

## Öffentliches Recht

**Standort: Normenkontrolle**

**Problem: Wiedereinsetzung in die Antragsfrist**

OVG NW, BESCHLUSS VOM 19.02.2004  
7A D 67/03 (NVwZ-RR 2005, 290)

**Problemdarstellung:**

Der Normenkontrollantrag nach § 47 I VwGO ist gem. § 47 II VwGO innerhalb einer Frist von 2 Jahren nach Bekanntmachung der angegriffenen Rechtsnorm zu stellen. Das OVG NRW hatte nun die Frage zu beantworten, ob eine Wiedereinsetzung in diese Frist nach § 60 VwGO möglich ist, wenn sie versäumt worden ist.

Das Gericht verneint die Frage unter schulmäßiger Auslegung der Norm nach Wortlaut, Sinn & Zweck und der historischen Motive. Zwar sei § 47 II 1 VwGO eine "gesetzliche Frist" i.S.d. § 60 I VwGO, das Bedürfnis nach Rechtssicherheit sei aber so groß, dass es sich um eine Ausschlussfrist handle, die nicht wieder einsetzungsfähig sei. Dem durch einen Bebauungsplan - dem weitaus häufigsten Anwendungsfall des § 47 I Nr. 1 VwGO - Belasteten könne zudem durch eine Inzidentprüfung der Wirksamkeit des Bebauungsplans im Baugenehmigungsverfahren geholfen werden.

**Prüfungsrelevanz:**

Dass die Entscheidung unmittelbare Prüfungsrelevanz für alle Fälle hat, in denen die Wiedereinsetzung in die Frist des § 47 II VwGO beantragt wird, liegt auf der Hand. Für Referendare besonders interessant sind noch zwei Kleinigkeiten: Zum einen der Tenor, der im Falle eines erfolglosen Wiedereinsetzungsantrags auf "Verwerfung" des Antrags lautet und durch Beschluss ergeht. Zum anderen sollte man aus dem von den Prozessbevollmächtigten des Antragstellers begangene Anfängerfehler lernen, nicht über einen Prozesskostenhilfeantrag die fristwahrende Stellung des eigentlichen Antrags zu vergessen. Nicht der PKH-Antrag wahrt die Frist, sondern nur der Normenkontrollantrag selbst.

**Vertiefungshinweise:**

- Wiedereinsetzung in die Frist des § 47 II VwGO: *VGH BW*, NVwZ-RR 2001, 201 (offen gelassen)
- Übertriebene Anforderungen an die Wiedereinsetzung: *BVerfG*, RA 2000, 2 = NJW 1999, 3701
- Wiedereinsetzung bei Wegfall des Hindernisses während der noch laufenden Frist: *BVerwG*, RA 1999, 416 = NVwZ-RR 1999, 472

**Kursprogramm:**

- Examenskurs* : "Alles nur eine Frage der Form"

**Leitsatz:**

**Die Frist des § 47 II 1 VwGO, innerhalb derer ein Normenkontrollantrag gestellt werden kann, ist eine Ausschlussfrist.**

**Sachverhalt:**

Am 19.8.2003 reichte der Ast. einen "Antrag auf Prozesskostenhilfe und Entwurf eines Antrags auf Normenkontrolle" bei Gericht ein und beantragte, ihm Prozesskostenhilfe zu gewähren. Er beabsichtigte, einen Normenkontrollantrag gegen einen am 23.11.2001 öffentlich bekannt gemachten Bebauungsplan zu erheben. Nach Fristsetzung überreichten die Prozessbevollmächtigten des Ast. am 20.11.2003 die "vollständig ausgefüllte Erklärung über die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse des Ast.". Der Senat bewilligte dem Ast. für die Durchführung des Normenkontrollverfahrens mit Beschluss vom 28.11.2003 Prozesskostenhilfe.

Der Beschluss ist den Prozessbevollmächtigten des Ast. am 2.12.2003 ohne förmliche Zustellung bekannt gegeben worden. Am 9.1.2004 setzte der Berichterstatter die Prozessbevollmächtigten des Ast. telefonisch vorab darüber in Kenntnis, dass an der Zulässigkeit eines Normenkontrollantrags im Hinblick auf den zwischenzeitlichen Fristablauf für einen Normenkontrollantrag Bedenken bestünden. Mit Schriftsatz vom 13.1.2004, bei Gericht eingegangen am 15.1.2004, stellte der Ast. daraufhin den Normenkontrollantrag und begehrte zugleich, ihm wegen Versäumung der Antragsfrist Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren. Das OVG hat den Antrag verworfen.

**Aus den Gründen:**

Der Antrag ist unzulässig. Der Ast. hat den Normenkontrollantrag nicht innerhalb der Antragsfrist von zwei Jahren nach Bekanntmachung des Bebauungsplans gestellt. Die versäumte Antragsfrist kann nicht durch Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wieder eröffnet werden, da es sich bei der Antragsfrist um eine der Wiedereinsetzung nicht zugängliche Ausschlussfrist handelt. Ungeachtet dessen liegen auch die Voraussetzungen des § 60 VwGO für eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht vor.

*A. Antragsfrist versäumt*

Gemäß § 47 II 1 VwGO kann der Normenkontrollantrag nur innerhalb von zwei Jahren nach Bekanntmachung der Rechtsvorschrift gestellt werden. Der vom Ast. angegriffene Bebauungsplan ist am 23.11.2001 im Amtsblatt der Ag. öffentlich bekannt gemacht worden. Der Ast. hätte daher gem. §§ 188 II, 187 I BGB den Antrag bis zum 23.11.2003 stellen müssen. Der Antrag ist aber erst mit dem am 15.1.2004 bei Gericht eingegangenen Antrag vom 13.1.2004 und damit verspätet gestellt worden.

*B. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand*

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen Versäumung der Frist für einen Normenkontrollantrag konnte nicht gewährt werden. Gem. § 60 I VwGO ist auf Antrag Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren, wenn jemand ohne Verschulden gehindert war, eine gesetzliche Frist einzuhalten.

*I. Gesetzliche Frist i.S.d. § 60 I VwGO*

Nicht alle gesetzlichen Fristen sind jedoch der Wiedereinsetzung zugänglich. Bei den so genannten uneigentlichen Fristen oder auch Ausschlussfristen kommt eine Wiedereinsetzung nicht in Betracht. Eine Ausschlussfrist ist eine gesetzlich fixierte Zeitspanne, deren Ende einen äußersten Zeitpunkt festlegt, nachdem auch bei fehlendem Verschulden eine Prozesshandlung endgültig nicht mehr vorgenommen werden kann. Die Frist des § 47 II 1 VwGO ist eine solche Ausschlussfrist (vgl. Fröhler; in: Eyermann, VwGO, 11. Aufl. [2000], § 47 Rdnr. 74; Kopp/Schenke, VwGO, 13. Aufl. [2003], § 47 Rdnr. 83; Redeker/v.Oertzen, VwGO, 13. Aufl. [2000], § 47 Rdnr. 26; Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, Stand: September 2003, § 47 Rdnr. 36; Sodan/Ziekow, VwGO, Stand: Januar 2003, § 47 Rdnr. 251 e; a.A. Brügelmann/Dürr, BauGB, Stand: Oktober 2003, § 10 Rdnr. 583 m.w.N.).

*1. Wortlaut*

Der Wortlaut des § 47 II 1 VwGO ergibt allerdings keinen zwingenden Anhalt für die Feststellung, ob mit ihm eine Ausschlussfrist gesetzt werden soll.

*2. Teleologie*

Hierfür sprechen nach Auffassung des Senats jedoch überwiegende Gründe von Sinn und Zweck der Vorschrift.

*a. Planungssicherheit*

Mit ihr soll die Zulässigkeit von Normenkontrollverfahren auf den Zeitraum von zwei Jahren nach Bekanntgabe des Bebauungsplans beschränkt werden. Der Festlegung dieses Zeitrahmens liegt eine Abwägung zugrunde zwischen den Interessen von durch einen Bebauungsplan in abwägungserheblichen Belangen Betroffenen daran, in einem (zulässigen) Normen-

kontrollverfahren den Bebauungsplan objektiver Rechtsprüfung zu unterwerfen, und den Interessen derjenigen, die ebenfalls von den Bebauungsplanfestsetzungen betroffen sind, sich aber auf den Bestand des Bebauungsplans grundsätzlich einrichten wollen. Hinzu tritt das Interesse der Träger öffentlicher Planung, namentlich der Gemeinde, die den Bebauungsplan erlassen hat, das mit dem Bebauungsplan verfolgte städtebauliche Konzept umzusetzen oder/und auf ihm aufbauend zum Gegenstand weiterer Planungen zu machen, ohne etwaige Normenkontrollanträge in ihre Erwägungen einstellen zu müssen. Bereits das durch die Fristbestimmung geschützte Vertrauen einer meist nicht genau bestimmbar Zahl Dritter, die von potenziellen Ast. nicht selten keine Kenntnis haben (können), legt es nahe, von einer Ausschlussfrist auszugehen.

*b. Materielle Gerechtigkeit im Einzelfall kann durch Inzidentprüfung hergestellt werden*

Entscheidend tritt Folgendes hinzu: Die Möglichkeit, gem. § 60 VwGO Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu erlangen, dient dem Schutz der Rechte Betroffener und deshalb im Einzelfall der Forderung nach materieller Gerechtigkeit, der - nach Maßgabe der Voraussetzungen des § 60 VwGO - Vorrang vor der Rechtssicherheit gegeben wird (vgl. BVerfGE 60, 253).

Ein derartiger Konflikt besteht hinsichtlich des Normenkontrollantrags nicht. Geht es darum, dass der Ast. einer zu seinen Lasten gehenden Umsetzung des Bebauungsplans entgegentreten will oder möchte er ein Vorhaben verwirklichen, das den Festsetzungen des Bebauungsplans widerspricht, ist der Bebauungsplan in dem jeweiligen Verfahren inzident auf seine Wirksamkeit zu prüfen. Eine Verletzung materieller Rechte des Ast. ist damit auch nach Ablauf der Zwei-Jahres-Frist nicht zu befürchten. Andererseits ist für planbetroffene Dritte gewöhnlich allein das Datum der Bekanntmachung des Bebauungsplans verlässlicher Anhaltspunkt für ihre Prüfung, ob noch mit einem Normenkontrollantrag gerechnet werden muss.

*3. Gesetzesmaterialien*

Sinn und Zweck der Zwei-Jahres-Frist als Ausschlussfrist werden durch die Gesetzesmaterialien bestätigt. Der Gesetzentwurf des Bundesrates stellt zur Begründung der Frist auf den Gedanken der Rechtssicherheit ab. Wegen der möglichen Beeinträchtigung der Rechtssicherheit "sieht (der Entwurf) deshalb eine zeitliche Beschränkung des Antragsrechts ... vor" (vgl. BT-Drs 13/1433, S. 10). Auf eben diese Erwägung stützte auch die Bundesregierung ihren Gesetzesentwurf, der sich von dem Entwurf des Bundesrates hinsichtlich der Frist nur insoweit unterschied, als statt einer fünfjährigen eine einjährige Frist bestimmt werden sollte (vgl. Gesetzesentwurf der Bundesregierung,

BT-Drs 13/3993, S. 10). Andere Erwägungen lagen der schließlich im Vermittlungsausschuss gefundenen Bestimmung der Zwei-Jahres-Frist nicht zu Grunde (vgl. Beschlussempfehlung des Vermittlungsausschusses vom 26.9.1996, BT-Drs 13/5642).

## II. Kein Widerspruch zum BVerwG

Der Entscheidung des Senats stehen die Ausführungen des BVerwG (vgl. BVerwGE 109, 148) nicht entgegen. In jenem Verfahren ging es um die Frage, ob die in Nr. 1 des Gesetzes zur Beschränkung von Rechts-

mitteln in der Verwaltungsgerichtsbarkeit (BGBl I 1993, S. 487) bestimmte Drei-Monats-Frist für den Normenkontrollantrag auch auf vor In-Kraft-Treten dieses Gesetzes bekannt gemachte Bebauungspläne Anwendung findet. Im Hinblick darauf, dass diese Frage erst im Wege richterlicher Rechtslückenschließung geklärt werden konnte, hat das BVerwG bei Versäumung der - durch Rechtsfortbildung geklärten - Frist einer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand in Betracht gezogen. Um eine solche Gesetzeskonstellation geht es hier aber nicht. [...]

## Standort: Rücknahme

## Problem: Rechtswidrig gewordener Verwaltungsakt

BVERWG, URTEIL VOM 28.10.2004  
2 C 13.03 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

### Problemdarstellung:

Das vorliegende Urteil beschäftigt sich mit der Rücknahme eines Verwaltungsakts nach § 48 VwVfG. Dabei streift es zwei echte Examensklassiker:

1. § 48 I 1 VwVfG setzt einen rechtswidrigen Verwaltungsakt voraus. Streitig ist, ob es auch genügt, wenn ein Dauerverwaltungsakt im Zeitpunkt seines Erlasses noch rechtmäßig war, im Laufe der Zeit aber rechtswidrig geworden ist. Nach einer m.M. soll auf diese Fälle ausschließlich § 49 II Nr. 3 VwVfG Anwendung finden. Dieser bringt allerdings die unerfreuliche Konsequenz mit sich, dass nach dem eindeutigen Gesetzeswortlaut des § 49 II VwVfG ein Widerruf nur mit Wirkung für die Zukunft möglich ist, während vielfach - so auch hier - ein Interesse daran bestehen wird, den Verwaltungsakt rückwirkend aufzuheben, denn wenn in der Zwischenzeit zu Unrecht geflossene Leistungen - hier Trennungsgeld - zurückgefordert werden sollen, muss der Verwaltungsakt als deren Rechtsgrund auch für die Vergangenheit aus der Welt geschafft werden. Das geht nur nach § 48 I VwVfG, den die h.M. somit auch auf rechtswidrig gewordene Verwaltungsakte anwendet. Das BVerwG erwähnt in seiner Entscheidung die m.M. nicht einmal mehr.

2. Die Rücknahmefrist für begünstigende Verwaltungsakte beträgt nach § 48 IV VwVfG ein Jahr ab Kenntnis der Tatsachen, welche die Rücknahme rechtfertigen. Vorliegend waren der Behörde die Tatsachen, welche die Rechtswidrigkeit des zurückgenommenen Bescheids (und damit seine Rücknahme) rechtfertigten, bereits 1995 bekannt geworden. Die Rücknahme wurde allerdings erst 1999 erklärt, weil die Behörde bis dahin rechtsirrig davon ausging, dass die ihr bekannten Tatsachen nicht zur Rechtswidrigkeit des zurückgenommenen Bescheids führten. Das BVerwG stellt in diesem Fall trotz des Gesetzeswortlauts ("... von Tatsachen Kenntnis") nicht auf die Tatsachenkenntnis, sondern auf den Moment ab, in dem die Behörde ihren Rechtsirrtum erkannte. Dies war erst im

Verlauf des Jahres 1999, weshalb die 1999 erklärte Rücknahme auch noch fristgerecht war.

### Prüfungsrelevanz:

Die RA hat über diese und andere Probleme aus dem Bereich der §§ 48, 49 VwVfG vielfach berichtet und immer wieder ihre examensrelevanz betont. Zu den hier angesprochenen Fragen noch einige Anmerkungen:

Für die Zulässigkeit einer Rücknahme rechtswidrig gewordener Verwaltungsakte nach § 48 I 1 VwVfG spricht neben dem oben erwähnten praktischen Bedürfnis, das für sich genommen bestenfalls ein schwaches Argument ist, das Rechtsstaatsprinzip aus Art. 20 III GG. Im Rechtsstaat kann die Verwaltung nicht gezwungen sein, rechtswidrige Zustände sehenden Auges zu akzeptieren. Außerdem spricht § 48 I VwVfG nicht davon, dass der Verwaltungsakt von Anfang an rechtswidrig gewesen sein muss. Es kann somit angenommen werden, dass er (nur) für den Zeitraum, auf den sich die Rücknahme erstreckt rechtswidrig gewesen sein muss, ohne mit dem Wortlaut in Konflikt zu geraten. Vor allem aber gibt es keinen Grund, einen rechtswidrig gewordenen Dauerverwaltungsakt anders zu behandeln als sogen. Kettenverwaltungsakte. Letztere ergehen in regelmäßigen Abständen aufgrund unveränderten Sachverhalts immer wieder neu, während ein Dauerverwaltungsakt einmal mit Wirkung für die Zukunft erlassen wird. Kettenverwaltungsakte (z.B. die monatliche Bewilligung von Sozialhilfe) sind, wenn die Voraussetzungen für ihre Erteilung nicht (mehr) vorliegen, von Anfang an rechtswidrig und können unproblematisch nach § 48 I VwVfG zurückgenommen werden. Nichts anderes kann dann aber für Dauerverwaltungsakte gelten.

Bei der Frist des § 48 IV VwVfG ist seit langem streitig, ob die Behörde erst richtig subsumiert haben muss, bevor die Frist beginnt. Das BVerwG bejaht dies. Es geht sogar soweit, dass die Frist nicht beginnen soll, bevor der Behörde nicht auch alle für ihre Ermessensentscheidung relevanten Umstände bekannt sind. Damit macht es § 48 IV VwVfG zu einer reinen Entschei-

dungsfrist. Viele Literaturstimmen knüpfen dagegen an den Wortlaut an und lassen reine Tatsachenkenntnis für den Fristbeginn genügen. Dann handelt es sich um eine Bearbeitungsfrist, innerhalb derer die Behörde die ihr bekannt gewordenen Tatsachen zu würdigen, notwendige Verfahrensschritte (z.B. Anhörung des Betroffenen) zu erledigen und ihr Ermessen auszuüben hat.

#### **Vertiefungshinweise:**

Fristbeginn bei § 48 IV VwVfG: *BVerwG*, RA 2001, 299 = NJW 2001, 1440; RA 2000, 366 = NJW 2000, 1512; RA 2000, 241 = NVwZ-RR 2000, 196; *OVG NRW*, RA 2000, 188 = NWVBl 2000, 105

Rücknahme rechtswidrig gewordener Verwaltungsakte: *BVerwGE* 84, 111; *OVG NRW*, NVwZ-RR 1988, 1; *VGH BW*, RA 2002, 565 = NVwZ-RR 2002, 621; *VG München*, RA 2000, 614 = NVwZ-RR 2000, 733; *Lange*, Jura 1980, 456, 460 (bejahend); *Schenke*, DVBl 1989, 433, 434; *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 48 Rz. 33 (verneinend)

#### **Kursprogramm:**

- Examenskurs* : "Stipendium"  
 *Examenskurs* : "Waffenbesitzkarte"

#### **Leitsätze:**

**1. Ein Bescheid über die Bewilligung von Trennungsgeld zugunsten eines Beamten, dem die Umzugskostenvergütung zugesagt worden ist, kann nach § 48 VwVfG zurückgenommen werden, wenn der Beamte nicht länger umzugsbereit ist.**

**2. Ist die Bewilligungsbehörde der irrigen Auffassung, der Bewilligungsbescheid begründe erst in Verbindung mit weiteren, anhand der monatlich vorzulegenden Forderungsnachweise zu treffenden Feststellungen einen Anspruch auf Trennungsgeld für den jeweiligen Monat, beginnt die Frist für die Rücknahme des Bewilligungsbescheides, sobald die Behörde erkannt hat, dass es sich um einen Verwaltungsakt mit Dauerwirkung handelt, der nachträglich wegen Wegfalls der Umzugsbereitschaft rechtswidrig geworden ist.**

#### **Sachverhalt:**

Der Kläger wurde 1994 unter Berufung in das Beamtenverhältnis auf Lebenszeit zum Universitätsprofessor ernannt. Der Kläger wohnte damals in E. Mit Bescheid vom 13. Juli 1994 bewilligte das Regierungspräsidium H. dem Kläger, der in seinem Antrag seine uneingeschränkte Umzugsbereitschaft erklärt hatte, Trennungsgeld und informierte ihn, dass das Trennungsgeld jeweils nach Prüfung des vorzulegenden Forderungsnachweises monatlich gezahlt werde. In dem Bescheid und in nachfolgenden Schreiben vom

28. Juli, 12. Oktober und 21. Dezember 1994 wies das Regierungspräsidium den Kläger auf seine Verpflichtung hin, sich unter Ausschöpfung aller Möglichkeiten fortwährend um eine angemessene Wohnung am Dienstort oder in dessen Einzugsgebiet zu bemühen und diese Bemühungen durch Vorlage überprüfbarer Unterlagen nachzuweisen.

Mit Bescheid vom 6. Juli 1995 verfügte das Regierungspräsidium H. die Einstellung der Trennungsgeldzahlungen zum 28. Februar 1995, da der Kläger nicht uneingeschränkt umzugsbereit sei. Auf den Hinweis des vom Kläger angerufenen Verwaltungsgerichts, dass die Einstellung der Zahlungen dem Bescheid vom 13. Juli 1994 zuwiderlaufe, nahm das Regierungspräsidium H. mit Bescheid vom 26. April 1999 den Bescheid vom 6. Juli 1995 zurück. Mit dem angefochtenen Bescheid vom 9. August 1999 nahm es sodann den Trennungsgeldbewilligungsbescheid vom 13. Juli 1994 rückwirkend zum 1. Mai 1995 zurück, weil er nachträglich rechtswidrig geworden sei. Die hiergegen erhobene Klage hatte keinen Erfolg.

#### **Aus den Gründen:**

Die zulässige Sprungrevision des Klägers ist unbegründet. Das Verwaltungsgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen. Der angefochtene Bescheid über die Rücknahme des Bescheides vom 13. Juli 1994 ist rechtmäßig.

#### **A. Ermächtigungsgrundlage**

Der Bescheid findet seine Rechtsgrundlage in § 48 VwVfG für das Land Sachsen-Anhalt (VwVfG LSA) in der Fassung der Bekanntmachung vom 7. Januar 1999 (GVBl LSA S. 2) unter Berücksichtigung der Änderung durch das Gesetz vom 24. März 1999 (GVBl LSA S. 108). Nach § 48 Abs. 1 Satz 1 VwVfG LSA kann ein rechtswidriger Verwaltungsakt, auch nachdem er unanfechtbar geworden ist, ganz oder teilweise mit Wirkung für die Zukunft oder für die Vergangenheit zurückgenommen werden. Ein begünstigender Verwaltungsakt darf nur unter den Einschränkungen der Abs. 2 bis 4 zurückgenommen werden. Nach § 48 Abs. 2 VwVfG LSA darf ein rechtswidriger Verwaltungsakt, der eine einmalige oder laufende Geldleistung oder teilbare Sachleistung gewährt oder hierfür Voraussetzung ist, nicht zurückgenommen werden, soweit der Begünstigte auf den Bestand des Verwaltungsaktes vertraut hat und sein Vertrauen unter Abwägung mit den öffentlichen Interessen an einer Rücknahme schutzwürdig ist. Die Vorschrift ist revisibel (§ 137 Abs. 1 Nr. 2 VwGO).

#### **B. Tatbestand**

##### **I. Rechtswidriger Verwaltungsakt**

Der Bescheid vom 13. Juli 1994 ist ein rechtswidriger Verwaltungsakt im Sinne des § 48 Abs. 1 Satz 1

VwVfG LSA. Er stand in dem für das Rechtswidrigkeitsurteil maßgebenden Zeitpunkt, in dem die Rücknahmeentscheidung erging, nicht mit dem Gesetz in Einklang.

### *I. Voraussetzungen für Trennungsgeld*

Nach § 88 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 des Beamtenengesetzes Sachsen-Anhalt vom 9. Februar 1998 (GVBl LSA S. 50) erhält der Beamte Reise- und Umzugskostenvergütung sowie Trennungsgeld in entsprechender Anwendung der für die Bundesbeamten geltenden Vorschriften. Da dem Kläger eine Umzugskostenzusage erteilt worden war, richtet sich die Gewährung von Trennungsgeld nach der Vorschrift des § 12 Abs. 2 des Bundesumzugskostengesetzes i.d.F. vom 11. Dezember 1990 BUKG (BGBl I S. 2682), nach der dem Berechtigten Trennungsgeld nur gewährt werden darf, wenn er uneingeschränkt umzugswillig ist und nachweislich wegen Wohnungsmangels am neuen Dienstort einschließlich des Einzugsgebiets (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 c BUKG) nicht umziehen kann. Nach § 2 Abs. 1 Satz 1 der Verordnung über das Trennungsgeld bei Versetzungen und Abordnungen im Inland (Trennungsgeldverordnung TGV) in der maßgebenden Fassung vom 28. Dezember 1994 (BGBl 1995 I S. 2) ist der Beamte uneingeschränkt umzugswillig, wenn er sich unter Ausschöpfung aller Möglichkeiten nachweislich und fortwährend um eine angemessene Wohnung bemüht.

### *2. Subsumtion*

Diesen Anforderungen ist der Kläger nicht gerecht geworden. Nach den tatsächlichen Feststellungen des Verwaltungsgerichts, die mit durchgreifenden Revisionsrügen nicht angegriffen worden und deshalb für den Senat bindend sind (§ 137 Abs. 2 VwGO), hatte die Beibehaltung des Familienwohnsitzes in E. jedenfalls nach dem 30. April 1995 ihren Grund nicht mehr darin, dass es dem Kläger trotz nachhaltiger und kontinuierlicher Bemühungen nicht gelang, in H. oder Umgebung eine angemessene Wohnung zu finden. Vielmehr hat der Kläger nicht mit der gebotenen Intensität und Nachhaltigkeit nach einer Wohnung gesucht. Wie das Verwaltungsgericht festgestellt hat, hat er zwar von November 1994 bis Mai 1995 eine Vielzahl von Maklern eingeschaltet, aber lediglich im Monat April 1995 eine Suchanzeige in den beiden örtlichen Tageszeitungen aufgegeben. Auch ist er nicht in nennenswertem Umfang den Wohnungsangeboten im Anzeigenteil der beiden Zeitungen nachgegangen. [...]

### *3. Rechtswidrig gewordener Verwaltungsakt*

Weil der Kläger nicht länger uneingeschränkt umzugsbereit war, wurde der Trennungsgeldbewilligungsbescheid vom 13. Juli 1994 rechtswidrig. Die Vorschrift des § 2 der Verordnung über das Trennungsgeld bei Versetzungen und Abordnungen im Inland (Trennungsgeldverordnung TGV, nunmehr geltend in der

Fassung der Bekanntmachung vom 29. Juni 1999 nebst nachfolgenden Änderungen), die Rechtsgrundlage eines Trennungsgeldbewilligungsbescheides ist, setzt nach dem Wortlaut, den die Vorschrift bereits 1994 und 1995 hatte, voraus, dass die Tatbestandsvoraussetzungen "Umzugsbereitschaft" und "Wohnungsmangel" nicht nur bei Erlass des Bescheides oder zu einem bestimmten Termin in der Zeit davor verwirklicht sind, sondern auch in Zukunft fortbestehen. Der Verwaltungsakt wurde, als diese Umstände nach seinem Erlass entfielen, rechtswidrig (Urteil vom 22. September 1993 BVerwG 2 C 34.91 Buchholz 316 § 48 VwVfG Nr. 78 S. 35; vgl. auch Urteil vom 16. November 1989 BVerwG 2 C 43.87 BVerwGE 84, 111 sowie Beschluss vom 2. November 1987 BVerwG 2 B 100.87) mit der Folge, dass er nach § 48 VwVfG LSA zurückgenommen werden konnte.

### *II. Kein Vertrauensschutz*

Die Beklagte war an einer Rücknahme des Trennungsgeldbewilligungsbescheides nicht nach § 48 Abs. 2 Satz 1 VwVfG LSA gehindert, weil der Kläger auf den Bestand dieses Bescheides schutzwürdig vertraut hat. Das Verwaltungsgericht hat ausgeführt, der Kläger sei in mehreren Schreiben auf die gesetzlichen Voraussetzungen für den Erhalt von Trennungsgeld hingewiesen worden. Ihm sei zusätzlich durch den Zahlungseinstellungsbescheid vom 6. Juli 1995 deutlich gemacht worden, dass seine bisherigen Bemühungen, eine Wohnung zu finden, nicht genügen. Deshalb habe er damit rechnen müssen, dass er nicht wieder Trennungsgeld erhalten werde. Falls darin nicht bereits die den Senat bindende Feststellung liegt, dass der Kläger nicht auf die Weitergewährung des Trennungsgeldes vertraut hat, so hat das Verwaltungsgericht jedenfalls zutreffend die Schutzwürdigkeit eines etwaigen Vertrauens verneint. Aus den Feststellungen des Verwaltungsgerichts ergeben sich keinerlei Anhaltspunkte, dass der Kläger im Hinblick auf den Bewilligungsbescheid vom 13. Juli 1994 Dispositionen getroffen hat, die er auch künftig nicht rückgängig machen könnte. Bei dem Trennungsgeld handelte es sich um eine regelmäßig wiederkehrende finanzielle Leistung aus öffentlichen Kassen. Es besteht ein erhebliches fiskalisches Interesse, dass sie nicht weitergezahlt wird, wenn in der Person des ehemals Empfangsberechtigten die Anspruchsvoraussetzungen entfallen sind.

### *III. Frist*

Der Rücknahme des Trennungsgeldbewilligungsbescheides steht § 48 Abs. 4 VwVfG LSA nicht entgegen. Nach dieser Vorschrift ist die Rücknahme eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes nur innerhalb eines Jahres zulässig, nachdem die Behörde von Tatsachen Kenntnis erlangt hat, die die Rücknahme des Verwaltungsaktes rechtfertigen.

*1. Fristbeginn*

Die Frist beginnt, wie das Bundesverwaltungsgericht zu der wortgleichen Vorschrift des § 48 Abs. 4 des Verwaltungsverfahrensgesetzes des Bundes entschieden hat, sobald die für die Rücknahme zuständige Behörde die Rechtswidrigkeit des erlassenen Verwaltungsaktes erkannt hat und ihr die für die Rücknahmeentscheidung außerdem erheblichen Tatsachen vollständig bekannt sind (Beschluss des Großen Senats vom 19. Dezember 1984 BVerwG Gr. Sen. 1 und 2.84 BVerwGE 70, 356; Urteil vom 17. Februar 1993 BVerwG 11 C 47.92 BVerwGE 92, 81, 87 f.; Urteil vom 19. Dezember 1995 BVerwG 5 C 10.94 BVerwGE 100, 199, 201 ff.).

*2. Anwendung auf Rechtsirrtum der Behörde*

Das Regierungspräsidium H. hat Kenntnis von der nachträglich eingetretenen Rechtswidrigkeit seines Trennungsgeldbewilligungsbescheides vom 13. Juli 1994 erst im Verlaufe des Jahres 1999 erlangt. Es ist zuvor der Auffassung gewesen, die Regelung dieses Bescheides und der gleich lautenden Bescheide in Trennungsgeldangelegenheiten ganz allgemein laute nicht dahin, es werde dem Adressaten ohne jeden Vorbehalt für nicht absehbare Zeit Trennungsgeld bewilligt. Vielmehr meinte das Regierungspräsidium H., der Bescheid spreche die Bewilligung lediglich als Grundentscheidung mit der Einschränkung aus, dass für den jeweiligen Zahlungszeitraum die gesetzlichen Voraussetzungen z.B. bei Beamten, die im Besitz der Umzugskostenzusage seien, die Voraussetzungen nach § 2 TGV verwirklicht sein müssten. In dieser Weise hatte nämlich das Obergerverwaltungsgericht des Landes Sachsen-Anhalt die Bescheide, die damals in Sachsen-Anhalt bei positiver Bescheidung eines Trennungsgeldantrages ergingen, ausgelegt. Diese Rechtsauffassung des Regierungspräsidiums H. kommt u.a. darin zum Ausdruck, dass es den Bescheid über die Einstellung der Zahlungen vom 6. Juli 1995 erließ: Als die Behörde erkannte, dass dem Kläger die uneingeschränkte Umzugsbereitschaft fehlte, sah sie schlicht

von weiteren monatlichen Zahlungen ab und gab dem Kläger darüber Bescheid.

Weil das Regierungspräsidium H. im Irrtum darüber war, dass der Bescheid vom 13. Juli 1994 dem Adressaten einen Anspruch auf monatlich wiederkehrende Leistung zusprach, konnte es auch das "Rechtswidrigwerden" dieses Bescheides wegen der nicht mehr ausreichenden Bemühungen des Klägers bei der Wohnungssuche nicht erkennen, obwohl ihm die Änderung der Sachlage als solche nicht verborgen geblieben war. Diese Unkenntnis von der eingetretenen Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes wich der zutreffenden Erkenntnis der Rechtslage erst im Verlaufe des Jahres 1999. In dieser Zeit zeichnete sich ab, dass das Obergerverwaltungsgericht des Landes Sachsen-Anhalt, abweichend von seiner bisherigen Rechtsprechung, Bescheide von der Art des dem Kläger am 13. Juli 1994 erteilten nunmehr als Bescheide ansieht, mit denen abschließend Trennungsgeld als monatlich wiederkehrende Leistung bewilligt wird. Erst als das Regierungspräsidium H. sich über diesen Rechtscharakter des Verwaltungsaktes vom 13. Juli 1994 klar war, konnte es überhaupt erkennen, dass der Wegfall der Umzugsbereitschaft des Klägers den Bescheid hatte rechtswidrig werden lassen.

*C. Rechtsfolge*

Das Regierungspräsidium H. hat die Ermessensentscheidung, die ihm nicht wegen überwiegenden Vertrauensschutzes verwehrt war, fehlerfrei zugunsten der Rücknahme der Trennungsgeldbewilligung ab Mai 1995 getroffen. Ausweislich der verwaltungsgerichtlichen Feststellungen hat der Kläger seine Verpflichtung, sich ernsthaft um eine Wohnung zu bemühen und den Umzug nicht an überzogenen Ansprüchen an die neue Wohnung scheitern zu lassen, in der Zeit ab November 1994 mehrfach und ungeachtet der wiederholten Hinweise der Beklagten verletzt. Die hierauf abstellende Ermessensausübung des Regierungspräsidiums H. ist deshalb nicht zu beanstanden.

**Standort: Verwaltungsrechtsweg****Problem: § 40 II 1 VwGO**

LG ESSEN, BESCHLUSS VOM 30.07.2004  
17 O 187/04 (NVWZ-RR 2004, 256)

**Problemdarstellung:**

Im Beschluss des LG Essen ging es um die Frage, welcher Rechtsweg für Schadensersatzansprüche des Staates gegen einen ihm gegenüber deliktisch handelnden Verwaltungshelfer gegeben ist. Das LG ist der Auffassung, dass nach der Generalklausel des § 40 I VwGO eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vorliege, weil das Verhältnis des Staates zu seinen Verwaltungshelfern öffentlich-rechtlich geprägt sei. Abdrängende

Sonderzuweisungen seien nicht einschlägig. Insbesondere gelten, so das LG, § 40 II VwGO und Art. 34 S. 3 GG nur für Ansprüche des Bürgers gegen den Staat, während hier der Staat Ansprüche gegen den Bürger geltend mache.

**Prüfungsrelevanz:**

Verwaltungshelfer ist der Bürger, dem die Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben für eine Behörde - also im fremden Namen - übertragen worden ist. Lehrbuchbeispiele sind der Schülerlotse oder die Hilfestellung im Sportunterricht. Vielfach wird auch der Abschlepp-

unternehmer als solcher angesehen, wenn er für die Gemeinden Falschparker abschleppt. Im Fall lag die etwas ungewöhnliche Konstellation vor, dass ein Schüler mit seinem Konto als Zahlstelle der Schule für Kosten einer Klassenfahrt diente. Geht man davon aus, dass die Erhebung solcher Kosten eine öffentlich-rechtliche Aufgabe ist, und nimmt der Schüler sie erkennbar für die Schule wahr, ist die Annahme eines Verwaltungshelfers richtig.

Ist der Rechtsweg zu dem angerufenen Gericht nicht eröffnet, wird die Klage nur abgewiesen, wenn kein anderer Rechtsweg offen steht. Ansonsten ergeht wie hier ein Verweisungsbeschluss nach § 17a II GVG (für die Verwaltungsgerichte i.V.m. § 173 VwGO). Beispiele für Fälle, in denen mangels Eröffnung eines alternativen Rechtswegs ungeachtet des § 17a II GVG abgewiesen werden muss, sind verfassungsrechtliche Streitigkeiten i.S.d. § 40 I VwGO, ferner Gnadenakte des Bundespräsidenten oder Beschlüsse eines Untersuchungsausschusses nach Art. 44 IV 1 GG.

#### **Vertiefungshinweise:**

- Verwaltungsrechtsweg bei culpa in contrahendo: *OVG Weimar*, RA 2002, 71 = NJW 2002, 386; *VGH München*, RA 2002, 76 = BayVBl 2002, 52
- Weisung an Lehrer zur Durchführung einer Klassenfahrt: *OVG Hamburg*, NVwZ-RR 2003, 859
- Befreiung von Klassenfahrt aus Glaubensgründen: *VG Aachen*, RA 2002, 621 = NJW 2002, 3191
- Vertrag über Kosten einer Klassenfahrt: *VG Saarlouis*, RA 2003, 455 = NVwZ-RR 2003, 438

#### **Leitsatz (der Redaktion):**

**Die abdrängende Sonderzuweisung des § 40 II VwGO zu den ordentlichen Gerichten erfasst nur Ansprüche des Bürgers gegen den Staat, nicht staatliche Ansprüche gegen den Bürger.**

#### **Sachverhalt:**

Der Bekl. war Schüler des Gymnasiums der Kl. Für eine Studienfahrt sollten Fahrtkosten von den Schülern bzw. deren Eltern auf ein vom Bekl. geführtes und auf seinen Namen lautendes Konto gezahlt werden. Dementsprechende Zahlungen wurden auch vorgenommen. Der Bekl. hob im Zeitraum Mai 2002 bis September 2002 abredewidrig sämtliche Gelder von diesem Konto ab und verbrauchte diese größtenteils für private Zwecke.

Die Kl. macht nun Schadensersatz geltend, soweit noch Fahrtkosten für die Studienfahrt zu zahlen waren. Ihr sei der geltend gemachte Schaden entstanden, weil die Eltern der Schüler ihrer öffentlich-rechtlichen Pflicht zur Zahlung von Klassenfahrten nachgekommen seien. Das Landgericht hat den Rechtsstreit an das zuständige Verwaltungsgericht verwiesen.

#### **Aus den Gründen:**

Der Rechtsweg zur ordentlichen Gerichtsbarkeit nach § 13 GVG ist nicht eröffnet, da es sich nicht um eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit handelt.

#### **A. Öffentlich-rechtliche Streitigkeit**

Nach § 40 I VwGO ist der Verwaltungsrechtsweg eröffnet. Es handelt sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit. Bei der Teilnahme von Schülern an Studienfahrten handelt es sich um eine öffentlich-rechtliche Pflicht, die sich in Nordrhein-Westfalen aus § 8 I NWASchO ergibt.

#### **I. Verwaltungshelfer**

Wenn ein Schüler, der sich generell in einem besonderen öffentlich-rechtlichen („Gewalt“-) Verhältnis befindet, nun die Durchführung einer solchen Pflichtveranstaltung durch das Einsammeln von Geldern unterstützt und quasi als Zahlstelle der Schule fungiert, ist dieses auch ein öffentlich-rechtliches Tätigwerden des Schülers (als „Verwaltungshelfer“). Rechte und Pflichten des Schülers gegenüber der Schule und dem Schulträger bestimmen sich nach öffentlichem Recht. Bei dem Rechtsstreit um die Verletzung von Pflichten aus einem solchen (Schuld-)Verhältnis handelt es sich damit auch um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit.

#### **II. Zivilrechtliche Ansprüche**

Dieser Charakter als öffentlich-rechtliche Streitigkeit hindert auch die Annahme einer bürgerlichen Rechtsstreitigkeit, soweit auch Ansprüche wegen unerlaubter Handlung in Betracht kommen (z.B. § 823 II BGB, § 266 StGB).

Wenn ein Beamter oder Arbeitnehmer etwa (fahrlässig oder vorsätzlich) das Eigentum seines Dienstherrn schädigt, kann dieser seinen Schadensersatzanspruch auch nur vor dem Verwaltungsgericht bzw. Arbeitsgericht und nicht vor dem ordentlichen Gericht geltend machen, wobei dann auch die jeweiligen Haftungsmaßstäbe des betroffenen Rechtsgebietes eingreifen. Etwas anderes kann für den deliktisch handelnden Verwaltungshelfer nicht gelten. Auch wegen deliktischer Ansprüche ist der ordentliche Rechtsweg nicht (ergänzend) gegeben.

#### **B. Keine abdrängende Sonderzuweisung**

Die vorliegende öffentlich-rechtliche Streitigkeit ist auch nicht gesetzlich einem anderen Gericht ausdrücklich zugewiesen worden (keine abdrängende Sonderzuweisung).

#### **I. § 40 II VwGO**

Der ordentliche Rechtsweg nach § 40 II 1 Alt. 3 VwGO ist nicht gegeben. Streitgegenständlich ist zwar ein Schadensersatzanspruch aus der Verletzung öffentlich-rechtlicher Pflichten, so dass die Voraussetzungen des § 40 I 1 Alt. 3 VwGO dem Wortlaut nach gegeben

sind, diese Norm ist aber als Ausnahmegesetz zu § 40 I VwGO eng auszulegen und erfasst prinzipiell nur Ansprüche gegen den Staat und nicht umgekehrt Ansprüche des Staates gegen den Bürger (vgl. Schoch/Schmidt-Aßmann/ Pietzner, VwGO, § 40 Rdnr. 520 m.w.N.; anders wohl Staudinger, BGB, § 839 Rdnr. 416).

### 1. Historische Auslegung

Die Wurzeln des § 40 II VwGO liegen darin begründet, dass vor der Einführung der Generalklausel zur Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges (jetzt § 40 I VwGO) der rechtssuchende Bürger auch in öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten auf die Inanspruchnahme der ordentlichen Gerichtsbarkeit angewiesen war, wenn die öffentlich-rechtliche Streitigkeit nicht in dem Katalog von Streitigkeiten enthalten war, für die der Verwaltungsrechtsweg eröffnet war. § 40 II VwGO soll also den ordentlichen Gerichten Streitigkeiten zuweisen, für die sie traditionell zuständig waren. Dabei handelte es sich um solche des rechtssuchenden Bürgers gegen den Staat und nicht um solche, bei denen der Hoheitsträger als Anspruchsteller auftritt. Insoweit korrespondiert § 40 II VwGO auch mit Art. 14 III und Art. 34 S. 3 GG, die auch Streitigkeiten öffentlichen Charakters gegen den Staat/Hoheitsträger den ordentlichen Gerichten zuweisen.

### 2. Systematische Auslegung

Für die traditionelle enge Auslegung spricht nunmehr

auch die erfolgte Einfügung des zweiten Halbsatzes in § 40 II 1 VwGO, durch den die abdrängende Sonderzuweisung zur ordentlichen Gerichtsbarkeit auch eine Einschränkung erfährt. Dadurch wird auch das Bemühen des aktuellen Gesetzgebers deutlich, öffentlich-rechtliche Streitigkeiten bei den Verwaltungsgerichten zu belassen.

### II. Art. 34 GG

Der ordentliche Rechtsweg ist auch nicht nach Art. 34 S. 3 GG eröffnet. Diese Vorschrift greift ein, wenn ein Amtshaftungsanspruch streitgegenständlich ist, insbesondere auch wenn der Hoheitsträger nach der Befriedigung eines solchen beim Amtsträger wegen des dem Dritten entstandenen Schadens Regress nimmt. Vorliegend handelt es sich bei dem geltend gemachten Anspruch aber nicht um einen solchen. Den Schülern bzw. deren Eltern ist durch die Zahlung der Fahrtkosten kein eigener Schaden entstanden. Sie haben auf Aufforderung der Schule ordnungsgemäß auf das Konto des Bekl. gezahlt und sind damit der Verpflichtung der Schule gegenüber nachgekommen und von der Zahlung der Fahrtkosten damit schon befreit gewesen. Die Schule bzw. die Kl. als Schulträgerin hat einen eigenen Schaden erlitten. Sie war dem Reiseunternehmen gegenüber auf Grund des Vertragsschlusses zur Zahlung verpflichtet und blieb es auch, da der Bekl. die vorgesehenen Zahlungen nicht vornahm. Hinsichtlich dieses von der Kl. geltend gemachten "Eigenschadens" greift Art. 34 S. 3 GG nicht ein.

## Standort: Amtshaftung

## Problem: Verhältnis § 839 BGB zu § 823 BGB

OLG Koblenz, Urteil vom 05.04.2004  
12 U 236/03 (NVwZ-RR 2004, 276)

### Problemdarstellung:

Im vorliegenden Fall ging es um die Frage, ob und wann eine Haftung nach § 823 BGB neben eine Amtshaftung nach § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG treten kann. Das OLG Koblenz misst - zu Recht - die Verletzung öffentlich-rechtlicher Pflichten allein an § 839 BGB. Liege aber im selben Verhalten auch noch eine Verletzung anderer, privatrechtlicher Pflichten durch einen Hoheitsträger, komme zusätzlich eine Haftung aus § 823 BGB in Betracht.

Für die hier in Rede stehende Verkehrssicherungspflicht ist sehr umstritten, ob und wann es sich um eine öffentlich-rechtliche Pflicht handelt. Das OLG musste hierauf nicht eingehen, weil in Rheinland-Pfalz durch Gesetz bestimmt ist, dass die Überwachung der Verkehrssicherheit der Straßen den Organen und Bediensteten der damit befassten Körperschaften als Amtspflichten in Ausübung öffentlicher Gewalt obliegen, §

48 II RhPfStrG. Ähnliches gilt in anderen Bundesländern, vgl. z.B. § 9a I StrWG NRW. Außerhalb ausdrücklicher gesetzlicher Regelungen hält der BGH die Verkehrssicherungspflicht jedoch generell für eine zivilrechtliche Pflicht, während die Literatur überwiegend danach differenziert, ob die Verkehrssicherungspflicht im Sachzusammenhang mit der Erfüllung einer öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen Aufgabe verletzt worden ist. Der Unterschied liegt auf der Hand: Die Verletzung zivilrechtlicher Pflichten ist keine "Ausübung eines öffentlichen Amtes" i.S.d. Art. 34 GG, sodass Amtshaftungsansprüche nicht in Betracht kommen. Das ist für den Geschädigten schlecht, denn für andere deliktische Ansprüche wird sich der verantwortliche Hoheitsträger vielfach über § 831 BGB exkulpieren können.

### Prüfungsrelevanz:

Der Fall zeigt, dass man sich über den Schuldner des Amtshaftungsanspruchs sorgfältig Gedanken machen muss. Hätten die Prozessbevollmächtigten des Klägers



dies getan und nicht die Ortsgemeinde, sondern die tatsächlich passivlegitimierte Verbandsgemeinde verklagt, wäre ihnen eine mögliche Anwaltshaftung erspart geblieben. Auch in einer Examensaufgabe hätte erkannt werden müssen, dass ein Amtshaftungsanspruch gegen die beklagte Ortsgemeinde - unabhängig vom Vorliegen der Voraussetzungen - schon deshalb nicht in Betracht kam, weil sie nicht Schuldnerin desselben war.

In Rechtsprechung und Literatur (siehe Vertiefungshinweise) ist die Passivlegitimation i.Ü. nicht unumstritten. Der BGH geht allerdings in st.Rspr. davon aus, dass "die Körperschaft, in deren Dienst er steht" i.S.d. Art. 34 GG die juristische Person ist, die dem Amtsträger das Amt, das er ausübt, anvertraut, d.h. ihm seine Aufgaben übertragen hat ("Übertragungs- oder "Anvertrauens-"). Dies läuft in aller Regel auf die Anstellungskörperschaft hinaus. Beispiel: Für Fehlverhalten eines Professors haftet danach das Land als Anstellungskörperschaft, nicht die Universität.

Auf die wahrgenommene Aufgabe will der BGH hingegen nur abstellen, wenn es keine oder mehrere Anstellungskörperschaften gibt (selten). Vor allem die ältere Literatur sieht hingegen die wahrgenommene Aufgabe z.T. als primäres Abgrenzungskriterium an (sogen. "Funktionstheorie"). Diese Meinungen kommen zu unterschiedlichen Ergebnissen, wenn ein Hoheitsträger im Pflichtenkreis eines anderen handelt, also z.B. bei der Auftragsverwaltung oder der Amtshilfe.

#### **Vertiefungshinweise:**

Rechtsnatur der Verkehrssicherungspflicht: *BGHZ* 9, 373; 60, 54, 55; *BGH*, NJW 1979, 2043 (zivilrechtlich); *Bartlspenger*, DÖV 1982, 469, 471; *Maunz/Dürig-Papier*, GG, Art. 34 Rz. 136 (hoheitlich, wenn öffentliche Aufgabe erfüllt wird)

Passivlegitimation bei Amtshaftung: *BGHZ* 53, 217; 99, 326, 330; DÖV 1981, 383; *Thiele*, DöD 1984, 260; *Schröer*, JZ 1952, 129 (zur Funktionstheorie)

#### **Kursprogramm:**

*Examenskurs* : "Die vergessene Motorsäge"

#### **Leitsätze:**

**1. Träger der Straßenbaulast für Gemeindestraßen in Rheinland-Pfalz sind die Gemeinden. Die der Straßenbehörde obliegenden Aufgaben hat aber die Verbandsgemeindeverwaltung zu erfüllen. Unter dem Gesichtspunkt der Amtshaftung für Verletzungen der Verkehrssicherungspflicht ist die Ortsgemeinde deshalb nicht passivlegitimiert.**

**2. Stammt die Schadensursache nur aus dem Bereich der Verkehrssicherungspflicht für die Straße, so greift allein das Amtshaftungsrecht ein. Die Haf-**

**tung aus §§ 823, 836 BGB tritt dahinter zurück. Wirken hingegen mehrere Ursachen aus verschiedenen Pflichtenkreisen zusammen, so kann die allgemeine deliktische Haftung mit der Amtshaftung konkurrieren. Dies ist aber dann nicht der Fall, wenn Zubehör der Straße den Schaden verursacht hat.**

#### **Sachverhalt:**

Die Parteien streiten um Schadensersatzansprüche des Kl. auf Grund einer Beschädigung seines Fahrzeugs beim Zusammenprall mit einem Stein von einer Gesamthöhe von einem Meter. Der Unfall ereignete sich am 12.7.1999 auf der B.-Straße im Gewerbegebiet der Gemeinde S. Der Kl. war Halter des von seinem Bruder A geführten Lkw Renault Master, der im Kurierdienst im Auftrag des Deutschen Paketdienstes (DPD) im Einsatz war. A verließ mit diesem Fahrzeug gegen 8.20 Uhr bei Tageslicht das Depot 154 des Deutschen Paketdienstes und fuhr aus der Depotzufahrt nach links auf die Bahnhofstraße. Diese Straße, deren Fahrbahn trocken war, verläuft an der Unfallstelle geradeaus; die Zufahrtstraße zum Depot mündet rechtwinklig in die Bahnhofstraße. Die Bahnhofstraße weist eine Fahrbahnbreite von 5,5 m auf. Rechts von ihrer Fahrbahn befindet sich ein unbefestigter Randstreifen von etwa 90 cm Breite, an den sich wiederum ein geteilter Radweg anschließt. Auf dem unbefestigten Randstreifen zwischen der für den Kraftverkehr vorgesehenen Straße und dem Radweg waren in Abständen von 20 bis 25 m große Bruchsteine aufgestellt worden. Mit einem dieser Steine stieß der von A geführte Lkw des Kl. etwa 15 m nach der Einmündung der Einfahrt zum Depot 154 in die Bahnhofstraße zusammen, wobei im Streit ist, ob der Stein umgestürzt und auf die Fahrbahn gefallen war. Der Kl. hat behauptet, der Bruchstein sei umgefallen, als sein Bruder diesen habe passieren wollen. Sein Bruder habe noch versucht auszuweichen, habe aber nicht verhindern können, dass er über den Stein gefahren sei. Die rechte Seite des Fahrzeugs habe dann auf den Stein aufgesetzt. Der Kl. hat beantragt, die Bekl. zu verurteilen, an ihn 10.738,11 DM nebst 4% Zinsen seit dem 31.5.2000 zu zahlen. Das LG hat die Klage abgewiesen. Auch die Berufung des Kl. blieb ohne Erfolg.

#### **Aus den Gründen:**

Zu Recht und mit zutreffender Begründung hat das LG die Klage abgewiesen. [...] Die beklagte Ortsgemeinde ist nicht passivlegitimiert. Sie ist dem Kl. nicht auf Grund einer Amtshaftung gem. § 839 BGB i.V. mit Art. 34 GG verpflichtet; die Eigenhaftung nach §§ 823, 831, 836 BGB ist verdrängt.

#### **A. Anspruch aus § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG**

Die Haftungszuständigkeit für eventuelle Verletzungen der Verkehrssicherungspflicht liegt allein bei der Verbandsgemeinde, nicht bei der bekl. Ortsgemeinde.

Bei Bau und Unterhaltung von Gemeindestraßen in verbandsgem eindeingehöriqen Gemeinden in Rheinland-Pfalz besteht ein Nebeneinander von Ortsgemeinde- und Verbandsgemeindeverwaltung. Hier wird zwischen der Aufgabenwahrnehmung und der Kostentragung unterschieden. Träger der Straßenbaulast für Gemeindestraßen, die alle den Bau, die Unterhaltung, die Erneuerung oder die Wiederherstellung der Straße betreffenden Aufgaben umfasst (§ 11 I RhPfStrG), sind die Gemeinden (§ 14 RhPfStrG). Die der Straßenbehörde nach dem Landesstraßengesetz obliegenden Aufgaben hat grundsätzlich die Verbandsgemeindeverwaltung zu erfüllen (§ 68 II 1 RhPfGO). Unter dem Gesichtspunkt der Amtshaftung ist die bekl. Ortsgemeinde danach nicht passivlegitimiert (vgl. BGH, VersR 1984, 890; 1990, 521). Auf Schadensersatz wegen Amtspflichtverletzungen öffentlicher Bediensteter haftet vielmehr die Körperschaft, die dem Amtsträger das Amt anvertraut hat, bei dessen Ausübung er fehlerhaft gehandelt hat. Als solche kommt die bekl. Ortsgemeinde nicht in Betracht. Sie hat die Aufgabe, bei deren Erfüllung durch Amtsträger die Pflichtverletzung begangen sein soll, nicht übertragen.

#### *B. Anspruch aus §§ 823, 836 BGB*

Eine mit der Amtshaftung konkurrierende Eigenhaftung greift nicht ein; sie ist vom Amtshaftungsrecht verdrängt.

#### *I. Subsidiarität bei der Verletzung von öffentlich-rechtlichen Verkehrssicherungspflichten*

Stammt die Schadensursache nur aus dem Bereich der Verkehrssicherungspflicht für die Straße, so greift allein das Amtshaftungsrecht ein. Zwar folgt die Verkehrssicherungspflicht aus dem allgemeinen, in §§ 823, 836 BGB enthaltenen Rechtsgrundsatz, dass jeder, der in seinem Verantwortungsbereich eine Gefahrenquelle schafft oder andauern lässt, die ihm zumutbaren Vorkehrungen treffen muss, die zur Abwendung der daraus für Dritte drohenden Gefahren notwendig sind. Das schließt eine Schadensersatzhaftung nach Amtshaftungsgrundsätzen nicht aus. Beide Haftungsgrundlagen treten zueinander in Konkurrenz.

Jedoch bleibt es dem Landesgesetzgeber überlassen, die Verkehrssicherungspflichten der Gemeinden als eine öffentlich-rechtliche Pflicht auszugestalten

(BGHZ 60, 54 [58 ff.] = NJW 1973, 460; Hentschel, StraßenverkehrsR, 37. Aufl. [2003], § 45 StVO Rdnr. 54; Wellner, in: Geigel, Der Haftpflichtprozess, 24. Aufl. [2004], Kap. 14 Rdnr. 40). So ist es durch § 48 II RhPfStrG geschehen. Der Bau, die Unterhaltung und die Verwaltung der öffentlichen Straßen einschließlich der Bundesfernstraßen sowie die Überwachung ihrer Verkehrssicherheit obliegen danach den Organen und Bediensteten der damit befassten Körperschaften als Amtspflichten in Ausübung öffentlicher Gewalt. Als Anspruchsgrundlage kommt danach, soweit es um den Pflichtenkreis im Rahmen der Verkehrssicherung geht, ausschließlich § 839 I BGB i. V. mit Art. 34 GG in Betracht; die Haftung aus §§ 823, 836 BGB tritt dahinter zurück (vgl. BGHZ 60, 54 [62]; BGH, BGHR BGB § 839 I 1 Verkehrssicherungspflicht 4; NZV 1994, 146 [148] = NJW-RR 1994, 992; Jagow, in: Janiszewski/Jagow/Burmann, StraßenverkehrsR, 18. Aufl. [2004], Einl. Rdnr. 123; Sauthoff, Straße und Anlieger, 2003, Rdnr. 1377).

#### *II. Konkurrenz bei Verletzung anderer Pflichten*

Wirken mehrere Ursachen aus verschiedenen Pflichtenkreisen zusammen, so kann die allgemeine deliktische Haftung mit der Amtshaftung weiterhin konkurrieren. So kann es liegen, wenn ein Gegenstand von einem Grundstück aus einem Bereich, der für sich genommen nicht der Straßenverkehrssicherungspflicht unterliegt, auf die Straße fällt und sein dortiges Verbleiben zusätzlich eine Verletzung der Verkehrssicherungspflicht begründet. Dann könnte die Haftung des gem. §§ 823, 836-838 BGB Einstandspflichtigen mit derjenigen der gem. Art. 34 GG verpflichteten Anstellungskörperschaft zusammentreffen (vgl. OLG Koblenz, NVwZ-RR 2002, 745; Wellner, Kap. 14 Rdnr. 41).

Dies ist hier aber nicht der Fall. Die Verantwortlichkeit für den auf dem Randstreifen befindlichen oder - nach dem Klägervortrag - auf die Fahrbahn gefallenen Stein lag allein bei der verkehrssicherungspflichtigen Verbandsgemeinde. Denn die Sicherungspflicht beschränkt sich nicht auf den Zustand der Fahrbahn, sondern sie erstreckt sich auch darauf, dass der Verkehr sich auf der Straße gefahrlos abwickeln kann (BGHZ 37, 165 [168] = NJW 1962, 1565). [...]

*Zivilrecht***Standort: Kaufrecht****Problem: Mangelbeseitigung durch Selbstvornahme**

BGH, URTEIL VOM 23.02.2005  
VIII ZR 100 / 04 (NJW 2005, 1348)

**Problemdarstellung:**

Ohne dem beklagten Verkäufer Gelegenheit zur Nacherfüllung gegeben zu haben, hatte der Kl. hier den defekten Motor des erworbenen PKW austauschen lassen und verlangte nun die Erstattung der hierdurch verursachten Kosten. In dem Bewusstsein, dass das Fehlen der sowohl gem. §§ 437 Nr. 3, 280 I, 281 I 1 BGB für den Schadensersatz statt der Leistung als auch gem. §§ 437 Nr. 2, 441 I, 323 I BGB für die Kaufpreisminderung erforderlichen Nachfrist in rechtlicher Hinsicht Schwierigkeiten bereitet, argumentierte der Kl. dahingehend, dass der Bekl. aufgrund der nun nicht mehr möglichen Nacherfüllung die diesbezüglich eigentlich im obliegenden Aufwendungen (vgl. § 439 II BGB) erspart habe. Diese Ersparnisse habe er sich gem. § 326 II 2 BGB auf seinen Kaufpreis anrechnen zu lassen, weshalb er schlussendlich gem. §§ 326 IV, 346 I BGB den vollständig gezahlten Kaufpreis teilweise zu erstatten habe.

Der Kl. konnte die soeben skizzierte Argumentation auf einen beachtlichen Teil der juristischen Fachliteratur stützen (vgl. die zahlreichen Nachweise im Laufe der Entscheidungsgründe), konnte die Rechtsprechung hiervon aber auch in letzter Instanz nicht überzeugen.

**Prüfungsrelevanz:**

Das hier vorliegende Problem hat sich binnen sehr kurzer Zeit zu einem der meistdiskutierten des neuen Kaufgewährleistungsrechts "gemausert". Auch als Stoff für Examensklausuren bietet es sich an, da hier erstens das Verhältnis des allgemeinen Leistungsstörungenrechts zu den speziellen, jedoch durch die Schuldrechtsmodernisierung erheblich stärker als zuvor mit dem allgemeinen Schuldrecht verknüpften Gewährleistungsregeln des Kaufrechts zu beleuchten ist, dabei zweitens das im Rahmen der Novellierung eingeführte Recht des Verkäufers zur zweiten Andienung von zentraler Bedeutung ist und drittens auch eine vergleichende Betrachtung der Gewährleistungssysteme im Werkvertrags- und Mietrecht geboten ist.

**Vertiefungshinweis:**

Durch dieses Urteil bestätigte Berufungsentscheidung: LG Gießen, RA 2004, 578 = NJW 2004, 2906

**Kursprogramm:**

Examenskurs: "Augen auf bei Golf- und Mustangkauf"

Assessorkurs: "Der versicherte PKW"

**Leitsätze:**

**Sowohl das Recht des Käufers, gemäß §§ 437 Nr. 2, 441 BGB den Kaufpreis zu mindern, als auch der Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung gemäß §§ 437 Nr. 3, 280, 281 BGB setzen - wenn nicht einer der gesetzlich geregelten Ausnahmetatbestände eingreift - voraus, dass der Käufer dem Verkäufer erfolglos eine angemessene Frist zur Nacherfüllung bestimmt hat. Beseitigt der Käufer den Mangel selbst, ohne dem Verkäufer zuvor eine erforderliche Frist zur Nacherfüllung gesetzt zu haben, kann er auch nicht gemäß § 326 II 2, IV BGB (analog) die Anrechnung der vom Verkäufer ersparten Aufwendungen für die Mangelbeseitigung auf den Kaufpreis verlangen oder den bereits gezahlten Kaufpreis in dieser Höhe zurückerfordern.**

**Tatbestand:**

Der Kl. erwarb am 16.03.2002 von dem Bekl., einem Kraftfahrzeughändler, einen EG-Neuwagen S. zu einem Preis von 6.700,- €. Für den Bekl. vermittelte der Autohändler M. den Abschluss des Kaufvertrags. Bei diesem schloss der Kl. zugleich eine "Garantievereinbarung zum Kauf über P. -Produkte" für das Fahrzeug ab. Das Fahrzeug wurde dem Kl. im April 2002 übergeben. Im November 2002 erlitt es einen Motorschaden; die Ursache für diesen Defekt ist streitig. Der Kl. wandte sich an den Autohändler M.; dieser erklärte, die Garantie greife im Hinblick auf die fehlenden Eintragungen im Serviceheft über die Durchführung von Inspektionen nicht ein. Der Kl. ließ den Motor bei einer S.-Vertragshändlerin austauschen. Anschließend wandte er sich wegen der Erstattung der Reparaturkosten an die S. Deutschland GmbH, die jedoch eine Kostenbeteiligung unter Hinweis auf das nicht ausgefüllte Serviceheft ablehnte. Mit Schreiben vom 02.06.2003 unterrichtete der Kl. erstmals den Bekl. über den eingetretenen Schaden und forderte ihn zur Erstattung der Reparaturkosten auf; dies lehnte der Bekl. ab.

Der Kl. verlangt von dem Bekl. Zahlung des Rechnungsbetrags für den Austausch des Motors in Höhe

von 2.506,90 € nebst Zinsen. Er hat die Minderung des Kaufpreises erklärt.

Das Amtsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landgericht hat die Berufung des Kl., die er zusätzlich damit begründet hat, dass der Bekl. infolge der Selbstvornahme der Reparatur Nachbesserungskosten erspart habe, zurückgewiesen. Mit der vom BerGer. zugelassenen Revision verfolgt der Kl. sein Klagebegehren weiter.

### **Aus den Gründen:**

#### **A. Entscheidung und Begründung des BerGer.**

Das BerGer., dessen Urteil unter anderem in NJW 2004, 2906 veröffentlicht ist, hat zur Begründung ausgeführt:

Der Kl. könne keine Mängelgewährleistungsrechte geltend machen. Infolge der Neuregelung des Kaufrechts durch die Schuldrechtsreform 2002 sei die Nacherfüllung gegenüber der Geltendmachung von Minderung beziehungsweise Schadensersatz vorrangig. Hiernach wäre es erforderlich gewesen, den Bekl. unter Fristsetzung zur Nacherfüllung aufzufordern; dies sei nicht geschehen. Der Kl. sei zunächst ausschließlich aus der Garantie gegen den Autohändler M. beziehungsweise gegen die deutsche Repräsentantin des Herstellers vorgegangen. Zur ausnahmsweisen Entbehrlichkeit der Nachbesserungsaufforderung habe der Kl. weder substantiiert vorgetragen, noch ergäben sich dafür greifbare Anhaltspunkte aus den Umständen. Dem Kl. stehe auch kein Anspruch wegen ersparter Aufwendungen gemäß § 326 II 2 BGB (analog) zu. Der Gesetzgeber habe zwar dem Besteller eines Werkvertrags das Recht zur Selbstvornahme eingeräumt, eine vergleichbare Regelung für das Kaufrecht jedoch nicht getroffen. Die Aufzählung der Rechte des Käufers im Gewährleistungsfall ergebe sich allein aus § 437 BGB. Es liege auch keine durch Analogie zu § 326 II 2 BGB zu schließende Regelungslücke vor.

#### **B. Entscheidung des BGH in der Revision**

Dies hält der rechtlichen Nachprüfung stand, so dass die Revision des Kl. zurückzuweisen ist.

#### **I. Keine Gewährleistungsrechte des Kl. gem. § 437 BGB**

Zu Recht hat das BerGer. angenommen, dass der Kl. keine Rechte gemäß § 437 BGB wegen Mangelhaftigkeit der Sache geltend machen kann. Das Landgericht hat seiner Prüfung zutreffend die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs in der seit dem 01.01.2002 geltenden Fassung des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26.11.2001 (BGBl. I S. 3138; im Folgenden: Schuldrechtsmodernisierungsgesetz) zugrunde gelegt, da der Kaufvertrag am 16.03.2002 zustande gekommen ist (vgl. Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB).

#### **1. Unterbliebene Nachfristsetzung durch den Kl.**

Es kann offenbleiben, ob das BerGer. - wie die Revision rügt - es rechtsfehlerhaft unterlassen hat, die Voraussetzungen eines Anspruchs auf Schadensersatz statt der Leistung gemäß § 281 I BGB zu prüfen, obwohl der Kl. in der Berufungsinstanz nur Minderung (§ 441 BGB) und ersparte Nacherfüllungskosten (§ 326 II 2 BGB analog) begehrt hat. Denn sowohl das Recht des Käufers, den Kaufpreis gemäß §§ 437 Nr. 2, 441 BGB zu mindern, als auch der Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung wegen nicht wie geschuldet erbrachter Leistung gemäß §§ 437 Nr. 3, 280 I und III, 281 BGB setzen grundsätzlich voraus, dass der Käufer dem Verkäufer erfolglos eine angemessene Frist zur Nacherfüllung (§ 439 BGB) bestimmt hat. Für den Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung ist dies in § 281 I 1 BGB ausdrücklich geregelt. Für das Minderungsrecht kommt diese Voraussetzung im Wortlaut des § 441 I 1 BGB dadurch zum Ausdruck, dass der Käufer "statt" zurückzutreten den Kaufpreis durch Erklärung gegenüber dem Verkäufer mindern kann. Um mindern zu können, muss der Käufer daher gemäß §§ 437 Nr. 2, 323 I BGB zunächst die Voraussetzungen für den Rücktritt herbeiführen, mithin im Regelfall eine Frist setzen (Entwurfsbegründung zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, BT-Drucks. 14/6040, S. 235). Diese Voraussetzung ist nicht erfüllt, weil der Kl. dem Bekl. keine Frist zur Beseitigung des Motorschadens gesetzt hat.

#### **2. Keine Entbehrlichkeit der Nachfrist im zu entscheidenden Fall**

Zutreffend ist das BerGer. der Auffassung, dass auf eine Fristsetzung zur Nacherfüllung nicht verzichtet werden konnte. Gemäß § 323 II BGB ist eine Fristsetzung unter anderem dann entbehrlich, wenn der Schuldner die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert (Nr. 1) oder wenn besondere Umstände vorliegen, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen den sofortigen Rücktritt rechtfertigen (Nr. 3). Entsprechendes gilt gemäß § 281 II BGB für die Geltendmachung von Schadensersatz statt der Leistung. Das BerGer. hat das Vorliegen dieser Voraussetzungen rechtsfehlerfrei verneint. Die von der Revision aufgezeigten Umstände rechtfertigen keine andere Beurteilung (nachfolgend a. bis c.); Umstände, die eine Fristsetzung hätten entbehrlich werden lassen, sind auch im übrigen nicht ersichtlich.

#### **a. Unbeachtlichkeit der Weigerung des Autohändlers M.**

Zu Unrecht rügt die Revision, das BerGer. sei unter Verstoß gegen § 286 ZPO dem Beweisantritt des Kl. zu seiner Behauptung, der Autohändler M. habe vor dem Austausch des Motors eine Einstandspflicht verweigert, nicht nachgekommen. Diese Tatsache war ausweislich des Tatbestandes

des Berufungsurteils unstreitig und bedurfte daher keines Beweises. Sie ist für die Frage, ob eine Fristsetzung entbehrlich war, auch nicht erheblich, weil die Ablehnung einer eigenen Garantieleistung durch den Autohändler M. für den kaufvertraglichen Nacherfüllungsanspruch gegen den Bekl. ohne Bedeutung ist. Der Autohändler M. hat erklärt, die Garantie - die der Kl. anlässlich des Kaufvertragsabschlusses bei M. vereinbart hatte - greife im Hinblick auf die fehlenden Eintragungen im Serviceheft nicht ein. Das BerGer. hat daraus sowie aus dem Umstand, dass der Kl. sich anschließend an die S. Deutschland GmbH gewandt hat, rechtsfehlerfrei und von der Revision nicht angegriffen den Schluss gezogen, dass der Kl. zunächst aus der Garantie beziehungsweise gegen die deutsche Repräsentantin des Herstellers vorgegangen ist. Die Ablehnung einer Einstandspflicht hinsichtlich der "Garantievereinbarung zum Kauf über P. -Produkte" hatte für den vom Bekl. abgeschlossenen Kaufvertrag keine Rechtsfolgen, weil sie sich auf ein von dem Kaufvertrag unabhängiges Rechtsverhältnis bezog, an dem der Bekl. nicht beteiligt ist.

Entgegen der Auffassung der Revision ergibt sich eine Einstandspflicht des Bekl. auch nicht daraus, dass er schriftsätzlich eingeräumt hat, er müsse sich das Verhalten des Autohändlers M. "in letzter Konsequenz" zurechnen lassen. Wie der Bekl. in seiner Revisionserwiderung zutreffend aufzeigt, bezog sich diese Erklärung darauf, dass der Autohändler M. den Bekl. als Verkäufer in die Kaufvertragsurkunde aufgenommen hat, obwohl er, M., nach dem Vortrag des Bekl. von einem Dritten mit der Vermittlung des Verkaufs beauftragt worden war. Daraus folgt jedoch nicht, dass sich der Bekl. auch Erklärungen zurechnen lassen muss, die M. später im Zusammenhang mit der Ablehnung von Ansprüchen aus dem Garantievertrag abgegeben hat.

#### *b. Aushändigung eines Serviceheftes an den Kl. ohne Bedeutung*

Eine Nachfristsetzung war auch nicht deshalb entbehrlich, weil dem Kl., wie er vorgetragen hat, bei der Übergabe des Fahrzeugs kein ordnungsgemäß ausgefülltes Serviceheft ausgehändigt wurde. Dieser Umstand ist entgegen der Annahme der Revision für die Frage, ob der Kl. den Bekl. zur Nacherfüllung hätte auffordern müssen, ohne Bedeutung.

#### *c. Keine Rückschlüsse aus der Klageerwiderung auf Verhalten im Falle eines Nachbesserungsverlangens*

Nicht zu folgen ist der Revision in ihrer Annahme, es sei davon auszugehen, dass ein Nachbesserungsverlangen des Kl. ohne Erfolg geblieben wäre, weil der Bekl. sich noch in seiner Klageerwiderung darauf berufen habe, nicht Partei des Kaufvertrags geworden zu sein. Das Verteidigungsverhalten des Bekl. im Rechtsstreit erlaubt keinen Rückschluss darauf, dass er ein Nacherfüllungsverlangen des Kl. abgelehnt hätte.

Denn der Bekl. hat nach Vorlage einer lesbaren Kopie des Kaufvertrags seine Verkäufereigenschaft nicht mehr ernsthaft bestritten. Dass dies im Zusammenhang mit einem Nacherfüllungsverlangen des Kl. - das dem Bekl. Gelegenheit zu einer Untersuchung des Fahrzeugs und zur Prüfung der Vertragssituation gegeben hätte - anders gewesen wäre, ist nicht ersichtlich.

#### *II. Kein Anspruch auf Erstattung ersparter Nacherfüllungskosten gem. § 326 II 2 BGB analog i. V. m. §§ 326 IV, 346 ff BGB*

Zu Recht hat das BerGer. auch einen Anspruch des Kl. auf Zahlung ersparter Nacherfüllungskosten des Bekl. gemäß § 326 II 2 BGB (analog) in Verbindung mit §§ 326 IV, 346 ff. BGB verneint.

#### *1. Befürwortung eines Erstattungsanspruches durch Teile der Literatur*

Nach einer im Schrifttum vertretenen Auffassung muss sich der Verkäufer die zum Zwecke der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen (§ 439 II BGB), die er durch die Selbstvornahme der Mängelbeseitigung seitens des Käufers erspart, auf seinen Kaufpreisanspruch anrechnen lassen. Insoweit wird entweder die unmittelbare Anwendung des § 326 II 2 BGB befürwortet (Lorenz, ZGS 2003, 398; vgl. auch bereits ders., NJW 2003, 1417; Ebert, NJW 2004, 1761, 1763; Katzenschein, ZGS 2004, 349), oder diese Norm wird für entsprechend anwendbar gehalten (Bamberger/Roth/Faust, BGB, § 437 Rz. 33; Jauernig/Stadler, BGB, 11. Aufl., § 326 Rz. 29; Oetker/Maultzsch, Vertragliche Schuldverhältnisse, 2. Aufl., S. 102; Palandt/Putzo, BGB, 64. Aufl., § 437 Rz. 4a; vgl. auch Palandt/Heinrichs, aaO, § 326 Rz. 13). Zur Begründung wird angeführt, die vom Verkäufer geschuldete Nacherfüllung werde infolge der Selbstvornahme der Mängelbeseitigung durch den Käufer unmöglich (§ 275 I BGB). Der Verkäufer behalte gemäß § 326 I 2 BGB seinen Kaufpreisanspruch. Gemäß § 326 II 2 BGB - der anzuwenden sei, weil der Käufer als Gläubiger für die Unmöglichkeit der Nacherfüllung verantwortlich sei, § 326 II 1 BGB - müsse sich der Verkäufer allerdings dasjenige anrechnen lassen, was er infolge der Befreiung von der Leistung erspare; sei der Kaufpreis bereits gezahlt, ergebe sich ein Erstattungsanspruch des Käufers aus § 326 IV BGB in Verbindung mit §§ 346 ff. BGB (eingehend Lorenz, NJW 2003, 1418 f.).

#### *2. Auffassung des erkennenden Senats*

Entgegen der Revision ist dieser Auffassung nicht zu folgen (LG Aachen, DAR 2004, 452, 453; AG Kempen, ZGS 2003, 397; Dauner-Lieb/Dötsch, ZGS 2003, 250; Dötsch, MDR 2004, 975, 977 f. m. w. N.; Ball, NZV 2004, 217, 227; MünchKommBGB/Westermann, 4. Aufl., § 437 Rz. 9 in Verbindung mit § 439 Rz. 10; Schroeter, JR 2004, 441; Dauner-Lieb/Arnold, ZGS 2005, 10). Es bedarf keiner Entscheidung, ob die

Selbstvornahme der Mängelbeseitigung durch den Käufer zur Unmöglichkeit der Nacherfüllung führt, was Voraussetzung der - auch analogen - Anwendbarkeit des § 326 II 2 BGB ist (dagegen Erman/Grunewald, BGB, 11. Aufl., § 437 Rz. 3; Oechsler, NJW 2004, 1825, 1826; Schroeter, aaO, 442 f.). Beseitigt der Käufer einen Mangel der gekauften Sache, ohne dass er dem Verkäufer zuvor eine erforderliche Frist zur Nacherfüllung gesetzt hat, kann er Kosten der Mängelbeseitigung nicht gemäß § 326 II 2, IV BGB (analog) erstattet verlangen. §§ 437 ff. BGB enthalten insoweit abschließende Regelungen, die auch einen Anspruch auf Herausgabe ersparter Aufwendungen in unmittelbarer beziehungsweise analoger Anwendung des § 326 II 2 BGB ausschließen. Andernfalls würde dem Käufer im Ergebnis ein Selbstvornahmerecht auf Kosten des Verkäufers zugebilligt, auf das der Gesetzgeber bewusst verzichtet hat (a.); zudem würde der Vorrang des Nacherfüllungsanspruchs unterlaufen, der den §§ 437 ff. BGB zugrunde liegt (b.).

*a. Bewusster Verzicht des Gesetzgebers auf Selbstvornahmerecht im Rahmen der §§ 437 ff BGB*

Das Gesetz räumt dem Käufer - im Gegensatz zum Mieter (§ 536 a II BGB) und zum Besteller beim Werkvertrag (§§ 634 Nr. 2, 637 BGB) - keinen Aufwendungsersatzanspruch im Falle der Selbstbeseitigung von Mängeln ein. Der Gesetzgeber hat bei der Neuregelung der Mängelrechte des Käufers durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz bewusst von einem Selbstvornahmerecht auf Kosten des Verkäufers abgesehen, wie sich insbesondere aus dem Vergleich der in § 437 Nr. 1 bis 3 BGB aufgeführten Rechte des Käufers mit den ebenfalls neu gefassten und im übrigen im wesentlichen übereinstimmenden Rechten des Bestellers beim Werkvertrag (§ 634 Nr. 1 bis 4 BGB) ergibt (vgl. auch Entwurfsbegründung, BT-Drucks. 14/6040, S. 229). Aus diesem Grunde besteht auch keine planwidrige Regelungslücke, die Voraussetzung einer analogen Anwendung des § 326 II 2 BGB wäre. Zwar trifft es zu, dass § 326 II 2 BGB bei seiner Heranziehung für den Nacherfüllungsanspruch kein Selbstbeseitigungsrecht des Käufers, sondern Rechtsfolgen der Unmöglichkeit dieses Anspruchs regeln würde und dass die ersparten Kosten des Verkäufers von den im Rahmen eines Selbstvornahmerechts ersatzfähigen eigenen Aufwendungen des Käufers rechtlich zu unterscheiden sind (Ebert, aaO, 1763; Lorenz, NJW 2003, 1417, 1419; vgl. auch Mankowski, EWiR § 326 BGB 1/04, 325, 326). Jedoch geht es auch bei der Anrechnung ersparter Aufwendungen des Verkäufers gemäß § 326 II 2 BGB oder - im Falle eines schon entrichteten Kaufpreises - bei einem entsprechenden Rückzahlungsanspruch des Käufers nach § 326 IV BGB um Kosten der vom Käufer vorgenommenen Mängelbeseitigung, lediglich mit dem Unterschied, dass die Kosten nicht nach den auf seiten des Käufers

entstandenen Reparaturkosten zu berechnen sind, sondern nach dem Kostenaufwand, den der Verkäufer erspart hat. Ließe man dem Käufer gemäß § 326 II 2 BGB die vom Verkäufer ersparten Aufwendungen zukommen, liefe dies im Ergebnis darauf hinaus, dem Käufer ein Recht zur Selbstbeseitigung von Mängeln auf Kosten des Verkäufers einzuräumen, das - anders als das Selbstvornahmerecht des Bestellers beim Werkvertrag nach § 637 BGB - nicht einmal den erfolglosen Ablauf einer vom Käufer gesetzten Frist zur Nacherfüllung voraussetzt (Ball, aaO; vgl. auch Dauner-Lieb/Dötsch, ZGS 2003, 455, 457). Dies widerspräche der Absicht des Gesetzgebers, der, wie ausgeführt, von der Schaffung eines Selbstbeseitigungsrechts des Käufers auf Kosten des Verkäufers nach dem Vorbild des Miet- und Werkvertrags bewusst abgesehen hat.

*b. Kein Aushöhlen des Vorrangs der Nacherfüllung*

Die Erstattung ersparter Mängelbeseitigungskosten gemäß § 326 II 2 BGB stünde auch im Widerspruch zu dem Grundsatz des Vorrangs der Nacherfüllung, der sich aus §§ 437 ff. BGB ergibt.

*aa. "Recht zur zweiten Andienung" als letzte Chance des Verkäufers*

§ 437 BGB zählt die Rechte und Ansprüche auf, die dem Käufer im Falle der Lieferung einer mit einem Rechts- oder Sachmangel behafteten Sache zustehen. Ein grundsätzlicher Vorrang der Nacherfüllung folgt für die Gestaltungsrechte des Rücktritts und der Minderung (§ 437 Nr. 2 BGB) sowie für die Ansprüche des Käufers auf Schadensersatz statt der Leistung und auf Ersatz vergeblicher Aufwendungen aus dem Umstand, dass diese Rechte des Käufers - wie oben I. 1. ausgeführt - regelmäßig den erfolglosen Ablauf einer dem Verkäufer gesetzten Frist zur Nacherfüllung voraussetzen (vgl. nur Münch-KommBGB/Westermann, aaO, § 437 Rz. 4; Palandt/Putzo, aaO, § 437 Rz. 4; vgl. auch die Entwurfsbegründung, BT-Drucks. 14/6040, S. 94 f., 220 f.). Aus der Sicht des Verkäufers stellt sich der Vorrang der Nacherfüllung als Nacherfüllungsrecht beziehungsweise "Recht zur zweiten Andienung" dar, das insoweit seinem Schutz dient, als er durch die Nacherfüllung die Geltendmachung der vorgenannten Käuferrechte abwenden kann (vgl. nur Bamberger/Roth/Faust, aaO, § 439 Rz. 2; Westermann, aaO, Rz. 2 m. w. N.; vgl. auch Entwurfsbegründung, aaO, S. 89, 220 f.). In der Entwurfsbegründung wird zu dem in § 437 Nr. 2 BGB geregelten Rücktrittsrecht ausgeführt, der Verkäufer erhalte durch das Fristsetzungserfordernis eine letzte Chance, den mit der Rückabwicklung des Vertrags verbundenen wirtschaftlichen Nachteil abzuwenden (aaO, S. 221). Die Möglichkeit des Verkäufers, die Rückabwicklung des Vertrags durch fristgerechte Nachbesserung oder Neulieferung abzuwenden, sei auch für den Käufer interes-

sengerecht, da er erhalte, was er vertraglich zu beanspruchen habe. Vorrang vor dem Rücktritt vom Vertrag habe damit die Nacherfüllung durch den Verkäufer, wenn auch die Wahl zwischen den beiden Arten der Nacherfüllung dem Käufer zustehe (Entwurfsbegründung, aaO).

*bb. Verlust der "letzten Chance" des Verkäufers durch Selbstvornahme des Käufers*

Das BerGer. hat zutreffend ausgeführt, dass dem erfüllungsbereiten Verkäufer die Möglichkeit genommen wird, sich den Kaufpreis durch eine "zweite Andienung" endgültig zu verdienen, wenn der Käufer die Sache selbst repariert, ohne dem Verkäufer zuvor Gelegenheit zur Nacherfüllung gegeben zu haben. Der gesetzliche Vorrang der Nacherfüllung beziehungsweise das "Recht zur zweiten Andienung" würden unterlaufen, wenn der Käufer die Kosten der Mängelbeseitigung (durch den Verkäufer) gemäß § 326 II 2 BGB ohne vorherige Fristsetzung ganz oder teilweise von diesem verlangen könnte (LG Aachen, aaO; Dötsch, MDR 2004, 975, 977). Dies widerspräche der Absicht des Gesetzgebers, der den Interessen des Verkäufers - von den Fällen der Entbehrlichkeit der Fristsetzung abgesehen - durch das in §§ 459 ff. BGB a.F. noch nicht enthaltene "Recht zur zweiten Andienung" hat Rechnung tragen wollen (vgl. BT-Drucks., aaO, S. 89, 220 f.).

Soweit dagegen eingewendet wird, dem Verkäufer entstehe durch die Anrechnung der ersparten Aufwendungen kein Nachteil, zumal auch zu berücksichtigen sei, dass dem Käufer der Beweis der Voraussetzungen des § 326 II 2 BGB - und damit auch der Höhe der vom Verkäufer ersparten Aufwendungen - obliege (vgl. Ebert, aaO, 1764; Katzenstein, aaO, 354), rechtfertigt dies keine andere Bewertung. Das BerGer. hat zu Recht darauf abgestellt, dass die vom Käufer grundsätzlich einzuräumende Gelegenheit zur Nacherfüllung es dem Verkäufer ermöglicht, die verkaufte Sache darauf zu überprüfen, ob der behauptete Mangel besteht und ob er bereits im Zeitpunkt des Gefahrübergangs vorgelegen hat, auf welcher Ursache er beruht, sowie ob und auf welche Weise er beseitigt werden kann (vgl. § 439 III BGB), und hierzu gegebenenfalls Beweise zu sichern. Diese Möglichkeit einer Untersuchung und Beweissicherung verliert der Verkäufer, wenn er nach der vom Käufer durchgeführten Reparatur im Rahmen der Geltendmachung eines Erstattungsanspruchs gemäß § 326 II 2, IV BGB vor "vollendete Tatsachen" gestellt wird. Hierdurch würden sich seine Verteidigungsmöglichkeiten ungerechtfertigt verschlechtern (Ball, aaO; vgl. auch BGH, Urteil vom 11.10.1965 - VII ZR 124/63, NJW 1966, 39 unter I 4 zum Ausschluss von Bereicherungsansprüchen im Falle der Nichteinhaltung des Fristsetzungserfordernisses nach § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB (B)).

*3. Vergleich mit der gefestigten Rechtsprechung zum Werkvertragsrecht*

Der Ausschluss einer Erstattung von Mängelbeseitigungskosten, wenn der Käufer dem Verkäufer keine erforderliche Frist zur Nacherfüllung gesetzt hat, steht im Einklang mit der bereits vor Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes begründeten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Werkvertragsrecht. Danach kann ein Anspruch des Bestellers auf Ersatz von Aufwendungen zur Beseitigung von Mängeln, wenn er nach Werkvertragsrecht nicht begründet ist, auch nicht auf die Vorschriften über ungerechtfertigte Bereicherung oder über die Geschäftsführung ohne Auftrag gestützt werden, weil die Vorschriften über die Gewährleistung beim Werkvertrag eine abschließende Sonderregelung enthalten (st. Rspr.; BGH, Urteil vom 11.10.1965, aaO, zu § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB (B); Urteil vom 28.09.1967 - VII ZR 81/65, NJW 1968, 43, zu § 633 BGB a.F.; BGHZ 92, 123, 125; 96, 221, 223, jew. m. w. N.; Münch-KommBGB/Busche, 4. Aufl., § 634 Rz. 8; für eine analoge Anwendung des § 326 II 2 BGB Staudinger/Peters, BGB (2003), § 634 Rz. 36 m. w. N.). Damit werden dem Besteller auch Ansprüche gegen den Unternehmer auf die von diesem ersparten Nachbesserungskosten versagt. Der Bundesgerichtshof hat den Vorrang der werkvertraglichen Gewährleistungsvorschriften damit begründet, dass die Zulassung von Ansprüchen aus ungerechtfertigter Bereicherung oder Geschäftsführung ohne Auftrag zu Unklarheiten und Schwierigkeiten führen würde, welche die Vorschriften für den Werkvertrag gerade ausschließen sollen; da die Mängel schon beseitigt seien, werde eine zuverlässige Nachprüfung ihres Umfangs und ihrer Schwere sowie der Angemessenheit der behaupteten Beseitigungskosten oft nicht mehr möglich sein (Urteil vom 28.09.1967, aaO). Nicht anders liegt es, wie ausgeführt, bei der Erstattung vom Verkäufer ersparter Mängelbeseitigungskosten gemäß § 326 II 2 BGB.

*4. Keine Privilegierung des Verkäufers im Vergleich zur vollständigen Unmöglichkeit*

Entgegen der Auffassung der Revision (unter Hinweis auf Lorenz, NJW 2003, 1417, 1418 f.) führt der Ausschluss einer Erstattung ersparter Aufwendungen gemäß § 326 II 2 BGB nicht zu einer ungerechtfertigten Besserstellung des Verkäufers gegenüber dem Fall einer vollständigen Unmöglichkeit der Erfüllung. Der Gesetzgeber hat in den §§ 437 ff. BGB die Rechte des Käufers bei Mängeln besonders geregelt. Dass der Käufer, der einen Mangel selbst beseitigt, ohne dem Verkäufer zuvor Gelegenheit zur Nacherfüllung gegeben zu haben, vom Verkäufer grundsätzlich nicht die Erstattung von Mängelbeseitigungskosten verlangen kann, ist lediglich Folge des Umstandes, dass er die gesetzlichen Voraussetzungen der in §§ 437 ff. BGB geregelten Mängelrechte nicht eingehalten hat. Dem

Interesse des Käufers, dem Verkäufer in den Fällen keine Frist setzen zu müssen, in denen dies keinen Erfolg verspricht oder für den Käufer unzumutbar ist, trägt das Gesetz in den Ausnahmebestimmungen der §§ 281 II, 323 II und 440 S. 1 BGB Rechnung. Die in §§ 437 ff. BGB zum Ausdruck gekommene gesetzgeberische Entscheidung kann nicht dadurch umgan-

gen werden, dass dem Käufer auf dem Wege über die Heranziehung der allgemeinen Vorschriften des § 326 II und IV BGB wegen Unmöglichkeit der Nacherfüllung zumindest ein Teil der Nachbesserungskosten auch dann zugebilligt wird, wenn die besonderen Voraussetzungen der kaufrechtlichen Gewährleistungsvorschriften nicht vorliegen.

## Standort: Schadensrecht

## Problem: Ersatzfähigkeit von Reparaturaufwand

BGH, URTEIL VOM 15.02.2005  
VI ZR 70 / 04 (NJW 2005, 1108)

### Problemdarstellung:

Der Geschädigte eines Verkehrsunfalls begehrte in diesem Verfahren weiteren Schadensersatz für die Reparatur seines PKW. Deren Kosten beliefen sich laut Schätzung des Sachverständigen auf 18.427,37 DM (9.421,76 Euro), während der PKW zum Unfallzeitpunkt lediglich einen Wert von 13.800,- DM (7.055,83 Euro) hatte. Der Kl. hatte den Wagen in Eigenregie teilweise repariert und benutzte ihn weiter, weshalb seitens der Bekl. lediglich der Zeitwert abzüglich 2.500,- DM (1.278,23 Euro) Restwert erstattet worden war.

Der BGH hatte sich nun mit der Auffassung des Kl. auseinanderzusetzen, wonach diesem Schadensersatz in Höhe von bis zu 130 % des Wiederbeschaffungswertes nach der Rechtsprechung zum sog. Integritätszuschlag zustünden. Der erkennende Senat nahm den Fall zum Anlass, seine Rechtsprechung zum Integritätszuschlag in Höhe von bis zu 30 % des Zeitwertes des Fahrzeugs zu bekräftigen und gegen den Vorwurf zu verteidigen, hier gehe es um die ungerechtfertigte Berücksichtigung eines Affektionsinteresses des Fahrzeugeigentümers an demselben. Er stellte allerdings heraus, dass ein Anspruch in entsprechender Höhe nur in Betracht kommt, solange der Geschädigte eine Reparatur nachweist, die tatsächlich der Befriedigung seines Integritätsinteresses diene. Diese Reparatur kann zwar durchaus in Eigenregie durchgeführt werden, muss aber fachgerecht sein und den Zustand des Fahrzeuges vor dem Unfall wiederherstellen. Daran fehlte es im zu entscheidenden Fall.

### Prüfungsrelevanz:

Die hier dargestellte Entscheidung löste kurz nach ihrem Bekanntwerden im Februar 2005 ein beachtliches Medienecho aus. So wurden die Zuschauer diverser Nachrichtensendungen im TV dahingehend informiert, der BGH habe nunmehr entschieden, dass Reparaturkosten bis zu 130 % des Zeitwertes eines PKW nach einem Unfall ersetzt verlangt werden könnten, sobald ein entsprechendes Integritätsinteresse nachgewiesen sei. Bei genauerem Hinsehen zeigt sich, dass dieses

keine Neuigkeit ist (vgl. bereits die Darstellung dieser Rechtsprechung bei Palandt/Heinrichs, 62. Auflage 2003, § 249 Rz. 27). Allenfalls hat der BGH nunmehr die Anforderungen an die den Integritätszuschlag rechtfertigende und nachzuweisende Reparatur präzisiert. Insbesondere im Rahmen der Vorbereitung auf die mündliche Examensprüfung ist die genaue Kenntnis derartiger Rechtsprechung gleichwohl zu empfehlen, da zuweilen gerne überprüft wird, inwieweit die Kandidaten die Berichterstattung in den Medien über derartig relevante Rechtsgebiete interessiert verfolgen und in der Lage sind, hierzu eine eigene reflektierte Meinung zu bilden.

### Vertiefungshinweise:

- Qualität der Reparatur unbeachtlich, solange geltend gemachte Kosten nicht über Wiederbeschaffungswert: *BGH*, RA 2003, 500 = *NJW* 2003, 2085
- Zur Schadensminderungspflicht bei Verwertung des Unfallfahrzeugs: *BGH*, RA 2000, 202 = *NJW* 2000, 800

### Kursprogramm:

- Examenskurs*: "Das verhängnisvolle Skateboard"
- Assessorkurs*: "Die Fahrt zum Fest"

### Leitsatz:

**Ersatz von Reparaturaufwand bis zu 30% über dem Wiederbeschaffungswert des Fahrzeugs kann nur verlangt werden, wenn die Reparatur fachgerecht und in einem Umfang durchgeführt wird, wie ihn der Sachverständige zur Grundlage seiner Kostenschätzung gemacht hat (Fortführung des Senatsurteils BGHZ 154, 395 ff.).**

### Sachverhalt:

Der Kl. begehrte Ersatz restlichen Sachschadens aus einem Verkehrsunfall, für den die Bekl. als Unfallgegner und Haftpflichtversicherer in vollem Umfang einzustehen haben. Die für die fachgerechte und vollständige Reparatur des klägerischen Fahrzeugs erforderlichen Kosten schätzte der KFZ-Sachverständige auf 18.427,37 DM inklusive der gesetzlichen Mehrwertsteuer. Den Wiederbeschaffungswert schätzte er auf 13.800,- DM und den Restwert auf 2.500,- DM. Der



Kl. reparierte das Fahrzeug in Eigenregie teilweise und nutzt es weiter. Die Bekl. zu 1 erstattete vorprozessual 11.300,- DM. Der Kl. vertritt die Ansicht, dass ihm die geschätzten Reparaturkosten bis zur Höhe von 30 % über dem Wiederbeschaffungswert des Fahrzeugs zu erstatten seien. Er hat u.a. weitere Reparaturkosten von 3.394, 98 € (= 6.640,- DM) eingeklagt. Das Landgericht hat der Klage zuerst in vollem Umfang stattgegeben. Auf die Berufung der Bekl. hat das Oberlandesgericht das Urteil aufgehoben, soweit es zum Nachteil der Bekl. ergangen ist, und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht zurückverwiesen. Nach Einholung eines Sachverständigengutachtens zur Frage des Umfangs der durchgeführten Reparatur hat das Landgericht dem Kl. den von der Bekl. zu 1 in Abzug gebrachten Restwert in Höhe von 1.278, 23 € (= 2.500,- DM) zugesprochen. Die Berufung des Kl. blieb erfolglos. Das Berufungsgericht hat die Revision beschränkt auf den Anspruch auf Ersatz weiterer Reparaturkosten zugelassen. Der Kl. verfolgt mit seinem Rechtsmittel sein Klagebegehren hinsichtlich des Reparaturkostenersatzes weiter.

### **Aus den Gründen:**

#### *A. Entscheidung und Begründung des BerGer.*

Das BerGer. verneint einen Anspruch auf Ersatz weiterer Reparaturkosten, weil dem Kläger nach den Umständen des Falles kein Integritätszuschlag von 30% über dem Wiederbeschaffungswert zugebilligt werden könne. Für diesen Zuschlag sei erforderlich, dass das Fahrzeug fachgerecht und vollständig repariert werde, auch wenn eine Selbstreparatur vorgenommen werden dürfe. Hinsichtlich des Reparaturbedarfs habe sich der Geschädigte an den im Schadensgutachten enthaltenen fachhandwerklichen Vorgaben zu orientieren. Bei einer nur die Fahrbereitschaft wiederherstellenden Teilreparatur komme ein schutzwürdiges Integritätsinteresse des Geschädigten nicht zum Tragen. Allerdings sei in einem solchen Fall der für die Schadensbehebung erforderliche Geldbetrag bis zum Wiederbeschaffungswert, also ohne Abzug des Restwerts, zu erstatten.

#### *B. Entscheidung des BGH in der Revision*

Die Revision bleibt erfolglos. Die Auffassung des BerGer., dass der Geschädigte nicht Ersatz von den Wiederbeschaffungswert übersteigenden Reparaturkosten verlangen kann, wenn er den Schaden auf der Basis eines Sachverständigengutachtens abrechnet, die Reparatur jedoch nicht im entsprechenden Umfang und fachgerecht durchführt, erweist sich als zutreffend.

#### *I. Vorrang der Naturalrestitution vor der Schadenskompensation*

Gemäß § 249 II 1 BGB ist der Geschädigte, der es

nach einem Sachschaden selbst in die Hand nimmt, den früheren Zustand herzustellen, berechtigt, vom Schädiger den dazu erforderlichen Geldbetrag zu verlangen. Der Schädiger kann ihn auf eine Entschädigung in Geld für den erlittenen Wertverlust nur dann verweisen, wenn und soweit die Herstellung nicht möglich oder zur Entschädigung nicht genügend ist (§ 251 I BGB) oder unverhältnismäßige Aufwendungen erfordert (§ 251 II 1 BGB). Erst die Unverhältnismäßigkeit bildet also bei möglicher Naturalrestitution die Grenze, ab welcher der Ersatzanspruch des Geschädigten sich nicht mehr auf Herstellung (Naturalrestitution), sondern allein noch auf Wertausgleich des Verlustes in der Vermögensbilanz (Kompensation) richtet. Insoweit hat Naturalrestitution Vorrang vor Kompensation (Senatsurteil BGHZ 115, 364, 367).

#### *II. Formen und Inhalt der Naturalrestitution gem. § 249 I BGB bei Schäden an einem Kfz*

Bei einem Schaden an einem Kraftfahrzeug kann der Geschädigte auf zweierlei Weise Naturalrestitution erreichen: Er kann die Kosten für die Reparatur oder für die Anschaffung eines (gleichwertigen) Ersatzfahrzeugs verlangen. Auch die letztere Art der Schadensbeseitigung ist, wie der Senat wiederholt ausgesprochen hat und woran er weiter festhält, eine Form der Naturalrestitution (Senatsurteile BGHZ 154, 395, 397; 115, 364, 368; 115, 375 ff.). Denn das Ziel der Restitution beschränkt sich nicht auf eine (Wieder)Herstellung der beschädigten Sache; es besteht in umfassenderer Weise gemäß § 249 I BGB darin, den Zustand herzustellen, der, wirtschaftlich gesehen, der ohne das Schadensereignis bestehenden Lage entspricht (Senatsurteil BGHZ 115, 364, 368 m.w.N.).

#### *1. Gebot der Wirtschaftlichkeit*

Unter den zum Schadensausgleich führenden Möglichkeiten der Naturalrestitution hat der Geschädigte grundsätzlich diejenige zu wählen, die den geringsten Aufwand erfordert. Auch dieses Wirtschaftlichkeitspostulat hat der Senat mehrfach betont (Senatsurteile BGHZ 155, 1, 3; 154, 395, 397; 115, 364, 373; 115, 375 ff.; 66, 239, 248 f.; 63, 182, 186 f.; 61, 346, 349 ff. und vom 05.03.1985 - VI ZR 204/83 - VersR 1985, 593, 594). Es findet seinen gesetzlichen Niederschlag in dem Tatbestandsmerkmal der Erforderlichkeit in § 249 II 1 BGB, ergibt sich aber letztlich schon aus dem Begriff des Schadens selbst. Denn die Einbuße des Geschädigten ist, auch unter Berücksichtigung des für § 249 BGB in Frage stehenden Interesses an dem Erhalt seines Vermögens in dessen gegenständlicher Zusammensetzung, nicht größer als das, was er aufwenden muss, um sein Vermögen auch hinsichtlich des beschädigten Bestandteils in zumutbarer Weise in einen dem früheren wirtschaftlich gleichwertigen Zustand zu versetzen.

## 2. Maßstab des verständigen, wirtschaftlich denkenden Menschen in der Lage des Geschädigten

Das Gebot zu wirtschaftlich vernünftiger Schadensbehebung verlangt vom Geschädigten allerdings nicht, zugunsten des Schädigers zu sparen oder sich in jedem Fall so zu verhalten, als ob er den Schaden selbst zu tragen hätte (Senatsurteile BGHZ 63, 295, 300; vom 30.05.1961 - VI ZR 139/60 - VersR 1961, 707, 708 und vom 04.03.1976 - VI ZR 14/75 - VersR 1976, 732, 734). Immerhin kann dem letzteren Gesichtspunkt Bedeutung für die Beurteilung der Frage zukommen, ob der Geschädigte den Aufwand in vernünftigen Grenzen gehalten hat (Senatsurteile vom 20.06.1972 - VI ZR 61/71 - VersR 1972, 1024 f. und vom 02.03.1982 - VI ZR 35/80 - VersR 1982, 548, 549). Denn nur diejenigen Aufwendungen sind ihm nach § 249 II 1 BGB vom Schädiger abzunehmen, die vom Standpunkt eines verständigen, wirtschaftlich denkenden Menschen in der Lage des Geschädigten zur Behebung des Schadens zweckmäßig und angemessen erscheinen (vgl. Senatsurteile BGHZ 115, 375, 378; vom 02.03.1982 - VI ZR 35/80 - aaO und vom 20.06.1989 - VI ZR 334/88 - VersR 1989, 1056 f. m.w.N.). Bei der Prüfung, ob der Geschädigte sich in diesem Rahmen gehalten hat, ist Rücksicht auf seine spezielle Situation, also insbesondere auf seine individuellen Erkenntnis- und Einflussmöglichkeiten sowie die möglicherweise gerade für ihn bestehenden Schwierigkeiten zu nehmen; denn § 249 II 1 BGB stellt auf eine Restitution in Eigenregie des Geschädigten ab. Die Schadensersatzpflicht besteht aber von vornherein nur insoweit, als sich die Aufwendungen im Rahmen wirtschaftlicher Vernunft halten (Senatsurteile BGHZ 115, 375, aaO; vom 05.03.1985 - VI ZR 204/83 - aaO).

## 3. Verbot der Bereicherung

Das Wahlrecht des Geschädigten findet seine Schranke außerdem an dem Verbot, sich durch Schadensersatz zu bereichern. Denn auch wenn er vollen Ersatz verlangen kann, soll er an dem Schadensfall nicht "verdienen" (vgl. Senatsurteile BGHZ 154, 395, 398; 115, 364, 368; 115, 375, 378 jeweils m.w.N.; vom 05.03.1985 - VI ZR 204/83 - aaO; vom 21.01.1992 - VI ZR 142/91 - VersR 1992, 457, 458 und vom 17.03.1992 - VI ZR 226/91 - VersR 1992, 710, 711).

## 4. Wahlrecht des Geschädigten im Rahmen der aufgezeigten Grenzen

In den durch das Wirtschaftlichkeitsgebot und das Verbot der Bereicherung durch Schadensersatz gezogenen Grenzen ist der Geschädigte grundsätzlich frei in der Wahl und in der Verwendung der Mittel zur Schadensbehebung (vgl. Senatsurteile BGHZ 154, 395, 397 f. und vom 20.06.1989 - VI ZR 334/88 - VersR 1989, 1056 f. m.w.N.; Weber, VersR 1990, 934, 938 ff.; Steffen, NZV 1991, 1, 2; ders. NJW

1995, 2057, 2059 f.). Er ist weder dazu verpflichtet, sein Fahrzeug zu reparieren noch es zur Reparatur in eine Kundendienstwerkstatt zu geben, deren Preise in der Regel Grundlage der Kostenschätzung sind. Es bleibt vielmehr ihm überlassen, ob und auf welche Weise er sein Fahrzeug wieder instand setzt (vgl. Senatsurteile BGHZ 155, 1, 3; 154, 395, 398; 54, 82, 86; vom 17.03.1992 - VI ZR 226/91 - VersR 1992, 710 und vom 20.06.1989 - VI ZR 334/88 - VersR 1989, 1056 f. m.w.N.).

## III. Reparatur darf Wiederbeschaffungswert um bis zu 30 % übersteigen.

Mit diesen schadensrechtlichen Grundsätzen ist es vereinbar, dass dem Geschädigten, der sich zu einer Reparatur entschließt und diese auch nachweislich durchführt, Kosten der Instandsetzung zuerkannt werden, die den Wiederbeschaffungswert bis zu 30 % übersteigen (Senatsurteil BGHZ 115, 364, 371). Denn bei der Entscheidung, ob und gegebenenfalls welchen Aufwand der Geschädigte für die Reparatur seines Fahrzeugs ersetzt verlangen kann, ist zum einen die Verhältnismäßigkeit des Reparaturaufwands zum Wiederbeschaffungswert des Fahrzeugs zu berücksichtigen (Senatsurteil BGHZ 115, 364, 367); zum anderen ist auch zu bedenken, dass nur die Reparatur des dem Geschädigten vertrauten Fahrzeugs regelmäßig sein Integritätsinteresse zu befriedigen vermag (vgl. Senatsurteile BGHZ 115, 364, 371; vom 08.12.1998 - VI ZR 66/98 - VersR 1999, 245 f. und vom 17.03.1992 - VI ZR 226/91 - aaO; OLG Hamm, NZV 1991, 351, 352 = DAR 1991, 333, 334; Medicus, Jus 1973, 211, 212; Weber, DAR 1991, 11).

## 1. Herleitung des den Aufschlag rechtfertigenden Integritätsinteresses

In diesem Zusammenhang weist das BerGer. zu Recht darauf hin, dass sich das Integritätsinteresse des Geschädigten nicht nur in dem Wunsch auf reine Herstellung der Mobilität mit einem gleichwertigen PKW erschöpft. Ihm liegen durchaus wirtschaftliche Gesichtspunkte zugrunde (vgl. Senatsurteil BGHZ 115, 364, 371 mit Anm. von Lipp in NZV 1992, 70 ff.; Senatsurteile vom 08.12.1998 - VI ZR 66/98 - und vom 17.03.1992 - VI ZR 226/91 - jeweils aaO; vom 18.06.1985 - VI ZR 168/84 - VersR 1985, 865, 866 und vom 05.03.1985 - VI ZR 204/83 - aaO). Selbst wenn bei voller Berücksichtigung des Vorteilsausgleichs "neu für alt" insbesondere bei älteren Fahrzeugen die Reparaturkosten die Kosten der Wiederbeschaffung in aller Regel deutlich übersteigen, ist eine Abrechnung von Reparaturkosten in solchen Fällen nicht generell ausgeschlossen. Denn der Eigentümer eines Kraftfahrzeugs weiß, wie dieses ein- und weitergefahren, gewartet und sonst behandelt worden ist, ob und welche Mängel dabei aufgetreten und auf welche Weise sie behoben worden sind. Demgegenüber

sind dem Käufer eines Gebrauchtwagens diese Umstände, die dem Fahrzeug ein individuelles Gepräge geben (vgl. Jordan, VersR 1978, 688, 691), zumeist unbekannt. Dass ihnen ein wirtschaftlicher Wert zukommt, zeigt sich auch darin, dass bei dem Erwerb eines Kraftfahrzeugs aus "erster Hand" regelmäßig ein höherer Preis gezahlt wird (vgl. Senatsurteil vom 08.12.1998 - VI ZR 66/98 - aaO). Hierbei handelt es sich somit keineswegs um immaterielle Erwägungen, wie etwa die Anerkennung einer "eigentlich unsinnigen emotionalen Bindung des Geschädigten an einen technischen Gegenstand" (Freundorfer, VersR 1992, 1332, 1333). Ein derartiges Affektionsinteresse könnte schadensrechtlich keine Anerkennung finden.

## *2. Aus dem Integritätsinteresse abzuleitende Anforderungen an die ersatzfähige Fahrzeugreparatur*

Sind es mithin die dargelegten wirtschaftlichen Aspekte, die den Zuschlag von bis zu 30 % zum Wiederbeschaffungswert aus schadensrechtlicher Sicht gerechtfertigt erscheinen lassen, sind diese auch von Bedeutung für die bisher vom Senat nicht ausdrücklich entschiedene Frage, welche Qualität und welchen Umfang die Reparatur haben muss, um im Rahmen des Schadensersatzes diesen Zuschlag zu rechtfertigen.

### *a. Auch Eigenreparatur kann dem Integritätsinteresse entsprechen*

Entgegen der Auffassung der Revision können Umfang und Qualität der Reparatur nicht schon deshalb außer Betracht bleiben, weil der Geschädigte sein Fahrzeug selbst instand setzen darf, also nicht in einer anerkannten Fachwerkstatt reparieren lassen muss. Insoweit ist nicht maßgebend, ob dem Geschädigten der entsprechende finanzielle Aufwand tatsächlich entstanden ist. Auch eine Eigenreparatur kann eine Abrechnung auf der Basis fiktiver Reparaturkosten bis zu 130 % des Wiederbeschaffungswerts rechtfertigen, wenn der Geschädigte mit ihr sein Integritätsinteresse bekundet hat. Das aber ist nur dann der Fall, wenn er durch eine fachgerechte Reparatur zum Ausdruck bringt, dass er das Fahrzeug in einen Zustand wie vor dem Unfall versetzen will. Nur unter diesen Umständen hat der Schädiger Reparaturkostenersatz bis zur Grenze von 130 % des Wiederbeschaffungswerts zu leisten.

### *b. Kein Zuschlag bei Teil- oder nicht fachgerechter Reparatur*

Setzt jedoch der Geschädigte nach einem Unfall sein Kraftfahrzeug nicht vollständig und fachgerecht instand, ist regelmäßig die Erstattung von Reparaturkosten über dem Wiederbeschaffungswert nicht gerechtfertigt. Im Hinblick auf den Wert der Sache wäre eine solche Art der Wiederherstellung im allgemeinen unverhältnismäßig und kann dem Geschädigten nur ausnahmsweise im Hinblick darauf zugebilligt werden,

dass der für ihn gewohnte und von ihm gewünschte Zustand des Kraftfahrzeugs auch tatsächlich wie vor dem Schadensfall erhalten bleibt bzw. wiederhergestellt wird (vgl. Senatsurteile vom 20.06.1972 - VI ZR 61/71 - VersR 1972, 1024 f.; vom 05.03.1985 - VI ZR 204/83 - VersR 1985, 593, 594; Lipp, NJW 1990, 104, 105; Medicus, Jus 1973, aaO). Stellt der Geschädigte lediglich die Fahrbereitschaft, nicht aber den früheren Zustand des Fahrzeugs wieder her, so beweist er dadurch zwar ein Interesse an der Mobilität durch sein Fahrzeug, das jedoch in vergleichbarer Weise auch durch eine Ersatzbeschaffung befriedigt werden könnte. Der für die Zubilligung der "Integritätsspitze" von 30 % ausschlaggebende weitere Gesichtspunkt, dass der Geschädigte besonderen Wert auf das ihm vertraute Fahrzeug lege (vgl. Senatsurteil vom 08.12.1998 - VI ZR 66/98 - aaO), verliert bei einer unvollständigen und vor allem nicht fachgerechten Reparatur eines total beschädigten Fahrzeugs in entscheidendem Maß an Bedeutung.

### *c. Verstoß gegen das Bereicherungsverbot bei Missachtung dieser Grundsätze*

Dass der Geschädigte Schadensersatz erhält, der den Wiederbeschaffungswert übersteigt, ist deshalb mit dem Wirtschaftlichkeitsgebot und Bereicherungsverbot nur zu vereinbaren, wenn er den Zustand des ihm vertrauten Fahrzeugs wie vor dem Unfall wiederherstellt. Nur zu diesem Zweck wird die "Opfergrenze" des Schädigers erhöht. Anderenfalls wäre ein solcher erhöhter Schadensausgleich verfehlt. Er hätte eine ungerechtfertigte Aufblähung der Ersatzleistungen zur Folge, führte zu einer vom Zweck des Schadensausgleichs nicht gebotenen Belastung des Schädigers und jedenfalls in dem über den Wiederbeschaffungswert hinausgehenden Betrag zur Bereicherung des Geschädigten.

### *3. Schlussfolgerung für den Anwendungsbereich der "Integritätsspitze"*

Dem entspricht die Auffassung des BerGer., die von anderen Oberlandesgerichten und im Schrifttum geteilt wird (vgl. OLG Hamm, NZV 2002, 272; OLG Dresden, NZV 2001, 346; Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, VersR 1999, 202; OLG Saarbrücken, MDR 1998, 1346; OLG Düsseldorf, Schaden-Praxis 1998, 390; Thüringer OLG, OLGR Jena 1998, 15; OLG Karlsruhe, ZfS 1997, 53; OLG Koblenz, NZV 1995, 355; vgl. dazu auch Eggert, DAR 2001, 20, 21 f.; Luckey, VersR 2004, 1525 f.). Ihr folgt auch der erkennende Senat. Danach kann Ersatz von Reparaturkosten bis zu 30 % über dem Wiederbeschaffungswert des Fahrzeugs dann verlangt werden, wenn die Reparatur fachgerecht und in einem Umfang durchgeführt wird, wie ihn der Sachverständige zur Grundlage seiner Kostenschätzung gemacht hat.

#### IV. Auswirkungen dieser Grundsätze im zu entscheidenden Fall

Im Streitfall hat der Geschädigte nach den nicht angegriffenen tatsächlichen Feststellungen des BerGer. das Fahrzeug weder vollständig noch fachgerecht repariert. Es sind Restunfallschäden vorhanden, die nur in einer Fachwerkstatt unter Einsatz einer Richtbank zu beheben wären. Insbesondere am Längsträger und am Radeinbau vorne rechts sowie an den Verbindungsstellen zum Frontblech befinden sich noch unfallbedingte Beschädigungen, deren Beseitigung einen Kostenaufwand von 3.000,-- € erfordern würde. Entgegen der Auffassung der Revision handelt es sich hierbei nicht um unmaßgebliche Restarbeiten. Da der Kl. sie nicht vorgenommen hat, hat er auch keinen Anspruch auf Ersatz von den Wiederbeschaffungswert übersteigenden Reparaturkosten. Die Bekl. zu 1 hat

bereits Schadensersatz in Höhe des Wiederbeschaffungswerts des Fahrzeugs geleistet. Das BerGer. hat deshalb zu Recht weiteren Reparaturkostenersatz versagt.

#### V. Abzug des Restwerts nicht entscheidungsrelevant

Ob - wie das BerGer. meint - ein Abzug des Restwerts nicht geboten war, bedarf im vorliegenden Fall keiner Entscheidung, da die Bekl. zu 1 an den Kl. Schadensersatz in Höhe des Wiederbeschaffungswerts des PKW ohne Berücksichtigung des Restwerts gezahlt hat (vgl. zum Abzug des Restwerts Senatsurteil vom 15.02.2005 - VI ZR 172/04).

#### VI. Zurückweisung der Revision

Nach allem ist die Revision mit der Kostenfolge aus § 97 I ZPO zurückzuweisen.

### Standort: ZPO

### Problem: Gerichtszuständigkeit nach Rücktritt oder Anfechtung

OLG SAARBRÜCKEN, BESCHLUSS VOM 06.01.2005  
5 W 306 / 04 (NJW 2005, 906)

#### Problemdarstellung:

Die Kl. dieses Falles fühlte sich von dem Bekl., der ihr einen Gebrauchtwagen verkauft hatte, gleich in mehrfacher Hinsicht ungenügend informiert. Einerseits soll der Bekl. Vorschäden des Fahrzeugs verschwiegen, andererseits die Anzahl der Vorbesitzer mit zwei statt sechs angegeben haben.

Die Vorschäden hatte die Kl. zunächst zum Anlass genommen, den Rücktritt vom Kaufvertrag zu erklären und auf Kaufpreistrückzahlung zu klagen. Dieses tat sie am für ihren Wohnsitz örtlich zuständigen AG unter Hinweis auf § 29 I ZPO und den Erfüllungsort für Pflichten aus einem mangelbedingten Rückgewährschuldverhältnis, der am vertragsgemäßen Belegenheitsort der Kaufsache, mithin in der Regel beim Käufer anzusiedeln ist (vgl. hierzu Palandt/Heinrichs, § 269 Rz. 16). Im Laufe dieses Rechtsstreites erklärte sie dann aber die Anfechtung des Kaufvertrages wegen der verschwiegenen Vorbesitzer. Das angerufene AG Saarlouis machte deutlich, dass es nunmehr den allgemeinen Gerichtsstand des Bekl. für einschlägig und deshalb das AG Trier für zuständig halte. An dieses Gericht wurde der Rechtsstreit sodann aufgrund eines entsprechend hilfsweise gestellten Antrags der Kl. verwiesen. Trotz der in § 281 II 4 ZPO für solche Beschlüsse vorgesehenen Bindungswirkung lehnte das AG Trier die Übernahme ab, so dass sich letztlich das OLG Saarbrücken mit der Frage des zuständigen Gerichts befassen musste. Dieses versagte dem Verweisungsbeschluss tatsächlich die Wirksamkeit mit der Begründung, das AG Saarlouis habe vollkommen außer Acht gelassen, dass die Kl. erklärt habe, ihr Rückzahlungsverlangen weiterhin auch auf § 346 I

BGB zu stützen. Eine Verweisung könne daher erst in Betracht kommen, wenn das Vorliegen einer wirksamen Anfechtung und damit auch die Beseitigung eines bis dahin möglicherweise bestehenden vertraglichen Rückgewährschuldverhältnisses nach §§ 346 ff BGB feststehe.

#### Prüfungsrelevanz:

Kenntnisse bezüglich der Bestimmung des sachlich sowie örtlich zuständigen Gerichts für einen Rechtsstreit sind in jeder Examensvorbereitung ebenso unverzichtbar, wie das Wissen um § 281 ZPO, welcher das Procedere im Falle der Unzuständigkeit des angerufenen Gerichts regelt.

Die vorliegende Entscheidung verdeutlicht, dass die Bindungswirkung eines Verweisungsbeschlusses für das Adressatengericht gem. § 281 II 4 ZPO trotz des scheinbar eindeutigen Gesetzeswortlauts nicht ohne jede Ausnahme gilt (vgl. hierzu etwa Thomas/Putzo, § 281, Rz. 12 und 14).

Aufgrund der bei § 29 I ZPO offenkundigen Verbindung zu materiell-rechtlichen Fragen des § 269 I BGB ist die vorliegende Entscheidung zudem aufgrund der Ausführungen zum Erfüllungsort für die Verpflichtungen aus dem Rückgewährschuldverhältnis gem. §§ 346 ff BGB einerseits und für die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung nach §§ 812 ff BGB andererseits lehrhaft.

#### Vertiefungshinweise:

Zum Erfüllungsort für den Nacherfüllungsanspruch gem. §§ 437 Nr. 1, 439 BGB: *AG Menden*, RA 2004, 510 = NJW 2004, 2171

Zum Erfüllungsort bei Geschäften im Versandhandel: *BGH*, RA 2003, 746 = NJW 2003, 3341

**Kursprogramm:**

- Examenskurs: "Das Versehen"
- Examenskurs: "Der nostalgische Ofen"
- Examenskurs: "Der geschädigte Kollege"
- Assessorkurs: "Die voreilige Auflassung"

**Leitsätze:**

**1. Zur gerichtlichen Zuständigkeit bei Geltendmachung von Rückabwicklungsansprüchen aus einem Kaufvertrag nach Anfechtung und Rücktritt.**

**2. Ist am besonderen Gerichtsstand des Erfüllungsorts die Rückzahlung eines Kaufpreises eingeklagt und führt der Kläger aus, er gehe aus "zweierlei Rechtsgründen" - Rückabwicklung des Kaufvertrags nach Rücktritt auf der einen, bereicherungsrechtliche Rückabwicklung infolge Anfechtung auf der anderen Seite - vor, so verstößt es gegen den Grundsatz der Gewährung rechtlichen Gehörs, wenn das Gericht vor einer Entscheidung über die Wirksamkeit der Anfechtung den Rechtsstreit nach einem hilfsweise gestellten Verweisungsantrag an das Gericht des allgemeinen Gerichtsstands des Beklagten verweist (Leitsatz 2 der Redaktion).**

**Sachverhalt:**

Die Kl. verlangt von dem Bekl. Rückzahlung des Preises eines ihr von dem Bekl. verkauften und übereigneten Pkw Mitsubishi Colt Zug zum Zug gegen Rückgabe des Kfz. Weil der Bekl. ihr, wie sie behauptet, Vorschäden verschwiegen habe, ist sie vom Kaufvertrag zurückgetreten und hat zunächst mit ihrer am 10.07.2004 zugestellten Klage die Rückabwicklung des Kaufvertrags verlangt. Im Verlauf des Rechtsstreits hat sie den Kaufvertrag wegen arglistiger Täuschung durch den Bekl. angefochten, da ihr der Bekl. lediglich zwei statt der tatsächlichen sechs Vorbesitzer angegeben habe. Nachdem der Bekl. die örtliche Zuständigkeit des von der Kl. angerufenen AG Saarlouis gerügt hat, hat das AG Saarlouis sich zunächst dahin geäußert, für das Rückabwicklungsbegehren halte es sich für örtlich zuständig; später hat es die Kl. angehört, weil im Hinblick auf die erklärte Anfechtung Bedenken gegen seine örtliche Zuständigkeit bestünden. Die Kl. hat daraufhin mitgeteilt, sie gehe aus „zweierlei Rechtsgründen“ gegen die Bekl. vor. Daraufhin hat das AG Saarlouis den Rechtsstreit auf einen hilfsweise gestellten Verweisungsantrag der Kl. an das für den Wohnsitz des Bekl. zuständige AG Trier verwiesen. Das AG Trier hat den Rechtsstreit „nicht übernommen“, weil der Verweisungsbeschluss § 261 III Nr. 2 ZPO missachte. Das AG Saarlouis hat die „erneute Übernahme der Sache“ abgelehnt und den Rechtsstreit dem OLG zur Bestimmung des zuständigen Gerichts vorgelegt.

Als zuständiges Gericht wurde das AG Saarlouis bestimmt.

**Aus den Gründen:****A. Keine Präklusion der Zuständigkeitsrüge gem. § 296 III ZPO**

Die Zuständigkeit folgt allerdings nicht bereits daraus, dass dem Bekl. die Rüge der örtlichen Unzuständigkeit nach § 296 III ZPO versagt wäre. Zwar hat der Bekl. erst nach Ablauf der ihm gesetzten Frist zur Klageerwidderung gerügt, das AG Saarlouis sei örtlich unzuständig. Nach zwar nicht unbestrittener, wohl aber überwiegend vertretener Rechtsauffassung, der sich der Senat anschließt, fallen indessen verspätete Rügen, die die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts betreffen, auf Grund der besonderen Regelungen der §§ 39, 504 ZPO nicht unter die Präklusion, die § 296 III ZPO anordnet (BGHZ 134, 127 = NJW 1997, 397 [398]; OLG Frankfurt a. M., OLGZ 1983, 99 [101]; Zöller/Greger, ZPO, 25. Aufl., §296 Rz. 8 a; Musielak/Huber, ZPO, 4. Aufl., § 296 Rz. 34).

**B. Zuständigkeit des AG Saarlouis für vertragliche Rückabwicklungsansprüche gem. § 29 I ZPO**

Das AG Saarlouis ist für das Verlangen der Kl. nach Rückabwicklung des Kaufvertrags mit dem Bekl. auf der Grundlage der §§ 437 Nr. 2, 440, 323, 346 ff. BGB gem. § 29 I ZPO örtlich zuständig. Das hat das AG Saarlouis zu Recht selbst so gesehen. Denn der die Zuständigkeit nach § 29 I ZPO bestimmende Leistungsort für die Rückabwicklung eines Kaufvertrags nach Rücktritt ist der „Austauschort“, also derjenige Ort, an dem sich die Sache zur Zeit des Rücktritts vertragsgemäß befindet (BGHZ 87, 104 = NJW 1983, 1479; BGH, NJW 1962, 739 L = MDR 1962, 399; BayObLG, MDR 2004, 646). Daran ändert sich auch dann nichts, wenn mit dem auf ein gesetzliches Rücktrittsrecht gestützten Rückabwicklungsbegehren andere Ansprüche, die zu dem gleichen Ergebnis führen würden, jedoch von anderen örtlich für sie zuständigen Gerichten zu entscheiden wären, verbunden werden.

**C. Keine Bindungswirkung des Verweisungsbeschlusses gem. § 281 II 4 ZPO**

Die örtliche Zuständigkeit des AG Saarlouis - für den auf den Rücktritt der Kl. wegen Mängeln des gekauften Kfz gestützten Anspruch - ist nicht durch die grundsätzlich nach § 281 II 4 ZPO eintretende Bindungswirkung seines Verweisungsbeschlusses auf das AG Trier übergegangen. Die Bindungswirkung eines Verweisungsbeschlusses tritt nämlich ausnahmsweise dann nicht ein, wenn sich die Verweisung so weit von der gesetzlichen Grundlage entfernt, dass sie im Hinblick auf das Gebot des gesetzlichen Richters und das Willkürverbot des Grundgesetzes nicht hingenommen werden kann oder wenn die Verweisung unter Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör ergangen ist (st. Rspr. des Senats, zuletzt Beschl. v. 08.12.2003 - 5 W 253/03-58; Senat, OLG-Report 2002, 331 [333]; w.

Nachw. bei Zöller/Greger, § 281 Rz. 17 f.).

*I. Fehlende Erörterung des Meinungsstandes zur örtlichen Zuständigkeit für Ansprüche aus §§ 812 ff BGB kein schwerwiegender Fehler*

Dem Verweisungsbeschluss fehlt es allerdings nicht schon deshalb an einer Bindungswirkung, weil die örtliche Zuständigkeit des AG Trier als des für den Wohnsitz des Bekl. allgemein zuständigen Amtsgerichts für die Geltendmachung eines bereicherungsrechtlichen Anspruchs nach Anfechtung des Kaufvertrags der Parteien wegen arglistiger Täuschung angenommen wird. Allerdings wird in der Rechtslehre zunehmend und mit sehr beachtlichen Gründen vertreten, bei dem Anspruch auf Herausgabe des Erlangten nach § 812 I 1 Alt. 1 BGB - der nach einer wirksamen Anfechtung eines Vertrags wegen arglistiger Täuschung gegeben ist - handele es sich zwar nicht um einen von § 29 I ZPO erfassten Anspruch aus einem Vertragsverhältnis; gehe es indessen um eine auf einem Verhalten des Bekl. beruhende bereicherungsrechtliche Rückabwicklung, bei der das Gegenseitigkeitsverhältnis des fehlgeschlagenen Vertrags in das Rückabwicklungsverhältnis hineinwirke, so seien Ansprüche aus § 812 I 1 Alt. 1 BGB auf Grund anfechtungsbedingter Nichtigkeit des Vertrags nicht anders zu beurteilen als gewährleistungsrechtliche Rückabwicklungsansprüche. Sich damit nicht auseinander gesetzt zu haben, ist indessen keineswegs unvertretbar, weil die frühere Rechtsprechung des BGH und des BayObLG (BGH, NJW 1962, 739 L = MDR 1962, 399; BayObLG, DB 1990, 2587) die örtliche Zuständigkeit für die Entscheidung über einen Bereicherungsanspruch nach Anfechtung eines Vertrags wegen arglistiger Täuschung bei dem für den Wohnsitz des Anfechtungsgegners zuständigen Gericht gesehen hat.

*II. Nichtanwendung des § 261 III Nr. 2 ZPO wegen Annahme zweier Streitgegenstände nicht unvertretbar*  
Geradezu unvertretbar ist die Bindungswirkung des Verweisungsbeschlusses auch nicht deshalb, weil das AG Saarlouis seine durch Eintritt der Rechtshängigkeit begründete Zuständigkeit nicht als nach § 261 III Nr. 2 ZPO fortdauernd betrachtet hat. Nach § 261 III Nr. 2 ZPO wird zwar die Zuständigkeit des Prozessgerichts durch eine Veränderung der sie begründenden Umstände nicht berührt. Die Vorschrift findet nämlich ihre Grenze im Falle einer Klageänderung, die es dem angerufenen Gericht erlaubt, seine örtliche Zuständigkeit für dieses Begehren neu zu prüfen (BGH, NJW 2001, 2477 [2478]). Wenn das AG Saarlouis - inzident - annimmt, die tatsächliche Grundlage des auf die Ausübung des gesetzlichen Rücktrittsrechts gestützten Rückabwicklungsbegehrens sei das Verschweigen von Vorschäden, die tatsächliche Grundlage des mit identischem Klageantrag verfolgten bereicherungsrechtlichen Herausgabeverlangens indessen das arglistige

Verschweigen einer größeren Anzahl von Vorbesitzern, so kann dies vertretbar die Annahme zweier unterschiedlicher Streitgegenstände stützen. Zwar mag es näher liegen, anzunehmen, dass die Kl. denselben Lebenssachverhalt - die sie bewusst irreführende Veräußerung eines mangelbehafteten Kfz - lediglich unter verschiedenen rechtlichen Gesichtspunkten - gegebenenfalls auch jenen der unerlaubten Handlung, für die eine örtliche Zuständigkeit des AG Saarlouis nach § 32 ZPO begründet sein könnte - gewürdigt sehen will, um sicherzustellen, dass sie ihr Ziel auch bei Verneinung von Arglist erreichen kann. Von einer objektiv willkürlichen Sicht der Dinge durch das AG Saarlouis kann jedoch keine Rede sein.

*III. Verletzung des Anspruches auf rechtliches Gehör (Art. 103 I GG) durch das AG Saarlouis*

Das AG Saarlouis hat jedoch der Kl. rechtliches Gehör versagt. Zwar hat es sie formal zu der Änderung seiner Rechtsauffassung und der Annahme einer örtlichen Zuständigkeit des AG Trier für einen bereicherungsrechtlichen Anspruch angehört. Rechtliches Gehör gewährt ein Gericht jedoch in Wirklichkeit nur dann, wenn es einer Partei nicht nur Gelegenheit zur Stellungnahme gibt, sondern wenn es die Stellungnahme der Partei auch zur Kenntnis nimmt und bei seiner Entscheidung in Erwägung zieht (Jarass/Pieroth, GG, 7. Aufl., Art. 103 Rz. 23 m. w. N.). Das hat das AG Saarlouis versäumt.

Zur Frage der örtlichen Zuständigkeit hat nämlich die Kl. ausdrücklich vorgetragen, sie gehe "aus zweierlei Rechtsgründen" gegen den Bekl. vor. Damit hat die Kl. verdeutlicht, dass sie keineswegs - die Annahme des AG Saarlouis unterstellt, es handele sich um zwei unterschiedliche Streitgegenstände - ihr auf die Ausübung des gesetzlichen Rücktrittsrechts gestütztes Rückabwicklungsverlangen fallen gelassen hat und lediglich einen bereicherungsrechtlichen Herausgabebanspruch geltend machen wolle. Damit hat das AG Saarlouis, das sich für das ursprüngliche Rückabwicklungsbegehren zu Recht für zuständig gehalten hat, Antrag, Vorbringen und Interessenlage der Kl. nicht zur Kenntnis genommen. Zwar kann der ursprünglich erhobene Anspruch auf Rückabwicklung nur begründet sein, wenn der Kaufvertrag der Parteien nicht durch eine wirksame Anfechtung der Kl. vernichtet worden ist. Dass die Anfechtung der Kl. indessen wirksam ist, ist nicht entschieden. Äußerungen des Bekl. zur Zahl der Vorbesitzer des Kfz und seinem Wissen um sie fehlen und sind mangels wirksamer Setzung einer die Präklusion erlaubenden Frist durch das AG Saarlouis auch nicht auszuschließen. Daher kann keinesfalls davon ausgegangen werden, dass die Kl. ihr in die unbestreitbare örtliche Zuständigkeit des AG Saarlouis fallendes Rückabwicklungsbegehren aufgegeben hat oder fallen lassen wird.

*D. Möglichkeit einer wirksamen Teilverweisung an das AG Trier im weiteren Verlauf des Rechtsstreits*

Sollte das AG Saarlouis in seinem weiteren Verfahren zu der Überzeugung gelangen, die Anfechtung der Kl. wegen arglistiger Täuschung greife durch, und sollte es weiterhin die Rechtsauffassung vertreten, ihre Einführung in den Rechtsstreit stelle einen anderen Streitgegenstand dar, und sollte es darüber hinaus weiterhin die Auffassung vertreten, auch ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung auf Grund einer wirksamen Anfechtung des Käufers wegen arglistiger Täuschung über die Mangelfreiheit der Kaufsache sei am Wohnsitz des Verkäufers zu erfüllen, sollte es unter Würdigung der Entscheidung des BGH (BGHZ 153, 173 =

NJW 2003, 828) eine entsprechende Anwendung von § 17 II 1 GVG nicht für möglich halten und auch den zur arglistigen Täuschung vorgetragene Sachverhalt nicht einem den kl. Antrag tragenden Anspruch aus unerlaubter Handlung subsumieren können, so käme dann in der Tat bei Abweisung des ursprünglichen vertragsrechtlichen Rückabwicklungsbegehrens eine Teilverweisung an das AG Trier zur Entscheidung über das bereicherungsrechtliche Herausgabeverlangen in Betracht. Darüber zu befinden, obliegt allerdings dem für den von der Kl. weiter geltend gemachten Anspruch auf Rückabwicklung allein zuständigen AG Saarlouis.

**Standort: Bereicherungsrecht****Problem: Saldotheorie in der Insolvenz**

BGH, URTEIL VOM 02.12.2004  
IX ZR 200 / 03 (NJW 2005, 884)

**Problemdarstellung:**

Der Kl. machte in diesem Verfahren als Insolvenzverwalter bereicherungsrechtliche Wertersatzansprüche der Schuldnerin gem. §§ 812 I 1 Alt. 1, 818 II BGB geltend. Die Schuldnerin hatte der Bekl. auf Basis eines Vertrages, der wegen Verstoßes gegen § 12 I 1 AÜG (Schö-E Nr. 84a) i. V. m. § 126 I, II 1 BGB gem. § 125 S. 1 BGB formnichtig war, Arbeitnehmer überlassen. Gleichzeitig hatte die Bekl. für diese Arbeitnehmer Sozialversicherungsbeiträge an die hierfür als Einzugsstellen zuständigen Krankenkassen abgeführt, obwohl dies gem. § 28 e I 1 SGB IV i. V. m. § 1 I 1 AÜG zunächst einmal Aufgabe des Verleihers, also der insolventen Schuldnerin gewesen wäre.

Der BGH hatte sich demzufolge mit der Frage auseinanderzusetzen, ob die Bekl. ihrerseits bereicherungsrechtliche Gegenforderungen geltend machen und mit dem Zahlungsanspruch der Schuldnerin saldieren konnte. Dieses lehnte das Gericht mit der Begründung ab, dass die Saldotheorie in der Insolvenz des Bereicherungsgläubigers dem Bereicherungsschuldner hinsichtlich seiner Gegenforderung keine privilegierte Befriedigungsmöglichkeit verschaffen dürfe. Dies gilt jedenfalls dann, wenn im Falle der Wirksamkeit des zwischen den Parteien geschlossenen Vertrages auch die daraus resultierenden Forderungen einfache Insolvenzforderungen wären. Die bereicherungsrechtlichen Rückforderungsansprüche dürfen dem Insolvenzgläubiger in diesem Fall keineswegs weitergehende Befriedigungsmöglichkeiten eröffnen.

**Prüfungsrelevanz:**

Die Saldotheorie, der zufolge bei der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung synallagmatischer Austauschverträge die beiden Parteien zustehenden Aus-

gleichansprüche in ein einheitliches Abwicklungsschuldverhältnis einzustellen und zu saldieren sind, zählt zu den ebenso schwierigen wie examensrelevanten Problemen des Bereicherungsrechts, die wohl schon vielen Kandidaten Kopfzerbrechen bereitet haben. Vor der Lektüre dieser Entscheidung sollte man sich zum besseren Verständnis noch einmal über die beiden folgenden Aspekte klar werden:

Die Saldotheorie kann zum einen je nach Fallkonstellation zu unterschiedlichen Rechtsfolgen führen. Stehen sich ungleichartige Rückabwicklungsansprüche gegenüber, sind diese nur Zug um Zug gegen Erbringung der Gegenleistung zu erfüllen, es entsteht gleichsam ein von Amts wegen zu berücksichtigendes Zurückbehaltungsrecht. Im Falle gleichartiger Ansprüche führt die Saldotheorie zu deren automatischer Verrechnung, ohne dass eine der Parteien eigens eine Aufrechnungserklärung nach § 388 BGB abgeben müsste.

Besteht für den Schuldner eine Verrechnungsmöglichkeit, so sollte man sich zweitens klar machen, dass dieses nicht nur zu einer bequemen Verteidigung gegenüber der eigenen Verbindlichkeit führt, sondern zudem die Möglichkeit eröffnet, sich für die eigenen Gegenansprüche, mit deren Hilfe die Hauptforderung zum Erlöschen gebracht wird, auf einfachem Wege Befriedigung zu verschaffen.

Vor diesem Hintergrund wird klar, dass im Falle der Insolvenz des Bereicherungsgläubigers besonders geprüft werden muss, ob dem Bereicherungsschuldner, der zugleich Insolvenzgläubiger ist, mittels der Saldotheorie ein derartiges Privileg im Vergleich zu den übrigen Insolvenzgläubigern zugebilligt werden kann.

**Vertiefungshinweise:**

- Wirksame Insolvenzanfechtung fremdnützig eingezogener Sozialversicherungsbeiträge: BGH, RA 2004, 513 = NJW 2004, 2163
- Zur Saldotheorie bei Rückabwicklung eines nichti-

gen Grundstückskaufvertrages: *BGH*, NJW 1995, 454; Besprechung dieser Entscheidung: *Finkenauer*, JuS 1998, 986

**Kursprogramm:**

- Examenskurs: "Traumgrundstücke"
- Examenskurs: "Kurzfälle zur Saldotheorie"
- Assessorkurs: "Die angefochtene Aufrechnung"

**Leitsatz:**

**Ist der Arbeitnehmerüberlassungsvertrag wegen eines Mangels der Schriftform nichtig, kann der Entleiher Sozialversicherungsbeiträge, die er nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Verleihers zum Ausgleich der diesem obliegenden Zahlungspflicht an die Kasse geleistet hat, der vom Insolvenzverwalter geltend gemachten Bereicherungsforderung nicht anspruchsmindernd entgegensetzen (Einschränkung der Saldotheorie in der Insolvenz).**

**Sachverhalt:**

Der Kl. ist Verwalter in dem Insolvenzverfahren über das Vermögen der M-GmbH, das am 01.10.2000 eröffnet worden ist. Er verlangt von der Bekl. - soweit in der Revisionsinstanz noch von Interesse - die Zahlung von 17.266,52 Euro restlicher Vergütung aus einem Arbeitnehmerüberlassungsvertrag. Die Arbeitnehmer waren der Bekl. in der Zeit von Juli bis September 2000 zur Arbeitsleistung überlassen worden. Grundlage der Arbeitnehmerüberlassung war das schriftliche Vertragsangebot vom 28.06.2000, welches die Schuldnerin, die über die vorgeschriebene Erlaubnis zur Überlassung von Arbeitnehmern nach § 1 des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG) verfügte, der Bekl. übersandt hatte. Die Bekl. ergänzte die Vertragsurkunde um den Zusatz "Arbeitsschutzvereinbarung und Zahlungsweise siehe Schreiben" und sandte das mit der Änderung versehene, von ihr ebenfalls unterschriebene Vertragsformular sowie das - von ihr nicht unterschriebene - in Bezug genommene Schreiben an die Schuldnerin zurück. Darin heißt es:

"... sehen wir uns gezwungen, 30 % des Netto-Rechnungsbetrags (also ohne Umsatzsteuer) für Sozialversicherungsbeiträge einzubehalten und den Restbetrag von 70 % + Umsatzsteuer an Sie zur Auszahlung zu bringen. Sofern das entlehene Personal bei der AOK gemeldet ist, werden wir den anteiligen 30 %-igen Einbehalt an die AOK abführen. Die von uns vorab an die AOK gezahlten Sozialversicherungsbeiträge können Sie bei Ihrer Monatsmeldung als bereits geleistete Vorauszahlung berücksichtigen. Handelt es sich um bei Ersatzkassen gemeldetes Personal, werden wir, sobald uns die Bescheinigungen über die abgeführten Sozialversicherungsbeiträge der Ersatzkassen mit namentlicher Angabe des von uns entlehnenen Per-

sonals für den entsprechenden Zeitraum vorliegen, den Einbehalt umgehend an Sie zur Auszahlung bringen." Die Bekl. kürzte das vereinbarte Entgelt entsprechend dem Bezugsschreiben. Die Klageforderung entspricht der Summe der Sozialversicherungsbeiträge, welche die Bekl. nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens an die AOK und mehrere Ersatzkassen schon abgeführt hatte und nach ihrer Berechnung gem. § 28 e II 1 SGB IV noch abführen muss.

Die Vorinstanzen haben den Zahlungsantrag abgewiesen. Mit seiner - zugelassenen - Revision verfolgte der Kl. sein Zahlungsbegehren erfolgreich weiter.

**Aus den Gründen:**

*A. Entscheidung und Begründung des BerGer.*

Das BerGer. lässt dahinstehen, ob der Vertrag zwischen der Schuldnerin (Verleiher) und der Bekl. (Entleiher) dem Schriftformerfordernis des § 12 I AÜG entspricht oder ob die Vereinbarung über die Zahlungsmodalitäten als wesentliche Nebenabrede ebenfalls der Schriftform (§ 126 I, II 1 BGB) bedarf und die Nichtigkeit gem. § 139 BGB den gesamten Vertrag ergreift. Im Falle einer wirksam vereinbarten Arbeitnehmerüberlassung stehe der Schuldnerin ein vertraglicher Vergütungsanspruch zu, der am 01.10.2000 fällig geworden sei. Der Arbeitnehmerüberlassungsvertrag sei ergänzend dahin auszulegen, dass es eine Hauptpflicht der Schuldnerin gewesen sei, die Bekl. von einer Inanspruchnahme durch Sozialversicherungsträger nach § 28 e II SGB IV freizuhalten. Da die Schuldnerin dieser Verpflichtung nicht in vollem Umfang nachgekommen sei, stehe der Bekl. die - insolvenzbeständige - Einrede des nicht erfüllten Vertrags zu. Nicht gerechtfertigt sei die Klage aber auch dann, wenn zwischen der Schuldnerin und der Bekl. kein wirksamer Arbeitnehmerüberlassungsvertrag zu Stande gekommen sei. In diesem Fall könne der Kl. die restliche Vergütung für die Arbeitnehmerüberlassung deshalb nicht verlangen, weil die Schuldnerin mit Blick auf die unterbliebene Zahlung der abzuführenden Sozialversicherungsbeiträge gegenüber der Bekl. keine volle Gegenleistung erbracht habe. Das sei bei der im Rahmen der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung gebotenen Saldierung der wechselseitigen Bereicherung zu berücksichtigen, so dass sich für die Bekl. kein Überschuss ergebe, um den sie ungerechtfertigt bereichert sei.

*B. Entscheidung des BGH in der Revision*

Die Klageforderung ist nach § 812 I 1 Alt. 1, 818 II BGB begründet. Dies kann der Senat selbst entscheiden, weil der Sachverhalt hinreichend geklärt ist.

*I. Formnichtigkeit des Arbeitnehmerüberlassungsvertrags gem. § 125 S. 1 BGB*

Der Arbeitnehmerüberlassungsvertrag vom 28.06.2000



verstößt gegen § 12 I 1 AÜG, §§ 126 I, II 1 BGB und ist insgesamt nichtig, § 125 S. 1 BGB.

### *1. Prinzip der Einheitlichkeit der Vertragsurkunde gem. § 126 II 1 BGB*

Nach § 12 I 1 AÜG bedarf der Vertrag zwischen dem Verleiher und dem Entleiher der Schriftform. Bei Verträgen ist diese gewahrt, wenn dieselbe Urkunde von den Vertragsparteien unterzeichnet wird (§ 126 II 1 BGB). Erforderlich ist, dass alle wesentlichen vertraglichen Abreden in der Urkunde enthalten sind (Prinzip der Einheitlichkeit der Vertragsurkunde; BGHZ 136, 357 [359] = NJW 1998, 58 = NZM 1998, 25; BGH, NJW 2003, 1248 = NZM 2003, 281). Die von der Rechtsprechung des BGH hierzu entwickelten Grundsätze gelten auch im Anwendungsbereich des Arbeitnehmer-überlassungsgesetzes (vgl. Boemke, AÜG, § 12 Rz. 9; Düwell, in: Kasseler Hdb. z. ArbeitsR II, 2. Aufl., Abschn. 4.5 Rz. 411; Marschall, in: Münchener Hdb z. ArbeitsR II, 2. Aufl., § 175 Rz. 56).

#### *a. Verstoß des Ergänzungsschreibens der Bekl. gegen das (gelockerte) Prinzip der Einheitlichkeit der Vertragsurkunde*

Der BGH hat in mehreren Entscheidungen das Prinzip der Einheitlichkeit der Vertragsurkunde gelockert und darüber hinaus die Einhaltung der Schriftform für einen Nachtragsvertrag bejaht, wenn eine Nachtragsurkunde auf den ursprünglichen Vertrag Bezug nimmt und zum Ausdruck bringt, es solle unter Einbeziehung der Nachträge bei dem verbleiben, was früher formgültig niedergelegt war (vgl. BGHZ 42, 333 [338]; 136, 357 [359]; BGH, NJW 1999, 1104; NJW 2000, 354; NJW 2003, 1248).

Auch nach diesen Grundsätzen erfüllt der Vertrag vom 28.06.2000 nicht die Mindestanforderungen, die an die Schriftform zu stellen sind. Denn das in der Vertragsurkunde erwähnte Schreiben ist weder mit der Urkunde verbunden noch von den Vertragsparteien paraphiert worden. Es ist einseitig von der Bekl. dem Vertrag beigelegt worden, und es fehlt eine schriftliche Erklärung der Schuldnerin, aus der hervorgeht, dass sie es akzeptiert. Das ergänzende Schreiben wird in dem Vertrag nicht individualisiert. Die von der Bekl. gewählte Form der Bezugnahme ermöglicht deshalb nicht einmal eine Identifizierung der Vertragsergänzung. Das in Bezug genommene Schreiben - ohne Datum - enthält schließlich keine Rückverweisung auf den Vertrag, so dass auch aus ihm nicht zu entnehmen ist, dass es gerade den Vertrag zwischen der Schuldnerin und der Bekl. vom 28.06.2000 ergänzen soll.

#### *b. Keine Entbehrlichkeit der Schriftform auf Grund der Bedeutung der ergänzten Regelungen*

Der Schriftform bedürfen solche Abreden nicht, die für den Inhalt des Vertrags, auf den die Parteien sich geeinigt haben, von nur nebensächlicher Bedeutung

sind. Dies gilt insbesondere für Bestimmungen, die nicht über das hinausgehen, was bereits im Vertragstext selbst seinen Niederschlag gefunden hat, oder die dessen Inhalt nicht modifizieren, sondern lediglich erläutern oder veranschaulichen sollen (BGHZ 142, 158 [161 f.] = NJW 1999, 2591 = NZM 1999, 761). Darüber geht die von der Bekl. vorgeschlagene Vertragsergänzung weit hinaus. Nach Nr. 6 des Vertragsangebots vom 28.06.2000 in Verbindung mit Abschnitt IV Nr. 2 der einbezogenen Allgemeinen Ergänzenden Vertragsbedingungen wird der Rechnungsbetrag mit Zugang der Rechnung fällig und ist spätestens 14 Tage nach Rechnungserhalt unter Ausschluss jeglicher Abzüge zu begleichen. Die Zahlung gilt erst dann als erfolgt, wenn die "Verleihfirma" über den Betrag verfügen kann. Demgegenüber sieht das der Vertragsurkunde von der Bekl. beigegebene Schreiben vor, dass die Bekl. 30 % des Netto-Rechnungsbetrags einbehalten darf und - unbedingt - nur den Restbetrag von 70 % an die Schuldnerin zur Auszahlung zu bringen braucht. Darin liegt eine wesentliche Abänderung des vorgeschlagenen Vertragsinhalts, welche die Hauptpflichten der Bekl. zur Entgeltleistung betrifft und deshalb an dem Erfordernis der Schriftform teilnimmt.

#### *2. Nichtigkeit des Arbeitnehmer-überlassungsvertrags insgesamt gem. § 139 BGB*

Der Arbeitnehmerüberlassungsvertrag vom 28.06.2000 ist insgesamt nichtig; er kann nicht nach § 139 BGB in einen wirksamen und einen unwirksamen Teil aufgespalten werden. Die von der Schuldnerin übersandte Urkunde weist auf Grund des von der Bekl. angebrachten Zusatzes aus, dass diese das Vertragsangebot mit dem ursprünglichen Inhalt abgelehnt hat (§ 150 II BGB). Einen aufrechtzuerhaltenden wirksamen Teilvertrag gibt es sonach nicht.

#### *3. Berufung auf die Formnichtigkeit verstößt nicht gegen § 242 BGB*

Der Schuldnerin ist es schließlich nicht verwehrt, sich auf die Formnichtigkeit des Arbeitnehmer-überlassungsvertrags zu berufen. Der Hinweis der Revisionserwiderung auf den in der Kömmentierung von Schüren/Feuerborn (§ 12 Rz. 18) angesprochenen Ausnahmefall, dass nur eine Partei die Formbedürftigkeit des Geschäfts beim Abschluss kennt und in der Absicht handelt, sich dann auf Formnichtigkeit zu berufen, wenn es für sie günstig sei, trifft nicht den festgestellten Sachverhalt. Für ein unredliches Verhalten der Schuldnerin gegenüber der Bekl. besteht keinerlei Anhalt.

#### *II. Wertersatzanspruch der Schuldnerin in Höhe der allgemein üblichen Vergütung gem. §§ 812 I 1 Alt. 1, 818 II BGB*

Die Formnichtigkeit des Arbeitnehmerüberlassungsvertrags hat zur Folge, dass der Verleiher zwar nicht die

vereinbarte Vergütung, aber als Wertausgleich nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung die allgemein übliche Vergütung verlangen kann (§§ 812 I 1 Alt. 1, 818 II BGB). Der Entleiher ist - jedenfalls bei vorliegender Erlaubnis nach § 1 AÜG - um den Verkehrswert der Arbeitnehmerüberlassung einschließlich des Gewinns des Verleiher bereichert, weil der Entleiher eine solche Arbeitnehmerüberlassung regelmäßig nur auf der Grundlage eines mit diesem oder einem anderen Verleiher abzuschließenden formwirksamen Vertrags und damit lediglich gegen Zahlung der vollen Vergütung erreichen kann. Die Höhe dieser vom Entleiher eingesparten Aufwendungen bestimmt den Umfang seiner Bereicherung (BGH, NJW 1984, 1456 = WM 1984, 435 [437]; NJW 2000, 1557 = WM 2000, 785 [786]; Schüren/Feuerborn, § 12 Rz. 21). Hiervon geht das BerGer. zutreffend aus.

### III. Kein Abzug der seitens der Bekl. abgeführten Sozialversicherungsbeiträge

Zu Unrecht hat das BerGer. jedoch gemeint, die auf Seiten der Schuldnerin nicht abgeführten und auch von der Bekl. vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht ausgeglichenen Sozialversicherungsbeiträge als Passivposten berücksichtigen zu können. Dabei kommt es nicht darauf an, ob die Bekl. im Hinblick auf die Unwirksamkeit des Arbeitnehmerüberlassungsvertrags überhaupt verpflichtet ist, den Gesamtsozialversicherungsbeitrag für die von ihr in Anspruch genommenen Arbeitnehmer an die AOK zu zahlen.

#### 1. Rechtslage bei fehlender Pflicht der Bekl. zur Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen

Grundsätzlich ist der Verleiher der alleinige Arbeitgeber des Leiharbeitnehmers (vgl. § 1 I 1 AÜG), so dass ihn die sozialversicherungsrechtlichen Pflichten des Arbeitgebers treffen (§ 28 e I 1 SGB IV; vgl. Schaub, ArbeitsR-Hdb., 10. Aufl., § 120 Rz. 76).

#### a. Verpflichtung des Entleihers gem. § 28 e I 1 SGB IV bei fehlender Erlaubnis des Verleiher, § 10 I 1 i. V. m. §§ 9 Nr. 1, 1 I 1 AÜG

Etwas anderes gilt nach § 10 I 1 AÜG nur, wenn der Vertrag zwischen dem Verleiher und einem Leiharbeitnehmer nach § 9 Nr. 1 AÜG unwirksam ist, weil der Verleiher nicht die nach § 1 AÜG erforderliche Erlaubnis besitzt. In diesem Ausnahmefall wird der Entleiher kraft gesetzlicher Anordnung Arbeitgeber des Leiharbeitnehmers mit allen gesetzlichen Rechten und Pflichten (vgl. BSGE 56, 287 [288] = NZA 1985, 263 = ZIP 1985, 111 [112]). Er hat daher gem. § 28 e I 1 SGB IV den Gesamtsozialversicherungsbeitrag (§ 28 d SGB IV) für den unerlaubt überlassenen Arbeitnehmer zu zahlen (vgl. BSGE 56, 287 [288] = NZA 1985, 263 = ZIP 1985, 111 [112]; Boemke, § 10 Rz. 62), gegebenenfalls als Gesamtschuldner neben dem Verleiher, der das Arbeitsentgelt an den Leiharbeitnehmer

entrichtet hat (§ 28 e II 3 und 4 SGB IV). Im Streitfall hat das BerGer. unbeanstandet festgestellt, dass die Schuldnerin über die erforderliche Erlaubnis verfügte. Die bekl. Entleiherin trifft daher nicht die Haftung als Arbeitgeberin aus § 28 e I 1 SGB IV.

#### b. Selbstschuldnerische Bürgenhaftung des Entleihers gem. § 28 e II 1 SGB IV

Ist der Arbeitnehmer dem Entleiher gegen Vergütung überlassen worden und ist der Arbeitnehmerüberlassungsvertrag wirksam, haftet der Entleiher gem. § 28 e II 1 SGB IV wie ein selbstschuldnerischer Bürge für die Erfüllung der Zahlungspflicht des Arbeitgebers (vgl. Marschall, in: Münchener Hdb. z. ArbeitsR II, § 175 Rz. 79). Damit wird für die Beiträge zur Sozialversicherung die ausschließliche arbeitsrechtliche Zuordnung des Leiharbeitnehmers zum Verleiher durchbrochen (vgl. Düwell, in: Kasseler Hdb. z. ArbeitsR II, Abschn. 4.5 Rz. 452; Marschall, in: Münchener Hdb. z. ArbeitsR II, § 175 Rz. 73 ff.). Ein solcher Fall ist hier bei wortlautgemäßer Auslegung der Bestimmung ebenfalls nicht gegeben, weil zwischen der Schuldnerin und der Bekl. ein Arbeitnehmerüberlassungsvertrag wirksam nicht zu Stande gekommen ist.

Demgegenüber könnten Entstehungsgeschichte, Systematik und Sinn und Zweck der Regelung dafür sprechen, die Bürgenhaftung nach § 28 e II 1 SGB IV über den Wortlaut der Vorschrift hinaus auf Arbeitnehmerüberlassungsverträge zu erstrecken, die aus anderen Gründen als wegen eines Verstoßes gegen § 9 Nr. 1 AÜG unwirksam sind. Die Bestimmung wäre dann - berichtigend - in der Weise zu lesen, dass der Entleiher unter den weiter genannten Voraussetzungen für die Erfüllung der Zahlungspflicht bei einem nicht nach § 9 Nr. 1 AÜG unwirksamen Vertrag haftet.

#### aa. Historische Auslegung und Interessen des Entleihers sprechen gegen erweiternde Auslegung

Der Wortlaut der Vorgängerregelung in § 393 III RVO knüpfte die Bürgenhaftung nicht ausdrücklich an einen wirksamen Arbeitnehmerüberlassungsvertrag, sondern durch Bezugnahme auf § 317a I 1 RVO daran, dass der Arbeitnehmer von einem anderen Arbeitgeber gegen Vergütung einem anderen (Entleiher) zur Arbeitsleistung überlassen worden ist. Sie ist durch Art. 3 § 1 Nr. 2 des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes vom 07.08.1972 (BGBl I, 1393) in die Reichsversicherungsordnung eingefügt worden. Durch dasselbe Gesetz (Art. 1 § 12 II) ist die Wirksamkeit des Arbeitnehmerüberlassungsvertrags an die Schriftform geknüpft worden. Diese soll in erster Linie dem Schutz des Entleihers dienen (vgl. BT-Dr 6/2303, S. 15). Mit der Einführung der Haftung des Entleihers sollte der arbeits- und sozialversicherungsrechtliche Schutz des Leiharbeitnehmers ausgebaut werden; zugleich wurde aber auch betont, dass dem Entleiher - bei ordnungsgemäßer Abwicklung - keine finanziellen Belastungen

entstehen (vgl. BT-Dr 6/2303, S. 10). Diese Aussage trafe nicht zu, wenn der Entleiher, der zu dem Verleiher in keinem wirksamen Vertragsverhältnis steht, weil die gesetzliche, seinen Schutz bezweckende Form nicht eingehalten worden ist oder sogar Einigungsmängel oder sonstige Willensmängel vorliegen, gleichwohl für den Gesamtsozialversicherungsbeitrag haftete. Ein solches Verständnis der Ausgestaltung der Bürgenhaftung bei der legalen Arbeitnehmerüberlassung, die von dem Gesetzgeber nicht mit Sanktionen belegt worden ist, könnte dem beabsichtigten gerechten Interessenausgleich widersprechen (vgl. BT-Dr 6/2303, S. 13 f).

*bb. Interessen der Sozialversicherungsträger sprechen für erweiternde Auslegung*

Andererseits haben weder die bei dem Verleiher beschäftigten Arbeitnehmer noch die durch § 10 I AÜG i. V m. § 28 e III 3 und 4 SGB IV sowie durch § 28 e II 1 SGB IV geschützten Sozialkassen Einfluss darauf, ob der Verleihvertrag bei Vorliegen der Erlaubnis wirksam zu Stande kommt. Das liegt allein in der Sphäre der Vertragsparteien. Dieser Umstand könnte dafür sprechen, das Insolvenzrisiko für die Entrichtung der Sozialversicherungsbeiträge nicht den Sozialkassen, sondern dem Entleiher zuzuweisen, der in Kenntnis der drohenden Bürgenhaftung aus § 28 e II 1 SGB IV mit dem Verleiher in Vertragsverhandlungen eingetreten ist und dessen Arbeitnehmer gegen Vergütung in Anspruch genommen hat (vgl. Franßen/Haesen, AÜG 1974, Art. 3 § 1 Rz. 4; Sandmann/Marschall, AÜG, Stand: 1991, § 12 Anm. 2, unter Bezugnahme auf SG Dortmund, Urt. v. 07.10.1977 - S 8 [14] Kr 17/76). Durch die Einordnung der Vorschriften über den Einzug des Sozialversicherungsbeitrags in das SGB IV durch Gesetz vom 20.12.1988 (BGBl I, 2330) sollte - wie die Gesetzesbegründung hervorhebt - gegenüber dem bisherigen Recht keine Änderung der geltenden Rechtslage eintreten (vgl. BT-Dr 11/2221, S. 22).

*cc. Rechtsfolgen bei im Ergebnis enger Auslegung des § 28 e II 1 SGB IV*

Bei wortlautgemäßer Anwendung des § 28 e II 1 SGB IV ist die Klage in voller Höhe begründet. Dann bewirkte die rechtsgrundlose Leistung zur Erfüllung der vermeintlichen Verpflichtung aus § 28 e II 1 SGB IV zwar einen Vermögensabfluss. Diesem steht jedoch ein entsprechender Bereicherungsanspruch der Bekl. gegen den Leistungsempfänger aus § 812 I 1 Alt. 1 BGB gegenüber. Der Bestand ihres Vermögens hat sich deshalb mit den Zahlungen nach Insolvenzeröffnung nicht verändert. Die Bekl. hat ihre Aufwendungen auch nicht im vorrangigen Interesse oder im Risikobereich der Schuldnerin oder der Insolvenzgläubiger getätigt (vgl. BGHZ 116, 251 [256 f.] = NJW 1992, 1037; s. ferner BGHZ 145, 52 [56] = NJW 2000, 3064). Wer sich irrig für zahlungspflichtig hält, handelt vielmehr im eigenen Risikobereich und im eigen-

nen wirtschaftlichen Interesse, wenn er an den vermeintlichen Gläubiger Leistungen erbringt. Diese Zahlungen können daher dem Bereicherungsgläubiger gegenüber nicht in Ansatz gebracht werden.

*2. Rechtslage bei Haftung der Bekl. für die Abführung der Sozialversicherungsbeiträge*

Kein anderes Ergebnis ergibt sich, wenn die Bekl. für die Abführung der Sozialversicherungsbeiträge aus § 28 e II 1 SGB IV (oder einer anderen Vorschrift) haftet und deshalb mit Rechtsgrund gezahlt hat. Deshalb braucht der Senat über die sozialversicherungsrechtliche Auslegungsfrage nicht zu entscheiden.

*a. Bereicherungsrechtliche Rückabwicklung unter Beachtung der Saldotheorie außerhalb der Insolvenz*

Wäre über das Vermögen der Schuldnerin das Insolvenzverfahren nicht eröffnet worden, kämen die Grundsätze der "Saldotheorie" zur Anwendung. Danach besteht zwischen den Parteien eines gescheiterten Austauschvertrags ein umfassendes Abwicklungsschuldverhältnis, in dem die beiderseitigen Leistungen zu verrechnen sind. Demzufolge wäre durch Vergleich der infolge des Bereicherungsvorgangs verursachten Vor- und Nachteile zu ermitteln, für welchen Beteiligten sich ein Überschuss ergibt; dieser Vertragsteil wäre dann Gläubiger eines einheitlichen, von vornherein durch Abzug des ihm zugeflossenen Vorteils beschränkten Anspruchs (vgl. BGHZ 116, 251 [256] = NJW 1992, 1037; BGHZ 145, 52 [55] = NJW 2000, 3064; BGHZ 149, 326 [333 f.] = NJW 2002, 1050 = NZI 2002, 150). So ist der Kl. bezogen auf den Saldozustand bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens am 01.10.2000 verfahren, indem er bei der Berechnung der Klageforderung die an die Schuldnerin und die Einzugsstelle bis dahin erbrachten Zahlungen in Abzug gebracht hat. Diese sind nicht Gegenstand des Revisionsverfahrens.

*b. Einschränkung der Saldotheorie in der Insolvenz des Bereicherungsgläubigers*

In der Insolvenz gelten die Grundsätze der Saldotheorie jedoch nur in abgewandelter Form. Ein nichtiger Vertrag kann in der Insolvenz eines Vertragspartners jedenfalls keine stärkeren Wirkungen äußern als ein rechtsgültiger Vertrag. Denn allgemein sieht das Insolvenzrecht keine Verstärkung für Rückabwicklungsansprüche aus nichtigen Rechtsgeschäften aus der Zeit vor Insolvenzeröffnung vor; diese werden vielmehr nicht besonders geregelt (BGHZ 149, 326 [334]). Die Saldotheorie bietet deshalb keine Grundlage dafür, Forderungen, die ohne eine Saldierungsmöglichkeit Insolvenzforderungen wären, zu "verdinglichen" oder gar zu Masseforderungen zu erheben.

Im Streitfall hätte die Bekl., wäre der Arbeitnehmerüberlassungsvertrag wirksam, kein insolvenzfestes Leistungsverweigerungsrecht (§ 51 Nrn. 2 und 3 InsO)

und auch keine insolvenzbeständige Aufrechnungs- oder Verrechnungsposition (§§ 94 bis 96 InsO) erworben. Die zu Grunde liegenden Rechtsgedanken gelten auch im Rahmen der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung. Jedenfalls insoweit wird die Saldotheorie eingeschränkt. Deshalb mindert sich der Bereicherungsanspruch der Masse nicht um die von der Bekl. geltend gemachten Abzugsposten.

*aa. Keine (entsprechende) Anwendbarkeit von §§ 103, 105 InsO i. V. m. § 320 BGB*

Für eine Berücksichtigung der vom BerGer. herangezogenen §§ 103, 105 InsO i. V. m. § 320 BGB ist von vornherein kein Raum. Deshalb können aus diesen Vorschriften gegebenenfalls abzuleitende allgemeine Rechtsgedanken die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung auch nicht mittelbar beeinflussen. Unmittelbar sind die §§ 320 ff. BGB auf die Rückabwicklung nichtiger Verträge ohnehin nicht anwendbar (vgl. BGHZ 150, 138 [144]).

Die Entgeltspflicht der Bekl. und die Pflicht der Schuldnerin, den Gesamtsozialversicherungsbeitrag an die Einzugsstelle zu zahlen, stehen nicht in einem synallagmatischen Verhältnis. Synallagmatische beiderseitige vertragliche Hauptleistungspflichten zeichnen sich dadurch aus, dass beide Leistungspflichten nach dem Willen der Vertragsschließenden gegenseitig voneinander abhängen sollen (Emmerich, in: MünchKomm, 4. Aufl., Vorb. § 320 Rz. 4). Bei einem wirksamen Arbeitnehmerüberlassungsvertrag stehen regelmäßig die Überlassung der Arbeitnehmer und das hierfür zu entrichtende Entgelt in einem synallagmatischen Austauschverhältnis. Dagegen verspricht der Entleiher das vereinbarte Entgelt nicht als Gegenleistung dafür, dass der Verleiher seinen gesetzlichen Pflichten als Arbeitgeber (§ 1 I 1 AÜG) nachkommt. Zwar wird er in der Regel davon ausgehen, dass seine Zahlungen den Verleiher in die Lage versetzen, die Löhne zu zahlen und die Lohnnebenkosten an die Einzugsstelle abzuführen. Die Erfüllung dieser Ansprüche mag auch als Nebenpflicht dem Entleiher gegenüber geschuldet sein, weil anderenfalls die ordnungsgemäße Abwicklung des Arbeitnehmerüberlassungsvertrags gefährdet wäre. In welcher Weise der Arbeitgeber diesen Verpflichtungen nachkommt, ist jedoch weder durch das Gesetz noch durch den Arbeitnehmerüberlassungsvertrag vorgegeben. Der Entleiher hat insbesondere keinen Anspruch auf eine bestimmte Verwendung eines Teil des Entgelts gerade zur Erfüllung der gesetzlichen Arbeitgeberpflichten aus § 28 e I 1 SGB IV. Geriete der Arbeitgeber mit der Abführung des Gesamtsozialversicherungsbeitrags in Rückstand, kann dies nur Zurückbehaltungsrechte nach § 273 BGB und nicht nach § 320 BGB auslösen.

Entgegen der Auffassung der Revision kann dem Senatsurteil vom 07.03.2002 (NJW 2002, 1788 = ZIP 2002, 840 [842]) nichts anderes entnommen werden.

Dort hat der Senat die Vereinbarung von Ratenzahlungen gegen Rücknahme des Antrags auf Abgabe der eidesstattlichen Versicherung in einem Vergleich als Verpflichtungen bezeichnet, die in einem synallagmatischen Verhältnis zueinander stehen, auf welches § 320 BGB anzuwenden sei. Dies entsprach dem in dem Vertrag zum Ausdruck gekommenen beiderseitigen Willen. Die Entscheidung verhält sich jedoch nicht zu der hier entscheidenden Frage, unter welchen Voraussetzungen allgemein weitere Vertragspflichten in das synallagmatische Verhältnis einzubeziehen sind.

*bb. Keine Privilegierung des § 273 BGB in der Insolvenz des Gläubigers*

Ein allein auf § 273 I BGB gestütztes Zurückbehaltungsrecht hat zu Gunsten bloßer Insolvenzgläubiger innerhalb der Insolvenz keine Wirkung (vgl. BGHZ 150, 138 [145] = NJW 2002, 2313 = NZI 2002, 380). Im Falle der Wirksamkeit des Arbeitnehmerüberlassungsvertrags hätte der Bekl. nur ein solches Zurückbehaltungsrecht zugestanden. Dies folgt aus § 51 Nrn. 2 und 3 InsO. Nach diesen Bestimmungen sind nur einzelne, bestimmte Zurückbehaltungsrechte insolvenzfest. Dazu rechnen insbesondere Zurückbehaltungsrechte wegen wertbeständiger Verwendungen auf eine Sache der Insolvenzmasse (§ 51 Nr. 2 InsO) sowie kaufmännische Zurückbehaltungsrechte (§ 51 Nr. 3 InsO), die nach § 371 II HGB ein pfandrechtsähnliches Selbstverwertungsrecht verleihen (vgl. BGHZ 150, 138 [145]). Das durch den formungültigen Arbeitnehmerüberlassungsvertrag näher ausgestaltete Zurückbehaltungsrecht an Teilen des vereinbarten Entgelts kam weder der Insolvenzmasse zugute, noch entfaltete es eine Drittwirkung, die das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht kennzeichnet (vgl. § 369 II HGB). Es wirkte nur zwischen den Vertragsparteien. Die vereinbarte Zahlungsweise stellt deshalb lediglich ein Zwangsmittel zur Durchsetzung einer rein persönlichen Gegenforderung dar, das in der Insolvenz über die Grenzen des § 51 InsO hinaus nicht zugelassen werden kann, weil es in Widerspruch zu dem Grundsatz der gleichmäßigen Befriedigung aller Gläubiger stünde (BGHZ 150, 138 [145]).

*cc. Keine Aufrechnungsmöglichkeit im Falle der Wirksamkeit des Arbeitnehmerüberlassungsvertrags*

Schließlich ist es nicht gerechtfertigt, auf der Grundlage der Saldotheorie zu Lasten der Insolvenzmasse Abzugsposten anzuerkennen, die im Falle eines wirksamen Vertrags dem Erfüllungsanspruch nicht mit dem Aufrechnungs- oder Verrechnungseinwand entgegengesetzt werden könnten.

*aaa. Keine Aufrechnungsmöglichkeit der Bekl. im Falle ihrer Bürgenhaftung entsprechend § 28 e II 1 SGB IV bezüglich noch ausstehender Beiträge*

Mit dem Freistellungsanspruch des Bürgen gem. § 775

I Nr. 1 BGB gegen den Hauptschuldner, dessen Vermögensverhältnisse sich wesentlich verschlechtert haben, kann gegen einen Zahlungsanspruch des Hauptschuldners nicht aufgerechnet werden, weil es an der Gleichartigkeit beider Ansprüche fehlt. Für eine vorzeitige "Umwandlung" des Befreiungs- in einen Zahlungsanspruch hat der Senat nach der Interessenlage kein Bedürfnis gesehen, weil der Bürge, der gegen eine fällige Forderung des Hauptschuldners aufrechnen will, sich den dafür erforderlichen Zahlungsanspruch gem. § 774 BGB durch Leistung an den (Bürgschafts-)Gläubiger verschaffen kann (BGHZ 140, 270 [273 f.] = NJW 1999, 1182 = NZI 1999, 148). Daran ist festzuhalten.

Deshalb könnte die Bekl. im Falle eines wirksamen Arbeitnehmerüberlassungsvertrags insoweit nicht aufrechnen, als sie die Ansprüche auf den Gesamtsozialversicherungsbeitrag noch nicht ausgeglichen hat. Dann steht ihr in dieser Höhe auch nach Bereicherungsrecht kein Abzugsposten zu.

*bbb. Ausschluss der Aufrechnung gem. § 95 I, 3 InsO bezüglich bereits abgeführter Beiträge*

Den größeren Teil des Einbehalts rechtfertigt die Bekl. mit Zahlungen, die sie nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens auf die Bürgschaft erbracht hat. Wäre der Arbeitnehmerüberlassungsvertrag wirksam geschlossen worden, wäre die Aufrechnung gegen den Anspruch auf das restliche Entgelt nach § 95 I 1 und 3 InsO ausgeschlossen, weil die Forderung der Masse (Hauptforderung) unbeding und fällig geworden ist, bevor die Aufrechnung erfolgen konnte (vgl. BGH, NJW-RR 2004, 1561 = NZI 2004, 583 = ZIP 2004, 1608 [1609], z. Veröff. in BGHZ vorgesehen).

Die Bekl. hat die Zahlungen unstreitig nach Rechnungsstellung durch die Schuldnerin teils direkt an die AOK abgeführt, teils erst nach Zahlungsaufforderung durch die Ersatzkassen ab April 2001. Das Entgelt für die Arbeitnehmerüberlassung war indes schon früher, nämlich mit Zugang der jeweiligen Rechnung (vgl. Abs. 4 Nr. 2 der zu Grunde liegenden AGB), fällig. Damit ist der Rückgriffsanspruch der Bekl. gegen die

Schuldnerin erst nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens und erst unbeding und somit aufrechenbar i. S. v. § 387 BGB entstanden, nachdem die Hauptforderung unbeding und fällig wurde. Dies schließt die Aufrechnung aus.

*c. Kein Erhalt der Saldierungsmöglichkeit aus Billigkeitsgründen i. S. v. § 242 BGB*

Auch Gründe der Billigkeit (§ 242 BGB) gebieten es nicht, dem vermeintlichen Entleiher die (teilweise) unentgeltliche Inanspruchnahme der Arbeitnehmer auf Kosten der anderen Insolvenzgläubiger zu erhalten. Soweit er durch die Bürgenhaftung zusätzlich belastet wird, beruht dies auf der in § 28 e II SGB IV getroffenen gesetzgeberischen Entscheidung, das Insolvenzrisiko für den Gesamtsozialversicherungsbeitrag in Fällen der entgeltlichen Arbeitnehmerüberlassung auf den Entleiher zu verlagern, indem dieser in der Insolvenz regelmäßig darauf verwiesen wird, den Regressanspruch als Insolvenzforderung geltend zu machen. Im Streitfall hat sich dieses Bürgenrisiko verwirklicht. Demgegenüber kann sich die Bekl. auch nicht mit Erfolg auf das Senatsurteil vom 15.12.1994 (NJW 1995, 1484 = WM 1995, 352 [354]) berufen. Wie in der Entscheidung vom 07.03.2002 (BGHZ 150, 138 [147] = NJW 2002, 2313 = NZI 2002, 380) bereits hervorgehoben wird, hat der Senat dort zwar einer Bereicherungseinrede (§§ 812 II, 813 I 1, 821 BGB) Wirkung gegenüber der Konkursmasse zuerkannt. Die Entscheidung betrifft jedoch eine besonders gelagerte Fallgestaltung, in der sich die Abwehr einer ohne Rechtsgrund entstandenen Forderung auf den Wert der Konkursmasse nicht auswirkte, weil eine Forderung, der eine dauernde Einrede entgegensteht, von vornherein wertlos ist. Die dort entwickelten Grundsätze lassen sich auf den Streitfall nicht übertragen. Die Bekl. will sich durch die Anwendung der Saldotheorie im Insolvenzverfahren wirtschaftlich so behandeln lassen, als wenn sie wegen der auf die Bürgschaft erbrachten Zahlungen Masseansprüche erworben hätte. Das ist in der Insolvenz des Hauptschuldners nicht zulässig.

## Strafrecht

### Standort: § 239 StGB

### Problem: Freiheitsberaubung "auf andere Weise"

BGH, URTEIL VOM 20.01.2005  
4 STR 366/04 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

#### **Problemdarstellung:**

Der Angeklagte hatte sich angeboten, einige Personen, die er in einer Gaststätte kennengelernt hatte, zu einer Sammeltaxi-Haltestelle zu fahren. Nachdem diese in seinen Pkw eingestiegen waren, fuhr der Angeklagte in halsbrecherischen Tempo, während seine verängstigten Fahrgäste darum baten, aussteigen zu können. Schließlich kam es aufgrund der unvorsichtigen Fahrweise des Angeklagten zu einem Unfall, bei dem drei der vier Beifahrer starben. Das Landgericht Kassel hatte den Angeklagten deshalb wegen fahrlässiger Tötung (§ 222 StGB) und Gefährdung des Straßenverkehrs (§ 315 c StGB) verurteilt. Eine Verurteilung wegen Freiheitsberaubung mit Todesfolge (§ 239 I, IV StGB) hatte es abgelehnt, da das Verhalten des Angeklagten keine Freiheitsberaubung im Sinne von § 239 I StGB darstelle. Der BGH hat dieses Urteil auf, da zumindest der objektive Tatbestand der Freiheitsberaubung verwirklicht sei.

#### **Prüfungsrelevanz:**

Der Tatbestand der Freiheitsberaubung (§ 239 StGB) ist in allen Bundesländern Pflichtstoff. Wenn er auch nur selten Schwerpunkt von Examensaufgaben ist, so wird er doch gerne bei neuen interessanten Entscheidungen (wie der vorliegenden) aufgegriffen.

Der Tatbestand des § 239 I StGB unterscheidet zwischen zwei Begehungsvarianten: "Einsperren" und Freiheitsberaubung "auf andere Weise".

Ein Einsperren, das nur ein hervorgehobenes Beispiel für die Freiheitsberaubung darstellt (Lackner/Kühl, § 239 Rn. 3), liegt vor, wenn der Täter das Opfer durch äußere Vorrichtungen am Verlassen eines Raumes hindert (Tröndle/Fischer, § 239 Rn. 7). Ein solches vermochte der BGH im vorliegenden Fall - ebenso wie das LG - nicht zu bejahen, da sich nicht feststellen ließ, ob der Angeklagte die Beifahrer durch Aktivieren der Türverriegelung tatsächlich am Verlassen des Autos gehindert hatte (was ein Einsperren dargestellt hätte).

An die Freiheitsberaubung "auf andere Weise" werden keine speziellen Anforderungen gestellt. Eine solche kann durch jede Handlung bewirkt werden, durch die die Fortbewegungsfreiheit des Opfers aufgehoben wird

(Tröndle/Fischer, § 239 Rn. 8). Dies kann, was die Rechtsprechung in der Vergangenheit auch bereits mehrfach festgestellt hat (vgl. BGH, NStZ 1992, 34), - wie im vorliegenden Fall - auch dadurch geschehen, dass der Täter das Opfer durch schnelles Fahren am Verlassen eines Fahrzeugs hindert.

Eine Besonderheit im vorliegenden Falle liegt darin, dass die Opfer ursprünglich freiwillig in den Wagen gestiegen waren. Eine Zustimmung des Opfers beseitigt im Rahmen von § 239 StGB nicht erst die Rechtswidrigkeit, sondern lässt bereits den Tatbestand entfallen (BGH; NJW 1993, 1807; Schönke/Schröder, § 239 Rn. 8), so dass dies zu einer fehlenden Strafbarkeit des Angeklagten nach § 239 StGB führen könnte. Der BGH betont, dass es, sofern bei einer Autofahrt das zunächst gegebene Einverständnis des Opfers in die Tathandlung des § 239 StGB nachträglich wegfallt, für die Annahme einer Strafbarkeit nach § 239 I StGB erforderlich sei, dass das Opfer seinen Wunsch, jetzt doch das Fahrzeug zu verlassen, eindeutig und unmissverständlich zum Ausdruck bringe. Dies vermochte er jedoch im vorliegenden Fall festzustellen.

#### **Vertiefungshinweise:**

Zur Freiheitsberaubung durch Autofahren: RGSt 25, 147; BGH, NStZ 1992, 34; OLG Koblenz, VRS 49, 350;

#### **Kursprogramm:**

Examenskurs: "Der Rembrandt-Liebhaber"  
 Assessorkurs: "Hansen"

#### **Leitsätze (der Redaktion):**

**1. Eine Freiheitsberaubung "auf andere Weise" kann auch durch schnelles Fahren mit einem Fahrzeug, um hierdurch einen Fahrzeuginsassen am Verlassen des Wagens zu hindern, begangen werden. Dabei kommt es für die Erheblichkeit der Tathandlung allerdings nicht allein auf deren Dauer, sondern auch auf das Gewicht der Einwirkung auf das geschützte Rechtsgut an.**

**2. Der Tatbestand der Freiheitsberaubung (§ 239 I StGB) ist in der Begehungsform "auf sonstige Weise" nicht bereits dann erfüllt, wenn ein Fahrzeuginsasse entgegen der ausdrücklichen Aufforderung eines Fahrzeuginsassen, die Fahrweise zu ändern, unverändert gefährdend weiterfährt. Vielmehr**

**muss für die Annahme des Widerrufs eines ursprünglich erteilten Einverständnisses in die Beförderung mit dem Fahrzeug und zur Verwirklichung des Tatbestands der Freiheitsberaubung in einem solchen Fall hinzukommen, dass der Mitfahrer den eindeutigen und unmissverständlichen Wunsch zum Ausdruck bringt, das Fahrzeug unter den gegebenen Umständen verlassen zu wollen.**

**3. Die Freiheitsberaubung "auf andere Weise" kennt hinsichtlich des Tatmittels keine Begrenzung. Es reicht vielmehr jedes Mittel aus, das geeignet ist, einem anderen die Fortbewegungsfreiheit zu nehmen, insbesondere ihm - sei es auch nur vorübergehend - die Möglichkeit zu nehmen, einen Raum zu verlassen.**

#### **Sachverhalt:**

Der damals 20 Jahre und 5 Monate alte Angeklagte begab sich am 21. Dezember 2002 gegen 21.30 Uhr mit dem später getöteten S in eine Gaststätte in Kassel. Dort trafen sie die bei dem späteren Verkehrsunfall ebenfalls zu Tode gekommenen Jugendlichen W und deren Freund H, sowie die Nebenklägerin E. Als die Jugendlichen gegen Mitternacht die Gaststätte verlassen mussten, bot ihnen der Angeklagte an, sie mit seinem Pkw zu einem "Sammeltaxi-Stand" nach Sandershausen zu fahren.

Gegen 0.45 Uhr bestiegen W, H und E, die auf der Rückbank des Fahrzeugs Platz nahmen, sowie S, der sich auf den Beifahrersitz setzte, den auf dem Parkplatz vor der Gaststätte abgestellten viertürigen Pkw VW-Golf des Angeklagten. Mit Ausnahme von E schnallten sich alle

Insassen an. Der Angeklagte wies zu dieser Zeit eine Blutalkoholkonzentration von 2,06 ‰ auf. Er zeigte gleichwohl weder Ausfallerscheinungen noch fühlte er sich angetrunken oder betrunken.

Der Angeklagte fuhr mit seinem Pkw sogleich zügig an, ohne jedoch zunächst die zulässige Höchstgeschwindigkeit von 50 km/h erheblich zu überschreiten. Nach einer Fahrtstrecke von etwa 200 m änderte er jedoch plötzlich seine Fahrweise, indem er das Fahrzeug stark beschleunigte. Die auf dem Rücksitz befindlichen Insassen gerieten wegen des riskanten Fahrstils "in Panik". Sie schrien, ebenso wie kurze Zeit darauf auch S, der die Situation zunächst "lustig" fand, den Angeklagten an und forderten ihn verbal, sowie mittels Kneifens und Anstoßens deutlich und unmissverständlich auf, das Fahrzeug anzuhalten bzw. abzubremsen und langsamer zu fahren. E versuchte überdies, die hintere rechte Fahrzeughälfte zu öffnen, was ihr nicht gelang, obwohl die Tür nicht verriegelt war. Der Angeklagte, der die Aufforderung seiner Mitfahrer verstanden hatte, änderte seine Fahrweise nicht. Er lachte nur, drehte das Radio lauter und äußerte: "Hier kommt niemand mehr raus".

Nach einer weiteren Fahrtstrecke von etwa 500 m hielt

der Angeklagte sein Fahrzeug auf der linken Fahrspur der zweispurig ausgebauten Straße an einer rot zeigenden Lichtzeichenanlage hinter einem Fahrzeug an. Die Strafkammer hat nicht festzustellen vermocht, dass während des Haltens einer der Insassen versuchte, das Fahrzeug zu verlassen. Nachdem die Ampel wieder auf grün geschaltet hatte, fuhr der Angeklagte sogleich wieder sehr zügig an und setzte seine riskante Fahrt fort. Bis zu der noch ca. 1 km entfernt gelegenen späteren Unfallstelle fuhr er mit deutlich überhöhter Geschwindigkeit, fuhr eng auf zwei vorausfahrende Fahrzeuge auf, wechselte zweimal abrupt den Fahrstreifen, um die vorausfahrenden Fahrzeuge zu überholen, wobei er beim zweiten Überholvorgang überdies einen zu geringen Seitenabstand zum überholten Fahrzeug einhielt. Ferner durchfuhr er eine Linkskurve zu schnell, so dass das Heck des Fahrzeugs ausbrach, was er jedoch abfangen konnte. Nach dem zweiten Überholvorgang - nach einer Fahrtstrecke von insgesamt ca. 1,5 bis 2 km seit Fahrtbeginn - geriet das Fahrzeug mit einer Ausgangsgeschwindigkeit von mindestens 85 km/h auf der feuchten Fahrbahn in einer Rechtskurve ins Schleudern, drehte sich um 180 Grad, überfuhr den rechtsseitig angrenzenden Gehweg und prallte mit der Fahrerseite gegen einen Baum. E wurde durch den Aufprall aus dem Fahrzeug geschleudert und erlitt erhebliche Verletzungen, u.a. ein Schädelhirntrauma und eine Oberschenkelfraktur. W, H und S erlitten tödliche Verletzungen und verstarben noch am Unfallort bzw. wenige Stunden später im Krankenhaus. Der Angeklagte, dessen Steuerungsfähigkeit zum Unfallzeitpunkt infolge des genossenen Alkohols erheblich vermindert war, wurde ebenfalls erheblich verletzt.

#### **Aus den Gründen:**

##### *I. Verfahrensgang*

##### *1. Entscheidung des Landgerichts; Rechtsmittel*

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen fahrlässiger Tötung in drei Tateinheitlichen Fällen in Tateinheit mit fahrlässiger Körperverletzung und fahrlässiger Gefährdung des Straßenverkehrs zu einer Jugendstrafe von zwei Jahren verurteilt und deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt. Außerdem hat es dem Angeklagten die Fahrerlaubnis entzogen, seinen Führerschein eingezogen und eine Sperrfrist für die Wiedererteilung der Fahrerlaubnis von drei Jahren und zehn Monaten festgesetzt. Gegen dieses Urteil wenden sich die Staatsanwaltschaft und die Nebenkläger mit ihren Revisionen. Die Staatsanwaltschaft beanstandet mit ihrem zu Ungunsten des Angeklagten eingelegten Rechtsmittel, das vom Generalbundesanwalt vertreten wird, ebenso wie die Nebenkläger die Verletzung sachlichen Rechts; die Nebenkläger S rügen zudem die Verletzung formellen Rechts. Die Beschwerdeführer erstreben in erster Linie eine Verurteilung des Ange-

klagten wegen einer tateinheitlich begangenen Freiheitsberaubung mit Todesfolge nach § 239 Abs. 4 StGB, die Nebenklägerin E eine (tateinheitliche) Verurteilung des Angeklagten nach § 239 Abs. 3 Nr. 2 StGB. Die zulässigen Rechtsmittel haben Erfolg.

## 2. Rechtliche Würdigung des Landgerichts

Von diesen Feststellungen ausgehend hat das Landgericht den Angeklagten wegen fahrlässiger Tötung in drei tateinheitlichen Fällen (§ 222 StGB) in Tateinheit mit fahrlässiger Körperverletzung (§§ 229, 230 Abs. 1 StGB) und fahrlässiger Gefährdung des Straßenverkehrs (§ 315 c Abs. 1 Nr. 1 a, Abs. 3 Nr. 2 StGB) für schuldig befunden. An einer (weiteren) tateinheitlichen Verurteilung des Angeklagten wegen Freiheitsberaubung nach § 239 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 Nr. 2 und Abs. 4 StGB hat es sich indes gehindert gesehen und bereits das Vorliegen des objektiven Tatbestands des § 239 Abs. 1 StGB verneint. Es hat sich zum einen nicht davon zu überzeugen vermocht, dass der Angeklagte seine Mitfahrer einsperrte, indem er das Fahrzeug bei Fahrtantritt oder im Verlaufe der Fahrt verriegelte, um sie am Aussteigen zu hindern. Zum anderen ist es der Auffassung, dass auch eine Freiheitsberaubung "auf andere Weise" nicht vorgelegen habe. Zwar sei der Angeklagte nach Änderung seiner Fahrweise bis zum Ampelhalt gegen den Willen der Mitfahrer riskant weitergefahren. Die Fahrt bis zur Lichtzeichenanlage sei jedoch von so kurzer Dauer gewesen, dass eine Freiheitsberaubung für diesen Streckenabschnitt objektiv nicht in Betracht komme. Das Anhalten vor der Ampel hat die Jugendkammer als Unterbrechung der Fahrt angesehen, da nicht ausgeschlossen werden könne, dass die Insassen an der Ampel die Möglichkeit gehabt hätten, das Fahrzeug zu verlassen, hiervon jedoch keinen Gebrauch gemacht hätten. Die weitere Fahrt sei sodann wieder vom Einverständnis der Mitfahrer gedeckt gewesen, da zu Gunsten des Angeklagten davon auszugehen sei, dass sie ihre Aufforderung, das Fahrzeug anzuhalten oder langsamer zu fahren, nach dem Ampelhalt nicht mehr wiederholt hätten.

## II. Entscheidung des BGH

Die Revisionen der Staatsanwaltschaft und der Nebenkläger haben mit der Sachrüge Erfolg. Die erhobenen Verfahrensrügen genügen bereits nicht den Anforderungen des § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO und sind deshalb unzulässig. Die Begründung, mit welcher die Strafkammer von einer tateinheitlichen Verurteilung des Angeklagten wegen einer (erfolgsqualifizierten) Freiheitsberaubung abgesehen hat, hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

### 1. Zur Beweiswürdigung des Landgerichts bzgl. der Verneinung einer Freiheitsberaubung durch Einsperren

Zwar beruht die Annahme des Landgerichts, der An-

geklagte habe seine Mitfahrer nicht dadurch ihrer Freiheit beraubt, dass er das Fahrzeug entweder bei Fahrtantritt oder später verriegelte und sie gegen ihren Willen im Sinne des § 239 Abs. 1 StGB einsperrte, entgegen der Auffassung der Beschwerdeführer nicht auf einer rechtsfehlerhaften Beweiswürdigung. Die Strafkammer hat vielmehr mit tragfähiger Begründung dargelegt, weshalb sie der Aussage der Nebenklägerin E insoweit nicht gefolgt ist, als diese angegeben hat, der Angeklagte habe noch auf dem Parkplatz unmittelbar nach Besteigen des Fahrzeugs dessen Türen verriegelt und in diesem Zusammenhang schon geäußert: "Hier kommt keiner mehr raus".

Die Aufgabe, sich auf der Grundlage der vorhandenen Beweise eine Überzeugung vom tatsächlichen Geschehen zu verschaffen, obliegt grundsätzlich allein dem Tatrichter. Seine Beweiswürdigung hat das Revisionsgericht regelmäßig hinzunehmen. Es ist ihm verwehrt, sie durch eine eigene zu ersetzen oder sie etwa nur deshalb zu beanstanden, weil aus seiner Sicht eine andere Beurteilung näher gelegen hätte. Kann der Tatrichter vorhandene, wenn auch nur geringe Zweifel nicht überwinden, so kann das Gericht diese Entscheidung nur im Hinblick auf Rechtsfehler überprüfen (st. Rspr.; vgl. nur BGHR StPO § 261 Überzeugungsbildung 33). Ein solcher liegt nur dann vor, wenn die Beweiswürdigung widersprüchlich, unklar oder lückenhaft ist oder gegen Denkgesetze oder gesicherte Erfahrungssätze verstößt; ferner wenn das Gericht an die zur Verurteilung erforderliche Gewissheit überspannte Anforderungen stellt.

Einen derartigen Rechtsfehler weist das angefochtene Urteil bei der Würdigung der Aussage der Nebenklägerin E nicht auf. Vielmehr stellt die Strafkammer - insoweit der Aussage der Nebenklägerin folgend - zu Recht darauf ab, dass bereits das arglose Verhalten von W und H,

die sich unmittelbar vor Änderung der Fahrweise des Angeklagten noch küssten, gegen das Vorliegen einer bedrohlichen Situation bereits bei Fahrtantritt spricht. Wenn die Strafkammer hieraus folgert, dass der Angeklagte die festgestellte Äußerung erst tätigte bzw. die Nebenklägerin die Fahrzeughüter erst zu öffnen versuchte, nachdem die Fahrweise des Angeklagten hierfür Anlass gegeben hatte, ist dagegen aus Rechtsgründen nichts zu erinnern.

Hiervon ausgehend begegnen auch die Zweifel der Strafkammer an der Aussage der Nebenklägerin E, das Fahrzeug sei verriegelt und deswegen ein Aussteigen für die Mitfahrer unmöglich gewesen, keinen durchgreifenden rechtlichen Bedenken. Hinzu kommt, dass die Beweisaufnahme keine objektiven Hinweise für eine Verriegelung des Fahrzeugs ergeben hat. Die Schlussfolgerung des Landgerichts, die Nebenklägerin sei nicht ausschließbar aufgrund der eingeschränkten Bewegungsfreiheit im Fahrzeug, ihrer "Panik" nach Änderung der Fahrweise durch den Angeklagten und



ihrer alkoholischen Beeinflussung lediglich nicht in der Lage gewesen, die - unverschlossene - Fahrzeugtüre zu öffnen, ist jedenfalls möglich und deshalb vom Revisionsgericht hinzunehmen.

## 2. Zum Vorliegen einer Freiheitsberaubung "auf andere Weise"

Das Landgericht hat jedoch auf der Grundlage der auch im übrigen beanstandungsfrei getroffenen Feststellungen aufgrund eines verfehlten rechtlichen Ansatzes zu Unrecht das Vorliegen der objektiven Tatbestandsvoraussetzungen einer Freiheitsberaubung in der zweiten Begehungsform des § 239 Abs. 1 StGB ("auf andere Weise") verneint.

Das Landgericht hat nicht verkannt, dass der Tatbestand der Freiheitsberaubung hier auch dadurch verwirklicht worden sein kann, dass der Angeklagte seine Mitfahrer "auf andere Weise" des Gebrauchs der persönlichen Freiheit beraubt hat. Diese Tatbestandsalternative kennt hinsichtlich des Tatmittels keine Begrenzung. Es reicht vielmehr jedes Mittel aus, das geeignet ist, einem anderen die Fortbewegungsfreiheit zu nehmen, insbesondere ihm, sei es auch nur vorübergehend, die Möglichkeit zu nehmen, einen Raum zu verlassen (vgl. BGH, Urteil vom 15. Mai 1975 - 4 StR 147/75; BGHR StGB § 239 Abs. 1 Freiheitsberaubung 2; Wieck-Noodt in MünchKomm StGB § 239 Rdn. 21 und 22).

In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass eine Freiheitsberaubung "auf andere Weise" auch durch schnelles Fahren mit einem Fahrzeug begangen werden kann, um hierdurch einen Fahrzeuginsassen am Verlassen des Wagens zu hindern (vgl. BGH NStZ 1992, 33, 34; RGSt 25, 147, 148; OLG Koblenz VRS 49, 347, 350). Dabei kommt es für die Erheblichkeit der Tathandlung allerdings nicht - wie das Landgericht meint - allein auf deren Dauer, sondern auch auf das Gewicht der Einwirkung auf das geschützte Rechtsgut an (vgl. BGHSt 14, 314, 315; RGSt 2, 292, 297; RGSt 7, 259, 260, 261).

Der Senat vermag im übrigen dem rechtlichen Ansatz des Landgerichts, infolge des Halts an der Ampel sei eine Zäsur eingetreten mit der Folge, dass die Weiterfahrt (wieder) von dem - den Tatbestand ausschließenden - Einverständnis der Mitfahrer gedeckt gewesen sei, nicht zu folgen. Nach den getroffenen Feststellungen ist vielmehr davon auszugehen, dass die Geschädigten ihre bei Fahrtantritt zunächst uneingeschränkt erteilte Einwilligung in die (weitere) Beförderung mit dem Fahrzeug des Angeklagten unmissverständlich und endgültig widerriefen, als der Angeklagte plötzlich seine Fahrweise änderte und hierdurch seine Mitfahrer erheblich gefährdete. Dieser Widerruf wurde nicht dadurch beseitigt, dass der Angeklagte kurzfristig verkehrsbedingt an der Lichtzeichenanlage anhielt, da er danach entgegen dem zuvor geäußerten Willen seiner Mitfahrer seine gefährdende Fahrweise unver-

ändert fortsetzte.

Zwar ist der Tatbestand der Freiheitsberaubung nach § 239 Abs. 1 StGB in der Begehungsform "auf sonstige Weise" nicht bereits dann erfüllt, wenn ein Fahrzeugführer entgegen der ausdrücklichen Aufforderung eines Fahrzeuginsassen, die Fahrweise zu ändern, unverändert gefährdend weiterfährt. Vielmehr muss für die Annahme des Widerrufs eines ursprünglich erteilten Einverständnisses in die Beförderung mit dem Fahrzeug und zur Verwirklichung des Tatbestands der Freiheitsberaubung in einem solchen Fall hinzukommen, dass der Mitfahrer den eindeutigen und unmissverständlichen Wunsch zum Ausdruck bringt, das Fahrzeug unter den gegebenen Umständen verlassen zu wollen.

So liegt der Fall hier. Die Geschädigten haben sich nicht nur darauf beschränkt, den Angeklagten zu angepasstem Fahrverhalten anzuhalten. Sie haben vielmehr nach den Feststellungen eindeutig und unmissverständlich erklärt, mit der Weiterfahrt nicht einverstanden zu sein, sollte der Angeklagte, wie geschehen, nicht bereit sein, sein Fahrverhalten zu ändern. Ein lediglich kurzfristiges, verkehrsbedingt angepasstes Fahrverhalten, etwa eine kurzzeitige Einhaltung einer angemessenen Geschwindigkeit oder - wie hier - ein kurzfristiger Halt an einer Lichtzeichenanlage, vermögen im Rahmen einer fortdauernden Gefährdungsfahrt keine Zäsur dergestalt zu begründen, dass hierdurch ein zuvor erfolgter Widerruf des Einverständnisses in eine weitere Beförderung beseitigt und - konkludent - in die weitere Beförderung wieder eingewilligt wird.

Anders mag es sich allerdings dann verhalten, wenn der Fahrzeugführer den Insassen ihrer Aufforderung gemäß durch ein Anhalten ein Aussteigen ermöglicht, diese von der Gelegenheit jedoch keinen Gebrauch machen. Ein solcher Fall liegt bei dem festgestellten, lediglich verkehrsbedingt veranlassten kurzen Halt jedenfalls nicht vor, zumal ein Aussteigen für die Mitfahrer nur unter erheblicher Eigengefährdung hätte stattfinden können.

## 3. Zur Möglichkeit eines Strafbarkeit gem. § 239 III Nr. 2, IV StGB; Aufhebung und Zurückverweisung

Mithin sind auf der Grundlage der getroffenen Feststellungen objektiv die Voraussetzungen einer Freiheitsberaubung nach § 239 Abs. 1 StGB gegeben mit der Folge, dass auch eine Verurteilung des Angeklagten wegen einer (tateinheitlich begangenen) erfolgsqualifizierten Freiheitsberaubung gemäß § 239 Abs. 3 Nr. 2 und Abs. 4 StGB in Betracht kommen kann. Eine Änderung des Schuldspruchs durch den Senat kann nicht erfolgen, da sich das Landgericht mit den subjektiven Tatbestandsvoraussetzungen nicht auseinandergesetzt hat.

Wegen der tateinheitlichen Verwirklichung der Delikte ist das Urteil insgesamt aufzuheben mit der Folge, dass auch der Anordnung der Maßregel nach §§ 69, 69 a

StGB die Grundlage entzogen ist. Jedoch können die Feststellungen zum objektiven Unfallgeschehen, die von dem Rechtsfehler nicht berührt sind, aufrechterhalten werden. Ergänzende Feststellungen können insoweit getroffen werden, sofern sie den bisherigen nicht widersprechen.

Der neue Tatrichter wird Gelegenheit haben, die Einlassung des Angeklagten zu den Tatvorwürfen insgesamt mitzuteilen. Der Generalbundesanwalt weist in seiner Antragschrift zu Recht darauf hin, dass die nur teilweise Wiedergabe der Einlassung im Urteil rechtlichen Bedenken begegnet.

## Standort: StPO

## Problem: Rechtsmittelverzicht und Absprachen

BGH, BESCHLUSS VOM 03.03.2005  
GSST 1/04 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

### **Problemdarstellung:**

Dem 3. Strafsenat des BGH liegen zwei Verfahren vor, in denen der Angeklagte jeweils im Zusammenhang mit einer Absprache auf Rechtsmittel verzichtet und dann später dennoch Revision eingelegt hatte. Der 3. Strafsenat hält die erklärten Rechtsmittelverzicht für unwirksam, befürchtete jedoch, mit einer entsprechenden Entscheidung gegen die bisherige Rechtsprechung der anderen Senate zu verstoßen. Deswegen fragte er bei den anderen Senaten an, ob diese bereit seien, einer entsprechenden Rechtsprechungsänderung zuzustimmen (NStZ 2003, 677 = RA 2004, 43). Diese antworteten auch darauf (vgl. NJW 2004, 1335 = RA 2004, 49, StV 2004, 115 = RA 2004, 203 und NJW 2004, 1336), wobei der 1. und 2. Strafsenat sich gegen die beabsichtigte Rechtsprechung aussprachen. Daraufhin wurden die entscheidungserheblichen Fragen dem Großen Strafsenat des BGH vorgelegt, der entschied, dass ein Rechtsmittelverzicht im Zusammenhang mit einer Absprache jedenfalls dann unwirksam sei, wenn der Angeklagte nicht qualifiziert belehrt worden sei.

### **Prüfungsrelevanz:**

Die Kenntnis von Problemen im Zusammenhang mit Absprachen im Strafprozess stellt im 2. Staatsexamen (insb. wegen der immer noch zunehmenden Beliebtheit solcher Vorgehensweisen in der Praxis) einen Standardstoff dar; auch im 1. Examen werden jedoch diesbezüglich (insb. von Kandidaten mit der entsprechenden Wahlfachgruppe) Grundkenntnisse verlangt.

In der vorliegenden Entscheidung des Großen Strafsenats des BGH betont dieser noch einmal ausdrücklich, dass trotz des Fehlens einer entsprechenden gesetzlichen Regelung Absprachen im Strafprozess grundsätzlich zulässig sind (so bereits BGHSt 43, 195), sofern hierbei bestimmte Voraussetzungen eingehalten werden (vgl. auch die Darstellung bei Meyer-Goßner, Einl. Rn. 119 ff.): zum einen kann sich die Verständigung stets nur auf die Strafzumessung beziehen; Absprachen über den Schuldspruch sind unzulässig, da die rechtliche Bewertung eines Sachverhalts einer Vereinbarung nicht zugänglich ist. Das Gericht darf auch keine bestimmte Strafe, sondern nur eine Strafobergrenze zusagen; hierbei muss es die allge-

nen Strafzumessungsgesichtspunkte berücksichtigen und darf keine schuldunangemessene Strafe zusichern. Auch darf das Gericht nicht in unzulässiger Weise auf die Willensfreiheit des Angeklagten einwirken, indem es etwa mit einer höheren Strafe droht oder einen gesetzlich nicht vorgesehenen Vorteil für den Fall eines Geständnisses in Aussicht stellt. Schließlich muss die Verständigung unter Mitwirkung aller Verfahrensbeteiligten in der (öffentlichen) Hauptverhandlung stattfinden (was jedoch Vorgespräche außerhalb der Hauptverhandlung nicht ausschließt, vgl. BGH, NJW 2005, 519 = RA 2005, 169) und ist als wesentliche Förmlichkeit zu protokollieren.

In der vorliegenden Entscheidung betont der Große Strafsenat weiterhin, dass eine Absprache das Gericht nicht von seiner Pflicht entbindet, die Anklage in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht zu überprüfen und das (im Rahmen einer Absprache meist abgelegte) Geständnis des Angeklagten auf seinen Wahrheitsgehalt hin zu überprüfen. Der Große Strafsenat führt weiter aus, dass eine Absprache auch keine absolute Bindungswirkung entfaltet und das Gericht deshalb von dieser abweichen darf, und zwar nicht nur wenn sich nachträglich neue Tatsachen ergeben (so aber noch BGHSt 43, 195), sondern auch dann, wenn das Gericht im Rahmen der Absprache bereits bekannte Punkte übersehen hatte.

Die zentrale Frage aber, deretwegen dieses Verfahren auch dem Großen Strafsenat vorgelegt wurde, ist, ob ein Rechtsmittelverzicht, den der Angeklagte (gem. § 302 I 1 StPO) im Zusammenhang mit einer Absprache erklärt hat, wirksam ist oder ob der Angeklagte dennoch Rechtsmittel einlegen kann.

Der Große Strafsenat kommt zu dem Ergebnis, dass ein Rechtsmittelverzicht im Zusammenhang mit einer Absprache stets unwirksam ist, unabhängig davon, ob er vor oder nach Verkündung des Urteils erklärt wurde und ob er zur Voraussetzung einer Absprache gemacht oder im Zusammenhang mit der Absprache gar nicht ausdrücklich erwähnt wurde. Der Große Strafsenat lässt den Gerichten jedoch eine Möglichkeit, einen wirksamen Rechtsmittelverzicht des Angeklagten im Zusammenhang mit einer Absprache zu erhalten: dann, wenn der Angeklagte zwischen Verkündung des Urteils und Erklärung des Verzichts qualifiziert belehrt wurde, also ausdrücklich darauf hingewiesen wurde, dass er nicht - auch nicht aus der erfolgten Absprache -

verpflichtet ist, einen Verzicht zu erklären, ist sein Rechtsmittelverzicht doch noch wirksam. Der Große Strafsenat stellt jedoch klar, dass bei einem (insb. wegen des Fehlens einer qualifizierten Belehrung) unwirksamen Rechtsmittelverzicht die normalen Rechtsmittelfristen (§§ 314 I, 341 I StPO) gelten und bei deren Versäumung ein Anspruch des Angeklagten auf Wiedereinsetzung (§ 44 StPO) grundsätzlich nicht gegeben ist.

**Vertiefungshinweise:**

- Zu Absprachen im Strafprozess: *BGHSt* 43, 195; 45, 51; 48, 161; *BGH*, *NStZ* 2003, 242; *Küpper*, *Jura* 1999, 400; *Landau/Eschenbach*, *NJW* 1999, 321;
- Zur Unzulässigkeit eines Rechtsmittelverzichts als Teil einer Absprache: *BGH*, *StV* 2001, 554; *NStZ* 2002, 379; *Rieß*, *NStZ* 2000, 96;

**Leitsätze:**

- 1. Das Gericht darf im Rahmen einer Urteilsabsprache an der Erörterung eines Rechtsmittelverzichts nicht mitwirken und auf einen solchen Verzicht auch nicht hinwirken.**
- 2. Nach jedem Urteil, dem eine Urteilsabsprache zugrunde liegt, ist der Rechtsmittelberechtigte, der nach § 35 a Satz 1 StPO über ein Rechtsmittel zu belehren ist, stets auch darüber zu belehren, dass er ungeachtet der Absprache in seiner Entscheidung frei ist, Rechtsmittel einzulegen (qualifizierte Belehrung). Das gilt auch dann, wenn die Absprache einen Rechtsmittelverzicht nicht zum Gegenstand hatte.**
- 3. Der nach einer Urteilsabsprache erklärte Verzicht auf die Einlegung eines Rechtsmittels ist unwirksam, wenn der ihn erklärende Rechtsmittelberechtigte nicht qualifiziert belehrt worden ist.**

**Sachverhalt:**

Dem 3. Strafsenat liegen zwei Revisionsverfahren vor, in denen vorab jeweils über die Wirksamkeit des Rechtsmittelverzichts zu entscheiden ist. Beide Verfahren hat der 3. Strafsenat zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbunden.

1. In der Strafsache gegen J (3 StR 415/02) geht es um einen in der Urteilsabsprache "vereinbarten" und nach Urteilsverkündung sodann allseitig erklärten Rechtsmittelverzicht, nach dem der Angeklagte Wiedereinsetzung zur Revisionseinlegung begehrt.

Das Landgericht Duisburg hat den Angeklagten am 29. April 2002 wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in drei Fällen zu der Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren und sechs Monaten verurteilt. Der Angeklagte hat unmittelbar nach der Urteilsverkündung auf die Einlegung eines Rechtsmittels verzichtet. Fünf Monate später hat er mit Schriftsatz vom 25. September 2002, ein-

gegangen am 27. September 2002, Revision eingelegt und die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nach Versäumung der Frist zur Einlegung der Revision beantragt. Dazu hat er vorgetragen: der Rechtsmittelverzicht sei Bestandteil einer verfahrensbeendenden Absprache gewesen und deshalb unwirksam. Hiervon habe er erst nach dem 20. September 2002 - dem Tag, an dem sein neuer Verteidiger Akteneinsicht erhalten hatte - Kenntnis erlangt.

Dem Antrag liegt folgender Sachverhalt zugrunde: nach Erörterung der Sach- und Rechtslage sowie einer einstündigen Unterbrechung der Sitzung wurde im Hauptverhandlungsprotokoll festgehalten: "Nach Erörterung der Sach- und Rechtslage sicherte die Kammer eine Freiheitsstrafe von höchstens vier Jahren neun Monaten bei Rechtsmittelverzicht zu". Daraufhin erklärten sowohl die Sitzungsvertreterin der Staatsanwaltschaft als auch der Angeklagte und sein Verteidiger, sie stimmten einer "solchen Absprache" bzw. einer "solchen Zusage der Kammer" zu. Nach Verlesung des Anklagesatzes und Belehrung des Angeklagten über seine Aussagefreiheit erklärte dieser, aussagen zu wollen. Anschließend gestand "der Angeklagte durch seinen Verteidiger die Anklagevorwürfe als richtig zu". Der Verteidiger erklärte für den Angeklagten weiterhin das Einverständnis zur "außergerichtlichen Einziehung" von sichergestellten Betäubungsmitteln und Geldbeträgen. Daraufhin wurde auf die Vernehmung der erschienenen Zeugen verzichtet. Nach im wesentlichen übereinstimmenden Schlussanträgen von Staatsanwaltschaft und Verteidigung und dem letzten Wort des Angeklagten verkündete die Strafkammer das Urteil und einen Haftfortdauerbeschluss. Unmittelbar danach verzichteten der Angeklagte, sein Verteidiger und die Staatsanwaltschaft auf Rechtsmittel. Diese Erklärungen wurden vorgelesen und genehmigt.

2. In der Strafsache gegen H (3 StR 368/02) war der Rechtsmittelverzicht selbst zwar nicht Inhalt der Urteilsabsprache. Das Gericht brachte dabei aber zum Ausdruck, dass ein Rechtsmittelverzicht "wünschenswert" sei. Auf Nachfrage des Gerichts nach Urteilsverkündung erklärten die Angeklagte und ihr Verteidiger Rechtsmittelverzicht, ungeachtet dessen die Angeklagte innerhalb der Frist des § 341 StPO Revision einlegte.

Das Landgericht Lüneburg hat die Angeklagte am 4. Juli 2002 in einem umfangreichen Betäubungsmittelverfahren, das sich noch gegen weitere Angeklagte richtete, wegen unerlaubter Einfuhr von Betäubungsmitteln in Tateinheit mit Beihilfe zum unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln, jeweils in nicht geringer Menge, in zehn Fällen zu der Gesamtfreiheitsstrafe von acht Jahren und sechs Monaten verurteilt. Hiergegen richtet sich die am 5. Juli 2002 - am Tag nach der Urteilsverkündung - eingelegte Revision der Angeklagten. Die Angeklagte ist der Auffassung, ihr Rechtsmittel sei zulässig, obwohl sie unmittelbar

nach Verkündung des Urteils auf Rechtsmittel verzichtet hatte. Ihr Rechtsmittelverzicht sei nämlich unwirksam.

Dem liegt folgender Verfahrensablauf zugrunde: am ersten Verhandlungstag wurde die Hauptverhandlung unterbrochen, "um den Verfahrensbeteiligten (Staatsanwaltschaft, Verteidigung, Gericht) Gelegenheit zu geben, eine einverständliche Verfahrenserledigung zu erörtern". Nach einer Stunde wurde die Hauptverhandlung fortgesetzt. Zum weiteren Fortgang heißt es im Hauptverhandlungsprotokoll: "Der Vorsitzende gab den Inhalt des in der Verhandlungsunterbrechung geführten Gespräches bekannt: die Kammer schlage folgende Verfahrenserledigung (Rechtsmittelverzicht wünschenswert) vor: ... 'Für den Fall eines 'umfassenden und glaubhaften' Geständnisses der Angeklagten wurde eine Gesamtfreiheitsstrafe von acht Jahren und sechs Monaten als Strafobergrenze in Aussicht gestellt. Die Hauptverhandlung wurde sodann erneut unterbrochen, 'um den Verfahrensbeteiligten, insbesondere den Angeklagten und ihren Verteidigern Gelegenheit zu geben, die Anregung des Gerichts zu erörtern.'" 40 Minuten später wurde die Hauptverhandlung fortgesetzt. "Die Verfahrensbeteiligten, insbesondere die Angeklagten und ihre Verteidiger erklärten: wir sind mit der vorgeschlagenen einverständlichen Verfahrenserledigung einschließlich der in Aussicht gestellten Gesamtfreiheitsstrafe ... einverstanden." Anschließend erklärte der Verteidiger für die Angeklagte, die Anklagevorwürfe trafen zu, und die Angeklagte bestätigte, dies sei so richtig.

Am nächsten Verhandlungstag wurde das Urteil verkündet. Dann wurde die Rechtsmittelbelehrung erteilt. Während die anderen Angeklagten keine Rechtsmittelverzichtserklärungen abgaben, erklärte der Verteidiger der Angeklagten: "Wir verzichten auf Rechtsmittel." Auf Nachfrage des Gerichts bekundete die Angeklagte nach kurzer Unterredung mit ihrem Verteidiger: "Ich verzichte auf Rechtsmittel gegen das verkündete Urteil." Diese Erklärung wurde vorgelesen und genehmigt. Anschließend erklärte die Staatsanwaltschaft gleichfalls Rechtsmittelverzicht bezüglich der Angeklagten H.

### **Aus den Gründen:**

#### **A. Prozessgeschichte**

##### **I. Inhalt des Vorlagebeschlusses des 3. Strafsenats**

Die Vorlage des 3. Strafsenats des Bundesgerichtshofs an den Großen Senat für Strafsachen betrifft die Frage, inwieweit dem im Zusammenhang mit einer Urteilsabsprache erklärten Rechtsmittelverzicht Wirksamkeit zukommt.

##### **II. Rechtsauffassung des 3. Strafsenats**

Der 3. Strafsenat hält in beiden [im Sachverhalt ge-

schilderten] Fällen den Rechtsmittelverzicht für unwirksam. Er möchte auf die Revisionen der Angeklagten die Urteile einer Rechtsprüfung unterziehen. Er hält die geschilderte Vorgehensweise des Landgerichts für unzulässig. Ein Rechtsmittelverzicht im Rahmen einer Urteilsabsprache dürfe weder vereinbart werden noch dürfe das Gericht auf ihn hinwirken. Wegen des unzulässigen Vorgehens seien die Rechtsmittelverzichtserklärungen der Angeklagten unwirksam. In der Strafsache J (Fall 1) würde der 3. Strafsenat auf der Basis der bisherigen Rechtsprechung (vgl. BGHSt 45, 227, 234) Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nach Versäumung der Frist zur Einlegung der Revision gewähren.

##### **III. Anfrage des 3. Strafsenats an die anderen Senate gem. § 132 III 1 GVG**

Da sich der 3. Strafsenat im Fall 1 an der beabsichtigten Entscheidung durch die Rechtsprechung des 1., 2. und 5. Strafsenats gehindert sieht, hat er mit Beschluss vom 24. Juli 2003 (NJW 2003, 3426) bei den anderen Strafsenaten gemäß § 132 Abs. 3 Satz 1 GVG angefragt, ob an dieser Rechtsprechung festgehalten wird. Im Fall 2 hat der 3. Strafsenat - nachdem hierzu eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs bislang nicht vorliegt - die anderen Senate um Stellungnahme gebeten.

Der 5. Strafsenat (Beschl. vom 29. Oktober 2003 - 5 ARs 61/03 = NJW 2004, 1335) und der 4. Strafsenat (Beschl. vom 25. November 2003 - 4 ARs 32/03) haben mitgeteilt, dass sie den im Anfragebeschluss bezeichneten Rechtssätzen zustimmen und eigene Rechtsprechung nicht entgegensteht (4. Strafsenat) bzw. aufgegeben wird (5. Strafsenat).

Der 1. Strafsenat (Beschl. vom 26. November 2003 - 1 ARs 27/03 = NStZ 2004, 164) und der 2. Strafsenat (Beschl. vom 28. Januar 2004 - 2 ARs 330/03 = NJW 2004, 1336) halten hingegen an ihrer entgegenstehenden Rechtsprechung zur Wirksamkeit eines (unzulässigerweise) vereinbarten Rechtsmittelverzichts fest. Der 2. Strafsenat hat zudem die bisherige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Unzulässigkeit der Vereinbarung eines Rechtsmittelverzichts im Rahmen einer Urteilsabsprache in Zweifel gezogen.

Der 1., 2. und 4. Strafsenat haben darüber hinaus angefragt, den Großen Senat für Strafsachen auch wegen der grundsätzlichen Bedeutung der aufgeworfenen Rechtsfragen anzurufen.

##### **IV. Inhalt des Vorlagebeschlusses des 3. Strafsenats**

Daraufhin hat der 3. Strafsenat - wegen beabsichtigter Abweichung und wegen grundsätzlicher Bedeutung - dem Großen Senat für Strafsachen gemäß §§ 132 Abs. 2 und 4 GVG mit Beschluss vom 15. Juni 2004 (NJW 2004, 2536) folgende Rechtsfragen zur Entscheidung vorgelegt:

1. Ist es zulässig, im Rahmen einer Urteilsabsprache zu

vereinbaren, dass auf ein Rechtsmittel verzichtet wird?  
 2. Ist es zulässig, dass das Gericht im Rahmen einer Urteilsabsprache darauf hinwirkt, dass ein Rechtsmittelverzicht erklärt wird, indem es diesen ausdrücklich anspricht oder befürwortet?

3. Ist die Erklärung des Angeklagten, auf Rechtsmittel zu verzichten, wirksam, wenn ihr eine Urteilsabsprache vorausgegangen ist, in der unzulässigerweise ein Rechtsmittelverzicht versprochen worden ist oder bei der das Gericht, ohne sich ihm im Rahmen der Absprache unzulässigerweise versprechen zu lassen, lediglich auf diesen hingewirkt hat?

#### V. Rechtsauffassung des Generalbundesanwalts

Der Generalbundesanwalt hält die Vorlegungsfragen für zu weit gefasst, soweit sie den Rechtsmittelverzicht auch des unverteidigten Angeklagten zum Gegenstand haben. I.Ü. sieht er die Vorlegung als zulässig an.

Nach seiner Ansicht ist die Vereinbarung eines Rechtsmittelverzichts nur dann prozessordnungswidrig, wenn das Gericht - was allerdings nur selten vorkomme - das Versprechen des Rechtsmittelverzichts als Gegenleistung für eine Strafmilderung verlange. Fehle ein solches Gegenseitigkeitsverhältnis, bestünden gegen die Verabredung des Rechtsmittelverzichts im Rahmen der Verständigungsgespräche keine Bedenken. Entgegen der Auffassung des vorlegenden Senats sei es dem Gericht auch nicht untersagt, bei der Verständigung auf die spätere Erklärung des Rechtsmittelverzichts hinzuwirken. Wenn das Gericht sich einen Rechtsmittelverzicht versprechen lasse oder auf ihn hinwirke, habe dies nicht zur Folge, dass der nach der Urteilsverkündung erklärte Rechtsmittelverzicht unwirksam sei.

Der Generalbundesanwalt hat beantragt zu beschließen:

1. Es ist grundsätzlich zulässig, im Rahmen einer Urteilsabsprache mit einem verteidigten Angeklagten zu vereinbaren, dass auf Rechtsmittel verzichtet wird.
2. Das Gericht darf im Rahmen einer Urteilsabsprache auf einen Rechtsmittelverzicht des verteidigten Angeklagten hinwirken.
3. Die Erklärung des verteidigten Angeklagten, auf Rechtsmittel zu verzichten, ist nicht schon deshalb unwirksam, weil ihr eine Urteilsabsprache vorausgegangen ist, in der ein Rechtsmittelverzicht versprochen worden ist oder bei der das Gericht lediglich auf diesen hingewirkt hat.

#### B. Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen

Die Vorlegungsvoraussetzungen sind gegeben.

Der Große Senat für Strafsachen beantwortet die vorgelegten Fragen wie aus der Entscheidungsformel ersichtlich.

#### I. Zur Zulässigkeit von Urteilsabsprachen

Die Beantwortung der Vorlegungsfragen macht vorab

eine Entscheidung über die Zulässigkeit von Urteilsabsprachen erforderlich. Gegenstand der Vorlegung sind zwar unmittelbar lediglich Fragen des Rechtsmittelverzichts im Rahmen einer solchen Absprache. Diese Fragen lassen sich indes sinnvoll nur beantworten, wenn Urteilsabsprachen nicht von vornherein unzulässig sind.

#### 1. Grundsätzliche Zulässigkeit von Verfahrensabsprachen trotz fehlender Regelung in der StPO

Die Strafprozessordnung kennt die Verständigung über das Ergebnis einer Hauptverhandlung als Erledigungsart und verbindliche Zusagen über das Verfahrensergebnis nicht. Trotz Fehlens gesetzlicher Regelungen hat sich in der Strafrechtspflege eine Praxis dahin entwickelt, dass sich die Verfahrensbeteiligten nicht nur über den Stand und die Aussichten des Verfahrens verständigen - wogegen keine Bedenken bestehen (vgl. hierzu BVerfG - Kammer - NJW 1987, 2662) -, sondern zunehmend auch dessen Ergebnis vereinbaren oder zu vereinbaren versuchen. In nicht wenigen Fällen ist dabei auch die Inaussichtstellung des Rechtsmittelverzichts Gegenstand einer solchen Absprache.

#### 2. Bisherige Rechtsprechung des BGH zu Absprachen

Der Bundesgerichtshof hat sich in den letzten Jahren mehrfach mit Rechtsfragen befasst, die sich aus dieser Rechtspraxis ergaben.

Er hatte zunächst einzelne, dafür typische Verfahrensvorgänge unter verschiedenen rechtlichen Gesichtspunkten zu überprüfen. So waren Gegenstand der Entscheidungen des Bundesgerichtshofs die Besorgnis richterlicher Befangenheit, die nach § 136 a StPO unzulässige Willensbeeinflussung, die Verletzung des fairen Verfahrens, die Nichtgewährung rechtlichen Gehörs und die Verletzung des Beweisantragsrechts (vgl. die Nachweise im Vorlagebeschluss des 3. Strafsenats, NJW 2004, 2536).

Mit der Entscheidung BGHSt 43, 195 hat der 4. Strafsenat des Bundesgerichtshofs schließlich die Verständigung im Strafverfahren insgesamt unter den Aspekten der Rechtsstaatlichkeit, der Idee der Gerechtigkeit sowie der Notwendigkeit einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege beurteilt. Er hat daraus Regeln abgeleitet, bei deren Einhaltung durch den Tatrichter die so "institutionalisierte" Verständigung mit der geltenden Rechtsordnung (noch) in Einklang zu bringen sei.

Danach bestehen folgende Mindestbedingungen für die Zulässigkeit einer Verständigung: es darf keine Absprache über den Schuldspruch geben; das Geständnis ist auf seine Glaubhaftigkeit zu überprüfen; alle Verfahrensbeteiligten sind einzubeziehen; das Ergebnis der Absprache ist offenzulegen und zu protokollieren; es darf nur eine Strafobergrenze zugesagt werden; von dieser darf nur abgewichen werden, wenn sich neue schwerwiegende Umstände zu Lasten des Ange-

klagen ergeben haben; die beabsichtigte Abweichung ist in der Hauptverhandlung mitzuteilen; schließlich muss die Strafe schuldangemessen sein. Nicht zulässig ist es, den Angeklagten durch die Androhung einer überhöhten Strafe oder durch Versprechen eines gesetzlich nicht vorgesehenen Vorteils zu einem Geständnis zu drängen, ihm eine mildere Strafe für das Versprechen des Rechtsmittelverzichts zuzusagen und (insofern in BGHSt 43, 195 nicht tragend ausgeführt) einen Rechtsmittelverzicht überhaupt zu vereinbaren. Alle Strafsenate des Bundesgerichtshofs haben in der Folgezeit in einer Reihe von Entscheidungen die Zulässigkeit von Urteilsabsprachen anhand der Mindestbedingungen von BGHSt 43, 195 beurteilt (vgl. nur BGHSt 48, 161; 49, 84; BGH StV 2004, 417, 470, 639; vgl. auch BVerfG - Kammer - StV 2000, 3).

### 3. Zu den Grenzen von Absprachen im Strafprozess

Der Große Senat für Strafsachen hält Urteilsabsprachen grundsätzlich für zulässig und für vereinbar mit der geltenden Strafprozessordnung. Er sieht aber Anlass, die der Absprachepraxis durch Verfassung und Strafprozessordnung gesetzten, bereits in der Entscheidung BGHSt 43, 195 zusammengestellten Grenzen hervorzuheben und zu präzisieren.

#### a. Verfassungsrechtliche Grenzen von Absprachen

Verfassungsrechtliche Grenzen ergeben sich für die Urteilsabsprache insbesondere aus dem Grundsatz des fairen Verfahrens und dem Schuldprinzip.

Der Angeklagte hat einen Anspruch auf ein faires, rechtsstaatliches Verfahren (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG). Die Handhabung der richterlichen Aufklärungspflicht, die rechtliche Subsumtion und die Grundsätze der Strafzumessung dürfen nicht im Belieben oder zur freien Disposition der Verfahrensbeteiligten und des Gerichts stehen. Deshalb ist es dem Gericht und der Staatsanwaltschaft untersagt, sich auf einen "Vergleich" im Gewande des Urteils, auf einen "Handel mit der Gerechtigkeit" einzulassen. Der Strafprozess darf darüber hinaus nicht auf eine Weise geführt werden, dass der Beschuldigte zum bloßen Objekt des Verfahrens wird. Der Beschuldigte muss im Rahmen der von der Strafprozessordnung aufgestellten Regeln nicht nur theoretisch, sondern auch praktisch die Möglichkeit erhalten, zur Wahrung seiner Rechte aktiv auf den Gang und das Ergebnis des Verfahrens Einfluss zu nehmen (BVerfG - Kammer - NJW 1987, 2662; vgl. auch BVerfGE 57, 250, 275 f.).

Ein zentrales Ziel des rechtsstaatlich geordneten Strafverfahrens ist die Ermittlung des wahren Sachverhalts als der notwendigen Grundlage eines gerechten Urteils. Die Ermittlung des Sachverhalts durch den Tatrichter untersteht dem aus § 244 Abs. 2 StPO abzuleitenden und den verfassungsrechtlichen Anforderungen entsprechenden "Gebot bestmöglicher Sachaufklärung" (vgl. BVerfGE 57, 250, 275; 63, 45, 61;

BVerfG - Kammer - NJW 2003, 2444 und Beschluss vom 17. September 2004 - 2 BvR 2122/03). Dabei ist die Feststellung des Ergebnisses der Beweisaufnahme grundsätzlich der Urteilsberatung vorbehalten, denn die für das Urteil maßgeblichen Feststellungen muss der Tatrichter nach § 261 StPO aus dem Inbegriff der Hauptverhandlung gewinnen (BGHSt 43, 360).

Die Strafe muss schuldangemessen sein. Der Grundsatz der Schuldangemessenheit des Strafens hat Verfassungsrang. Er folgt aus Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG sowie aus dem Rechtsstaatsprinzip. § 46 Abs. 1 Satz 1 StGB ist Ausdruck dieses Prinzips (BVerfGE 86, 288, 313; 95, 96, 140). Die Strafe darf sich nicht - auch nicht nach unten - von ihrer Bestimmung als gerechter Schuldausgleich lösen. Sie muss in einem angemessenen Verhältnis zum Maß der persönlichen Schuld, zum Unrechtsgehalt und zur Gefährlichkeit der Tat stehen und muss sich auch im Rahmen des für vergleichbare Fälle Üblichen halten (BGHR StGB § 46 Abs. 1 Strafhöhe 9; BtMG § 30 Strafzumessung 1).

#### b. Mindestanforderungen an wirksame Absprachen

Mit Blick auf diese verfassungsrechtlichen Vorgaben und ihre Ausgestaltung durch die Regelungen der geltenden Strafprozessordnung ergeben sich - jenseits der durch die Vorlegung aufgeworfenen Fragen des Rechtsmittelverzichts (dazu unter II.) - für eine zulässige Urteilsabsprache insbesondere folgende, im wesentlichen schon in der Entscheidung BGHSt 43, 195 zusammengestellte Mindestbedingungen:

Das Gericht darf nicht vorschnell auf eine Urteilsabsprache ausweichen, ohne zuvor pflichtgemäß die Anklage tatsächlich anhand der Akten und insbesondere auch rechtlich überprüft zu haben (vgl. BGHR StPO § 302 Abs. 1 Satz 1 Rechtsmittelverzicht 25; BGH NSTZ 2004, 577, 578).

Das bei einer Urteilsabsprache in der Regel abgelegte Geständnis muss auf seine Zuverlässigkeit überprüft werden. Das Gericht muss von seiner Richtigkeit überzeugt sein. Dazu muss das selbstbelastende, keinen besonderen Zweifeln im Einzelfall unterliegende Geständnis wenigstens so konkret sein, dass geprüft werden kann, ob es derart im Einklang mit der Aktenlage steht, dass sich hiernach keine weitergehende Sachaufklärung aufdrängt. Ein bloßes inhaltsleeres Formgeständnis reicht hingegen nicht aus (vgl. BGHR StPO § 302 Abs. 1 Satz 1 Rechtsmittelverzicht 25). Zum Geständnis "zu Lasten Dritter" verweist der Große Senat für Strafsachen auf BGHSt 48, 161.

Der Schuldspruch kann - allerdings abgesehen von den in Einzelfällen nicht unnötig restriktiv zu handhabenden Möglichkeiten, welche die verfahrensökonomischen Regelungen aus §§ 154, 154 a StPO gestatten - nicht Gegenstand einer Urteilsabsprache sein.

Die Differenz zwischen der absprachegemäßen und der bei einem "streitigen Verfahren" zu erwartenden

Sanktion darf nicht so groß sein ("Sanktionsschere"), dass sie strafzumessungsrechtlich unvertretbar und mit einer angemessenen Strafmilderung wegen eines Geständnisses nicht mehr erklärbar ist. Dies gilt sowohl für den Fall, dass die ohne Absprache in Aussicht gestellte Sanktion das vertretbare Maß überschreitet, so dass der Angeklagte inakzeptablem Druck ausgesetzt wird (vgl. BGH StV 2004, 470), als auch für den Fall, dass das Ergebnis des Strafnachlasses unterhalb der Grenze dessen liegt, was noch als schuldangemessene Sanktion hingenommen werden kann.

Das Gericht darf über BGHSt 43, 195 (Leitsatz 2) hinaus nicht nur wegen neuer Erkenntnisse von seiner Zusage abweichen, sondern - nach entsprechendem Hinweis - auch dann, wenn schon bei der Urteilsabsprache vorhandene relevante tatsächliche oder rechtliche Aspekte übersehen wurden (vgl. BGH NStZ 2004, 493; 2005, 115). Es wäre unvertretbar, das Gericht bei der Urteilsfindung entgegen § 261 StPO an einen maßgeblichen Irrtum allein aufgrund des im Rahmen einer Verständigung gesetzten Vertrauenstatbestandes zu binden, den es freilich auch und gerade in diesen Fällen durch entsprechende Hinweise beseitigen muss.

#### *4. Keine unzulässige Rechtsfortbildung durch den BGH durch die Anerkennung der Möglichkeit verfahrensbeendender Absprachen im Strafprozess*

Der Große Senat für Strafsachen verkennt nicht, dass die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur grundsätzlichen Zulässigkeit von Urteilsabsprachen bei Einhaltung der in der Entscheidung BGHSt 43, 195 zusammengestellten Mindestbedingungen im Schrifttum auf Kritik gestoßen ist. Von Zweifeln abgesehen, ob sie ihr Ziel, der Verständigungspraxis einen Rahmen zu geben, erreicht hat und überhaupt erreichen konnte (vgl. die Nachweise im Vorlagebeschluss des 3. Strafsenats, NJW 2004, 2536), wird ihr vor allem entgegengehalten, dass der Bundesgerichtshof mit der Einführung eines institutionalisierten Abspracheverfahrens die Grenzen zulässiger Rechtsfortbildung überschritten habe. Diese Bedenken teilt der Große Senat für Strafsachen nicht.

##### *a. Keine gesetzliche Grundlage für die Annahme der Zulässigkeit von Absprachen im Strafprozess*

Allerdings enthält die Strafprozessordnung keine Regelungen über die Urteilsabsprache. Sie ist sogar im Grundsatz vergleichsfeindlich ausgestaltet.

Richtig ist ferner, dass die Anerkennung der Verbindlichkeit von Zusagen zur Strafhöhe, auch wenn diese - entsprechend den Vorgaben der Entscheidung BGHSt 43, 195 - lediglich die Strafobergrenze zum Gegenstand haben dürfen, mit § 261 StPO nur schwer in Einklang zu bringen ist. Sodann ist nicht zu übersehen, dass Abspracheverfahren in der Praxis eher als Verfahren, die streng nach der Strafprozessordnung geführt

werden, Gefahr laufen, dem gesetzlich verankerten Aufklärungsgrundsatz (§ 244 Abs. 2 StPO) nur eingeschränkt Rechnung zu tragen.

Schließlich kommt hinzu, dass ein Verständigungsverfahren, dessen Kern die Abgabe eines Geständnisses als Gegenleistung für eine verbindliche Zusage zur Strafhöhe ist, in vielfältiger Hinsicht näherer Ausgestaltung und weiterer Festlegungen bedarf als durch die Entscheidung BGHSt 43, 195 vorgenommen. Der Regelung bedarf namentlich die Frage, wen die Zusage bindet: nur das Tatgericht, das sie erteilt oder etwa auch das Rechtsmittelgericht, schließlich gar das Gericht, an das die Sache nach einer erfolgreichen Revision zurückverwiesen wird. Unabweislich sind Festlegungen dazu, ob und unter welchen Voraussetzungen die Bindungswirkung entfällt (s. oben zu 3. b). Gerade auch im Hinblick darauf, dass die Bindung nicht nur beim Auftreten neuer Erkenntnisse, sondern auch dann entfällt wenn für die Urteilsfindung maßgebliche Aspekte ursprünglich übersehen wurden, stellt sich die Frage, ob - gegebenenfalls mit welchen Einschränkungen - das "vorgeleistete" Geständnis bei Fortfall der Bindung noch zu Beweis Zwecken verwertet werden darf und welche Anforderungen gegebenenfalls bei seiner Würdigung zu beachten sind. Geregelt werden muss ferner, ob die gerichtliche Zusage auch dann verbindlich ist, wenn im Rahmen der Verständigungsgespräche gebotene Beteiligungen oder Anhörungen unterblieben sind, insbesondere wenn die Staatsanwaltschaft an den Verständigungsgesprächen nicht beteiligt war oder dem Ergebnis nicht zustimmen konnte. Die Frage der Verbindlichkeit der Zusage stellt sich auch für den Fall, dass das Ergebnis der in Vorgesprächen erzielten Verständigung - entgegen den Vorgaben von BGHSt 43, 195 - nicht in die Hauptverhandlung eingeführt und protokolliert worden ist. Mit Blick auf das Rechtsmittelverfahren stellen sich nicht nur die von der Vorlage aufgeworfenen Fragen des Rechtsmittelverzichts; zu beantworten ist etwa auch, ob und in welchem Maße im Revisionsverfahren - mit Blick auf die Besonderheiten des Abspracheverfahrens, etwa unter dem Gesichtspunkt widersprüchlichen Verhaltens - bestimmte Verfahrensrügen, namentlich Aufklärungsrügen ausgeschlossen sein können.

##### *b. BGH-Rechtsprechung keine unzulässige Rechtsfortbildung*

Die notwendige Beantwortung all dieser Fragen - und weiterer, die sich auch je nach der gegebenen Antwort stellen werden - erweist sich insbesondere deswegen als schwierig, weil die Strafprozessordnung kein konsensuales Urteilsverfahren kennt und ihr deshalb für die Ausgestaltung eines solchen Verfahrens auch keine Maßstäbe entnommen werden können. Damit gerät die Einführung eines Verständigungsverfahrens in das streng formalisiert ausgestaltete Strafverfahren durch die Rechtsprechung nahe an die Grenzen, die das

Grundgesetz mit der Verteilung der Aufgaben auf Gesetzgebung und Rechtsprechung der richterlichen Rechtsfortbildung setzt. Diese Grenzen sind indes nicht überschritten:

*aa. Richterliche Tätigkeit umfasst auch "Rechtsfindung"*

Das Grundgesetz lehnt einen engen Gesetzespositivismus ab, wie sich bereits aus der Bindung des Richters an "Gesetz und Recht" nach Art. 20 Abs. 3 GG ergibt (BVerfGE 34, 269, 286 ff., auch zum folgenden). Richterliche Tätigkeit besteht nicht nur im Erkennen und Aussprechen von Entscheidungen des Gesetzgebers. Vielmehr ist dem Richter eine "schöpferische Rechtsfindung", der auch willenhafte Elemente eigen sind, nicht grundsätzlich verwehrt.

Insbesondere die obersten Gerichtshöfe haben diese Befugnis von Anfang an - mit Billigung des Bundesverfassungsgerichts - für sich in Anspruch genommen (BVerfG aaO, S. 288). Sie steht, wie das Bundesverfassungsgericht ausdrücklich hervorhebt, besonders dem Großen Senat zu, dem namentlich durch § 132 Abs. 4 GVG die Fortbildung des Rechts zur Aufgabe gemacht ist.

Der Richter ist zu "freierer Handhabung der Rechtsnormen" (BVerfG, aaO, S. 289) berechtigt, wenn das geschriebene Gesetz bei einer am Wortlaut haftenden Auslegung seine Funktion nicht mehr erfüllt. Die Auslegung einer Gesetzesnorm kann nicht immer auf Dauer bei dem ihr zu ihrer Entstehungszeit beigelegten Sinn stehen bleiben. Es ist zu berücksichtigen, welche vernünftige Funktion sie im Zeitpunkt der Anwendung haben kann. "Die Norm steht ständig im Kontext der sozialen Verhältnisse und der gesellschaftlichpolitischen Anschauungen, auf die sie wirken soll; ihr Inhalt kann und muss sich unter Umständen mit ihnen wandeln" (BVerfG, aaO, S. 288). Die tatsächliche oder rechtliche Entwicklung kann eine bis dahin eindeutige und vollständige Regelung lückenhaft, ergänzungsbedürftig und zugleich ergänzungsfähig werden lassen, da Gesetze in einem Umfeld sozialer Verhältnisse und gesellschaftspolitischer Anschauungen stehen, mit deren Wandel sich auch der Norminhalt ändern kann (BVerfGE 82, 6, 12). Ändern sich die Bedürfnisse des Rechtsverkehrs, so folgt aus dem Gesagten die Zulässigkeit einer richterrechtlichen Anpassung des Rechts an diese Bedürfnisse.

*bb. Zulässigkeit von Absprachen im Strafprozess verletzt keine Verfassungsgrundsätze*

Bei Anlegung dieser Maßstäbe sind die Voraussetzungen einer richterrechtlichen Fortbildung der Strafprozessordnung durch Zulassung von Urteilsabsprachen, die die dargestellten Mindestanforderungen erfüllen, insbesondere wegen der unabweislichen Bedürfnisse einer ordnungsgemäßen Strafrechtspflege gegeben.

Das Prinzip der Rechtsstaatlichkeit, die Pflicht des

Staates, die Sicherheit seiner Bürger und deren Vertrauen in die Funktionstüchtigkeit der staatlichen Institutionen zu schützen, und nicht zuletzt das Gebot der Gleichbehandlung aller in Strafverfahren Beschuldigten geben es den zuständigen staatlichen Stellen und insbesondere den Organen der Strafrechtspflege auf, dafür Sorge zu tragen, dass der staatliche Strafanspruch insgesamt - mit Blick auf alle einzuleitenden Strafverfahren - so gut wie möglich durchgesetzt werden kann. Auf seine Durchsetzung darf weder nach Belieben noch aus vermeidbaren Gründen generell, partiell oder im Einzelfall verzichtet werden. Der Rechtsstaat kann sich nur verwirklichen, wenn sichergestellt ist, dass Straftäter im Rahmen der geltenden Gesetze verfolgt, abgeurteilt und einer gerechten Bestrafung zugeführt werden (vgl. BVerfG - Kammer - NJW 1987, 2662).

Diesen Anforderungen könnten die Organe der Strafrechtsjustiz unter den gegebenen - rechtlichen wie tatsächlichen - Bedingungen der Strafrechtspflege ohne die Zulassung von Urteilsabsprachen durch richterrechtliche Rechtsfortbildung nicht mehr gerecht werden. Vor allem mit Blick auf die knappen Ressourcen der Justiz (vgl. dazu den Beschluss der Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister vom 17./18. Juni 2004: "Die Justizministerinnen und Justizminister weisen erneut darauf hin, dass die Strafjustiz am Rande ihrer Belastbarkeit arbeitet.") könnte die Funktionstüchtigkeit der Strafjustiz nicht gewährleistet werden, wenn es den Gerichten generell untersagt wäre, sich über den Inhalt des zu verkündenden Urteils mit den Beteiligten abzusprechen. Jedenfalls soweit sie den dargestellten Mindestanforderungen entsprechen, ermöglichen es Urteilsabsprachen, den mitunter gegenläufigen Anforderungen für ein ordnungsgemäßes Funktionieren der Strafjustiz in ihrer Gesamtheit Rechnung zu tragen.

Das gilt zumal unter Berücksichtigung des Beschleunigungsgrundsatzes, der ein Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips ist, und des Grundsatzes der Prozessökonomie. Beide Grundsätze können den Umfang der im Einzelfall gebotenen Aufklärungsbemühungen bestimmen. Das Gewicht der Strafsache sowie die Bedeutung und der Beweiswert weiterer Beweismittel sind gegenüber den Nachteilen der Verfahrensverzögerungen abzuwägen (BGH NJW 2001, 695). Die Rücksichtnahme auf die Belange der Verfahrensökonomie, namentlich bei drohender Verfahrensverzögerung, ist der Strafprozessordnung - wie jeder anderen Verfahrensordnung - durchaus nicht fremd (vgl. BGH NStZ 2004, 638; BGH wistra 2004, 475). So ist nach ausdrücklicher gesetzlicher Regelung eine Teileinstellung nach § 154 Abs. 1 Nr. 2 StPO möglich, "wenn ein Urteil wegen dieser Tat in angemessener Frist nicht zu erwarten ist". Unter den gleichen Voraussetzungen können einzelne abtrennbare Teile einer Tat oder einzelne von mehreren Gesetzesverletzungen von der



Verfolgung ausgenommen werden (§ 154 a Abs. 1 Satz 2 StPO); diese Beschränkung der Strafverfolgung gestattet eine Reduzierung des Schuldspruchs (vgl. nur BGH NJW 2004, 2990, 2991). Von der Einziehung oder dem Verfall kann ferner nach §§ 430, 442 StPO abgesehen werden, wenn das Verfahren "einen unangemessenen Aufwand erfordern" würde. Hinzu kommt, dass Verfahrensverzögerungen, selbst wenn diese auf einer Überlastung des Gerichts beruhen, nicht selten dazu führen, dass die schuldangemessene Strafe unterschritten werden muss (BVerfG - Kammer - NJW 1995, 1277; 2003, 2225; NStZ 2004, 335; BGH NStZ 1999, 181; BGHSt 45, 321, 339).

Die mit der richterrechtlichen Zulassung der Urteilsabsprache verbundene Fortbildung des Strafprozessrechts ist schließlich auch im Hinblick darauf verfassungsrechtlich vertretbar, dass das Recht auf ein faires Verfahren auch den Zeugen, namentlich den Opferzeugen, davor schützt, zum bloßen Objekt eines rechtsstaatlich geordneten Verfahrens gemacht zu werden (BVerfGE 38, 105, 114 f.). Nach der Auffassung des Gesetzgebers ist Aufgabe eines sozialen Rechtsstaates nicht nur, darauf zu achten, dass die Straftat aufgeklärt und Schuld oder Unschuld des Beschuldigten in einem rechtsstaatlichen Verfahren festgestellt, sondern auch, dass die Belange des Opfers gewahrt werden (so die Begründung der Bundesregierung im Entwurf zum Opferrechtsreformgesetz vom 24. Juni 2004, BGBl I 1354, BT-Drucks. 15/2536). Der Zeugen- und Opferschutz kann deshalb Anlass sein, von einer weitergehenden - den Schuldumfang möglicherweise erhöhenden - Sachaufklärung abzusehen, namentlich unter Anwendung von §§ 154, 154 a StPO. Die Revisionsgerichte knüpfen an dieses Anliegen auch bei der Frage der Notwendigkeit der Aufhebung und Zurückweisung an (vgl. BGHR StPO § 267 Abs. 1 Satz 1 Mindestfeststellungen 7; § 354 Abs. 1 Sachentscheidung 5; zur verfassungskonformen Auslegung unter Opferschutzgesichtspunkten siehe auch BVerfG, Beschluss vom 27. Februar 2000 - 2 BvL 4/98).

### *cc. Keine gesetzgeberischen Bemühungen zur Regelung von Absprachen*

Der Große Senat für Strafsachen würde sich an der nach allem durch die Änderung der Verhältnisse veranlassten, zur Sicherstellung der Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege gebotenen Rechtsfortbildung durch Zulassung der Urteilsabsprache (in den dargestellten engen Grenzen) allerdings gehindert sehen, wenn eine einschlägige Regelung des Gesetzgebers zu erwarten wäre (vgl. BVerfGE 34, 269, 291). Indes ist trotz drängenden Regelungsbedarfs ein Tätigwerden des Gesetzgebers konkret nicht abzusehen.

### *II. Zur Unwirksamkeit von Rechtsmittelverzichten im Zusammenhang mit Absprachen*

Ausgehend davon, dass Urteilsabsprachen bei Wah-

rung der dargestellten Anforderungen zulässig sind, hält der Große Senat für Strafsachen in Beantwortung der Vorlegungsfragen 1 und 2 es mit BGHSt 43, 195 für unzulässig, dass das Gericht mit den Verfahrensbeteiligten vor Urteilsverkündung einen Rechtsmittelverzicht vereinbart. Darüber hinausgehend ist jedwedes Mitwirken des Gerichts an einem Rechtsmittelverzicht unzulässig.

Außer Frage steht der Extremfall einer Verknüpfung von Strafhöhe mit versprochenem Rechtsmittelverzicht, der einen grundlegenden Verstoß gegen das Prinzip schuldangemessenen Strafens darstellt (BGHSt aaO S. 204 f.). Darüber hinaus darf die Urteilsabsprache zudem nicht gleichsam als eigenständiges, informelles Verfahren neben der eigentlichen Hauptverhandlung geführt werden, sie darf nicht unter dem Deckmantel der Unkontrollierbarkeit stattfinden, ihr Inhalt muss auch für das Revisionsgericht überprüfbar sein (BGHSt aaO S. 206). Wie der vorlegende Senat zutreffend dargelegt hat, bestehen an einer Zulassung der Möglichkeit, einen Rechtsmittelverzicht im Rahmen einer Urteilsabsprache zu vereinbaren, keine legitimen Interessen. Zudem könnten hieraus nachhaltige Gefahren nicht nur für die Rechtskultur, sondern darüber hinaus für eine effektive Wahrung unverzichtbarer Anliegen eines rechtsstaatlich geführten Strafverfahrens erwachsen.

Auch für diese Fälle muss eine effektive Möglichkeit der Kontrolle gerichtlicher Entscheidungen durch das Revisionsgericht erhalten werden. Beteiligt sich hingegen das Gericht im Rahmen einer Urteilsabsprache an der Vereinbarung eines Rechtsmittelverzichts oder drängt es gar die Rechtsmittelberechtigten hierzu, so lässt es erkennen, dass sein Urteil keiner revisionsgerichtlichen Kontrolle unterzogen werden soll. Das verletzt nicht nur die Würde des Gerichts und schadet seiner Autorität. Eine solche Verfahrensweise lässt vor allem ernsthaft besorgen, dass das Gericht es in der Erwartung, seine Entscheidung werde nicht mehr überprüft, bei der Urteilsfindung an der auch in diesem Verfahren notwendigen Sorgfalt bei der prozessordnungsgemäßen Ermittlung des Sachverhalts, bei seiner Subsumtion unter das materielle Strafrecht und bei der Bestimmung der schuldangemessenen Strafe fehlen lassen werde.

Aus diesen Gründen muss es dem Gericht untersagt sein, an jedwedem Zustandekommen einer Urteilsabsprache mitzuwirken, soweit ihr Gegenstand auch der Verzicht auf die Einlegung eines Rechtsmittels ist. Den Rechtsmittelberechtigten selbst bleibt es zwar unbenommen, bei einer Urteilsabsprache auch schon vor Urteilsverkündung ohne Beteiligung des Gerichts Gespräche über die Einlegung des Rechtsmittels zu führen. Das Gericht darf sich aber an Gesprächen nicht aktiv beteiligen, soweit diese - über die Urteilsabsprache hinaus - auch einen etwaigen Rechtsmittelverzicht zum Gegenstand haben, sei es, dass das Gericht hierbei

die Frage eines Rechtsmittelverzichts von sich aus anspricht, befürwortet oder gar verlangt. Es hat bei einer Urteilsabsprache - vor der Urteilsverkündung - Äußerungen zu vermeiden, die objektiv dahin verstanden werden können, dass ihm an einem Rechtsmittelverzicht gelegen sein könnte oder dass dieser für den Angeklagten vorteilhaft sei.

Der Große Senat für Strafsachen verkennt dabei nicht, dass ein Bedürfnis der Prozessbeteiligten nach revisionsgerichtlicher Überprüfung im Anschluss an eine unter fairen Bedingungen zustandegekommene Urteilsabsprache in der Praxis nicht häufig gegeben sein wird. Gleichwohl ist es unerlässlich, die Möglichkeit zu erhalten, das Urteil in dem durch das jeweils zulässige Rechtsmittel gesetzten Rahmen zur Nachprüfung zu stellen und damit auch die Einhaltung der Grenzen einer zulässigen Urteilsabsprache überprüfen zu lassen.

### *III. Zu den Gründen für die grundsätzliche Unwirksamkeit eines Rechtsmittelverzichts im Zusammenhang mit Absprachen*

Für die Frage nach der Wirksamkeit des Rechtsmittelverzichts, der nach einem Urteil erklärt wurde, dem eine Absprache zugrunde liegt, gilt folgendes:

#### *1. Rechtsmittelverzicht grundsätzlich wirksam*

Das Gesetz geht von der grundsätzlichen Wirksamkeit des Rechtsmittelverzichts aus.

#### *a. Gesetzliche Regelung des Rechtsmittelverzichts in § 302 I 1 StPO*

Nach § 302 Abs. 1 Satz 1 StPO (vgl. auch § 410 StPO und § 67 OWiG) kann der Verzicht auf die Einlegung eines Rechtsmittels schon vor Ablauf der Frist zu seiner Einlegung - also auch im Anschluss an die Urteilsverkündung (vgl. dazu aber auch Nr. 142 Abs. 2 RiStBV) - wirksam erfolgen. An den allseitig erklärten Rechtsmittelverzicht hat der Gesetzgeber - praktisch besonders bedeutsam für den im Anschluss an die Urteilsverkündung abgegebenen Rechtsmittelverzicht - in mehreren Gesetzesnovellen Entlastungsregelungen geknüpft (§ 267 Abs. 4 Satz 1, § 267 Abs. 5 Satz 2 und § 273 Abs. 2 StPO).

#### *b. Zur rechtsgestaltenden Wirkung des Rechtsmittelverzichts*

Der nach Urteilserlass erklärte Rechtsmittelverzicht führt - in Verbindung mit dem Rechtsmittelverzicht der anderen rechtsmittelberechtigten Verfahrensbeteiligten - die Rechtskraft unmittelbar herbei. Damit wirkt der Rechtsmittelverzicht rechtsgestaltend (vgl. nur § 56 a Abs. 2 Satz 1 StGB, § 22 Abs. 2 Satz 1, § 28 Abs. 2 Satz 1 JGG: Bewährungszeit; § 68 c Abs. 3 Satz 1 StGB: Führungsaufsicht; § 44 Abs. 2 StGB: Fahrverbot; § 69 Abs. 3 Satz 1, § 69 a Abs. 5 Satz 1 StGB: Fahrerlaubnis; § 45 a Abs. 1, § 70 Abs. 4 Satz 1

StGB: Amtsfähigkeit und Berufsverbot; § 73 e Abs. 1 Satz 1, § 74 e Abs. 1 StGB: Verfall und Einziehung; § 79 Abs. 6 StGB: Vollstreckungsverjährung).

#### *c. Zu den Wirkungen der durch den Rechtsmittelverzicht eintretenden Rechtskraft*

Weitere Rechtsfolgen sind mit der Rechtskraft verbunden. Diese führt zum Übergang vom Erkenntnis- in das Vollstreckungsverfahren und damit von Untersuchungshaft in Strafhaft. Sichergestellte Sachen sind dem Verletzten alsbald herauszugeben (§ 111 k StPO). Aus einer Telekommunikationsüberwachung, Telekommunikationsauskunft und dem Einsatz technischer Mittel erlangte Unterlagen sind unverzüglich zu vernichten (§ 100 b Abs. 6 Satz 1, § 100 h Abs. 1 Satz 3, § 100 d Abs. 1 Satz 2 StPO).

#### *d. Zur Unanfechtbarkeit von Rechtsmittelverzichten*

Als Prozesshandlung, die die Rechtskraft (mit den genannten Folgen) herbeiführt, kann der wirksam erklärte Rechtsmittelverzicht nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs grundsätzlich weder widerrufen noch angefochten oder sonst zurückgenommen werden.

Nur in besonderen Ausnahmefällen versagt der Bundesgerichtshof dem Rechtsmittelverzicht (und der Rechtsmittelrücknahme) die Wirksamkeit, so in Fällen schwerwiegender Willensmängel bei der Erklärung des Rechtsmittelverzichts oder wegen der Art und Weise seines Zustandekommens (vgl. BGHSt 18, 257; 19, 101; 45, 51; 46, 257; 47, 238; BGHR StPO § 302 Abs. 1 Satz 1 Rechtsmittelverzicht 14, 25, 26; BGH StV 2001, 556; NStZ 2004, 636).

Ob und unter welchen Voraussetzungen ein Rechtsmittelverzicht auch dann unwirksam ist, wenn er Bestandteil der Urteilsabsprache war, hat der Bundesgerichtshof bislang nicht tragend entschieden (die Entscheidung BGHSt 45, 227 betraf eine besondere Fallgestaltung).

#### *2. Unwirksamkeit des Rechtsmittelverzichts keine zwingende Folge aus Zusammenhang mit Absprachen*

Die Unwirksamkeit des Rechtsmittelverzichts folgt nicht zwangsläufig aus seiner unzulässigen Vereinbarung im Rahmen einer Urteilsabsprache.

#### *a. Keine Verpflichtung des Angeklagten zur Abgabe eines Rechtsmittelverzichts*

Urteilsabsprache und Rechtsmittelverzicht betreffen nämlich verschiedene Verfahrensabschnitte: die Urteilsabsprache einschließlich des Verfahrens bis zur Urteilsverkündung (erster Abschnitt) und die danach von den Rechtsmittelberechtigten getroffene Entscheidung (zweiter Abschnitt). Den jeweiligen Abschnitten liegen unterschiedliche Prozesshandlungen zugrunde. Bestandteil der Absprache sind die gegenseitigen "Versprechen", in einer bestimmten Weise zu verfahren.

Das zusätzliche "Versprechen", kein Rechtsmittel einlegen zu werden, kann die Rechtsmittelberechtigten rechtlich nicht binden. "Versprechen" kann deshalb nicht mehr bedeuten als die unverbindliche Ankündigung, nach Urteilserlass den Rechtsmittelverzicht erklären zu wollen.

Der Rechtsmittelverzicht ist eine selbstständige Prozesshandlung im zweiten Verfahrensabschnitt. Die Urteilsverkündung bildet eine zeitliche Zäsur, nach der der Rechtsmittelberechtigte ohne rechtliche Bindung an seine zuvor geäußerte Ankündigung über den Rechtsmittelverzicht entscheiden kann.

Das Gesetz sieht in diesem Verfahrensabschnitt Korrektive vor, die vor übereilten Entscheidungen schützen sollen. Vor der Erklärung des Rechtsmittelverzichts ist die Rechtsmittelbelehrung vorgeschrieben (§ 35 a StPO). Nach der Erklärung des Rechtsmittelverzichts noch vor Abschluss der Hauptverhandlung erfolgt in Anwendung des § 273 Abs. 3 Satz 3 StPO die protokollierte Genehmigung der Verzichtserklärung nach Verlesung.

#### *b. Gefahr der fehlenden hinreichenden Verdeutlichung der fortbestehenden Rechtsmittelbefugnis*

Diese Korrektive sind jedoch für sich allein nicht ohne weiteres geeignet, dem Rechtsmittelberechtigten seine unvermindert fortbestehende Rechtsmittelbefugnis ungeachtet der Tatsache zu verdeutlichen, dass das Gericht an einer Absprache mitgewirkt hat, die - unzulässigerweise - den vorzeitigen Verzicht auf diese Befugnis zum Gegenstand hatte. Der Große Senat für Strafsachen verkennt auch nicht, dass es dem Rechtsmittelberechtigten - namentlich dem Angeklagten - schwerfallen mag, von einer Ankündigung, bei einem bestimmten Urteilsergebnis kein Rechtsmittel einlegen zu wollen, wieder abzurücken. Für den Angeklagten entsteht ein "Zugzwang" nicht zuletzt dann, wenn er einer solchen Urteilsabsprache aufgrund der Empfehlung seines Verteidigers zugestimmt und unter dieser, rechtlich freilich unverbindlichen Voraussetzung sein Geständnis - insoweit hat er seinerseits eine "Vorleistung" von erheblichem Gewicht erbracht - abgelegt hat. Häufig wird ihm auch sein Verteidiger zum Rechtsmittelverzicht raten, zumal wenn er ohnehin - als derjenige, der das regelmäßig am besten beurteilen kann - zu der Einschätzung gelangt, dass das Ergebnis dem wohlverstandenen Interesse des Angeklagten entspricht. Dabei kann der Verteidiger zudem in ein Dilemma geraten, wenn er dem Angeklagten ein Rechtsmittel selbst dann empfehlen soll, wenn die Beteiligten den Rechtsmittelverzicht vor dem Urteil abgesprochen haben ("Gleichklang der Interessen", vgl. Terhorst GA 2002, 600, 606; Weider StV 1991, 241; Kölbl NStZ 2003, 232; Salditt StraFo 2004, 60).

#### *3. Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen*

Im Hinblick auf die hier erörterten rechtlichen Ge-

sichtspunkte und praktischen Gegebenheiten gelangt der Große Senat für Strafsachen zu folgendem Ergebnis:

#### *a. Generelle Unwirksamkeit eines Rechtsmittelverzichts im Zusammenhang mit einer Absprache*

Um den Anliegen, die mit der Annahme der Unzulässigkeit einer gerichtlichen Mitwirkung an Absprachen über einen Verzicht auf die Rechtsmitteleinlegung verfolgt werden, zu effektiver Durchsetzung zu verhelfen, hält der Große Senat für Strafsachen es für unerlässlich, dass der Verzicht auf die Einlegung des Rechtsmittels, der nach einer derart unzulässig zustandekommenen Urteilsabsprache erklärt wurde, unwirksam ist. Das gilt sowohl für den am Ende der Hauptverhandlung - unmittelbar nach Urteilsverkündung - als auch für den nach Abschluss der Hauptverhandlung, am selben Tag oder später, erklärten Verzicht. Der Betroffene kann dann trotz des erklärten Verzichts noch Rechtsmittel einlegen.

#### *b. Keine Ausnahmen oder weitere Anforderungen*

In Abwägung zwischen dem Anliegen des fairen Verfahrens einerseits, der Rechtssicherheit andererseits erstreckt der Große Senat für Strafsachen die Folge der Unwirksamkeit des Rechtsmittelverzichts auf alle Fälle, in denen überhaupt eine Urteilsabsprache erfolgt ist. Dies ist auch angezeigt, um Beweisschwierigkeiten zu vermeiden, die sich namentlich in Fällen ergeben können, in denen die unzulässige Absprache eines Rechtsmittelverzichts nicht offengelegt wird.

#### *c. Keine Unwirksamkeit des Rechtsmittelverzichts bei qualifizierter Belehrung*

Um jedoch die Interessen der Rechtssicherheit nicht zu weitgehend zu berühren, gilt das Verdikt der Unwirksamkeit des Rechtsmittelverzichts nicht absolut. Es entfällt vielmehr, wenn dem Rechtsmittelberechtigten über die Freiheit, unbeschadet der Absprache Rechtsmittel einlegen zu können, eine von der eigentlichen Rechtsmittelbelehrung abgehobene, qualifizierte Belehrung erteilt worden ist.

Hierzu gilt folgendes: bei jeder Urteilsabsprache - mit Gesprächen über den Rechtsmittelverzicht oder auch ohne diese, mit oder ohne Aufnahme in das Hauptverhandlungsprotokoll - ist dem Betroffenen, der nach § 35 a Satz 1 StPO über ein Rechtsmittel zu belehren ist, über die hier unverzichtbare Rechtsmittelbelehrung hinaus stets auch eine qualifizierte Belehrung über seine fortbestehende Rechtsmittelbefugnis zu erteilen. Diese ist als wesentliche Förmlichkeit zu protokollieren (§ 273 Abs. 1 StPO) und nimmt an der Beweiskraft des Protokolls nach § 274 StPO teil.

Qualifizierte Belehrung bedeutet, dass der Betroffene vom Gericht ausdrücklich dahin zu belehren ist, dass er ungeachtet der Urteilsabsprache und ungeachtet der Empfehlung der übrigen Verfahrensbeteiligten, auch

seines Verteidigers, in seiner Entscheidung frei ist, Rechtsmittel einzulegen. Er ist darauf hinzuweisen, dass ihn eine - etwa im Rahmen einer Urteilsabsprache abgegebene - Ankündigung, kein Rechtsmittel einzulegen, weder rechtlich noch auch sonst bindet, dass er also nach wie vor frei ist, gleichwohl Rechtsmittel einzulegen. Ferner kann es sich empfehlen, dem Angeklagten Gelegenheit zu einem ausführlichen Beratungsgespräch mit seinem Verteidiger zu geben und auch diesen Vorgang zu protokollieren (vgl. BGH, Beschluss vom 30. März 2004 - 1 StR 1/04, insoweit in NStZ-RR 2004, 214 nicht abgedruckt).

Es wird in der Verantwortung der Tatrichter stehen, dass dieses Korrektiv der qualifizierten Belehrung nicht etwa als nur formelhafte, tatsächlich nicht ernstgemeinte Prozesshandlung ausgestaltet wird.

Der Große Senat für Strafsachen hält danach eine solche qualifizierte Belehrung für eine notwendige, aber auch ausreichende Sicherung gegen mögliche Willensbeeinträchtigungen bei der nach einer Urteilsabsprache abgegebenen Erklärung über den Verzicht auf die Rechtsmitteleinlegung. Die Erklärung des qualifizierten Betroffenen, auf ein Rechtsmittel zu verzichten, ist wirksam und unwiderruflich, weil sie in voller Kenntnis von Bedeutung und Tragweite des Verzichts abgegeben worden ist.

#### *d. Geltung der normalen Rechtsmittelfristen bei unwirksamem Rechtsmittelverzicht*

Ist die gebotene qualifizierte Belehrung unterblieben und ist deshalb der Rechtsmittelverzicht des Betroffenen nicht wirksam erfolgt, kann der Betroffene noch Rechtsmittel einlegen, allerdings nur innerhalb der Rechtsmitteleinlegungsfrist. Einer unbefristeten Möglichkeit zur Rechtsmitteleinlegung steht entgegen, dass die Frage der Rechtskraft wegen der mit ihr verbundenen weitreichenden Folgen durch eine klare Fristenregelung eindeutig geklärt sein muss

und durch die Rechtsmitteleinlegungsfrist geklärt ist. Der Rechtsmittelberechtigte, der auf Rechtsmittel verzichtet hat, nachdem ihm die Rechtsmittelbelehrung ohne qualifizierte Belehrung erteilt worden ist, darf zudem insoweit nicht besser stehen als derjenige, der keinen Rechtsmittelverzicht erklärt hat.

#### *e. Kein Anspruch auf Wiedereinsetzung wegen unterbliebener qualifizierter Belehrung*

Bei erfolgter Rechtsmittelbelehrung, aber ohne qualifizierte Belehrung gilt für die Wiedereinsetzung gegen die Versäumung der Frist zur Rechtsmitteleinlegung: die gesetzliche Vermutung des § 44 Satz 2 StPO kommt für die unterbliebene qualifizierte Belehrung nicht zur Anwendung. Die Vermutung gilt nur für die unterbliebene Rechtsmittelbelehrung nach § 35 a Satz 1 StPO, welcher die notwendige Kenntnis des Rechtsmittelberechtigten von der zu wählenden Rechtsmittelfrist effektiv absichern soll. Sie etwa auf die durch

Richterrecht geschaffene weitere qualifizierte Belehrung zu erstrecken, ist nach Abwägung der widerstrebenden Interessen nicht geboten. Denn der Rechtsmittelverzicht eines Betroffenen nach einer Urteilsabsprache wird - und zwar selbst wenn diese unzulässigerweise die Frage eines Rechtsmittelverzichts einbezogen hatte - häufig darauf beruhen, dass der Betroffene das Ergebnis der gefundenen Verständigung als dauerhaft akzeptiert und eine Rechtsmittelüberprüfung gar nicht wünscht. Eine abweichende Lösung würde die im Interesse der Rechtssicherheit nicht hinnehmbare Gefahr bergen, Rechtsmittelmöglichkeiten ohne gebotene Fristgrenzen allzu leicht auch nach bloßem späterem Motivwechsel hinsichtlich der Rechtsmitteldurchführung zu eröffnen.

Nur demjenigen, der ohne gesetzliche Vermutung glaubhaft machen kann (§ 45 Abs. 2 StPO), aufgrund unstatthafter Einwirkungen - etwa weil er entgegen bestehender Informationspflichten, gar wider besseres Wissen, zumal vom Gericht, vom Beschreiten eines vorhandenen, von ihm gewünschten Rechtsweges abgebracht worden ist (vgl. dazu BGHSt 45, 227; 47, 238) - auf Rechtsmittel verzichtet und das Rechtsmittel folglich nicht fristgerecht eingereicht zu haben, weil er sich unverschuldet zu Unrecht daran gebunden hielt, kann nach § 44 Satz 1 StPO Wiedereinsetzung zu gewähren sein. Die Glaubhaftmachung wird in Fällen dieser Art aus den genannten Gründen nicht selbstverständlich gelingen. Insbesondere liegt in der Unkenntnis des Angeklagten oder seines Verteidigers von bisheriger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs oder von der vorliegenden Entscheidung keine Verhinderung im Sinne des § 44 Satz 1 StPO (vgl. BGH bei Becker NStZ-RR 2002, 66; BGH NStZ 2004, 162).

#### *C. Schlussbemerkung; Appell an den Gesetzgeber*

An den dem Bundesgerichtshof zur Entscheidung unterbreiteten Fällen wird deutlich, dass sich die Verständigung zwischen den Prozessbeteiligten zunehmend von einem mit der Strafprozessordnung problemlos zu vereinbarenden "offenen Verhandeln" des Gerichts in Form der Bekanntgabe einer dem jeweiligen Verfahrensstand entsprechenden Prognose entfernt. Die Urteilsabsprache bewegt sich hingegen in die Richtung einer quasivertraglichen Vereinbarung zwischen dem Gericht und den übrigen Verfahrensbeteiligten. Die Strafprozessordnung in ihrer geltenden Form ist jedoch am Leitbild der materiellen Wahrheit orientiert, die vom Gericht in der Hauptverhandlung von Amts wegen zu ermitteln und der Disposition der Verfahrensbeteiligten weitgehend entzogen ist, Versuche der obergerichtlichen Rechtsprechung, Urteilsabsprachen, wie sie in der Praxis inzwischen in großem Umfang üblich sind, im Wege systemimmanenter Korrektur von Fehlentwicklungen zu strukturieren oder - wie die vorstehende Lösung zeigt - unter Schaffung neuer, nicht kodifizierter Instrumentarien ohne Bruch

in das gegenwärtige System einzupassen, können daher nur unvollkommen gelingen und führen stets von neuem an die Grenzen zulässiger Rechtsfortbildung. Der Große Senat für Strafsachen appelliert an den Gesetzgeber, die Zulässigkeit und, bejahendenfalls, die wesentlichen rechtlichen Voraussetzungen und Begrenzungen von Urteilsabsprachen gesetzlich zu re-

geln. Es ist primär Aufgabe des Gesetzgebers, die grundsätzlichen Fragen der Gestaltung des Strafverfahrens und damit auch die Rechtsregeln, denen die Urteilsabsprache unterworfen sein soll, festzulegen. Dabei kommt ihm - auch von Verfassungs wegen - ein beachtlicher Spielraum zu (BVerfGE 57, 250, 275 f.).

### Standort: § 100 c StPO

### Problem: Überwachung mittels GPS

BVERFG, URTEIL VOM 12.04.2005  
2 BvR 581/01 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

#### Problemdarstellung:

Der Beschwerdeführer hatte als Mitglied einer terroristischen Vereinigung insgesamt vier Sprengstoffanschläge verübt. Im Ermittlungsverfahren wegen dieser Taten waren nicht nur das Telefon des Beschwerdeführers abgehört, seine Wohnung und er selbst überwacht worden, sondern auf Veranlassung des Generalbundesanwalts wurde in sein Auto ein GPS-Sender eingebaut, über den jederzeit der Standort des Beschwerdeführers ermittelt werden konnte. Diese Maßnahme wurde auf § 100 c I Nr. 1 b StPO gestützt. Im Strafverfahren rügte der Beschwerdeführer, die Verwertung der so gewonnen Erkenntnisse sei unzulässig, da die Überwachung per GPS nicht von § 100 c I Nr. 1 b StPO gedeckt und auch die umfassende Überwachung seiner Person über zahlreiche Maßnahmen - selbst wenn jede einzelne Maßnahme isoliert zulässig sein sollte - im Ergebnis unzulässig sei. Nachdem er in letzter Instanz vom BGH mit dieser Rüge abgewiesen wurde, legte er Verfassungsbeschwerde ein. Auch das BVerfG wies jedoch diese Rüge zurück.

#### Prüfungsrelevanz:

Spätestens seit der Entscheidung vom 03.03.2004 (NJW 2004, 999), in der das BVerfG die Verfassungswidrigkeit von § 100 c I Nr. 3 StPO festgestellt hat, hat die Vorschrift des § 100 c StPO erheblich an Examensbedeutung gewonnen. Da es sich bei der vorliegenden Entscheidung auch um eine solche des BVerfG handelt, wird die hier entscheidende Norm des § 100 c I Nr. 1 b StPO auch nur auf ihre Verfassungsmäßigkeit hin überprüft, was natürlich kein eigentliches strafrechtliches oder strafprozessuales Problem darstellt, aber dennoch auch im Strafrechtsteil einer Examensprüfung (vor allem in der mündlichen Prüfung) angesprochen werden kann, da es sich immerhin um eine StPO-Norm handelt.

Das BVerfG stellt im vorliegenden Fall fest, dass der Wortlaut des § 100 c I Nr. 1 b StPO den Anforderungen des verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebots sowohl bzgl. der Voraussetzungen als auch bzgl. des Umfangs der hierdurch erlaubten Maßnahmen genügt.

Die sehr weite Formulierung des § 100 c I Nr. 1 b StPO, der grundsätzlich den Einsatz aller sonstigen besonderen für Observationszwecke bestimmten technischen Mittel zulässt, sei noch hinreichend bestimmt. Das Bestimmtheitsgebot verlange vom Gesetzgeber zwar, dass er technische Eingriffsinstrumente genau bezeichne und dadurch sicherstelle, dass der Adressat der Norm jeweils erkennen könne, welche Maßnahme gemeint und erlaubt sei. Das Bestimmtheitsgebot verlange aber keine gesetzlichen Formulierungen, die jede Einbeziehung kriminaltechnischer Neuerungen ausschließen würden. § 100 c I Nr. 1 b StPO sei - insb. da er im Verhältnis zu den anderen in § 100 c I Nr. 1 a, 2 und 3 StPO geregelten Maßnahmen zu sehen sei - aber im Ergebnis insofern hinreichend bestimmt.

Interessant ist der andere vom Beschwerdeführer aufgeworfene Gedanke, dass zwar jede Observationsmaßnahme für sich genommen den Anforderungen der StPO (und auch des GG) entsprechen könne, dass aber aus der Tatsache, dass eine große Zahl solcher Maßnahmen gleichzeitig durchgeführt und somit eine nahezu umfassende Überwachung eines Beschuldigten stattfinden könne, sich eine Verfassungswidrigkeit in einer Gesamtschau ergeben könne (sog. "additiver" Grundrechtseingriff). Das BVerfG hält die Schaffung einer StPO-Norm, die in vergleichbaren Fällen einen besonderen Richtervorbehalt oder weitere einschränkende Voraussetzungen regelt, nicht für erforderlich. Die Verfassungsmäßigkeit mehrerer grundrechtsrelevanter Maßnahmen derselben Strafverfolgungsbehörde sei dadurch sichergestellt, dass diese stets die Verhältnismäßigkeit der Maßnahme zu prüfen habe, bei der auch die Durchführung anderer Maßnahmen zu berücksichtigen sei. Es müsse aber sichergestellt werden, dass nicht verschiedene Strafverfolgungsbehörden und/oder Verfassungsschutzorgane gleichzeitig unabhängig voneinander Ermittlungsmaßnahmen durchführten. Dies sei jedoch bei Nutzung des staatsanwaltschaftlichen Verfahrensregisters (§§ 492 ff. StPO) hinreichend gewährleistet.

#### Vertiefungshinweise:

☐ Zur Verfassungsmäßigkeit von § 100 c StPO: BVerfG, NJW 2004, 999 (= RA 2004, 153, 280); *Jahn*, JA 1997, 303

**Leitsätze:**

- 1. § 100 c Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe b StPO entspricht als Ermächtigungsgrundlage für Beweiserhebungen unter Einsatz des Global Positioning System und die anschließende Verwertung dieser Beweise den verfassungsrechtlichen Anforderungen.**
- 2. Beim Einsatz moderner, insbesondere dem Betroffenen verborgener, Ermittlungsmethoden müssen die Strafverfolgungsbehörden mit Rücksicht auf das dem "additiven" Grundrechtseingriff inwohnende Gefährdungspotential besondere Anforderungen an das Verfahren beachten.**
- 3. Wegen des schnellen und für den Grundrechtsschutz riskanten informationstechnischen Wandels muss der Gesetzgeber die technischen Entwicklungen aufmerksam beobachten und notfalls durch ergänzende Rechtssetzung korrigierend eingreifen. Dies betrifft auch die Frage, ob die bestehenden verfahrensrechtlichen Vorkehrungen angesichts zukünftiger Entwicklungen geeignet sind, den Grundrechtsschutz effektiv zu sichern und unkoordinierte Ermittlungsmaßnahmen verschiedener Behörden verlässlich zu verhindern.**

**Sachverhalt:**

Der Beschwerdeführer verübte 1995 als Mitglied der sogenannten Antiimperialistischen Zelle (AIZ) in Fortführung der von der "Rote Armee Fraktion" (RAF) zu dieser Zeit bereits aufgegebenen Strategie des bewaffneten Kampfs vier Sprengstoffanschläge. Wegen dieser Taten verurteilte ihn das Oberlandesgericht unter anderem wegen gemeinschaftlichen Mordversuchs in vier Fällen, jeweils in Tateinheit mit vorsätzlichem Herbeiführen einer Sprengstoffexplosion, zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 13 Jahren.

In seiner Beweiswürdigung stützte sich das Oberlandesgericht maßgeblich auf Erkenntnisse aus zahlreichen gegen den Beschwerdeführer und den Mitangeklagten des Ausgangsverfahrens durchgeführten Observationsmaßnahmen.

In der Zeit von Oktober 1995 bis Februar 1996 war der Eingangsbereich des vom Beschwerdeführer mitgenutzten Wohnhauses seiner Mutter einschließlich eines an dem Grundstück vorbeiführenden Verbindungswegs videot technisch beobachtet worden. Daneben hatten Beamte des Bundeskriminalamts den Beschwerdeführer visuell observiert. Bereits seit dem Frühjahr 1993 hatte der Verfassungsschutz des Landes Nordrhein-Westfalen videogestützte Langzeitbeobachtungen durchgeführt. Der Verfassungsschutz der Freien und Hansestadt Hamburg hatte zudem von Januar 1994 bis Februar 1996 das Wohnhaus des Mitangeklagten observiert. Im Oktober 1995 hatte das Bundeskriminalamt den Personenkraftwagen des Mitangeklagten, in dem auch der Beschwerdeführer häufig mitfuhr, mit einem Peilsender versehen und den

von dem Mitangeklagten beruflich genutzten Betriebsfunk abgehört. Ferner waren die Telefonanschlüsse in der vom Beschwerdeführer mitgenutzten Wohnung seiner Mutter, in einer nahe gelegenen Telefonzelle und in der Wohnung des Mitangeklagten überwacht sowie Postsendungen, die für den Beschwerdeführer bestimmt waren, geöffnet und überprüft worden. Der Ermittlungsrichter hatte den Beschwerdeführer, den Mitangeklagten und die von ihnen genutzten Fahrzeuge zur polizeilichen Beobachtung ausgeschrieben. Ein weiterer Beschluss des Ermittlungsrichters, der das Abhören und Aufzeichnen des in dem Personenkraftwagen des Mitangeklagten und im Fahrzeug der Mutter des Beschwerdeführers nicht öffentlich gesprochenen Wortes gestattete, war nicht mehr ausgeführt worden.

Der Beschwerdeführer und der Mitangeklagte des Ausgangsverfahrens hatten mit einer Überwachung gerechnet und sich deshalb in vielfältiger Weise konspirativ verhalten. Aus Sorge, abgehört zu werden, hatten sie nicht miteinander telefoniert. Bei Fahrten mit den von ihnen genutzten Kraftfahrzeugen war es ihnen regelmäßig gelungen, sich der visuellen Observation durch Kräfte des Verfassungsschutzes und des Bundeskriminalamts zu entziehen. Mit Hilfe von Scannern und Hochfrequenzdetektoren hatten sie schließlich zwei in das Fahrzeug eingebaute Peilsender entdeckt und funktionsunfähig gemacht.

Auf Anordnung des Generalbundesanwalts wurde im Dezember 1995 im Personenkraftwagen des Mitangeklagten ein GPS-Empfänger installiert, mit dessen Hilfe die räumliche Position des Fahrzeugs bis auf fünfzig Meter genau bestimmt werden konnte. Der Zyklus der Datenspeicherung war so programmiert, dass in dem eingebauten Empfänger jeweils im Minutentakt das Datum, die Uhrzeit, die geografischen Breiten- und Längenkoordinaten sowie die jeweilige Geschwindigkeit des Personenkraftwagens aufgezeichnet wurden. Die gespeicherten Daten wurden im Abstand weniger Tage mittels eines kurzzeitig aktivierten Übertragungsvorgangs "abgezogen". Durch die Auswertung der Positionsdaten konnten die Fahrbewegungen, Standorte und Standzeiten des Fahrzeugs lückenlos nachvollzogen werden. Die GPS-Observation dauerte bis zur Festnahme des Beschwerdeführers am 25. Februar 1996 an.

Der Beschwerdeführer hat die gleichzeitige Durchführung verschiedener Observationsmaßnahmen "ohne eine richterliche Überprüfung ihrer Gesamtschau" in der Hauptverhandlung gerügt und einer Verwertung der aus dem GPS-Einsatz gewonnenen Erkenntnisse widersprochen.

Das Oberlandesgericht wies den Widerspruch zurück (NStZ 1998, S. 268) und legte der Verurteilung des Beschwerdeführers auch die Erkenntnisse aus der GPS-Überwachung zugrunde.

Die Entstehungsgeschichte des § 100 c Abs. 1 Nr. 1

Buchstabe b StPO spreche für eine Einbeziehung des GPS in den Anwendungsbereich der Norm. Der Gesetzgeber habe gerade den Einsatz von Ortungssystemen wie Peilsendern erlauben wollen. Das GPS arbeite im Vergleich mit solchen Sendern bloß mit höherer Reichweite, Präzision und Unauffälligkeit. Das Zusammentreffen des GPS-Einsatzes mit den sonst noch durchgeführten Observationsmaßnahmen, die jeweils für sich betrachtet zulässig gewesen seien, begegne keinen Bedenken. Die Strafprozessordnung behalte nur besonders eingriffsintensive Ermittlungsmaßnahmen, wie etwa die Telefonüberwachung (§ 100 a StPO), grundsätzlich dem Richter vor. Die Bündelung der Ermittlungsmaßnahmen verkürze weder den Rechtsschutz noch ändere sie die Qualität des einzelnen Grundrechtseingriffs.

Gegen das Urteil des Oberlandesgerichts hat der Beschwerdeführer Revision eingelegt, mit der er unter anderem die Verwertung der aus der Observation gewonnenen Erkenntnisse gerügt hat.

Die Revision wurde durch Urteil des 3. Strafsenats des Bundesgerichtshofs verworfen (BGHSt 46, 266). Der Gesetzgeber habe mit der Wahl des Begriffs "sonstige technische Mittel" in § 100 c Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe b StPO erkennbar dem technischen Fortschritt Raum schaffen und auch den Einsatz von Systemen ermöglichen wollen, die zum Zeitpunkt, da die Vorschrift erlassen worden ist, noch nicht zur Strafverfolgung einsetzbar gewesen seien. Die gesetzlichen Voraussetzungen für die Verwendung der GPS-Technik seien auch im konkreten Fall erfüllt gewesen, da sich der Beschwerdeführer und der Mitangeklagte regelmäßig den anderen Überwachungsmaßnahmen entzogen hätten und Gegenstand der Untersuchung schwerste Verbrechen gewesen seien. Inzwischen habe der Gesetzgeber in § 163 f Abs. 4 StPO zwar eine Anordnungs-kompetenz des Richters für jede mehr als einen Monat dauernde Observation eingerichtet und dadurch der Schwere des Eingriffs in die Privatsphäre Rechnung getragen. Der dort normierte Richtervorbehalt für längerfristige Observationsmaßnahmen mittels GPS habe sich nach der Rechtslage im Zeitpunkt der Beweiserhebung freilich weder aus der Strafprozessordnung noch aus Art. 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) oder dem Verfassungsrecht ergeben.

Die Rüge des Beschwerdeführers, die Gesamtheit der Observationsmaßnahmen habe eine gesonderte Ermächtigung verlangt, sei - unabhängig davon, ob sie den Zulässigkeitsanforderungen des § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO genüge - jedenfalls unbegründet. Eine "übergreifende" richterliche Zuständigkeit allein auf Grund der Bündelung von Ermittlungsmaßnahmen folge weder aus der Strafprozessordnung noch aus dem Grundgesetz. Die Kumulation von Ermittlungsmethoden, die unterschiedliche Zielrichtungen verfolgten, sei die Regel und fordere Berücksichtigung bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit von Eingriffen. Treffe der Einsatz

der GPS-Technik mit anderen, isoliert betrachtet je für sich zulässigen, Überwachungsmethoden zusammen und ermögliche er damit die Erstellung eines umfassenden Persönlichkeitsprofils, so könne die Summe der Beeinträchtigungen den Betroffenen zwar in seinen Persönlichkeitsrechten verletzen. Der Senat müsse hier aber nicht entscheiden, unter welchen Voraussetzungen die "Totalüberwachung" einer Person gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, gegen das allgemeine Persönlichkeitsrecht oder gegen Art. 8 EMRK verstoße und ob für die aus einer solchen Observation gewonnenen Erkenntnisse ein Verwertungsverbot gelte.

### *Aus den Gründen:*

#### *A. Zum Inhalt der Verfassungsbeschwerde*

Die Verfassungsbeschwerde richtet sich gegen die Verwendung des Global Positioning System (GPS) in einem strafrechtlichen Ermittlungsverfahren neben anderen, zeitgleich durchgeführten Observationsmaßnahmen sowie gegen die Verwertung der aus der GPS-Observation gewonnenen Erkenntnisse. Sie wirft die Frage auf, ob § 100 c Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe b StPO mit dem Grundgesetz vereinbar ist.

#### *I. Zu den gesetzlichen Grundlagen*

Art. 3 Nr. 6 des Gesetzes zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität (OrgKG) vom 15. Juli 1992 (BGBl I S. 1302) hat § 100 c Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe b StPO in die Strafprozessordnung eingefügt. Die Vorschrift regelt die Verwendung besonderer für Observationszwecke bestimmter technischer Mittel zur Erforschung des Sachverhalts oder zur Ermittlung des Aufenthaltsorts des Täters. Die Maßnahme richtet sich gemäß § 100 c Abs. 2 Satz 1 StPO gegen den Beschuldigten.

Gegen andere Personen ist sie nur nach Maßgabe des § 100 c Abs. 2 Satz 3 StPO zulässig. Auf Grund § 101 Abs. 1 Satz 1 StPO, für dessen Auslegung das Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 3. März 2004 - 1 BvR 2378/98 u.a. - (BVerfGE 109, 279 <363 ff.>) Beachtung fordert, sind die Beteiligten von der getroffenen Maßnahme zu benachrichtigen.

#### *II. Zur Rechtsauffassung des Beschwerdeführers*

Mit seiner Verfassungsbeschwerde wendet sich der Beschwerdeführer gegen die Urteile des Oberlandesgerichts und des Bundesgerichtshofs sowie gegen seine Observation durch das Bundeskriminalamt und die Verfassungsschutzämter der Länder Nordrhein-Westfalen und Hamburg von Oktober 1995 bis Februar 1996. Er rügt eine Verletzung seiner Grundrechte aus Art. 1 Abs. 1 GG und Art. 2 Abs. 1 GG durch die Ermittlungsmaßnahmen. Die Verwertung der gewonnenen Erkenntnisse durch das Oberlandesgericht und die

bestätigende Entscheidung des Bundesgerichtshofs verstießen gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens. § 100 c Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe b StPO scheidet als Ermächtigungsgrundlage für den Einsatz des GPS-Systems aus. Der Begriff "technische Mittel" ermöglichte eine weite Auslegung, die unübersehbare Zukunftsentwicklungen einschließt und die vom Bundesverfassungsgericht und vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte an die Bestimmtheit gesetzlicher Eingriffsermächtigungen gestellten Anforderungen verfehlt. Ebenso wenig genügt die Vorschrift dem aus Art. 1 Abs. 1 GG, Art. 2 Abs. 1 GG unter Beachtung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte folgenden Erfordernis einer effektiven Kontrolle der zugelassenen Eingriffe. GPS-Einsätze würden gerichtlich nur im Rahmen eines Strafverfahrens überprüft und auch dort nur dann, wenn die Observation verwertbare Ergebnisse erbracht habe. Dagegen fehle jegliche Kontrolle, wenn es nicht zu einem Prozess komme.

Die gleichzeitige Durchführung verschiedener gegen ihn und den Mitangeklagten des Ausgangsverfahrens gerichteter Observationsmaßnahmen habe als besonders intensiver Eingriff in seine durch Art. 1 Abs. 1 GG, Art. 2 Abs. 1 GG geschützte Privatsphäre einer eigenständigen gesetzlichen Ermächtigung bedürft. Dies folge schon aus der als Auslegungshilfe heranzuziehenden Regelung des Art. 8 Abs. 1 und 2 EMRK. Sie schütze nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte die persönliche Entfaltung im "Für-Sich-Sein-Wollen" auch außerhalb von Familie oder Wohnung. Die satellitengestützte GPS-Observation arbeite auf Grund ihrer Technik "substanzlos"; sie folge dem Betroffenen unmerklich und schreibe über große Zeiträume hinweg seine Bewegungen und Aufenthalte fest. Aus diesem Grunde bedürfe sie einer besonderen gesetzlichen Grundlage jedenfalls dann, wenn sie mit weiteren Observationsmaßnahmen zusammentreffe, die zusätzlich die Schutzbereiche der Wohnung und der Kommunikation berührten.

Berücksichtige man die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zu Art. 6 Abs. 1 EMRK, so verstießen die Verwertung der Ergebnisse dieser gesetzlich nicht vorgesehenen Observationsmaßnahmen durch das Oberlandesgericht und ihre Bestätigung durch das Revisionsgericht gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens.

Einen weiteren Verstoß gegen diesen Grundsatz durch die Fachgerichte sieht der Beschwerdeführer in einer Verkürzung seiner Verteidigungsrechte. Entlastende Wahrnehmungen zweier gesperrter Vertrauenspersonen seien lediglich mittelbar durch die Vernehmung eines zusätzlich nur beschränkt aussagebefugten Polizeibeamten verwertet und nicht mit dem gebotenen Gewicht in die Beweiswürdigung eingestellt worden.

[...]

### *B. Zur Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde*

Die Verfassungsbeschwerde ist zulässig, soweit der Beschwerdeführer rügt, die Fachgerichte hätten seinen verfassungsrechtlich gewährleisteten Anspruch auf ein faires Verfahren (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG) dadurch verletzt, dass sie die Erkenntnisse verwertet haben, die aus der gegen ihn durchgeführten Observation unter Einsatz des GPS stammen.

Der Beschwerdeführer hat gegen die Verwertungsakte jeweils Widerspruch erhoben; der Grundsatz der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde ist damit gewahrt (vgl. BVerfGE 16, 124 <127>; 78, 58 <68 f.>; Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 1. März 2000 - 2 BvR 2017/94 u.a. -, NStZ 2000, S. 489 <490>).

Es kann deshalb offen bleiben, ob die Verfassungsbeschwerde auch hinsichtlich der weiteren, auf den GPS-Einsatz bezogenen Beanstandungen zulässig ist. Im praktischen Ergebnis könnte der Beschwerdeführer auch dann, wenn dies hinsichtlich der Rügen wegen der Beweiserhebung mittels GPS und ihrer Kumulation mit anderen Ermittlungsmaßnahmen der Fall wäre, keine weiter gehende Prüfung erreichen. Das Bundesverfassungsgericht kann bei der auf eine zulässige Rüge hin eröffneten Kontrolle der Verwertung eines Beweises auch die Rechtmäßigkeit des zugrunde liegenden Erhebungsakts - einschließlich des Zusammenspiels mit weiteren strafprozessualen Ermittlungseingriffen - überprüfen.

Im Übrigen ist die Verfassungsbeschwerde unzulässig. Die Rüge des Beschwerdeführers, Oberlandesgericht und Bundesgerichtshof hätten die Wahrnehmungen zweier gesperrter Vertrauenspersonen in einer die Prozessfairness verletzenden Weise behandelt, scheidet daran, dass der Beschwerdeführer die Erschöpfung des Rechtswegs nicht darlegt (§ 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG). Ohne Vorlage oder doch Mitteilung des wesentlichen Inhalts der Revisionsbegründungsschrift oder der darauf möglicherweise bezugnehmenden Stellungnahme des Generalbundesanwalts kann nicht überprüft werden, ob im fachgerichtlichen Verfahren eine zulässige Rüge erhoben worden ist (vgl. BVerfGE 95, 96 <127>).

### *C. Zur Begründetheit der Verfassungsbeschwerde*

Soweit die Verfassungsbeschwerde zulässig ist, wirft sie die Frage nach den verfassungsrechtlichen Grenzen der Verwertung von Erkenntnissen aus einer Observation unter Einsatz des GPS neben anderen, zeitgleich durchgeführten Überwachungsmaßnahmen auf; diese Grenzen sind im vorliegenden Fall gewahrt. Die Auslegung und Anwendung der strafprozessualen Ermächtigungsgrundlage in § 100 c Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe b StPO durch das Oberlandesgericht und den Bundesgerichtshof sind von Verfassungs wegen nicht zu beanstanden.



*I. Zu § 100 c I Nr. 1 b StPO als Ermächtigungsgrundlage für Beweiserhebungen unter Einsatz von GPS*

Den angegriffenen Entscheidungen der Strafgerichte liegt die zutreffende Auffassung zu Grunde, dass § 100 c Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe b StPO eine Ermächtigungsgrundlage für Beweiserhebungen unter Einsatz des GPS und die anschließende Verwertung dieser Beweise ist. Die Vorschrift genügt den verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Bestimmtheit strafprozessualer Eingriffsnormen (1.) und ist auch im Übrigen verfassungsgemäß (2.).

*1. Zur hinreichenden Bestimmtheit der Vorschrift*

Da die strengere Fassung des Gebots der Gesetzesbestimmtheit in Art. 103 Abs. 2 GG für Vorschriften des Strafverfahrensrechts grundsätzlich keine Geltung beansprucht (vgl. BVerfGE 25, 269 <286 f.>; 63, 343 <359>), ergeben sich die Anforderungen an Normenklarheit und Tatbestandsbestimmtheit hier aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3, Art. 28 Abs. 1 GG). Danach muss eine Norm in ihren Voraussetzungen und in ihrer Rechtsfolge so formuliert sein, dass die von ihr Betroffenen die Rechtslage erkennen und ihr Verhalten danach einrichten können (vgl. BVerfGE 21, 73 <79>; 25, 269 <285>; 87, 287 <317 f.>; stRspr).

*a. Zur Bestimmtheit der Voraussetzung "Straftat von erheblicher Bedeutung"*

Der Gesetzgeber hat den Einsatz technischer Mittel in § 100 c Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe b StPO nur bei einer Anlasstat "von erheblicher Bedeutung" zugelassen. Auf weitere Konkretisierung, etwa mittels eines Straftatenkatalogs, hat er verzichtet. Das Bundesverfassungsgericht hat freilich wiederholt festgestellt, dass schon das Merkmal der "erheblichen Bedeutung" Grundrechtseingriffe im Strafverfahren einer hinreichend bestimmten Begrenzung unterwirft. Eine solche Straftat muss mindestens dem Bereich der mittleren Kriminalität zuzurechnen sein, den Rechtsfrieden empfindlich stören und dazu geeignet sein, das Gefühl der Rechtssicherheit der Bevölkerung erheblich zu beeinträchtigen (vgl. BVerfGE 103, 21 <34>; 107, 299 <322>; 109, 279 <344>).

*b. Zur Bestimmtheit der Beschreibung der zulässigen Maßnahmen*

Eine den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügende Konkretisierung ist auch bei der Auslegung des in § 100 c Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe b StPO verwendeten Merkmals "besondere für Observationszwecke bestimmte technische Mittel" möglich.

Der in den angegriffenen Urteilen der Strafgerichte enthaltene Hinweis, bei dem GPS handle es sich letztlich nur um eine Weiterentwicklung des vom Gesetzgeber beispielhaft genannten technischen Mittels des Peilsenders (vgl. BTDrucks 12/989, S. 39), greift zwar

zu kurz. Der erfolgreiche Einsatz eines Peilsenders setzt zumindest ein ungefähres Wissen um den aktuellen Aufenthaltsort des Beschuldigten voraus. Auf diese erhebliche Begrenzung der Einsatzmöglichkeiten trifft der Einsatz des GPS nicht.

Das Bestimmtheitsgebot verlangt vom Gesetzgeber, dass er technische Eingriffsinstrumente genau bezeichnet und dadurch sicherstellt, dass der Adressat den Inhalt der Norm jeweils erkennen kann (vgl. BVerfGE 87, 287 <317 f.>). Das Bestimmtheitsgebot verlangt aber keine gesetzlichen Formulierungen, die jede Einbeziehung kriminaltechnischer Neuerungen ausschließen. Wegen des schnellen und für den Grundrechtsschutz riskanten (vgl. BVerfGE 65, 1 <42 f.>) informationstechnischen Wandels, dessen Gefahren für das Recht auf informationelle Selbstbestimmung auch der Sachverständige Prof. Dr. G in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat beschrieben hat, muss der Gesetzgeber die technischen Entwicklungen aufmerksam beobachten und bei Fehlentwicklungen hinsichtlich der konkreten Ausfüllung offener Gesetzesbegriffe durch die Strafverfolgungsbehörden und die Strafgerichte notfalls durch ergänzende Rechtssetzung korrigierend eingreifen (vgl. BVerfGE 90, 145 <191>).

Die Verwendung des Merkmals "besondere für Observationszwecke bestimmte technische Mittel" wird diesen Anforderungen gerecht. Was damit gemeint ist, ist in seiner Zielrichtung leicht verständlich und lässt sich mit den anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung konkretisieren.

Durch die systematische Abgrenzung zu den in § 100 c Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe a StPO genannten Mitteln einfacher optischer Überwachungstätigkeit einerseits und den durch § 100 c Abs. 1 Nrn. 2 und 3 StPO geregelten akustischen Überwachungs- und Aufzeichnungstechniken andererseits hat der Gesetzgeber einen Bereich hinreichend bestimmt abgegrenzt, in dem moderne Kriminaltechnik zur Anwendung kommen darf, die in anderer Weise die weitere Aufklärung des Sachverhalts oder die Ortung einer Person ermöglicht macht. Es geht um Ortung und Aufenthaltsbestimmung durch Beobachtung mit technischen Mitteln. Innerhalb dieses Bereichs hält sich die Verwendung des GPS. Gegenüber Bewegungsmeldern und Nachtsichtgeräten (vgl. Meyer-Goßner, StPO, 47. Aufl., 2004, § 100 c Rn. 2) zeichnet sich dieses System zwar durch eine verbesserte Flexibilität im Einsatz und eine erhöhte Genauigkeit der Ergebnisse aus. Andererseits unterliegt aber auch das GPS auf Grund seiner technischen Spezifikation Beschränkungen beim Empfang in geschlossenen Räumen oder innerhalb von Häuserschluchten, wie der Sachverständige Prof. Dr. T in der mündlichen Verhandlung näher erläutert hat. Bei dieser Sachlage musste der Gesetzgeber nicht davon ausgehen, dass das GPS zu einem Observationsinstrument besonderer Art und spezifischer Tiefe werden könnte, dessen Einsatz von Verfassungen wegen nur unter restriktiveren

Voraussetzungen gestattet werden darf.

## 2. Zur Verfassungsmäßigkeit von § 100 c I Nr. 1 b StPO im Übrigen

Die Regelung in § 100 c Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe b StPO genügt auch im Übrigen den verfassungsrechtlichen Anforderungen.

Der Gesetzgeber ist auf Grund des Urteils des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 3. März 2004 - 1 BvR 2378/98 u.a. - (BVerfGE 109, 279 <363 ff., 381>) verpflichtet, bezüglich der Regelung über die Benachrichtigung der Beteiligten in § 101 StPO, die mit Art. 19 Abs. 4 GG nur teilweise in Einklang steht, bis zum 30. Juni 2005 einen verfassungsgemäßen Rechtszustand herzustellen.

Eingriffe in das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) durch die Verwendung von Instrumenten technischer Observation erreichen in Ausmaß und Intensität typischerweise nicht den unantastbaren Kernbereich privater Lebensgestaltung (vgl. dazu BVerfGE 80, 367 <375>; 109, 279 <319>); so ist es auch hier. Der Gesetzgeber durfte zusätzlich berücksichtigen, dass sich der Grundrechtseingriff durch den Einsatz jener Mittel im Ergebnis auch zugunsten der Betroffenen auswirken kann. Dies gilt etwa dann, wenn durch die technisch gestützte Observation ein tiefer gehender Eingriff mit Auswirkungen auf unbeteiligte Dritte - etwa Abhören und Aufzeichnen des nichtöffentlich gesprochenen Worts nach § 100 c Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. Abs. 2 Satz 3 StPO in einem von dem Beschuldigten benutzten Personenkraftwagen - vermieden werden kann. Es ist deshalb nicht zu beanstanden, wenn der Gesetzgeber die Zulassung der Maßnahme bloß von einem Anfangsverdacht abhängig gemacht hat. Es war ihm auch nicht verwehrt, den Einsatz dieser Mittel an die im unmittelbaren systematischen Zusammenhang des § 100 c StPO niedrigste Subsidiaritätsstufe ("wenn die Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthaltsortes des Täters auf andere Weise weniger erfolgversprechend oder erschwert wäre") zu binden (vgl. dazu BVerfGE 109, 279 <342 f.>).

Der Gesetzgeber war jedenfalls nicht schon im Zeitpunkt des Inkrafttretens des § 100 c Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe b StPO von Verfassungs wegen gehalten, länger andauernde technische Observationsmaßnahmen unter Richtervorbehalt zu stellen. Er durfte zunächst die rechtstatsächliche Entwicklung abwarten. Er hat durch Art. 1 Nr. 10 des Gesetzes zur Änderung und Ergänzung des Strafverfahrensrechts - Strafverfahrensänderungsgesetz 1999 vom 2. August 2000 (BGBl I S. 1253, 1255) - mit Wirkung zum 1. November 2000 § 163 f Abs. 4 StPO eingefügt. Die Vorschrift ergänzt § 100 c Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe b StPO, indem sie für längerfristige Observationen des Beschuldigten, unabhängig vom Einsatz besonderer technischer Mittel, zusätzliche Voraussetzungen formuliert

und eine richterliche Entscheidung für Observationen, die mehr als einen Monat andauern, anordnet.

In den Gesetzgebungsverfahren, die schließlich zu der heutigen Regelung geführt haben, war unklar geblieben, ob es nach den Vorgaben der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 15. Dezember 1983 (BVerfGE 65, 1 <43 ff.>) einer solchen Regelung aus Gründen der Verfassung bedürfe (vgl. BTDrucks 11/1878, S. 8; BTDrucks 11/7663, S. 38 und Anlage 2, S. 53; BTDrucks 13/9718, S. 21 f. und Anlage 2, S. 39 f.). Im Ergebnis hat sich der Gesetzgeber für die zusätzliche Sicherung des Grundrechtsschutzes durch Richtervorbehalt entschlossen (vgl. dazu BVerfGE 42, 212 <220>; 103, 142 <151>). Die in § 163 f Abs. 4 Satz 2 StPO getroffene Regelung ist Ausdruck der verfassungsrechtlich geforderten Vergewisserung des Gesetzgebers im Bereich der modernen technischen Ermittlungseingriffe des Strafprozessrechts (siehe oben C. I. 1. b aa); sie ist Ergebnis einer gesetzgeberischen Entscheidung, die Grundrechte des Beschuldigten bei langfristiger Observation prozedural besonders zu sichern.

Durch das Strafverfahrensänderungsgesetz 1999 ist die Strafprozessordnung um Bestimmungen über die Erteilung von Auskünften und Akteneinsicht, sonstige Verwendung von Informationen für verfahrensübergreifende Zwecke und Dateiregelungen ergänzt worden (§§ 474 ff. StPO). Damit liegen bereichsspezifische Regelungen zum Schutz personenbezogener Daten vor (vgl. BVerfGE 65, 1 <46>). Auf Einzelheiten des Regelungswerks kommt es hier nicht an.

## 3. Zum Fehlen einer besonderen gesetzlichen Regelung für den gleichzeitigen Einsatz mehrerer Ermittlungsmaßnahmen

Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers bedurfte es keiner gesonderten gesetzlichen Regelung für einen Einsatz mehrerer Ermittlungsmaßnahmen zur selben Zeit. Vielmehr durfte der Gesetzgeber davon überzeugt sein, dass eine von Verfassungs wegen stets unzulässige "Rundumüberwachung" (vgl. BVerfGE 65, 1 <43>; 109, 279 <323>), mit der ein umfassendes Persönlichkeitsprofil eines Beteiligten erstellt werden könnte, durch allgemeine verfahrensrechtliche Sicherungen auch ohne spezifische gesetzliche Regelung grundsätzlich ausgeschlossen sein werde.

Beim Einsatz moderner, insbesondere dem Betroffenen verborgener, Ermittlungsmethoden müssen die Strafverfolgungsbehörden mit Rücksicht auf das dem "additiven" Grundrechtseingriff innewohnende Gefährdungspotential aber besondere Anforderungen an das Verfahren beachten.

Es ist sicherzustellen, dass die eine Ermittlungsmaßnahme beantragende oder anordnende Staatsanwaltschaft als primär verantwortlicher Entscheidungsträger über alle Ermittlungseingriffe informiert ist, die den Grundrechtsträger im Zeitpunkt der Antragstel-

lung und im Zeitpunkt einer zeitlich versetzten Ausführung der Maßnahme jeweils treffen; sonst wäre eine verantwortliche Prüfung und Feststellung übermäßiger Belastung nicht möglich. Dazu bedarf es nicht nur - was selbstverständlich ist (vgl. § 168 b Abs. 1, § 199 Abs. 2 Satz 2 StPO) - einer vollständigen Dokumentation aller ausgeführten oder ausführbaren Ermittlungseingriffe in den Akten (vgl. BVerfGE 63, 45 <64>). Darüber hinaus ist - insbesondere durch die Nutzung des länderübergreifenden staatsanwaltschaftlichen Verfahrensregisters (§§ 492 ff. StPO) - sicherzustellen, dass nicht verschiedene Staatsanwaltschaften ohne Wissen voneinander im Rahmen von Doppelverfahren in Grundrechte eingreifen.

Für den Fall, dass neben den Strafverfolgungsinstanzen auch Verfassungsschutzbehörden und Nachrichtendienste ermittelnde Maßnahmen anordnen und vollziehen, hat der Gesetzgeber in § 492 Abs. 4 StPO die Möglichkeit geschaffen, dass grundlegende, den Staatsanwaltschaften zugängliche Verfahrensdaten auch den Verfassungsschutzbehörden des Bundes und der Länder, dem Amt für den Militärischen Abschirmdienst und dem Bundesnachrichtendienst zur Verfügung gestellt werden, sofern diesen Behörden ein Auskunftrecht gegenüber den Strafverfolgungsbehörden zusteht. Diese Regelung, die in erster Linie der Verfahrensvereinfachung dienen sollte (BTDrucks 12/6853, S. 37), hat zugleich eine Voraussetzung für die grundrechtssichernde Abstimmung der Ermittlungstätigkeit geschaffen.

Der Gesetzgeber wird darüber hinaus zu beobachten haben, ob die bestehenden verfahrensrechtlichen Vorkehrungen auch angesichts zukünftiger Entwicklungen

geeignet sind, den Grundrechtsschutz effektiv zu sichern. Es dürfte zu erwägen sein, ob durch ergänzende Regelung der praktischen Ermittlungstätigkeit - etwa in den Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren - unkoordinierte Ermittlungsmaßnahmen verschiedener Behörden verlässlich verhindert werden können.

## *II. Zur verfassungsgemäßen Anwendung von § 100 c I Nr. 1 b StPO durch die Strafgerichte*

An diesen Maßstäben gemessen sind die Auslegung und Anwendung des § 100 c Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe b StPO in den Urteilen des Oberlandesgerichts und des Bundesgerichtshofs nicht zu beanstanden.

Die Fachgerichte haben die durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gezogenen Grenzen beim Einsatz des GPS beachtet. Die Auslegung und Anwendung der Subsidiaritätsklausel begegnet angesichts des konspirativen Verhaltens der Beschuldigten und der Schwere der ihnen vorgeworfenen Taten keinen Bedenken.

Die durch das Verbot der Totalüberwachung (oben C. I. 3.) dem kumulativen Einsatz moderner strafprozessualer Ermittlungsmethoden gezogenen Grenzen sind gewahrt. Die Abwägung der Strafgerichte im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung, bei der maßgeblich berücksichtigt wurde, dass die ohnehin nur bei Benutzung des Personenkraftwagens des Mitangeklagten durchgeführte GPS-Observation durch andere Observationsmaßnahmen im Schwerpunkt nur an den Wochenenden ergänzt worden sei und sich nur in begrenztem Umfang auf das besonders sensible Abhören des gesprochenen Worts bezogen habe, ist von Verfassung wegen nicht zu beanstanden.

*Urteile in Fallstruktur***Standort: Öffentliches Recht****Problem: Schließung einer Gaststätte**

VG GIEßEN, BESCHLUSS VOM 12.8.2004  
8 G 2592/04 (NVWZ-RR 2005, 245)

**Problemdarstellung:**

In Deutschland gilt der Grundsatz der Gewerbefreiheit nach § 1 GewO. Dieser auch grundrechtlich verbürgte Anspruch (Art. 12, 2 I GG) gestattet es jedermann, ein Gewerbe zu betreiben, sofern nicht die Gesetze Ausnahmen oder Beschränkungen vorsehen. Eine solche Beschränkung ist die Erlaubnispflicht, wie sie in Spezialgesetzen (z.B. § 2 GaststG) und in §§ 30 ff. GewO geregelt sind. Liegt eine solche Erlaubnis vor, kann das Gewerbe nicht schon einfach deshalb untersagt werden, weil es zu materiellen Verstößen gegen das Gewerberecht kommt, die in der Person des Gewerbetreibenden oder im Betrieb seines Gewerbes liegen. Vielmehr muss zunächst die formelle Illegalität herbeigeführt, d.h. die Erlaubnis entzogen werden. Ermächtigungsgrundlagen hierfür finden sich wiederum in Spezialgesetzen (z.B. § 15 GaststG) oder in §§ 48, 49 VwVfG, wobei die materiellen Verstöße gegen das Gewerberecht häufig tatbestandliche Voraussetzung eines solchen Entzugs sind.

Paradebeispiel für eine derartige Konstellation ist die hier vorliegende Unzuverlässigkeit eines Gastwirts. Verfügt dieser über eine Gaststättenkonzession, ist ihm diese zunächst wegen seiner Unzuverlässigkeit über §§ 15, 4 I Nr. 1 GaststG zu entziehen. Keinesfalls darf direkt über § 35 GewO die Gewerbeausübung untersagt werden, solange das Gewerbe formell legal betrieben wird. Erst nach Konzessionsentzug ist der Weg frei für die Gewerbeuntersagung, wobei dann auch nicht § 35 GewO, sondern § 15 II GewO greift. Anders liegt der Fall natürlich bei erlaubnisfreien Gewerben (Regelfall). Hier kann direkt über § 35 GewO eingeschritten werden, ohne dass es des "Umwegs" über einen Entzug der - nicht erforderlichen und daher nicht vorhandenen - Erlaubnis bedarf.

**Prüfungsrelevanz:**

Das Urteil zeigt sehr anschaulich das zweistufige Einschreiten gegen ein erlaubtes Gewerbe - Konzessionsentzug mit nachfolgender Schließungsverfügung - auf. Auf einige am Rande angesprochene Details sei hingewiesen:

1. § 4 I Nr. 1 GaststG enthält nur beispielhafte Aufzählungen der Fälle, die eine Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden begründen, wie das Wort "insbesonde-

re" beweist. Liegt ein den aufgeführten Beispielen ähnlicher Fall vor (hier: Verstöße gegen das Ausländergesetz), kann daher ebenfalls § 4 I Nr. 1 GaststG einschlägig sein.

2. § 15 II GewO enthält ein sogen. "intendiertes Ermessen", über dessen Bedeutung die RA bereits berichtet hat (vgl. Vertiefungshinweise). Danach soll die Untersagung des Gewerbes regelmäßige Folge des unerlaubten Betriebs sein mit der Folge, dass eine derartige Ermessensentscheidung keiner besonderen Begründung mehr bedarf.

3. Die Schließungsverfügung nach § 15 II GewO setzt die formelle Illegalität des erlaubnispflichtigen Gewerbes voraus. Daran fehlt es, wenn eine ursprünglich vorhandene Erlaubnis zwar entzogen, die Entziehung jedoch mit Widerspruch und/oder Klage angefochten worden ist, weil der Suspensiveffekt des Rechtsbehelfs nach § 80 I VwGO der Behörde (zumindest) jegliches Gebrauchmachen von der Entziehungsverfügung verbietet. Will die Behörde dennoch Erlaubnisentzug und Schließung zeitgleich verfügen, muss sie über § 80 II Nr. 4 VwGO die sofortige Vollziehung des Erlaubnisentzugs anordnen. In praxi ordnen die Behörden in aller Regel gleich die sofortige Vollziehung der Schließungsverfügung mit an, weil die Gründe für den Entzug der Erlaubnis mit denen für die Schließung identisch sind. Gegen beides steht dem Betroffenen dann der Rechtsschutz nach § 80 V 1, 2. Fall VwGO offen - eine in Praxis und Examen häufig anzutreffende Fallgestaltung.

4. Bei der Beurteilung der Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden nach § 4 I Nr. 1 GaststG (ebenso nach § 35 GewO) handelt es sich um eine Prognose. Es kommt also nicht darauf an, was in der Vergangenheit war, sondern was in Zukunft sein wird. Für diese Prognose können allerdings die Geschehnisse in der Vergangenheit als Beurteilungsgrundlage dienen, wenn keine Besserung zu erwarten ist.

5. Die Unzuverlässigkeit muss immer gewerbebezogen sein. Dies hat u.a. bei der Bewertung von Straftaten Bedeutung: Ein Vermögens- oder Trunkenheitsdelikt mag daher die Unzuverlässigkeit eines Gastwirts eher begründen als ein Aussagedelikt. Das VG stellt allerdings klar, dass dies nicht bedeutet, dass die Straftat nun zwingend bei Ausübung des Gewerbes begangen worden sein muss. Ob der Gastwirt unter dem Tresen oder in seiner Privatwohnung hehle, sei ohne Belang.

**Vertiefungshinweise:**

Schließung eines ohne Erlaubnis betriebenen Piercing-Studios: *VG Gießen*, RA 1999, 371 = NJW 1999, 1800

Intendiertes Ermessen: *BayVGH*, RA 2003, 611 = BayVBl 2003, 530; RA 2001, 505 = NVwZ 2001, 931 (jeweils zu § 48 II 4 VwVfG)

**Kursprogramm:**

*Examenskurs* : "Ausgespielt"

**Leitsätze:**

**1. Ein Gastwirt, der wegen Hehlerei verurteilt wurde, besitzt nicht die für den Betrieb der Gaststätte erforderliche Zuverlässigkeit, auch wenn er diese Straftat nicht in seiner Gaststätte beging, sondern die Verurteilung deshalb erfolgte, weil er die Gegenstände in seinem Privathaus einlagerte.**

**2. Auch nach In-Kraft-Treten des Prostitutionsgesetzes darf eine Gaststättenerlaubnis jedenfalls dann widerrufen werden, wenn die in der Gaststätte ausgeübte Prostitution von kriminellen Delikten begleitet wird (hier: Verstöße gegen das Ausländergesetz).**

**Sachverhalt:**

Der Ast. betrieb seit Mitte der 80er Jahre zunächst ohne Konzession eine Gaststätte. Bereits zu dieser Zeit wurden mehrere Fälle der Förderung von Prostitution aktenkundig. Gleichwohl wurde ihm unter dem 25.2.1988 eine gaststättenrechtliche Erlaubnis erteilt. Diese Konzession berechtigt zum Betrieb einer Schankwirtschaft (Bar) und eines Beherbergungsbetriebes.

Durch rechtskräftiges Urteil des Amtsgerichts Friedberg vom 16.4.2002 wurde der Ast. wegen einer in seiner Privatwohnung in acht Fällen betriebenen Hehlerei zu einem Jahr und neun Monaten Freiheitsstrafe mit Bewährungszeit bis zum 28.4.2005 verurteilt. Am 17.12.2003 wurde der Betrieb des Ast. ferner durch die Polizeidirektion 1 überprüft. Dabei befanden sich neben drei männlichen sieben weibliche Personen im Schankraum der Gaststätte. Anhand der Kleidung der Frauen (sehr kurze Röcke, sehr ausgeschnittene Oberbekleidung) in Verbindung mit Anzeigen in der örtlichen Presse und den Vorkommnissen in der Vergangenheit zog die Polizei den Schluss, die angetroffenen weiblichen Personen gingen in der Gaststätte der Prostitution nach. Dieser Verdacht wurde dadurch erhärtet, dass sich in allen Zimmern auf den Nachttischschränkchen mehrere Packungen Kondome und Rollen mit Küchenpapier befunden hätten. Zum Teil seien in den Abfallbehältern in den Zimmern benutzte Kondome festgestellt worden. Keine der Frauen habe eine gültige Arbeitserlaubnis vorlegen können.

Mit formell rechtmäßiger Verfügung vom 2.6.2004

widerrief die Ag. daraufhin die dem Ast. am 25.2.1988 erteilte Erlaubnis zum Betrieb einer Schankwirtschaft und eines Beherbergungsbetriebs und ordnete die Schließung des Betriebs an. Ferner wurde die sofortige Vollziehung der Verfügungen in formell ordnungsgemäßer Weise angeordnet. Hiergegen richtet sich der Antrag des Ast., mit dem dieser nach § 80 V 1, 2. Fall VwGO die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung seines zwischenzeitlich eingelegten Widerspruchs gegen Konzessionsentzug und Schließungsverfügung begehrt.

Ist der Antrag begründet?

**Lösung:**

Der Antrag nach § 80 V 1, 2. Fall VwGO ist begründet, soweit die Anordnung der sofortigen Vollziehung formell rechtswidrig ist oder sich im Rahmen einer summarischen Prüfung ergibt, dass das Suspensivinteresse des Ast. das öffentliche Vollzugsinteresse überwiegt.

**A. Formelle Rechtmäßigkeit**

Die Anordnung der sofortigen Vollziehung war laut Sachverhalt formell rechtmäßig.

**B. Interessenabwägung**

Es kommt somit allein darauf an, ob das Suspensivinteresse des Ast. das öffentliche Vollzugsinteresse überwiegt.

**I. Erfolgsaussichten in der Hauptsache**

Als wesentliches Indiz für das Überwiegen des einen oder anderen Interesses ist zunächst auf die Erfolgsaussichten in der Hauptsache abzustellen. Im vorläufigen Rechtsschutz soll gewinnen, wer in der Hauptsache auch gewinnt. Die Erfolgsaussichten der Hauptsache, also des Widerspruchs des Ast., hängen wiederum von der Recht- und Zweckmäßigkeit der an ihn gerichteten Verfügungen ab, § 68 I 1 VwGO. Diesbezüglich ist zu differenzieren:

**1. Konzessionsentzug**

Der Konzessionsentzug wäre rechtmäßig, wenn er auf einer Ermächtigungsgrundlage beruhte, die in formeller und materieller Hinsicht ordnungsgemäß angewendet wurde.

**a. Ermächtigungsgrundlage**

Der Widerruf der Gaststättenerlaubnis findet seine Rechtsgrundlage in § 15 II GaststG. Danach ist eine Erlaubnis zu widerrufen, wenn nachträglich Tatsachen eintreten, die die Versagung der Erlaubnis nach § 4 I Nr. 1 GaststG rechtfertigen würden.

**b. Formelle Rechtmäßigkeit**

Laut Sachverhalt war der Bescheid formell rechtmäßig.

*c. Materielle Rechtmäßigkeit*

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

*aa. Tatbestand*

Der ASt. war Inhaber einer Erlaubnis nach § 2 GaststG. Fraglich ist, ob nachträglich eine Versagungstatsache i.S.d. § 4 I Nr. 1 GaststG eingetreten, er also unzuverlässig geworden ist. Dieser Vorschrift gemäß ist die Erlaubnis zu versagen, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass der Ast. die für den Gewerbebetrieb erforderliche Zuverlässigkeit nicht mehr besitzt, insbesondere befürchten lässt, dass er der Hehlerei oder der Unsittlichkeit Vorschub leisten wird. Wie sich aus dem Wortlaut (“wird”) und der Funktion der §§ 15, 4 GaststG als Gefahrenabwehrnormen (nicht Sanktionsnormen) ergibt, kommt es nicht auf Verfehlungen in der Vergangenheit an, sondern auf das zukünftige Verhalten des Betroffenen. Es ist also eine negative Zukunftsprognose zu stellen, zu deren Grundlage allerdings Erfahrungstatsachen aus der Vergangenheit gemacht werden können. Das VG bejaht eine solche negative Prognose hier mit folgenden Erwägungen:

*(1). Der Unsittlichkeit Vorschub leisten**(a). Prostitution als unsittlicher Vorgang*

“Nach der zumindest vor In-Kraft-Treten des Prostitutionsgesetzes üblichen Auslegung leistet nicht nur derjenige der Unsittlichkeit Vorschub, der solche strafbaren Handlungen oder Ordnungswidrigkeiten anderer fördert, ohne im Sinne des Strafrechts oder des Ordnungswidrigkeitengesetzes Teilnehmer zu sein, sondern auch derjenige, der strafrechtlich oder durch Bußgeldvorschrift nicht verbotene sexuelle Handlungen anderer in strafbarer oder ordnungswidriger Weise fördert (Michel/Kienzle/Pauly, GaststG, 14. Aufl. [2003], § 4 Rdnr. 16, S. 191). Teilweise wird jedoch nunmehr vertreten, dass Prostitution unter bestimmten Voraussetzungen nach den heute anerkannten sozialethischen Wertvorstellungen unserer Gesellschaft unabhängig von der moralischen Beurteilung im Sinne des Ordnungsrechts nicht mehr als sittenwidrig anzusehen sei. Es müsse insbesondere als widersinnig betrachtet werden, einen Gastwirt zu bestrafen, der für die Prostitutionsausübung einigermaßen humane Arbeitsbedingungen schaffe (vgl. VG Berlin, NJW 2001, 983). Insoweit wird in der Literatur von einer Ausstrahlungswirkung des Prostitutionsgesetzes auf das Gaststättenrecht gesprochen (vgl. Michel/Kienzle/Pauly, GaststG, Rdnr. 16 b, S. 194). Dies kann jedoch nach Auffassung der Kammer allenfalls dann gelten, wenn die Prostitution durch Erwachsene sowie freiwillig und ohne kriminelle Begleiterscheinungen ausgeübt wird (vgl. auch Pörtl, GaststR, 5. Aufl. [2003], § 4 Rdnr. 59 m. w. Nachw.; sowie Ca-

spar, NVwZ 2002,1322 [1327]).”

*(b). Nachträglichkeit*

“Inwieweit das Prostitutionsgesetz auf die Auslegung des Gaststättengesetzes Einfluss genommen hat, kann an dieser Stelle jedoch letztlich offen bleiben. Im vorliegenden Fall liegen jedenfalls keine nachträglichen Tatsachen i. S. von § 15 II GaststG vor, soweit es um die Prostitutionsausübung in der Gaststätte des Ast. als solche geht. Nachträglich sind Tatsachen nur dann eingetreten, wenn sie sich nach der Erteilung der Erlaubnis ereignet haben (vgl. Michel/Kienzle/Pauly, GaststG, § 15 Rdnr. 6, S. 504). [...] Der damaligen Behördenakte [ist aber] zu entnehmen, der Ast. habe bereits im Zeitpunkt der Erteilung der Erlaubnis vom 25.2.1988 in der von ihm damals schon betriebenen Gaststätte der Unzucht Vorschub geleistet.”

*[Anm.: Das VG sieht also die Förderung der Prostitution als dauerhaften Vorgang an und stellt nicht auf die einzelnen Verstöße ab, denn ein solcher Verstoß ist ja zumindest auch nachträglich, am 17.12.2003 bei der polizeilichen Inspektion, festgestellt worden.*

*Wenn bereits bei Erteilung der Erlaubnis Versagungs-tatsachen vorlagen, kann die Erlaubnis nach § 15 I GaststG zurückgenommen werden. Dies wäre also auch hier möglich gewesen, spielt aber im Fall keine Rolle, da die Behörde eine solche Rücknahme nach § 15 I GaststG nicht verfügt, sondern sich für einen Widerruf nach § 15 II GaststG entschieden hatte.]*

*(2). Hehlerei*

“Der Widerruf der Gaststätten-erlaubnis konnte jedoch zutreffend darauf gestützt werden, dass Tatsachen die Annahme rechtfertigten, der Ast. besitze nicht die für einen Gewerbebetrieb erforderliche Zuverlässigkeit, da er der Hehlerei Vorschub leisten werde (vgl. § 4 I Nr. 1 GaststG).”

*(a). Nachhaltigkeit*

“Vorliegend hat sich der Ast. einer Hehlerei in acht Fällen schuldig gemacht. Ausweislich des Urteils des AG Friedberg vom 16.4.2002 wurde er deswegen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 1 Jahr 9 Monaten verurteilt. Die Befürchtungen der Ag., der Ast. werde der Hehlerei Vorschub leisten, sind schon deswegen gerechtfertigt, da der Ast. ausweislich des genannten Urteils nicht nur einmalig, sondern immerhin in acht Fällen Hehlerei begangen hat. Durch seine Taten hat er auch eine nicht unerhebliche Schadenshöhe verursacht. So besaßen allein die Anfang November 2000 gestohlenen Elektromaterialien, wie Kabelrollen, Sicherungen, Steckdosen u. a., die der Ast. später erwarb, einen Wert von mehr als 20.000 DM.“

*(b). Zusammenhang mit der gewerblichen Tätigkeit*

“Der Annahme, der Ast. werde der Hehlerei Vorschub

leisten, steht insbesondere nicht entgegen, dass er diese Taten nicht in seiner Gaststätte beging, sondern die Verurteilung deshalb erfolgte, weil er die Gegenstände in seinem Privathaus einlagerte. Zwar ist der Zuverlässigkeitsbegriff in § 4 I Nr. 1 GaststG gewerbebezogen auszulegen, während Tätigkeiten im privaten Bereich üblicherweise gewerberechtlich irrelevant sind (vgl. Ebner, GewArch 1983, 313 [320]). Dies bedeutet jedoch nicht, dass Vorgänge, aus denen die Unzuverlässigkeit abgeleitet werden kann, sich in den Betriebsräumen selbst zugetragen haben müssen. Der Rückschluss auf die Unzuverlässigkeit eines gaststättenrechtlichen Erlaubnisinhabers kann vielmehr auch aus einem Verhalten außerhalb dieses Betriebes gezogen werden. Gerade Gastwirtschaften werden wegen ihres Publikumsverkehrs und der Möglichkeit einer zwanglosen Anbahnung von Verkaufsverhandlungen häufig als Umschlagplatz für unrechtmäßig erworbene Ware missbraucht. Umso entscheidender ist es, dass ein Gastwirt derartige Geschäfte weder duldet noch selbst an solchen illegalen Transaktionen beteiligt ist. Die im einschlägigen kriminellen Milieu bekannte Bereitschaft eines Gastwirts zum Ankauf von Diebesgut fördert die Diebstahlskriminalität selbst dann, wenn der Gastwirt diese Hehlereigeschäfte außerhalb seiner Gaststätte abwickelt. Durch den Betrieb der Gaststätte kann zumindest die Kontaktaufnahme zwischen Dieb und Gastwirt oder zwischen Gastwirt und einem weiteren Erwerber des Diebesguts erleichtert werden (vgl. zum Vorstehenden: VGH Mannheim, GewArch 1976, 26 f.).”

*(c). Negative Prognose trotz jahrelanger Tätigkeit ohne Hehlerei*

“Zwar wird vertreten, bevor eine langjährige Erlaubnis zum Betrieb einer Gaststätte widerrufen werde, weil deren Inhaber der Hehlerei Vorschub geleistet habe, sei in der Regel zu prüfen, ob nicht eine mildere Maßnahme, z. B. eine Abmahnung genüge, um zu gewährleisten, dass der Inhaber der Erlaubnis die Gaststätte in Zukunft zuverlässig und ordnungsgemäß führe (vgl. OVG Hamburg, GewArch 1996, 425). Entscheidend ist insoweit aber, ob der Gewerbetreibende nach den gesamten Umständen wahrscheinlich auch weiterhin nicht willens oder in der Lage ist, seinen beruflichen Pflichten nachzukommen. Vorliegend steht dieser Annahme künftigen gewerberechtlich zuverlässigen Verhaltens bereits entgegen, dass der Ast. eine Hehlerei in immerhin acht Fällen begangen und hierdurch einen nicht unerheblichen wirtschaftlichen Schaden verursacht hat.”

*(d). Nachträglich*

Im Gegensatz zur Förderung der Prostitution sind sämtliche Fälle der Hehlerei erst nach Erteilung der Konzession vorgekommen. Der Tatbestand des § 15 II GaststG ist also erfüllt.

*(3). Verstoß gegen das Ausländergesetz*

“Die angefochtene Widerrufsverfügung vom 2.6.2004 wird ferner zu Recht darauf gestützt, der Ast. habe weitere Straftaten begangen, was anlässlich einer Überprüfung durch die Polizei am 17.12.2003 festgestellt worden sei. Wie sich aus § 4 I Nr. 1 GaststG (“insbesondere”) ergibt, sind die dort aufgeführten Tatbestände nicht abschließend (vgl. Abfal, in: Abfal u.a., Aktuelles GaststättenR, Bd. I, GaststG, Stand: April 2002, § 4 Rdnr. 4, S. 7). Auch andere, d. h. in dieser Vorschrift nicht expressis verbis normierte Handlungen können zur Annahme einer Unzuverlässigkeit des Gaststätteninhabers führen, unabhängig davon, ob diese Handlung zu einer Bestrafung des Konzessionsinhabers führt (vgl. Michel/Kienzle/Pauly, GaststG, § 4 Rdnr. 18). Zutreffend gründet die Ag. ihre Widerrufsverfügung daher insbesondere darauf, in der Gaststätte des Ast. seien sieben weibliche Personen aus ehemaligen Ostblockstaaten aufgegriffen worden, die dort illegal der Prostitution nachgingen. Dabei kann nach Auffassung der Kammer auch an dieser Stelle offen bleiben, ob Prostitution, die von Erwachsenen freiwillig und ohne kriminelle Begleiterscheinungen ausgeübt wird, nach In-Kraft-Treten des Prostitutionsgesetzes nicht mehr als sittenwidrig anzusehen ist. Die Ag. durfte nämlich berücksichtigen, dass der Ast. insoweit an Verstößen gegen das Ausländergesetz beteiligt war. Dies ist hinreichend dokumentiert durch den Bericht des Polizeipräsidiums K. vom 17. 12. 2003 über die Kontrolle der Gaststätte des Ast. [...] Erschwerend kommt hinzu, dass sämtliche Taten in einem Zeitraum begangen wurden, in dem noch die Bewährungszeit wegen des Urteils vom 16.4.2002 lief. Solche beharrlichen Verstöße gegen gewerbebezogene Vorschriften (vgl. VG Gießen, GewArch 2004, 302) konnte die Ag. berücksichtigen und [auch] hierauf die Annahme der Unzuverlässigkeit des Ast. stützen.”

*bb. Rechtsfolge*

§ 15 II GaststG sieht eine gebundene Widerrufsentscheidung vor. Diese war mithin rechtmäßig. Der Widerspruch wird aller Voraussicht nach keinen Erfolg haben.

*2. Schließungsverfügung*

Auch die Schließungsverfügung bedarf zu ihrer Rechtmäßigkeit einer in formeller und materieller Hinsicht ordnungsgemäß angewendeten Ermächtigungsgrundlage.

*a. Ermächtigungsgrundlage*

“Nach § 15 II GewO, der wegen des Verweises in § 31 GaststG auch insoweit gilt, kann die Fortsetzung des Betriebs von der zuständigen Behörde verhindert werden, wenn ein Gewerbe, zu dessen Ausübung eine Erlaubnis erforderlich ist, ohne diese Zulassung betrieben wird.”

*b. Formelle Rechtmäßigkeit*

Laut Sachverhalt war der Bescheid insgesamt, also auch hinsichtlich der Schließung der Gaststätte, formell rechtmäßig.

*c. Materielle Rechtmäßigkeit**aa. Tatbestand*

Der ASt. betreibt mit seiner Gaststätte ein erlaubnispflichtiges Gewerbe, § 2 GaststG. Fraglich ist, ob er diese ohne Erlaubnis betreibt, wie § 15 II GewO voraussetzt. Das VG bejaht dies:

“Der Widerruf der Gaststättenerlaubnis ist zwar auf Grund des von dem ASt. eingelegten Widerspruchs noch nicht bestandskräftig. Die sofortige Vollziehung des Widerrufs wurde jedoch von der Ag. angeordnet, so dass auch der weitere Betrieb der Gaststätte nach Maßgabe von § 15 II GewO untersagt werden kann.”

*bb. Rechtsfolge*

§ 15 II GaststG eröffnet ein Ermessen. Hier könnte ein Ermessensfehler in Form einer Ermessensunterschreitung darin liegen, dass die Behörde - wie vom ASt. gerügt - das Für und Wider nicht umfassend abgewogen hat. Das VG verneint aber einen solchen Fehler wegen der vom Gesetzgeber intendierten Entscheidung zur Schließung:

“Die Anordnung der Betriebsschließung ist auch unter Ermessensgesichtspunkten rechtlich nicht zu beanstanden. Auf Grund des ordnungspolizeilichen Charakters des Gaststättengesetzes und der Gewerbeordnung, die auch nur bei formell-rechtlicher Illegalität ein Einschreiten erfordern, sind materiell-illegal geführte Betriebe, bei denen Gefahren für die Allgemeinheit nicht ausgeschlossen werden können, regelmäßig zu schließen, soweit nicht besondere Umstände etwas anderes

verlangen (vgl. VG Gießen, Beschl. v. 5.8.2004 - 8 G 2968/04; Beschl. v. 12.3.1999 - 8 G 262/99). Nur außergewöhnliche Umstände bieten Anlass zu einer Abwägung des Für und Wider. Das öffentliche Interesse erfordert in diesen Fällen grundsätzlich das Einschreiten gegen formell und materiell illegale Betriebe. Lediglich in Ausnahmefällen soll der Behörde ermöglicht werden, von dem an sich gebotenen Einschreiten gem. § 15 II GewO abzusehen. Einer näheren Begründung für das Tätigwerden der Behörde bedarf es in diesen Fällen aber nicht (vgl. VGH Kassel, GewArch 1996, 291 f.; OVG Weimar, ThürVB1 1997, 16 [18]). Vorliegend sind besondere Umstände nicht ersichtlich, die die Ag. zu einer näheren Ermessensüberlegung in Bezug auf die Schließungsanordnung hätten zwingen können.”

Mithin war auch die Schließung rechtmäßig. Der Widerspruch hat auch insoweit keinen Erfolg.

*II. Weitere Interessenabwägung*

Ob in den Fällen des § 80 II Nr. 4 VwGO bei voraussetzlicher Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts noch eine weitere Interessenabwägung nach Folgenlast anzustellen ist oder bereits die mangelnde Erfolgsaussicht der Hauptsache für sich genommen genügt, um den Antrag abzulehnen, ist umstritten, mag jedoch an dieser Stelle auf sich beruhen, da hier besondere Umstände, die trotz der aufgezeigten Verstöße den Fortbestand der Konzession und damit der Gaststätte zugunsten des ASt. begründen könnten, jedenfalls nicht ersichtlich sind.

Der Antrag ist mithin insgesamt unbegründet.

**Standort: Zivilrecht****Problem: Formbedürftigkeit der Änderung der Miethöhe**

BGH, URTEIL VOM 20.04.2005

XII ZR 192 / 01 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

**Problemdarstellung:**

Die Bekl. dieses Verfahrens hatte offensichtlich mit der Eröffnung eines Kosmetiksalons und einer Parfümerie in einer neu errichteten Einkaufspassage große wirtschaftliche Hoffnungen verbunden. Als sich der erhoffte Kundenstrom nicht einstellte, schlug die Vermieterin ihres Ladenlokals - die hiesige Kl. - schriftlich eine Herabsetzung der monatlich zu entrichtenden Miete zunächst begrenzt auf ein Jahr vor. Die Bekl. nahm dies zum Anlass, fortan nur die reduzierte Miete zu entrichten und setzte diese Zahlungsweise auch nach Ablauf des vereinbarten Jahres unwidersprochen fort. Als sich keine Verbesserung des Kunden-

zuspruchs einstellte, kündigte sie den Mietvertrag, der an und für sich einen Ausschluss der ordentlichen Kündigung bis Januar 2006 vorsah, außerordentlich, hilfsweise ordentlich zum nächstmöglichen Termin und räumte bereits im September 1999.

Aufgrund der Klage, mit welcher die Kl. ausstehende Miete zzgl Nebenkostenvorauszahlungen für den Zeitraum Oktober 1999 bis April 2000 geltend machte, hatte sich schlussendlich der BGH mit der Frage zu befassen, ob die Herabsetzung der Monatsmiete schriftlich zu erfolgen hatte (vgl. § 566 BGB a. F. = §§ 578 I, II, 550 BGB n. F.), was zu einer Behandlung des Mietvertrages als unbestimmte Zeit und damit zu einer ordentlichen Kündigungsmöglichkeit der Bekl. hätte führen können.

Der BGH lehnte das Eingreifen des Schriftformerfor-



dernisse jedoch ab, da die Herabsetzung der Monatsmiete jederzeit von der Vermieterseite widerrufen werden konnte.

**Prüfungsrelevanz:**

Das Mietrecht wurde zwischenzeitlich durch das MietRRG vom 19.06.2001, in Kraft getreten zum 01.09.2001, grundlegend reformiert, während auf den vorliegenden Fall noch altes Mietrecht anzuwenden war. Hinsichtlich der hier streitentscheidenden Vorschriften haben sich jedoch keine durchgreifenden inhaltlichen Veränderungen ergeben, so dass die Entscheidung von uneingeschränkter Aktualität ist. Sie fördert das Verständnis des zwischenzeitlich in § 550 BGB n. F. angesiedelten und über die Verweisungsnorm des § 578 BGB n. F. auch auf Grundstücks- und Geschäftsraummiete anwendbaren Schriftformerfordernisses. Ein Verstoß gegen § 550 BGB führt ausnahmsweise nicht zur Nichtigkeit des Vertrags gem. § 125 S. 1 BGB - gerade im Bereich der Wohnraummiete wäre diese Rechtsfolge mit dem Gedanken des sozialen Mietrechts auch schlechterdings unvereinbar - sondern lediglich dazu, dass ein auf längere Zeit als ein Jahr fest abgeschlossener Vertrag als auf unbestimmte Zeit geschlossen gilt. Diese Regelung dient in erster Linie dem Schutz eines potenziellen Grundstückserwerbers, der nach (§ 578 I, II) § 566 BGB in die Rechte und Pflichten des Vermieters aus dem Mietvertrag eintritt und an dessen Inhalt, so er sich von diesem nicht zuvor überzeugen konnte, nicht länger als ein Jahr gebunden sein soll.

**Vertiefungshinweise:**

Rechte des Mieters bei mangelnder Kundenakzeptanz des gemieteten Ladenlokals: *BGH*, RA 2000, 418 = *NJW* 2000, 1714

Formulärmäßiger Ausschluss der ordentlichen Kündigung bei Wohnraummiete auch nach neuem Mietrecht möglich: *BGH*, RA 2004, 697 = *NJW* 2004, 3117

**Kursprogramm:**

- Examenskurs*: "Geschäftshaus"  
 *Assessorkurs*: "Das Geschäftslokal"

**Leitsatz:**

**Auch bei einem für längere Zeit als ein Jahr geschlossenen Mietvertrag bedarf die nachträgliche Vereinbarung der - auch unbefristeten - Herabsetzung des Mietzinses nicht der Schriftform, wenn der Vermieter sie jederzeit zumindest mit Wirkung für die Zukunft widerrufen darf.**

**Sachverhalt:**

Die Parteien streiten um rückständigen Mietzins und

Nebenkostenvorauszahlungen sowie um die vorzeitige Beendigung eines Mietvertrages. Mit schriftlichem Vertrag vom 08./12.01.1996 mietete die Bekl. unter Ausschluss der Kündigung bis Ende Januar 2006 ein Ladenlokal in einem von der Kl. erstellten Einkaufszentrum zum Betrieb eines Kosmetikstudios und einer Parfümerie zu einem monatlichen Mietzins von 2.079 DM (1.062,98 Euro) zuzüglich 246,40 DM (125,98 Euro) Nebenkostenvorauszahlung, jeweils nebst Mehrwertsteuer. In der Folgezeit bat die Bekl. um eine Herabsetzung des Mietzinses, da das Einkaufszentrum weniger attraktiv sei als vor Vertragsschluss von der Kl. angepriesen; außerdem sei mehrfach in ihr Ladenlokal eingebrochen worden.

Nach längeren Verhandlungen unterbreitete die Kl. ihr mit Schreiben vom 21.07.1997 folgendes Angebot:

"Rückwirkend ab 01.01.1997 zunächst bis zum 31.12.1997 wollen wir Ihre Miete auf 15,00 DM/qm netto-kalt reduzieren. Dieses Angebot erfolgt ohne Präjudiz und kann von uns jederzeit widerrufen werden. Über eine Fortsetzung über den 31.12.1997 hinaus, müssten wir zu gegebener Zeit sprechen."

Daraufhin zahlte die Bekl. - auch über das Jahresende 1997 hinaus - nur noch den auf monatlich 1.155,00 DM (590,54 Euro) + 16 % MWSt. = 1.339,80 DM (685,03 Euro) ermäßigten Mietzins zuzüglich Nebenkostenvorauszahlungen. Mit Schreiben vom 18.05.1999 kündigte die Bekl. das Mietverhältnis außerordentlich zum 30.09.1999, hilfsweise fristgemäß zum nächstzulässigen Termin. Die außerordentliche Kündigung begründete sie mit unzureichender Attraktivität des Einkaufszentrums und zahlreichen Einbrüchen in ihr Ladenlokal. Im September 1999 räumte sie das Mietobjekt und stellte ihre Zahlungen zum Oktober 1999 ein.

Die Kl. vertritt die Ansicht, die Kündigung der Bekl. habe das Mietverhältnis nicht wirksam beenden können. Das Auffinden eines Nachmieters nach der Räumung der Bekl. gelang erst zum 01.05.2000.

Daraufhin verklagte die Kl. die Bekl. vor dem LG, in dessen Bezirk die Räume belegen sind, auf Zahlung von 11.379,34 DM (5.818,16 Euro).

Wird diese Klage Erfolg haben?

[*Bearbeitervermerk: Der Fall ist nach aktuell geltendem Recht zu lösen.*]

**Lösung:**

Die Klage wird Erfolg haben, soweit sie zulässig und begründet ist.

**A. Zulässigkeit der Klage**

Die Klage müsste zunächst zulässig sein. Hier erscheint lediglich die Zuständigkeit des angerufenen Landgerichts fraglich.

### *I. Sachliche Zuständigkeit*

Die sachliche Zuständigkeit des angerufenen Landgerichts könnte sich gem. §§ 23, 71 I GVG aus dem Streitwert der erhobenen Zahlungsklage i. H. v. 5.818,16 Euro ergeben. Ab einem Gegenstandswert über 5.000,- Euro ist den zitierten Normen zufolge das Landgericht sachlich zuständig. Etwas anderes könnte sich aus der ausschließlichen und streitwertunabhängigen Zuständigkeitszuweisung an die Amtsgerichte gem. § 23 Nr. 2 lit. a) GVG ergeben. Diese findet allerdings ausweislich ihres Wortlauts nur auf Mietverträge über Wohnraum Anwendung, während es hier um die Vermietung eines Geschäftslokals geht. Insoweit bleibt es bei der sachlichen Zuständigkeit des Landgerichts gem. §§ 23, 71 I GVG.

### *II. Örtliche Zuständigkeit*

Die Kl. müsste auch das örtlich zuständige Landgericht angerufen haben. Hier ist der ausschließliche Gerichtsstand gem. § 29 a I ZPO zu beachten, der für jegliche Mietverhältnisse über Räumlichkeiten - also auch über Geschäftsräume - gilt. Demzufolge ist das Gericht ausschließlich zuständig, in dessen Bezirk die Räumlichkeiten belegen sind.

Dieses Gericht wurde seitens der Kl. auch angerufen.

### *III. Zwischenergebnis*

Da die Kl. mithin die Klage bei dem zuständigen Gericht erhoben hat und keine Anhaltspunkte für das Fehlen weiterer Voraussetzungen gegeben sind, ist die Klage zulässig.

### *B. Begründetheit der Klage*

Die Klage ist begründet, soweit der Kl. tatsächlich ein Anspruch auf Zahlung von 5.818,16 Euro gegen die Bekl. zusteht. Hierbei könnte es sich um einen Anspruch auf Mietzahlung gem. § 535 II BGB handeln.

#### *I. Anspruch entstanden*

Ein solcher Anspruch müsste zunächst entstanden sein.

##### *1. Mietvertrag*

Dies setzt den Abschluss eines Mietvertrages zwischen den Parteien voraus, durch den die Bekl. sich zur Mietzahlung gem. § 535 II BGB verpflichtet hat.

Mit Vertrag vom 08./12.01.1996 mietete die Bekl. in dem Einkaufszentrum der Kl. ein Ladenlokal zum Betrieb eines Kosmetikstudios und einer Parfümerie. Ein Mietvertrag lag mithin vor.

##### *2. Formnichtigkeit gem. § 125 S. 1 BGB*

Der Vertrag könnte indes gem. § 125 S. 1 BGB formnichtig sein, da ein Vertrag über Geschäftsräume, der über einen längeren Zeitraum als ein Jahr geschlossen wird, gem. §§ 578 I, II, 550 BGB (= § 566 BGB a. F.) der Schriftform bedarf. An der Einhaltung dieses Erfordernisses bestehen Zweifel, da im Falle eines

schriftformbedürftigen Vertrages gem. § 126 I, II BGB eine von beiden Parteien handschriftlich unterzeichnete Urkunde oder zwei gleichlautende von jeweils einer Partei unterzeichnete Urkunden vorliegen müssen. Jedenfalls die Neufestlegung der Monatsmiete auf 685,03 Euro ab dem 01.01.1997 war allerdings nur in dem entsprechenden Angebotsschreiben der Kl. vom 21.07.1997 enthalten.

Dieses kann jedoch dahinstehen, da die Nichteinhaltung des Schriftformerfordernisses hier ausnahmsweise nicht die Nichtigkeit des Vertrages nach § 125 S. 1 BGB zur Folge hätte. Vielmehr gilt ein unter Missachtung der Schriftform geschlossener Vertrag gem. §§ 578 I, II, 550 BGB als auf unbestimmte Zeit geschlossen, kann aber frühestens zum Ablauf eines Jahres seit Überlassung der Räumlichkeiten gekündigt werden. Der Mietvertrag ist mithin auch wirksam.

##### *3. Anspruchshöhe / Fälligkeit*

Der Anspruch müsste schließlich auch in der eingeklagten Höhe von 5.818,16 Euro entstanden sein. Dies setzt zunächst die Fälligkeit des Mietanspruches voraus. Mangels entgegenstehender vertraglicher Vereinbarung richtet sich die Fälligkeit nach den gesetzlichen Bestimmungen der §§ 579 II, 556 b I BGB. Die Monatsmiete war demzufolge jeweils bis zum dritten Werktag eines Monats im Voraus zu entrichten.

Nach Einstellung der Mietzahlungen der Bekl. zum Oktober 1999 sind bis zum dritten Werktag des Monats April 2000 mithin die Mieten für die Monate Oktober 1999 bis April 2000 fällig geworden (7 Monatsmieten). Eine Monatsmiete belief sich auf 685,03 Euro zzgl. Nebenkostenvorauszahlung i. H. v. 146,14 Euro (jeweils inkl. 16 % MwSt.), insgesamt mithin 831,17 Euro. Hierbei ist zu beachten, dass die Nebenkostenvorauszahlungen ebenfalls der gem. § 535 II BGB zu zahlenden Miete hinzuzurechnen sind (Palandt/Weidenkaff, § 535 Rz. 72). Aus dem siebenfachen dieses Betrages ergibt sich sodann die eingeklagte Summe.

##### *4. Zwischenergebnis*

Der Klageanspruch ist mithin entstanden.

#### *II. Anspruch erloschen*

Der Anspruch könnte allerdings erloschen sein, wenn die Bekl. das zugrundeliegende Mietverhältnis durch ihr Schreiben vom 18.05.1999 zuvor wirksam gekündigt hat. Eine solche Kündigung würde zur Beendigung des Mietverhältnisses für die Zukunft (ex nunc) führen und die aus dem Mietverhältnis in Zukunft resultierenden Ansprüche zum Erlöschen bringen.

##### *1. Außerordentliche Kündigung*

Die Bekl. hat das Mietverhältnis laut Schreiben vom 18.05.1999 zunächst außerordentlich zum 30.09.1999 gekündigt.

Insofern bedürfte sie allerdings eines Grundes für die außerordentliche Kündigung. Ein solcher liegt nach § 543 I BGB vor, wenn dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und nach Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Mietverhältnisses bis zum Ablauf der geltenden Kündigungsfrist oder dem sonstigen Ende des Mietverhältnisses nicht zugemutet werden kann.

Die Bekl. führte zur Begründung ihrer Kündigung die mangelnde Attraktivität des Einkaufszentrum sowie zahlreiche Einbrüche in ihrem Geschäftslokal an. Allerdings ist nicht bekannt, inwieweit die Kl. für diese Umstände in irgendeiner Form verantwortlich sein sollte. Insbesondere kann nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass sie der Bekl. wider besseres Wissen unberechtigte Hoffnungen auf bestimmte Kundenzahlen oder gar Umsätze gemacht hätte. Zudem wurde den enttäuschten Erwartungen der Bekl. ab 01.01.1997 bereits durch eine deutliche Reduzierung des seitens der Kl. geforderten Mietzinses Rechnung getragen.

Demzufolge kann ein Kündigungsgrund i. S. d. § 543 I BGB, der eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen könnte, nicht festgestellt werden.

## 2. Ordentliche Kündigung

Die Kündigung könnte demnach allenfalls als ordentliche Kündigung unter Beachtung der Kündigungsfrist des § 580 II BGB (= § 565 Ia BGB a. F.) zum 31.12.1999 Wirksamkeit entfalten.

### a. Ausschluss der ordentlichen Kündigung durch Befristung des Mietvertrages bis Januar 2006

Allerdings ist insoweit wiederum zu beachten, dass die ordentliche Kündigung laut Mietvertrag vom 08./12.01.1996 bis Ende Januar 2006 ausgeschlossen war. Demzufolge war der Mietvertrag zunächst bis Ende Januar 2006 für beide Parteien befristet. Eine ordentliche Kündigung kommt allerdings nur bei auf unbestimmte Zeit eingegangenen Mietverträgen in Betracht (Palandt/Weidenkaff, v. § 535 Rz. 80).

### b. Kein Mietvertrag auf unbestimmte Zeit gem. §§ 578 I, II, 550 BGB

Hier ist allerdings erneut zu prüfen, inwieweit die Parteien die gem. §§ 578 I, II, 550 BGB erforderliche Schriftform eingehalten haben, da im Falle der Nichteinhaltung der Vertrag als auf unbestimmte Zeit eingegangen zu behandeln wäre, was der Bekl. - nachdem seit Überlassung der Räumlichkeiten mehr als ein Jahr vergangen war - die Möglichkeit zur ordentlichen Kündigung eröffnen würde.

### aa. Kein Formverstoß bei erstmaliger Herabsetzung der Miete im Juli 1997

Wie bereits oben unter I. 2. erörtert, könnte sich zunächst ein Formverstoß daraus ergeben, dass über die

Herabsetzung lediglich ein von der Kl. unterzeichnetes Schreiben vom 21.07.1997 vorlag.

“Die Bekl. hat das im Schreiben der Kl. vom 21.07.1997 enthaltene Angebot auf "zunächst" bis Ende 1997 befristete Herabsetzung des Mietzinses durch entsprechend herabgesetzte Zahlungen konkludent angenommen. Diese Vereinbarung bedurfte indes [...] schon deshalb nicht der Schriftform, weil die Kl. sich den jederzeitigen Widerruf des Mietzinsnachlasses vorbehalten hatte. Deshalb wäre ein nach §§ 578 I, II, 566 BGB [= § 571 BGB a.F.] auf Vermieterseite in den Vertrag eintretender Grundstückserwerber, dessen Schutz §§ 578 I, II, 550 BGB [= § 566 BGB a.F.] bezwecken, auch bei einem Erwerb im Jahre 1997 nicht an die vereinbarte Änderung gebunden gewesen, weil das Recht, sie jederzeit zu widerrufen, ebenfalls mit dem Erwerb auf ihn übergegangen wäre. Deshalb bedarf es hier auch keiner Entscheidung, ob eine nachträgliche Herabsetzung des Mietzinses nur dann nicht der Schriftform bedarf, wenn sie das erste Mietjahr betrifft (vgl. BGH, Urteil vom 18.06.1969 - VIII ZR 88/67 - LM § 126 BGB Nr. 7 Bl. 2 = WM 1969, 920 f.), oder - wozu der Senat neigt - auch dann nicht, wenn sie zwar einen späteren Zeitraum betrifft, ihre Geltungsdauer aber ein Jahr nicht übersteigt (h.M., vgl. Müller JR 1970, 86, 87; Staudinger/Emmerich BGB [2003] § 550 Rz. 31 m.N.; Palandt/Weidenkaff BGB 64. Aufl. § 550 Rz. 16; MünchKomm-BGB/Schultz 3. Aufl. § 566 Rz. 197; Wolf/Eckert/Ball, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 9. Aufl. Rz. 118; Heile in Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete 3. Aufl. Rz. 763, 773; Kellendorfer in Müller/Walther Miet- und Pachtrecht § 550 Rz. 40; juris PK/Tonner 2. Aufl. § 550 Rz. 13; HOLG Hamburg OLGR 2003, 153 f.; vgl. auch Senatsurteil BGHZ 154, 171, 180: § 566 BGB a.F. soll einen potentiellen Grundstückserwerber nur davor schützen, beim Eintritt in einen ihm nicht bekannten Vertrag an dessen Bedingungen länger als ein Jahr gebunden zu sein).”

Ein Formverstoß durch die erstmalige Herabsetzung der Monatsmiete lag mithin nicht vor.

### bb. Kein Formverstoß durch Herabsetzung der Miete über das Jahr 1997 hinaus

Fraglich ist, ob sich etwas anderes daraus ergibt, dass die Bekl. auch über das Jahr 1997 hinaus nur eine reduzierte Miete entrichtet und die Kl. dies widerspruchslos hingenommen hat. Hierin könnte eine über ein Jahr hinausgehende konkludente Herabsetzungsvereinbarung zu sehen sein, die sodann den oben skizzierten Schutzzweck des § 550 BGB berühren könnte.

“Auch die Feststellung [...], zwischen den Parteien bestehe Einigkeit, dass auch nach 1997 nur der reduzierte Mietzins zu zahlen war, rechtfertigt nicht den Schluss, dass die Schriftform des Mietvertrages jeden-

falls vom Zeitpunkt dieser Einigung an nicht mehr gewährt gewesen sei. [...] Der Umstand, dass die Bekl. auch über 1997 hinaus nur den herabgesetzten Mietzins zahlte und die Kl. dies unwidersprochen hinnahm, kann allenfalls als stillschweigende Einigung darüber angesehen werden, dass die ursprüngliche Befristung des Mietnachlasses bis Ende 1997 entfallen sollte. Eine weitergehende Änderung der 1997 erzielten Übereinkunft, insbesondere der Wegfall des Vorbehalts ihres Widerrufs, konnte dem Verhalten der Kl. in den Folgejahren auch aus der Sicht der Bekl. nicht entnommen werden. [...] Die Feststellung, dass die Parteien sich über die Zahlung des reduzierten Mietzinses auch nach 1997 einig waren, trifft zu, weil die Kl. ihr Entgegenkommen nicht widerrufen hat; sie beinhaltet aber nicht, dass die Parteien sich auch darüber einig gewesen seien, dass die Kl. es nicht mehr hätte widerrufen dürfen. Damit verblieb es bei dem im Angebot der Kl. vom 21.07.1997 ausdrücklich erklärten Vorbehalt des jederzeitigen Widerrufs des gewährten Mietnachlasses. Aufgrund dieser nach wie vor bestehenden Möglichkeit des jederzeitigen Widerrufs konnte auch durch einen Wegfall der Befristung in der ursprünglichen Änderungsvereinbarung eine längerfristige künftige Bindung der Kl. an den gewährten Mietnachlass nicht eintreten, mag dieser der Bekl. auch tatsächlich länger als ein Jahr gewährt worden sein. Auch ein potentieller Grundstückserwerber wäre daran nicht längerfristig gebunden gewesen, weil auch er nach seinem Eintritt in den Mietvertrag gemäß §§ 578 I, II, 566 BGB [= § 571 BGB a.F.] von diesem Recht zum Widerruf jederzeit hätte Gebrauch machen können.“

Demzufolge bedurfte auch die über 1997 hinaus fortgesetzte Herabsetzung der seitens der Bekl. geschuldeten Monatsmiete grundsätzlich nicht der Schriftform.

*cc. Keine abweichende Beurteilung aufgrund nur einseitiger Widerrufsmöglichkeit*

Allenfalls könnte die Tatsache, dass allein von Vermieterseite diese vertragliche Vereinbarung widerrufen werden konnte eine andere Beurteilung rechtfertigen, weil ein etwaiger Grundstückserwerber auf die durch

eine schriftliche Niederlegung dieser Abrede gewährte Rechtssicherheit angewiesen sein könnte.

“Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass nur die Kl. bzw. ein späterer Grundstückserwerber sich durch einseitige Erklärung von der vereinbarten Herabsetzung des Mietzinses lösen konnte, denn diese begünstigte allein die Bekl. Dieser wäre es jedenfalls unbenommen geblieben, zur Zahlung des ursprünglichen Mietzinses zurückzukehren; es erscheint nach der Lebenserfahrung ausgeschlossen, dass ihr Vertragspartner sich dem widersetzt hätte. Nichts anderes gilt, wenn die Bekl. mit Rücksicht auf die Herabsetzung des Mietzinses auf Gewährleistungsansprüche wegen der eingetretenen Geschäftsentwicklung verzichtet hätte [...]. Denn der Verzicht auf Gewährleistungsansprüche wegen eines bestimmten, bereits eingetretenen Mangels bedarf nicht der Schriftform, weil er nicht den Inhalt des Mietvertrages ändert, auch nicht den Umfang des geschuldeten Mietgebrauchs, sondern nur die rechtlichen Folgen seiner nicht vertragsgemäßen Gewährung betrifft; abgesehen davon bedarf ein potentieller Grundstückserwerber als neuer Vermieter insoweit keines Schutzes.“

*c. Zwischenergebnis*

Das Schreiben der Bekl. vom 18.05.1999 konnte das zwischen den Parteien bestehende Mietverhältnis mithin auch nicht zum 31.12.1999 als ordentliche Kündigung beenden.

*III. Ergebnis*

Da weitere Einwendungen oder Einreden der Bekl. nicht ersichtlich sind, steht der Kl. tatsächlich ein Anspruch i. H. v. 5.818, 16 Euro zu. Die Klage wird vollumfänglich Erfolg haben.

*[Anm.: Selbstverständlich ist der Mietanspruch hier nicht wegen unterbliebener Gebrauchsüberlassung im streitgegenständlichen Zeitraum nach § 326 I 1 BGB erloschen, da die Bekl. diesen Umstand durch ihre Räumung selbst herbeigeführt hat, vgl. § 326 II 1 Fall 1 BGB.]*

## Standort: § 211 StGB

## Problem: Verdeckungsabsicht

BGH, URTEIL VOM 01.02.2005

1 STR 327/04 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

### **Problemdarstellung:**

Der Angeklagte hatte versucht, eine Bekannte zu töten, die kurz vorher ihrer Betreuerin davon berichtet hatte, dass der Angeklagte sie ein paar Tage zuvor vergewaltigt hatte. Das Landgericht Augsburg hatte hierin insb. einen versuchten Mord aus Verdeckungsabsicht gesehen. Der Angeklagte legte hiergegen Revision ein, die der BGH zurückwies.

### **Prüfungsrelevanz:**

Tötungsdelikte und die sich insofern ergebenden Probleme, gerade bzgl. der Mordmerkmale, stellen einen besonders beliebten Prüfungsstoff in beiden Staatsexamen dar.

Schwerpunkt der Ausführungen des BGH ist im vorliegenden Urteil das Mordmerkmal der Verdeckungsabsicht. Nach § 211 II StGB begeht der Täter insbesondere dann einen Mord, wenn er einen anderen Menschen tötet, “um eine andere Straftat zu verdecken”. Die klassische (und einfache) Konstellation

bei diesem Mordmerkmal ist, dass der Täter einen Zeugen tötet, von dem er eine Anzeige einer vom Täter oder einem Dritten bereits begangenen Tat bei den zuständigen Stellen befürchtet. Problematisch ist deshalb im vorliegenden Fall, ob der Angeklagte, der wusste, dass das Opfer die zuvor von ihm zu ihrem Nachteil begangene Vergewaltigung bereits ihrer Betreuerin (wenn auch noch nicht der Polizei oder Staatsanwaltschaft) angezeigt hatte, wirklich handelte, "um eine Straftat zu verdecken", obwohl er doch wusste, dass diese bereits "aufgedeckt" worden war.

Der BGH führt hier seine bisherige Rechtsprechung fort, dass eine Verdeckungsabsicht selbst dann noch vorliegenden kann, wenn die Tat bereits den Behörden zur Kenntnis gebracht worden ist, falls der Täter zumindest durch die Beseitigung eines Belastungszeugen seine Verurteilung erschweren will (BGHR § 211 II, Verdeckungsabsicht 6). Im vorliegenden Fall betont der BGH, dass man dem Angeklagten die Vergewaltigung zwar u.U. auch allein durch die Aussage der Betreuerin hätte nachweisen können, jedoch die Angegriffene als Opfer der Vortat natürlich die bessere Zeugin darstellt.

#### **Vertiefungshinweise:**

Zur Verdeckungsabsicht i.S.v. § 211 StGB insb. bei bereits "aufgedeckter" Tat: *BGH*, NStZ-RR 1997, 132; NStZ 1985, 166; NJW 1991, 1189;

#### **Kursprogramm:**

*Examenskurs*: "Heimatfilme"

#### **Leitsatz:**

**In Verdeckungsabsicht handelt auch derjenige, welcher - um der Strafverfolgung zu entgehen - das Opfer einer Straftat tötet, selbst wenn dieses die Tat bereits einer anderen Person mitgeteilt hatte, jedoch allein aufgrund der Aussage eines solchen Zeugen vom Hörensagen die Tatumstände noch nicht in einem die Strafverfolgung sicherstellenden Umfang aufgedeckt würden.**

#### **Sachverhalt:**

A und P sind schwer alkoholkrank. Sie lernten sich vor etwa drei Jahren kennen. Nachdem sich die Bekanntschaft verfestigt hatte, besuchte der obdachlose und mittellose A die P zuletzt zwei- bis dreimal in der Woche in deren Häuschen und half ihr auch im Garten. Nach gemeinsamem Alkoholkonsum durfte der Angeklagte auch des öfteren in ihrem Haus übernachten. Zu intimen Kontakten, die über das Streicheln und Küssen hinausgingen, kam es aber nicht, weil P dies jeweils ablehnte. Als A in der Nacht vom 25./26. März 2003 erneut bei P übernachten durfte, begab er sich gegen 1.30 Uhr in das Schlafzimmer der bereits schlafenden

P und erklärte ihr, dass er mit ihr schlafen wolle. Nachdem diese ihm erwidert hatte, er solle sie in Ruhe lassen, schlug er sie ins Gesicht und erzwang trotz deren heftiger Gegenwehr den Geschlechtsverkehr, ohne dass es aber zum Samenerguss kam. Nach einiger Zeit entschuldigte sich A bei der P und verbrachte dann den Rest der Nacht in der Küche des Hauses.

Am nächsten Morgen verließ er das Haus, kam aber am Abend zurück, entschuldigte sich nochmals und erklärte, dass er sich an den Vorfall nicht mehr genau erinnern könne. Nachdem die P für beide gekocht hatte, tranken sie zusammen erhebliche Mengen Alkohol. P hatte dem A zwar zunächst gesagt, er müsse gehen, weil ihre Betreuerin sie am nächsten Morgen aufsuchen werde. Nachdem er geantwortet hatte, er könne sich dann ja im Nebenzimmer verstecken, ließ sie ihn erneut im Haus übernachten.

Als am nächsten Morgen, am 27. März 2003, gegen 9.30 Uhr die Z, die Betreuerin der P, ans Fenster klopfte, versteckte sich A im Schlafzimmer, während die beiden Frauen in die Küche gingen. A konnte aber so unbemerkt den Inhalt der Gespräche zwischen beiden mithören und vernahm, dass P ihrer Betreuerin erzählte, dass sie von ihm geschlagen und vergewaltigt worden sei. Er hörte auch, dass sie verabredeten, dass Z die Polizei verständigen solle. A geriet hierüber in Wut und entschloss sich nun, die P zu töten und dadurch eine belastende Aussage bei der Polizei zu verhindern. Nachdem P ihre Betreuerin danach aus dem Haus gelassen hatte und zurückkam, packte A sie sogleich mit einer Hand an den Haaren und zog sie auf diese Weise ins Badezimmer hinein, zugleich mit der anderen Hand auf sie einschlagend. Während er Wasser in die Badewanne einlaufen ließ, erklärte er ihr, dass er sie jetzt umbringen werde, und sagte: "jetzt ersauf ich dich". Als das Wasser in der Badewanne eine Höhe von ca. 20 cm erreicht hatte, drückte er den Kopf der P in die Wanne, um sie zu ertränken. Dennoch gelang es P, sich seinem Griff zu entwinden und ins Schlafzimmer zu fliehen. Er verfolgte sie, beschimpfte sie und drohte ihr damit, sie umzubringen. Im Schlafzimmer schlug er dann so fest auf die P ein, dass diese zu Boden ging. A setzte sich nun auf sie und würgte sie. Zu diesem Zeitpunkt trafen die von der Betreuerin informierten Polizeibeamten am Anwesen ein und machten sich durch Klopfen am Schlafzimmerfenster bemerkbar. Dennoch setzte A zunächst das Würgen fort, so dass die P zwar einmal um Hilfe schreien konnte, danach aber zumindest kurzzeitig das Bewusstsein verlor. Als die Polizeibeamten weiterhin mit lautem Rufen und Klopfen Einlass begeherten, erkannte A die Aussichtslosigkeit seines Tuns, ließ von P ab und legte sich zunächst ins Bett. Erst unmittelbar bevor die Haustür gewaltsam geöffnet werden sollte, ließ er die Polizei ein.

Hat A sich durch sein Verhalten am 27.03.2003 straf-

bar gemacht?

[*Bearbeitervermerk: Gehen Sie davon aus, dass A sich durch sein Verhalten in der Nacht vom 25. auf den 26.03.2003 wegen Vergewaltigung (§ 177 I StGB) und Körperverletzung (§ 223 I StGB) strafbar gemacht hat und dass er während des gesamten im Sachverhalt beschriebenen Geschehens schuldfähig war.*]

### Lösung:

A. Strafbarkeit des A wegen versuchten Mordes gem. §§ 211, 22, 23 I StGB

A könnte sich dadurch, dass er den Kopf der P unter Wasser drückte und diese würgte, wegen versuchten Mordes gem. §§ 211, 22, 23 I StGB strafbar gemacht haben.

#### I. Vorprüfung

Da P nicht gestorben ist, ist die Tat nicht vollendet. Die Strafbarkeit des versuchten Mordes ergibt sich aus seinem Verbrechenscharakter (§§ 211 I, 12 I, 23 I StGB).

#### II. Tatentschluss

A müsste Tatentschluss zur Begehung eines Mordes gehabt haben.

Der Tatentschluss beinhaltet den Vorsatz bzgl. der Verwirklichung aller objektiven Tatbestandsmerkmale sowie das Vorliegen der sonstigen subjektiven Tatbestandsmerkmale (Wessels/Beulke, AT, Rn. 596).

##### 1. Bzgl. Tötung der P

A müsste zunächst Tatentschluss gehabt haben, die P zu töten. A wollte die P töten, hat ihr dieses sogar noch ausdrücklich gesagt. Ein entsprechender Tatentschluss ist somit gegeben.

Der BGH stellt dies nur kurz fest: "Entsprechend hat der Angeklagte [...] mit direktem Tötungsvorsatz gehandelt."

##### 2. Bzgl. Heimtücke

A könnte weiterhin Tatentschluss gehabt haben, die P heimtückisch zu töten.

Eine heimtückische Tötung setzt nach ganz herrschender Meinung zumindest voraus, dass der Täter in feindseliger Willensrichtung die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers bewusst zur Tötung ausnutzt (BGHSt 28, 211; Schönke/Schröder-Eser, § 211 Rn. 23); streitig ist, ob darüber hinaus auch ein besonders verwerflicher Vertrauensbruch erforderlich ist (so z.B. SK-Horn, § 211 Rn. 32).

A müsste sich also zunächst vorgestellt haben, dass P arglos sei. Arglos ist, wer sich in der unmittelbaren Tatsituation keines Angriffs seitens des Täters versieht (BGHSt 7, 218).

A hatte P, bevor er damit begann, ihren Kopf unter

Wasser zu drücken, brutal an den Haaren gepackt und durch die Wohnung gezogen; während des Einlassens des Wassers, das eine ganze Weile gedauert hat, hatte er bereits erklärt, dass er die P töten werde. P musste also frühzeitig erkannt haben, dass A einen Angriff auf ihr Leben durchführen wollte, sie war ab diesem Zeitpunkt nicht mehr arglos, wobei davon auszugehen ist, dass A sich dessen auch bewusst war. A hielt P also im Tatzeitpunkt nicht für arglos und hatte deshalb keinen Tatentschluss bzgl. einer heimtückischen Tötung der P.

##### 3. Bzgl. Grausamkeit

A könnte jedoch Tatentschluss dazu gehabt haben, die P grausam zu töten.

Eine Tötung ist grausam i.S.v. § 211 StGB, wenn der Täter dem Opfer in gefühlloser, unbarmherziger Gesinnung körperliche oder seelische Schmerzen oder Qualen zufügt, die über das für die Tötung erforderliche Maß hinausgehen (BGH, NSTZ 1994, 239; LK-Jähnke, § 211 Rn. 53).

A wollte die P zunächst ertränken und dann erwürgen. Hierbei handelt es sich zwar um Tötungshandlungen, die erst nach einer gewissen Zeitdauer und nicht - wie z.B. das Erschießen - sofort zum Tode des Opfers führen. Dennoch sind dies keine Vorgehensweisen, die vom Grade der beim Opfer verursachten Leiden den "klassischen" Fällen grausamer Tötung (z.B. Verbrennen, Verhungernlassen; vgl. Tröndle/Fischer, § 211 Rn. 23) vergleichbar wären und das für die Annahme eines Mordes erforderliche Maß an Verwerflichkeit erreichten. A hatte also keinen Tatentschluss bzgl. einer grausamen Tötung der P.

##### 4. Verdeckungsabsicht

A könnte jedoch in der Absicht gehandelt haben, andere Straftaten - nämlich die zwei Tage zuvor begangenen §§ 177, 223 StGB - zu verdecken.

Der BGH führt hierzu aus: "In Verdeckungsabsicht handelt, wer als Täter ein Opfer deswegen tötet, um dadurch eine vorangegangene Straftat als solche oder auch Spuren zu verdecken, die bei einer näheren Untersuchung Aufschluss über bedeutsame Tatumstände geben könnten (BGHSt 15, 291, 295 ff.; BGH NJW 1999, 1039, 1041; BGHSt 41, 358, 360; Schneider in MünchKomm StGB § 211 Rdn. 71). Allerdings scheidet begrifflich eine Tötung zur Verdeckung einer Straftat dann aus, wenn diese bereits aufgedeckt ist (vgl. BGH GA 1979, 108). Das kann etwa in Betracht kommen, wenn eine Überführung des Täters durch die Beseitigung eines Belastungszeugen nur erschwert wird (BGH GA aaO; BGHR StGB § 211 Abs. 2 Verdeckung 6: für den Sachverhalt, dass wegen der 'zu verdeckenden Straftat' bereits Anklage erhoben worden war).

Jedoch kann auch nach Bekanntwerden einer Straftat ein Täter dann noch in Verdeckungsabsicht handeln,

wenn er zwar weiß, dass er als Täter dieser Straftat verdächtigt wird, die genaue Kenntnis über den strafrechtlich bedeutsamen Sachverhalt jedoch allein er und das Opfer haben und die Tatumstände deshalb noch nicht in einem die Strafverfolgung sicherstellenden Umfang aufgedeckt sind (BGHSt 15, 291, 296; BGH, Urteil vom 27. April 1978 - 4 StR 143/78, insoweit nicht abgedruckt in BGHSt 28, 18 ff.).

Vorliegend hat die Strafkammer rechtsfehlerfrei festgestellt, dass der Angeklagte, als er sich im Schlafzimmer versteckt hatte, das Gespräch zwischen der Zeugin P und ihrer Betreuerin mithören konnte und dabei vernahm, dass die Zeugin P erzählte, dass sie von ihm geschlagen und vergewaltigt worden sei und dass deshalb die Polizei verständigt werden sollte. Darüber erzürnt entschloss sich der Angeklagte, die Zeugin P zu töten und dadurch eine belastende Aussage von ihr bei den Ermittlungsbehörden zu verhindern. Hierbei ging der Angeklagte - zutreffenderweise - subjektiv (vgl. hierzu BGH NStZ 1994, 583) davon aus, dass ohne die Aussage der Geschädigten P bei der Polizei die Tatumstände noch nicht für eine Strafverfolgung zureichend aufgedeckt sind (BGHSt 15, 291, 296). Schon deshalb handelte er in Verdeckungsabsicht, weil er einen Menschen töten wollte, von dem er die Aufdeckung seiner Tat befürchtete, die nach seiner Vorstellung den Strafverfolgungsbehörden noch nicht in einem für eine Verurteilung ausreichenden Umfang bekannt war (BGH StV 1998, 24).

Hinzu kommen aber auch weitere objektive Umstände: die Betreuerin, die Zeugin Z, konnte die Vergewaltigung nur als Zeugin vom Hörensagen schildern. In solchen Fällen sind jedoch strenge Anforderungen an die Tragfähigkeit einer zur Verurteilung führenden Beweiswürdigung zu stellen, weil der Tatrichter die Glaubwürdigkeit der unmittelbaren Beweisperson und die Glaubhaftigkeit ihrer Angaben nicht originär, sondern nur vermittelt über Berichte anderer beurteilen kann (vgl. BGHR StPO § 261 Beweiswürdigung 28; NStZ-RR 2002, 176). Eine Befragung gezielt im Blick auf die Tatvorwürfe wäre ebenso wenig möglich gewesen wie eine etwaige Glaubwürdigkeitsbegutachtung. Nicht einmal im Ermittlungsverfahren hätte bei einer Tötung der einzigen unmittelbaren Belastungszeugin eine förmliche strafverfahrensbezogene Vernehmung konkret zu den gegen den Angeklagten erhobenen Beschuldigungen erfolgen können (vgl. BGHR aaO), so dass keine weiteren Anhaltspunkte für eine Überprüfung des Wahrheitsgehalts der strafrechtlich erheblichen Vorwürfe hätten gewonnen werden können. Damit waren auch objektiv die Tatumstände nicht in einem für eine Strafverfolgung sicherstellenden Umfang aufgedeckt (vgl. BGHSt 15, 291, 296).

Nach den gegebenen Umständen hätte vielmehr allein die Aussage der Zeugin Z schwerlich zu einer Verurteilung des Angeklagten führen können, zumal bei einer erfolgreichen Tötung der Zeugin P deren starke

Alkoholisierung festgestellt worden wäre, so dass noch in erheblicherer Weise Zweifel an der Glaubhaftigkeit ihrer Angaben gegenüber der Betreuerin aufgekommen wären, als sie jetzt von der Verteidigung geltend gemacht werden. Gerade weil es vorliegend bei dem Vorwurf einer Vergewaltigung und zwei einander gegenüberstehender Aussagen des Angeklagten und des Opfers bzw. deren Betreuerin auf die Einzelheiten und Gegebenheiten der Tathandlung für die Frage der Glaubwürdigkeit der Geschädigten ankommt, war die Annahme des Angeklagten, die Tat sei noch nicht ausreichend aufgedeckt, auch objektiv zutreffend.

Ob die Situation anders zu beurteilen wäre, wenn die Geschädigte zum Sachverhalt der Vergewaltigung bereits durch in der Ermittlung von Sachverhalten geschulte Polizeibeamte vernommen worden wäre (vgl. hierzu BGHR StPO § 261 Beweiswürdigung 28), braucht der Senat nicht zu entscheiden."

A hat also mit Verdeckungsabsicht gehandelt.

### III. Unmittelbares Ansetzen (§ 22 StGB)

A müsste auch zur Begehung der Tat unmittelbar angesetzt haben (§ 22 StGB).

Nach herrschender Meinung, der gemischt subjektiv-objektiven Theorie, ist ein unmittelbares Ansetzen gegeben, wenn der Täter die Schwelle zum "jetzt geht es los" überschreitet, was der Fall ist, wenn er Handlungen vornimmt, die nach seinem Tatplan ohne wesentliche Zwischenschritte unmittelbar in die Tatbestandsverwirklichung einmünden sollen, so dass aus Tätersicht das geschützte Rechtsgut bereits konkret gefährdet erscheint (BGH, StV 1997, 241; Wessels/Beulke, AT, Rn. 601).

Spätestens in dem Zeitpunkt, in dem A den Kopf der P unter Wasser drückte, waren aus seiner Sicht keine weiteren wesentlichen Zwischenschritte mehr erforderlich, um den Tod der P herbeizuführen, so dass er auch von einer konkreten Gefahr für das Leben der P ausging und somit die Schwelle zum "jetzt geht es los" überschritten hatte. A hat somit unmittelbar zur Begehung eines Mordes angesetzt.

### IV. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte rechtswidrig und schuldhaft

### V. Kein Rücktritt (§ 24 StGB)

A könnte gem. § 24 I StGB strafbefreiend zurückgetreten sein, indem er die P nicht weiter würgte, sondern von ihr abließ.

Der Rücktritt könnte jedoch wegen Vorliegens eines fehlgeschlagenen Versuchs ausgeschlossen sein.

### 1. Anerkennung der Fallgruppe des fehlgeschlagenen Versuchs

Fraglich ist zunächst, ob der fehlgeschlagene Versuch eine selbstständige Fallgruppe darstellt, die den strafbefreienden Rücktritt von vornherein ausschließt.

*a. Herrschende Meinung*

Nach herrschender Meinung ist ein Rücktritt vom Versuch von vorneherein ausgeschlossen, wenn dieser fehlgeschlagen ist (BGH, StV 1999, 596; Schönke/Schröder-Eser, § 24 Rn. 7). Eoin Fehlschlag liegt nach dieser Auffassung grundsätzlich dann vor, wenn der Täter erkannt hat, dass er mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln den tatbestandlichen Erfolg gar nicht mehr oder zumindest nicht ohne erhebliche zeitliche Zäsur herbeiführen kann.

*b. Minderheitsmeinung*

Die Gegenauffassung - auch die ältere Rechtsprechung - sieht in dem Fehlschlag keine eigenständige Fallgruppe (BGHSt 4, 56; Maurach/Gössel/Zipf, AT2, § 41 Rn. 36 ff.), sondern verneint hier größtenteils die Freiwilligkeit (RGSt 45, 7; 70, 3; Kühl, JuS 1981, 193).

*c. Stellungnahme*

Für die letztgenannte Meinungsgruppe und gegen die Anerkennung des fehlgeschlagenen Versuchs als eigene Fallgruppe lässt sich zwar anführen, dass das Gesetz diese Fallgruppe nicht kennt und deshalb die Annahme dieser den strafbefreienden Rücktritt ausschließenden Konstellation eine verbotene (vgl. Art. 103 II GG) Analogie zu Lasten des Täters sein könnte. Außerdem bedarf es der Annahme dieser Fallgruppe nicht, wenn sich diese Fallkonstellationen ebenso über die Freiwilligkeit lösen lässt. Hiergegen ist jedoch anzuführen, dass auch die Minderheitsmeinung dieselbe Fallgruppe als Rücktrittsausschluss berücksichtigt (nur halt in der Freiwilligkeit), so dass es keinen Verstoß gegen Art. 103 II GG darstellt, wenn man dies mit der herrschenden Meinung als eigene Fallgruppe tut. Auch ist festzustellen, dass man von einem "Aufgeben" der Tat, wie es insb. § 24 I 1 1. Fall StGB für einen Rücktritt verlangt, eigentlich nur sprechen kann, wenn der Täter glaubt, dass er die Tat auch noch durchführen könne. Dies ist also kein Problem der Freiwilligkeit, die ja in § 24 StGB zusätzlich zum Aufgeben der weiteren Tatausführung gefordert wird. Der h.M. ist also zu folgen. Der fehlgeschlagene Versuch stellt eine eigene den Rücktritt ausschließende Fallgruppe dar.

*2. Fehlschlag beim mehraktigen Versuch*

Eine Besonderheit des vorliegenden Falles besteht darin, dass A durch zwei unmittelbar aufeinander folgende Handlungen (zunächst das Ertränken in der Badewanne, dann das Erwürgen) versuchte, den Taterfolg - den Tod der P - herbeizuführen. Wann bei einem solchen mehraktigen Versuch ein Fehlschlag gegeben ist, ist auch streitig.

*a. Einzelaktstheorie*

Nach der sog. Einzelaktstheorie liegt ein fehlgeschlagener Versuch bereits dann vor, wenn der Täter einen

aus seiner Sicht erfolgsgerechten Akt durchgeführt und sodann erkannt hat, dass dieser den Erfolg nicht herbeiführen wird (Schönke/Schröder-Eser, § 24 Rn. 21; Jakobs, AT, § 26 Rn. 15 ff.). Nach dieser Ansicht läge bereits nach dem Untertauchen der P in der Badewanne ein fehlgeschlagener Versuch vor, da A davon ausging, dies sei bereits geeignet, den Erfolg herbeizuführen und dann erkannte, dass noch weitere Handlungen erforderlich sein würden.

*b. Tatplantheorie*

Eine andere Meinung, insb. die frühere Rechtsprechung, stellt auf den Tatplan des Täters vor Beginn der ersten Ausführungshandlung ab: ein - nicht mehr rücktrittsfähiger - fehlgeschlagener Versuch soll dann vorliegen, wenn der Täter alle ursprünglich geplanten Handlungen vorgenommen und erkannt hat, dass diese den Erfolg nicht herbeiführen werden (BGHSt 23, 359). Nach dieser Ansicht läge hier kein fehlgeschlagener Versuch vor, da A nicht von vornherein vorhatte, ausschließlich durch das Ertränken den Tod der P herbeizuführen.

*c. Lehre vom Rücktrittshorizont, Gesamtbetrachtungslehre*

Nach herrschender Meinung ist für die Frage des fehlgeschlagenen Versuchs die Sicht des Täters nach Abschluss der letzten Ausführungshandlung maßgebend: fehlgeschlagen ist der Versuch dann, wenn der Täter nach Vornahme der letzten Ausführungshandlung nicht mehr glaubt, die Tat in unmittelbarer Fortführung des bisher Geschehenen vollenden zu können (Lehre vom Rücktrittshorizont) (BGHSt 35, 90; BGH, StV 2003, 217; Puppe, NStZ 1986, 15; Roxin, JR 1986, 424). Sofern der Versuch nicht fehlgeschlagen ist und die Voraussetzungen für einen Rücktritt vorliegen, erstreckt sich dieser auf alle Teilakte (Gesamtbetrachtungslehre).

Nach Vornahme des letzten Teilaktes, d.h. nach dem Würgen der P, ging A wegen der Ankunft der Polizei nicht mehr davon aus, die Tat noch in unmittelbarer Fortführung des bisher Geschehenen vollenden zu können. So sieht es auch der BGH: "Zutreffend hat das Landgericht einen freiwilligen Rücktritt verneint, weil der Angeklagte beim Eintreffen der Polizeibeamten und deren nachdrücklichem Klopfen am Fenster, um eine Öffnung des Hauses zu erreichen, erkannt hatte, dass er den von ihm bezweckten Erfolg nicht mehr erreichen konnte."

*d. Stellungnahme*

Gegen die Tatplantheorie spricht, dass sie den umsichtigeren und gefährlicheren Täter, der sich vorher viele Wege überlegt, um die Tat zu vollenden, privilegiert, da dieser länger zurücktreten kann als der phantasie- und harmlosere Täter, der schneller die von ihm vorhergesehenen Mittel ausgeschöpft hat. Auch hat diese



Auffassung Probleme bei Fallkonstellationen wie der vorliegenden, in denen sich der Täter spontan zur Tatbegehung entschließt, ohne sein Tun im Detail vorher zu planen. Man könnte sich nämlich nach dieser Auffassung ebenso gut auf den Standpunkt stellen, dass dann stets nur der erste Akt geplant ist (was bedeuten würde, dass dann auch hier ein Fehlschlag vorläge). Die Tatplantheorie ist somit abzulehnen. Da die anderen Meinungen zum selben Ergebnis kommen, ist eine weitere Streitentscheidung entbehrlich. Der Versuch ist fehlgeschlagen. Ein strafbefreiender Rücktritt des A ist somit ausgeschlossen.

#### VI. Ergebnis

A ist strafbar gem. §§ 211, 22, 23 I StGB.

#### B. Strafbarkeit des A wegen gefährlicher Körperverletzung gem. §§ 223, 224 I Nr. 5 StGB

Dadurch, dass A den Kopf der P zunächst unter Wasser drückte und sie dann würgte, könnte er sich wegen gefährlicher Körperverletzung gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 5 StGB strafbar gemacht haben.

#### I. Tatbestand

##### 1. Grunddelikt: § 223 I StGB

A müsste zunächst den objektiven Tatbestand des § 223 I StGB verwirklicht haben. Dazu müsste er die P körperlich misshandelt oder an der Gesundheit geschädigt haben.

Körperliche Misshandlung ist jede üble, unangemessene Behandlung, die das körperliche Wohlbefinden und/oder die körperliche Integrität des Opfers nicht nur unwesentlich beeinträchtigt (BGH, NJW 1995, 2643); eine Gesundheitsschädigung hingegen liegt vor bei jedem Hervorrufen oder Steigern eines pathologischen, also krankhaften, Zustands (OLG Düsseldorf, MedR 1984, 29).

Sowohl das Untertauchen der P in der Badewanne als auch das anschließende Würgen stellen üble, unangemessene Behandlungen dar, die zu extremer Atemnot führen und deshalb das körperliche Wohlbefinden der P erheblich beeinträchtigt. Außerdem ist davon auszugehen, dass zumindest durch das Würgen auch Blutergüsse am Hals der P entstanden sind, so dass A auch einen pathologischen Zustand herbeigeführt hat. A hat P somit körperlich misshandelt und an der Gesundheit geschädigt.

##### 2. Qualifikation: § 224 I Nr. 5 StGB

A könnte auch den Qualifikationstatbestand des § 224 I Nr. 5 StGB verwirklicht haben, d.h. er könnte die P einer lebensgefährlichen Behandlung unterzogen haben.

Nach herrschender Meinung muss die Handlung i.R.v. § 224 I Nr. 5 StGB lediglich abstrakt geeignet sein, das Leben des Opfers zu gefährden (BGH, NStZ-RR

1997, 7; Frisch, JuS 1990, 365 mwN); nach einer Minderheitsmeinung ist eine konkrete Lebensgefährdung erforderlich (Schröder, JZ 1967, 522). Einer Streitentscheidung bedarf es hier jedoch nicht, da sowohl das Untertauchen des Kopfes der P in der Badewanne als auch das Würgen zu einer konkreten Gefahr für das Leben des P geführt haben. Daher ist nach beiden Meinungen dieses Qualifikationsmerkmal erfüllt.

#### 3. Vorsatz

A wollte P töten (s.o.), so dass er sie, da die Körperverletzung ein notwendiges Durchgangsstadium zur Tötung darstellt (Schönke/Schröder-Eser, § 212 Rn. 18), auch verletzen wollte. Aufgrund seines Tötungsvorsatzes muss A auch eine lebensgefährdende Behandlung in sein Vorstellungsbild aufgenommen haben. A hat also vorsätzlich gehandelt.

#### II. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte rechtswidrig und schuldhaft.

#### III. Ergebnis

Eine Strafbarkeit des A gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 5 StGB ist somit gegeben.

#### C. Strafbarkeit des A wegen Bedrohung gem. § 241 I StGB

A könnte sich auch wegen Bedrohung gem. § 241 I StGB strafbar gemacht haben, indem er P eröffnete, dass er sie jetzt umbringen werde, und sagte: "jetzt ersauf ich dich".

#### I. Tatbestand

A müsste P mit der Begehung eines gegen sie oder eine ihr nahe stehenden Person gerichteten Verbrechens bedroht haben.

A hatte P angedroht, dass er sie umbringen werde, was einen Mord (§ 211 StGB) oder zumindest einen Totschlag (§ 212 StGB) darstellen würde. Da es sich bei diesen beiden Delikten gem. § 12 I StGB i.V.m. §§ 211 I, 212 I StGB um Verbrechen handelt, hat A der P somit mit der Begehung eines gegen sie gerichteten Verbrechens bedroht.

Da A auch vorsätzlich handelte, hat er den Tatbestand des § 241 I StGB erfüllt.

#### II. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

#### III. Ergebnis

A ist strafbar gem. § 241 I StGB.

#### D. Konkurrenzen und Gesamtergebnis

Die Handlungen, durch die A die verschiedenen Delikte begangen hat (Ankündigung der Tötung, Ertränken und Erwürgen) liegen zeitlich ganz eng zusammen und sich von dem einheitlichen Willen getragen, gegen die

P vorzugehen, so dass sie eine natürliche Handlungseinheit bilden. Obwohl die Körperverletzung ein notwendiges Durchgangsstadium für eine Tötung darstellt, bleiben der nur versuchte Mord und die vollendete (gefährliche) Körperverletzung all aus Klarstellungsgründen nebeneinander bestehen (vgl. BGH, NJW 1999, 69 (= RA 1999, 30); Schönke/Schröder-Eser § 212 Rn. 23). Zwar schützt § 241 I StGB ein anderes Rechtsgut als die §§ 211, 223 StGB, nämlich

das Vertrauen des Einzelnen auf den Rechtsfrieden (BVerfG, NJW 1995, 2777; Tröndle/Fischer, § 241 Rn. 2). Jedoch tritt § 241 I StGB zurück, wenn - wie hier - die angedrohte Tat in unmittelbarem zeitlichem Zusammenhang danach zumindest versucht wird (BGH, GA 1977, 306; LK-Träger/Schluckebier, § 241 Rdn. 27; MüKo StGB-Gropp/Sinn, § 241 Rdn. 17). A ist also strafbar gem. §§ 211, 22, 23 I; 223 I, 224 I Nr. 5; 52 StGB.

### IMPRESSUM

<b>HERAUSGEBERIN:</b>	JURA INTENSIV VERLAGS-GMBH & Co. KG, Salzstraße 18, 48143 Münster Tel.: 0251/4824-60; Fax: 0251/4824-545 <a href="http://www.jura-intensiv.de">http://www.jura-intensiv.de</a> <a href="mailto:ra@jura-intensiv.de">ra@jura-intensiv.de</a>
<b>CHEFREDAKTION:</b>	Rechtsanwalt Frank Schildheuer ( <i>zugleich Öffentliches Recht</i> )
<b>REDAKTEURE:</b>	Rechtsanwalt Frank Bollmeyer ( <i>Zivilrecht</i> ); Rechtsanwalt Uwe Schumacher ( <i>Strafrecht</i> ) Die Redakteure sind postalisch erreichbar unter der Adresse der Herausgeberin.
<b>ABONNEMENT:</b>	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.
<b>BEZUGSPREISE:</b>	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.
<b>VERSAND:</b>	Ohne Zusicherung eines festen Veröffentlichungstermins monatlich per Post.
<b>NACHBESTELLUNG:</b>	Einzelne Hefte <i>früherer</i> Jahrgänge können zum Preis von 4 Euro/Heft nachbestellt werden, solange Vorrat reicht. Jahrgangsregister ab 1999: 3 Euro/Jahrgang. Einbanddecken (dunkelblau, jahresneutral): 7 Euro/Stück. Nachbestellung von Sonderbeilagen auf Anfrage. Alle Preise zzgl. 3,50 Euro Versandkosten. Bitte Verrechnungsscheck oder Einzugsermächtigung beifügen. Der Bezug von Einzelheften des <i>laufenden</i> Jahrgangs ist nur i. V. m. einem Abonnement möglich.

*Literaturauswertung**Öffentliches Recht*

<b>Autor/Titel:</b>	Poscher, Ralf: "Neue Rechtsgrundlagen gegen rechtsextremistische Versammlungen"
<b>Fundstelle:</b>	NJW 2005, 1316 (Heft 19)
<b>Inhalt:</b>	Das Gesetz zur Änderung des Versammlungsgesetzes ist zum 1.4.05 in Kraft getreten. Es soll besonders das Einschreiten gegen rechtsextremistische Versammlungen erleichtern. Der Beitrag stellt die darin enthaltenen Neuerungen vor.

<b>Autor/Titel:</b>	Schoch, Friedrich: "Polizeipflichtigkeit von Hoheitsträgern"
<b>Fundstelle:</b>	Jura 2005, 324 (Heft 5)
<b>Inhalt:</b>	Die Polizeipflicht von Hoheitsträgern hat sich zu einem Standardthema im Polizeirecht gemauert. Der Autor kritisiert die wohl noch der h.M. entsprechende Differenzierung zwischen sogen. formeller und materieller Polizeipflicht, wonach zwar der Hoheitsträger auch Störer sein könne (materielle Polizeipflicht), der gestörte Hoheitsträger aber keine Kompetenz zum Einschreiten gegen diesen habe (formelle Polizeipflicht).

*Zivilrecht*

<b>Autor/Titel:</b>	Lorenz, Stephan: "Voreilige Selbstvornahme der Nacherfüllung im Kaufrecht: Der BGH hat gesprochen und nichts ist geklärt"
<b>Fundstelle:</b>	NJW 2005, 1321 (Heft 19)
<b>Inhalt:</b>	Der Autor setzt sich bereits mit der in dieser Ausgabe der RA dargestellten Entscheidung BGH NJW 2005, 1348 auseinander. In dieser Entscheidung hat der BGH der nicht zuletzt von Lorenz entwickelten Auffassung, wonach dem Käufer, der einen Mangel der Kaufsache in Eigenregie beseitigen lässt, ohne dem Verkäufer zuvor eine Nacherfüllungsfrist gesetzt zu haben, gem. § 346 I i. V. m. § 326 II 2, IV BGB ein Anspruch auf Erstattung der seitens des Verkäufers gesparten Nacherfüllungskosten (vgl. § 439 II BGB) zustehen soll, eine Absage erteilt. Vor diesem Hintergrund verwundert nicht die Tatsache, dass der Autor diese Entscheidung kritisiert, sondern vielmehr der Umstand, dass dem erkennenden BGH-Senat vorgeworfen wird, das "Grundanliegen der Schuldrechtsreform" vollständig verkannt zu haben. Die Diskussion des oben skizzierten Problems dürfte angesichts dieser Reaktion keinesfalls als beendet anzusehen sein.

<b>Autor/Titel:</b>	Förster, Christian: "Der Einwendungsduschgriff - Humor im Recht"
<b>Fundstelle:</b>	JURA 2005, 314 (Heft 5)
<b>Inhalt:</b>	Die obige Titelangabe dieses Aufsatzes ist keineswegs durch eine schlampige Arbeitsweise des hier zuständigen Redakteurs deformiert worden, sondern entspricht den Tatsachen. Der Autor stellt hier eine ganze Reihe von Gerichtsentscheidungen unterschiedlichsten Datums zusammen, die teilweise aufgrund des zugrundeliegenden Sachverhalts, teilweise aufgrund der Ausführungen der erkennenden Gerichte schlichtweg komisch sind. Wer also die bierernste Examensvorbereitung kurz unterbrechen und sich trotzdem - schon des Gewissens wegen - juristischer Fachliteratur zuwenden will, mag sich hier darüber informieren, warum Faxgeräte so gefährlich oder Duschen so sensibel sind.

<b>Autor/Titel:</b>	Tiedtke, Klaus / Burgmann, Roland: "Gewährleistungs- und Haftungsausschluss beim Verkauf gebräucherter Sachen an und zwischen Verbrauchern"
<b>Fundstelle:</b>	NJW 2005, 1153 (Heft 17)
<b>Inhalt:</b>	Die Autoren befassen sich mit dem Dauerbrenner der Wirksamkeit von Gewährleistungsausschlussvereinbarungen. Sie unterscheiden hierbei einerseits nach den beteiligten Vertragsparteien, andererseits nach Inhalt und Art (Individualabrede oder AGB-Klausel) der Vereinbarungen und liefern so eine übersichtliche Zusammenfassung der Thematik.

## *Strafrecht*

<b>Autor/Titel:</b>	Trück, Thomas: "Die Problematik der Rechtsprechung des BGH zum bedingten Tötungsvorsatz"
<b>Fundstelle:</b>	NStZ 2005, 233 (Heft 5)
<b>Inhalt:</b>	Dass der BGH die - gerade bei den Tötungsdelikten besonders wichtige - Abgrenzung zwischen bedingtem Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit anhand der sog. Hemmschwellentheorie vornimmt, dürfte mittlerweile allgemein bekannt ist. In welchen Fallgruppen der BGH aufgrund besonders gefährlicher Handlungen des Täters die Annahme eines (bedingten) Tötungsvorsatzes für besonders naheliegend hält, inwiefern psychologische Ausnahmesituationen sich auf den Vorsatz auswirken und dass der BGH bisher klare Abgrenzungskriterien vermissen lässt, zeigt dieser Aufsatz auf.

<b>Autor/Titel:</b>	Walter, Tonio: "Raubgewalt durch Unterlassen"
<b>Fundstelle:</b>	NStZ 2005, 240 (Heft 5)
<b>Inhalt:</b>	Ist es möglich, die für einen Raub (§ 249 I StGB) erforderliche, nach herrschender Meinung final eingesetzte, Gewalt auch durch Unterlassen auszuüben? Mit dieser fast schon klassischen Fragestellung befasst sich dieser Aufsatz, indem er einen Überblick über den gegenwärtigen Streitstand gibt und sich um eine neue, vermittelnde, Lösung bemüht.

<b>Autor/Titel:</b>	Hecker, Bernd und Witteck, Lars: "Fahrlässige Tötung oder straflose Mitwirkung am Selbstmord bei Vornahme einer vom Suizidenten gesteuerten Tötungshandlung?"
<b>Fundstelle:</b>	JuS 2005, 397 (Heft 5)
<b>Inhalt:</b>	Die Abgrenzung zwischen (jedenfalls nach § 216 StGB strafbarer) Fremdtötung und (strafloser) Teilnahme am Suizid des Opfers stellt ein besonders interessantes Problem aus dem Bereich der Tötungsdelikte dar. Die Verfasser greifen eine "klassische" Entscheidung zu dieser Thematik (OLG Nürnberg, NJW 2003, 454) auf und arbeiten diese dogmatisch auf, um möglich Abgrenzungskriterien zu entwickeln. Dabei kommen sie zu dem originellen Ergebnis, dass die erforderliche Abgrenzung nicht (wie von der ganz herrschenden Meinung) nach en Kriterien von Täterschaft und Teilnahme, sondern anhand der objektiven Zurechnung zu erfolgen hat. Allein schon wegen des innovativen Lösungsansatzes ist dieser Aufsatz einen Blick wert.