe des Teichbeckens verlangt und die Feststellung begehrt, dass sich der Bekl. im Annahmeverzug befindet.

Das AG hat der Klage nach Durchführung einer Beweisaufnahme hinsichtlich des Zahlungsanspruchs stattgegeben und sie hinsichtlich des Feststellungsantrags abgewiesen. Auf die Berufung des Bekl. hat das LG die Klage insgesamt abgewiesen. Die vom BerGer. zugelassene Revision des Kl. führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

Aus den Gründen:

A. Entscheidung und Begründung des BerGer.

Das BerGer. hat ausgeführt:

Die Klage sei nicht begründet, weil der Kl. nicht bewiesen habe, dass das Teichbecken bereits bei Gefahrübergang undicht gewesen sei. Hierfür sei der Kl. beweispflichtig. Die Beweislastumkehr gem. § 476 BGB n. F. sei nicht zu Gunsten des Kl. anwendbar, da der vorliegende Sachverhalt nicht der Fallkonstellation entspreche, die in § 476 BGB habe geregelt werden sollen. Hintergrund der gesetzlichen Vermutung, dass eine innerhalb von sechs Monaten aufgetretene Vertragswidrigkeit schon zur Zeit der Lieferung bestanden habe, sei, dass der Verkäufer im Zeitpunkt der Übergabe die beste Sachkenntnis in Bezug auf das zu übergebende Verbrauchsgut habe und zu prüfen gehalten sei, ob es vertragsgemäß sei. Demgegenüber habe der Verbraucher erheblich schlechtere Möglichkeiten des Beweises. Vor diesem Hintergrund erscheine es nicht als sachgerecht, eine Beweislastumkehr eingreifen zu lassen, wenn im unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang mit der Übergabe der Kaufsache ein Dritter mit dieser befasst werde, sie zum Beispiel einbaue oder sonst bearbeite, und somit die konkrete Möglichkeit bestehe, dass der Mangel auch von diesem Dritten verursacht worden sein könne. Die Beweislast dafür, dass der Mangel bei

Übergabe vorgelegen habe, trage in diesem Fall der Käufer.

B. Entscheidung des BGH in der Revision

Die Ausführungen des BerGer. halten der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Die zulässige Revision des Kl. hat Erfolg und führt zur Aufhebung und Zurückverweisung der Sache an das BerGer.

I. Erfolglose Rüge eines Verstoßes gegen § 540 ZPO

Vergeblich rügt die Revision allerdings, das Berufungsurteil verstoße gegen § 540 ZPO, da es die Berufungsanträge nicht wiedergebe. Zutreffend geht die Revision zwar davon aus, dass nach § 540 I 1 Nr. 1 ZPO n. F. - der gem. § 26 Nr. 5 EGZPO auf das Berufungsverfahren anzuwenden ist, da die mündliche Verhandlung vor dem AG am 31.03.2003 geschlossen wurde - die wörtliche oder zumindest sinngemäße Aufnahme der Berufungsanträge in das Berufungsurteil nicht entbehrlich (Senat, BGHZ 154, 99 [100 f.] = NJW 2003, 1743; Urt. V. 26.05.2004 - VIII ZR 314/03 [unter II 1], jew. m. w. N.). Dieser Anforderung wird das angefochtene Urteil, das im Übrigen zulässigerweise auf den Tatbestand des erstinstanzlichen Urteils Bezug nimmt (§ 540 I 1 Nr. 1 ZPO), indessen gerecht. Aus dem Urteilszusammenhang erschließt sich, dass der Bekl. als Berufungskl. den Antrag gestellt hat, unter Abänderung des angefochtenen Urteils die Klage abzuweisen. Dies ergibt sich bereits aus den Ausführungen des BerGer., die Berufung habe in der Sache Erfolg und die Klage sei abzuweisen. Dem entspricht der Tenor des Berufungsurteils. Dass der Kl. das erstinstanzliche Urteil verteidigt und er demgemäß die Zurückweisung der Berufung beantragt hat, ergibt sich ebenfalls aus dem Sinnzusammenhang des angefochtenen Urteils.

II. Erfolgreiche Rüge der Nichtanwendung des § 476 BGB

Die Revision beanstandet dagegen mit Erfolg, dass das BerGer. die in § 476 BGB für den - hier vorliegenden - Verbrauchsgüterkauf (§ 474 I 1 BGB) neu geregelte Beweislastumkehr mit der Begründung für unanwendbar gehalten hat, es sei nicht sachgerecht, die Beweislastumkehr eingreifen zu lassen, wenn im unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang mit der Übergabe der Kaufsache ein Dritter mit dieser befasst gewesen sei und somit die konkrete Möglichkeit bestehe, dass der Sachmangel auch von diesem Dritten verursacht worden sein könnte. Eine solche Einschränkung des § 476 BGB ist weder dem Wortlaut der Regelung zu entnehmen, noch ist sie unter Berücksichtigung des Gesetzeszwecks gerechtfertigt.

Gemäß § 476 BGB wird vermutet, dass die Sache

bereits bei Gefahrübergang mangelhaft war, wenn sich innerhalb von sechs Monaten seit diesem Zeitpunkt ein Sachmangel zeigt, es sei denn, dass diese Vermutung mit der Art der Sache oder des Mangels unvereinbar ist. Der Wortlaut des § 476 BGB bietet keinen Anhaltspunkt für die Annahme des BerGer., die Regelung sei bereits dann nicht anzuwenden, wenn der Käufer, wie vorliegend der Kl., den bestimmungsgemäßen Einbau der Sache einem Dritten überlässt. § 476 BGB setzt in seinem ersten Halbsatz lediglich voraus, dass sich innerhalb von sechs Monaten seit Gefahrübergang ein Sachmangel zeigt. Diese Voraussetzung ist nach den vom AG getroffenen Feststellungen, auf die das BerGer. Bezug genommen hat, erfüllt, da das Teichbecken bereits wenige Tage nach der Anlieferung am 12.07.2002 undicht war. Feststellungen, dass die gesetzliche Vermutung im vorliegenden Fall mit der Art der Sache oder des Mangels nicht vereinbar ist (§ 476 Halbs. 2 BGB), hat das BerGer. nicht getroffen.

Auch der Zweck des § 476 BGB rechtfertigt es nicht, die gesetzliche Vermutung und die damit einhergehende Umkehr der Beweislast von vornherein dann nicht anzuwenden, wenn der Käufer die Sache durch einen Dritten einbauen lässt. Die Vorschrift bezweckt den Schutz des Verbrauchers. Sie enthält eine in zeitlicher Hinsicht wirkende Vermutung, dass ein innerhalb von sechs Monaten seit Gefahrübergang aufgetretener Mangel bereits zu diesem Zeitpunkt vorlag (vgl. Senat, NJW 2004, 2299 = W M 2004, 1489 [unter II 2 a], zur Veröff. in BGHZ bestimmt). Nach den Gesetzesmaterialien liegt die Rechtfertigung der Beweislastumkehr, wie das BerGer. zutreffend ausgeführt hat, in den schlechteren Beweismöglichkeiten des Verbrauchers und den - jedenfalls in engem zeitlichem Zusammenhang mit der Übergabe - ungleich besseren

Erkenntnismöglichkeiten des Unternehmers (Begr. z. Entw. eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, BT -Dr 14/6040, S. 245).

Das BerGer. hat nicht beachtet, dass der Verbraucher, der den bestimmungsgemäßen Einbau der Sache einem Dritten überlässt, hinsichtlich des Nachweises ihrer Beschaffenheit im Zeitpunkt des Gefahrübergangs in gleichem Maße schutzwürdig ist wie der Verbraucher, der die Sache selbst einbaut. Es ist kein Grund dafür ersichtlich, im Verhältnis zum Verkäufer den einen Verbraucher schlechter zu stellen als den anderen. Einerseits werden die in der Gesetzesbegründung aufgezeigten Beweisschwierigkeiten des Käufers hinsichtlich der Beschaffenheit der Sache im Zeitpunkt des Gefahrübergangs nicht dadurch verringert, dass er die Sache durch einen Dritten einbauen lässt; andererseits begründet es für die Erkenntnismöglichkeiten des Verkäufers hinsichtlich des Zustands der Sache im Zeitpunkt des Gefahrübergangs regelmäßig keinen Unterschied, ob der Käufer die Sache nach ihrer Übergabe selbst einbaut oder ob er einen Dritten damit betraut.

III. Zurückverweisung des Rechtsstreites an das BerGer.

Das BerGer. durfte daher dem Kl. die Beweislastumkehr des § 476 BGB nicht mit der gegebenen Begründung versagen. Da der Rechtsstreit nicht zur Endentscheidung reif ist, kann der Senat nicht in der Sache selbst entscheiden (§ 563 III ZPO). Das BerGer. wird auf der Grundlage der nach § 529 ZPO maßgeblichen Tatsachen zu prüfen haben, ob die Bekl. die Vermutung des § 476 BGB eingeräumt hat und ob danach eine vom erstinstanzlichen Urteil abweichende Entscheidung gerechtfertigt ist (§ 513 ZPO).

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.

*Strafrecht***Standort: § 306 a I Nr. 1 StGB****Problem: Entwidmung bei Vorbehalt**

BGH, BESCHLUSS VOM 29.10.2004
2 STR 381/04 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte hatte andere dazu veranlasst, das von ihm bewohnte Haus in Brand zu setzen, um seiner Hausratsversicherung Einrichtungsgegenstände, die er tatsächlich beiseite geschafft hatte, als durch das Feuer zerstört zu melden. Daraufhin hatten Dritte das Haus, das der Stadt B. gehörte und dem Angeklagten nur zur Verfügung gestellt worden war, niedergebrannt. Eine Auszahlung der Schadenssumme erfolgte jedoch nicht. Das Landgericht Bad Kreuznach hatte den Angeklagten wegen Anstiftung zur besonders schweren Brandstiftung (§§ 306 a I Nr. 1, 306 b II Nr. 2, 26 StGB) verurteilt. Der BGH hob dieses Urteil auf, da das Vorliegen einer schweren Brandstiftung gem. § 306 a I Nr. 1 StGB nicht nachgewiesen sei.

Prüfungsrelevanz:

Brandstiftungsdelikte zählen nicht nur deshalb, weil sie einige spezielle Probleme enthalten, sondern insb. auch weil sie gut mit Vermögensdelikten kombiniert werden können - beides verdeutlicht der vorliegende Fall sehr schön - zu beliebten Themen im Examen.

Nur ganz kurz behandelt der BGH im vorliegenden Fall die Frage, welche Anforderungen an die Absicht, "eine andere Straftat zu ermöglichen", die gem. § 306 b II Nr. 2 StGB bei der schweren Brandstiftung gem. § 306 a StGB einen qualifizierenden Umstand darstellt, zu stellen sind. Ein Teil der Literatur verlangt insofern, dass der Täter gerade die spezifischen Auswirkungen der durch die Brandstiftung begründeten Gemeingefahr (Verwirrung, Panik usw.) zur Begehung einer anderen Straftat ausnutzen will, was einen engen raum-zeitlichen Zusammenhang zwischen der Brandstiftung und der zu ermöglichenden Tat voraussetzt (Geppert, Jura 1998, 597; SK-Horn, § 306 b Rn. 12; Tröndle/Fischer, § 306 b Rn. 9 mwN). Begründet wird dies vor allem mit dem Wortlaut des § 307 Nr. 2 StGB a.F. ("Ausnutzen zur Begehung") sowie der hohen Mindeststrafe des § 306 b II StGB. Nach dieser Auffassung handelt insb. ein Täter, der durch eine schwere Brandstiftung einen späteren Betrug zum Nachteil der Brand- oder Hausratsversi-

cherung ermöglichen will, nicht in der gem. § 306 b II Nr. 2 StGB erforderlichen Absicht. Der BGH folgt jedoch auch im vorliegenden Fall (wie früher auch) der Gegenauffassung, die - vor allem im Hinblick auf den vergleichbaren Wortlaut von §§ 211 II, 315 c III Nr. 1 b StGB - keine Absicht zur Ausnutzung spezifischer Brandgefahren verlangt (BGH, NStZ-RR 2004, 366; Krey, BT2, Rn. 765 a), so dass insb. derjenige Täter unter § 306 b II Nr. 2 StGB fällt, der durch den Brand einen späteren Betrug zum Nachteil der Versicherung ermöglichen will.

Weiter befasst sich der BGH mit dem Problem der Entwidmung eines Wohngebäudes i.R.v. § 306 a I Nr. 1 StGB. Ein Gebäude kommt nur dann als Tatobjekt dieses Delikts in Betracht, wenn es "der Wohnung von Menschen dient". Es unterfällt also nicht (mehr) dem Tatbestand des § 306 a I Nr. 1 StGB, wenn es im Tatzeitpunkt nicht (mehr) dem Wohnen von Menschen dient. Dabei wird die Eigenschaft als Wohngebäude nicht bereits dadurch aufgehoben, dass die Bewohner abwesend sind, selbst bei einer mehrmonatigen Abwesenheit z.B. wegen eines Urlaubs (BGHSt 26, 121; Geppert, Jura 1989, 420; Tröndle/Fischer, § 306 a Rn. 4 mwN). Ein Gebäude dient jedoch dann nicht mehr der Wohnung von Menschen, wenn dort kein Mensch mehr seinen Lebensmittelpunkt haben will (sog. "Entwidmung", vgl. Schönke/Schröder-Heine, § 306 a Rn. 5). Für diese Entwidmung reicht es aus, wenn der einzige Bewohner das Gebäude in Brand setzt oder in Brand setzen lässt oder alle Bewohner an der Brandlegung beteiligt sind (BGH, wistra 1994, 21; NJW 1999, 32), wobei eine Vertretung der anderen Mitbewohner jedoch grundsätzlich ausgeschlossen ist (BGH, NStZ 1988, 71; anders bei Vertretung minderjähriger Kinder durch die Eltern (BGH, NStZ 1999, 32)). Im vorliegenden Fall betont der BGH, dass bei Zweifeln nach dem Grundsatz "in dubio pro reo" davon ausgegangen werden muss, dass sämtliche Mitbewohner von der Brandstiftung wussten und damit einverstanden waren, so dass das Gebäude nicht mehr der Wohnung von Menschen dient. Der BGH betont dabei, dass eine Entwidmung selbst dann möglich ist, wenn das Haus nicht im Eigentum der Bewohner steht, sondern diese nur berechnigte Fremdbesitzer sind (BGH, MDR 1993, 721; LG Düsseldorf NStZ 1981, 224) und dass eine Entwidmung auch dann

gegeben ist, wenn der Täter sich vorbehält, für den Fall des Fehlschlagens der Brandstiftung weiterhin in dem Gebäude zu wohnen (BGH, StV 2001, 577; Tröndle/Fischer, § 306 a Rn. 4 a).

Vertiefungshinweise:

□ Zur Ermöglichungsabsicht i.S.v. § 306 b II Nr. 2 StGB: BGH, NJW 2000, 226; NStZ 2000, 197; NStZ-RR 2004, 366; Ellbogen, Jura 1998, 483; Geppert, Jura 1998, 597; Hecker, GA 1999, 332; Mitsch, ZStW 111, 114; Radtke, JR 2000, 428; Rönna, JuS 2001, 328; Schlothauer, StV 2000, 138;

□ Zur Entwidmung von Wohngebäuden i.R.v. § 306 a I Nr. 1 StGB: BGHSt 16, 394; BGH, NStZ 1994, 130; StV 2001, 576 f.; Geppert, Jura 1989, 420; Horn/Hoyer, JZ 1987, 976; Radtke, ZStW 110, 866;

Kursprogramm:

□ Examenskurs: "Kein Humor"

Leitsätze (der Redaktion):

1. Zur Erfüllung des Qualifikationstatbestands des § 306 b Abs. 2 Nr. 2, 1. Fall StGB ist nicht erforderlich, dass die zu ermöglichende andere Straftat gerade unter Ausnutzung der spezifischen situativen Auswirkungen des Brandes begangen werden soll.

2. Die Aufgabe des Willens, das Gebäude weiter zu bewohnen, durch sämtliche Bewohner nimmt dem Tatobjekt auch dann die von § 306 a Abs. 1 Nr. 1 StGB vorausgesetzte Zweckbestimmung, wenn die Bewohner nicht Eigen-, sondern berechnete unmittelbare Fremdbesitzer sind.

3. Für die Frage der Entwidmung im Rahmen von § 306 a I Nr. 1 StGB kommt es nicht darauf an, ob ein die Zweckbestimmung eines Wohngebäudes aufgebender Nutzer das Gebäude für den Fall des Fehlschlagens der Brandlegung weiter bewohnen will.

Sachverhalt:

Der Angeklagte H beschloss im Februar oder Anfang März 2002, das Einfamilienhaus, das ihm und seiner Familie von der Stadt B. als Wohnung zur Verfügung gestellt worden war, durch einen unbekannt gebliebenen Dritten in Abwesenheit der Familie anzünden zu lassen, um sich zu Unrecht Leistungen aus einer hohen Hausratsversicherung zu beschaffen. Zur Vorbereitung der Tat wurden - möglicherweise vom Angeklagten selbst, möglicherweise durch einzelne seiner Söhne, die gleichfalls in dem Anwesen wohnten, unter Umständen auch durch Dritte auf Veranlassung des Angeklagten - zahlreiche versicherte Gegenstände, insbeson-

dere auch Möbel, aus dem Haus entfernt. Zwei Tage vor der geplanten Tat begab sich der Angeklagte, um allen Familienangehörigen ein sicheres Alibi zu verschaffen und weil kein Mitglied der Familie durch den Brand gefährdet werden sollte, zusammen mit allen anderen Bewohnern des Anwesens auf eine mehrtägige Reise. Der Brand wurde von einem unbekanntem Täter auf Veranlassung des Angeklagten wie geplant gelegt. Das Haus wurde hierdurch vollständig zerstört. Den Brandschaden am Hausrat in Höhe von 52.404 DM machte der Angeklagte bei der Versicherung geltend; hierbei unterstützte ihn, da er Analphabet ist, die Angeklagte K, die damalige Verlobte eines seiner Söhne. Die Versicherung leistete keine Zahlung. Die Gebäudeversicherung leistete an die Stadt B. 346.000 DM.

Aus den Gründen:

I. Entscheidung des Landgerichts

Das Landgericht hat den Angeklagten M H wegen Anstiftung zur besonders schweren Brandstiftung und versuchten Betrugs zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von fünf Jahren und sechs Monaten verurteilt, die Angeklagte K H wegen Betrugs zu einer Freiheitsstrafe von sechs Monaten, deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt wurde, und die Angeklagte K wegen Beihilfe zu dem vom Angeklagten M H begangenen versuchten Betrug zu einer Geldstrafe von 50 Tagessätzen zu je 5 Euro. Die Revision des Angeklagten M H führt mit der Sachrüge zur Aufhebung der Verurteilung wegen Anstiftung zur besonders schweren Brandstiftung und der Gesamtstrafe. Im übrigen sind die Revisionen unbegründet im Sinne von § 349 Abs. 2 StPO.

II. Entscheidung des BGH

1. Zur Revision des Angeklagten M H

Auf die Feststellungen [des Landgerichts] konnte die Verurteilung wegen Anstiftung zur besonders schweren Brandstiftung nicht gestützt werden.

a. Zu den Anforderungen des § 306 b II Nr. 2 1. Fall StGB

Zwar decken die Angriffe der Revision gegen die Beweiswürdigung einen Rechtsfehler nicht auf. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist, entgegen einer in der Literatur vertretenen einschränkenden Auslegung (vgl. dazu Tröndle/Fischer StGB 52. Aufl. § 306 Rdn. 9 ff. m.w.N.), auch zur Erfüllung des Qualifikationstatbestands des § 306 b Abs. 2 Nr. 2, 1. Var. StGB nicht erforderlich, dass die zu ermöglichende andere Straftat gerade unter Ausnutzung der spezifischen situativen Auswirkungen des Brandes begangen werden soll, wie dies § 307 Nr. 2 a.F. StGB voraussetzt;

ausreichend ist vielmehr auch die Absicht, nach Beendigung des Brandes einen Betrug zum Nachteil der Brandversicherung zu begehen (vgl. BGHSt 45, 211, 216 ff.; NStZ 2000, 197, 198; NJW 2000, 3581; BGH, Beschl. vom 19. August 2004 - 3 StR 186/04).

b. Zum Vorliegen einer Tat gem. § 306 a I Nr. 1 StGB

Es mangelt aber schon an hinreichenden Feststellungen zum Vorliegen einer Haupttat nach § 306 a StGB, die von § 306 b Abs. 2 Nr. 2 StGB vorausgesetzt wird.

In Betracht kommt hier, wie das Landgericht zutreffend gesehen hat, allein eine Tat nach § 306 a Abs. 1 Nr. 1 StGB in der Tatvariante des Inbrandsetzens eines Gebäudes, das der Wohnung von Menschen dient. Eine solche Räumlichkeit (zur nur exemplarischen Aufführung des Begriffs "Gebäude" in § 306 a Abs. 1 Nr. 1 StGB vgl. BGHSt 48, 14, 18) stellte das allein von der Familie des Angeklagten bewohnte Wohnhaus ursprünglich unzweifelhaft dar.

Das Landgericht hat aber, wie die Revision zutreffend rügt, rechtsfehlerhaft nicht geprüft, ob die Zweckbestimmung des Gebäudes zu Wohnzwecken vor der Brandlegung von sämtlichen Bewohnern aufgegeben wurde (vgl. BGHSt 10, 215; 16, 396; 26, 122; BGH NStZ 1988, 71; 1994, 130). Eine solche Aufgabe des Willens, das Gebäude weiter zu bewohnen, durch sämtliche Bewohner nimmt dem Tatobjekt auch dann die von § 306 a Abs. 1 Nr. 1 StGB vorausgesetzte Zweckbestimmung, wenn die Bewohner wie hier nur allein berechnigte unmittelbare Fremdbesitzer sind (Senatsbeschluss vom 10. Februar 1992 - 2 StR 475/92, MDR 1993, 721; ebenso LG Düsseldorf NStZ 1981, 224).

Dass die Familienangehörigen des Angeklagten an der Tat beteiligt oder in die Planungen eingeweiht waren, hat das Landgericht zwar nicht festgestellt. Es ist aber auch nicht positiv festgestellt, dass mindestens ein Mitglied der Familie nicht in den Tatplan eingeweiht war. Die Mitangeklagte K H ist vom Vorwurf der Beteiligung an der Tat in Anwendung des Zweifelssatzes freigesprochen worden; hinsichtlich der Mitangeklagten K - die im übrigen nach den Feststellungen gar nicht im Haus selbst, sondern in einem auf dem Grundstück aufgestellten Wohnwagen wohnte - führen die Urteilsgründe nur aus, der Tatrichter habe "keine Anhaltspunkte dafür, dass K die Hintergründe des Brandes kannte". Eine positive Feststellung, dass die Mitangeklagten von der geplanten Tat nicht wussten, hat das Landgericht damit entgegen der Auffassung des Generalbundesanwalts nicht getroffen; vielmehr lag nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme das Gegenteil nahe. Dasselbe gilt von den übrigen Mitbe-

wohnern, hinsichtlich derer das Landgericht Indizien für eine Tatbeteiligung oder zumindest für eine Mitwisserschaft angeführt hat. Ließ sich aber eine Kenntnis und Zustimmung der Mitbewohner zur Aufgabe der Zweckbestimmung nicht ausschließen, so war sie im Zweifel zugunsten des Angeklagten anzunehmen. Anhaltspunkte dafür, dass die bestimmende Position, die der Angeklagte in der Familie einnimmt, zur Unwirksamkeit entsprechender Einwilligungen geführt hätte, lassen sich den Feststellungen entgegen der Auffassung des Generalbundesanwalts nicht entnehmen.

c. Zur Aufgabe der Zweckbestimmung bei Vorbehalt

Eine Erörterung der Rechtsfrage war auch nicht, wie der Generalbundesanwalt meint, deshalb entbehrlich, weil der Angeklagte und gegebenenfalls die Mitbewohner die Zweckbestimmung möglicherweise nur unter dem Vorbehalt des Gelingens der geplanten Brandstiftung aufgegeben haben. Feststellungen hierzu fehlen im Urteil; sie können auch nicht, wie der Generalbundesanwalt meint, durch eine eigene Würdigung des Senats ersetzt werden. Der Bundesgerichtshof hat schon entschieden, dass es darauf, ob ein die Zweckbestimmung eines Wohngebäudes aufgebender Nutzer das Gebäude für den Fall des Fehlschlagens der Brandlegung weiter bewohnen will, nicht ankommt (BGH NStZ-RR 2001, 330; vgl. auch Tröndle/Fischer aaO § 306 a Rdn. 4 a). Der Senat sieht keinen Anlass, hiervon abzuweichen. Würde festgestellt oder ließe sich nicht ausschließen, dass der Wohnzweck von allen Bewohnern aufgegeben wurde, so wäre der Angeklagte nur wegen Anstiftung zur Brandstiftung gemäß § 306 Abs. 1 Nr. 1 StGB zu bestrafen (vgl. Tröndle/Fischer aaO § 26 Rdn. 8 m.w.N.).

Das Landgericht hat die rechtliche Problematik ersichtlich übersehen; es fehlen im Urteil daher Erörterungen sowie hinreichend sichere Feststellungen hierzu. Die Verurteilung hat daher keinen Bestand.

d. Zur Verurteilung wegen versuchten Betrugs

Die Verurteilung wegen versuchten Betrugs ist von dem Rechtsfehler nicht berührt und kann bestehen bleiben. Das gilt auch für die insoweit verhängte Einzelstrafe; die Gesamtstrafe war dagegen aufzuheben.

2. Zur Revision der Angeklagten K H

Die Prüfung des Urteils aufgrund der von der Angeklagten K H erhobenen Sachrüge ergibt keinen Rechtsfehler zum Nachteil dieser Angeklagten; ihre Revision ist unbegründet im Sinne von § 349 Abs. 2 StPO.

3. Zur Revision der Angeklagten K

Der Schuldspruch hinsichtlich der Angeklagten K ist rechtsfehlerfrei. Der Strafausspruch ist allerdings insoweit rechtsfehlerhaft, als das Landgericht der Zumessung den - zweimal gemilderten - Strafrahmen des § 263 Abs. 3 Nr. 5 StGB zugrunde gelegt hat. Voraussetzung hierfür wäre, dass die Angeklagte von dem Umstand Kenntnis hatte, dass die versicherten Sachen zum Zweck des Betrugs in Brand gesetzt worden waren. Das steht mit den Feststellungen nicht in Einklang; danach hat das Landgericht für eine solche Kenntnis gerade "keine Anhaltspunkte" gesehen.

Die Annahme einer rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung kann der Senat nicht überprüfen, weil es an hinreichenden Feststellungen dazu fehlt,

ob und gegebenenfalls welche Maßnahmen während der mitgeteilten Zeiträume erfolgten und welche justizinternen Versäumnisse einer Verfahrensförderung entgegenstanden. Das kann aber hier dahinstehen, da die Angeklagte durch die Strafmilderung nicht beschwert ist.

Der Rechtsfehler bei der Strafrahmenbestimmung führt hier in Anwendung des § 354 Abs. 1 a StPO nicht zur Aufhebung des Strafausspruchs. Die aus dem gemäß § 23 Abs. 2 und § 27 Abs. 2 in Verbindung mit § 49 Abs. 1 StGB doppelt gemilderten Strafrahmen bestimmte milde Strafe von 50 Tagesstrafen zu je 5 Euro ist im Ergebnis angemessen und nicht zu beanstanden.

Standort: § 52 StGB

Problem: Verklammerung

BGH, URTEIL VOM 28.10.2004

4 STR 268/04 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte hatte einen Gläubiger unter Bedrohung mit einem Messer und einer Pistole dazu gezwungen, den Erhalt eines vom Angeklagten geschuldeten aber tatsächlich nicht gezahlten Kaufpreises zu quittieren. Als der Gläubiger den Angeklagten nach Anfertigen der Quittung daran hindern wollte zu gehen, erstach der Angeklagte ihn. Als dessen Freundin zufällig hinzutrat und das Geschehen bemerkte, erstach der Angeklagte auch diese.

Das Landgericht Münster hatte den Angeklagten wegen zweifachen Mordes und versuchter räuberischer Erpressung mit Todesfolge in Tateinheit verurteilt. Der BGH hob das Urteil auf, da die versuchte räuberische Erpressung mit Todesfolge nicht geeignet sei, die beiden Morde zu einer Tateinheit zu verklammern.

Prüfungsrelevanz:

In beiden Examen werden zumindest Grundkenntnisse zu den Konkurrenzen erwarten, wenn diese auch nur selten den Schwerpunkt einer Examensaufgabe darstellen. Hierbei ist jedoch die im vorliegenden Fall vom BGH angesprochene Konstellation der Verklammerung sicher eine der schwierigsten und ihre Kenntnis unerlässlich.

Verwirklicht der Täter mehrere Straftatbestände rechtswidrig und schuldhaft, so stellt sich die Frage, in welchem Konkurrenzverhältnis diese Delikte stehen. Hierbei ist zunächst zu prüfen, ob die verschiedenen Delikte durch dieselbe Handlung (Handlungseinheit) oder durch unterschiedliche Handlungen (Handlungsmehrheit) verwirklicht wurden. Vorbehaltlich eventueller Gesetzeskon-

kurrenzen stehen die Delikte im Falle der Handlungseinheit zueinander in Idealkonkurrenz (§ 52 StGB), im Falle der Handlungsmehrheit in Realkonkurrenz (§ 53 StGB). Eine Handlungseinheit ist nicht nur dann gegeben, wenn der Täter durch dieselbe Körperbewegung mehrere Tatbestände verwirklicht (sog. Handlung im natürlichen Sinne), sondern auch in Fällen, in denen mehrere Handlungen im natürlichen Sinne aus tatsächlichen (natürliche Handlungseinheit) oder rechtlichen Gründen (juristische Handlungseinheit) zusammen gezogen werden (vgl. den Überblick bei Schönke/Schröder-Stree, Vor §§ 52 ff. Rn. 10 ff.). Einer der Fälle der juristischen Handlungseinheit ist die sog. "Verklammerung". Eine solche kommt dann in Betracht, wenn die Handlungen zweier Delikte sich zwar nicht miteinander überschneiden (so dass sie an sich eine Handlungsmehrheit bilden würden), eine Überschneidung jedoch jeweils mit einem dritten Delikt besteht, das dann die beiden anderen Delikte zu einer Handlungseinheit "verklammert". Während die Rechtsprechung früher eine Klammerwirkung bereits dann ausgeschlossen hatte, wenn auch nur eines der zu verklammernden Delikte schwerer wog als das Klammerdelikt (vgl. BGHSt 3, 165), geht sie heute davon aus, dass nur zwischen einem der zu verklammernden Delikte und dem Klammerdelikt eine annähernde Wertgleichheit zu bestehen braucht oder aber das Klammerdelikt die schwerste Tat darstellen muss (BGH, NStZ 1989, 20; Schönke/Schröder-Stree, § 52 Rn. 16 mwN). Hierbei ist der Wertevergleich nicht an einer abstrakten generalisierenden Betrachtungsweise, sondern an der konkreten Gewichtung der Taten auszurichten, sodass z.B. ein Vergehen in einem besonders schweren Fall zwei Verbrechen in minder schweren Fällen verklammern kann (BGHSt 33, 6; Peters, JR 993, 265). Diese Rechtsprechung führt der BGH im vorliegenden Fall fort und kommt zu dem Ergebnis,

dass eine versuchte räuberische Erpressung mit Todesfolge nicht annähernd wertgleich ist zu einem Mord, so dass zwei Morde nicht über diese Tat zu einer Tateinheit verklammert werden können.

Vertiefungshinweise:

□ Zur juristischen Handlungseinheit wegen Verklammerung: *BGH*, StV 1983, 457; *NStZ* 1993, 39; 1999, 404; *Erb*, JR 1995, 169; *Geppert*, Jura 1997, 214; *Martin*, JuS 1998, 462; *Peters*, JR 1993, 265; *Satzger*, JR 1998, 518; *Wilhelm*, *NStZ* 1999, 80;

Kursprogramm:

□ *Assessorkurs*: "Der Maxi-Markt"

Leitsätze (der Redaktion):

- 1. Voraussetzung für die Tateinheit durch Verklammerung ist, dass die Ausführungshandlungen zweier an sich selbstständiger Delikte zwar nicht miteinander, wohl aber mit der Ausführungshandlung eines dritten Tatbestandes (teil-)identisch sind und dass zwischen wenigstens einem der beiden an sich selbstständigen Delikte und dem sie verbindenden Delikt zumindest annähernde Wertgleichheit besteht oder die verklammernde Tat die schwerste ist.**
- 2. Der Wertevergleich ist nicht nach einer abstrakten generalisierenden Betrachtungsweise, sondern anhand der konkreten Gewichtung der Taten vorzunehmen. Gegenüber Morden ist die versuchte räuberische Erpressung mit Todesfolge nicht annähernd wertgleich.**
- 3. Eine natürliche Handlungseinheit liegt dann vor, wenn mehrere, im wesentlichen gleichartige Handlungen von einem einheitlichen Willen getragen werden und aufgrund ihres engen räumlichen und zeitlichen Zusammenhangs so miteinander verbunden sind, dass sich das gesamte Tätigwerden auch für einen Dritten als einheitliches Geschehen darstellt. Ausnahmsweise kann eine natürliche Handlungseinheit auch dann vorliegen, wenn es um die Beeinträchtigung höchstpersönlicher Rechtsgüter verschiedener Personen geht; sie ist dann anzunehmen, wenn eine Aufspaltung in Einzeltaten wegen eines außergewöhnlich engen zeitlichen und situativen Zusammenhangs willkürlich und gekünstelt erschiene.**

Sachverhalt:

Der Angeklagte erwarb im Mai 2001 von dem späteren Tatopfer Josef G. ein Gutshaus nebst Hofgrundstück zum Preis von 850.000 DM, den er durch Bankkredit finanzierte. Außerdem kaufte er von ihm eine weitere Grundstücksfläche zum Preis von 250.000 DM, die seine Ehefrau als Weidege-

lände für die von ihr gezüchteten Island-Pferde nutzen wollte. Insoweit sollte die Eigentumsumschreibung nach vollständiger Kaufpreiszahlung erfolgen, die dem Notar gegenüber bis zum 31. Juli 2003 durch einen bankbestätigten Überweisungsbeleg nachzuweisen war; in der Zwischenzeit wurde das Gelände an den Angeklagten verpachtet. Für den Fall der nicht fristgerechten Zahlung behielt sich der Verkäufer ein Rücktrittsrecht vor.

Im Jahre 2002 verschlechterte sich die finanzielle Situation des Angeklagten. Nach dem Verlust seiner Arbeitsstelle bezog er ab Januar 2003 Arbeitslosengeld in Höhe von 460 Euro wöchentlich. Angesichts dessen sowie der monatlichen Kosten für die Finanzierung des Hauskaufs und für die Pferdezucht von insgesamt etwa 3.600 Euro war für ihn absehbar, dass er nicht in der Lage sein würde, den Kaufpreis für das Weidegelände von 127.822,97 Euro termingerecht aufzubringen. Er befürchtete, dass seine Ehefrau dann mit der gemeinsamen Tochter ausziehen würde, weil sie den Betrieb ihrer Pferdezucht zur Grundvoraussetzung des Zusammenlebens mit ihm gemacht hatte.

Spätestens am 27. Juli 2003 beschloss er, den Verkäufer zur Ausstellung einer Quittung über 125.000 Euro zu zwingen, die er dann dem Notar zum Nachweis der Kaufpreiszahlung zwecks Eigentumsübertragung vorlegen wollte. Den Differenzbetrag von 2.822,97 DM überwies er an diesem Tage auf das Konto des Verkäufers, wobei er den Vermerk "Restzahlung" hinzufügte, um dadurch den Eindruck zu erwecken, die "Hauptzahlung" sei anderweitig erfolgt.

Am Vormittag des 1. August 2003 begab er sich zur Wohnung des Josef G., um die Ausstellung der Quittung zu erpressen. Als Drohmittel führte er eine mit 9 Patronen geladene halbautomatische Selbstladepestole nebst 41 weiteren Patronen sowie einen Messerrohling mit einer Klinglänge von 10 cm mit sich. Nachdem Josef G. den Angeklagten in die Wohnung eingelassen hatte, zwang ihn dieser unter Vorhalt der geladenen Pistole, eine Quittung über den Erhalt von 125.000 Euro auszustellen und zu unterschreiben. Als der Angeklagte danach die Wohnung wieder verlassen wollte, folgte ihm Josef G. in den Wohnungsflur, versetzte ihm dort einen Stoß und äußerte lautstark: "Damit kommst Du nicht durch, das lass' ich mir nicht gefallen" und: "Ich mache Dich fertig!". Aus Angst davor, Josef G. könnte im Falle seines Überlebens den Erwerb des Weidelandes erfolgreich verhindern und ihn wegen der soeben begangenen Tat anzeigen, entschloss sich der Angeklagte, ihn zu töten, und stach mit dem mitgebrachten Messer auf ihn ein.

In diesem Moment kam - für den Angeklagten überraschend - die 77jährige Jenny K. hinzu, die bei Josef G. zu Besuch war und den Angeklagten

flüchtig kannte. Als sie sah, dass dieser auf Josef G. einstach, begann sie ebenfalls zu schreien. Daraufhin entschloss sich der Angeklagte, auch Jenny K. zu töten, um sie als Tatzeugin auszuschalten und zu verhindern, dass durch ihr Schreien Dritte auf das Geschehen aufmerksam wurden. In dieser Absicht versetzte er ihr fünf Messerstiche in den Oberkörper und den Bauch, aufgrund derer sie kurze Zeit darauf verstarb. Auf Josef G. stach er insgesamt 23 Mal ein, wobei die Strafkammer keine eindeutigen Feststellungen zu treffen vermochte, ob ein Teil dieser Stiche zeitgleich und abwechselnd mit denen erfolgte, die er Jenny K. versetzte. Auch Josef G. verstarb nach wenigen Minuten infolge der erlittenen Verletzungen.

Aus den Gründen:

I. Entscheidung des Landgerichts

Ausgehend von diesen Feststellungen hat das Landgericht angenommen, dass der Angeklagte beide Opfer zur Verdeckung einer anderen Straftat, Josef G. darüber hinaus auch aus Habgier tötete.

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Tateinheitlich begangenen zweifachen Mordes in Tateinheit mit versuchter räuberischer Erpressung mit Todesfolge zu lebenslanger Freiheitsstrafe verurteilt.

Gegen dieses Urteil wendet sich die Staatsanwaltschaft mit ihrer zu Ungunsten des Angeklagten eingelegten, auf die Verletzung sachlichen Rechts gestützten Revision, die vom Generalbundesanwalt nicht vertreten wird. Sie beanstandet die Beurteilung des Konkurrenzverhältnisses und ist der Ansicht, dass das Landgericht bei zutreffender Würdigung auf eine lebenslange Freiheitsstrafe als Gesamtstrafe erkannt hätte; außerdem greift sie das Urteil insoweit an, als darin eine besondere Schwere der Schuld im Sinne des § 57 a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 StGB verneint wurde.

Der Angeklagte rügt mit seiner Revision die Verletzung formellen und materiellen Rechts. Er wendet sich in erster Linie gegen die Verurteilung wegen Mordes und hilfsweise gegen die Verhängung lebenslanger Freiheitsstrafe.

Die Revision der Staatsanwaltschaft hat teilweise Erfolg; dagegen ist das Rechtsmittel des Angeklagten unbegründet. [...]

II. Entscheidung des BGH

1. Revision der Staatsanwaltschaft

a. Zur Rüge der Konkurrenzen

Mit Erfolg wendet sich die Staatsanwaltschaft gegen die Bewertung der Konkurrenzen durch das Landgericht.

aa. Zur juristischen Handlungseinheit wegen Verklammerung

Die Annahme des Landgerichts, die beiden Morde würden dadurch zu einer juristischen Handlungseinheit verbunden, dass sie sich in ihren Ausführungshandlungen mit der versuchten räuberischen Erpressung mit Todesfolge überschneiden, hält rechtlicher Prüfung nicht Stand. Voraussetzung für die Tateinheit durch Klammerwirkung ist, dass die Ausführungshandlungen zweier an sich selbständiger Delikte zwar nicht miteinander, wohl aber mit der Ausführungshandlung eines dritten Tatbestandes (teil-)identisch sind und dass zwischen wenigstens einem der beiden an sich selbständigen Delikte und dem sie verbindenden Delikt zumindest annähernde Wertgleichheit besteht oder die verklammernde Tat die schwerste ist (vgl. Rissing-van Saan in LK StGB 11. Aufl. § 52 Rdn. 27, 29 m.w.N.).

Zutreffend ist das Landgericht allerdings davon ausgegangen, dass zwischen dem Mord an Jenny K. und der versuchten räuberischen Erpressung mit Todesfolge, die ihrerseits Tateinheitlich mit dem Mord an Josef G. begangen wurde, Tateinheit besteht. Der Angriff des Angeklagten diente zwar nicht mehr der Erpressung selbst, sondern erfolgte, als diese bereits vollendet, wenngleich noch nicht beendet war. Auch in der Beendigungsphase kann aber der Tatbestand des § 251 StGB verwirklicht werden, und zwar indem der Täter die Gewalt zur Sicherung der Beute oder seiner Flucht anwendet und dadurch den Tod eines anderen verursacht (vgl. BGHSt 38, 295 f.). So liegt der Fall hier: durch die Tötung der Frau K. wollte der Angeklagte nicht nur eine Tatzeugin beseitigen, sondern auch seine ungestörte Flucht vom Tatort ermöglichen, ohne dass Dritte durch die Schreie der Frau auf ihn aufmerksam werden würden.

Die versuchte räuberische Erpressung mit Todesfolge ist jedoch nicht geeignet, die beiden Morde zur Tateinheit zu verklammern, weil es an einer zumindest annähernden Wertgleichheit fehlt. Der Wertevergleich ist nicht nach einer abstrakten generalisierenden Betrachtungsweise, sondern anhand der konkreten Gewichtung der Taten vorzunehmen (vgl. BGHSt 33, 4 f.; vgl. auch Stree in Schönke/Schröder StGB 26. Aufl. § 52 Rdn. 16). Gegenüber den Morden mit der absoluten Strafandrohung des § 211 Abs. 1 StGB ist die versuchte räuberische Erpressung mit Todesfolge nicht annähernd wertgleich.

Das Delikt hat lediglich das Versuchsstadium erreicht, wobei es zweifelhaft erscheint, inwieweit der Angeklagte mit der erpressten Quittung sein eigentliches Ziel, den Eigentumserwerb des Weidelandes, überhaupt hätte erreichen können, da nach dem notariellen Kaufvertrag die vollständige Kaufpreiszahlung durch einen bankbestätigten Überwei-

sungsbeleg nachzuweisen war. Bei einer daher naheliegenden Milderung des Strafrahmens des § 251 StGB nach §§ 23 Abs. 2, 49 Abs. 1 StGB würde an die Stelle lebenslanger Freiheitsstrafe zeitige Freiheitsstrafe nicht unter drei Jahren treten. Die versuchte räuberische Erpressung mit Todesfolge ist daher gegenüber den beiden Morden eine minder schwere Straftat. Als solche hat sie nicht die Kraft, mehrere schwere Straftaten zur Tateinheit zusammenzufassen (vgl. BGHSt 23, 141, 149, 31, 29, 31). Es würde der natürlichen Betrachtung sowie dem Grundsatz gerechter Gesetzesauslegung widersprechen, wenn eine schwere Straftat ihre rechtliche Selbständigkeit nur dadurch verlieren sollte, weil sie mit einem Teil einer weniger schweren Tat tateinheitlich zusammentrifft und so an eine andere schwere Straftat herangeführt wird.

bb. Zur natürlichen Handlungseinheit

Auch soweit das Landgericht von einer natürlichen Handlungseinheit ausgeht, begegnet dies durchgreifenden rechtlichen Bedenken. Eine natürliche Handlungseinheit liegt dann vor, wenn mehrere, im wesentlichen gleichartige Handlungen von einem einheitlichen Willen getragen werden und aufgrund ihres engen räumlichen und zeitlichen Zusammenhangs so miteinander verbunden sind, dass sich das gesamte Tätigwerden auch für einen Dritten als einheitliches Geschehen darstellt (vgl. BGHSt 10, 230, 231; BGHR StGB vor § 1/natürliche Handlungseinheit, Entschluss, einheitlicher 1, 9; vgl. auch Rissing-van Saan aaO vor §§ 52 ff. Rdn. 10 f. m.w.N.). Ausnahmsweise kann eine natürliche Handlungseinheit auch dann vorliegen, wenn es um die Beeinträchtigung höchstpersönlicher Rechtsgüter verschiedener Personen geht (vgl. BGH NJW 1985, 1565; BGH NSTZ 2001, 219, 220; BGHR StGB § 52 Abs. 1 Rechtsgüter, höchstpersönliche 1); sie ist dann anzunehmen, wenn eine Aufspaltung in Einzeltaten wegen eines außergewöhnlich engen zeitlichen und situativen Zusammenhangs willkürlich und gekünstelt erschiene.

Hier erfolgten die Angriffe auf die beiden Opfer zwar in engem zeitlichem Zusammenhang; auch vermochte das Landgericht nicht auszuschließen, dass sich der Angeklagte nicht durchgehend nur einem Opfer zugewandt, sondern teilweise im Wechsel auf beide eingestochen hat. Es fehlt hier aber an dem verbindenden subjektiven Element, da sich der Angeklagte zur Tötung von Jenny K. erst entschlossen hat, nachdem sie - für ihn überraschend - hinzugekommen ist, als er bereits mit Tötungsvorsatz auf Josef G. eingestochen hat. Der in Tötungsabsicht geführte Angriff auf das zweite Opfer beruhte mithin auf einem selbständigen, aufgrund veränderter Tatsituation gefassten Entschluss, der die Wertung als einheitliches, zusam-

mengehöriges Tun unter den gegebenen Umständen nicht zulässt (vgl. BGH NSTZ 1993, 234, 235).

cc. Änderung des Schuldspruchs

Nach alldem besteht zwischen den jeweils tateinheitlich mit der versuchten räuberischen Erpressung mit Todesfolge begangenen Morden an Josef G. und an Jenny K. Tatmehrheit (§ 53 Abs. 1 StGB). Der Senat ändert den Schuldspruch entsprechend ab. § 265 StPO steht dem nicht entgegen, da der Angeklagte bereits durch die Anklageschrift darauf hingewiesen worden ist.

b. Änderung des Strafausspruchs

Die Schuldspruchänderung macht eine Änderung des Strafausspruchs erforderlich. Diese kann der Senat gemäß § 354 Abs. 1 StPO selbst vornehmen, da hier nur die Verhängung absolut bestimmter Strafen in Betracht kommt (vgl. Kuckein in KK 5. Aufl. § 354 Rdn. 8). Er erkennt für beide Taten jeweils auf die in § 211 Abs. 1 StGB vorgesehene lebenslange Freiheitsstrafe sowie gemäß § 54 Abs. 1 Satz 1 StGB auf lebenslange Freiheitsstrafe als Gesamtstrafe.

c. Zur Entscheidung über die besondere Schwere der Schuld

Die Änderung des Schuld- und Strafausspruchs hat hier keine Auswirkungen auf die Entscheidung über die besondere Schwere der Schuld.

Das Landgericht hat unter umfassender Gesamtwürdigung aller schuldrelevanten Umstände und der Täterpersönlichkeit in noch vertretbarer Weise eine besondere Schuldschwere im Sinne des § 57 a Abs. 1 Nr. 2 StGB verneint. Es hat dabei berücksichtigt, dass der Angeklagte zwei Menschen ermordet und damit - neben einer versuchten räuberischen Erpressung mit Todesfolge - "zweimal den [Tatbestand] des Mordes" erfüllt, hinsichtlich der Tötung des Josef G. zwei Mordmerkmale (Habgier und Verdeckungsabsicht) verwirklicht und beide Morde mit außergewöhnlicher Brutalität ausgeführt hat. Dennoch hat das Schwurgericht die Feststellung der besonderen Schuldschwere nicht für geboten erachtet, weil der bis dahin unbestrafte, weitgehend geständige Angeklagte zur Tatzeit in eine Lebenskrise geraten war und es sich bei den Taten um Spontantaten gehandelt hat, zu welchen sich der Angeklagte "in einem engen zeitlichen und situativen Zusammenhang aufgrund von Augenblicksentwicklungen" entschlossen hat. Das Landgericht hat damit alle für die Beurteilung der besonderen Schuldschwere maßgeblichen Umstände bedacht; seine Wertung begegnet keinen revisionsrechtlichen Bedenken (zum Prüfungsmaßstab vgl. BGHSt 40, 360, 370). Die vom Senat vorgenommene Änderung des Konkurrenzverhältnisses hat für den

Schuldumfang keine Bedeutung; sie kann deswegen hier auch kein maßgebliches Kriterium für die Beurteilung der besonderen Schwere der Schuld sein. [...]

2. Revision des Angeklagten

Die von dem Angeklagten erhobenen Verfahrensrügen sind aus den Gründen, die der Generalbundesanwalt in seiner Antragschrift angeführt hat, unbegründet.

Standort: § 252 StPO

Problem: Begriff der Vernehmung

BGH, BESCHLUSS VOM 21.09.2004
3 STR 185/04 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Eine Mitarbeiterin der Jugendgerichtshilfe (vgl. § 38 JGG) hatte im Vorfeld der Hauptverhandlung mit der Ehefrau und den Eltern des (gem. § 1 II JGG) heranwachsenden Angeklagten Gespräche geführt, um festzustellen, ob auf den Angeklagten Jugend- oder Erwachsenenstrafrecht anzuwenden sei (vgl. § 105 JGG). Im Hauptverfahren hatte die Ehefrau des Angeklagten sich auf ihr Zeugnisverweigerungsrecht gem. § 52 I Nr. 2 StPO berufen; seine Eltern waren gar nicht erst geladen worden. Trotzdem hatte das Gericht die Mitarbeiterin der Jugendgerichtshilfe bzgl. des Inhalts der früheren Gespräche mit den Angehörigen des Angeklagten vernommen. Der BGH sah hierin einen Verstoß gegen § 252 StPO, auf dem das Urteil jedoch nicht beruhe.

Prüfungsrelevanz:

Im zweiten Examen haben strafprozessuale Aufgabenstellungen naturgemäß eine zentrale Stellung, aber auch im ersten Examen erfreuen sie sich in letzter Zeit, insb. in der Form von Zusatzfragen, einer großen Beliebtheit (zumindest bei den Prüfern). Besonders häufig sind hierbei Fragestellungen, die - wie der vorliegende Fall - Beweisverwertungsverbote betreffen.

Gem. § 252 StPO darf die Aussage eines vor der Hauptverhandlung vernommenen Zeugen, der erst in der Hauptverhandlung von seinem Recht, das Zeugnis zu verweigern, Gebrauch macht, nicht verlesen werden. Dieses Verwertungsverbot umfasst entgegen seinem Wortlaut nicht nur die Verlesung von Urkunden und Protokollen sondern auch die Vernehmung der Verhörsperson (BGHSt 21, 218; Meyer-Goßner, § 252 Rn. 13), wobei insofern streitig ist, ob dieses Verbot sich auch auf richterliche Verhörspersonen bezieht (so die wohl herrschende Lehre, vgl. Geppert, Jura 1988, 306; Fezer, JZ 1990, 876; Welp, JR 1996, 78) oder nicht (so die Rechtsprechung, vgl. BGHSt 45, 342; 46, 189; NJW 1996, 1501).

Im vorliegenden Fall stellt sich insofern insb. die Frage, ob auch eine Befragung durch Vertreter der Jugendgerichtshilfe eine "Vernehmung" i.S. dieser

Vorschrift darstellt. Der BGH bejaht dies unter Verweis darauf, dass bei einer Vernehmung durch die Jugendgerichtsgehilfe ebenso wie bei einer Vernehmung durch Polizei oder Staatsanwaltschaft die Belehrungspflichten gem. §§ 136 I 2, 163 a III 2, IV 2 ; 52 III; 55 II StPO gelten. Auch weist der BGH auf Sinn und Zweck des Zeugnisverweigerungsrechts aus § 52 StPO hin. Diese Recht soll den Zeugen davor schützen, gegen einen Angehörigen, zu dem er eine persönliche Nähebeziehung hat, aussagen zu müssen und so in einen Gewissenskonflikt zu geraten. § 252 StPO soll eine Aushöhlung des Zeugnisverweigerungsrechts verhindern, die entstehen würde, wenn die frühere Aussage eines zeugnisverweigerungsberechtigten Zeugen, bei der dieser (u.U. voreilig oder unbedacht) auf sein Zeugnisverweigerungsrecht verzichtet hatte, bei einer späteren Berufung auf dieses Recht doch noch verwertet werden könnte. Dies gebietet es, § 252 StPO und insb. auch den Begriff der "Vernehmung" weit auszulegen.

§ 252 StPO verbietet eine Verwertung der früheren Aussage nur dann, wenn der Zeuge sich nachträglich auf sein Zeugnisverweigerungsrecht beruft. Eine Verwertung der früheren Aussage ist also möglich, wenn der Zeuge auf sein Zeugnisverweigerungsrecht verzichtet (BGH, StV 2000, 236; Meyer-Goßner, § 252 Rn. 16). Der BGH stellt jedoch in der vorliegenden Entscheidung klar, dass es einem Verzicht nicht gleichsteht, wenn der zeugnisverweigerungsberechtigte Zeuge gar nicht erst geladen wird und somit gar keine Möglichkeit hat, sich auf sein Recht zu berufen. Der BGH setzt damit seine bisherige Rechtsprechung fort, dass die Vernehmung der (nichtrichterlichen) Verhörsperson solange unzulässig ist, solange Ungewissheit darüber besteht, ob der Zeuge von seinem Verweigerungsrecht Gebrauch macht oder nicht (BGHSt 2, 110; 25, 176; BGH, NJW 1996, 206).

Vertiefungshinweise:

Zum Begriff der "Vernehmung" i.S.v. § 252 StPO: BGH, NStZ 1992, 247; NJW 1998, 2229; OLG Hamburg, StV 1990, 535; Gundlach, NJW 1980, 2142; Haubrich, NJW 1982, 803;

Kursprogramm:

Assessorkurs: "Bruns"

□ *Assessorkurs*: "Eine schrecklich nette Familie"

Leitsatz:

Unter den Begriff der Vernehmung im Sinne des § 252 StPO fällt auch die Befragung der Angehörigen des Angeklagten im Sinne von § 52 I StPO durch einen Vertreter der Jugendgerichtshilfe.

Sachverhalt:

Im Hauptverhandlungstermin vom 3. November 2003 erstattete die Vertreterin der Jugendgerichtshilfe ihren Bericht zum Angeklagten R. Dabei berichtete sie unter anderem auch über Gespräche, die sie mit seiner Ehefrau und seinen Eltern geführt hatte, und schilderte deren Angaben und Einschätzungen.

In ihrer Vernehmung in den Hauptverhandlungsterminen vom 8. und 9. Oktober 2003 hatte die Ehefrau des Angeklagten jeweils von ihrem Zeugnisverweigerungsrecht gemäß § 52 Abs. 1 Nr. 2 StPO Gebrauch gemacht. Die Eltern des Angeklagten waren zur Hauptverhandlung nicht geladen und wurden demgemäß auch nicht vernommen. In ihrer Entscheidung, auf die Straftaten des Angeklagten nicht Jugendstrafrecht, sondern Erwachsenenstrafrecht anzuwenden, hat sich die Jugendkammer unter anderem auch mit den Äußerungen der Ehefrau des Angeklagten und seiner Eltern gegenüber der Jugendgerichtshilfe auseinandergesetzt.

Aus den Gründen:

I. Entscheidung des Landgerichts

Das Landgericht hat den Angeklagten R wegen Körperverletzung mit Todesfolge, gefährlicher Körperverletzung in zwei Fällen, Körperverletzung in drei Fällen, einmal in Tateinheit mit Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte, wegen Diebstahls, Fahrens ohne Fahrerlaubnis sowie wegen Sachbeschädigung in zwei Fällen, einmal in Tateinheit mit Hausfriedensbruch, zur Gesamtfreiheitsstrafe von zehn Jahren verurteilt. Den Angeklagten B hat es wegen Körperverletzung mit Todesfolge, gefährlicher Körperverletzung, Diebstahls und Hausfriedensbruchs zur Jugendstrafe von fünf Jahren verurteilt. Gegen dieses Urteil wenden sich die Angeklagten mit ihren Revisionen, mit denen sie das Verfahren beanstanden und die Verletzung sachlichen Rechts rügen.

II. Entscheidung des BGH

Das Rechtsmittel des Angeklagten R führt auf die Sachrüge zur Aufhebung des Urteils, soweit seine Unterbringung in einer Entziehungsanstalt abgelehnt wurde. Das Rechtsmittel des Angeklagten B hat auf die Sachrüge die Aufhebung des Strafaus-

spruchs zur Folge. Im übrigen sind beide Revisionen unbegründet (§ 349 Abs. 2 StPO).

1. Revision des Angeklagten R

a. Zur Rüge des Verstoßes gegen § 252 StPO

Soweit der Angeklagte R das Verfahren beanstandet, bedarf näherer Erörterung nur seine Rüge, die Jugendkammer habe die Angaben, die seine Ehefrau und seine Eltern gegenüber der Vertreterin der Jugendgerichtshilfe gemacht hätten, unter Verstoß gegen § 252 StPO verwertet. [...]

Die Rüge ist zulässig, aber unbegründet.

aa. Zum Vorliegen eines Verwertungsverbots gem. § 252 StPO

Allerdings durfte die Jugendkammer die Angaben der Ehefrau des Angeklagten und seiner Eltern gemäß § 252 StPO nicht verwerten.

(1) Zum Umfang von § 252 StPO und zum Begriff der "Vernehmung"

Diese Vorschrift verbietet nach ständiger Rechtsprechung nicht nur - entsprechend ihrem Wortlaut - die Verlesung der früheren Aussage eines Zeugen, der erst in der Hauptverhandlung von seinem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch macht, sondern untersagt es auch, jene Aussage durch Anhörung der nichttrichterlichen Verhörsperson in die Hauptverhandlung einzuführen und zu verwerten (BGHSt 2, 99, 104 f.; 21, 218). Voraussetzung für das Beweiserhebungs- und -verwertungsverbot ist zwar stets, dass es sich um Erklärungen des Zeugen handelt, die er im Rahmen einer Vernehmung gemacht hat. Der Begriff der Vernehmung ist aber in einem weiten Sinne zu verstehen und umfasst - unabhängig davon, ob die Angaben förmlich protokolliert oder nur in einem internen Vermerk festgehalten werden - alle Bekundungen über wahrgenommene Tatsachen auf Grund einer amtlichen, von einem Staatsorgan durchgeführten Befragung, bei der der Beweiserhebungswille des Amtsträgers nach außen erkennbar ist (vgl. BGHSt 29, 230, 232; Schlüchter in SK-StPO 6. Lfg. § 252 Rdn. 9; Gollwitzer in Löwe/Rosenberg, StPO 25. Aufl. § 252 Rdn. 10).

(2) Befragung durch Jugendgerichtshilfe als Vernehmung i.S.v. § 252 StPO

Unter den weiten Begriff der Vernehmung im Sinne des § 252 StPO fällt auch die Befragung der Angehörigen des Angeklagten im Sinne von § 52 Abs. 1 StPO durch einen Vertreter der Jugendgerichtshilfe (vgl. Diemer in KK 5. Aufl. § 252 Rdn. 19; Gollwitzer aaO § 252 Rdn. 30): Hierfür spricht bereits, dass Befragungen durch den Vertreter der Jugendgerichtshilfe auch sonst wie Vernehmungen behandelt werden. So ist anerkannt, dass er den Beschul-

digten vor dessen Befragung entsprechend § 136 Abs. 1 Satz 2, § 163 a Abs. 3 Satz 2 und Abs. 4 Satz 2 StPO über seine Aussagefreiheit und die Befugnis, einen Verteidiger zu befragen, belehren muss (vgl. Ostendorf, JGG 6. Aufl. § 38 Rdn. 9 a; Brunner/Dölling, JGG 11. Aufl. § 38 Rdn. 13). Andere Personen müssen über ihre Zeugnis- und Auskunftsverweigerungsrechte (§§ 52 ff., 55 StPO) belehrt werden (vgl. Rieß in Löwe/Rosenberg, StPO 25. Aufl. § 160 Rdn. 90 ff. für die Gerichtshilfe).

Für diese Auslegung sprechen aber auch Sinn und Zweck des § 252 StPO und des damit im Zusammenhang stehenden Zeugnisverweigerungsrechts nach § 52 StPO. Dieses Zeugnisverweigerungsrecht soll den Zeugen vor Konflikten schützen, die aus den Besonderheiten der Vernehmungssituation entstehen, insbesondere einerseits durch die Wahrheitspflicht bei der Zeugenvernehmung und andererseits durch die sozialen Pflichten, die aus der familiären Bindung gegenüber dem Angeklagten erwachsen (vgl. BGHSt 27, 231, 232; 40, 211, 214; Meyer-Goßner, StPO 47. Aufl. § 52 Rdn. 1). Das in § 252 StPO enthaltene Beweisverwertungsverbot soll gewährleisten, dass der zur Zeugnisverweigerung Berechtigte bis zur Hauptverhandlung frei entscheiden kann, ob seine frühere, vielleicht voreilige oder unbedachte Aussage verwertet werden darf (vgl. BGHSt 10, 77, 78; BGHR StPO § 52 Abs. 3 Satz 1 Belehrung 4).

Diese Entscheidungsfreiheit muss auch hinsichtlich der Angaben bestehen, die Angehörige bei der Befragung durch die Jugendgerichtshilfe machen. Diese Befragung dient nämlich den im Jugendgerichtsverfahren nach § 43 Abs. 1 JGG gebotenen Ermittlungen zur Persönlichkeit des Täters, die entsprechend der Zweckbindung nach § 38 Abs. 2 Satz 2 JGG - auch im Verfahren gegen Heranwachsende (§§ 107, 109 Abs. 1 JGG) - eine zentrale Aufgabe der Jugendgerichtshilfe darstellen und zu ihren klassischen Tätigkeitsbereichen zählen (vgl. Brunner/Dölling aaO § 38 Rdn. 4 a, 17, § 43 Rdn. 3, 17 f.; Laubenthal, Jugendgerichtshilfe im Strafverfahren S. 63). Die Jugendgerichtshilfe erhebt insoweit - auf Veranlassung des Jugendstaatsanwalts oder des Jugendgerichts - im Ermittlungs- und Strafverfahren wesentliche Grundlagen für die Rechtsfolgenentscheidung und steht daher bei entsprechenden Befragungen von Beweispersonen rechtlich anderen Ermittlungsorganen gleich.

Der Auffassung, dass die Befragung von Personen aus dem Umfeld des Beschuldigten durch die Jugendgerichtshilfe als Vernehmung im Sinne des § 252 StPO anzusehen ist, steht nicht entgegen, dass diese im Rahmen ihrer Tätigkeit zur Gewährung von Jugendhilfeleistungen als Betreuungshilfe verpflichtet und damit Teil der öffentlichen Jugend-

hilfe ist (vgl. Brunner/Dölling aaO § 38 Rdn. 4 b ff.; Laubenthal aaO S. 34 f.; Wilhelm, Die Stellung der Jugendgerichtshilfe im Verfahren S. 63 ff.). Diese Funktion, der eine ganz wesentliche Bedeutung zukommt (vgl. Ostendorf aaO § 38 Rdn. 21), besteht grundsätzlich neben den - in erster Linie für die Justiz - zu leistenden Ermittlungs- und Überwachungsaufgaben im Sinne des § 38 Abs. 2 JGG und berührt diese deshalb rechtlich nicht. Auch aus der Stellung der Jugendgerichtshilfe als ein mit gesetzlich festgelegten Rechten und Pflichten ausgestattetes Prozessorgan bzw. Prozesshilfeorgan eigener Art ergibt sich nichts anderes. Sie wird zwar - im Gegensatz zur Gerichtshilfe (vgl. Wohlers in SK-StPO 27. Lfg. § 160 Rdn. 55) - als eigen- und selbständige Institution tätig (vgl. OLG Frankfurt NSTZ-RR 1996, 251; Ostendorf aaO § 38 Rdn. 6; Laubenthal aaO S. 58). Aus dieser besonderen Stellung folgt aber nicht, dass sie bei ihrer Ermittlungstätigkeit im Sinne von § 38 Abs. 2 Satz 2 JGG nicht denselben prozessualen Vorschriften unterworfen wäre, wie andere Ermittlungsorgane.

(3) Zum Berufen auf das Zeugnisverweigerungsrecht

In der Konsequenz dessen durften hier die Angaben der Ehefrau des Angeklagten und seiner Eltern nicht durch den Bericht der Jugendgerichtshilfe in die Hauptverhandlung eingeführt und verwertet werden. Für die Angaben der Ehefrau folgt dies unmittelbar aus § 252 StPO, weil sie in der Hauptverhandlung von ihrem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch gemacht hat. Für die Angaben der Eltern gilt im Ergebnis dasselbe. Nach ständiger Rechtsprechung dürfen nämlich in entsprechender Anwendung der Vorschrift nichtrichterliche Vernehmungspersonen in der Hauptverhandlung grundsätzlich so lange nicht über den Inhalt früherer Angaben eines zur Zeugnisverweigerung berechtigten Zeugen gehört werden, wie Ungewissheit darüber besteht, ob dieser von seinem Weigerungsrecht Gebrauch macht oder darauf verzichtet (vgl. BGHSt 25, 176, 177 m. w. N.). Diese Ungewissheit war hier bezüglich der Eltern des Angeklagten nicht ausgeräumt.

bb. Kein Beruhen des Urteils auf dem Fehler

Auf der unzulässigen Verwertung der Angaben der Ehefrau des Angeklagten und seiner Eltern beruht das angefochtene Urteil indes nicht.

Die Jugendkammer hat die nach § 105 Abs. 1 Nr. 1 JGG getroffene, auf 15 Seiten sehr ausführlich begründete Entscheidung auf ihren eigenen Eindruck in der Hauptverhandlung, die Ausführungen des psychiatrischen Sachverständigen Dr. K zu weiteren Entwicklungsmöglichkeiten der Persönlichkeit des Angeklagten und den Bericht der Vertreterin

der Jugendgerichtshilfe gestützt. Grundlage dieses Berichts waren aber neben den Angaben der Ehefrau des Angeklagten und seiner Eltern vor allem Erkenntnisse und Einschätzungen aus früheren Ermittlungsverfahren und aus zwei mit ihm selbst geführten Gesprächen. Soweit in den Bericht die Angaben der Eltern und der Ehefrau eingeflossen sind, haben sie für die Gesamtabwägung der Jugendkammer erkennbar keine Bedeutung gehabt. Der Senat kann daher ausschließen, dass ihre Entscheidung, auf die Straftaten des Angeklagten Erwachsenenstrafrecht anzuwenden, auf jenen Angaben beruht. Das gilt um so mehr, als die mitgeteilten Tatsachen nach ihrem Inhalt zum Teil eher für die Anwendung von Jugendstrafrecht sprechen und im übrigen mit den Angaben übereinstimmen, die der Angeklagte selbst gegenüber der Vertreterin der Jugendgerichtshilfe gemacht hat.

b. Zur Ablehnung einer Unterbringung gem. § 64 StGB

Die Erwägungen, mit denen die Jugendkammer es abgelehnt hat, den Angeklagten R nach § 64 StGB in einer Entziehungsanstalt unterzubringen, führen hingegen - auf die Sachrüge hin - zur Aufhebung des Urteils und Zurückverweisung der Sache insoweit. Die Jugendkammer hat zwar das Vorliegen eines Hangs des Angeklagten, alkoholische Getränke im Übermaß zu sich zu nehmen, bejaht. Sie hat aber - sachverständig beraten - einen symptomatischen Zusammenhang zwischen diesem Hang und den Gewalttaten des Angeklagten verneint.

Diese Bewertung hält rechtlicher Prüfung nicht stand, weil sie in Widerspruch zu den Tatfeststellungen des angefochtenen Urteils steht. Danach war der Angeklagte bei Begehung seiner Gewalttaten stets erheblich alkoholisiert. Die Brutalität, die der Angeklagte bei den begangenen Körperverletzungen an den Tag legte, steigerte sich von Tat zu Tat im Gleichklang mit sein Alkoholkonsum. Angesichts der enthemmenden Wirkung des Alkohols liegt daher der erforderliche Zusammenhang zwischen seinen Straftaten und seinem Hang, Alkohol im Übermaß zu sich zu nehmen, auf der Hand. Dem steht nicht entgegen, dass die Steuerungsfähigkeit des Angeklagten bei Begehung der Taten "in gewisser Hinsicht" erhalten geblieben war und die Jugendkammer zu Gunsten des Angeklagten davon ausgegangen ist, dass eine erheblich verminderte Steuerungsfähigkeit (§ 21 StGB) lediglich nicht auszuschließen war. Denn die Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt setzt - im Gegensatz zur Unterbringung nach § 63 StGB - nicht voraus, dass bei Begehung der Tat die Voraussetzungen des § 21 StGB vorlagen (vgl. BGH NStZ-RR 2003, 41). Sicher feststehen muss allein, dass die Tat im Rausch begangen wurde oder auf

die Rauschmittelabhängigkeit des Täters zurückzuführen ist.

Im übrigen ist die Anordnung der Unterbringung gemäß § 64 StGB bei Vorliegen ihrer rechtlichen Voraussetzungen zwingend (st. Rspr.; vgl. nur BGH NStZ-RR 2003, 295). Daher ist die Erwägung der Jugendkammer, sie habe "unter Berücksichtigung des noch jugendlichen Alters von der Unterbringung des Angeklagten in einer Entziehungsanstalt abgesehen" bereits wegen der hierin zum Ausdruck kommenden Ermessensausübung rechtlich bedenklich.

Abgesehen davon, dass der Angeklagte bei Verkündung des angefochtenen Urteils bereits 20 Jahre alt war und somit kein "jugendliches Alter" mehr hatte, ist die Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt nicht vom Lebensalter des Täters abhängig; sie ist insbesondere auch gegen Jugendliche und Heranwachsende zulässig (§ 7 JGG) und bei Vorliegen ihrer Voraussetzungen geboten. Die getroffene Feststellung, bei dem Angeklagten liege eine "sich abzeichnende" bzw. "eine möglicherweise beginnende Abhängigkeit" vor, spricht schließlich mit Blick auf die größeren Heilungschancen einer möglichst frühzeitigen Therapie auch in der Sache dagegen, von der Anordnung nach § 64 StGB abzusehen.

Anhaltspunkte dafür, dass die Unterbringung des Angeklagten keine hinreichend konkrete Aussicht eines Behandlungserfolges bieten könnte (BVerfGE 91, 1 ff.), sind nicht ersichtlich.

2. Revision des Angeklagten B

Der den Angeklagten B betreffende Strafausspruch hält rechtlicher Prüfung nicht stand.

Die Jugendkammer hat wegen der Schwere der Schuld (§ 17 Abs. 2 2. Alt. JGG) Jugendstrafe verhängt. Dies ist rechtlich nicht zu beanstanden.

Die Höhe der ausgesprochenen Jugendstrafe hat sie jedoch nicht rechtsfehlerfrei begründet. Denn die Jugendkammer hat bei deren Zumessung ausschließlich Umstände herangezogen, die auch bei Anwendung von Erwachsenenstrafrecht zu erwägen gewesen wären. Erzieherische Gesichtspunkte hat sie nicht angeführt. Dies lässt besorgen, die Jugendkammer könnte verkannt haben, dass der Erziehungsgedanke als beherrschender Zweck des Jugendstrafrechts bei der Strafbemessung auch dann Vorrang hat, wenn Jugendstrafe allein wegen der Schwere der Schuld verhängt wird (vgl. BGHR JGG § 18 Abs. 2 Erziehung 8 und 9; BGH NStZ-RR 1998, 86; Brunner/Dölling, JGG 11. Aufl. § 18 Rdn. 7 m. w. N.). Der Senat vermag daher nicht auszuschließen, dass die mangelnde Einbeziehung erzieherischer Belange sich bei der Bemessung der Höhe der Jugendstrafe zu Lasten des Angeklagten ausgewirkt hat.

Urteile in Fallstruktur

Standort: Öffentliches Recht

Problem: "Drei-Länder-Quorum"

BVERFG, URTEIL VOM 26.10.2004
2 BVE 1/02 (NVWZ 2004, 1473)

Problemdarstellung:

Parteien erhalten vom Staat finanzielle Mittel, um die ihnen nach dem Grundgesetz übertragene Aufgabe, an der Willensbildung des Volkes mitzuwirken (Art. 21 I GG), wahrnehmen zu können. Die Höhe derselben orientiert sich nach dem Parteiengesetz zum einen am Wahlerfolg der Partei (Wählerstimmenanteil), zum anderen nach dem Aufkommen der Mitgliedsbeiträge und Spenden (Zuwendungsanteil). Größere Parteien erhalten auf diese Weise absolut mehr Geld als kleine Parteien, relativ gesehen sind die Anteile jedoch genau gleich.

Zum 1.1.2005 trat nun in § 18 Abs. 4 Satz 3 PartG das sogen. "3-Länder-Quorum" in Kraft, wonach Parteien, die bei der letzten Bundestags- oder Europawahl weniger als 0,5% der Stimmen bekommen haben, nur dann noch einen Zuwendungsanteil erhalten, wenn sie in mindestens 3 Bundesländern bei den letzten Landtagswahlen mehr als 1% der Stimmen oder in einem Bundesland mehr als 5% der Stimmen bekommen haben. Gerade für kleine Parteien, die diese Hürde nicht überspringen konnten, bedeutete diese Regelung eine ganz erhebliche finanzielle Einbuße, denn der so wegfallende Zuwendungsanteil machte für sie oftmals ein Vielfaches des Wählerstimmenanteils aus.

Mit der ÖDP und den GRAUEN fanden sich zwei Parteien, die im Wege des Organstreits gegen diese Regelung angingen und eine Verletzung der Chancengleichheit der Parteien rügten. Das BVerfG gab ihnen im wesentlichen Recht, weil der "Grundsatz der Chancengleichheit von Parteien", den das BVerfG in st.Rspr. aus Art. 3 I i.V.m. 21 I GG ableitet, verletzt sei.

Prüfungsrelevanz:

Die Entscheidung des BVerfG ist in prozessualer wie materieller Hinsicht sehr interessant:

1. Gegen eine Rechtsnorm bietet sich normalerweise entweder das abstrakte Normenkontrollverfahren nach Art. 93 I Nr. 2 GG oder die Verfassungsbeschwerde nach Art. 93 I Nr. 4a GG an, die beide den Vorteil haben, dass im Erfolgsfall das BVerfG das angegriffene Gesetz für nichtig erklärt, §§ 78,

95 III 1 BVerfGG. Eine Partei ist im abstrakten Normenkontrollverfahren jedoch nicht antragsberechtigt, Art. 93 I Nr. 2 GG, so dass diese Möglichkeit für die ASt. ausschied. Gegen die Verfassungsbeschwerde sprach, dass das Gesetz zur Änderung des PartG schon 2002 verkündet worden war, die angegriffene Änderung des § 18 IV PartG aber erst zum 1.1.05 in Kraft treten sollte, im Zeitpunkt der Antragstellung (2002) also noch nicht in Kraft war. Verfassungsbeschwerden können aber regelmäßig nur gegen schon in Kraft getretene Gesetze erhoben werden (BVerfGE 65, 291; Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein, BVerfGG, § 90 Rz. 89 m.w.N.). Deshalb entschieden sich die ASt. für ein Organstreitverfahren nach Art. 93 I Nr. 1 GG gegen die an der Gesetzgebung beteiligten Organe Bundestag und Bundesrat. In diesem stellt das BVerfG im Erfolgsfall "nur" den Verfassungsverstoß fest, § 67 BVerfGG. Die Nichtigkeitserklärung einer Norm ist in diesem Verfahren nicht möglich. So erklärt sich der im Leitsatz wieder gegebene Entscheidungstenor.

2. Im Organstreitverfahren sind Parteien nach dem Wortlaut des § 63 BVerfGG auch nicht antragsberechtigt. Das BVerfG vertritt jedoch in st.Rspr. die Ansicht, dass § 63 BVerfGG nicht abschließend sei und billigt allen am Verfassungsleben Beteiligten ein Antragsrecht zu, wie es in Art. 93 I Nr. 1 GG auch zum Ausdruck kommt. Dazu gehören auch die Parteien.

3. In der Sache prüft das BVerfG schulmäßig den sogen. "Grundsatz der Chancengleichheit der Parteien" durch. Aus der Verstärkung, die das allgemeine Willkürverbot des Art. 3 I GG gerade für Parteien aus Art. 21 GG erfährt, folgert das BVerfG, dass keinesfalls jede vernünftige Überlegung bereits genüge, um eine Ungleichbehandlung zu rechtfertigen (wie es bei Anwendung der reinen Willkürformel der Fall wäre); vielmehr handle es sich um einen streng formellen Gleichheitssatz, der Ungleichbehandlungen nur aus besonders gewichtigen Gründen (z.B. kollidierendes Verfassungsrecht) zulasse. Solche konnte das BVerfG für das "Drei-Länder-Quorum" nicht erkennen, weshalb es einen Verfassungsverstoß feststellte.

Vertiefungshinweise:

☐ Chancengleichheit der Parteien: BVerfGE 85,

264 [296]; 107, 286 [294]

Schranken der Chancengleichheit der Parteien:
BVerfGE 73, 40 [88]; 82, 322 [337]; 85, 264 [297]

Kursprogramm:

Examenskurs : "Krampf mit dem Wahlkampf"

Leitsatz:

Der Deutsche Bundestag und der Bundesrat haben gegen die Chancengleichheit der Parteien aus Art. 21 I und 3 I GG durch den Erlass des § 18 Absatz 4 Satz 3 des Parteiengesetzes in der Fassung des Artikels 3 des Achten Gesetzes zur Änderung des Parteiengesetzes vom 28. Juni 2002 (BGBl I, Seite 2268) verstoßen, soweit danach Parteien, die bei der jeweils letzten Europa- und Bundestagswahl weniger als 0,5 vom Hundert der für die Listen abgegebenen gültigen Stimmen erzielt haben, Anspruch auf staatliche Mittel gemäß § 18 Absatz 3 Satz 1 Nummer 3 des Parteiengesetzes nur dann haben, wenn sie bei mindestens drei der jeweils letzten Landtagswahlen 1,0 vom Hundert oder bei einer der jeweils letzten Landtagswahlen 5,0 vom Hundert der für die Listen abgegebenen gültigen Stimmen erreicht haben.

Sachverhalt:

Seit 1994 gewährt der Staat den Parteien anstelle der früheren Wahlkampfkostenerstattung Gelder als Teilfinanzierung der ihnen nach dem Grundgesetz obliegenden Aufgaben. Für die Verteilung der staatlichen Mittel kommt es zum einen auf den Wahlerfolg (Wählerstimmenanteil) und zum anderen auf die Summe ihrer Mitgliedsbeiträge und der erhaltenen Spenden (Zuwendungsanteil) an. Beide Kriterien sollen die Höhe der staatlichen Leistungen von dem Zuspruch der Bürger sowie von der gesellschaftlichen Verwurzelung der Parteien abhängig machen.

Das 8. Gesetz zur Änderung des Parteiengesetzes vom 28. Juli 2002 hat mit Wirkung vom 1. Januar 2005 in das Parteiengesetz die Regelung des § 18 Abs. 4 Satz 3 aufgenommen, wonach eine politische Partei, die an Landtagswahlen teilnimmt, staatliche Zuschüsse zu den eingenommenen Beiträgen und Spenden nur noch dann erhält, wenn sie bei mindestens drei der jeweils letzten Landtagswahlen 1,0 v.H. ("Drei-Länder-Quorum") oder bei einer der jeweils letzten Landtagswahlen 5,0 v.H. der für die Listen abgegebenen gültigen Stimmen erreicht hat. Damit werden die Anforderungen für die Teilnahme von Parteien an der staatlichen Teilfinanzierung in Form des Zuwendungsanteils erhöht, während der so genannte Wählerstimmenanteil von der Neuregelung unberührt bleibt.

Die Partei DIE GRAUEN- Graue Panther erhielt 2002 einen rechnerischen Wählerstimmenanteil von 18.779,05 Euro und einen Zuwendungsanteil von 561.663,64 Euro, bei der Ökologisch- Demokratischen Partei (ÖDP) errechnete sich ein Wählerstimmenanteil von 92.582,00 Euro und ein Zuwendungsanteil von 481.334,92 Euro. Bei Anwendung des ab 1. Januar 2005 geltenden „Drei-Länder-Quorums“ kommen die Antragstellerinnen künftig nicht mehr in den Genuss des Zuwendungsanteils. Sie haben deswegen Organklagen gegen den Deutschen Bundestag und Bundesrat erhoben. Sie rügen eine Verletzung von Art. 21 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 GG. Das Drei-Länder-Quorum stelle die Wahrung der Chancengleichheit der politischen Parteien durch den Staat in Frage. Eine kleine Partei sei zu ihrer Finanzierung in besonderem Maße auf Beiträge und Spenden angewiesen. Der Ausschluss vom Zuwendungsanteil der staatlichen Teilfinanzierung gefährde sie in ihrer Existenz und schwäche sie im politischen Wettbewerb.

Hat die Organklage Erfolg?

Lösung:

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

A. Zulässigkeit

I. Zuständigkeit

Das BVerfG ist gem. Art. 93 I Nr. 1 GG i.V.m. §§ 13 Nr. 5, 63 ff. BVerfGG für ein Organstreitverfahren zuständig.

II. Parteifähigkeit

1. Antragsteller

Parteifähig sind nach Art. 93 I Nr. 1 GG u.a. alle Beteiligten, die durch das Grundgesetz mit eigenen Rechten ausgestattet sind. Dies ist für die Antragstellerinnen (ASt.) als politische Parteien in Art. 21 I GG der Fall. Zwar erwähnt § 63 BVerfGG, der ansonsten die Parteifähigkeit näher regelt, die Parteien nicht, denn diese sind dort weder ausdrücklich genannt noch Organteile der genannten Organe; das Grundgesetz geht aber insoweit vor, so dass es sich bei der Aufzählung des § 63 BVerfGG nicht um einen abschließenden Katalog handelt (für Parteien als Antragsteller st.Rspr. seit BVerfGE 1, 208, 223).

2. Antragsgegner

Für die Antragsgegner (Ag.) - Bundestag und Bundesrat - ergibt sich die Parteifähigkeit hingegen unmittelbar aus § 63 BVerfGG, denn diese Organe

sind dort explizit genannt.

III. Antragsgegenstand

Tauglicher Gegenstand eines Organstreitverfahrens ist jede "Maßnahme" des Antragsgegners, worunter jedes rechtserhebliche Verhalten zu verstehen ist. Also solches kommen hier nur der Beschluss des Deutschen Bundestages zur Verabschiedung des 8. Gesetzes zur Änderung des Parteiengesetzes vom 28. Juli 2002 und die Mitwirkung des Bundesrates an dieser Gesetzesänderung in Betracht, durch die mit Wirkung vom 1.1.2005 das angegriffene "Drei-Länder-Quorum" in § 18 IV 3 PartG aufgenommen wurde.

IV. Antragsbefugnis

Nach § 64 I BVerfGG müssten die ASt. zumindest geltend machen können, durch die Maßnahme der Ag. in einem ihrer Rechte aus dem GG verletzt oder unmittelbar gefährdet zu sein. Hier erscheint es durchaus möglich, dass die Chancengleichheit der Parteien aus Art. 3 i.V.m. 21 GG dadurch verletzt wird, dass gerade kleinere Parteien wie die ASt., die das "Drei-Länder-Quorum" möglicherweise nicht erfüllen, nicht mehr in den Genuss des Zuwendungsanteils der staatlichen Teilfinanzierung von Parteien kommen können.

V. Form und Frist

Für Verstöße gegen die Formvorschrift des § 23 BVerfGG oder gegen die Sechsmonatsfrist des § 64 III BVerfGG ist nichts ersichtlich.

Der Antrag ist mithin zulässig.

B. Begründetheit

Der Antrag ist begründet, wenn die angegriffene Maßnahme verfassungswidrig ist. Hier kommt ein Verstoß gegen die Chancengleichheit der Parteien gem. Art. 3 I i.V.m. 21 GG in Betracht:

"Das Recht der Parteien auf Chancengleichheit im politischen Wettbewerb folgt aus Art. 21 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 GG (vgl. BVerfGE 85, 264 [296]; 107, 286 [294]). Es steht in engem Zusammenhang mit den Grundsätzen der Allgemeinheit und Gleichheit der Wahl (Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG), die ihre Prägung durch das Demokratieprinzip erfahren. Aus diesem Grund ist es - ebenso wie die durch die Grundsätze der Allgemeinheit und Gleichheit der Wahl verbürgte gleiche Behandlung der Wähler - streng formal (vgl. BVerfGE 104, 14 [20] m.w.N.; st.Rspr.) und führt zu einem grundsätzlichen Differenzierungsverbot, dessen Durchbrechung nur durch einen besonders zwingenden Grund zu rechtfertigen ist. Das Recht der Parteien auf Chancengleichheit zieht so dem Ermessen des Gesetzgebers besonders enge Grenzen

(vgl. BVerfGE 73, 40 [88 f.] m.w.N.; 82, 322 [337 f.]; 85, 264 [297]; st.Rspr.). Der Staat darf vor allem die vorgefundene Wettbewerbslage nicht verfälschen (vgl. BVerfGE 69, 92 [109]; 73, 40 [89]; 85, 264 [297]; 104, 287 [300]; st.Rspr.). Denn der im Mehrparteiensystem angelegte politische Wettbewerb soll Unterschiede hervorbringen - je nach Zuspruch der Bürger. Diesen darf die öffentliche Gewalt nicht ignorieren oder gar konterkarieren."

I. Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem

Um gegen den Grundsatz der Chancengleichheit der Parteien zu verstoßen, müsste das angegriffene "Drei-Länder-Quorum" eine Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem darstellen, die verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt werden kann. Das BVerfG bejaht zunächst eine Ungleichbehandlung:

"Nach der angegriffenen Regelung werden Zuwendungen an die Antragstellerinnen, sofern diese bei der letzten Europa- und Bundestagswahl die 0,5 v.H.-Grenze verfehlt haben, künftig nur noch dann bezuschusst, wenn sie bei mindestens drei Wahlen zu den Landesparlamenten 1,0 v.H. oder bei einer Wahl 5,0 v.H. der im Wahlgebiet abgegebenen gültigen Zweitstimmen errungen haben. Erreichen sie das "Drei-Länder-Quorum" nicht, erhalten sie keinen staatlichen Zuschuss auf ihre Spenden und Beiträge. Dies führt zu einer ungleichen Zuteilung der staatlichen Mittel an Parteien. Parteien wie die Antragstellerinnen, die nur geringe Stimmanteile bei Landtagswahlen erzielen, erfahren künftig eine erhebliche finanzielle Schlechterstellung gegenüber erfolgreicherer Konkurrenzinnen, die das "Drei-Länder-Quorum" erreichen."

II. Rechtfertigung

Fraglich ist, ob diese Ungleichbehandlung sich verfassungsrechtlich rechtfertigen lässt.

1. Grundsätzliches Differenzierungsverbot

Wie oben dargelegt, beinhaltet Art. 3 I i.V.m. 21 GG eine streng formelle Gleichheit, die grundsätzlich keine Differenzierung zulässt. Blicke es dabei, wäre jede Ungleichbehandlung, die zu einer Verschiebung der Wahlchancen von Parteien führt, zugleich ein Verfassungsverstoß.

2. Mögliche Rechtfertigungsgründe

Eine Rechtfertigung ist jedoch dann möglich, wenn sich zwingende Gründe ergeben, die ausnahmsweise der streng formellen Gleichheit vorgehen. Als solche kommen hier die Verhinderung möglichen Missbrauchs der Parteienfinanzierung, die Angleichung des Wählerstimmen- und Zuwendungsanteils, der Grundsatz der Staatsfreiheit politischer Parteien, das Erfordernis bundespolitischer Bedeu-

tung und das Ziel der Bekämpfung "radikaler" Parteien in Betracht:

a. Verhinderung von Missbrauch

“Nach der Gesetzesbegründung (BTDrucks 14/8778, S. 13, 20) haben sich in der Vergangenheit kleine Parteien ausschließlich deshalb in den Ländern mit wenigen Wahlberechtigten zur Wahl gestellt, um bundesweit den Zuwendungsanteil abrechnen zu können. Derartige Missbrauchstendenzen vor dem Hintergrund der wahltypischen Verhältnisse in den Stadtstaaten finden jedoch in den Ergebnissen der zurückliegenden Wahlen in Berlin, Bremen und Hamburg keine Bestätigung. Die Annahme eines Missbrauchs im Sinne der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung, die an die fehlende Ernsthaftigkeit des politischen Handelns anknüpft (vgl. BVerfGE 24, 300 [340, 342]; 41, 399 [422]; 85, 264 [293 f.]; stRspr), ist daher nicht hinreichend belegt.”

b. Angleichung von Wählerstimmen- und Zuwendungsanteil

“Auch die Absicht, den Wählerstimmen- und den Zuwendungsanteil bei der Ausgestaltung der staatlichen Teilfinanzierung einander anzugleichen, vermag die Ungleichbehandlung durch das "Drei-Länder-Quorum" verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigen. [...]“

aa. Motive des Gesetzgebers

“Die Annahme, der Gesetzgeber habe sich für die Einführung des "Drei-Länder-Quorums" aus Gründen der Kompensation eines bestehenden Ungleichgewichts zwischen Wählerstimmen- und Zuwendungsanteil entschieden, findet in der Gesetzesbegründung keine Bestätigung. Zwar mag die [...] Textstelle auf dem Vorblatt des Gesetzentwurfs für sich ein Verständnis in seinem Sinne zulassen. Im Allgemeinen Teil (vgl. BTDrucks 14/8778, S. 13 unter Ziff. 4) und im Besonderen Teil (vgl. BTDrucks 14/8778, S. 14, zu Absatz 3) der Gesetzesvorlage wird jedoch ausgeführt, das von den Sachverständigen kritisierte Ungleichgewicht der Berechnungskriterien werde durch die Verringerung der Zuschüsse auf Zuwendungen um etwa ein Drittel behoben. Die Einführung des "Drei-Länder-Quorums" als Steuerungsinstrument zur Auflösung der Disparität von Wählerstimmen- und Zuwendungsanteil sieht die nähere Begründung des Gesetzentwurfs an keiner Stelle vor. Die Erläuterungen zur gesetzgeberischen Intention und zum Erfordernis des "Drei-Länder-Quorums" (vgl. BTDrucks 14/8778, S. 13 unter Ziff. 6; S. 20, zu Artikel 3) greifen allein die Missbrauchsgefahr bei der staatlichen Teilfinanzierung und die bundespolitische Bedeutung einer Partei als Voraussetzung

für die staatliche Bezuschussung ihrer Eigenmittel auf.”

bb. Ungeeignetheit zur Erreichung dieses Zwecks

“Das "Drei-Länder-Quorum" ist auf Grund seiner normierten Rechtsfolge auch nicht geeignet, einen unterschiedlich hohen Wählerstimmen- und Zuwendungsanteil anzugleichen. Während im Falle eines Scheiterns am "Drei-Länder-Quorum" der Anspruch auf den gesamten Zuwendungsanteil entfällt, werden die Wählerstimmen einer Partei aus den Ländern, in denen sie das 1 v.H.-Quorum bei der Landtagswahl erreicht hat, weiterhin bezuschusst. Das "Drei-Länder-Quorum" führt demnach im Sinne eines "Alles-oder-Nichts-Prinzips" dazu, dass eine Partei, wenn sie an ihm scheitert, überhaupt keinen Zuwendungsanteil mehr erhält, andernfalls aber die Zuwendungen des gesamten Bundesgebiets abrechnen kann. Mit dieser Wirkungsweise ist das "Drei-Länder-Quorum" schon konzeptionell nicht in der Lage, ein bestehendes Missverhältnis zwischen dem Wählerstimmen- und dem Zuwendungsanteil im Einzelfall angemessen auszugleichen.”

c. Staatsfreiheit der Parteien

“Parteien müssen nicht nur politisch, sondern auch wirtschaftlich und organisatorisch auf die Zustimmung und Unterstützung der Bürger angewiesen bleiben. Sie dürfen des Risikos eines Fehlschlagens ihrer Bemühungen um eine hinreichende Unterstützung in der Wählerschaft nicht durch die Gewährung staatlicher Mittel entoben werden (vgl. BVerfGE 73, 40 [86] m.w.N.; 85, 264 [287]). Neben dem Wahlerfolg ist auch der Erfolg der Parteien beim Werben um Mitgliedsbeiträge und Spenden ein gewichtiges Kriterium für ihre Verwurzelung in der Bevölkerung (vgl. BVerfGE 104, 287 [302]). Folglich begegnet die Anknüpfung an die Höhe der eingeworbenen Eigenmittel als ein Maßstab für die staatliche Bezuschussung - neben dem der errungenen Stimmanteile - keinen verfassungsrechtlichen Bedenken (vgl. BVerfGE 85, 264 [292 f.]).

Eine vom Antragsgegner zu 1. aus dem starken Ungleichgewicht von Zuwendungs- und Wählerstimmenanteil hergeleitete große Staatsnähe der kleinen Parteien liegt nicht vor und vermag daher den gleichheitswidrigen Eingriff nicht zu rechtfertigen. Denn der Gesetzgeber hat in § 18 Abs. 5 Satz 1 PartG die relative Obergrenze festgelegt, die die staatlichen Zuwendungen auf die Höhe der selbst erwirtschafteten Einnahmen beschränkt und so sicherstellt, dass eine politische Partei sich immer mindestens hälftig staatsfrei finanziert. Die Besorgnis, kleine Parteien hingen in verfassungsrechtlich nicht mehr vertretbarer Weise von finanziellen Zu-

wendungen des Staates ab, findet auch in den Angaben des Deutschen Bundestages zur Höhe des staatlichen Finanzierungsanteils an den Gesamteinnahmen der Parteien keine Bestätigung. Bei der Antragstellerin zu 1. lag der Anteil der staatlichen Bezuschussung an ihren Gesamteinnahmen von 1998 bis 2003 zwischen 21 und 34 v.H. Bei der Antragstellerin zu 2. machte er im gleichen Zeitraum 25 bis 32 v.H. aus, bei der NPD 19 bis 25 v.H., bei der DVU 12 bis 34 v.H., bei der Partei "Pro DM" 2 bis 21 v.H. und bei den REP 40 bis 43 v.H. Damit unterscheidet sich die Anteilshöhe nicht signifikant von der bei den Parlamentsparteien im vergleichbaren Zeitraum: SPD (30 bis 36 v.H.), CDU (15 bis 33 v.H.), CSU (27 bis 32 v.H.), GRÜNE (32 bis 35 v.H.), FDP (26 bis 31 v.H.) und PDS (33 bis 39 v.H.)."

d. Notwendige bundespolitische Bedeutung

"Das Kriterium einer "bundespolitischen Bedeutung" widerspricht schon der föderalen Struktur des Grundgesetzes, die auch für die inhaltliche Bestimmung des Parteienbegriffs und die finanzielle Förderung der politischen Parteien durch den Staat Gewicht hat. Nach § 2 Abs. 1 Satz 1 PartG, der den Parteienbegriff des Art. 21 Abs. 1 GG auf der Grundlage von Art. 21 Abs. 3 GG in verfassungsgemäßer Weise konkretisiert (vgl. BVerfGE 89, 266 [269 f.] m.w.N.; 91, 276 [284]; stRspr), erstrecken sich der verfassungsrechtliche Status und die damit einhergehenden Rechte auf alle politischen Parteien gleichermaßen - unabhängig davon, ob sie sich die Einflussnahme auf die politische Willensbildung im Bund oder in einem Land und ihre Vertretung im Bundestag oder in einem Landtag zum Ziel gesetzt haben.

Art. 21 Abs. 1 Satz 2 GG statuiert für politische Parteien die Gründungs- und Betätigungsfreiheit, die sich auch auf die Organisations- und Programmfreiheit erstreckt. Eine politische Partei ist damit frei in der Wahl ihrer identitätsbestimmenden Merkmale, in der Gestaltung ihrer politischen Ziele, in der Ausrichtung ihrer Programmatik und in der Wahl ihrer Themen. Erhebt sie gesellschaftliche Themen, die ausschließlich in einem Land wurzeln, zum politischen Programm und beschränkt sie sich in der politischen Auseinandersetzung auf die Einflussnahme auf die politische Willensbildung der Bevölkerung eines Landes mit dem Ziel, sich in deren Volksvertretung mit "ihren"

Themen Geltung zu verschaffen, so ist dies nach Art. 21 Abs. 1 GG in gleicher Weise förderungswürdig und schützenswert wie die politische Tätigkeit einer Partei, die Vorgänge mit länderüberschreitendem Interesse aufgreift und im politischen Wettstreit bundesweit thematisiert. Es steht einer Partei im Übrigen auch ganz unabhängig von einem speziellen räumlichen Bezug ihrer politischen Themen frei, sich auf ein einzelnes Land zu konzentrieren. Die Unterstützung durch Bürgerinnen und Bürger in anderen Ländern mit Spenden und Parteibeiträgen kann in solchen Fällen zu einer späteren Ausweitung dieser Partei auch auf andere Länder führen. Derartige Entwicklungen durch die staatliche Parteienfinanzierung zu beeinflussen, ist mit Art. 21 Abs. 1 Satz 2 GG nicht zu vereinbaren.

Die Festlegung eines "Drei-Länder-Quorums" in § 18 Abs. 4 Satz 3 PartG verlangt von Parteien, die an der Bezuschussung ihres Zuwendungsanteils teilnehmen wollen, künftig - als Ausdruck einer "bundespolitischen Bedeutung" - ein politisches Engagement in mindestens drei Ländern. Sie setzt damit politische Parteien, deren Programm in Übereinstimmung mit § 2 Abs. 1 Satz 1 PartG auf ein einzelnes Land ausgerichtet ist, im politischen Wettbewerb gegenüber länderübergreifend agierenden Mitbewerbern gleichheitswidrig zurück."

e. Bekämpfung "radikaler" Parteien

Weiterhin ist die angegriffene Regelung auch nicht mit der Bekämpfung "radikaler" Parteien zu rechtfertigen, was der Bevollmächtigte des Antragsgegners zu 1. in der mündlichen Verhandlung selbst eingeräumt hat. Die Sperrwirkung des Art. 21 Abs. 2 GG verbietet jede staatliche Bekämpfung einer politischen Partei, solange das Bundesverfassungsgericht sie nicht durch Urteil für verfassungswidrig erklärt und aufgelöst hat, und gewährleistet ihr das Recht zur freien Betätigung (stRspr; vgl. zuletzt BVerfGE 107, 339 [362]). Zur Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung im Parteienrecht kann daher auch dann nicht auf die Einschätzung von Parteien als "radikal" abgestellt werden, wenn damit ihre Verfassungswidrigkeit gemeint sein sollte.

III. Ergebnis

Das "Drei-Länder-Quorum" verstößt gegen Art. 3 i.V.m. 21 GG und ist daher verfassungswidrig. Der Antrag ist somit begründet und insgesamt erfolgreich.

Standort: Deliktsrecht**Problem: Haftung Minderjähriger im Straßenverkehr**

BGH, URTEIL VOM 30.11.2004
VI ZR 335/03 (NJW 2005, 354)

Problemdarstellung:

Der BGH hatte in diesem Fall zu entscheiden, ob ein neunjähriges Kind auf Ersatz des Schadens in Anspruch genommen werden kann, den es beim Spielen an einem ordnungsgemäß geparkten PKW angerichtet hat. Dem könnte § 828 II 1 BGB entgegenstehen, der Kinder bis zur Vollendung des zehnten Lebensjahrs von der Verantwortung für Schäden, die sie "bei einem Unfall mit einem Kraftfahrzeug" verursachen, befreit. Der BGH schloss sich indes der Auffassung an, die eine teleologische Reduktion des § 828 II 1 BGB auf Unfälle mit Kraftfahrzeugen im fließenden Verkehr befürwortet, da Hintergrund für die Einführung des § 828 II BGB die Erkenntnis gewesen sei, dass Kinder mit den spezifischen Gefahren dieses Verkehrs bis zur Vollendung des zehnten Lebensjahrs nicht adäquat umgehen können. Insbesondere fehlt den Kindern die Möglichkeit, Entfernungen und die Geschwindigkeit herannahender Fahrzeuge richtig einzuschätzen.

Prüfungsrelevanz:

Die Frage der deliktischen Verantwortlichkeit Minderjähriger, die - was im vorliegenden Urteil ebenfalls dargestellt wird - inzident auch dann zu beachten ist, wenn Ansprüchen Minderjähriger ihr eigenes Mitverschulden entgegengehalten werden soll, zählt zu den examensrelevanten Problemen des Deliktsrechts, die zudem auch in andere Rechtsgebiete ausstrahlen kann, man denke bloß an die Diskussion um die Haftung eines bösgläubigen, allerdings auch minderjährigen Bereicherungsschuldners. Die vorliegende Entscheidung greift eine der wichtigsten Diskussionen um die Reichweite des mit Wirkung zum 01.08.2002 neu eingeführten § 828 II BGB auf und ist daher unbedingt lesenswert.

Vertiefungshinweise:

- Zur Haftung eines 16-jährigen Inlineskaters für einen verursachten Verkehrsunfall: *LG Bielefeld*, RA 2004, 542 = NJW 2004, 2245
- Zur Deliktsfähigkeit eines Kindes im Straßenverkehr vgl. bereits: *AG Sinzheim*, RA 2004, 189 = NJW 2004, 453

Kursprogramm:

- Examenskurs*: "Flugreise eines Minderjährigen"
- Examenskurs*: "Das verhängnisvolle Skatebo-

ard"

Assessorkurs: "Die Fahrt zum Fest"

Leitsatz:

Das Haftungsprivileg des § 828 II 1 BGB in der Fassung des Zweiten Gesetzes zur Änderung schadensrechtlicher Vorschriften vom 19.07.02 (BGBl I, 2674) greift nach dem Sinn und Zweck der Vorschrift nur ein, wenn sich bei der gegebenen Fallkonstellation eine typische Überforderungssituation des Kindes durch die spezifischen Gefahren des motorisierten Verkehrs realisiert hat.

Sachverhalt:

Am 12.09.2002 veranstalteten der damals neun Jahre alte Bekl. zu 1 (nachfolgend: Bekl.), sein Zwilingsbruder und ein Klassenkamerad auf der Fahrbahn der M.-Straße in K. ein Wettrennen mit Kickboards. Obgleich der Bekl. im Umgang mit einem Kickboard geübt war, stürzte er aus Unachtsamkeit. Sein Kickboard prallte gegen den ordnungsgemäß am rechten Straßenrand geparkten Pkw des Kl. Es entstand ein Sachschaden, für den der Kl. nebst weiteren Folgeschäden vom Bekl. und wegen einer Verletzung der Aufsichtspflicht auch von dessen Eltern Ersatz begehrt hat.

Das AG hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung des Kl. hat das LG Trier (r + s 2004, 172) den Bekl. zu einem Schadensersatz in Höhe von 1.904,16 Euro verurteilt und seine weitergehende Berufung sowie die gegen seine Eltern gerichtete Berufung zurückgewiesen.

Hat der Kl. den geltend gemachten Schadensersatzanspruch gegen den Bekl.?

Lösung:

Der Kl. könnte einen Anspruch gegen den Bekl. auf Schadensersatz in Höhe von 1.904,16 Euro gem. § 823 I BGB haben.

A. Haftungsbegründender Tatbestand

Dann müsste der Bekl. ein durch § 823 I BGB geschütztes Rechtsgut des Kl. rechtswidrig und schuldhaft verletzt haben.

I. Rechtsgutverletzung

Als verletztes Rechtsgut kommt hier das Eigentum des Kl. an seinem PKW in Betracht. Dieser PKW wurde beschädigt, als das Kickboard des Bekl. gegen das Fahrzeug prallte. Damit ist eine Eigentumsverletzung in Form der Substanzverletzung gegeben.

II. Verhalten des Bekl.

Der Bekl. müsste diese Eigentumsverletzung durch sein Verhalten adäquat kausal und zurechenbar verursacht haben.

Das Kickboard prallte gegen den PKW des Kl., nachdem der Bekl. aus Unachtsamkeit gestürzt war und die Kontrolle über das Spielgerät verloren hatte. Dieses Verhalten des Bekl. war für die Schädigung des PKW ursächlich im Sinne der *conditio sine qua non*-Formel. Der sich anschließende Kausalverlauf war auch nicht besonders ungewöhnlich und nach allgemeiner Lebenserfahrung unvorhersehbar, vielmehr dient § 823 I BGB gerade dem Schutz des Eigentümers vor derartigen Schädigungen durch unachtsame Dritte.

Der Bekl. hat die Eigentumsverletzung damit in haftungsbegründender Weise durch seine Fahrt mit dem Kickboard verursacht.

III. Rechtswidrigkeit

Der Bekl. müsste weiter rechtswidrig gehandelt haben. Dieses wird nach der im Zivilrecht geltenden Lehre vom Erfolgsunrecht durch die Tatbestandsverwirklichung indiziert. Da keine zugunsten des Bekl. eingreifenden Rechtfertigungsgründe ersichtlich sind, handelte er auch rechtswidrig.

IV. Verschulden

Gem. § 823 I BGB müsste der Bekl. auch schuldhaft, das heißt vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt haben.

1. Deliktsfähigkeit des Bekl. gem. § 828 BGB

Dies setzt zunächst voraus, dass der Bekl., der zum Tatzeitpunkt neun Jahre alt war, überhaupt deliktsfähig, das heißt für von ihm angerichtete Schäden zur Verantwortung zu ziehen ist. Dies richtet sich nach § 828 BGB.

a. Ausschluss der Verantwortlichkeit gem. § 828 II BGB

Die Verantwortlichkeit des Bekl. könnte gem. § 828 II 1 BGB ausgeschlossen sein, da er zum Tatzeitpunkt das zehnte Lebensjahr noch nicht vollendet hatte und das Kraftfahrzeug des Kl. in den Unfall mit dem Kickboard involviert war. Dann müsste § 828 II 1 BGB auch auf solche Unfälle anwendbar sein, in denen ein abgestelltes Kraftfahrzeug beteiligt war, das sich zum Unfallzeitpunkt mithin nicht im fließenden Straßenverkehr bewegte. Die Anwendbarkeit der Norm auf derartige Fälle ist umstritten.

aa. 1. Ansicht: § 828 II 1 BGB anwendbar

Einerseits wird vertreten, dass § 828 II 1 BGB auch auf derartige Fälle anwendbar sei, da der Wortlaut der Norm keinen Anhaltspunkt für die Beschrän-

kung auf Unfälle im fließenden Verkehr biete (vgl. Cahn, Einführung in das neue SchadensR, 2003, Rz. 232 ff.; Elsner, DAR 2004, 130 [132])

Demzufolge wäre der Bekl. nicht für den angerichteten Schaden zur Verantwortung zu ziehen.

bb. 2. Ansicht: Teleologische Reduktion des § 828 II 1 BGB

Nach anderer Ansicht ist die Anwendung des § 828 II 1 BGB auf Unfälle im fließenden Verkehr zu beschränken, da die Norm lediglich der Tatsache Rechnung tragen solle, dass Kinder bis zur Vollendung des zehnten Lebensjahrs in der Regel nicht in der Lage sind, dessen Gefahren richtig einzuschätzen (Ady, ZGS 2002, 237 [238]; Erman/Schiemann, BGB, 11. Aufl., § 828 Rz. 2 a; Heß/Buller, ZfS 2003, 218 [220]; Huber, Das neue SchadensersatzR, 2003, § 3 Rz. 48 ff.) .

Demzufolge wäre § 828 II 1 BGB hier nicht zugunsten des Bekl. anwendbar.

cc. Stellungnahme

Tatsächlich ist der Anwendungsbereich des § 828 II 1 BGB mittels einer Auslegung der Vorschrift unter Heranziehung aller in Betracht kommenden Auslegungskriterien abzugrenzen.

aaa. Unklares Auslegungsergebnis bei Heranziehung von Wortlaut und systematischer Stellung des § 828 II 1 BGB

„Wie vom BerGer. zutreffend gesehen, könnte der hier zu beurteilende Sachverhalt nach dem Wortlaut des neugefassten § 828 II 1 BGB ohne weiteres unter das Haftungsprivileg für Minderjährige fallen. Aus seinem Wortlaut geht nicht hervor, dass das Haftungsprivileg davon abhängen soll, ob sich das an dem Unfall beteiligte Kraftfahrzeug im fließenden oder, wie der hier geschädigte parkende Pkw, im ruhenden Verkehr befindet. Auch aus der systematischen Stellung der Vorschrift ergibt sich nicht, dass der Gesetzgeber einen bestimmten Betriebszustand des Kraftfahrzeugs zu Grunde legen wollte, zumal er bewusst nicht das Straßenverkehrsgesetz, sondern das allgemeine Deliktsrecht als Standort für die Regelung gewählt hat (vgl. BT-Dr 14/7752, S. 26). Allein diese Auslegungsmethoden führten daher nicht zu dem Ergebnis, dass § 828 II BGB auf Fälle des fließenden Verkehrs von Kraftfahrzeugen begrenzt ist. Andererseits ist dem Wortlaut der Vorschrift auch nicht zweifelsfrei zu entnehmen, dass sie sich ohne Ausnahme auf sämtliche Unfälle beziehen soll, an denen ein Kraftfahrzeug beteiligt ist, wie schon die seit ihrem In-Kraft-Treten dazu veröffentlichten kontroversen Meinungen im Schrifttum zeigen [...]. Im Hinblick darauf würde bei einer einschränkenden Auslegung oder bei einer im Schrifttum und in

der bisher veröffentlichten Rechtsprechung (vgl. neben dem Berufungsurteil auch LG Koblenz, NJW 2004, 858, und AG Sinzheim, NJW 2004, 453) in Bezug auf parkende Fahrzeuge befürworteten teleologischen Reduktion der Vorschrift jedenfalls keine einschränkende Anwendung vorliegen, die einem nach Wortlaut und Sinn eindeutigen Gesetz einen entgegengesetzten Sinn verliehe oder den normativen Gehalt der auszulegenden Norm grundlegend neu bestimmte und deshalb nicht zulässig wäre (vgl. BVerfG, NJW 1997, 2230).“

bbb. Einschränkung des § 828 II 1 BGB aufgrund teleologischer und historischer Auslegung

“Da der Wortlaut des § 828 II BGB nicht zu einem eindeutigen Ergebnis führt, ist der in der Vorschrift zum Ausdruck kommende objektivierte Wille des Gesetzgebers mit Hilfe der weiteren Auslegungskriterien zu ermitteln, wobei im vorliegenden Fall insbesondere die Gesetzesmaterialien von Bedeutung sind. Aus ihnen ergibt sich mit der erforderlichen Deutlichkeit, dass das Haftungsprivileg des § 828 II 1 BGB nach dem Sinn und Zweck der Vorschrift nur eingreift, wenn sich bei der gegebenen Fallkonstellation eine typische Überforderungssituation des Kindes durch die spezifischen Gefahren des motorisierten Verkehrs realisiert hat.

Mit der Einführung der Ausnahmenvorschrift in § 828 II BGB wollte der Gesetzgeber dem Umstand Rechnung tragen, dass Kinder regelmäßig frühestens ab Vollendung des zehnten Lebensjahres im Stande sind, die besonderen Gefahren des motorisierten Straßenverkehrs zu erkennen, insbesondere Entfernungen richtig einzuschätzen, und sich den Gefahren entsprechend zu verhalten (vgl. BT-Dr 14/7752, S. 16, 26). Allerdings wollte er die Deliktsfähigkeit nicht generell (vgl. dazu Wille/Bettge, VersR 1971, 878 [882]; Kuhlen, JZ 1990, 273 [276]; Scheffen, 29. Deutscher Verkehrsgerichtstag 1991, Referat Nr. II/3, S.97; dies., in: Festschr. f. Steffen, 1995, 387 [388 ff.]) und nicht bei sämtlichen Verkehrsunfällen (vgl. Empfehlungen des Deutschen Verkehrsgerichtstags 1991, S. 9; Antrag von Abgeordneten und der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen v. 18.07.1996, BT-Dr 13/5302, S. 1 ff.; Antrag von Abgeordneten und der SPD-Fraktion v. 11.12.1996, BT-Dr 13/6535, S. 1, 5 ff.) erst mit Vollendung des zehnten Lebensjahres beginnen lassen. Er wollte die Heraufsetzung der Deliktsfähigkeit vielmehr auf im motorisierten Straßen- oder Bahnverkehr plötzlich eintretende Schadensereignisse begrenzen, bei denen die altersbedingten Defizite eines Kindes, wie zum Beispiel Entfernungen und Geschwindigkeiten nicht richtig einschätzen zu können, regelmäßig zum Tragen kommen (vgl. BT-Dr 14/7752, S. 26). Für eine solche Begrenzung sprach, dass sich Kinder im moto-

risierten Verkehr durch die Schnelligkeit, die Komplexität und die Unübersichtlichkeit der Abläufe in einer besonderen Überforderungssituation befinden. Gerade in diesem Umfeld wirken sich die Entwicklungsdefizite von Kindern besonders gravierend aus. Demgegenüber weisen der nicht motorisierte Straßenverkehr und das allgemeine Umfeld von Kindern gewöhnlich keine vergleichbare Gefahrenlage auf (vgl. Bollweg/Hellmann, Das neue SchadensersatzR, 2002, Teil 3, § 828 BGB Rz. 11; BT-Dr 14/7752, S. 16 f., 26 f.). Diese Erwägungen zeigen, dass Kinder nach dem Willen des Gesetzgebers auch in dem hier maßgeblichen Alter von sieben bis neun Jahren für einen Schaden haften sollen, wenn sich bei dem Schadensereignis nicht ein typischer Fall der Überforderung des Kindes durch die spezifischen Gefahren des motorisierten Verkehrs verwirklicht hat und das Kind deshalb von der Haftung freigestellt werden soll.

Dem Wortlaut des § 828 II 1 BGB ist nicht zu entnehmen, dass der Gesetzgeber bei diesem Haftungsprivileg zwischen dem fließenden und dem ruhenden Verkehr unterscheiden wollte, wenn es auch im fließenden Verkehr häufiger als im so genannten ruhenden Verkehr eingreifen mag. Das schließt jedoch nicht aus, dass sich in besonders gelagerten Fällen - zu denen der Streitfall aber nicht gehört - auch im ruhenden Verkehr eine spezifische Gefahr des motorisierten Verkehrs verwirklichen kann (vgl. etwa Senat, BGHZ 29, 163 [166 f.] = NJW 1959, 627; NJW-RR 1995, 215 = VersR 1995, 90 [92]). Der Gesetzgeber wollte vielmehr lediglich den Fällen einer typischen Überforderung der betroffenen Kinder durch die spezifischen Gefahren des motorisierten Verkehrs Rechnung tragen. Zwar wird in der Gesetzesbegründung ausgeführt, der neue § 828 II BGB lehne sich an die Terminologie der Haftungsnormen des Straßenverkehrsgesetzes an (vgl. BT-Dr 14/7752, S. 26). Die danach folgende Erläuterung, im motorisierten Straßenverkehr sei das deliktsfähige Alter heraufzusetzen, weil bei dort plötzlich eintretenden Schadensereignissen in der Regel die altersbedingten Defizite eines Kindes beim Einschätzen von Geschwindigkeiten und Entfernungen zum Tragen kämen (vgl. BT-Dr 14/7752, S. 26 f.), zeigt aber deutlich, dass für den Gesetzgeber bei diesem Aspekt nicht das bloße Vorhandensein eines Motors im Fahrzeug ausschlaggebend war, sondern vielmehr der Umstand, dass die Motorkraft zu Geschwindigkeiten führt, die zusammen mit der Entfernung eines Kraftfahrzeugs von einem Kind vor Vollendung des zehnten Lebensjahres nur sehr schwer einzuschätzen sind (vgl. Bollweg/Hellmann, § 828 BGB Rz. 11).

Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich, dass der Gesetzgeber nur dann, wenn sich bei ei-

nem Schadensfall eine typische Überforderungssituation des Kindes durch die spezifischen Gefahren des motorisierten Verkehrs verwirklicht hat, eine Ausnahme von der Deliktsfähigkeit bei Kindern vor Vollendung des zehnten Lebensjahres schaffen wollte. Andere Schwierigkeiten für ein Kind, sich im Straßenverkehr verkehrsgerecht zu verhalten, sollten diese Ausnahme nicht rechtfertigen. Insoweit ging der Gesetzgeber davon aus, dass Kinder in dem hier maßgeblichen Alter mit solchen Situationen nicht generell überfordert sind und die Deliktsfähigkeit daher grundsätzlich anzunehmen ist. Das wird auch deutlich bei der Begründung, weshalb das Haftungsprivileg in Fällen vorsätzlicher Schädigung nicht gilt. Hierzu heißt es, dass in diesen Fällen die Überforderungssituation als Schadensursächlich auszuschließen sei und sich jedenfalls nicht ausgewirkt habe (vgl. BT-Dr 14/7752, S. 16, 27; Hentschel, NZV 2002, 433 [442]). Allerdings kam es dem Gesetzgeber darauf an, die Rechtsstellung von Kindern im Straßenverkehr umfassend zu verbessern. Sie sollte insbesondere nicht davon abhängen, ob das betroffene Kind im Einzelfall "Täter" oder "Opfer" eines Unfalls ist, denn welche dieser beiden Möglichkeiten sich verwirklicht, hängt oft vom Zufall ab (vgl. Medicus, Deutscher Verkehrsgerichtstag 2000, Referat Nr. III/4, S. 121; Spindler, in: Bamberger/Roth, BGB, § 828 Rz. 4). Die Haftungsprivilegierung Minderjähriger erfasst deshalb nicht nur die Schäden, die Kinder einem anderen zufügen. Da § 828 BGB auch für die Frage des Mitverschuldens nach § 254 BGB maßgeblich ist (vgl. Senat, BGHZ 34, 355 [366] = NJW 1961, 655), hat die Haftungsfreistellung Minderjähriger auch zur Folge, dass Kinder dieses Alters sich ihren eigenen Ansprüchen, gleichviel ob sie aus allgemeinem Deliktsrecht oder aus den Gefährdungshaftungstatbeständen des Straßenverkehrsgesetzes oder des Haftpflichtgesetzes hergeleitet werden, ihr Mitverschulden bei der Schadensverursachung nicht entgegenhalten lassen müssen (vgl. BT-Dr 14/7752, S. 16; Bollweg/Hellmann, Das neue SchadensersatzR, Teil 3, § 828 Rz. 5; Heß/Buller, ZfS 2003, 218 [219]). § 828 II BGB gilt deshalb unabhängig davon, ob das an einem Unfall mit einem Kraftfahrzeug beteiligte Kind Schädiger oder Geschädigter ist.

Diese Grundsätze können im Streitfall jedoch nicht eingreifen, weil nach den Feststellungen des BerGer. unter den Umständen des vorliegenden Falls das Schadensereignis nicht auf einer typischen Überforderungssituation des Kindes durch die spezifischen Gefahren des motorisierten Verkehrs beruht, so dass das BerGer. im Ergebnis zu Recht eine Freistellung des Bekl. von der Haftung verneint hat."

b. Deliktsfähigkeit des Bekl. gem. § 828 III BGB

Da ein genereller Ausschluss der Verantwortlichkeit des minderjährigen Bekl. gem. § 828 II 1 BGB nicht in Betracht kommt, ist dessen Deliktsfähigkeit vielmehr am Maßstab des § 828 III BGB zu beurteilen.

"Entgegen der Auffassung der Revision steht auch § 828 III BGB einer haftungsrechtlichen Verantwortung des Bekl. nicht entgegen. Nach der Rechtsprechung des erkennenden Senats besitzt derjenige die zur Erkenntnis seiner Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht i. S. von § 828 III BGB, der nach seiner individuellen Verstandesentwicklung fähig ist, das Gefährliche seines Tuns zu erkennen und sich der Verantwortung für die Folgen seines Tuns bewusst zu sein. Auf die individuelle Fähigkeit, sich dieser Einsicht gemäß zu verhalten, kommt es insoweit nicht an (vgl. Senat, NJW 1984, 1958; NJW-RR 1997, 1110 = VersR 1997, 834 [835]). Die Darlegungs- und Beweislast für das Fehlen der Einsichtsfähigkeit trägt der in Anspruch genommene Minderjährige; ab dem Alter von sieben Jahren wird deren Vorliegen vom Gesetz widerlegbar vermutet (vgl. Senat, NJW-RR 1997, 1110; Baumgärtel/Srieder, 2. Aufl., § 828 BGB Rz. 2 m. w. N.). Der Bekl. hat zu einem Mangel, das Gefährliche seines Tuns erkennen und sich der Verantwortung seines Tuns bewusst sein zu können, nichts vorgebracht. Der von der Revision herangezogene Vortrag, der Bekl. habe mit dem Kickboard zunächst die Fahrbahn einer Spielstraße befahren und habe deren Ende im Eifer des veranstalteten Wettrennens übersehen, bevor es zu dem Unfall mit dem PKW des Kl. gekommen sei, betrifft nicht die Einsichtsfähigkeit des Bekl. i. S. von § 828 III BGB."

c. Zwischenergebnis

Der Bekl. ist somit deliktsfähig i. S. d. § 828 BGB und infolgedessen für die Folgen seines Handelns zur Verantwortung zu ziehen.

2. Fahrlässigkeit des Bekl.

Der Bekl. müsste allerdings auch schuldhaft gehandelt haben. Da eine vorsätzliche Schädigung des PKW des Kl. ausgeschlossen werden kann, kommt allein eine fahrlässige Schadensverursachung in Betracht.

a. Zur Fahrlässigkeit minderjähriger Schädiger allgemein

"Ein solches Verhalten setzt voraus, dass die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht gelassen (§ 276 II BGB) und dabei die Möglichkeit eines Schadenseintritts erkannt oder sorgfaltswidrig verkannt wurde sowie ein die Gefahr vermeidendes Verhalten möglich und zumutbar war (vgl. Senat,

BGHZ 58, 48 [56]; NJW-RR 1993, 345; BGH, LM § 828 BGB Nr. 1). Dabei ist dem Alter des Schädigers Rechnung zu tragen (vgl. BGH, LM § 828 BGB Nr. 1). Bei einem Minderjährigen kommt es darauf an, ob Kinder bzw. Jugendliche seines Alters und seiner Entwicklungsstufe den Eintritt eines Schadens hätten voraussehen können und müssen und es ihnen bei Erkenntnis der Gefährlichkeit ihres Handelns in der konkreten Situation möglich und zumutbar gewesen wäre, sich dieser Erkenntnis gemäß zu verhalten (vgl. Senat, VersR 1970, 374 [375]; NJW-RR 1997, 1110).“

b. Verhalten des Bekl. im konkreten Fall

“Diese Voraussetzungen sind erfüllt. Kinder in der Altersgruppe des Bekl. wissen, dass sie sich so zu verhalten haben, dass ihr Kickboard nicht gegen einen parkenden Pkw prallt und diesen beschädigt. Es ist ihnen auch möglich und zumutbar, dieses Spielgerät so zu benutzen, dass eine solche Schädigung vermieden wird. Die danach gebotene Sorgfalt hat der Bekl. missachtet, indem er im Wettrennen mit seinem Bruder und einem Freund so schnell fuhr, dass er stürzte und sein Kickboard führungslos mit dem Pkw des Kl. zusammenstieß. Insoweit ist ohne Bedeutung, ob der Bekl. das Ende der Spielstraße im Eifer des Wettrennens übersah, da er die vorgenannten Sorgfaltspflichten auf allen Verkehrsflächen hätte beachten müssen.”

V. Zwischenergebnis

Da der Bekl. auch schuldhaft gehandelt hat, liegen die Voraussetzungen des haftungsbegründenden

Tatbestandes vor. Der Bekl. ist verpflichtet, dem Kl. alle durch sein Verhalten adäquat kausal verursachten Vermögenseinbußen nach Maßgabe der §§ 249 ff BGB zu ersetzen.

B. Haftungsausfüllender Tatbestand: Schaden gem. §§ 249 ff BGB

Hinsichtlich des Ausmaßes der verursachten Schäden ist eines Schadenshöhe von 1.904,16 Euro laut Bearbeitervermerk anzunehmen.

C. Einwand der mitwirkenden Betriebsgefahr, § 254 I BGB

Der Schadensersatzanspruch des Kl. könnte aber gem. § 254 I BGB zu kürzen sein, da sein Kraftfahrzeug in das Unfallgeschehen verwickelt war. Zu den gem. § 254 I BGB zu Lasten des Geschädigten zu berücksichtigenden Umständen kann auch die Betriebsgefahr eines Kraftfahrzeuges gehören, allerdings nur, soweit sich die von diesem ausgehende spezifische Gefahr nachweislich ebenfalls in dem Schadensereignis niedergeschlagen hat (Palandt/Heinrichs, § 254 Rz. 48).

“Es ist weder vorgetragen noch ersichtlich, dass sich unter den vom BerGer. festgestellten Umständen die Betriebsgefahr des parkenden Fahrzeugs ausgewirkt haben könnte, so dass auch nicht eine Mithaftung des Kl. nach den Grundsätzen des § 254 BGB in Betracht kommt.”

D. Endergebnis

Der Kl. hat gegen den Bekl. einen Schadensersatzanspruch in Höhe von 1.904,16 Euro.

Standort: Strafrecht

Problem: Verdeckungsabsicht bei § 211 StGB

BGH, URTEIL VOM 06.10.2004
1 STR 286/04 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte war vom späteren Opfer erpresst worden. Dieses hatte damit gedroht, den Angeklagten bei der Polizei anzuzeigen, weil dieser mit Raubkopien handelte. Der Angeklagte ließ das Opfer in seine Wohnung und übergab dessen Begleiter einen erheblichen Bargeldbetrag. Dann überraschte er das Opfer, schnitt ihm von hinten die Kehle durch und tötete es. Das Landgericht Nürnberg hatte den Angeklagten deshalb wegen Heimtückemordes verurteilt. Auf die Revision des Angeklagten hin hob der BGH das Urteil auf, da die Tötung des Opfers nicht heimtückisch gewesen sei und das Landgericht es außerdem unterlassen habe, das Vorliegen von Rechtfertigungsgründen zu prüfen und verwies zur Entscheidung an eine andere Kammer des Landgerichts zurück (vgl. BGH, NStZ

2003, 312). Das Landgericht verurteilte den Angeklagten erneut wegen Mordes, diesmal wegen Verdeckungsabsicht; eine Rechtfertigung scheiterte am Fehlen des subjektiven Rechtfertigungselements. Die erneute Revision des Angeklagten gegen dieses Urteil wies der BGH diesmal zurück.

Prüfungsrelevanz:

Der Sachverhalt ist nicht nur zum zweiten Mal Gegenstand einer BGH-Entscheidung, sondern erfährt auch zum zweiten Mal eine Berücksichtigung als Urteil in Fallstruktur im Rahmen der RA (zuerst in RA 2003, 399). Dies allein verdeutlicht wohl, dass die im vorliegenden Fall angesprochenen Probleme eine besonders hohe Examensrelevanz aufweisen.

Während der Schwerpunkt der ersten BGH-Entscheidung in Ausführungen zur Arglosigkeit eines Erpressers und den Fallgruppen sozialetischer Notwehrein-schränkung lag (die - der Vollständigkeit halber - in die vorliegende Bearbeitung auch

wieder aufgenommen wurden), geht es diesmal vor allem um die Annahme eines subjektiven Mordmerkmals bei Motivbündeln und das Fehlen des subjektiven Rechtfertigungselements. Da es wohl im Rahmen der Tötungsdelikte eher selten vorkommen dürfte, dass ein einziges Motiv den Täter zur Tötung eines anderen Menschen bewegt, stellt sich die Frage, ob es für das Vorliegen eines (subjektives) Mordmerkmals des Täters ausreicht, dass nur einer von mehreren in einem sog. Motivbündel des Täters zusammenfallenden Beweggründen den Anforderungen eines solchen genügt. Der BGH folgt insofern im vorliegenden Urteil seiner bisherigen Rechtsprechung, dass insofern der leitende, die Tat prägende, Handlungsantrieb des Täters maßgeblich ist (vgl. auch BGH, NStZ 1989, 19; Tröndle/Fischer, § 211 Rn. 11 mwN).

Im Gegensatz zu einer vereinzelt vertretenen Minderheitsmeinung (Spendel, DRiZ 1978, 311) geht die ganz herrschende Meinung davon aus, dass zu den Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes grundsätzlich auch ein subjektives Rechtfertigungselement gehört, wobei allerdings streitig ist, welche Voraussetzungen an dieses zu stellen sind (vgl. insofern die Ausführungen bei Schönke/ Schröder-Lenckner, Vor §§ 32 ff. Rn. 13 f.) und insb. auch, wie sich das Fehlen dieses Elementes auswirkt. Bzgl. der letztgenannten Fragestellung geht die sog. Versuchslösung davon aus, dass der Täter bei Fehlen der subjektiven Voraussetzung des Rechtfertigungsgrundes nur wegen Versuchs bestraft werden kann, wobei die Versuchsregeln meist nur entsprechend angewandt werden (SK-Günther, Vor § 32 Rn. 55, 91; Tröndle/Fischer, § 34 Rn. 18 mwN). Die Vertreter der Vollendungslösung hingegen bestrafen in diesem Fall wegen vollendeter Tat (BGHSt 5, 245; Schmidhäuser, AT, 9/17). Der BGH folgt im vorliegenden Fall wie bisher der Vollendungslösung.

Vertiefungshinweise:

☐ Zum Mordmerkmal der Heimtücke: *BGH*, StV 1981, 622; NStZ 2003, 312 (dieser Fall); *Eser*, JR 1981, 177; *Küper*, JuS 2000, 740; *Otto*, Jura 1994, 149; *Rengier*, MDR 1980, 4; *Schmoller*, ZStW 99, 389; *Spendel*, StV 1984, 46;

☐ Subjektive Mordmerkmale bei Motivbündeln: *BGH*, NJW 1981, 1382; NStZ 1997, 81;

☐ Zur Notwehr gegen Erpressungen: *BGH*, NStZ 2003, 312 (dieser Fall); *Amelung*, NStZ 1998, 70; *Arzt*, JZ 2001, 1052

☐ Zum Fehlen des subjektiven Rechtfertigungselements: *BGHSt* 2, 111; 3, 194; 5, 245; 38, 155; *Herzberg*, JA 1986, 190

Kursprogramm:

☐ *Examenskurs*: "Wilde Ehe"

☐ *Examenskurs*: "Wie die Eltern so die Kinder"

Leitsatz (der Redaktion):

Kommen bei der Prüfung der subjektiven Mordmerkmale verschiedene, möglicherweise zusammenwirkende Motive des Täters in Betracht (sog. Motivbündel), ist entscheidend, ob der leitende, die Tat prägende Handlungsantrieb für sich betrachtet die Voraussetzungen des Mordmerkmals erfüllt.

Sachverhalt:

A handelte aus seiner Wohnung heraus mit Raubkopien von CDs und Videos. Am Vormittag des 7.2.00 suchte A den M auf. M verlangte von A zunächst die Zahlung von 1.000,- DM, dann schließlich von 5.000,- DM. Sollte A dem nicht nachkommen, so drohte M, werde er die Polizei anrufen und dieser die illegalen Geschäfte des A offenbaren. Auch drohte M damit, A zusammenschlagen zu lassen. A kam dieser Forderung Ms nicht nach, weil er die Drohung nicht ernst nahm. Allerdings rief M tatsächlich bei der Polizei an und vereinbarte für den folgenden Tag einen Termin, in dem er der Polizei sein Wissen über A mitteilen wollte. A, der nun erkannte, dass M seine Drohung tatsächlich wahr zu machen beabsichtigte, verließ daraufhin dessen Wohnung. Zwischen 18.30 Uhr und 18.40 Uhr erschien M in Begleitung des N bei A. Nach mehrmaligem Klingeln und Klopfen und einem Tritt Ms gegen die Wohnungstüre öffnete A schließlich. Im weiteren Verlauf entbrannte der Streit zwischen M und A erneut. M forderte den A erneut auf, ihm 5.000,- DM zu geben, anderenfalls nähme er die Geräte mit und zeige ihn bei der Polizei, dem Finanzamt und dem Sozialamt an; auch könne er dafür sorgen, dass A Deutschland binnen 24 Stunden verlassen müsse. Zur Untermauerung seiner Forderung ließ er sich von N dessen Mobiltelefon geben und drohte mit dem sofortigen Anruf bei der Polizei. A bot daraufhin 1.200,- DM an, da er nicht mehr habe. M lehnte ab.

Schließlich drohte M erneut, er werde alles mitnehmen, das Musikcenter und den Brenner, und es würden Tschetschenen kommen, die ihn, A, aufschlitzen. Da es jedoch zu keiner Einigung zwischen beiden kam, stand der stark alkoholisierte M (BAK 3,03 Promille) auf und zog seine Jacke an. Er schien seine Drohung, bei der Polizei anzurufen, jetzt wahr machen zu wollen, indem er das Mobiltelefon des N in den Händen haltend schrie: "Ich brauche das Geld nicht! Ich gehe jetzt und rufe die Polizei an!" A, nun von der Ernsthaftigkeit dieser Drohung überzeugt, erklärte, er hole das Geld, und ging ins Badezimmer. Währenddessen trat M gegen den Tisch, auf dem sich ein CD-Ständer mit etwa 200 CDs und zwölf weitere Behältnisse mit CDs

befanden. Die Steckverbindungen des Ständers lösten sich und ein Teil der darin befindlichen CDs fiel auf den Tisch und den Fußboden. Dadurch entstand ein lautes schepperndes Geräusch; CDs wurden allerdings nicht beschädigt oder zerstört.

Auf dem Rückweg aus dem Badezimmer hörte A das scheppernde Geräusch der herunterfallenden CDs. Spätestens jetzt entschloss er sich, M zu töten. Er gab im Vorbeigehen N das in einer Plastiktüte befindliche Geld und trat in einem Zuge hinter den mit den Händen in den Hosentaschen dastehenden M, um diesen zu töten. Er wollte damit verhindern, dass M ihn bei der Polizei und anderen Behörden anzeige. Auf die Sicherung seines Eigentums und die Rückgewinnung des N übergebenen Geldes kam es dem A dabei überhaupt nicht an. Er schlug M mit den Fäusten zunächst zweimal auf das Schädeldach, packte ihn mit der linken Hand so kräftig an den Haaren, dass er einige Büschel Haare ausriss, zog den Kopf nach hinten und setzte mehrere kräftige Schnitte mit einem kleinen, einseitig geschliffenen Gemüsemesser, das er zuvor eingesteckt hatte. Dabei durchtrennte er den Hals Ms bis zur Halswirbelsäule. M verstarb an Ort und Stelle. N flüchtete mit dem Geld.

Hat A sich wegen Mordes strafbar gemacht?

Lösung:

A. Strafbarkeit des A wegen Mordes gem. § 211 StGB

A könnte sich durch die Messerschnitte wegen Mordes gem. § 211 StGB strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

1. Tötung eines anderen Menschen

A müsste zunächst den tatbestandlichen Erfolg des § 211 StGB herbeigeführt haben, d.h. er müsste einen anderen Menschen getötet haben. Durch die Schnitte mit dem Gemüsemesser hat A den Tod des M herbeigeführt, so dass diese Voraussetzung gegeben ist.

2. Heimtücke

A könnte den M heimtückisch getötet haben.

Der Täter handelt heimtückisch, wenn er die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers in feindlicher Willensrichtung zur Tötung ausnutzt, wobei das Opfer arglos ist, wenn es sich im konkreten Tatzeitpunkt keines Angriffs auf sein Leben von Seiten des Täters versieht (Lackner/Kühl, § 211 Rn. 6 ff.).

In seiner ersten Entscheidung zu diesem Sachverhalt (NSStZ 2003, 312) machte der BGH zur Arglosigkeit des M folgende Ausführungen: "Der Erpresser ist in der von ihm gesuchten Konfrontation

mit dem Erpressten im Blick auf einen etwaigen wehrenden Gegenangriff des Opfers auf sein Leben jedoch nicht arglos, wenn er in dessen Angesicht im Begriff ist, seine Tat zu vollenden und zu beenden und damit den endgültigen Rechtsgutsverlust auf Seiten des Erpressten zu bewirken. Das sich wehrende Erpressungsoffer handelt in einem solchen Falle mithin in aller Regel nicht heimtückisch. Arglos in dem bei heimtückischer Begehungsweise vorausgesetzten Sinn ist der Getötete dann, wenn er nicht mit einem gegen seine körperliche Unversehrtheit gerichteten erheblichen, geschweige denn mit einem lebensbedrohlichen Angriff rechnet. Diese Arglosigkeit kann aus unterschiedlichen Gründen entfallen. Maßgeblich sind jeweils die Umstände des konkreten Falles. Die Frage, ob ein Mensch arglos ist, beurteilt sich grundsätzlich nach seiner tatsächlich vorhandenen Einsicht in das Vorhandensein einer Gefahr. Dass er einen tätlichen Angriff (hier: Gegenangriff) in Rechnung gestellt hat, kann sich allein schon aus seinem eigenen vorausgegangenen Verhalten ergeben (BGHR StGB § 211 Abs. 2 Heimtücke 13; vgl. weiter BGHSt 20, 301, 302; 33, 363, 365; BGH NJW 1980, 792; StV 1985, 235). Ist in einem Fall wie dem vorliegenden eine Notwehrlage aufgrund eines gegenwärtigen rechtswidrigen erpresserischen Angriffs durch den später Getöteten gegeben, der aktuell nicht nur im Fortwirken einer erpressungstypischen Dauergefahr besteht (Beeinträchtigung der Willensentschlussfreiheit, etwa durch Setzen einer Frist zur Zahlung unter Übelsandrohung), sondern darüber hinaus in einer konkreten Tathandlung im Angesicht des Opfers, die unmittelbar die Verletzung eines beachtlichen Rechtsguts des Opfers besorgen lässt, so gilt: Es ist regelmäßig der Angreifer, der durch sein Verhalten einen schützenden oder trutzwehrenden Gegenangriff herausfordert, mag dieser sich nun im Rahmen des durch Notwehr Gerechtfertigten halten oder deren Grenzen überschreiten. Für die Frage der Arglosigkeit ist letzteres unerheblich. Mit seinem konkreten Angriff hat das spätere Opfer des Gegenangriffs in aller Regel seine Arglosigkeit bereits zuvor verloren. Er ist der wirkliche Angreifer. Dem Angegriffenen gesteht die Rechtsordnung das Notwehrrecht zu. Mit dessen Ausübung muss jeder Angreifer in solcher Lage grundsätzlich rechnen. Das ist von der strafrechtlichen Werteordnung und damit normativ prägend vorgegeben. Dem entspricht, dass das Notwehrrecht generell im Rechtsbewusstsein der Bevölkerung tief verwurzelt ist. Der Erpresser ist deshalb unter den hier gegebenen Umständen regelmäßig nicht gänzlich arglos (vgl. BGHR StGB § 211 Abs. 2 Heimtücke 13).

Das Mordmerkmal der Heimtücke ist einer solchen, auch normativ orientierten einschränkenden Aus-

legung zugänglich. Diese gründet mit darin, dass der Gegenwehr hier ersichtlich nicht das Tückische in einem Maße innewohnt, welches den gesteigerten Unwert dieses Mordmerkmals kennzeichnet (vgl. BGHR StGB § 211 Abs. 2 Heimtücke 13). Es gilt zudem, einen Wertungsgleichklang mit dem Notwehrrecht zu gewährleisten. Gerade für ein zunächst unterlegenes Opfer kann es sich als unausweichlich erweisen, gegenüber dem überlegenen Rechtsbrecher, der gar noch von einem Tatteilnehmer unterstützt wird, bei der Verteidigung einen Überraschungseffekt auszunutzen, soll die Notwehr überhaupt Aussicht auf Erfolg haben. Unter solchen Umständen erscheint es bei wertender Betrachtung nicht systemgerecht, dem sich wehrenden Opfer, wenn es in der gegebenen Lage - in der Regel plötzlich - in den Randbereich der erforderlichen und gebotenen Verteidigung gerät oder gar exzessiv handelt, das Risiko aufzulasten, bei Überschreitung der rechtlichen Grenzen der Rechtfertigung oder auch der Entschuldigung sogleich das Mordmerkmal der Heimtücke zu verwirklichen. [...]

Der danach anzunehmende Argwohn des später getöteten M wird nicht dadurch in Frage gestellt, dass er den Feststellungen zufolge von dem Gegenangriff des Angeklagten 'überrascht' war und diesen nicht erwartet hatte. Das belegt lediglich, dass er die Aussichten falsch eingeschätzt hat, seinen Rechtsbruch ohne Gegenwehr zu Ende führen zu können; seine Arglosigkeit hatte er - mangels entgegenstehender Umstände - bereits mit seinem (erneuten) Angriff auf das Vermögen des Angeklagten in dessen Angesicht verloren.

Dem steht nicht entgegen, dass er sich auch in der Gefährlichkeit eines möglicherweise zu erwartenden Gegenangriffs verschätzt haben mag, weil er bis zuletzt wohl die Bewaffnung des Angeklagten mit einem kleinen Messer nicht bemerkt hatte (ebenso BGHR StGB § 211 Abs. 2 Heimtücke 13). Nach allem gilt: büßt der später Getötete wegen seines eigenen gegenwärtigen rechtswidrigen erpresserischen Angriffs nicht gänzlich seine Arglosigkeit gegenüber der Möglichkeit eines körperlichen (schutz- oder trutzwehrenden) Gegenangriffs ein, so fehlt es an der Heimtücke selbst dann, wenn der sich Wehrende das Überraschungsmoment bewusst ausnutzt."

Das M somit nicht arglos war, hat A auch nicht heimtückisch gehandelt.

3. Grausamkeit

Die Tötung des M durch die Schnitte in den Hals könnte jedoch grausam gewesen sein.

Eine Tötung ist dann grausam i.S.v. § 211 StGB, wenn der Täter dem Opfer besonders starke Schmerzen oder Qualen körperlicher oder see-

lischer Art aus gefühlloser, unbarmherziger Gesinnung zufügt (BGH, StV 1997, 566; SK-Horn, § 211 Rn. 43). Die Tötung des M durch zahlreiche Schnitte in den Hals stellt sich zwar als besonders gewalttätig dar. Jedoch führt ein solcher Angriff auch sehr schnell zum Tod des Opfers, so dass sich nicht feststellen lässt, dass der M besonders starke Schmerzen erlitt. Eine grausame Tötung ist somit ebenfalls nicht gegeben.

4. Vorsatz

A handelte vorsätzlich hinsichtlich der Tötung des M.

5. Verdeckungsabsicht

A könnte in der Absicht gehandelt haben, eine andere Straftat zu verdecken, nämlich seine - strafbaren - Verstöße gegen das Urheberrecht durch den Handel mit Raubkopien (§§ 106, 108 a UrhG). Gleichzeitig kann jedoch davon ausgegangen werden, dass A den M auch deshalb töten wollte, weil er über dessen Vorverhalten wütend war und sich an diesem rächen wollte.

Fraglich könnte sein, ob das Mordmerkmal der Verdeckungsabsicht auch dann gegeben ist, wenn der Täter neben der Verdeckung einer anderen Straftat auch noch andere Motive zur Tötung des Opfers hat.

Hierzu der BGH: "Die Annahme des Landgerichts, der Angeklagte habe M getötet, um zu verhindern, dass dieser seine illegalen Geschäfte den Behörden anzeige und er, der Angeklagte, deshalb strafrechtlich verfolgt werde, begegnet nach Auffassung des Senats keinen durchgreifenden sachlichrechtlichen Bedenken. [...]

Das Landgericht hat seine Überzeugung von der Verdeckungsabsicht als bewusstseinsdominantem Motiv ersichtlich auf mehrere festgestellte Umstände gestützt, die objektiv abgesichert sind. Dem Zusammenhang der Urteilsgründe vermag der Senat noch zu entnehmen, dass die Kammer auch das Mitschwingen anderer Beweggründe nicht übersehen, das Verdeckungsziel indes als im Vordergrund stehend und damit als tatbeherrschend ('wirkmächtige Triebfeder') bewerten wollte.

Kommen bei der Prüfung der subjektiven Mordmerkmale verschiedene, möglicherweise zusammenwirkende Motive des Täters in Betracht (sogen. Motivbündel), hat der Tatrichter sämtliche wirkmächtigen Elemente in seine Würdigung einzubeziehen. Entscheidend ist, ob der leitende, die Tat prägende Handlungsantrieb für sich betrachtet die Voraussetzungen erfüllt, also 'niedrig' ist oder auf Verdeckung einer Straftat gerichtet ist (vgl. MünchKomm-StGB/Schneider § 211 Rdn. 77; siehe auch BGH MDR bei Holtz 1977, 809 f.: '... das Motiv, durch welches der Tötungsentschluss seine

wesentliche Kennzeichnung erfahren hat.'). Für den Tatrichter stellt sich damit die Aufgabe, bei mehreren Zielen und Anlässen der Tat das bewusstseinsdominante Motiv festzustellen. Dazu hat er die äußeren Umstände heranzuziehen, soweit diese hierzu aussagekräftig sind. Oft wird auch das Einlassungsverhalten des Angeklagten wichtige Hinweise geben (MünchKomm-StGB/ Schneider aaO). Dementsprechend ist in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs für den Verdeckungsmord anerkannt, dass auch die Absicht, durch Tötung eine Entdeckung früherer Straftaten zu vermeiden, mit anderen Beweggründen zusammenfallen kann; sie muss aber für sich gesehen Triebfeder des Täterhandelns sein (BGH MDR bei Dallinger 1976, 15; MDR bei Holtz 1984, 276).

Hier hat die Strafkammer - ersichtlich aus den äußeren Umständen - auf das Tatmotiv der Verdeckungsabsicht geschlossen. Das ist möglich und auch tragfähig, weil diese Umstände die Verdeckungsabsicht als tatbeherrschenden Beweggrund plausibel zu erklären vermögen.

Die Beweisaufnahme bot allerdings durchaus auch Hinweise darauf, dass bei dem Angeklagten - der in der nunmehrigen Hauptverhandlung zur Sache geschwiegen hat - auch andere Motive mitbestimmend waren. So hat dieser bei seiner kriminalpolizeilichen Beschuldigtenvernehmung am 9. Februar 2001 durch den Kriminalbeamten H die Frage bejaht, ob er M unbedingt habe töten wollen und hinzugefügt: 'Ja, ich hatte gar keine andere Möglichkeit, weil ich mir das Geld nicht wegnehmen lassen wollte und vielleicht noch andere Sachen, die mir gehören.' In der ermittlungsrichterlichen Vernehmung am selben Tage hat der Angeklagte angegeben, er sei 'sehr böse' gewesen, weil er sich das Geld über Jahre angespart habe und die beiden es ihm in nur einer Minute weggenommen hätten. Er habe sich überlegt, wenn sie ihm schon das Geld wegnähmen, dass M als nächstes mit Freunden kommen würde und ihm auch die ganze Wohnung leer räume. Damit dies nicht passiere, habe er sich entschlossen, M zu töten.

In einer weiteren polizeilichen Vernehmung am 28. Februar 2002 erklärte er, nach seinem Zustand befragt: 'In dem Moment verspürte ich nur noch Hass und wollte es M heimzahlen, was er mir die ganzen Monate angetan hat. Ich hatte mich in diesem Moment nicht mehr unter Kontrolle. Das passiert mir manchmal, wenn ich böse werde.' Die Frage, ob er M also nur wegen seiner ständigen Geldforderungen getötet habe, beantwortete er dahin: 'Nein, sondern weil er dadurch meine ganzen Pläne und eigentlich meine ganze Existenz bedroht bzw. kaputtgemacht hat. [...] Er wollte nur Geld, Geld, Geld. Bis zuletzt habe ich versucht, die Sache friedlich zu lösen. Ich habe ihm Geld gegeben, da-

mit er mich endlich in Ruhe lässt, aber er wollte immer mehr.'

Angesichts dieser Umstände war naheliegend und möglich, dass der Angeklagte durch ein Bündel von Motiven zur Tat veranlasst wurde. Dazu mögen auch Hass, Rache für die wiederholten Erpressungen, deren Vermeidung in der Zukunft, der bevorstehende Verlust des Geldes, die Sorge um die 'Existenz', wengleich diese auch auf illegalen Geschäften beruhte,

gehört haben. Wenn die Strafkammer sich indes im Ergebnis von der Verdeckungsabsicht als 'eigentlichem' Motiv überzeugt hat, dann hat sie damit bei sinnbarem Verständnis nur verdeutlichen wollen, dass dieser Beweggrund für den Angeklagten letztlich ausschlaggebend war und sein Tatentschluss dadurch seine wesentliche Kennzeichnung erfahren hat. Sie hat die unterschiedlichen Motivansätze zwar nicht ausdrücklich als Bündel von Gründen dargestellt; aber sie hat die verschiedenen Erklärungen des Angeklagten dazu genau wiedergegeben und auf diese Weise die Motivlage gleichsam abgeschichtet. Sie hat andere, in den Einlassungen aufscheinende Handlungsmotive des Angeklagten verworfen und so das Verdeckungsziel als treibend und leitend erachtet. Dass sie dabei mögliche andere Motive außer acht gelassen haben könnte, die sich aus den unmittelbar zuvor von der Kammer in den Urteilsgründen wiedergegebenen Einlassungen des Angeklagten ergeben, schließt der Senat aus."

A hat also zur Verdeckung einer Straftat gehandelt.

II. Rechtswidrigkeit

Die Tötung des M könnte jedoch aus Notwehr (§ 32 StGB) gerechtfertigt sein.

1. Notwehrlage

Dann müsste zunächst eine Notwehrlage, also ein gegenwärtiger, rechtswidriger Angriff des M (vgl. § 32 II StGB), gegeben sein.

Ein Angriff i.S.v. § 32 II StGB ist jede Bedrohung rechtlich geschützter Interessen durch menschliches Verhalten (Schönke/Schröder-Lenckner/Peron, § 32 Rn. 3). Gegenwärtig ist ein Angriff vom Zeitpunkt seines unmittelbaren Bestehens bis zu seinem vollständigen Abschluss (BGH, NStZ 2000, 365; Lackner/Kühl, § 32 Rn. 4). Rechtswidrig ist ein Angriff, wenn er im Widerspruch zur Rechtsordnung steht, der Angreifer also insbesondere nicht seinerseits gerechtfertigt ist (Tröndle/Fischer, § 32 Rn. 11).

Zum Vorliegen einer Notwehrlage stellt der BGH (in NStZ 2003, 312) fest: "Die Notwehrlage bestand für den Angeklagten während seiner Messerattacke auf M noch fort. Ms erpresserischer Angriff auf das Vermögen des Angeklagten war noch

‘gegenwärtig’ im Sinne des § 32 Abs. 2 StGB. Er war zwar vollendet, aber noch nicht beendet; denn die Beute war noch nicht gesichert (vgl. BGH bei Holtz MDR 1979, 985; siehe weiter BGHSt 27, 336, 339; BGH NJW 1979, 2053; RGSt 55, 82, 84; Lenckner/Perron in Schönke/ Schröder, StGB 26. Aufl. § 32 Rdn. 13, 15; Lackner/Kühl StGB 24. Aufl. § 32 Rdn. 4). Notwehr ist nicht darauf beschränkt, die Verwirklichung der gesetzlichen Merkmale des Tatbestandes abzuwenden. Sie ist zum Schutz gegen den Angriff auf ein bestimmtes Rechtsgut zugelassen. Dieser Angriff kann trotz Vollendung des Delikts noch fortauern und deshalb noch gegenwärtig sein, solange die Gefahr, die daraus für das bedrohte Rechtsgut erwächst, entweder doch noch abgewendet werden kann oder bis sie umgekehrt endgültig in den Verlust umgeschlagen ist. Nur im Falle des endgültigen Verlustes handelt es sich etwa bei einem Angriff auf Eigentum und Besitz beweglicher Sachen für den Berechtigten nicht mehr um die Erhaltung der Sachherrschaft, sondern um deren Wiedererlangung, für die Gewaltanwendung jedenfalls nicht mehr unter dem Gesichtspunkt der Notwehr zugelassen ist (so schon RGSt 55, 82, 84).“

Eine Notwehrlage lag somit vor.

2. Notwehrhandlung

Die Tötung des M müsste auch als Notwehrhandlung von § 32 StGB gedeckt sein.

a. Erforderlichkeit

Zunächst müsste die Tötung des M auch erforderlich gewesen sein.

Erforderlich ist dasjenige Verteidigungsmittel, das einerseits geeignet ist, den Angriff endgültig abzuwenden und andererseits das relativ mildeste Mittel zur Abwehr darstellt (BGHSt 27, 336; Tröndle/Fischer, § 32 Rn. 9).

Zweifel an der Erforderlichkeit der Tötung des M könnten hier deswegen bestehen, weil dem A vielleicht auch gleich geeignete, mildere Mittel zur Abwehr des Angriffs zur Verfügung gestanden hätten, insb. das Verlassen der Wohnung, das Alarmieren der Polizei oder ein Angriff ohne die Verwendung des Messers.

Zur Erforderlichkeit der Tötung des M führt der BGH (in NStZ 2003, 312) aus: “Ein ‘Weggehen’ des Angeklagten aus seiner eigenen Wohnung oder ein Herbeirufen der Polizei nach dem etwaigen Verlassen der Wohnung durch M und N, also ein Abziehenlassen der Erpresser wäre keine Verteidigung gegen den rechtswidrigen Angriff mehr gewesen. Dass ein drohendes, wehrendes Vorzeigen des mit kurzer Klinge versehenen Küchenmessers sich ebenso wie der Versuch einer ‘körperlichen Auseinandersetzung’ als aussichtsreiche Verteidigungs-

mittel erwiesen hätten, versteht sich im Blick auf die Übermacht zweier Angreifer nicht von selbst. Der trinkgewohnte M war zwar hochgradig alkoholisiert, aber ersichtlich aktionsfähig und aggressionsbereit.

Zuvor, als der Angeklagte mit M vorübergehend allein war, weil N Proviant herbeiholte, hatte der Angeklagte versucht, M hinzuhalten. Als die Tat vollendet wurde, sah der Angeklagte sich indessen wieder zwei Angreifern gegenüber. Dass der Versuch einer vom Angeklagten mittels körperlicher Gewalt geübten Trutzwehr, die Androhung des Einsatzes des Messers oder aber der Versuch des Herbeirufens der Polizei in Anwesenheit zweier Angreifer aussichtsreich gewesen wären, liegt nicht nahe [...]. Hätte der Angeklagte den Einsatz des Messers angedroht oder hätte er sich auf eine körperliche Auseinandersetzung eingelassen, wäre zu besorgen gewesen, dass er eine Eskalation durch die Angreifer heraufbeschworen hätte.

Ein nicht bloß geringes Risiko, dass ein milderes Verteidigungsmittel fehlschlägt und dann keine Gelegenheit mehr für den Einsatz eines stärkeren Verteidigungsmittels bleibt, braucht der Angegriffene zur Schonung des rechtswidrig Angreifenden nicht einzugehen. Auf einen Kampf mit ungewissem Ausgang muss er sich nicht einlassen (vgl. nur BGH StV 1999, 143; BGH NStZ 2001, 591, jew. m.w.N.). [...]

Die Tötung des M war somit erforderlich.

b. Gebotenheit

Die Verteidigungshandlung des A müsste allerdings auch geboten gewesen sein.

Die Gebotenheit der Notwehrhandlung entfällt in Fallgruppen, in denen aus sozialem Gesichtspunkten die Notwehr einzuschränken ist. Fraglich ist, ob eine dieser Fallgruppen im vorliegenden Fall einschlägig ist.

aa. Unerträgliches Missverhältnis zwischen geschütztem und beeinträchtigtem Rechtsgut

Notwehr ist insb. dann ausgeschlossen, wenn zwischen geschütztem und beeinträchtigtem Rechtsgut ein krasses, unerträgliches Missverhältnis besteht (Tröndle/Fischer, § 32 Rn. 20 mwN).

Zum vorliegenden Fall führt der BGH insofern (in NStZ 2003, 312) aus: “Die Auffassung des Landgerichts, die Tötung Ms sei ‘völlig unverhältnismäßig’ gewesen, vermag der Senat nicht zu teilen. Eine Abwägung der betroffenen Rechtsgüter findet bei der Notwehr grundsätzlich nicht statt. Ein Fall des Missbrauchs des Notwehrrechts wegen geringen Gewichts des angegriffenen Rechtsguts stand hier nicht in Rede (sog. Bagatellfälle; vgl. BGH MDR bei Holtz 1979, 985; Tröndle/ Fischer aaO § 32 Rdn. 20 m.w.N.). Es ging bei dem Angriff Ms

nicht lediglich um eine etwaige Sachbeschädigung der CD-Sammlung des Angeklagten, sondern um die Erpressung eines Bargeldbetrages in Höhe von 5.000 DM. Bei solcher Ausgangslage gilt der Grundsatz, dass das Recht dem Unrecht nicht zu weichen braucht."

bb. Absichtsprovokation

Dem Täter ist es auch dann verwehrt, sich auf Notwehr zu berufen, wenn er den Angriff ausschließlich zu dem Zweck provoziert hat, den Angreifer unter Ausnutzung der so entstehenden Notwehrlage verletzen zu können (sog. Absichtsprovokation, vgl. BGH, NJW 1983, 2267; Tröndle/Fischer, § 32 Rn. 23 mwN).

Auch der BGH diskutiert diese Fallgruppe (in NSTZ 2003, 312): "Der Angeklagte könnte sich nicht wirksam auf Notwehr berufen, wenn er sich absichtlich oder jedenfalls vorsätzlich in eine erwartete Verteidigungssituation hineinbegeben hätte, um dann M unter dem Vorwand einer objektiven Notwehrlage angreifen und 'vernichten' zu können. In einem solchen Fall erwiese sich seine Gegenwehr in Wahrheit als vorgeplanter Angriff auf das Leben Ms rechtsmissbräuchlich im Gewande der Verteidigung geführt (vgl. nur BGH NJW 1983, 2267; NSTZ 2001, 143; vgl. Tröndle/Fischer aaO § 32 Rdn. 18, 23). In diesem Zusammenhang bedarf es auch einer Bewertung der Äußerung des Angeklagten im Ermittlungsverfahren, wonach er auch 'zukünftige weitere Wegnahmen' habe verhindern wollen. Dies kann für sich betrachtet auf den Willen zu einer Art (unerlaubter) 'Präventivnotwehr' hindeuten. Für die tatsächliche Würdigung kann auch eine Rolle spielen (Indizwirkung), dass der Angeklagte M und N in Kenntnis des wiederkehrenden, vorangegangenen erpresserischen Verhaltens Ms und von dessen Ankündigung am Vormittag in seine Wohnung einließ. Die Tatsache, dass und wann der Angeklagte sich mit einem kleinen Küchenmesser bewaffnet hatte, kann im Gesamtzusammenhang des Geschehens für den Schluss auf seine Beweggründe bedeutsam sein. Dem steht nicht entgegen, dass es im Grundsatz dem Notwehrübenden nicht anlastbar ist, wenn er sich für den Fall einer ihm aufgezwungenen Auseinandersetzung bewaffnet. [...]"

Andererseits ist aber auch im Auge zu behalten, dass M die Intensität seines Angriffs gesteigert hatte. So forderte er einen erheblich höheren Geldbetrag als noch am Vormittag. Er ließ sich auch nicht mehr erfolgreich hinhalten, sondern begann mit Sachbeschädigungen und drohte weitere Übel an, die die Durchsetzung mit räuberischen Mitteln nicht fernliegend erscheinen ließen. Dass der Angeklagte erst dann zum Gegenangriff übergang, als ihm der endgültige Verlust seines Geldes un-

weichlich vor Augen stehen musste, könnte eher gegen eine Absichtsprovokation sprechen."

Jedenfalls nach dem Grundsatz "in dubio pro reo" ist somit zugunsten des A davon auszugehen, dass er den M nicht gezielt in seine Wohnung gelockt hat, um ihn zu verletzen oder zu töten.

cc. Vorwerfbar herbeigeführte Notwehrlage

Die Notwehr ist nach herrschender Meinung auch dann zumindest eingeschränkt, wenn der Täter den Angriff zwar nicht gezielt herbeigeführt, aber durch sein vorwerfbares Vorverhalten provoziert hat (BGH, NSTZ-RR 1999, 40; Schönke/Schröder-Lenckner/Perron, § 32 Rn. 58 ff.).

Auch der BGH diskutiert diese Fallgruppe sozialethischer Notwehreinschränkung für den vorliegenden Fall (in NSTZ 2003, 312): "Eine Einschränkung des Notwehrrechts des Angeklagten im Blick auf eine etwaige Provokation Ms durch vorwerfbares Vorverhalten würde voraussetzen, dass dieses Vorverhalten rechtswidrig oder wenigstens sozialethisch zu missbilligen wäre; zudem müsste zwischen ihm und dem rechtswidrigen Angriff des M ein enger zeitlicher und räumlicher Zusammenhang bestehen (vgl. zu diesen Erfordernissen: BGHSt 27, 336, 338; 42, 97, 101; siehe auch BGHSt 24, 356, 358 f.; 26, 143, 145; BGH NSTZ 1998, 508; NSTZ-RR 1999, 40, 41; Lenckner/Perron in Schönke/Schröder, aaO § 32 Rdn. 54, 59; Tröndle/Fischer aaO § 32 Rdn. 24)."

Fraglich ist, worin ein solches vorwerfbares Vorverhalten des A zu sehen sein könnte.

(1) Einlassen des M als vorwerfbares Vorverhalten

Ein vorwerfbares Vorverhalten des M könnte darin liegen, dass er M und N in seine Wohnung hineinließ.

Der BGH verneint dies (in NSTZ 2003, 312): "Die bisherigen Feststellungen belegen nicht, dass der Angeklagte die Notwehrlage in rechtswidriger oder sonst sozialethisch zu missbilliger Weise herbeigeführt und M 'provoziert' hätte. Das bloße Einlassen Ms und dessen Begleiters in seine, des Angeklagten, Wohnung trotz der zuvor ausgesprochenen Drohungen und der bereits erfolgten Erpressungen genügt dafür nicht. Damit hat er M lediglich die Gelegenheit zum erneuten Erpressungsversuch gegeben und damit gleichsam fahrlässig - die Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten betreffend - die Notwehrlage mit herbeigeführt. Ein rechtlich erlaubtes Tun - wie etwa das Öffnen der Wohnungstür gegenüber einem unbekanntem Bewaffneten (BGH NSTZ 1993, 332, 333) - führt jedoch nicht ohne weiteres zur Einschränkung des Notwehrrechts, auch wenn der Täter wusste oder wissen musste, dass der andere durch dieses Verhalten zu einem rechtswidrigen Angriff veranlasst werden

könnte (so schon BGH NStZ 1993, 332, 333). Entscheidend ist nicht, ob der später Angegriffene die Entwicklung vorhersehen konnte, sondern - mit Blick auf das Rechtsbewährungsinteresse - ob der Angreifer sich durch das vorwerfbare Verhalten des von ihm Angegriffenen provoziert fühlen konnte (vgl. Roxin ZStW Bd. 75, 497, 582). Die bloß fahrlässige oder gar leichtfertige Herbeiführung einer Notwehrlage führt nicht zu einer Einschränkung des Maßes der gebotenen Verteidigung. Das würde selbst dann gelten, wenn der Angeklagte mit einem erneuten Angriff Ms gerechnet und dies beim Einlassen in seine Wohnung - wenn er dies hätte verhindern können - in Kauf genommen und geglaubt hätte, einen solchen Angriff hinhaltend oder sonst 'schon irgendwie' abwehren zu können. Er hätte auch dann nicht im Sinne einer Provokation des Angreifers gehandelt, sondern lediglich eine notwehrträchtige Lage durch erlaubtes Tun mitverursacht, für die er sich sogar wappnen durfte.

Dieses Verhalten mochte dann zwar in hohem Maße den Geboten der Vorsicht und der Lebensklugheit zuwiderlaufen; es nahm dem Angeklagten jedoch nichts von seinem Recht, sich gegen den Angriff mit den nach Maßgabe der Situation erforderlichen und gebotenen Mitteln zu verteidigen (BGH, Urteil vom 20. Juli 1983 - 2 StR 43/83 - S. 12, aber auch Urteil vom 5. Juli 1978 - 2 StR 201/78 - S. 5 f.)."

In dem Einlassen von M und N ist somit kein vorwerfbares Vorverhalten zu sehen.

(2) Handel mit Raubkopien als vorwerfbares Vorverhalten

Ein vorwerfbares Vorverhalten des A könnte jedoch darin liegen, dass dieser rechtswidrig mit Raubkopien handelte, wodurch er es dem M ja überhaupt erst ermöglichte, ihn zu erpressen.

Der BGH lehnt dies jedoch ebenfalls ab (in NStZ 2003, 312): "Ebensowenig erweist sich bei dem festgestellten Sachverhalt der illegale Handel des Angeklagten mit Raubpressungen [...] als notwehreinchränkendes vorwerfbares Vorverhalten im Sinne einer Provokation der Notwehrlage [...]. Dieses Verhalten des Angeklagten ist zwar von Rechts wegen ersichtlich vorwerfbar. Es richtete sich jedoch nicht gegen ein Rechtsgut gerade des M, wie das etwa bei Tötlichkeiten oder Beleidigungen gegenüber dem späteren Angreifer der Fall ist. Betroffen waren vielmehr Rechtsgüter Dritter, nämlich der Urheberrechtsinhaber [...]. Dementsprechend fehlte auch der räumliche und zeitliche Zusammenhang mit dem Angriff Ms. Eine Notwehr des Angeklagten (wenn seine Trutzwehr vom Verteidigungswillen mitgetragen und erforderlich war) stünde 'nicht im Zeichen seines eigenen Unrechts'; seiner Gegenwehr würde das eigene Unrecht nicht

unmittelbar anhaften. Sie wäre mithin durch seine anderweitigen Straftaten nicht in einer Weise bemakelt, dass sie deshalb nicht mehr uneingeschränkt als Mittel auch der Rechtsbewährung gegenüber dem erpresserischen Angriff Ms auf sein Vermögen hätte angesehen werden können (vgl. BGHSt 27, 336, 338; BGH NStZ 1989, 474; Schönke/Schröder, aaO § 32 Rdn. 59). Auch demjenigen, der früher eine strafbare Handlung begangen hat, steht grundsätzlich ein uneingeschränktes Notwehrrecht zur Seite, wenn er in anderem Zusammenhang selbst Opfer einer Straftat wird. Er hat nicht etwa deshalb, weil die gegen ihn gerichtete Tat (hier: eine Erpressung) vom Täter an seine gegen die Rechtsgüter Dritter begangene eigene Straftat angeknüpft wird, einen 'Status minderen Rechts', der Erpresser nicht deswegen einen größeren, im Ergebnis nicht notwehrfähigen Freiraum für seinen Rechtsbruch."

Auch der Handel mit Raubkopien stellt somit kein notwehreinchränkendes vorwerfbares Vorverhalten dar.

Somit hat A die Notwehrlage nicht selbst vorwerfbar herbeigeführt, so dass eine Notwehreinchränkung aus diesem Grunde ebenfalls nicht in Betracht kommt.

dd. Notwehr gegen Schweigegelderpressung

Der BGH erörtert (in NStZ 2003, 312) auch eine weitere Fallgruppe der Notwehreinchränkung: "Eine Einschränkung des Notwehrrechts jenseits der in der Rechtsprechung bislang anerkannten Fallgruppen wird in der Literatur für die Fälle der sogenannten Schweigegelderpressung diskutiert ('Chantage'). Typischerweise droht der Erpresser hier mit der Enthüllung kompromittierender Tatsachen, namentlich mit einer Strafanzeige wegen einer vom Erpressungsoffer seinerseits begangenen Straftat. Wehrt der Erpresste sich oder tötet gar den Erpresser, so wird das Gebotensein der Notwehr verneint oder von einer Einschränkung des Notwehrrechts wegen verminderten Rechtsbewährungsinteresses ausgegangen. Das Interesse des Erpressten am Schutz vor Enthüllung einer Straftat verdient keinen uneingeschränkten Schutz (vgl. zu alledem nur Roxin, Strafrecht AT 3. Aufl. [1997] Kap. VIII § 15 [S. 593] Rdn. 89/90; Haug MDR 1964, 548, 549; Amelung GA 1982, 381).

Der Senat stellt dahin, ob und inwieweit einer solchermaßen begründeten Einschränkung des Notwehrrechts beizupflichten wäre. Das muss hier nicht entschieden werden. Der vorliegende Fall ist - anders als die in der Literatur zumeist erörterten Sachverhalte - dadurch geprägt, dass eine Erpressung in Rede steht, die nicht ausschließlich auf der Androhung der Anzeige von Straftaten des Erpress-

ten fußt. Vielmehr hatte M dem Angeklagten schon damit gedroht, ihn zusammenschlagen zu lassen; noch am Vormittag des Tattages hatte er angekündigt, das Geld 'mit Freunden einzutreiben'. Ob daraus eine Leibesgefahr im Sinne des § 255 StGB folgte, die zum Vorfallszeitpunkt noch 'gegenwärtig' war, bedürfte gegebenenfalls der tatrichterlichen Würdigung (vgl. zu deren Fortwirken in Erpressungsfällen BGH NStZ-RR 1998, 135; BGHR StGB § 255 Drohung 9). In der aktuell gegebenen Notwehrlage drohte M mit erheblichen Sachbeschädigungen und der Wegnahme von Gegenständen aus der Wohnung des Angeklagten im Wert von 5.000 DM, was naheliegenderweise durch Gewaltanwendung gegenüber dem Angeklagten oder jedenfalls durch Drohung mit weiteren Übeln durchzusetzen gewesen wäre und sich dann rechtlich möglicherweise gar als Raub oder räuberische Erpressung erwiesen hätte. Sind die Drohmittel solcherart verschieden, um gleichsam eine 'gemischte Drohkulisse' aufzubauen, so liegt kein reiner Fall der Schweigegelderpressung mehr vor; es steht eine Mischung aus Schutz- und Schweigegelderpressung in Rede. In diesen Fällen ist das, was zur Verteidigung 'geboten' ist, unter dem Gesichtspunkt eigenen strafbaren Vorverhaltens des Erpressungsopfers gegenüber Dritten jedenfalls dann nicht eingeschränkt, wenn der Angriff des Erpressers auf die Willensentschließungsfreiheit zugleich in einen gegenwärtigen Angriff auf das Vermögen übergeht, mit weiteren Übeldrohungen verstärkt wird und der Angreifer im Angesicht des Opfers dabei ist, mit aktuell realisierbaren - auch konkludenten - Drohungen gegen Sachwerte und etwa auch die körperliche Integrität des Opfers seinen Angriff auf das Vermögen zu vollenden und zu beenden.

Daran ändert nichts, dass das Erpressungsopfer zuvor die Möglichkeit gehabt hätte, staatliche Hilfe zu suchen. Maßgeblich für die Beurteilung dessen, was zur Abwehr des Angriffs erforderlich und geboten ist, sind die Verhältnisse im Augenblick des konkreten Angriffs, also zum Zeitpunkt der Verteidigung durch den Angegriffenen (vgl. BGH NJW 1989, 3027)."

Eine Einschränkung der Notwehrbefugnisse des A, weil er sich (auch) gegen die Schweigegelderpressung des M wehren wollte, ist somit abzulehnen.

ee. Angriff erkennbar Schuldloser

Eine weitere Fallgruppe, in der die Notwehr eingeschränkt ist, ist der Angriff eines erkennbar Schuldlosen (BGH, NJW 2000, 3079; Tröndle/Fischer, § 32 Rn. 19 mwN).

Im vorliegenden Fall könnte M wegen seines erheblichen Alkoholkonsums schuldunfähig gewesen sein. Der BGH lehnt dies jedoch (in NStZ 2003,

312) ab: "In Betracht zu ziehen haben wird der neue Tatrichter für den Fall einer vom Verteidigungswillen jedenfalls mitbestimmten und erforderlichen Notwehr schließlich eine Einschränkung dieses Rechts im Blick auf Ms Trunkenheit, an deren Zustandekommen der Angeklagte durch Gestattung und Mitwirkung am Konsum von Dreivierteln des Inhalts einer Flasche Wodka beteiligt war. In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass das Notwehrrecht gegenüber schuldlos handelnden Angreifern eingeschränkt sein kann (vgl. Tröndle/Fischer aaO § 32 Rdn. 19).

Dass M allerdings schuldunfähig gewesen sein könnte, dürfte eher fernliegen. Näher wird - zumal in Rücksicht auf den Zweifelssatz - eine erheblich verminderte Schuldfähigkeit liegen, weil er jedenfalls noch in beachtlichem Maße aktionsfähig war." Eine Einschränkung der Notwehrbefugnisse des A wegen Schuldunfähigkeit des Angreifers M ist somit auch abzulehnen.

ff. Weitere Notwehreinschränkung

Der BGH diskutiert (in NStZ 2003, 312) sogar die Schaffung einer neuen Fallgruppe sozialetischer Notwehreinschränkung für den vorliegenden Fall: "Der Senat hat schließlich erwogen, ob eine weitere Kategorie eingeschränkter (gebotener) Notwehr zu begründen ist, wenn mehrere Umstände vorliegen, die Anlass zur Prüfung einer Einschränkung nach den insoweit anerkannten Fallgruppen geben, dort aber eine solche Einschränkung je für sich nicht zu rechtfertigen vermögen. Dies hat der Senat jedoch verworfen: Das liefe auf eine Art Gesamtschau und die Gewichtung verschiedener Umstände hinaus. Damit verlöre das Notwehrrecht in solchen Fällen seine Konturenschärfe. Es muss geeignet bleiben, in den einschlägigen, oft durch die Plötzlichkeit der Entwicklung charakterisierten Fällen des Lebens dem rechtlichen Laien ohne weiteres überschaubare, grundsätzlich einfache Richtschnur für das Handeln zu sein. Allzu differenzierte Erwägungen würden seinem Zweck widerstreiten. Die anerkannten Fälle der Einschränkung des Notwehrrechts sind denn auch solche, in denen das zumutbar geringere Maß der gebotenen Verteidigung oder eine Pflicht zum Ausweichen für jedermann ohne weiteres augenfällig ist (Evidenzfälle)."

3. Subjektives Rechtfertigungselement

A müsste weiterhin auch das subjektive Rechtfertigungselement aufgewiesen haben, d.h. er müsste mit Verteidigungswillen gehandelt haben.

Hierzu der BGH: "Unter diesen Umständen ist auch gegen die Verneinung eines Verteidigungswillens des Angeklagten im Rahmen der Prüfung einer Rechtfertigung durch Notwehr von Rechts wegen nichts zu erinnern.

Die Strafkammer nimmt zwar eine objektive Notwehrlage an, weil M am Tatabend kein Anspruch auf Zahlung eines Betrages in Höhe von 5.000,- DM (d.h. kein fälliger Anspruch in dieser Höhe) zugestanden habe und M seine Beute auch noch nicht endgültig gesichert gehabt habe. Der Angeklagte habe aber nicht sein Eigentum und sein Vermögen schützen wollen. Darauf sei es ihm 'überhaupt nicht' angekommen. Vielmehr habe er M als Mitwisser seiner illegalen Geschäfte ausschalten wollen. Sachbeschädigungen und die Wegnahme von Gegenständen aus seiner Wohnung hätten ihm unmittelbar nicht gedroht. Das Geld habe er N im Vorbeigehen 'freiwillig' gegeben.

Auch diese Würdigung, ein Verteidigungswille habe dem Angeklagten gefehlt, wird den Äußerungen des Angeklagten zu seinen Beweggründen noch gerecht. Aus dem Gesamtzusammenhang der Urteilsgründe, insbesondere den wiedergegebenen Äußerungen des Angeklagten, tritt hervor, dass der Angeklagte auch aus Wut, Enttäuschung und auch um den Verlust des Geldes zu verhindern handelte, sich in erster Linie aber den lästig gewordenen Erpresser M 'vom Hals schaffen' und die Anzeige seiner illegalen Geschäfte durch diesen verhindern wollte. Damit trat naheliegender Weise der Verteidigungszweck seines Handelns im Blick auf das N in die Hände gegebenen Geldes so sehr in den Hintergrund, dass er nicht mehr leitend war und den Tatentschluss nicht kennzeichnete. [...]"

Ein Verteidigungswille des A ist somit nicht gegeben. Fraglich ist, wie es sich auswirkt, wenn das subjektive Rechtfertigungselement fehlt.

a. Versuchslösung

Nach einer Auffassung entfällt auch bei fehlendem subjektiven Rechtfertigungselements durch das Vorliegen der objektiven Voraussetzungen des Rechtfertigungsgrundes das Erfolgsunrecht; der vom Täter herbeigeführte Erfolg stehe - da seine Herbeiführung objektiv gerechtfertigt ist - nicht im Widerspruch zur Rechtsordnung, so dass der Täter insofern gerechtfertigt und eine Bestrafung wegen vollendeter Tat deshalb ausgeschlossen sei (SK-Günther, Vor § 32 Rn. 90; Tröndle/Fischer, § 32 Rn. 14 a; Wessels/Beulke, AT, Rn. 278 f. mwN). Da der Täter von der rechtfertigenden Situation jedoch nichts wusste und sich deshalb durch seine Handlung gegen die Rechtsordnung auflehnen wollte sei jedoch ein Handlungsunrecht noch gegeben. Die Lage beim Fehlen des subjektiven Rechtfertigungselements entspreche also letztlich der des untauglichen Versuchs: der Täter wolle einem Verstoß gegen die Rechtsordnung bewirken, zu dem es

aber objektiv nicht kommen könne. Deshalb sei der Täter in diesen Fällen auch nicht wegen vollendeter Tat, sondern nur wegen Versuchs zu bestrafen, wobei dann innerhalb dieser Auffassung weiter streitig ist, ob die Versuchsregeln direkt (so Roxin, AT, § 14 Rn. 101) oder analog (so Wessels/Beulke, AT, Rn. 279) anzuwenden sind.

Nach dieser Auffassung wäre somit trotz des Fehlens des subjektiven Rechtfertigungselements bei A jedenfalls der vollendete Mord gerechtfertigt und es käme allenfalls eine Strafbarkeit wegen versuchten Mordes in Betracht.

b. Vollendungslösung

Nach der Gegenauffassung ist der Täter beim Fehlen des subjektiven Rechtfertigungselements nicht gerechtfertigt; da er den Tatbestand voll verwirklicht habe, sei deshalb eine Strafbarkeit wegen vollendeter Tat anzunehmen (BGHSt 2, 111; 3, 194).

Nach dieser Auffassung wäre A somit insgesamt nicht gerechtfertigt.

c. Stellungnahme

Sieht man im subjektiven Rechtfertigungselement eine Voraussetzung für die Rechtfertigung des Täters, so gibt es keinen Grund, diesen beim Fehlen dieser Voraussetzung anders zu stellen als beim Fehlen einer objektiven Voraussetzung eines Rechtfertigungsgrundes: in beiden Fällen kann der Täter nicht gerechtfertigt sein. Hat er den Tatbestand voll verwirklicht, so muss eine Verurteilung wegen vollendeter Tat erfolgen. Nach der Versuchslösung werden an die Rechtfertigung eines vollendeten Delikts und eines Versuches unterschiedliche Voraussetzungen gestellt: während die Rechtfertigung der vollendeten Tat kein subjektives Rechtfertigungselement voraussetzt (s.o.), ist dies für die Rechtfertigung eines Versuchs erforderlich. Da der Versuch jedoch ein notwendiges Durchgangsstadium (ein "Minus") zur vollendeten Tat darstellt ist nicht ersichtlich, warum seine Rechtfertigung an höhere Voraussetzungen geknüpft sein sollte als die der Vollendungstat. Auch erscheint es überaus bedenklich, den Täter in analoger Anwendung der Versuchsvorschriften zu bestrafen, da dies einen Verstoß gegen Art. 103 II GG darstellen könnte. Zu folgen ist somit der Vollendungslösung. Da das subjektive Rechtfertigungselement bei A fehlt ist dieser somit nicht gerechtfertigt.

III. Schuld

A handelte auch schuldhaft. Er ist strafbar wegen Mordes gem. § 211 StGB.

*Literaturauswertung**Öffentliches Recht*

Autor/Titel:	Diringer, Arnd: "Der grundrechtliche Schutz von sogen. Jugendreligionen"
Fundstelle:	BayVBl 2005, 97 (Heft 4)
Inhalt:	Der Autor legt nach einer übersichtlichen Bestandsaufnahme der bisher in Rspr. und Lit. geäußerten Meinungen die Anforderungen dar, unter denen sich Glaubensgemeinschaften auf Art. 4 GG und Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 WRV berufen können. Er geht sodann der Frage nach, ob bestimmte Jugendreligionen - insbesondere Scientology - diese Anforderungen erfüllen.

Autor/Titel:	Morlock, Martin: "Das BVerfG als Hüter des Parteienwettbewerbs"
Fundstelle:	NVwZ 2005, 157 (Heft 2)
Inhalt:	Besprechung zu BVerfG, NVwZ 2004, 1473 zur Verfassungswidrigkeit des sogen. "Drei-Länder-Quorums" (als "Urteil in Fallstruktur" in diesem Heft).

Zivilrecht

Autor/Titel:	Schmidt, Marlene: "Sachmängelhaftung für Hersteller- und Händlerangaben über den Kraftstoffverbrauch und die CO 2-Emissionen neuer Personenkraftfahrzeuge"
Fundstelle:	NJW 2005, 329 (Heft 6)
Inhalt:	Am 01.11.2004 ist die Verordnung über Verbraucherinformationen zu Kraftstoffverbrauch und CO 2-Emissionen neuer Personenkraftwagen (Pkw-EnVKV) in Kraft getreten, welche in Umsetzung einer entsprechenden EG-Richtlinie vom 13.12.1999 Hersteller und Händler neuer Pkw verpflichtet, den interessierten Kunden umfangreiche Informationen über Verbrauch und Schadstoffausstoß der angebotenen Fahrzeuge zur Verfügung zustellen. Der Verbraucher soll somit in die Lage versetzt werden, seine Kaufentscheidung auch von dem Aspekt der Umweltverträglichkeit des jeweiligen Fahrzeugs abhängig zu machen. Hält das gelieferte Neufahrzeug die entsprechenden Angaben nicht ein, so haftet der Fahrzeugverkäufer hierfür grundsätzlich gem. § 434 I 2 Nr. 2, S. 3 BGB, dem Käufer stehen die in § 437 BGB genannten Gewährleistungsrechte zu. Die Autorin befasst sich eingehend mit der Frage, inwieweit die Händler diese Gewährleistung umgehen können, indem sie ihre Angaben gem. Anlage 1 Abschnitt I Nr. 5 lit. b) Pkw-EnVKV mit dem Hinweis versehen, diese seien nicht auf ein einzelnes Fahrzeug bezogen, sondern dienen lediglich dem Vergleich unterschiedlicher Fahrzeugtypen.

Autor/Titel:	Stehle, Stefan: "Ausgewählte Probleme des Vorbehaltsverkäufers: Rücktritt trotz verjährter Kaufpreisforderung und Rücktritt in der Käuferinsolvenz"
Fundstelle:	JURA 2005, 78 (Heft 2)
Inhalt:	Nach § 216 II 2 BGB kann der durch einen Eigentumsvorbehalt gesicherte Verkäufer auch nach Verjährung der Kaufpreisforderung noch vom Kaufvertrag zurückzutreten und so die Kaufsache zurückzubekommen (vgl. § 346 I BGB). Der vorliegende Aufsatz geht der Frage nach, inwieweit er dann zu einer bestimmten Verwertung der Kaufsache verpflichtet sein kann, und beleuchtet andererseits die Situation der Verkäufers in der Insolvenz seines Vertragspartners.

Autor/Titel:	Wenzel, Joachim: "Der Störer und seine verschuldensunabhängige Haftung im Nachbarrecht"
Fundstelle:	NJW 2005, 241 (Heft 5)
Inhalt:	<p>Das private Nachbarrecht darf wohl zu den in der juristischen Ausbildung eher unbeliebten und zuweilen stiefmütterlich behandelten Themen gezählt werden. Ein Grund hierfür dürfte sein, dass die hier anzuwendenden Vorschriften des BGB - namentlich die §§ 1004, 906 BGB - wenig präzise formuliert sind und viel Raum für richterrechtliche Konkretisierungen und deren kritische Würdigung seitens der Literatur lassen. Dementsprechend groß ist die Verunsicherung bei Studenten und Referendaren, die sich mit diesem unsicheren Rechtsgebiet zu befassen haben.</p> <p>Der Befund aus der juristischen Ausbildung steht im Widerspruch zu der wachsenden Bedeutung dieses Rechtsgebietes in der Praxis, weshalb die Lektüre dieses Aufsatzes, dessen Verfasser als Vorsitzender des hier zuständigen V. Zivilsenats des BGH als ausgewiesener Experte dienen darf, als geeignetes Mittel zur Beseitigung eigener Vorbehalte dem zivilrechtlichen Nachbarrecht gegenüber zu empfehlen ist.</p>

Strafrecht

Autor/Titel:	Mitsch, Wolfgang: "Videoaufzeichnung als Vernehmungssurrogat in der Hauptverhandlung"
Fundstelle:	JuS 2005, 102 (Heft 2)
Inhalt:	<p>Vor dem Hintergrund einer neueren BGH-Entscheidung (NJW 2004, 1605 (= RA 2004, 394)) diskutiert der Verfasser die Voraussetzungen für die Möglichkeit der Verwertung einer Videoaufzeichnung über die frühere Vernehmung eines Zeugen, insb. bei dessen nachträglicher Berufung auf ein Zeugnisverweigerungsrecht, über § 255 a StPO. Insb. bei der Frage, ob im Falle eines Verwertungsverbots gem. §§ 255 a I, 252 StPO statt des Vorspielens des Videos der Ermittlungsrichter als Zeuge vernommen werden kann, kommt der Verfasser (wegen eines von dem des BGH abweichenden Verständnisses des Umfangs von § 252 StPO) zu wesentlich anderen Ergebnissen als der BGH.</p>

Autor/Titel:	Adomeit, Klaus/Beckemper, Katharina: "Tötung eines Familientyrannen"
Fundstelle:	JA 2005, 35 (Heft 1)
Inhalt:	<p>Ein kurzer, wundervoll emotionaler und dennoch juristisch fundierter Schlagabtausch der Verfasser zur Frage der Strafbarkeit der Ehefrau, die ihren die Familie tyrannisierenden Ehemann im Schlaf tötet (vgl. BGH, NJW 2003, 2464 (= RA 2003, 463)). Trotz der Kürze ein sehr lesenswerter Einstieg in die interessante und sehr examensrelevante Problematik.</p>

Autor/Titel:	Thoss, Peter: "Examensklausur Strafrecht: Erlaubte Tötung trotz versuchter Rache"
Fundstelle:	Jura 2005, 128 (Heft 2)
Inhalt:	<p>Gutachterliche Aufarbeitung einer auf einem echten BGH-Fall (NStZ 2001, 143 (= RA 2001, 174)) basierenden Original-Examensklausur zur wichtigen Problematik der Rechtsfigur der actio illicita in causa. Pflichtlektüre für Examenskandidaten in beiden Examen.</p>