

Öffentliches Recht

Standort: Wahlrecht

Problem: 5%-Hürde für SSW

BVERFG, BESCHLUSS VOM 14.02.2005
2 BvL 1/05 (NVWZ 2005, 568)

Problemdarstellung:

Das BVerfG und das OVG Schleswig streiten um die Verfassungsmäßigkeit der im Wahlrecht des Landes Schleswig-Holstein vorgesehenen Ausnahme von der sogen. "5%-Sperrklausel" für Parteien der dänischen Minderheit. Während das OVG Schleswig in mittlerweile zwei konkreten Normenkontrollanträgen die Verfassungswidrigkeit dieser Ausnahme zu begründen versucht hat, hat das BVerfG beide Anträge als unzulässig abgeschmettert, weil sie nicht hinreichend begründet worden seien.

Prüfungsmaßstab ist die Gleichheit der Wahl, wobei das BVerfG diese seit Jahren - vom OVG Schleswig offensichtlich unbemerkt - nicht Art. 3 I GG, sondern für Bundestagswahlen Art. 38 I 1 GG, für Landtags- und Kommunalwahlen (wie hier) Art. 28 I 2 GG entnimmt. Das BVerfG wiederholt vorliegend seine st.Rspr., wonach es in der personalisierten Verhältniswahl - diese gibt es bei Bundestagswahlen ebenso wie bei Landtagswahlen in Schleswig-Holstein - eine absolute Zählwertgleichheit gebe ("one man, one vote"), in die unter keinen Umständen eingegriffen werden dürfe. Diese wird durch die 5%-Sperrklausel aber auch nicht tangiert. Daneben gebe es ferner eine Erfolgchance, die besage, dass sich jede Stimme grds. gleich auswirken müsse. Dies ist infolge der 5%-Sperrklausel nicht der Fall, da Stimmen für kleine Parteien u.U. überhaupt keinen "Erfolg" haben. Das BVerfG bejaht im Bereich der Erfolgswertgleichheit jedoch in st.Rspr. eine Rechtfertigungsmöglichkeit durch einen "zwingenden Grund", wobei dem Gesetzgeber diesbezüglich ein gewisser Spielraum zuzubilligen sei. Einen solchen Grund bejaht das Gericht i.E. für die Abweichung von der grds. alle Parteien treffenden 5%-Sperrklausel zugunsten von Volksminderheiten.

Prüfungsrelevanz:

Die letzte Landtagswahl in Schleswig-Holstein allgemein und die Rolle des SSW als "Zünglein an der Waage" im Besonderen haben nach der gescheiterten Wahl von Heide Simonis zur Ministerpräsidentin für viel Aufsehen gesorgt. Hinzu kommt, dass das BVerfG sich bereits mehrfach mit ähnlich gelagerten Fällen zu

befassen hatte, die Leitentscheidungen hervorgebracht haben, die jedem Examenskandidaten geläufig sein müssen:

1. Das BVerfG hält die 5%-Sperrklausel selbst auf Bundesebene bekanntlich für verfassungsgemäß, weil die Notwendigkeit einer effektiven Parlamentsarbeit mit stabilen Mehrheiten nicht gewährleistet sei, wenn sich das Parlament in viele kleine Parteien zersplittete. Negative Erfahrungen in der Weimarer Republik und im europäischen Ausland (Italien) belegen dies. Gerade umgekehrt ist es nach Ansicht des VerFGH NRW auf kommunaler Ebene, wo angesichts der zahlenmäßig deutlich kleineren Vertretungen eine solche Gefahr nicht bestehe, zudem keine negativen Erfahrungen aus anderen Bundesländern bekannt geworden seien, die traditionell keine 5%-Hürde kennen (Bayern, Baden-Württemberg - "süddeutsche Ratsverfassung") und nunmehr auch in NRW der Bürgermeister vom Volk direkt gewählt werde, sodass die Kommune nie ohne Verwaltungsspitze dastehen könne, selbst wenn man sich in der Vertretung nicht auf eine Person einigen könne (anders beim Bundeskanzler, der ja bekanntlich nicht durch das Volk direkt, sondern nach Art. 63 GG vom Deutschen Bundestag gewählt wird).

2. Das BVerfG hat bei der ersten Gesamtdeutschen Wahl 1990 eine Ausnahme von der 5%-Sperrklausel als gerechtfertigt angesehen. In der kürze der Zeit sei es Parteien mit einem Schwerpunkt in den fünf neuen Bundesländern (namentlich vor allem für die PDS) nicht möglich gewesen, sich vor der Bundestagswahl in einer die Chancengleichheit wahrenen Weise gesamtdeutsch aufzustellen. Deshalb genügte es bei der Bundestagswahl 1990, dass eine Partei lediglich in den alten *oder* in den fünf neuen Ländern die 5%-Hürde übersprang. Von dieser Entscheidung profitierte prompt die PDS. Demgegenüber argumentiert das BVerfG nun gegen den Vorschlag des OVG Schleswig, die dänischen Minderheiten nur in ihren Gebieten von der 5%-Sperrklausel zu befreien, dass das gesamte Wahlgebiet bzgl. der 5%-Sperrklausel gleich behandelt werden müsse, weil das Parlament die gesamte Wählerschaft repräsentiere. Eine überzeugende Begründung für diese Abweichung von der 1990er Entscheidung gibt das BVerfG nicht; es findet sich lediglich der eine Satz, die Regelung von Abweichungen falle letztlich in den Spielraum des Gesetzgebers. Genau diesen hatte das BVerfG 1990 aber mit seiner Ent-

scheidung korrigierend eingeschränkt, indem es die Aufteilung in zwei Wahlgebiete gebot (BVerfGE 82, 322).

3. Die sogen. "Grundmandatsklausel" stellt ebenfalls eine Ausnahme zur 5%-Sperrklausel dar. Danach genügt es für eine Teilnahme an der Verteilung der Sitze nach Zweitstimmen auch, wenn eine Partei bei Bundtagswahlen mindestens drei - in Schleswig-Holstein bei Landtagswahlen mindestens einen - direkt gewählten Wahlkreiskandidaten vorweisen kann. Das BVerfG hält auch diese Regelung für verfassungsgemäß. Die Rechtfertigung hierfür liege in der besonderen "politischen Integrationskraft" einer solchen Partei. Das Parlament müsse das ganze Volk repräsentieren, also den Volkswillen abbilden. Sei eine Partei regional besonders stark, dürfe sie daher im Parlament nicht gänzlich unberücksichtigt bleiben.

Vertiefungshinweise:

Rechtsprechung zur 5%-Sperrklausel: *BVerfGE* 95, 408; *BVerfG*, RA 2003, 473 = DVBl 2003, 929; *VerfGH NRW*, RA 1999, 361 und 534 = DVBl 1999, 1271

Zur Grundmandatsklausel: *Hoppe*, DVBl 1995, 265

Erster Vorlagebeschluss in dieser Sache: *OVG Schleswig*, NVwZ-RR 2003, 161

Erster Beschluss des BVerfG zur Unzulässigkeit der Vorlage in dieser Sache: *BVerfG*, NVwZ 2005, 205

Kursprogramm:

Examenskurs: "Wer die Wahl hat..."

Leitsatz (der Redaktion):

Die Befreiung der Parteien der dänischen Minderheit in Schleswig-Holstein von der sogen. 5%-Sperrklausel ist auch nach Einführung des Zwei-Stimmen-Wahlrechts verfassungsgemäß.

Sachverhalt:

Das Normenkontrollverfahren betrifft die Frage, ob die in § 3 I 2 des Wahlgesetzes für den Landtag von Schleswig-Holstein (SchlHWahlG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 7.10.1991 für Parteien der dänischen Minderheit vorgesehene Befreiung von der 5%-Sperrklausel auch nach Einführung des Zwei-Stimmen-Wahlrechts mit dem Grundgesetz und der Verfassung des Landes Schleswig-Holstein vereinbar ist.

Durch das Gesetz zur Änderung des Landeswahlgesetzes vom 27.10.1997 führte das Land Schleswig-Holstein die Zweitstimme ein. Nach den Grundsätzen der personalisierten Verhältniswahl wird danach in 45 Wahlkreisen durch Mehrheitswahl jeweils ein Abgeordneter gewählt; die übrigen Abgeordneten werden durch Verhältniswahl aus den Landeslisten der Partei-

en auf der Grundlage der im Land abgegebenen Zweitstimmen und unter Berücksichtigung der in den Wahlkreisen gewählten Kandidaten ermittelt. Einschränkungen ergeben sich aus § 3 I SchlHWahlG. Die Vorschrift lautet:

§ 3. Wahl der Abgeordneten aus den Landeslisten: (1) An dem Verhältnisausgleich nimmt jede Partei teil, für die eine Landesliste aufgestellt und zugelassen worden ist, sofern für sie in mindestens einem Wahlkreis eine Abgeordnete oder ein Abgeordneter gewählt worden ist oder sofern sie insgesamt 5% der im Land abgegebenen gültigen [Zweit-]Stimmen erzielt hat. Diese Einschränkungen gelten nicht für Parteien der dänischen Minderheit."

Am 24.3.2000 erhob der Bf. des Ausgangsverfahrens Einspruch gegen das am 10.3.2000 festgestellte amtliche Wahlergebnis der am 27.2.2000 durchgeführten Wahl zum Schleswig-Holsteinischen Landtag und wandte sich gegen die Zuteilung von Landtagsmandaten an den Südschleswigschen Wählerverband (SSW). Zur Begründung führte er aus, der SSW könne heute nicht mehr als Partei der dänischen Minderheit betrachtet werden. Jedermann - also auch ein deutscher Volkszugehöriger - könne zwischenzeitlich Mitglied des SSW werden; nicht einmal das Bekenntnis zur dänischen Minderheit werde in der Satzung noch verlangt.

Mit Beschluss vom 25.9.2002 hat das OVG Schleswig das Verfahren über die daraufhin erhobene Wahlprüfungsbeschwerde gem. Art. 100 I GG ausgesetzt und dem BVerfG die Frage zur Entscheidung vorgelegt, ob § 3 I 2 SchlHWahlG mit Art. 3 I und III, 21 I, 28 I 2 GG sowie Art. 3 I SchlHVerf. zu vereinbaren ist. Durch Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 17.11.2004 hat das BVerfG die Vorlage für unzulässig erklärt. Das OVG habe sich mit den Voraussetzungen der angenommenen Handlungspflicht des Landesgesetzgebers nicht hinreichend auseinander gesetzt und die für die Beibehaltung der landesweiten Privilegierung sprechenden Gründe nicht beachtet. Mit Beschluss vom 5.1.2005 hat das OVG Schleswig das Verfahren erneut dem BVerfG zur Entscheidung über die Verfassungsmäßigkeit des § 3 I 2 SchlHWahlG vorgelegt. Die Vorlage wurde erneut für unzulässig erklärt.

Aus den Gründen:

Auch die erneute Vorlage ist unzulässig.

A. Keine Bindungswirkung des ersten Beschlusses

Die Zulässigkeit der Vorlage ist nicht bereits deshalb zu verneinen, weil das BVerfG schon im vorangegangenen Verfahren 2 BvL 18/02 vom OVG Schleswig mit der Frage befasst worden war. Denn im Beschluss vom 17.11.2004 hat das BVerfG nicht zur Sache entschieden, so dass eine abschließende Bindungswirkung nach § 31 I BVerfGG nicht eingetreten ist (vgl. BVerf-

GE 33, 199 [204]; 70, 242 [249]; 79, 256 [264]). Nach Behebung der gerügten Zulässigkeitsmängel ist das Gericht des Ausgangsverfahrens daher berechtigt, die Frage der Verfassungsmäßigkeit des § 3 I 2 SchlHWahlG erneut dem BVerfG zur Entscheidung vorzulegen.

B. Überzeugung der Verfassungswidrigkeit

Neben der Beseitigung der Mängel der ersten Vorlage hat dabei jedoch auch der neue - rechtlich betrachtet selbstständige - Vorlagebeschluss die Voraussetzungen des § 80 II 1 BVerfGG zu erfüllen.

I. Eigene Prüfung des vorliegenden Gerichts

Die Entscheidung des BVerfG über die Verfassungsmäßigkeit einer gesetzlichen Vorschrift nach Art. 100 I GG kann ein Gericht danach nur einholen, wenn es zuvor die Entscheidungserheblichkeit der Vorschrift und ihre Verfassungsmäßigkeit sorgfältig geprüft hat. Dies ist schon deshalb geboten, weil das vorliegende Gericht mit der Aussetzung des Verfahrens den Beteiligten zunächst eine Entscheidung zur Sache verwehrt und die Erledigung des Rechtsstreits damit verzögert (vgl. BVerfGE 78, 165 [178]; 86, 71 [76]). Der Grundgedanke des Art. 100 I GG, die Autorität des parlamentarischen Gesetzgebers im Verhältnis zur Rechtsprechung zu wahren, gebietet es, dass sich das Gericht seine Überzeugung von der Verfassungswidrigkeit der Norm in einer Auseinandersetzung mit den hierfür maßgeblichen Gesichtspunkten, insbesondere auch den Erwägungen des Gesetzgebers, bildet, bevor es das BVerfG anruft (vgl. BVerfGE 86, 71 [77]). Das Gericht muss daher seine Überzeugung von der Verfassungswidrigkeit der Norm näher begründen und sich jedenfalls mit nahe liegenden tatsächlichen und rechtlichen Gesichtspunkten auseinander setzen (vgl. BVerfGE 86, 52 [57]; 88, 198 [201]). Dabei hat es auch die in Rechtsprechung und Literatur entwickelten Rechtsauffassungen zu berücksichtigen und auf unterschiedliche Auslegungsmöglichkeiten einzugehen, die für die Auslegung und Prüfung der in Frage stehenden Norm von Bedeutung sein können (vgl. BVerfGE 78, 165 [171]; 86, 71 [77]; 97, 49 [60]; 105, 61 [67]). Diesen Anforderungen wird die Vorlage nicht gerecht.

II. Bisherige Rechtsprechung des BVerfG

Dabei kann im Ergebnis offen bleiben, ob die im Beschluss vom 17. 11. 2004 aufgezeigten Zulässigkeitsmängel tatsächlich behoben worden sind. Die Vorlage setzt sich jedenfalls mit der Rechtsprechung des BVerfG zu den verfassungsrechtlichen Schranken der Regelungsbefugnis des Landesgesetzgebers nicht in hinreichender Weise auseinander und verkennt die Rückwirkungen auf das Wahlsystem, die sich aus der vorgeschlagenen Beschränkung der wahlrechtlichen Privilegierung auf den Landesteil Schleswig ergeben würden. Zudem hat das OVG den verfassungsrecht-

lichen Spielraum des Gesetzgebers bei der Gestaltung des Wahlsystems nicht ausreichend beachtet.

1. Zusammenhang zwischen Übergang zum "Zwei-Stimmen-Wahlrecht" und 5%-Sperrklausel

Zweifel bestehen bereits daran, ob mit der Vorlage die im Beschluss vom 17. 11. 2004 aufgezeigten Zulässigkeitsmängel tatsächlich behoben worden sind. Das BVerfG war in diesem Beschluss davon ausgegangen, dass Anknüpfungspunkt der vom vorliegenden Gericht angenommenen Verfassungswidrigkeit der seit 1955 unverändert gebliebenen Bestimmung des § 3 I 2 SchlHWahlG die Einführung des Zwei-Stimmen-Wahlrechts durch Änderungsgesetz vom 27.10.1997 gewesen war; es hatte insoweit hinreichende Darlegungen dazu vermisst, dass sich hierdurch die Regelungswirkung der beanstandeten Norm in verfassungsrechtlich erheblicher Weise geändert habe. Ob diese Annahme, wie das OVG Schleswig im Vorlagebeschluss vom 5.1.2005 ausführt, auf einem Missverständnis beruht, erscheint fraglich. Denn die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit des § 3 I 2 SchlHWahlG ist im Vorlagebeschluss vom 25.9.2002 (S. 16) mit den Worten eingeleitet worden:

„Nach alledem verbleibt nur noch zu prüfen, ob der Landesgesetzgeber, nachdem er das Zwei-Stimmen-Wahlrecht eingeführt hat, auch den § 3 I 2 SchlHWahlG, der infolge der Wahlrechtsänderung eine weiter reichende Bedeutung erlangt hat, aus verfassungsrechtlichen Gründen hätte ändern müssen. Dies ist nach Auffassung des Senats zu bejahen. Mit der Beibehaltung des § 3 I 2 SchlHWahlG hat der Landesgesetzgeber das Maß des Erforderlichen zur Erreichung des Ziels, das in legitimer Weise mit der Privilegierung der dänischen Minderheit verbunden ist, überschritten.“

Der kausale Zusammenhang der angenommenen Verfassungswidrigkeit mit der Wahlrechtsänderung ist im Vorlagebeschluss damit jedenfalls objektiv angelegt. Auch die Vorlage vom 5. 1. 2005 verweist im Übrigen auf den durch das Änderungsgesetz (angeblich) veränderten rechtlichen Bezug und die dadurch bewirkte „Ausdehnung der Privilegierung auf den Landesteil Holstein“ und übernimmt daher diese Argumentationsstruktur. Die Frage kann jedoch dahinstehen, weil das vorliegende Gericht nunmehr ausdrücklich (wenngleich insoweit ohne Begründung) klarstellt, dass die Vorschrift nach seiner Überzeugung auch schon vor der Wahlrechtsnovelle vom Oktober 1997 verfassungswidrig gewesen sei. [...]

2. Anforderungen an die Wahlrechtsgleichheit in den Ländern

Das vorliegende Gericht hat sich nicht in der gebotenen Weise mit der Rechtsprechung des BVerfG zur Reichweite des Spielraums auseinander gesetzt, der dem Gesetzgeber bei der Ausgestaltung des Wahlsystems

zukommt.

a. Verankerung der Wahlrechtsgleichheit nicht in Art. 3 I GG, sondern in Art. 21 I, 38 I 1 und 28 I 2 GG

Dies gilt zunächst schon für die zur Maßstabsbildung geäußerte Auffassung, die Wahlgleichheit könne als Anwendungsfall des allgemeinen Gleichheitssatzes verstanden werden. In der jüngeren Rechtsprechung des BVerfG ist hingegen geklärt, dass im Anwendungsbereich der speziellen wahlrechtlichen Gleichheitssätze nicht auf den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 I GG zurückgegriffen werden kann (vgl. BVerfGE 99, 1 [10]).

aa. Art. 28 I 2 GG

Der Grundsatz der gleichen Wahl ist in den Ländern vielmehr durch Art. 28 I 2 GG gewährleistet (vgl. dazu auch bereits BVerfGE 93, 373 [376] für Wahlen in Gemeinden). Innerhalb des durch Art. 28 I 2 GG bundesrechtlich vorgegeben Rahmens genießen die Länder im staatsorganisatorischen Bereich Autonomie. Sie regeln im jeweils eigenen Verfassungsraum Wahlsystem und Wahlrecht zu ihren Parlamenten und den kommunalen Vertretungen des Volkes. Das OVG hat jedoch auch die in der Rechtsprechung des BVerfG entwickelten materiellen Grundsätze zur gleichen Wahl nicht hinreichend beachtet. Aus dem Grundsatz der Wahlgleichheit folgt, dass die Stimme jedes Wahlberechtigten den gleichen Zählwert und die gleiche rechtliche Erfolgchance haben muss.

(1). Zählwertgleichheit absolut gewährleistet

Der Anspruch auf gleiche Behandlung der Stimme wendet sich historisch gegen eine unterschiedliche Gewichtung nach der Person des Wählers, seiner Zugehörigkeit zu einer Klasse oder seinen Vermögensverhältnissen (vgl. BVerfGE 6, 84 [91]). Er bringt den egalitären Grundzug der Demokratie zum Ausdruck und ist insbesondere darauf gerichtet, dass die Stimmen bei der Umsetzung in Mandate als dem eigentlichen Zweck der Wahl gleich behandelt werden. Wegen dieses Zusammenhangs mit dem Demokratieprinzip muss der Grundsatz der gleichen Wahl im Sinne einer strengen und formalen Gleichheit verstanden werden (vgl. BVerfGE 11, 351 [361]; 51, 222 [234]; 78, 350 [357]; 85, 148 [157]), die hinsichtlich der Zählwertgleichheit der Stimmen jede Differenzierung ausschließt (vgl. BVerfGE 1, 208 [247]).

(2). Erfolgswertgleichheit kann bei zwingendem Grund eingeschränkt werden

Hinsichtlich der Erfolgswertgleichheit der Stimmen ist dem Gesetzgeber jedoch nicht jede Differenzierung verwehrt, wenngleich der Spielraum auch hier eng bemessen ist (vgl. BVerfGE 82, 322 [338]; 99, 1 [9]). Entsprechende Differenzierungen sind nur unter den Voraussetzungen gerechtfertigt, die das BVerfG seit

seiner Leitentscheidung vom 5.4.1952 (BVerfGE 1, 208 [248 f.]) in der Formel eines "zwingenden Grundes" zusammenfasst (vgl. BVerfGE 95, 408 [417 f.]).

bb. Art. 21 I GG

Den gleichen Anforderungen hat das Wahlrecht auch im Hinblick auf die gem. Art. 21 I, 38 I 1 GG verfassungsrechtlich verbürgte Chancengleichheit der Parteien zu genügen (vgl. BVerfGE 82, 322 [337f.]; 95, 408 [417]).

b. Anforderungen an den "zwingenden Grund"

Die Rechtsprechung des BVerfG verlangt für einen derartig "zwingenden" Grund allerdings nicht, dass sich die Differenzierung von Verfassungen wegen als zwangsläufig oder notwendig darstellt. Es werden vielmehr auch Gründe zugelassen, die durch die Verfassung "nur" legitimiert und von einem Gewicht sind, dass sie der Wahlrechtsgleichheit die Waage zu halten vermögen, ohne dass die Verfassung diese Zwecke zu verwirklichen geradezu gebietet (vgl. BVerfGE 71, 81 [96] = NJW 1986, 1093). Insoweit genügen auch "zureichende", "aus der Natur des Sachbereichs der Wahl der Volksvertretung sich ergebende Gründe" (vgl. BVerfGE 1, 208 [248]; BVerfGE 6, 84 [92]), insbesondere also die Verwirklichung der mit der Parlamentswahl verfolgten Ziele (vgl. BVerfGE 13, 243 [248]; BVerfGE 51, 222 [236]).

c. "Besondere politische Integrationskraft" als "zwingender Grund"

Dementsprechend hat das BVerfG unter anderem auch die Sicherung des Charakters der Wahl als eines Integrationsvorgangs bei der politischen Willensbildung des Volkes als hinreichenden Grund für eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung anerkannt (vgl. BVerfGE 6, 84 [92]; 71, 81 [97]; 95, 408 [418]). Im Hinblick auf das Ziel der Verhältniswahl, ein Repräsentationsorgan zu schaffen, das die wesentlichen politischen Strömungen im Volk abbildet, muss der Wahlgesetzgeber zu verhindern suchen, dass gewichtige Anliegen im Volke von der Volksvertretung ausgeschlossen bleiben (vgl. BVerfGE 71, 81 [97]). Er ist dabei nicht darauf beschränkt, allein auf den Erfolg einer Partei in der Verhältniswahl abzustellen. Die besondere politische Integrationskraft einer Partei kann sich auch daraus ergeben, dass ihre Kandidaten Direktmandate errungen haben. Der Gesetzgeber kann in diesem Erfolg ein Indiz dafür sehen, dass diese Partei besondere Anliegen aufgegriffen hat, die eine Repräsentanz im Parlament rechtfertigen (vgl. BVerfGE 95, 408 [422]). Ebenso hat das BVerfG die Vertretung nationaler Minderheiten als politisch bedeutsam angesehen und die im Bundeswahlrecht geltende Ausnahme von der 5%-Sperrklausel für Parteien nationaler Minderheiten gebilligt (vgl. BVerfGE 5, 77 [83]; BVerfGE 6, 84 [97f.]). Es hat dabei auch die Besonderheiten he-

rausgestellt, die dazu führen, dass der SSW trotz eines landesweit geringen Stimmenanteils nicht als "Splitterpartei" bewertet werden kann (vgl. BVerfGE 1, 208 [257]).

d. Spielraum des Gesetzgebers

Es ist grundsätzlich Sache des Gesetzgebers, das Anliegen weit gehender integrativer Repräsentanz und die Gebote der Wahlrechtsgleichheit sowie der Chancengleichheit der politischen Parteien zum Ausgleich zu bringen (vgl. BVerfGE 51, 222 [236]; 71, 81 [97]). Das BVerfG achtet diesen Spielraum. Es prüft lediglich, ob dessen Grenzen überschritten sind, nicht aber, ob der Gesetzgeber zweckmäßige oder rechtspolitisch erwünschte Lösungen gefunden hat (vgl. BVerfGE 6, 84 [94]; 51, 222 [237]). Das Gericht kann daher einen Verstoß gegen die Wahlgleichheit nur feststellen, wenn die differenzierende Regelung nicht an einem Ziel orientiert ist, das der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung des Wahlrechts verfolgen darf, wenn sie zur Erreichung dieses Ziels nicht geeignet ist oder das Maß des zur Erreichung dieses Ziels Erforderlichen überschreitet (vgl. BVerfGE 6, 84 [94]; 51, 222 [238]; 71, 81 [96]; 95, 408 [420]).

III. Subsumtion

Nach diesen Maßstäben lässt sich den Ausführungen des OVG nicht entnehmen, dass der Gesetzgeber zur Beschränkung der wahlrechtlichen Privilegierung für Parteien der dänischen Minderheit auf den Landesteil Schleswig verpflichtet gewesen wäre.

1. Keine 5%-Sperrklausel nur in bestimmten Gebieten

Der angenommene Verstoß gegen den Erforderlichkeitsgrundsatz muss schon deshalb ausscheiden, weil eine weniger einschneidende, aber gleich geeignete Maßnahme zur Verwirklichung des - unstreitig legitimen - gesetzgeberischen Ziels nicht ersichtlich ist.

Das vorliegende Gericht stellt nicht in Abrede, dass der SSW als Partei der dänischen Minderheit anzuerkennen ist. Es meint jedoch, dieser Status könne dem Wählerverband nur hinsichtlich des Landesteils Schleswig sowie dem Wahlkreis Pinneberg-Nord zuerkannt werden. Außerhalb dieser Regionen sei bereits das Vorhandensein einer dänischen Minderheit nicht feststellbar, so dass für die Privilegierung jede Rechtfertigung fehle. Dem SSW dürfe die Stellung als Minderheitspartei daher nur in dem Teil des Wahlgebiets beige-messen werden, in dem er sie auch tatsächlich besitze.

a. Landtag repräsentiert das ganze Volk

Mit dieser Argumentation verkennt die Vorlage den Charakter einer bei der Wahl zum Landtag antretenden Partei. Gemäß Art. 10 I 1 SchlHVerf. ist der Landtag das vom Volk gewählte oberste Organ der politischen Willensbildung. Als Volksvertretung (vgl. Art. 3 I SchlHVerf.) repräsentiert er das Landesvolk und wählt

die Ministerpräsidentin oder den Ministerpräsidenten; korrespondierend dazu vertreten die Abgeordneten nach Art. 11 I 1 SchlHVerf. das ganze Volk. Von Wesen und Funktion des Landtags ist dieser daher stets auf das gesamte Gebiet des Landes Schleswig-Holstein hin ausgerichtet. Dies gilt auch in Ansehung der - möglicherweise räumlich beschränkten - besonderen Interessen einer nationalen Minderheit. Denn die Rechtfertigung einer wahlrechtlichen Sonderregelung ergibt sich auch insoweit gerade aus dem - auch Art. 5 II SchlHVerf. zu Grunde liegenden - Anliegen, der nationalen Minderheit zur Vertretung ihrer spezifischen Belange die Tribüne des Parlaments zu eröffnen (vgl. BVerfGE 6, 84 [98]). Wenn nun also einer Partei, jedenfalls in einem Teilbereich des Wahlgebiets, Funktion und Status einer anerkannten Minderheitspartei zukommt, so muss sich diese Eigenschaft zwangsläufig im gesamten Wahlgebiet auswirken.

b. Aufspaltung bei einheitlicher Listenwahl technisch unmöglich

Die vom vorlegenden Gericht in Aussicht genommene Aufspaltung des SSW kann auch mit den wahlrechtlichen Vorschriften nicht in Einklang gebracht werden; das OVG hat die Grundentscheidung des Gesetzgebers für einen landesweiten Verhältnisausgleich nicht im gebotenen Maße gewürdigt.

Nach § 3 I 1 SchlHWahlG nehmen am Verhältnisausgleich nur Parteien teil, für die eine Landesliste aufgestellt und zugelassen worden ist. Bezugspunkt für die in § 3 I 2 SchlHWahlG angeordnete Befreiung von der 5%-Sperrklausel sind daher von vornherein nur Parteien, die eine landesweite Liste aufgestellt haben und das Ziel verfolgen, Abgeordnete in den Landtag zu entsenden. Dem entspricht der in § 2 I 1 PartG konkretisierte Parteibegriff des Grundgesetzes (vgl. etwa BVerfGE 91, 262 [267]). Ausgangspunkt und Ziel des von § 3 I SchlHWahlG geregelten Verhältnisausgleichs ist daher die Zuteilung von aus der Landesliste zu besetzenden Sitzen im Landtag. Folgerichtig erstreckt sich auch die in § 3 I 1 SchlHWahlG angeordnete Einschränkung der 5%-Sperrklausel sowie die in § 3 I 2 SchlHWahlG vorgesehene Ausnahme hiervon auf die (gesamte) Landesliste. Eine andere Betrachtung ist mit Wortlaut und Systematik der Vorschrift nicht vereinbar.

Insoweit greift die Grundannahme des vorlegenden Gerichts zu kurz, die räumliche Eingrenzung der wahlrechtlichen Privilegierung ändere an dem Wahlsystem nichts. Denn hierzu müssten die Stimmen, die für den SSW im Landesteil Schleswig (sowie im Wahlkreis Pinneberg-Nord) abgegeben werden, von den im übrigen Land erzielten Stimmen unterschieden werden. Im Ergebnis liefe dies auf zwei getrennte Listen des SSW hinaus: eine für den Landesteil Holstein und eine für den Landesteil Schleswig. Jedenfalls für den SSW er-

gäbe sich damit aber eine Änderung der in § 3 I 1 SchlHLWahlG angeordneten Wahl der Abgeordneten aus Landeslisten. Denn insoweit fände keine Wahl nach Landeslisten mehr, sondern eine nach Landesteilisten statt. Die Eingrenzung der Befreiung von der 5%-Sperrklausel auf den Landesteil Schleswig würde daher auch eine Änderung des Wahlsystems bedeuten (vgl. dazu auch Pieroth, Rechtsgutachten im Auftrag des Schleswig-Holsteinischen Landtags v 23.12.2000, Umdruck des Schleswig-Holsteinischen Landtags 15/634, S. 39).

c. Keine Vergleichbarkeit mit PDS-Entscheidung

Schließlich hat das BVerfG bereits zur räumlichen Reichweite entsprechender Ausnahmen vom Grundsatz der Erfolgswertgleichheit Stellung genommen. Danach kann dem Gesetzgeber zwar zur Berücksichtigung besonderer Umstände auch die Möglichkeit zukommen, ein Stimmenquorum nicht auf das gesamte Wahlgebiet, sondern nur auf einzelne Wahlkreise zu beziehen (vgl. BVerfGE 82, 322 [348]). Selbst beim Vorliegen derartiger Besonderheiten steht die Abweichung vom Regelfall der Gleichbehandlung aller Wahlkreise aber grundsätzlich im Ermessen des Gesetzgebers (vgl. BVerfGE 6, 84 [95; 34, 81 [100]; 82, 322 [348]).

2. Keine Vergleichbarkeit mit Grundmandatsklausel

Auch eine verfassungsrechtliche Verpflichtung, die Auswirkungen der Grundmandatsklausel auf die regionale Nähe der Wahlkreiserfolge zu beschränken, besteht nach der Rechtsprechung des BVerfG nicht. Vielmehr ist der Wahlgesetzgeber nicht daran gehindert, die Grundmandatspartei mit allen errungenen Zweitstimmen an der Verteilung der Listenmandate teilnehmen zu lassen (vgl. BVerfGE 95, 408 [422 ff.], sowie zur Nichterforderlichkeit eines Regionalproporz auch BadWürttStGH, VBIBW 2003, 275). Das OVG hat sich mit dieser Rechtsprechung nicht ausreichend befasst. Es hat seine Haupterwägung, der Wahlgesetzgeber sei von Verfassungs wegen daran gehindert, eine Partei allein wegen ihrer Eigenschaft als Partei einer nationalen Minderheit über deren angestammten Siedlungsraum hinaus zu privilegieren, vielmehr entscheidend auf die Rechtsprechung zu den Grundmandaten als "zahlenmäßiges Kriterium" ge-

stützt; außerhalb des Siedlungsraums sei die Bedeutung als Minderheitspartei eine Eigenschaft, die - anders als die Erringung von Grundmandaten - außerhalb des Wahlvorgangs liege und deshalb kein zulässiges Anknüpfungskriterium für Ausnahmen von der Erfolgswertgleichheit. Mit dieser Sichtweise verkennt das OVG nicht nur, dass der Gesetzgeber nach der Rechtsprechung des BVerfG Ausnahmen von einem zulässigen Quorum auch im Hinblick auf Eigenschaften einer Partei machen darf, die sie ohne Rücksicht auf ihre zahlenmäßige Größe als parlamentswürdig erscheinen lassen, was gerade auf Parteien nationaler Minderheiten zutrifft (vgl. BVerfGE 4, 31 [40] = NJW 1954, 1601; BVerfGE 6, 84 [97] = NJW 1957, 377). Vor allem aber, berücksichtigt das vorliegende Gericht nicht, dass die Grundmandatsklausel als alternative Hürde zur 5%-Sperrklausel und die Befreiung der Parteien nationaler Minderheiten von diesen Hürden auf unterschiedlichen Motiven des Gesetzgebers beruhen und daher für jene geltende Erwägungen nicht zu Restriktionen für diese umgemünzt werden dürfen.

3. Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers

Das OVG verkennt darüber hinaus, dass es nicht Aufgabe der Gerichte ist, zu prüfen, ob der Gesetzgeber innerhalb seines ihm verfassungsrechtlich vorgegebenen Spielraums für die Gestaltung des Wahlsystems eine zweckmäßige oder rechtspolitisch vorzugswürdige Lösung gefunden hat (vgl. BVerfGE 95, 335 [354] = NJW 1997, 1533). Die verfassungsgerichtliche Kontrolle ist vielmehr darauf beschränkt, die Einhaltung der vorgegebenen Grundsätze zu überwachen. Die Landesverfassung bestimmt in Art. 10 II 2 jedoch nur, dass die Abgeordneten des Landtags nach einem Verfahren gewählt werden, das die Persönlichkeitswahl mit den Grundsätzen der Verhältniswahl verbindet. Das Nähere regelt ein Gesetz, das für den Fall des Entstehens von Überhangmandaten Ausgleichsmandate vorsehen muss (Art. 10 II 4 SchlHVerf.). Der Verfassungsgeber hat also bewusst darauf verzichtet, das Wahlsystem und dessen konkrete Ausgestaltung im Einzelnen verfassungsrechtlich vorzuschreiben. Er hat damit ein Stück materiellen Verfassungsrechts offen gelassen, das vom Wahlgesetzgeber in Ausübung eines weiten Gestaltungsspielraums auszufüllen ist (vgl. BVerfGE 95, 335 [349]).

Standort: Art. 3 I GG**Problem: Lenkungssteuer auf Kampfhunde**

OVG NRW, URTEIL VOM 16.12.2004
14 A 1820/03 (NVWZ 2005, 607)
OVG NRW, URTEIL VOM 25.11.2004
14 A 2973/02 (NWVBL 2005, 179)
BVERWG, BESCHLUSS VOM 22.12.2004
10 B 21.04 (BAYVBL 2005, 313)

Problemdarstellung:

Viele Städte und Gemeinden sind in ihren Hundesteuersatzungen dazu übergegangen, sogen. "Kampfhunde" mit einem deutlich höheren Steuersatz zu belegen als andere Hunde. Ziel dieser erhöhten Besteuerung ist es, das Halten solcher Hunde unattraktiv zu machen und somit zurückzudrängen. Das BVerwG hat in seiner Leitentscheidung vom 19.1.2000 (RA 2000, 104; BVerwGE 110, 265) diese sogen. "Lenkungssteuer" grundsätzlich abgesegnet, es insbesondere für zulässig gehalten, die Steuer auch rückwirkend für bereits zuvor angeschaffte Kampfhunde zu erheben. Die nachfolgenden 3 Entscheidungen beschäftigen sich nun mit Folgeproblemen, die in der Rspr. noch nicht geklärt waren:

1. In seinem Urteil vom 16.12.2004 (14 A 1820/03) kommt das OVG NRW zu dem Ergebnis, dass eine Regelung, welche die erhöhte Steuer von einem Stichtag abhängig macht und nur solche Kampfhunde mit einem erhöhten Steuersatz belegt, die nach einem bestimmten Datum angemeldet worden seien, willkürlich und wegen eines Verstoßes gegen Art. 3 I GG unwirksam sei. Im Fall war schon für den gewählten Stichtag keine Rechtfertigung ersichtlich. Auch für die Anknüpfung an die Anmeldung (statt an das Halten) des Hundes konnte das OVG keinen sachlichen Grund finden.

2. In seinem Urteil vom 25.11.2004 (14 A 2973/02) hält das OVG NRW eine kommunale Hundesteuersatzung, die zur Bestimmung von als gefährlich zu bewertenden und damit erhöht zu steuernden Hunden ausschließlich auf die Rassenliste der Anlage 1 der Landeshundeverordnung NRW vom 30.6.2000 "in der jeweils geltenden Fassung" verwies, für unwirksam. Mit einem solchen "dynamischen Verweis" übertrage der Rat de facto die Bestimmung der Rassen, für die erhöhte Steuern zu zahlen seien, auf den Ordnungsgeber, hier also das Landesministerium. Nach den Vorschriften der NWGO (hier: § 41 I Buchst. f NWGO) darf der Rat seine Kompetenz zur Rechtssetzung aber nicht übertragen. Ein statischer Verweis (auf die Verordnung in einer bestimmten Fassung) wäre hingegen unproblematisch möglich gewesen.

3. In seinem Beschluss vom 22.12.2004 (10 B 21.04) hält das BVerwG es schließlich für mit Art. 3 I GG vereinbar, wenn nur auf abstrakt gefährliche Hunde-

rassen eine erhöhte Lenkungssteuer erhoben wird, ohne dass diese gleichzeitig auch für konkret gefährliche Hunde aus ansonsten harmlosen Rassen anfällt. Das Gericht findet im wesentlichen zwei sachliche Rechtfertigungsgründe: Der Lenkungszweck könne nicht erreicht werden, wollte man auf das einzelne Tier abstellen, und zudem würde dies einen unzumutbaren Verwaltungsaufwand erfordern.

Am Rande dieser Entscheidung stellt das BVerwG auch fest, dass ein OVG (bzw. VGH) auch dann nicht "letztinstanzliches Gericht" i.S.d. Art. 234 III EG und damit zur Vorlage europarechtlicher Fragen an den EuGH verpflichtet ist, wenn es gegen seine Entscheidung die Revision nicht zulässt, da es noch die Möglichkeit der Nichtzulassungsbeschwerde gebe.

Prüfungsrelevanz:

Die Entscheidungen zeigen, dass das Thema "Kampfhunde" nicht nur ordnungsrechtlich interessant ist. Im Examen lassen sich vielmehr auch Konstellationen denken, in denen nach § 47 I Nr. 2 VwGO über die Wirksamkeit einer Lenkungssteuer auf Kampfhunde zu entscheiden ist. Voraussetzung für eine solche Konstellation ist natürlich, dass der jeweilige Landesgesetzgeber von der Möglichkeit Gebrauch gemacht hat, § 47 I Nr. 2 VwGO umzusetzen. Dies ist in allen Flächenländern außer Nordrhein-Westfalen der Fall.

Ferner eignet sich der Einstieg über eine kommunale Satzung für grundrechtlich ausgerichtete Aufgaben, namentlich für Verfassungsbeschwerden zu Art. 3 I GG. Die Gerichte zeigen in ihren Entscheidungen auf, dass nicht jedes beliebige Motiv der Verwaltung "sachlich" i.S.d. Art. 3 I GG ist.

Die vom OVG NRW angesprochene Problematik der Kompetenzverlagerung durch "dynamische Verweise" gibt es seit langem. Sie stellt sich selbstverständlich nicht nur bei dem Verweis auf eine Landesverordnung in einer kommunalen Satzung, sondern immer dann, wenn ein normgebender Verband auf Normen eines anderen Verbandes verweist, also etwa auch bei Verweisen von Landes- auf Bundesrecht. Das Gericht stellt geradezu lehrbuchhaft die jeweiligen Voraussetzungen für die verschiedenen Verweistechiken dar (vgl. i.Ü. die Vertiefungshinweise).

Vertiefungshinweise:

Zulässigkeit statischer und dynamischer Verweise: *BVerfGE* 47, 285 [309]; *Clemens*, AöR 111 [1978], 63 [65]; *Arndt*, JuS 1979, 784

Gleichheitsgrundsatz bei der Besteuerung von Kampfhunden: *BVerwG*, RA 2000, 104 = *BVerwGE* 110, 265; *NdsOVG*, ZKF 2003, 37

Zur Lenkungssteuer auf Glücksspielautomaten:

BVerwG, RA 2000, 495 = NVwZ 2000, 932

1. Teil: Urteil des OVG NRW vom 16.12.2004 (14 A 1820/03)

Leitsatz:

Die Regelung einer Hundesteuersatzung, die für die erhöhte Besteuerung individuell oder nach ihrer Rassezugehörigkeit gefährliche Hunde danach differenziert, ob diese vor oder nach einem - vor dem In-Kraft-Treten der Regelung liegenden - Stichtag (hier Erlass der Landeshundeverordnung Nordrhein-Westfalen) angemeldet wurden, entbehrt einer sachlichen Rechtfertigung und verstößt gegen Art. 3 I GG.

Sachverhalt:

Der Kl. hält seit 1997 einen Hund der Rasse "American Staffordshire Terrier", den er nach dem 30.6.2000 bei der Bekl. anmeldete. Die Bekl. zog den Kl. für das Jahr 2001 auf der Grundlage der Hundesteuersatzung der Stadt M. in der Fassung der 4. Änderungssatzung zu einer erhöhten Hundesteuer für das Halten eines „gefährlichen Hundes“ heran. Vor dem Erlass der 4. Änderungssatzung zur Hundesteuersatzung war eine erhöhte Besteuerung von „Kampfhunden“ in der Stadt M. erstmalig durch die 2. Änderungssatzung vom 19.4.2000 geregelt worden, die am 1.1.2001 in Kraft treten sollte. Noch vor dem In-Kraft-Treten dieser Satzung passte der Rat der Stadt M. die Hundesteuersatzung durch die 3. Änderungssatzung an die Terminologie der inzwischen in Kraft getretenen Landeshundeverordnung Nordrhein-Westfalen (NWHundeV) an und sah eine erhöhte Besteuerung nunmehr für „gefährliche Hunde“ vor. Am 1.2.2001 änderte der Rat der Stadt M. mit der 4. Änderungssatzung die Besteuerung von „gefährlichen Hunden“ rückwirkend zum 1.1.2001 dahin ab, dass nur noch solche "gefährlichen Hunde" der erhöhten Hundesteuer unterworfen sein sollten, die nach dem 30.6.2000 angemeldet worden waren. Der gegen die erhöhte Besteuerung gerichteten Klage gab das OVG auf die Berufung des Kl. statt.

Aus den Gründen:

Die angefochtenen Bescheide der Bekl. sind rechtswidrig, soweit der Kl. mit ihnen zu einer erhöhten Hundesteuer herangezogen worden ist. Sie können sich nicht auf eine wirksame Rechtsgrundlage stützen, denn die Hundesteuersatzung der Bekl. in der Fassung der vierten Änderungssatzung ist unwirksam, soweit sie in § 2 I 2, III eine erhöhte Besteuerung von nach dem 30.6.2000 angemeldeten "gefährlichen Hunden" regelt.

Diese Stichtagsregelung verstößt gegen Art. 3 I GG, weil sie ohne sachlich rechtfertigenden Grund allein solche Halter "gefährlicher Hunde" der erhöhten Steu-

er unterwirft, die ihre Hunde nach dem 30.6.2000 angemeldet haben, während Halter früher angemeldeter "gefährlicher Hunde" nur mit dem einfachen Steuersatz belegt werden.

A. Gleichheitsgrundsatz

Kriterium für die Beurteilung, ob eine Stichtagsregelung mit dem Gleichheitssatz vereinbar ist, ist es, ob der Normgeber „die für die zeitliche Anknüpfung in Betracht kommenden Faktoren hinreichend gewürdigt hat und die gefundene Lösung sich im Hinblick auf den gegebenen Sachverhalt und das System der Gesamtregelung durch sachliche Gründe rechtfertigen lässt oder als willkürlich erscheint“ (vgl. BVerfGE 44, 1 [21] = NJW 1977, 1677).

B. Sachlicher Grund

Den Aufstellungsvorgängen für die vierte Änderungssatzung zur Hundesteuersatzung lässt sich nicht entnehmen, welche Erwägungen für den Rat der Stadt maßgebend waren, als er die Stichtagsregelung beschloss. Die Ratsvorlage der Verwaltung für die Sitzung vom 1.2.2001, in der die 4. Änderungssatzung beschlossen wurde, führt dazu lediglich aus, dass diese Differenzierung auf eine Anregung in der Hauptausschusssitzung vom 26.1.2001 (Einwohner- und Bürgerfragestunde) und eine nachfolgende Diskussion zurückgeht, die zum Auftrag an die Verwaltung geführt hat, eine entsprechende Vorlage zu erarbeiten. Das Protokoll der Hauptausschusssitzung vom 26.1.2001 wiederum weist dazu nur aus, dass der Vorschlag, diesen Stichtag (allerdings auf das Halten und nicht auf das Anmelden der Hunde abstellend) einzuführen, von einer Tierärztin stammt und "die überwiegende Zustimmung des Hauptausschusses" fand. Gesichtspunkte, die für den Vorschlag und die Zustimmung maßgebend waren, weist das Protokoll nicht aus. Nichts anderes gilt für die Ratssitzung vom 1.2.2001 selbst. Dem zugehörige Protokoll lässt sich dazu nur entnehmen, dass ein Antrag, ohne Berücksichtigung des Anmeldezeitpunkts für alle so genannten "Kampfhunde" die erhöhte Steuer vorzusehen, mehrheitlich abgelehnt worden ist. Die für diese Ablehnung maßgeblichen Gründe sind in der Niederschrift nicht festgehalten.

I. Für Stichtagsregelung

Wegen dieses Schweigens des Normgebers kann nur aus dem Zusammenhang der Regelung und der Normentstehung beurteilt werden, ob sich für die getroffene Stichtagsregelung sachlich rechtfertigende Gründe finden lassen. Das ist jedoch nicht der Fall.

Der gewählte Stichtag ist der des Datums, das die Landeshundeverordnung Nordrhein-Westfalen trägt, nicht jedoch der ihres In-Kraft-Tretens, das nach § 12 I 1 NWHundeV auf den Tag nach der Verkündung im Gesetz- und Verordnungsblatt Nordrhein-Westfalen

vom 5.7.2000, also auf den 6.7.2000, fiel. Trotz dieses Auseinanderfallens der Daten ist jedoch davon auszugehen, dass der Satzungsgeber bei Einführung des Stichtags die Landeshundeverordnung Nordrhein-Westfalen im Blick hatte und mit seiner Entscheidung, "gefährliche Hunde" höher zu besteuern, in irgend einer Weise an das In-Kraft-Treten der Landeshundeverordnung Nordrhein-Westfalen anknüpfen wollte. Aber auch ausgehend davon, dass der Satzungsgeber an die Landeshundeverordnung Nordrhein-Westfalen zeitlich anknüpfen wollte, lässt sich kein sinnvoller Grund dafür finden, ab dem 1.1.2001 nur "gefährliche Hunde" höher zu besteuern, die nach dem 30.6.2000 angemeldet wurden, und die davor angemeldeten davon auszunehmen.

Vertrauensgesichtspunkte hinsichtlich der niedrigen Besteuerung bei den Haltern von vor dem Stichtag angemeldeten Hunden sind nicht erkennbar. Ein solches Vertrauen müsste sich, da es um die Besteuerung geht, darauf gerichtet haben, für den vor dem Stichtag angemeldeten "gefährlichen Hund" künftig keine erhöhte Steuer zahlen zu müssen. Abgesehen davon, dass es für eine solche Erwartung keine Rechtfertigung gibt, lässt sich auch nicht erkennen, warum eine solche Erwartung bei denjenigen, die den "gefährlichen Hund" nach dem 30.6.2000 angemeldet haben und auf deren Hundebestand die Satzung - in unechter Rückwirkung - die erhöhten Sätze anwendet, weniger schutzwürdig sein soll als bei den Haltern vorher angemeldeter Hunde. Dass mit dem In-Kraft-Treten der Landeshundeverordnung Nordrhein-Westfalen für gefährliche Hunde auf Landesebene erhebliche ordnungsrechtliche Einschränkungen eingeführt wurden, hat keinen erkennbaren Zusammenhang mit der Frage, ob in der Gemeinde eine erhöhte Besteuerung des Haltens von "gefährlichen Hunden" mit Lenkungsabsicht eingeführt würde oder nicht. Wenn schon vor dem In-Kraft-Treten der 4. Änderungssatzung in M. mit einer erhöhten Besteuerung "gefährlicher Hunde" gerechnet werden musste, so war dies bereits seit dem Beschluss des Rates über die 2. Änderungssatzung im April 2000 der Fall, als erstmals eine erhöhte Besteuerung von "Kampfhunden" in der Stadt M. eingeführt wurde. Der Stichtag 30.6.2000 hat zu auf die Besteuerung "gefährlicher Hunde" gerichteten Erwartungen und Hoffnungen von Hundehaltern dagegen keinerlei Bezug.

II. Für Anknüpfung an die Anmeldung

Ein Weiteres kommt hinzu: Das Abstellen der Stichtagsregelung auf den Zeitpunkt der "Anmeldung" des Hundes hat keine erkennbare sachliche Rechtfertigung. Wenn man zwischen den Altfällen (bereits gehaltene Hunde) und den Neufällen (neu angeschaffte Hunde) unter dem Gesichtspunkt der Lenkungswirkung (Zurückdrängen der "gefährlichen Hunde" in der Gemeinde durch steuerliche "Sanktionierung" nur der

Neuanschaffung) hätte unterscheiden wollen, so hätte auf das "Halten" des Hundes und nicht auf die Anmeldung abgestellt werden müssen. Nur da, wo - anders als im Falle des Kl., dessen Hundehaltung die Bekl. für mehrere Jahre nachversteuert hat - nicht hätte festgestellt werden können, wann der Hund angeschafft worden ist, wäre möglicherweise der Anmeldezeitpunkt ein tauglicher (Ersatz-)Anknüpfungspunkt gewesen.

III. Lenkungszweck keine Rechtfertigung für Rückwirkung

Im Übrigen wäre auch für eine allein Neuanschaffungen "gefährlicher Hunde" ins Auge fassende Lenkungsabsicht das Datum 30.6.2000 willkürlich gegriffen. Denn eine "rückwirkende Lenkung" von Neuanschaffungen durch eine im Februar 2001 beschlossene Regelung kommt für die Anschaffungen zwischen dem 30.6.2000 und dem In-Kraft-Treten dieser Regelung ebenso wenig in Betracht wie für die Zeit davor.

IV. Vergleich mit individuell gefährlichen Hunden

Die Willkürlichkeit der Stichtagsregelung wird besonders augenfällig, wenn man bedenkt, dass sie nicht nur die nach Rassemerkmalen in § 2 III der Satzung als gefährlich definierten Hunde, sondern auch die Hunde nach § 2 NWHundeV betrifft, also diejenigen, die sich unabhängig von ihrer Rassezugehörigkeit individuell als gefährlich erweisen. Bei diesen Hunden kann die erhöhte Besteuerung nach der Satzung erst dann einsetzen, wenn der jeweilige Tatbestand nach § 2 lit. a bis d erfüllt ist. Unterstellt man den Fall zweier Hunde einer nicht unter § 2 III der Satzung fallenden Rasse, die beide nach In-Kraft-Treten der Satzung eine Ausbildung zum Schutzhund erhalten (§ 2 lit. a NWHundeV), sich beide nach diesem Zeitpunkt als bissig erweisen (§ 2 lit. b NWHundeV), in gefahrdrohender Weise einen Menschen anspringen oder unkontrolliert Wild, Vieh, Katzen oder Hunde hetzen oder reißen (§ 2 lit. c und d NWHundeV), so führt die Satzung zu unterschiedlicher Besteuerung, wenn der eine Hund bis zum 30.6.2000 und der andere danach angemeldet wurde. Irgendein rational nachvollziehbarer Grund für diese Ungleichbehandlung kann nicht gefunden werden, weder unter steuerlichen Gesichtspunkten noch unter dem des mit der erhöhten Besteuerung verfolgten Lenkungszwecks.

C. Rechtsfolge

Der Verstoß gegen den Gleichheitssatz, der darin liegt, dass nur nach dem 30.6.2000 angemeldete Hunde erhöht besteuert werden, führt zur Nichtigkeit der Regelungen über die erhöhte Hundesteuer, nicht aber zur Gesamtnichtigkeit der 4. Änderungssatzung. Die 4. Änderungssatzung hat nämlich nicht nur die erhöhte Hundesteuer geregelt, sondern zugleich auch die erhöhte Hundesteuer für vor dem 1.7.2000 angemeldete "ge-

fährliche Hunde", die nach der Satzung in der Fassung der 3. Änderungssatzung ebenfalls erhöht besteuert wurden, abgeschafft. Diese Aufhebung der erhöhten Besteuerung begegnet keinen rechtlichen Bedenken und ist ihrerseits wirksam, so dass lediglich die Beibehaltung einer erhöhten Hundesteuer für die nach dem 30.6.2000 angemeldeten Hunde fehlerhaft ist und entfällt. Hieraus folgt, dass die Teilnichtigkeit der 4. Änderungssatzung nicht zum Wiederaufleben der Besteuerung nach den Vorgaben der 3. Änderungssatzung (kein Stichtag, doppelt so hoher Steuersatz) führt, sondern nur zum Wegfall der Rechtsgrundlage für eine Höherbesteuerung "gefährlicher Hunde".

2. Teil: Urteil des OVG NRW vom 25.11.2004 (14 A 2973/02)

Leitsätze:

1. Wird in einer kommunalen Satzung auf die Regelungen eines anderen Normgebers "in der jeweils geltenden Fassung" verwiesen (dynamische Fremdverweisung), verstößt das gegen das Übertragungsverbot des § 41 I Buchst. f GO NRW, wenn weder aus der verweisenden Norm selbst, noch aus der Struktur der Regelungen, auf die verwiesen wird, eine für den Rat erkennbare Begrenzung der potentiellen Rückwirkungen von Änderungen der Bezugsregelung gewonnen werden kann.

2. Eine kommunale Hundesteuersatzung, die zur Bestimmung von als gefährlich bewerteten Hunden, für deren Halten eine erhöhte Hundesteuer erhoben wird, ohne eigene Regelung auf die Rassenliste der Anlage 1 der Landeshundeverordnung NRW vom 30.6.2000 "in der jeweils geltenden Fassung" verwies, verstieß gegen § 41 I Buchst. f GO NRW und war insoweit unwirksam.

Sachverhalt:

Die Bekl. hatte eine Hundesteuersatzung erlassen, die für das Halten von sogen. Kampfhunden eine gegenüber anderen Hunden bei weitem erhöhte Hundesteuer festsetzte. Die Eigenschaft als Kampfhund sollte sich aus der Rassenliste der Anlage 1 der Landeshundeverordnung NRW vom 30.6.2000 ergeben. Hierzu wurde in § 2 II der Satzung ein Verweis aufgenommen, wonach die Verordnung "in der jeweils geltenden Fassung" Anwendung finden sollte.

Aufgrund dieser Satzung zog die Bekl. den Kl. als Halter eines American Staffordshire Terriers, der nach der Landeshundeverordnung NRW als Kampfhund einzustufen ist, zu einer erhöhten Hundesteuer heran. Die hiergegen erhobene Klage hat das VG abgewiesen. Die Berufung hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

Der Bescheid des Beklagten über die Heranziehung der Klägerin zur erhöhten Hundesteuer ist rechtswid-

rig, weil er sich nicht auf eine wirksame Rechtsgrundlage stützen kann. § 2 Abs. 2 der Hundesteuersatzung (HS), soweit er durch Verweisung auf die Anlage 1 zur Landeshundeverordnung NRW die Höherbesteuerung von Hunden, darunter von American Staffordshire Terriern regelt, verstößt gegen übergeordnetes Landesrecht, nämlich § 41 Abs. 1 Buchst. f GO NRW.

A. Satzungsqualität der Verweisung

Bei der Regelung des § 2 Abs. 2 handelt es sich, auch soweit sie keine eigene Bestimmung der Hunde enthält, für die die erhöhte Hundesteuer erhoben wird, sondern auf § 2 LHV NRW und auf die Rassenliste in Anlage 1 der Landeshundeverordnung NRW "in der jeweils geltenden Fassung" verweist, um eine Regelung durch kommunale Satzung. Denn bei Verweisungen auf eine andere rechtliche Regelung, auch soweit diese einen von der verweisenden Norm abweichenden rechtlichen Charakter hat, werden die in Bezug genommenen Regelungen nicht nur inhaltlich, sondern auch nach Rang und Geltungskraft in die verweisende Norm integriert (vgl. BVerfGE 47, 285 [309]; Clemens, AöR 111 [1978], 63 [65]; Arndt, JuS 1979, 784).

B. Verstoß gegen Übertragungsverbot

Die Verweisung in § 2 Abs. 2 Halbs. steht aber in Widerspruch zu § 41 Abs. 1 Buchst. f GO NRW. Danach kann der Rat der Gemeinde die Entscheidung über den Erlass, die Änderung und die Aufhebung von Satzungen und sonstigen ortsrechtlichen Bestimmungen nicht übertragen. Dies aber ist hier - in verdeckter Weise - mit der Verweisung des § 2 Abs. 2 auf die Regelungen der Landeshundeverordnung NRW geschehen.

I. Statische und dynamische Verweisung

Bei statischen Verweisungen, bei denen eine bestimmte Fassung der in Bezug genommenen Rechtsnorm in die verweisende Norm integriert wird, haben spätere Änderungen der Norm, auf die verwiesen wird, keine Rückwirkung auf die verweisende Norm. Demgegenüber bewirken dynamische Verweisungen stets, dass der Inhalt der verweisenden Norm durch die Änderung der Regelungen, auf die verwiesen wird, ebenfalls verändert wird. Dennoch sind dynamische Verweisungen in Gesetzen und

Rechtsverordnungen von der Rechtsprechung und Lehre als zulässig angesehen worden, nicht nur für den unproblematischen Fall, dass der Normgeber für die verweisende und die in Bezug genommene Regelung derselbe ist (Binnenverweisung), sondern - in engen Grenzen - auch für Fälle, in denen über die Ausgestaltung der in Bezug genommenen Regelung ein anderer entscheidet (Fremdverweisung, vgl. den Überblick über die verschiedenen verfassungsrechtlichen Maßstäbe bei Clemens, a.a.O., S. 100 ff.).

II. (Un)zulässigkeit dynamischer Fremdverweisung

In welchem Maße das Verbot des § 41 Abs. 1 Buchst. f GO NRW, Rechtsetzungsbefugnisse des Rates zu übertragen, dennoch dynamische Fremdverweisungen in kommunalen Satzungen zulässt, bedarf hier keiner abschließenden Prüfung. Denn jedenfalls dann, wenn der Inhalt dessen, was durch die Änderungen der in Bezug genommenen Regelung in das Ortsrecht integriert würde, nicht mehr als vom rechtsetzenden Willen des Rates erfasst anzusehen ist, schließt das Übertragungsverbot dynamische Verweisungen aus. Dies ist dann anzunehmen, wenn weder aus der verweisenden Norm selbst, noch aus der Struktur der Regelungen, auf die verwiesen wird, eine für den Rat erkennbare Begrenzung der potentiellen Rückwirkungen von Änderungen der Bezugsregelung gewonnen werden kann. Demgegenüber können eng begrenzte mögliche Rückwirkungen, weil vom Rat bereits bei Erlass der Verweisungsnorm in ihrem potenziellen Umfang erkannt, je nach Sachlage als (antizipiert) in seinen Rechtsetzungswillen aufgenommen bewertet werden.

1. Hier keine Vorhersehbarkeit

Die dynamische Verweisung des § 2 Abs. 2 auf die Liste der Anlage 1 zur Landeshundeverordnung NRW zur Bestimmung der höher besteuerten Hunde gehört nicht zu denen, bei denen der Rat absehen konnte, in welcher Weise der Ordnungsgeber diese künftig gestalten werde.

a. Aus der Verordnung selbst

Dies ergibt sich bereits daraus, dass die Rassenliste der Anlage 1 zur Landeshundeverordnung NRW zu einer neuen Regelung gehörte, mit der erstmals ein von der individuellen Gefährlichkeit eines Hundes absehendes, allein auf ein für diese Rassen vermutetes "Potenzial zur Erzeugung aggressiver Hunde" (so I. 2.3 der Verwaltungsvorschriften zur Landeshundeverordnung NRW - MBl. NRW 2000, 1558) abstellendes Zuchtverbot eingeführt wurde. Ob diese Liste in der ursprünglichen Form beibehalten oder verändert würde, hing ab von den vom Ordnungsgeber verfolgten präventiven Zielen der Gefahrenabwehr und den diese Ziele beeinflussenden künftigen Erkenntnissen und Wertungen, die für den örtlichen Satzungsgeber nicht vorhersehbar waren.

b. Aus der Verordnungsermächtigung

Die Ermächtigungsnorm des § 26 Abs. 1 OBG NRW, aufgrund derer die Landeshundeverordnung NRW erlassen ist und die allein und allgemein auf die Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung abstellt, bot ebenfalls keine konkreten Anhaltspunkte dafür, in welcher Weise und in welchem Umfang die Liste der Anlage 1 zur Landeshundeverordnung NRW vom Ordnungsgeber beibehalten oder modifiziert werden würde. Die Bestimmung, für das Halten wel-

cher Hunde allein aufgrund ihrer Rasse und unabhängig von der individuellen Gefährlichkeit der Höchststeuersatz des § 2 Abs. 2 erhoben werden sollte, hat der örtliche Satzungsgeber deshalb in der Sache letztlich dem Ordnungsgeber des Landes überlassen, ohne übersehen und in seinen Willen aufnehmen zu können, in welcher Weise und in welchem Umfang dessen künftige Rechtsgestaltungen auf die gemeindliche Hundesteuersatzung zurückwirken würden.

2. Spätere Reaktionsmöglichkeit ohne Belang

Zwar ist es formal der Rat der Stadt N. gewesen, der alle Bestimmungen der Hundesteuersatzung getroffen hat; in der Sache hat er jedoch - entgegen § 41 Abs. 1 Buchst. f GO NRW - die Regelungsmacht für den Steuertatbestand der nach Rassenmerkmalen höher zu steuernden Hunde auf den Ordnungsgeber des Landes übertragen. Der vom Beklagten hervorgehobene Gesichtspunkt, dass der kommunale Satzungsgeber schnell reagieren könne, wenn in der Bezugsnorm einschlägige, auf die Satzung rückwirkende Änderungen vorgenommen würden, rechtfertigt keine andere Sichtweise. Er ist schon in praktischer Hinsicht nicht überzeugend. Denn der kommunale Satzungsgeber kann genauso schnell reagieren, wenn er bei einer statischen Verweisung der Änderung einer Bezugsnorm folgen will. Vor allem aber gilt: Dass das Rechtsetzungsverfahren, mit dem sich der Rat der Gemeinde von den Wirkungen einer dynamischen Verweisung, die er nicht hinnehmen will, wieder abkoppeln kann, schneller und einfacher durchzuführen ist als das eines parlamentarischen Gesetzgebers, ändert nichts daran, dass er zunächst weitgehend die Rechtsetzung einem anderen überlassen hat. Die leichte Behebbarkeit eines Verstoßes gegen § 41 Abs. 1 Buchst. f GO NRW nimmt dem Verstoß nicht den Charakter des Verstoßes.

3. Ausgebliebene Änderung der verwiesenen Norm unbeachtlich

Soweit das VG die Unwirksamkeit der in der Satzung enthaltenen dynamischen Verweisung auf die Rasselisten der Landeshundeverordnung NRW mit der Begründung verneint hat, diese Listen seien nicht verändert worden, und eine künftige Teilnichtigkeit nur für den Fall einer künftigen Erweiterung der Rasselisten durch den Ordnungsgeber angenommen hat, kann dem nicht gefolgt werden. Der zur Unwirksamkeit der verweisenden Regelung des § 2 Abs. 2 führende Rechtsverstoß liegt in der verdeckten, der Gemeindeordnung widersprechenden Übertragung von örtlichen Rechtsetzungsbefugnissen auf den Landesverordnungsgeber. Dieser Rechtsmangel haftet der Satzung seit ihrem Inkrafttreten und nicht erst von dem Zeitpunkt an, in dem der Ordnungsgeber eine auf die Satzung zurückwirkende Rechtsänderung vornimmt.

3. Teil: Beschluss des BVerwG vom 22.12.2004 (10 B 21.04)

Leitsätze:

1. Es kann mit dem Grundsatz der Steuergerechtigkeit in Einklang stehen, wenn eine Gemeinde in einer Hundesteuersatzung nur die Hunde bestimmter, als gefährlich eingestufte Rassen und deren Kreuzungen einer erhöhten Steuer unterwirft, nicht aber zugleich die Hunde, die sich individuell als gefährlich erwiesen haben.

2. Es begründet keinen Verfahrensmangel im Sinne des § 132 Abs. 2 Nr. 3 VwGO, wenn ein Berufungsgericht eine europarechtliche Frage nicht dem Europäischen Gerichtshof zur Vorabentscheidung nach Art. 234 EG vorlegt und auch nicht die Revision zulässt.

Sachverhalt:

Die Beschwerde hält für grundsätzlich klärungsbedürftig, ob eine Hundesteuersatzung mit Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar ist, die das Halten von Hunden bestimmter, pauschal als gefährlich eingestufte Rassen höher besteuert, für gefährliche Einzelhunde anderer, nicht pauschal als gefährlich eingestufte Rassen jedoch keine erhöhte Steuer vorsieht. Darüber hinaus meint die Beschwerde, das Berufungsgericht habe, nachdem es die Revision nicht zugelassen habe, als letztinstanzliches Gericht den Europäischen Gerichtshof nach Art. 234 III EG um Vorabentscheidung der nach Ansicht des Bf. klärungsbedürftigen europarechtlichen Fragen ersuchen müssen.

Aus den Gründen:

A. Verletzung von Art. 3 I GG

Die von der Beschwerde aufgeworfene Frage, ob es mit dem Grundsatz der Steuergerechtigkeit vereinbar sei, das Halten von Hunden bestimmter Rassen höher zu besteuern, ohne zugleich auch für das Halten erwiesenermaßen gefährlicher Einzelhunde anderer Rassen ebenfalls eine erhöhte Steuer zu erheben, hatte sich für den Senat daher in seinem Urteil vom 19.1.2000 (BVerwGE 110, 265 = RA 2000, 104) nicht gestellt. Sie lässt sich indes auf der Grundlage der bisherigen Rechtsprechung durch Auslegung der beanstandeten Satzungsregelung anhand der anerkannten Auslegungsmethoden ohne weiteres beantworten, so dass es hierfür nicht der Zulassung der Revision bedarf.

I. Gleichheitsgrundsatz

Art. 3 Abs. 1 GG gebietet, Gleiches gleich, Ungleiches seiner Eigenart entsprechend verschieden zu behandeln. Damit ist dem Normgeber allerdings nicht jede Differenzierung untersagt. Ebenso wenig ist er gehalten, Ungleiches unter allen Umständen ungleich zu

behandeln. Dies gilt nicht ausnahmslos, sondern nur, wenn die Gleichheit oder Ungleichheit der Sachverhalte so bedeutsam sind, dass ihre Beachtung unter Gerechtigkeitsgesichtspunkten geboten erscheint. Dabei ist dem Gesetzgeber weitgehende Gestaltungsfreiheit zuzugestehen. Dies gilt auch für die das Steuerrecht beherrschende Ausprägung des Art. 3 Abs. 1 GG als Grundsatz der Steuergerechtigkeit.

II. Zulässigkeit von Typisierungen im Steuerrecht

Durchbrechungen des Gleichheitssatzes durch Typisierungen und Pauschalierungen können - insbesondere bei der Regelung von Massenerscheinungen - durch Erwägungen der Verwaltungsvereinfachung und -praktikabilität gerechtfertigt sein, solange die durch jede typisierende Regelung entstehende Ungerechtigkeit noch in einem angemessenen Verhältnis zu den steuerlichen Vorteilen der Typisierung steht (BVerwG, Urteil vom 19.1.2000, a.a.O., S. 272). Die mit der Typisierungsbefugnis einhergehende Gestaltungsfreiheit muss der Normgeber allerdings sachgerecht ausüben. Eine von der Norm bewirkte Ungleichbehandlung muss sich im Ergebnis auf die Eigenart des zu regelnden Sachbereichs, auf einen vernünftigen oder sonst wie einleuchtenden Grund zurückführen lassen. Was dabei in Anwendung des Gleichheitssatzes sachlich vertretbar oder sachfremd ist, lässt sich nicht allgemein und abstrakt feststellen, sondern nur in Bezug auf die Eigenart des konkreten Sachbereichs, der geregelt wird (BVerwG, a.a.O.; vgl. auch BVerfG, NVwZ 2004, 597 m.w.N.).

Gemessen an diesen Grundsätzen erweist sich die von der Beschwerde mit der Grundsatzrüge angegriffene Regelung der Hundesteuersatzung nicht als gleichheitswidrig. Die vom Berufungsgericht für die Rechtmäßigkeit der Regelung angeführten Erwägungen sind tragfähig und bundesrechtlich nicht zu beanstanden.

1. Lenkungssteuer

Nach der den Senat bindenden (§ 173 VwGO i.V.m. § 560 ZPO), insoweit von der Beschwerde auch nicht substantiiert angegriffenen Auslegung durch das Berufungsgericht will der Satzungsgeber neben der Einnahmeerzielung lenkend Einfluss auf die künftige Entwicklung der Hundepopulation in der Stadt nehmen. Er verfolgt mit der erhöhten Besteuerung der Hunde bestimmter Rassen und ihrer Kreuzungen den Lenkungszweck, die Gattung von Hunden zurückzudrängen, die als potenziell gefährlich eingeschätzt werden. Das Halten solcher Hunde soll weniger "attraktiv" sein als das sonstiger Hunde. Dabei wird die Hundepopulation, die zurückgedrängt werden soll, nicht durch die individuelle Gefährlichkeit der Tiere, sondern durch Gruppenmerkmale charakterisiert, die bei ihnen auf eine vorhandene genetische Veranlagung schließen lassen, welche der Satzungsgeber als Gefährdungspotenzial einstuft.

2. Zulässigkeit

Eine derartige Gefahrenvorsorge vermittelt einer Lenkungssteuer ist bundesrechtlich zulässig (vgl. dazu BVerwG, Urteil vom 19.1. 2000, a.a.O., S. 268, 274 f), und zwar auch dann, wenn der Satzungsgeber - wie hier - darauf verzichtet, gleichzeitig das Halten sonstiger Hunde mit einer erhöhten Steuer zu belegen, die im Einzelfall als gefährlich in Erscheinung getreten sind. Entgegen der Ansicht der Beschwerde ist hierin kein Verstoß gegen den Grundsatz der Steuergerechtigkeit zu sehen; denn die von der Beschwerde beanstandete Einschränkung des Steuertatbestandes beruht auf der Eigenart des zu regelnden Sachverhalts und ist durch sachliche Gründe gerechtfertigt.

a. Lenkungszweck nicht durch höhere Besteuerung einzelner Hunde erreichbar

Mit gutem Grund durfte der Satzungsgeber davon ausgehen, dass die erhöhte Besteuerung der nach Rassemerkmalen als besonders gefährlich eingeschätzten Hunde den gewünschten Lenkungszweck erreichen wird. Denn der potenzielle Halter solcher Hunde wird sich angesichts der voraussehbar hohen Steuerbelastung vielfach gegen die Anschaffung eines Hundes dieser Rassen oder einer Kreuzung hiervon entscheiden. Eine vergleichbare Lenkungswirkung konnte er von der erhöhten Besteuerung als individuell gefährlich erkannter Hunde durch Aufnahme einer entsprechenden Generalklausel in die Satzung nicht erwarten. Denn die individuelle Gefährlichkeit der Hunde wird in aller Regel erst nach ihrer Anschaffung offenbar. Lenkend im Sinne einer Gefahrenvorsorge dürfte die erhöhte Besteuerung als individuell gefährlich in Erscheinung getretener Hunde - worauf die Beschwerde zu Recht hinweist - daher allenfalls insofern wirken, als sie die Halter zu verstärkten Anstrengungen bei deren Haltung, namentlich zur Vermeidung aggressionssteigernder Verhaltensweisen, veranlassen kann. Ein Einfluss auf die Zusammensetzung der örtlichen Hundepopulation in dem vom Satzungsgeber gewünschten Sinn ist damit aber nicht verbunden.

b. Erhöhter Ermittlungsaufwand

Hinzu kommt, dass der Senat bereits in seinem Urteil vom 19.1.2000 eine gewisse Skepsis gegenüber einer Generalklausel zur erhöhten Besteuerung individuell gefährlicher Hunde mit dem Hinweis darauf zum Ausdruck gebracht hat, dass sie regelmäßig gewisse Anforderungen an die "Steuerehrlichkeit" des Hundehalters stelle (a.a.O., S. 273). In jedem Fall dürfte die

Steuererhebung nach Maßgabe einer solchen Generalklausel mit einem nicht unerheblichen Ermittlungsaufwand für die Gemeinde verbunden sein, dessen Vermeidung nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts bei der Ausgestaltung einer kommunalen Steuersatzung angemessen Rechnung getragen werden darf (vgl. BVerwGE 110, 237, 243).

Der Satzungsgeber ist folglich nicht verpflichtet, aus Gleichheitsgründen zugleich auch als individuell gefährlich erkannte Hunde der erhöhten Steuer zu unterwerfen. Die Beschränkung und sonstige Regulierung des Haltens individuell gefährlicher Hunde darf er dem einschlägigen Ordnungsrecht überlassen, das effektiv wirkende Befugnisse zur Lösung dieses Problems zur Verfügung stellt. Vor dem Hintergrund der Lenkungssteuerkonzeption des Beklagten ist das Halten individuell gefährlicher Hunde danach wesentlich Ungleiches gegenüber der Besteuerung des Haltens gefährlicher Hunderassen und ihrer Kreuzungen.

B. Keine Pflicht zur Vorlage an den EuGH

Der von der Beschwerde gerügte Verfahrensmangel, dass das Berufungsgericht hinsichtlich der beiden von ihr genannten Fragen keine Vorabentscheidung des Europäischen Gerichtshofs nach Art. 234 EG eingeholt habe, liegt jedenfalls nicht vor. Es kann daher offen bleiben, ob die Beschwerde insoweit den Darlegungsanforderungen des § 133 Abs. 3 Satz 3 VwGO genügt. Nach Art. 234 Abs. 3 EG war das Berufungsgericht nicht zur Anrufung des Europäischen Gerichtshofs verpflichtet, weil seine Entscheidung mit der Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision angefochten werden kann. Diese Beschwerde ist ein Rechtsmittel im Sinne des Art. 234 Abs. 3 EG jedenfalls insoweit, als es um die Auslegung und Anwendung revisiblen Rechts geht (BVerwG, NVwZ-RR 1998, 752). Das ist im Hinblick auf das für die Entscheidung maßgebliche Recht der Europäischen Gemeinschaften der Fall (im Ergebnis ebenso EuGH, EuGHE 2002, I S. 4839, Rz. 16 f. - Lyckeskog; BFH, Beschluss vom 5.5.2004 - XI B 107/03; Beschluss vom 28.8.2003 - VII B 259/02; BSG, Beschluss vom 25.8.2004 - B 10 KG 3/03). Demgemäß liegt entgegen der Auffassung der Beschwerde kein Verfahrensmangel darin, dass das Berufungsgericht, obwohl es Gemeinschaftsrecht auszulegen hatte, sowohl von der Einholung einer Vorabentscheidung des Europäischen Gerichtshofes als auch von einer Zulassung der Revision abgesehen hat.

Standort: § 113 I 4 VwGO**Problem: Fortsetzungsfeststellungsinteresse**

BVERWG, URTEIL VOM 30.6.2004
4 C 1/03 (NVWZ-RR 2005, 383)

Problemdarstellung:

Die Fortsetzungsfeststellungsklage nach § 113 I 4 VwGO ist nur zulässig, wenn der Kläger ein berechtigtes Interesse an der Feststellung der Rechtswidrigkeit des erledigten Verwaltungsakts (VA) hat. Für dieses "Fortsetzungsfeststellungsinteresse" haben sich mit der Zeit Fallgruppen gebildet. Allgemein anerkannt sind Wiederholungsgefahr, Rehabilitationsinteresse und das Präjudiz für einen Staatshaftungsprozess, um das es im vorliegenden Fall ging.

Ist bereits eine Anfechtungsklage gegen einen VA anhängig, sollen dem Kläger die Früchte des bisher geführten Prozesses auch nach Erledigung des VA erhalten bleiben. Er kann den Prozess vor dem Verwaltungsgericht deshalb zur Vorbereitung einer Staatshaftungsklage - die in aller Regel vor den ordentlichen Gerichten spielen wird (abdrängende Sonderzuweisungen in Art. 34 S. 3 GG für den weitaus wichtigsten Fall der Amtshaftung und in § 40 II VwGO für die übrigen Fälle) zu Ende führen. Die Rechtskraft des feststellenden Urteils (§ 121 VwGO) ist dann vorgreiflich für den Staatshaftungsprozess, in dem mithin die Rechtswidrigkeit des VA (und damit z.B. im Amtshaftungsprozess auch die Amtspflichtverletzung i.S.d. § 839 BGB) bereits feststeht, so dass es allenfalls noch um die übrigen Anspruchsvoraussetzungen wie Verschulden, Schaden, Kausalität usw. gehen kann. Aus dieser Herleitung ergeben sich gleichzeitig auch die Einschränkungen, die zu beachten sind, wenn das Fortsetzungsfeststellungsinteresse aus einem Präjudiz abgeleitet werden soll:

1. Die Erledigung des VA muss nach Klageerhebung eingetreten sein. Im Fall der analogen Anwendung des § 113 I 4 VwGO auf Erledigung vor Klageerhebung nützt diese Fallgruppe nichts, denn dann gibt es noch keinen Prozess, dessen Früchte man erhalten könnte; der Kläger kann (und muss) sofort auf Schadensersatz vor den Zivilgerichten klagen.

2. Die Behauptung, einen Schadensersatzprozess führen zu wollen, darf nicht nur vorgeschoben sein. Deshalb prüfen die Verwaltungsgerichte neben der - schwer zu widerlegenden - Absichtserklärung, einen solchen führen zu wollen, überschlüssig dessen Erfolgsaussichten. Fehlt es evident an einem Schaden, am Verschulden usw., besteht auch kein Fortsetzungsfeststellungsinteresse. Mehr als eine solche Evidenzkontrolle steht den Verwaltungsgerichten jedoch nicht zu, da das Vorliegen der Voraussetzungen ja - wie erwähnt - nach Art. 34 S. 3 GG bzw. § 40 II VwGO in aller Regel ausschließlich von den ordentlichen Ge-

richten zu prüfen ist, die Verwaltungsgerichte also nicht durch eine Inzidenterkontrolle in deren Zuständigkeit übergreifen dürfen.

Das BVerwG hatte es im vorliegenden Fall nun einem Fall zu tun, in dem ein Amtshaftungsanspruch evident ausschied. Es stellt in seinem Urteil aber klar, dass ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse nicht nur zur Vorbereitung eines Amtshaftungsprozesses in Betracht kommt; vielmehr kann auch die Geltendmachung eines anderen Staatshaftungsanspruchs, hier des Anspruchs aus dem sogen. "enteignungsgleichen Eingriff" (§§ 74, 75 EALR in gewohnheitsrechtlicher Fortgeltung) in Betracht kommen, der - im Gegensatz zum Amtshaftungsanspruch - zwar keinen Schadensersatz, sondern "nur" eine Entschädigung gewährt, dafür aber nicht von einem Verschulden abhängig ist.

Prüfungsrelevanz:

Die Vorbereitung eines Amtshaftungsprozesses ist die bei weitem verbreitetste Fallgruppe des Präjudizes für einen Staatshaftungsprozess. Am sollte sich jedoch unbedingt merken, dass auch die Vorbereitung anderer Staatshaftungsansprüche ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse auslösen kann. Diese sind ebenfalls im Rahmen einer Evidenzkontrolle inzidenter innerhalb der Zulässigkeit der Fortsetzungsfeststellungsklage auf ihre Erfolgsaussichten zu überprüfen. Auf die im vorliegenden Fall erneut bestätigte st. Rspr. des BVerwG (und i.Ü. auch des BGH), wonach ein Amtshaftungsprozess jedenfalls wegen fehlenden Verschuldens des Beamten ausgeschlossen - und zwar auch im o.g. Sinne *evident* ausgeschlossen - ist, sobald auch nur ein Kollegialgericht in einer Instanz dessen Verhalten als rechtmäßig eingestuft hat, sei hingewiesen. Die RA hat hierüber bereits ausführlich berichtet (siehe Vertiefungshinweise).

Bemerkenswert ist vielleicht noch, dass dem konkreten Fall eine Konstellation zugrunde lag, in dem sich eine Verpflichtungsklage auf Erteilung einer Veräußerungsgenehmigung im Sinne des § 172 IV 4 BauGB erledigte. Auch bei einer Verpflichtungssituation wendet die h.M. ja die Fortsetzungsfeststellungsklage nach § 113 I 4 analog an, wenn sich das Begehren durch Zielerreichung, Unmöglichkeit oder sonst wie erledigt. Diese Analogie hindert die Annahme eines Präjudizes zur Begründung des Fortsetzungsfeststellungsinteresses nicht; nur die Analogie bei der Erledigung vor Klageerhebung schließt es aus.

Dass eine m.M. in der Literatur auf Fälle der Erledigung vor Klageerhebung und/oder der Erledigung eines Verpflichtungsbegehrens ohnehin nicht § 113 I 4 VwGO analog, sondern die Feststellungsklage nach § 43 VwGO anwenden will, war dem BVerwG offen-

sichtlich keine Erwähnung mehr wert.

Vertiefungshinweise:

- Enteignungsgleicher Eingriff und Amtshaftung: *BGH*, RA 2001, 316 = DVBl 2001, 807; *BGHZ* 134, 316
- Überblick zur Amtshaftung: *Schoch*, Jura 1988, 585
- Amtshaftungspräjudiz als Fortsetzungsfeststellungsinteresse: *OVG NRW*, RA 1999, 575 = NWVBl 1999, 339 (Entscheidung eines Kollegialorgans)
- Analoge Anwendung des § 113 I 4 VwGO oder Feststellungsklage nach § 43 VwGO: *BVerwG*, RA 1999, 592 = VBIBW 2000, 22; *NVwZ* 1994, 282; *Ehlers*, Jura 2001, 415; *Erichsen*, Jura-KK 2000, VwGO, § 113 I/15

Kursprogramm:

- Examenskurs* : “Die vergessene Motorsäge”
- Examenskurs* : “Le coq est mort”
- Examenskurs* : “Die Vögel”

Leitsatz:

Das Fortsetzungsfeststellungsinteresse für die Klage gegen die Versagung einer Veräußerungsgenehmigung im Sinne des § 172 IV 4 BauGB kann auf die Absicht gestützt werden, eine Klage wegen enteignungsgleichen Eingriffs zu erheben.

Sachverhalt:

Der Kl. ist Eigentümer eines 1910 errichteten Wohnhauses mit 17 Wohnungen. Im Januar 1999 beantragte und erhielt der Kl. für das im Jahr zuvor erworbene Haus eine Umwandlungsgenehmigung nach § 172 IV 3 Nr. 6 BauGB, nachdem er sich verpflichtet hatte, innerhalb von sieben Jahren ab der Begründung von Sondereigentum Wohnungen nur an die Mieter zu veräußern. Zugleich wurde gem. § 172 IV 4, 5 BauGB bestimmt, dass die Veräußerung von Sondereigentum der Genehmigung der Bekl. bedurfte; diese Genehmigungspflicht wurde in das Grundbuch eingetragen. Im Februar/März 1999 bemühte sich der Kl. um die Veräußerungsgenehmigung für mehrere von ihm verkaufte Wohnungen, von denen drei noch Gegenstand des Revisionsverfahrens sind. Diese standen zum Zeitpunkt der Erteilung der Umwandlungsgenehmigung leer. Er vertrat die Auffassung, im Hinblick auf den Leerstand bedürfe er keiner Veräußerungsgenehmigung, hilfsweise sei sie ihm zu erteilen.

Widerspruch und Klage blieben erfolglos. Während des Revisionsverfahrens wurde die für die Genehmigungspflicht maßgebliche Verordnung - die Soziale Erhaltungsverordnung Eimsbüttel-Nord/Hoheluft-West vom 17.1.1995 - mit Wirkung zum 1.1.2004 aufgehoben. Dem Kl. wurden daraufhin Löschungsbewilligungen erteilt und das Grundbuchamt um ersatzlose Streichung der Veräußerungsbeschränkung nach § 172 IV 3 Nr. 6 BauGB gebeten. Der Kl. hat daraufhin einen Fortsetzungsfeststellungsantrag gestellt. Hierzu führt er aus, er habe das für eine Fortsetzungsfeststellungsklage notwendige Interesse, da er einen Amtshaftungsanspruch geltend machen wolle, dessen Durchsetzung nicht offenbar aussichtslos sei. Die Revision des Kl. hatte nur teilweise Erfolg.

satzlose Streichung der Veräußerungsbeschränkung nach § 172 IV 3 Nr. 6 BauGB gebeten. Der Kl. hat daraufhin einen Fortsetzungsfeststellungsantrag gestellt. Hierzu führt er aus, er habe das für eine Fortsetzungsfeststellungsklage notwendige Interesse, da er einen Amtshaftungsanspruch geltend machen wolle, dessen Durchsetzung nicht offenbar aussichtslos sei. Die Revision des Kl. hatte nur teilweise Erfolg.

Aus den Gründen:

A. Zulässigkeit

Der vom Kl. im Revisionsverfahren gestellte Fortsetzungsfeststellungsantrag ist zulässig.

I. Statthaftigkeit der Fortsetzungsfeststellungsklage

1. Die bekl. Freie und Hansestadt Hamburg hat die hier maßgebliche Verordnung - die Soziale Erhaltungsverordnung Eimsbüttel-Nord/Hoheluft-West vom 17.1.1995 - mit Wirkung zum 1.1.2004 aufgehoben. Daraufhin wurden dem Kl. Löschungsbewilligungen erteilt und das Grundbuchamt um ersatzlose Streichung der Veräußerungsbeschränkung nach § 172 IV 3 Nr. 6 BauGB gebeten, so dass eine derartige Beschränkung nicht mehr besteht. Der Rechtsstreit hat sich somit in der Hauptsache erledigt.

Dies gilt auch für den vor dem BerGer. gestellten Feststellungsantrag. Denn mit ihm wollte der Kl. den Ausspruch des Gerichts erreichen, dass es für die Veräußerung der drei leer stehenden Wohnungen keiner Veräußerungsgenehmigung bedurfte, da sie nicht unter die Verpflichtung nach § 172 IV 3 Nr. 6 BauGB fielen. Für den Fall, dass das Gericht eine derartige Feststellung treffen sollte, hatte sich die Vertreterin der Bekl. in der mündlichen Verhandlung verpflichtet, die für die Löschung des Vermerks über die Genehmigungspflicht gegenüber dem Grundbuchamt erforderlichen Erklärungen abzugeben. Der Kl. ist hierauf jetzt nicht mehr angewiesen, nachdem die Bekl. dem Grundbuchamt gegenüber die Löschungsbewilligung erteilt hat. Er ist insoweit in der Verfügung seines Eigentums nicht mehr eingeschränkt.

II. Fortsetzungsfeststellungsinteresse

Der Kl. hat auch ein berechtigtes Fortsetzungsfeststellungsinteresse.

1. Amtshaftungsanspruch

Allerdings lässt sich dieses nicht auf den vom Kl. angekündigten Amtshaftungsprozess stützen. Soweit der Kl. den Amtshaftungsanspruch auf die ergangenen und inzwischen erledigten Verwaltungsentscheidungen stützt, ist seine Durchsetzung aussichtslos.

a. Grundsätzliche Eignung

Zwar kann ein schutzwürdiges Feststellungsinteresse gegeben sein, wenn die Weiterführung des verwal-

tungsgerichtlichen Verfahrens dazu dienen soll, einen Amtshaftungsprozess vor den Zivilgerichten vorzubereiten. Voraussetzung ist aber, dass der beabsichtigte Zivilprozess nicht offensichtlich aussichtslos ist. Davon ist dann auszugehen, wenn ohne eine ins Einzelne gehende Prüfung erkennbar ist, dass der behauptete zivilrechtliche Anspruch unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt besteht.

b. Ausnahme bei Entscheidung eines Kollegialgerichts im Sinne der Behörde

Bezogen auf Amtshaftungsklagen ist das etwa dann der Fall, wenn - wie hier - ein Kollegialgericht das Verhalten eines Beamten als rechtmäßig gewertet hat und diesem gegenüber deshalb nicht der Vorwurf erhoben werden kann, er habe offensichtlich fehlsam gehandelt und damit schuldhaft eine ihm obliegende Amtspflicht verletzt (st. Rspr., z.B. BVerwG, NVwZ 1991, 270; BVerwG, NVwZ 2004, 104). Dieser Grundsatz gilt ausnahmsweise dann nicht, wenn es sich bei dem beanstandeten Verhalten um eine grundsätzliche Maßnahme zentraler Dienststellen bei Anwendung eines ihnen besonders anvertrauten Spezialgesetzes handelt oder wenn das Gericht die Rechtslage trotz eindeutiger und klarer Vorschriften verkannt oder eine eindeutige Bestimmung handgreiflich falsch ausgelegt hat (vgl. BGH, NVwZ 2002, 124 = DVBl 2001, 1619). Die Regel ist ferner unanwendbar, wenn besondere Umstände dafür sprechen, dass der verantwortliche Beamte kraft seiner Stellung oder seiner besonderen Einsichten es "besser" als das Kollegialgericht hätte wissen müssen (vgl. die Nachw. bei J. Schmidt, in: Eyermann, § 113 VwGO Rdnr. 90).

c. Subsumtion

Entgegen der Auffassung des Kl. ist hier keine dieser Voraussetzungen gegeben. Insbesondere begründet sein Hinweis darauf, dass die Sachbearbeiterin vorliegend allein mit Fragen der Erhaltungssatzung befasst gewesen sei, keine besondere Sachkunde einer zentralen Dienststelle mit besonderer Fachkunde. Vielmehr geht es um die Auslegung schwieriger Rechtsfragen, für deren Bewältigung die Verwaltungsbediensteten keine besonderen Kenntnisse und Erfahrungen hatten, die sich die Verwaltungsgerichte nicht ebenfalls hätten aneignen oder zu Nutze machen können. Davon, dass die Verwaltungsgerichte die Rechtslage offensichtlich verkannt hätten, kann ohnehin keine Rede sein.

Soweit der Kl. nunmehr weiterhin vorträgt, er wolle einen Schadensersatzanspruch wegen unzureichender oder falscher Beratung durch die Sachbearbeiterin geltend machen, begründet dies ebenfalls kein Fortsetzungsfeststellungsinteresse. Denn mit der beantragten Feststellung würde keine verwaltungsgerichtliche Entscheidung getroffen, die dem Kl. bei der Verfolgung dieses Anspruchs durch Beantwortung einer öffent-

lich-rechtlichen Vorfrage weiterhelfen könnte. Eine weitergehende Beratung hätte ihm im Übrigen lediglich die Rechtsauffassung der Bekl. deutlicher machen können, wonach auch für leer stehende Wohnungen eine Verpflichtung nach § 172 IV 3 Nr. 6 BauGB und eine Veräußerungsgenehmigung erforderlich sind.

2. Enteignungsgleicher Eingriff

Dagegen begründet die Absicht des Kl., eine Klage zu erheben, mit der ein Anspruch auf Entschädigung wegen enteignungsgleichen Eingriffs geltend gemacht werden soll, ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse. Eine derartige Klage wäre nicht offensichtlich aussichtslos.

a. Voraussetzungen

Zwischen einem Entschädigungsanspruch aus enteignungsgleichem Eingriff und einem Anspruch aus Amtspflichtverletzung kann Anspruchskonkurrenz bestehen (BGHZ 146, 365). Der BGH hat in seinem Urteil vom 23.1.1997 (BGHZ 134, 316) einen Entschädigungsanspruch wegen rechtswidriger Versagung einer Teilungsgenehmigung bejaht, wobei der Betroffene die Absicht hatte, das Grundstück zu Bauungszwecken zu veräußern. Er hat zur Begründung ausgeführt, die Befugnis, das Grundstück zu Bauungszwecken zu veräußern, sei ein Ausfluss des Eigentums, der gleichwertig neben der Befugnis stehe, das Grundstück selbst zu bebauen. Daraus folge, dass ein Kl. lediglich darzutun brauche, dass er die Möglichkeit gehabt habe, das Grundstück zu Bauungszwecken zu veräußern. Durch die Versagung der Teilungsgenehmigung werde der Kl. in seiner durch Art. 14 GG geschützten Freiheit, sein Grundstück im Rahmen der Rechtsordnung nach seinen eigenen Vorstellungen zu nutzen, in einer Weise beeinträchtigt, die er bei Rechtswidrigkeit der Versagung nicht entschädigungslos hinzunehmen brauche.

Im Anschluss daran hat der BGH im Urteil vom 3.7.1997 (BGHZ 136, 182) diese Grundsätze auf die Versagung einer Genehmigung nach dem Grundstücksverkehrsgesetz übertragen und es als unerheblich angesehen, dass das Grundstück nicht zu Bauungszwecken veräußert werden sollte. Er sehe keine durchgreifenden Bedenken dagegen, diese Grundsätze auf die Versagung einer Genehmigung nach dem Grundstücksverkehrsgesetz zu übertragen. Beide Fälle lägen in dem entscheidenden Punkt gleich, dass der Eigentümer durch die Versagung der Genehmigung in seiner durch Art. 14 GG geschützten Freiheit, sein Grundstück im Rahmen der Rechtsordnung nach seinen eigenen Vorstellungen zu nutzen, in einer Weise beeinträchtigt werde, die er bei Rechtswidrigkeit der Versagung nicht entschädigungslos hinzunehmen brauche. Zum Bestand der Rechtsmacht, die Art. 14 I GG zur Sicherung des Instituts "Privateigentum" gewährleiste, gehöre grundsätzlich die Veräußerungsfrei-

heit und Verfügungsbefugnis des Eigentümers.

b. Subsumtion

Eine Übertragung dieser Grundsätze auf den vorliegenden Fall einer Veräußerungsbeschränkung hinsichtlich einzelner Wohnungen eines Hauses liegt nicht völlig fern. Ein Anspruch auf Entschädigung wegen enteignungsgleichen Eingriffs ist somit nicht von vornherein aussichtslos. Eine genauere Bestimmung der Anspruchsgrundlagen ist den Zivilgerichten ebenso zu überlassen wie die Frage, in welchem Umfang in derartigen Fällen eine angemessene Entschädigung in Betracht kommt (vgl. hierzu BGHZ 136, 182).

B. Begründetheit

Der somit zulässige Fortsetzungsfeststellungsantrag

hat nur teilweise Erfolg. Soweit der Kl. die Feststellung erstrebt, dass die Veräußerung der drei Wohnungen keiner Genehmigung der Bekl. bedurfte, ist ihm nicht zu folgen. Soweit er hilfsweise die Feststellung beantragt, die Versagung einer Veräußerungsgenehmigung sei rechtswidrig gewesen, hat seine Revision lediglich hinsichtlich eines der drei Erwerber, des Herrn P., Erfolg. Das OVG hätte insoweit die Bekl. verpflichten müssen, über den im Jahre 1999 gestellten Antrag des Kl. erneut zu entscheiden. In diesem Umfang verletzt seine Entscheidung Bundesrecht. Im Übrigen war die Revision zurückzuweisen [wird ausgeführt].

IMPRESSUM

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

Zivilrecht

Standort: Berufung

Problem: Bindung an erstinstanzliche Feststellungen

BGH, URTEIL VOM 09.03.2005
VIII ZR 266 / 03 (NJW 2005, 1583)

Problemdarstellung:

Nachdem der Bekl. dieses Rechtsstreites sich erstinstanzlich noch mittels einer Aufrechnung erfolgreich gegen die Klageforderung i. H. v. 18.847,11 Euro verteidigen konnte, kam des BerGer. nach erneuter Beweisaufnahme zu dem Ergebnis, die Voraussetzungen der Gegenforderung des Bekl. seien nicht bewiesen und gab der Klage statt. Auf die Revision des Bekl. hin hatte der BGH sich sodann mit der Frage zu befassen, unter welchen Voraussetzungen das BerGer. nach § 529 I Nr. 1 ZPO nicht mehr an die Tatsachenfeststellung des erstinstanzlichen Gerichts gebunden ist, inwiefern die Voraussetzungen für eine erneute Tatsachenfeststellung gem. § 520 III 2 Nr. 3 ZPO seitens des Berufungsklägers dargetan sein müssen und ob diesbezügliche Fehler des BerGer. revisible Verfahrensmängel darstellen.

Der BGH hat nunmehr herausgestellt, dass sich Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der erstinstanzlichen Tatsachenfeststellungen i. S. d. § 529 I Nr. 1 ZPO auch bereits daraus ergeben können, dass das BerGer. aufgrund konkreter Anhaltspunkte die erhobenen Beweise abweichend würdigt. Keinesfalls muss jeweils ein Verfahrensfehler, der schon als solcher gem. § 513 I Fall. 1 i. V. m. § 546 ZPO als Berufungsgrund herangezogen werden könnte, als Anhaltspunkt für die Unrichtigkeit der Tatsachenfeststellungen vorliegen. Ferner müssen die Anhaltspunkte i. S. d. § 529 I Nr. 1 ZPO auch nicht in der Berufungsbegründung enthalten gewesen sein (vgl. § 529 II ZPO), solange diese sich nicht auf die bloß formelhafte Wiedergabe möglicher Berufungsgründe beschränkt. Schließlich liegt kein revisible Verfahrensmangel vor, wenn das BerGer. trotz Fehlens der Voraussetzungen des § 529 I Nr. 1 ZPO erneute Tatsachenfeststellungen betrieben hat, anders dagegen im umgekehrten Fall des Unterbleibens solcher Feststellungen trotz Vorliegens der Voraussetzungen hierfür gem. § 529 I Nr. 1 ZPO.

Prüfungsrelevanz:

Durch die gem. § 540 ZPO n. F. geschaffene Möglichkeit, ein Berufungsurteil in stark vereinfachter Form abzufassen, hat das Berufungsrecht aus der Sicht der Prüfungsämter sicher an Attraktivität für das zweite

Staatsexamen verloren, will man nicht Aufgabenstellungen aus Richtersicht durch den Bearbeitervermerk, dass § 540 ZPO nicht anzuwenden sei, ergänzen. Gleichzeitig rückt aber die anwaltliche Tätigkeit verstärkt in den Mittelpunkt der praktischen Ausbildung, was die Möglichkeit bietet, Berufungsverfahren in den unterschiedlichsten prozessualen Phasen anwaltlich begutachten und entsprechende Schriftsatzentwürfe verfassen zu lassen. Daher sollten die §§ 511 ff ZPO auch weiterhin in der Vorbereitung auf das Assessor-examen entsprechende Beachtung finden.

Vertiefungshinweise:

- Zum Verfahrensfehler als Anhaltspunkt für die Unvollständigkeit der erstinstanzlichen Tatsachenfeststellung: *BGH*, RA 2004, 442 = NJW 2004, 1876
- Zusammenfassung und Würdigung der BGH-Rechtsprechung zum neuen Berufungsrecht: *Lechner*, NJW 2004, 3593

Kursprogramm:

- Assessorkurs* : "Ein englisches Teeservice"

Leitsätze:

- 1. Zur Frage der Bindung des Berufungsgerichts an die Tatsachenfeststellungen (hier: die Beweiswürdigung) des Gerichts der ersten Instanz (Fortführung von BGH, NJW 2004, 2751).**
- 2. Im Revisionsverfahren ist nicht zu überprüfen, ob das Berufungsgericht im Falle einer erneuten Tatsachenfeststellung die Voraussetzungen des § 529 I Nr. 1 ZPO beachtet hat (Fortführung von BGH, NJW 2004, 1458).**

Sachverhalt:

Die Kl. belieferte den Bekl., der eine Gaststätte betreibt, mit Getränken. Sie hat mit ihrer Klage unstreitige Zahlungsrückstände des Bekl. aus Getränkelieferungen in Höhe von 18.847,11 Euro nebst Zinsen geltend gemacht. Der Bekl. hat in einer die Klageforderung übersteigenden Höhe die Aufrechnung mit mehreren Gegenforderungen erklärt, die er aus einer Vereinbarung herleitet, nach der ihm für jeden abgenommenen Hektoliter Bier eine Rückvergütung habe gutgeschrieben werden sollen.

Das LG hat nach Vernehmung von Zeugen zu der vom Bekl. behaupteten Vereinbarung die Gegenforderung

für begründet erachtet und die Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Kl. hat das OLG nach erneuter Beweisaufnahme den Bestand der streitigen Aufrechnungsforderung verneint und der Klage bis auf einen Teil der geltend gemachten Zinsforderung stattgegeben. Mit seiner vom Senat zugelassenen Revision begehrte der Bekl. die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils. Das Rechtsmittel blieb ohne Erfolg.

Aus den Gründen:

A. Entscheidung und Begründung des BerGer.

Das BerGer. hat ausgeführt, es habe zum Bestand der Aufrechnungsforderung eine eigene Sachaufklärung durchgeführt, weil konkrete Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der erstinstanzlichen Tatsachenfeststellung bestanden hätten. Auf Grund des Ergebnisses der erneuten Beweisaufnahme habe es sich nicht mit der erforderlichen Gewissheit davon zu überzeugen vermocht, dass die Parteien im Jahr 1997 tatsächlich die vom Bekl. behauptete Rückvergütungsvereinbarung getroffen hätten. Zwar habe die als Zeugin erneut vernommene Ehefrau des Bekl. dessen Vortrag bestätigt. Deren Aussage reiche aber nicht aus, um die Rückvergütungsvereinbarung als bewiesen anzusehen. Denn es bestünden auf Grund der Aussage des Zeugen O und weiterer unstreitiger Sachverhaltsumstände durchgreifende Zweifel an der objektiven Richtigkeit der Aussage der Ehefrau des Bekl. Im Folgenden hat das BerGer. die Gründe für das Ergebnis seiner Beweiswürdigung näher ausgeführt.

B. Entscheidung des BGH in der Revision

Ohne Erfolg beanstandet die Revision die Tatsachenfeststellung des BerGer. Die Revision ist deshalb zurückzuweisen.

I. Revisibler Verfahrensfehler keine Voraussetzung für erneute Tatsachenfeststellung gem. § 529 I Nr. 1 ZPO

Die Revision meint, das BerGer. sei zu einer erneuten Tatsachenfeststellung gem. § 529 I Nr. 1 ZPO nur berechtigt, wenn die erstinstanzliche Tatsachenfeststellung auf Rechtsfehlern beruhe, die in der revisionsrechtlichen Rechtsprechung zu § 286 ZPO als Verfahrensmängel anerkannt seien. Da die erstinstanzliche Tatsachenfeststellung hier nicht verfahrensfehlerhaft gewesen sei, verstoße die davon abweichende Tatsachenfeststellung des BerGer. gegen § 529 I Nr. 1 ZPO. Dies trifft nicht zu.

I. Auslegung des § 529 I Nr. 1 ZPO unter Berücksichtigung von Sinn und Zweck sowie Entstehungsgeschichte der Vorschrift

Nach § 529 I Nr. 1 ZPO hat das BerGer. seiner Verhandlung und Entscheidung die vom Gericht des ersten Rechtszugs festgestellten Tatsachen zu Grunde zu legen, soweit nicht konkrete Anhaltspunkte Zweifel an

der Richtigkeit und Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen begründen und deshalb eine erneute Feststellung gebieten. Aus dieser durch das Gesetz zur Reform des Zivilprozesses vom 27.07.2001 (BGBl I, 1887) eingeführten Bestimmung ist nicht herzuleiten, dass die Prüfungskompetenz des BerGer. hinsichtlich der erstinstanzlichen Tatsachenfeststellung auf Verfahrensfehler und damit auf den Umfang beschränkt wäre, in dem eine zweitinstanzliche Tatsachenfeststellung der Kontrolle durch das RevGer. unterliegt. Zwar kommt in § 529 I Nr. 1 ZPO eine grundsätzliche Bindung des BerGer. an die erstinstanzliche Tatsachenfeststellung zum Ausdruck; eine erneute Tatsachenfeststellung durch das BerGer. ist nach der Formulierung der Bestimmung nur als Ausnahme ("soweit nicht ...") vorgesehen. Dies entspricht der Absicht des Gesetzgebers (GE der BReg, BT-Dr 14/4722, S. 100). Aus den Gesetzesmaterialien ergibt sich aber, dass die zur Entlastung des BerGer. vorgesehene grundsätzliche Bindung an die erstinstanzliche Tatsachenfeststellung auf solche Tatsachen beschränkt sein soll, welche die erste Instanz bereits "vollständig und überzeugend" getroffen hat (BT-Dr 14/4722, S. 61). Denn die Aufgabe der Berufungsinstanz als zweite - wenn auch eingeschränkte - Tatsacheninstanz besteht auch nach der Reform des Zivilprozesses in der Gewinnung einer "fehlerfreien und überzeugenden" und damit "richtigen", das heißt der materiellen Gerechtigkeit entsprechenden Entscheidung des Einzelfalls (BT-Dr 14/4722, S. 59 f.; Beschlussempf. und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Dr 14/6036, S. 118, 124; Senat, NJW 2004, 2751 [unter II 1 b aa], zur Veröff. in BGHZ bestimmt; BGH, NJW 2005, 291 = WM 2005, 99 [unter II 2 b cc], zur Veröff. in BGHZ bestimmt). Dieser Zielsetzung entsprechend hat der Rechtsausschuss des Bundestags im Gesetzgebungsverfahren darauf hingewiesen, dass die Anforderungen an die Voraussetzungen einer erneuten Tatsachenüberprüfung durch das BerGer. im Interesse einer zutreffenden Tatsachenfeststellung und einer materiell gerechten Entscheidung nicht überspannt werden dürfen (BT-Dr 14/6036, S. 118, 124); "vernünftige" Zweifel sollen genügen, um das BerGer. zu neuen Tatsachenfeststellungen zu verpflichten (BT-Dr 14/6036, S. 118, 124). Diese Erwägungen haben zu der Regelung geführt, dass das BerGer. - anders als das RevGer. (§ 559 II ZPO) - an die vorinstanzliche Tatsachenfeststellung bereits dann nicht mehr gebunden ist, wenn "konkrete Anhaltspunkte" Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen begründen (näher zum Gesetzgebungsverfahren: Senat, NJW 2004, 2751). Für die Bindung des BerGer. an die Tatsachenfeststellung des erstinstanzlichen Gerichts genügt es im Gegensatz zur revisionsrechtlichen Regelung (§ 559 II ZPO) somit nicht, dass die vorinstanzliche Tatsachenfeststellung keine Verfahrensfehler aufweist; auch verfahrensfehlerfrei getroffene Tatsa-

chenfeststellungen sind für das BerGer. nach § 529 I Nr. 1 ZPO nicht bindend, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Feststellungen unvollständig oder unrichtig sind (Senat, NJW 2004, 2751; vgl. auch BGHZ 158, 269 [275] = NJW 2004; 1876).

2. Begründung von Zweifeln i. S. d. § 529 I Nr. 1 ZPO auch durch abweichende Beweiswürdigung möglich
Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen können sich auch aus der Möglichkeit unterschiedlicher Wertung ergeben (BVerfG, NJW 2003, 2524 [unter II 1 b]; NJW 2005, 1487 [unter II 1 a]), insbesondere daraus, dass das BerGer. das Ergebnis einer erstinstanzlichen Beweisaufnahme - wie im vorliegenden Fall - anders würdigt als das Gericht der Vorinstanz (BVerfG, NJW 2003, 2524, u. NJW 2005, 1487 [jew. unter II 1 b]). Wenn sich das BerGer. von der Richtigkeit der erstinstanzlichen Beweiswürdigung nicht zu überzeugen vermag, so ist es an die erstinstanzliche Beweiswürdigung, die es auf Grund konkreter Anhaltspunkte nicht für richtig hält, nicht gebunden, sondern zu einer erneuten Tatsachenfeststellung nach der gesetzlichen Neuregelung nicht nur berechtigt, sondern verpflichtet (BVerfG, NJW 2003, 2524, u. NJW 2005, 1487 [unter II 1 b bzw. II 1 a]).

II. Erneute Tatsachenfeststellung unabhängig von entsprechender Rüge in der Berufungsbegründung

Die Revision meint darüber hinaus, das BerGer. sei auch deshalb zu einer erneuten Tatsachenfeststellung nicht berechtigt gewesen, weil die Kl. in ihrer Berufungsbegründung konkrete Anhaltspunkte dafür, dass die erstinstanzliche Beweiswürdigung unzutreffend gewesen sei, nicht dargelegt habe. Auch damit dringt die Revision nicht durch.

Nach § 520 III 2 Nr. 3 ZPO muss die Berufungsbegründung die Bezeichnung konkreter Anhaltspunkte enthalten, die Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der Tatsachenfeststellung in dem angefochtenen Urteil begründen und deshalb eine erneute Feststellung gebieten. Durch diese Vorschrift wird der Berufungsführer dazu angehalten, die Gründe genau zu bezeichnen, aus denen er die erstinstanzliche Tatsachenfeststellung für unrichtig hält; es soll dadurch bloß formelhaften Berufungsbegründungen entgegen gewirkt und eine Beschränkung des Prozessstoffs im Berufungsverfahren erreicht werden (Zöller/Gummer/Heßler, ZPO, 25. Aufl., § 520 Rz. 33). Daraus folgt aber nicht, dass eine erneute Tatsachenfeststellung nach § 529 I 1 ZPO eine darauf bezogene Berufungsrüge voraussetzt und das BerGer. deshalb gehindert wäre, an der Richtigkeit der erstinstanzlichen Tatsachenfeststellung zu zweifeln, wenn entsprechende Darlegungen in der Berufungsbegründung fehlen. Denn das BerGer. ist an die geltend gemachten Berufungsgründe (abgesehen von bestimmten Verfah-

rensmängeln) nicht gebunden (§ 529 II ZPO). Zweifeln an der Richtigkeit und Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen hat es selbst dann nachzugehen, wenn es sie unabhängig vom Parteivortrag auf Grund lediglich gerichtskundiger Tatsachen gewonnen hat (BGHZ 158, 269 [279] = NJW 2004, 1876; vgl. BT-Dr 14/4722, S. 100); damit kann und muss das BerGer. erst recht konkrete Anhaltspunkte berücksichtigen, die ihre Grundlage im erstinstanzlichen Vorbringen der Parteien haben, auch wenn sie nicht zum Gegenstand einer Berufungsrüge gemacht worden sind (BGHZ 158, 269 = NJW 2004, 1876; vgl. auch Zöller/Gummer/Heßler, § 529 Rz. 12). Daraus folgt, dass das BerGer. von Amts wegen den gesamten Prozessstoff der ersten Instanz unter Einbeziehung des Ergebnisses einer Beweisaufnahme auf Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der Tatsachenfeststellung zu überprüfen hat.

Im Übrigen hatte im vorliegenden Fall die Kl. in ihrer Berufungsbegründung entgegen der Auffassung der Revision durchaus konkrete Einwände gegen die Beweiswürdigung des LG vorgebracht, die Zweifel an der Richtigkeit der erstinstanzlichen Tatsachenfeststellung begründeten.

III. Erneute Tatsachenfeststellung trotz Fehlens der Voraussetzungen des § 529 I Nr. 1 ZPO kein revisibler Verfahrensfehler

Weiter rügt die Revision, dass die erneute Tatsachenfeststellung des BerGer. verfahrensfehlerhaft gewesen sei, weil das BerGer. die Voraussetzungen des § 529 I Nr. 1 ZPO im vorliegenden Fall zu Unrecht bejaht habe; konkrete Anhaltspunkte im Sinne dieser Vorschrift hätten nicht bestanden. Auch damit hat die Revision keinen Erfolg.

Hinsichtlich des Umfangs der revisionsrechtlichen Überprüfung der Voraussetzungen für eine erneute Tatsachenfeststellung in der Berufungsinstanz ist zu differenzieren. Die Revision kann zwar darauf gestützt werden, dass das BerGer. die Voraussetzungen für eine erneute Tatsachenfeststellung nach § 529 I Nr. 1 ZPO zu Unrecht verneint hat, wenn die angefochtene Entscheidung auf diesem Fehler beruht (vgl. BGH, NJW 2004, 2825, u. NJW 2004, 2828, jew. zur Veröff. in BGHZ bestimmt). Für den umgekehrten Fall, in dem das BerGer. die Voraussetzungen des § 529 I Nr. 1 ZPO zu Unrecht bejaht haben soll, gilt dies dagegen nicht.

§ 529 I ZPO dient der Konzentration der Tatsachenfeststellung in der ersten Instanz (Zöller/Gummer/Heßler, § 529 Rz. 15). Dieser Zweck ist nicht mehr zu erreichen, wenn das BerGer. selbst eine erneute Tatsachenfeststellung durchgeführt (§ 529 I Nr. 1 ZPO) oder wenn es neues Vorbringen zugelassen hat (§ 529 I Nr. 2 i. V. m. § 531 II ZPO). In diesen Fällen sind die vom BerGer. festgestellten oder berücksichtigten neuen Tatsachen dem weiteren Verfahren unabhängig da-

von zu Grunde zu legen, ob das BerGer. die für die erneute Tatsachenfeststellung oder für die Zulassung neuen Vorbringens geltenden Voraussetzungen beachtet hat (zu Letzterem bereits BGH, NJW 2004, 1458; vgl. auch Zöller/Gummer/Heßler, § 529 Rz. 15 m. w. N.). Denn § 529 ZPO verfolgt nicht den Zweck, vor der Feststellung der materiellen Wahrheit zu schützen (Zöller/Gummer/Heßler, § 519 Rz. 15). Für Einschränkungen der Tatsachenfeststellung in der Berufungsinstanz, die zwangsläufig nachteilig für das Bemühen um eine materiell gerechte Entscheidung sind (vgl. BVerfGE 55, 72 [94] = NJW 1981, 271), gibt es keine Rechtfertigung, wenn das mit der Einschränkung verfolgte prozessökonomische Ziel nicht mehr zu erreichen ist (BGH, NJW 2004, 1458 [unter II 4 b]). Im Revisionsverfahren ist deshalb nach erneuter Tatsachenfeststellung in der Berufungsinstanz nicht zu überprüfen, ob das BerGer. das Vorliegen der Voraussetzungen des § 529 I Nr. 1 ZPO zu Recht angenommen hat. Insoweit gilt nichts anderes als für zugelassenen neuen Tatsachenvortrag, hinsichtlich dessen im Revisionsverfahren ebenfalls nicht zu prüfen ist, ob das BerGer. die Voraussetzungen des § 531 II ZPO beachtet hat (BGH, NJW 2004, 1458).

IV. Keine rechtsfehlerhafte Beweiswürdigung durch das BerGer.

Vergeblich wendet sich die Revision schließlich auch gegen die vom BerGer. vorgenommene Beweiswürdigung. Diese ist vom RevGer. auf Grund seiner Bindung an die Tatsachenfeststellung des BerGer. (§ 559 II ZPO) nach ständiger Rechtsprechung nur eingeschränkt daraufhin zu überprüfen, ob der Tatrichter sich mit dem Prozessstoff und den Beweisergebnissen umfassend und widerspruchsfrei auseinandergesetzt hat, seine Würdigung also vollständig und rechtlich möglich ist und nicht gegen Denkgesetze und Erfahrungssätze verstößt (vgl. BGH, NJW 1999, 3481 [3482 unter II 2]). Derartige Rechtsverstöße vermag die Revision nicht aufzuzeigen. Insbesondere trifft es nicht zu, dass das BerGer. den wesentlichen Kern des Tatsachenvortrags des Bekl. und die Aussagen der Zeugen hierzu nicht hinreichend zur Kenntnis genommen und dadurch die Grundrechte des Bekl. auf rechtliches Gehör (Art. 103 I GG) und auf ein objektiv willkürfreies Verfahren (Art. 3 I GG) verletzt hat. Die ausführliche Beweiswürdigung des BerGer. stützt sich auf sachlich begründete Erwägungen, die einen Rechtsfehler nicht aufweisen.

Standort: Kaufrecht

Problem: Hinweispflichten des Verkäufers

OLG KÖLN, URTEIL VOM 12.11.2004
6 U 109 / 04 (NJW 2005, 1666)

Problemdarstellung:

Die in diesem Fall dem auf Rückzahlung des Kaufpreises klagenden Käufer gelieferte Polstergarnitur wies sämtliche vertraglich vereinbarten Beschaffenheitsmerkmale - insbesondere eine 5 Jahre anhaltende Fleckschutzimprägnierung - auf. Auch wick das gelieferte Exemplar nicht negativ von der Beschaffenheit ab, die gewöhnlicherweise von einem Sitzmöbel dieser Art erwartet werden kann. Die sich schon nach kurzer Zeit zeigenden reinigungsresistenten Verfärbungen beruhten vielmehr auf dem unvermeidlichen Farbabrieb nicht farbechter, aber handelsüblicher Textilien bei bestimmungsgemäßem Gebrauch.

Das OLG Köln sprach dem Kl. trotz Fehlens eines Sachmangels i. S. d. § 434 BGB einen Anspruch auf Kaufpreisrückzahlung zu, den es aus einem Verschulden der beklagten Verkäuferin bei den Vertragsverhandlungen herleitete, da sie gewusst habe, dass es dem Kl. einerseits auf einen langen Erhalt des hellbeigen Farbtons ankam, andererseits schon nach kurzer Zeit bei bestimmungsgemäßem Gebrauch die Verfärbungen auftreten würden. Der Schadensersatzanspruch aus § 280 I BGB i. V. m. §§ 311 II Nr. 1, 241 II BGB wurde sodann mit dem Grundsatz der Naturalrestitution aus § 249 I BGB kombiniert, woraus sich ein Anspruch auf Rückabwicklung des für den Kl. nachteilig-

gen und nur durch die Aufklärungspflichtverletzung der Bekl. zustande gekommenen Vertrages ergab.

Prüfungsrelevanz:

Vor der Schuldrechtsmodernisierung war in § 463 BGB a. F. ein verschuldensunabhängiger Anspruch auf "Schadensersatz wegen Nichterfüllung" vorgesehen, der allerdings voraussetzte, dass eine vom Verkäufer zusicherte Eigenschaft der gelieferten Kaufsache fehlte. Weitere Schäden, insbesondere solche, die dem Käufer entstanden waren, weil der Verkäufer aufgrund einfacher Fahrlässigkeit eine mangelhafte Sache geliefert hatte, waren allenfalls über die damals ungeschriebenen Rechtsinstitute der "positiven Vertragsverletzung" (pVV) oder der "culpa in contrahendo" (Verschulden bei Vertragshandlungen = c.i.c.) ersatzfähig, was eine Reihe schwieriger Konkurrenzfragen nach sich zog.

Nunmehr sind nach § 437 Nr. 3 BGB in Verbindung mit dem allgemeinen Leistungsstörungenrecht bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen alle Schäden des Käufers infolge der Lieferung einer mangelhaften Sache ersatzfähig, soweit ein Vertretenmüssen des Verkäufers i. S. d. § 276 BGB vorliegt. Im Anwendungsbereich der §§ 434 ff BGB, das heißt jedenfalls bei Lieferung einer mangelhaften Sache und im Falle eines Sachmangels ab Gefahrübergang i. S. d. § 446 S. 1 BGB, ist ein Rückgriff auf die mittlerweile kodifizierten Rechtsfiguren der pVV bzw. der c.i.c.

überflüssig geworden (vgl. hierzu etwa Palandt-Putzo, § 437 Rz. 51).

Der vorliegende Fall zeigt jedoch, dass es auch im Falle eines Kaufvertrages und der Unzufriedenheit des Käufers mit der gelieferten Ware einen Anwendungsbereich für die frühere c.i.c. gibt, da hier die fahrlässige Verletzung einer Aufklärungspflicht des Verkäufers über Merkmale der Sache angenommen werden konnte, ohne dass dies automatisch auch zur Annahme eines Sachmangels führte.

Trotz ihrer Kürze ist die Entscheidung daher für das Verständnis des Verhältnisses des Gewährleistungsrechts zum allgemeinen Schuldrecht durchaus hilfreich.

Vertiefungshinweise:

- Zu Hinweispflichten des Verkäufers vor Vertragschluss: *Gröschler*, NJW 2005, 1601 ff
- Zum Verhältnis des neuen Gewährleistungsrechts zum Haftungssystem des allgemeinen Schuldrechts: *Köster*, JURA 2005, 145 ff

Kursprogramm:

- Examenskurs* : "Mieser Klebstoff"
- Examenskurs* : "Kurzfälle zur Saldotheorie"
- Assessorkurs* : "Der versicherte PKW"

Leitsatz (der Redaktion):

Der Verkäufer einer hellen Polstergarnitur mit Fleckschutzimprägnierung für einen Zeitraum von fünf Jahren muss den Käufer darauf hinweisen, dass bei bestimmungsgemäßem Gebrauch nach kurzer Zeit nicht behebbare, ins Auge fallende Verunreinigungen auftreten, wenn man sich mit handelsüblicher, aber nicht farbechter Kleidung auf die Polster setzt.

Sachverhalt:

Im Februar 2002 kaufte der Kl. bei der Bekl. eine helle, beigefarbene Polstergarnitur zum Preis von insgesamt 7.700,- Euro. Im schriftlichen Kaufvertrag war eine Fleckschutzimprägnierung vorgesehen, für die die Bekl. fünf Jahre Garantie übernahm. Einige Monate nach Lieferung der Polstergarnitur zeigten sich bereits erste dunkle Verfärbungen. Diese Verunreinigungen finden ihre Ursache in einem bei bestimmungsgemäßem Gebrauch der Polstermöbel eintretenden Abfärben von handelsüblichen, aber nicht farbechten Bekleidungstextilien. Unstreitig wusste die Bekl. bereits beim Verkauf der Möbel, dass zum einen der Verkauf nicht farbechter Textilien im Bekleidungshandel Gang und Gebe ist, und zum anderen, dass das Tragen solcher Kleidungsstücke auf hellen Möbeln unweigerlich Verunreinigungen der vorliegenden Art verursacht. Das LG hat durch Einholung eines Sachverständigen-

gutachtens aufgeklärt, worauf der Farbabrieb auf der Polstergarnitur zurückzuführen ist, und hat die Klage auf Rückzahlung des Kaufpreises alsdann abgewiesen. Die Berufung des Bekl. hatte im Wesentlichen Erfolg.

Aus den Gründen:

A. Kein zum Rücktritt vom Kaufvertrag berechtigender Mangel der Polstergarnitur

Allerdings hat das LG im Einklang mit den Ausführungen des Sachverständigen zutreffend angenommen, bei Gefahrübergang, also dem Zeitpunkt der Übergabe (§ 434 I 1 i. V. m. § 446 S. 1 BGB), sei die Couchgarnitur nicht mit Mängeln behaftet gewesen, weil die einige Monate später festgestellten Verunreinigungen auf den Farbabrieb nicht farbechter Textilien zurückzuführen seien. Das hindert in der Tat die Annahme, auf Grund des erklärten Rücktritts vom Kaufvertrag könne der Kl. den Kaufvertrag gem. §§ 437 Nr. 2, 440, 323, 326 V, 346 ff. BGB wandeln und aus diesem Grunde Rückerstattung des Kaufpreises verlangen.

B. Schadensersatzanspruch des Kl. wegen Verschuldens bei Vertragsverhandlungen gem. § 280 I i. V. m. §§ 311 II Nr. 1, 241 II BGB

Die Klageabweisung trägt diese isoliert betrachtet zutreffende Feststellung unter den im Streitfall obwaltenden Umständen gleichwohl nicht.

I. Vorvertragliche Aufklärungspflicht der Bekl. infolge Wissensvorsprungs

Denn zwischen den Parteien ist unstreitig, dass der Kl. beim Kauf der sehr hellen, beigefarbenen und sich nicht im niedrigen Preissegment bewegenden Couchgarnitur ausgesprochenen Wert darauf gelegt hat, dass diese nicht sogleich verschmutzte. Aus diesem Grunde ist Gegenstand des Kaufvertrags auch eine Fleckschutzimprägnierung mit fünf Jahren Garantie. Unstreitig wusste die Bekl. schon zum Zeitpunkt des Verkaufs, und zwar im Gegensatz zum Kl., dass der Kauf und die Benutzung dieser Couchgarnitur insoweit mit einem erheblichen (Erhaltungs-)Risiko verbunden war, als das Tragen nicht farbechter, aber handelsüblicher Textilien bei bestimmungsgemäßem Gebrauch der Möbel zu den Verunreinigungen führen würde, die nunmehr auch eingetreten sind. Die Bekl. wusste zudem, dass eine Fleckschutzimprägnierung zur Verhinderung solcher Verunreinigungen von vornherein nicht geeignet war, und dass solche Verunreinigungen sehr und so hartnäckig sind, dass sich selbst die Bekl. als zumindest in Köln bekanntes Möbelhaus nicht in der Lage gesehen hat, die Möglichkeit einer erfolgreichen Reinigung anzubieten. Bei dieser Sachlage wäre es Sache der Bekl. gewesen, den Kl. [...] zur Vermeidung anderweitiger Schadenersatzverpflichtung wegen Verschuldens bei Vertragsschluss (§§ 311, 241, 280 BGB n.F.) auch ungefragt darauf hinzuweisen, dass helle

Möbel der später verkauften Art auch bei bestimmungsgemäßem Gebrauch über kurz oder lang nicht behebbare, ins Auge springende und deutliche Verunreinigungen aufweisen werden, wenn man sich mit handelsüblicher, aber nicht farbechter Kleidung auf sie setzt.

II. Kausalität zwischen Verletzung der Aufklärungspflicht und Abschluss des für den Kl. nachteiligen Vertrages

Wäre die Bekl. dieser Verpflichtung nachgekommen, spricht alles dafür, dass der Kl. dann von dem Kauf dieser Möbel Abstand genommen hätte, schon um nicht jeden Gast vor dem Angebot, doch Platz zu nehmen, nach der Beschaffenheit, der Qualität und womöglich auch noch dem Ursprung der von ihm getragenen Kleidungsstücke befragen zu müssen.

III. Naturalrestitution durch Vertragsaufhebung unter Berücksichtigung der gezogenen Nutzungen

Er kann deshalb nunmehr wegen dieses Verschuldens der Bekl. bei Vertragsschluss im Wege der Naturalrestitution Rückabwicklung des Kaufvertrags verlangen, muss sich allerdings anrechnen lassen, dass er

durch die Nutzung der Möbel auch Gebrauchsvorteile erzielt hat. Ungetrübte Freude an den erworbenen Möbeln konnte der Kl. allerdings nur kurze Zeit, allenfalls wenige Monate, empfinden. Aus diesem Grunde kann der Auffassung der Bekl., die Gebrauchsvorteile seien mit 10% des Kaufpreises pro Jahr der Nutzungsdauer anzusetzen, schon im Ansatz nicht beigespflichtet werden. Insgesamt schätzt der Senat den Wert der Gebrauchsvorteile analog § 287 I ZPO auf [...] 700,- Euro.

C. Annahmeverzug der Bekl. bezüglich Rücknahme der Polstergarnitur

Mit Rücksicht darauf, dass die Bekl. nach dem Vorgesagten die Rücknahme der Couchgarnitur Zug um Zug gegen Erstattung des gezahlten Kaufpreises nach Maßgabe der vorstehenden Einschränkung zu Unrecht verweigert hat, steht dem Kl. allein schon wegen der unterschiedlichen Haftungsmaßstäbe vor und nach Eintritt des Verzugs (§ 300 I BGB) auch ein berechtigtes Interesse i. S. d. § 256 I ZPO daran zur Seite, den Annahmeverzug der Bekl. festgestellt zu sehen.

Standort: Zwangsvollstreckung

Problem: Voraussetzungen des § 850 f II ZPO

BGH, BESCHLUSS VOM 05.04.2005
VII ZB 17 / 05 (NJW 2005, 1663)

Problemdarstellung:

Die Beschwerdeführerin ging hier aus einem Vollstreckungsbescheid gegen den Antragsgegner und Schuldner vor, bei dessen Beantragung sie den Anspruch mit "aus vorsätzlich strafbarer unerlaubter Handlung" bezeichnet hatte (vgl. zur Bezeichnung des Anspruchs schon im Mahnantrag § 690 I Nr. 3 ZPO). Sie betrieb nun die Vollstreckung in die Ansprüche des Schuldners auf Arbeitsentgelt und wollte gem. § 850 f II ZPO auch Teile des Arbeitsentgelts ihrer Vollstreckung unterworfen sehen, die an und für sich dem Vollstreckungszugriff gem. § 850 c ZPO entzogen sind.

Der BGH entschied jedoch, dass der für das Vollstreckungsprivileg des § 850 f II ZPO erforderliche Nachweis (!) eines Anspruchs aus vorsätzlich begangener unerlaubter Handlung nicht durch die einseitige Behauptung eines solchen bei Beantragung eines Mahnbescheides als geführt angesehen werden kann. Der Gläubiger ist in derartigen Fällen darauf zu verweisen, die entsprechende Feststellung durch Klage gem. § 256 I ZPO zu begehren.

Prüfungsrelevanz:

Die vorliegende Entscheidung betrifft nicht nur ein

interessantes Sonderproblem aus dem Bereich der Forderungsvollstreckung, sondern ist auch deshalb lesenswert, weil der BGH seine Auffassung mit zahlreichen grundlegenden Überlegungen zur Natur des Vollstreckungsverfahrens und zur Aufgabenverteilung zwischen dem Erkenntnis- und dem Vollstreckungsverfahren sowie den dort beteiligten Organen der Rechtspflege begründet. Ihre Lektüre fördert dementsprechend das Verständnis der dem 8. Buch der ZPO zugrundeliegenden und im Rahmen zahlreicher Einzelprobleme immer wieder heranzuziehenden Grundsätze wie etwa des "Formalismus der Zwangsvollstreckung".

Vertiefungshinweise:

Zur Pfändbarkeit des Rechts, Rückkauflassung eines Grundstücks zu verlangen: *BGH*, RA 2003, 503 = NJW 2003, 1858

Keine isolierte Klage auf Feststellung des Schuldnerverzugs: *BGH*, RA 2000, 567 = NJW 2000, 2280

Kursprogramm:

Assessorkurs: "Das hinterlegte Gehalt"

Assessorkurs: "Partnersuche"

Leitsatz:

Durch die Vorlage eines Vollstreckungsbescheids kann der Nachweis einer Forderung aus vorsätzlich begangener unerlaubter Handlung für das Voll-

streckungsprivileg des § 850 f II ZPO durch den Gläubiger nicht geführt werden.

Sachverhalt:

Die Gläubigerin betreibt gegen den Schuldner die Zwangsvollstreckung aus einem Vollstreckungsbescheid über eine Hauptforderung "aus vorsätzlich strafbarer unerlaubter Handlung". Sie erwirkte einen Pfändungs- und Überweisungsbeschluss, der die Ansprüche des Schuldners gegen die Drittschuldnerin auf Arbeitsentgelt zum Gegenstand hat. Ihren Antrag, zugleich den unpfändbaren Teil des Arbeitseinkommens gem. § 850 f II ZPO herabzusetzen, hat das VollstrG zurückgewiesen.

Die sofortige Beschwerde der Gläubigerin ist vor dem LG ohne Erfolg geblieben. Ihre - zugelassene - Rechtsbeschwerde hatte ebenfalls keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

Das gem. § 574 I Nr. 2, III 2 ZPO statthafte und auch im Übrigen zulässige Rechtsmittel ist unbegründet.

A. Entscheidung des BeschwGer. und Gegenargumentation der Rechtsbeschwerde

Nach Auffassung des BeschwGer. ist das VollstrG an eine Angabe im Vollstreckungsbescheid, die Forderung sei auf eine vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung zurückzuführen, nicht gebunden, weil im Mahnverfahren keine Schlüssigkeitskontrolle und keine richterliche Überprüfung des Anspruchsgrunds erfolge. Auch sei der Schuldner anderenfalls gezwungen, gegen den Vollstreckungsbescheid allein wegen der unzutreffenden Bezeichnung der Anspruchsgrundlage vorzugehen, selbst wenn der Anspruch aus seiner Sicht aus einem anderen Grunde berechtigt sei. Die Frage, ob der Anspruch auf einer vorsätzlichen unerlaubten Handlung beruhe, sei nicht im Vollstreckungsverfahren zu klären. Vielmehr müsse der Gläubiger vor dem ProZG eine entsprechende Feststellungsklage erheben.

Die Rechtsbeschwerde hält dem entgegen, der Vollstreckungsbescheid sei gem. § 700 I ZPO einem für vorläufig vollstreckbar erklärten Versäumnisurteil gleichgestellt und der materiellen Rechtskraft fähig. Der Nachweis einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung sei daher erbracht, wenn sich aus dem Vollstreckungsbescheid ein deliktischer Anspruchsgrund ergebe.

B. Entscheidung des BGH

Der Standpunkt des BeschwGer. ist richtig.

I. Zur Aufgabenverteilung zwischen Erkenntnis- und Vollstreckungsverfahren

Die Vorschrift des § 850 f II ZPO erweitert den Zugriff des Gläubigers auf das Arbeitseinkommen des Schuldners, wenn er wegen eines Anspruchs aus einer

vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung vollstreckt. Der Schuldner soll in diesen Fällen bis zur Grenze seiner Leistungsfähigkeit auch mit den Teilen seines Arbeitseinkommens einstehen, die ihm sonst nach der Vorschrift des § 850c ZPO zu belassen wären. Über die Herabsetzung des unpfändbaren Betrags entscheidet auf Antrag des Gläubigers das VollstrG. Es hat nach pflichtgemäßem Ermessen und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen des Gläubigers und des Schuldners den der Pfändung zusätzlich unterliegenden Teil des Arbeitseinkommens zu bestimmen. Hingegen ist es nicht Aufgabe des VollstrG, auch über das Vorliegen eines Anspruchs aus vorsätzlich begangener unerlaubter Handlung zu entscheiden. Bei der Prüfung, ob der Gläubiger aus einem in der Zwangsvollstreckung nach § 850 f II ZPO privilegierten Anspruch vorgeht, ist es an die Auffassung des ProZG gebunden. Allein das wird der Aufgabenverteilung zwischen Erkenntnis- und Vollstreckungsverfahren gerecht (BGHZ 152, 166 [170] = NJW 2003, 515), nach der die materiell-rechtliche Beurteilung des geltend gemachten Anspruchs dem ProZG obliegt, während die Vollstreckungsorgane die formellen Voraussetzungen prüfen, von denen die Durchsetzung des vollstreckbaren Anspruchs abhängt. Um den Nachweis für die Vollstreckungsprivilegierung zu erbringen, hat der Gläubiger dem VollstrG daher einen Titel vorzulegen, aus dem sich gegebenenfalls im Wege der Auslegung der deliktische Schuldgrund und der von § 850 f II ZPO vorausgesetzte Grad des Verschuldens ergeben; eine davon abweichende Beurteilung ist dem VollstrG versagt.

II. Erfordernis einer nachträglichen Feststellungsklage, wenn deliktischer Schuldgrund dem Titel nicht zu entnehmen

Hat sich das ProZG in dem vom Gläubiger beigebrachten Titel mit dem Vorliegen eines Anspruchs aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung nicht oder nicht ausdrücklich befasst, begründet auch dies keine Prüfungskompetenz des VollstrG, die materiell-rechtliche Fragen zum Gegenstand hätte. Das Vollstreckungsverfahren ist seinem Wesen nach auf raschen Zugriff und nicht auf Verhandlung ausgelegt. Es ist nicht kontradiktorisch ausgestaltet und bietet deshalb für die Prüfung materiell-rechtlicher Ansprüche regelmäßig eine geringere Richtigkeitsgewähr als das Erkenntnisverfahren (BGHZ 109, 275 [280] = NJW 1990, 834). Wäre dem VollstrG und damit dem in erster Linie funktional zuständigen Rechtspfleger die Beurteilung überlassen, ob der Vollstreckungstitel (auch) auf einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung beruht, müsste es sich unter Umständen auf Vorbringen und Beweismittel stützen, die nicht Gegenstand des Erkenntnisverfahrens waren. Damit würden die Grenzen zwischen den beiden Verfahrensarten und zugleich die Aufgabenverteilung zwischen Richter

und Rechtspfleger unzulässig verschoben (vgl. BGHZ 152, 166 = NJW 2003, 515). Schon um dem Schuldner eine sachgerechte Verteidigung im Erkenntnisverfahren zu ermöglichen, muss ein Gläubiger, der nicht bereits neben dem Leistungsantrag die Feststellung des deliktischen Anspruchsgrunds begehrt hat, daher nachträglich Feststellungsklage erheben (BGHZ 152, 166 [171 f.] = NJW 2003, 515; BGH ZVI 2003, 301; ZVI 2002, 422).

III. Keine Eignung des Vollstreckungsbescheids zum Nachweis der vorsätzlichen unerlaubten Handlung

Der BGH hat bislang offen gelassen (BGHZ 152, 166 [168] = NJW 2003, 515), ob der Gläubiger den für § 850 f II ZPO erforderlichen Nachweis durch Vorlage eines Vollstreckungsbescheids erbringen kann, der als Anspruchsgrund eine Forderung aus vorsätzlich begangener unerlaubter Handlung ausweist. Das ist mit dem BeschwGer. (ebenso Stein/Jonas/Brehm, ZPO, 22. Aufl., § 850 f Rz. 13; Schuschke/Walker, Vollstreckung u. Vorl. Rechtsschutz, 3. Aufl., § 850 f ZPO Rz. 11; LG Düsseldorf, NJW-RR 1987,758; AG Freyung, MDR 1986, 595; ferner Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 63. Aufl., § 850 f Rz. 10, der jedenfalls eine formularmäßige Begründung im Vollstreckungsbescheid nicht ausreichen lässt) und entgegen der in Literatur und Rechtsprechung überwiegend vertretenen Auffassung (Smid, in: Münch-Komm-ZPO, 2. Aufl., § 850 f Rz. 16; Thomas/Putzo, ZPO, 25. Aufl., § 850 f Rz. 8 a; Stöber, Forderungspfändung, 13. Aufl., Rz. 1193; OLG Düsseldorf, JurBüro 1973, 883, zum vormaligen Vollstreckungsbegehrl; LG München II, JurBüro 2004, 673; LG Karlsruhe, ZVI 2002, 364; LG Stuttgart, JurBüro 1997, 548; LG Aachen, JurBüro 1980, 468; LG Wuppertal, MDR 1976, 54) zu verneinen.

I. Fehlende (Schlüssigkeits-) Prüfung im Mahnverfahren

Das Mahnverfahren soll dem Gläubiger einen einfachen und kostengünstigen Weg zu einem Vollstreckungsbescheid eröffnen (BGHZ 150, 221 [225] = NJW 2002, 2794). Ob der geltend gemachte Anspruch zu Recht besteht, wird in diesem Verfahren nicht geprüft, auf seine Begründung und die bis zur Neuregelung der §§ 688 ff. ZPO durch die Vereinfachungs-Novelle vom 03.12.1976 (BGBl I, 3281) vorgesehene Schlüssigkeitsprüfung verzichtet. Auch zur Individualisierung des Anspruchs (§ 690 I Nr. 3 ZPO) ist eine nähere Angabe des Rechtsgrunds, aus dem er hergeleitet wird, nicht erforderlich (BGHZ 112, 367 [370] = NJW 1991, 43). Eine materiell-rechtliche Befassung des ProzG findet nicht statt; die rechtliche Einordnung des Anspruchs beruht allein auf einseitigen, vor der Titulierung nicht überprüften Angaben des Gläubigers. Schon deshalb kann eine Bindung für das VollstrG nicht eintreten (Schuschke/Walker, § 850 f ZPO Rz.

11). Dem steht nicht entgegen, dass ein Vollstreckungsbescheid der materiellen Rechtskraft fähig ist und diese sämtliche Rechtsgründe für den geltend gemachten Anspruch erfasst (BGHZ 112, 367 = NJW 1991, 43). Denn es geht bei § 850 f II ZPO für den Gläubiger darum, die Voraussetzungen des Vollstreckungsprivilegs nachzuweisen. Dazu bedarf er eines Titels, der seine Berechtigung zu einem erweiterten Vollstreckungszugriff für das VollstrG erkennen lässt. Diese Berechtigung ist ausschließlich durch das ProzG zu beurteilen; die ihm obliegende Prüfung kann durch die bloße Behauptung des Gläubigers, der Anspruch ergebe sich (auch) aus einer vorsätzlich begangenen deliktischen Handlung, nicht ersetzt werden.

2. Schuldner darf Widerspruch, um Anspruchs begründung zu ändern, nicht aufgezwungen werden

Hinzu tritt Folgendes: Das Mahnverfahren, das zum Erlass des Vollstreckungsbescheids geführt hat, kann nur wegen eines Anspruchs, der die Zahlung einer bestimmten Geldsumme zum Gegenstand hat, eingeleitet werden (§ 688 I ZPO). Es ist nicht dazu bestimmt, zur Vorbereitung der privilegierten Vollstreckung den deliktischen Schuldgrund und den für § 850 f II ZPO erforderlichen Verschuldensgrad feststellen zu lassen (Stein/Jonas/Brehm, § 850 f Rz. 13). Der Widerspruch des Schuldners und der dadurch bedingte Übergang in das streitige Verfahren zielen auf die Abwehr des geltend gemachten Zahlungsanspruchs. Für den Schuldner besteht zur Einlegung des Widerspruchs keine Veranlassung, wenn er nach seiner Auffassung den geforderten Betrag, obschon aus einem anderen Rechtsgrund, jedenfalls im Ergebnis schuldet. Denn will er lediglich eine Abänderung der rechtlichen Begründung, die der Gläubiger für den Anspruch gegeben hat, oder eine abweichende Feststellung des Verschuldensgrads (Fahrlässigkeit statt Vorsatz) erreichen, bleibt er mit dem vollen Kostenrisiko belastet. Das muss er ebenso wenig hinnehmen, wie er darauf zu verweisen ist, im streitigen Verfahren eine negative Feststellungswiderklage zu erheben. Es ist nicht seine Aufgabe, die vom Gläubiger behaupteten Voraussetzungen für § 850 f II ZPO auszuräumen. Vielmehr obliegt es dem Gläubiger, den Nachweis für das von ihm beanspruchte Vollstreckungsprivileg zu erbringen. Dazu muss er seinerseits eine Feststellungsklage erheben, für die die Verfahrensart der §§ 688 ff. ZPO nicht geeignet ist.

IV. Berechtigter Verweis des Gläubigers auf die titelergänzende Feststellungsklage

Das BeschwGer. hat somit zu Recht die Vorlage des Vollstreckungsbescheids für die Vergünstigung des § 850 f II ZPO nicht ausreichen lassen und den Gläubiger auf eine den bisherigen Vollstreckungstitel ergänzende Feststellungsklage verwiesen.

Standort: BGB-AT**Problem: Zugang bei nicht abgeholtem Einschreiben**

OLG BRANDENBURG, BESCHLUSS VOM 03.11.2004
9 UF 177 / 04 (NJW 2005, 1585)

Problemdarstellung:

Gem. § 1613 I 1 BGB können Unterhaltsansprüche gegen Verwandte für die Vergangenheit nur ab dem Zeitpunkt geltend gemacht werden, ab dem der Unterhaltspflichtige zur Auskunftserteilung über seine Vermögensverhältnisse aufgefordert, in Zahlungsverzug gesetzt oder auf Unterhaltszahlung verklagt war.

Die Kl. dieses Rechtsstreits war für die eingeklagten Unterhaltsrückstände deshalb darauf angewiesen, dass ihr Mahnschreiben vom 23.11.2001 den Bekl. nachweislich erreicht und in Zahlungsverzug gesetzt hat. Neben der - unbewiesenen - Übersendung mit einfacher Post hatte sie deshalb den vermeintlich besonders sicheren Weg des Übergabeeinschreibens mit Rückschein gewählt. Der Postzusteller hat den Bekl. jedoch nicht persönlich erreicht und dementsprechend das Einschreiben bei der Post hinterlegt und den Bekl. hierüber durch einen Benachrichtigungsschein in Kenntnis gesetzt. Der Bekl. hat das Einschreiben nie abgeholt.

Das OLG Brandenburg hat hierzu entschieden, dass der Bekl. zur Abholung des Schreibens nicht verpflichtet war und allein der Zugang des Benachrichtigungsscheins natürlich nicht zum Zugang der eigentlich Erklärung führen kann. Dementsprechend blieb dem Unterhaltsbegehren der Kl. der Erfolg versagt, sie bekam jedenfalls keine Prozesskostenhilfe für die Weiterverfolgung ihres Begehrens in der Berufungsinstanz bewilligt.

Prüfungsrelevanz:

Wer sich auf den Zugang eines anspruchsbegründenden Schreibens beruft, trägt hierfür grundsätzlich die volle Darlegungs- und Beweislast. Es gibt hierbei keinen Anscheinsbeweis dafür, dass ein mit der Post übersandter Brief innerhalb der regelmäßigen Beförderungszeit auch zugestellt wurde. Lange Zeit war lediglich anerkannt, dass ein Einwurfeinschreiben einen solchen Anscheinsbeweis begünden kann, wenn der Briefkasteneinwurf seitens des Postzustellers ordnungsgemäß dokumentiert wurde. Nach Inkrafttreten des § 175 ZPO n. F. betreffend die von Amts wegen zu bewirkende Zustellung mittels Einschreiben mit Rückschein am 01.07.2002 gilt auch für private Willenserklärungen der Anscheinsbeweis des Zugangs des Einschreibens am im Rückschein genannten Datum als anerkannt. In beiden Fällen bleibt aber zu beachten, dass der Erklärende ggfs. sogar noch beweisen können muss, welchen Inhalt der zugegangene Brief hatte (vgl.

die Darstellung dieser Problematik bei Palandt-Heinrichs, § 130, Rz. 21).

Der vorliegende Beschluss zeigt nicht nur, welche Probleme sich aus den oben skizzierten Grundsätzen für den beweispflichtigen Erklärenden ergeben können. Er enthält zudem grundlegende Ausführungen zu den Voraussetzungen des Schuldnerverzugs sowie zu Rechtsnatur und Inhalt einer Mahnung. Die Entscheidung eignet sich deshalb gut zu einer kurzen Wiederholung dieser Themen aus dem allgemeinen Teil des BGB bzw. des Schuldrechts.

Vertiefungshinweise:

- Nachweis der Entgegennahme eines Einwurfeinschreibens durch die Post beweist nicht den Zugang des Schreibens: *LG Potsdam*, RA 2001, 16 = NJW 2000, 3722
- Zum Zugang bei Weiterleitung eines Anrufes an eigentlich unzuständigen Mitarbeiter: *BGH*, RA 2002, 369 = NJW 2002, 1565

Kursprogramm:

- Examenskurs*: "Das Versehen"
- Examenskurs*: "Scherbenhaufen"

Leitsatz:

Der Einwurf eines Benachrichtigungsscheins mit der Bitte, die Sendung innerhalb einer bestimmten Frist bei der Post abzuholen, führt regelmäßig nicht zum Zugang des mit dem Einschreiben übersandten Schreibens.

Sachverhalt:

Die am 24.10.1987 geborene minderjährige Kl. ist die Tochter des Bekl. Die Ehe des Bekl. mit der Mutter der Kl., welche diese gesetzlich vertritt, ist seit Februar 2004 rechtskräftig geschieden. Mit per Einschreiben übersandtem Schreiben vom 23.11.2001, über dessen Zugang die Parteien streiten, hat die Kl. den Bekl. zur Zahlung eines Kindesunterhalts in Höhe von 523,-- DM ab November 2001 aufgefordert; insoweit ist zwischen den Parteien unstreitig, dass der Bekl. das für ihn bei der Poststelle hinterlegte Schreiben nicht abgeholt hat und dieses daraufhin an die Kl. zurückgesandt worden ist. Die Kl. hat behauptet, das Schreiben vom 23.11.2001 sowohl per einfachem Brief als auch per Einschreiben dem Bekl. übersandt zu haben. Sie vertritt die Auffassung, dadurch sei ein Zugang dieses Schreibens beim Bekl. erfolgt, weshalb sich der Bekl. seit dieser Zeit in Verzug mit den Unterhaltsansprüchen befunden habe.

Das AG - FamG - hat die Unterhaltsklage für den Zeit-

raum von November 2001 bis Mai 2002 wegen fehlenden Verzugs abgewiesen. Die Kl. will insoweit Berufung einlegen. Der Senat hat den Prozesskostenhilfeantrag der Kl. zurückgewiesen.

Aus den Gründen:

Die begehrte Prozesskostenhilfe war zu versagen, da die Voraussetzungen der §§ 114, 119 I ZPO nicht vorliegen. Es fehlt an den Erfolgsaussichten für die Durchführung der Berufung.

Da die Kl. insoweit rückständigen Unterhalt geltend macht, kommt es allein noch auf die Frage an, inwieweit sich der Bekl. mit der Zahlung der Unterhaltsrückstände in Verzug befand. Dabei hat das AG im Ergebnis zutreffend eine ausreichende Darlegung des Verzugseintritts durch die Kl. verneint.

A. Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen für die Vergangenheit abhängig vom Schuldnerverzug des Bekl., § 1613 I 1 BGB

Gemäß § 1613 I 1 BGB kann Unterhalt für die Vergangenheit nur dann gefordert werden, sofern der Verpflichtete zum Zwecke der Geltendmachung des Unterhaltsanspruchs zur Auskunftserteilung aufgefordert worden ist, sofern er in Verzug gekommen oder sofern der Unterhaltsanspruch rechtshängig geworden ist. In Betracht kommt für die Zeit ab November 2001 allein die Möglichkeit der Inverzugsetzung des Bekl. auf Grund des klägerischen Schreibens vom 23.11.2001, welches bei einem Zugang beim Bekl. in November 2001 gem. § 1613 I 2 BGB Rückwirkung auf den 01.11.2001 entfalten würde.

Nach § 284 I BGB a. F. (wie auch gem. § 286 I 1 BGB n. F.) setzt Verzug die schuldhaftige Nichtleistung des Schuldners trotz Fälligkeit der Forderung und Mahnung des Gläubigers voraus. Die Mahnung ist eine geschäftsähnliche Handlung, die den allgemeinen Regelungen über die Willenserklärung unterfällt (BGHZ 47, 352 [357] = NJW 1967, 1800 = LM § 131 BGB Nr. 1). Die Mahnung, bei der es sich um die ernstliche und endgültige Aufforderung an den Schuldner zur Zahlung der Leistung handelt (Palandt/Heinrichs, BGB, 63. Aufl. [2004], § 286 Rz. 16), benötigt zum Wirksamwerden daher den Zugang beim Empfänger (§ 130 I 1 BGB). Zugegangen ist eine Willenserklärung dann, wenn sie derart in den Machtbereich des Empfängers gelangt ist, dass bei Annahme gewöhnlicher Verhältnisse damit zu rechnen ist, er könne von ihr Kenntnis erlangen (BGHZ 67, 271 [275] = NJW 1977, 194 = LM § 132 BGB Nr. 3). Willenserklärungen, die per Brief übermittelt werden, gehen dem Empfänger mit der Aushändigung des Briefs zu, wobei der Einwurf in den Briefkasten regelmäßig genügt.

B. Kein Zugang einer verzugsbegründenden Mahnung beim Bekl.

Diesen Grundsätzen folgend ist dem Bekl. ein Schrei-

ben vom 23.11.2001 nicht zugegangen.

I. Kein Beweisantritt für behauptete Übersendung der Mahnung per einfachem Brief

Soweit die Kl. erstmalig in der mündlichen Verhandlung vom 25.06.2004 behauptet hat, das Schreiben vom 23.11.2001 (auch) per einfachem Brief dem Bekl. übersandt zu haben, mag dahinstehen, ob Bedenken an der Schlüssigkeit des klägerischen Vortrags nicht bereits daraus herrühren, dass ein solcher Vortrag, der erkennbar von wesentlicher Bedeutung für den Rechtsstreit war, von der Kl. bereits zuvor hätte vorgebracht werden müssen. Zu Lasten der insoweit darlegungs- und beweisbelasteten Kl. kann jedenfalls auf Grund des Bestreitens des Bekl. nicht von einem Zugang dieses Schreibens ausgegangen werden. Die Beweislast für den ordnungsgemäßen Zugang trägt derjenige, der sich auf den Zugang beruft. Unabhängig von der mangelnden Substanziierung ihres Vorbringens hat die Kl. für ihre Zugangsbehauptung aber keinen Beweis angeboten.

II. Kein wirksamer Zugang des Einschreibens mit Rückschein

Aber auch hinsichtlich des per Einschreiben übersandten Schreibens vom 23.11.2001 kann zu Lasten der Kl. ein Zugang nicht festgestellt werden. Da dem Bekl. dieses Schreiben nicht ausgehändigt oder in seinen Briefkasten eingeworfen worden ist und er den für ihn hinterlegten Brief nicht bei der Post abgeholt hat, ist das Schreiben nicht in seinen Machtbereich gelangt.

1. Zugang des Benachrichtigungsscheins ersetzt nicht den Zugang des Schreibens selbst

Der Zugang ist insbesondere nicht dadurch erfüllt, dass dem Bekl. - was dieser wohl im Übrigen bestreiten will - ein Benachrichtigungsschein in seinen Briefkasten durch den Postzusteller eingeworfen worden ist. Nach § 130 BGB trägt der Erklärende grundsätzlich das Risiko des Eintreffens der Erklärung beim Adressaten, weshalb es zu seinen Lasten geht, wenn die Erklärung den Adressaten nicht oder nicht rechtzeitig erreicht. Das Transportrisiko und damit auch die Auswahl der Transportmittel trägt allein der Erklärende (vgl. auch Franzen, JuS 1999, 429 [431]). Der Empfänger eines eingeschriebenen Briefs hat erst dann die abstrakte Möglichkeit der Kenntnisnahme vom Inhalt des Briefs, wenn er oder ein von ihm Beauftragter sich tatsächlich zu dem Ort der Niederlegung begibt und den Brief ausgehändigt bekommt. Bei dem hier auch durch die Kl. gewählten postalischen Verfahren eines Übergabeeinschreibens mit Rückschein erfolgt der Zugang grundsätzlich durch die Bestätigung des Empfängers auf dem Rückschein. Wird keine empfangsberechtigte und empfangsbereite Person angetroffen, hinterlässt der Briefbote einen Benachrichtigungsschein mit der Bitte, die Sendung innerhalb einer be-

stimmten Frist bei der Post abzuholen. Dieser Benachrichtigungsschein selbst führt aber nicht zum Zugang des mit dem Einschreiben übersandten Schreibens, da dieses nicht in den Machtbereich des Empfängers gelangt ist und von ihm auch nicht zur Kenntnis genommen werden kann, bevor er es nicht selbst abholt (BGHZ 137, 205 [208] = NJW 1998, 986 = LM § 130 BGB Nr. 27; BGHZ 67, 271 [275] = NJW 1977, 194 = LM § 132 BGB Nr. 3; Wendtland, in: Bamberger/Roth, BGB, 2003, § 130 Rz. 13). Aus diesen Gründen kann daher dahinstehen, ob dem Bekl. tatsächlich ein Benachrichtigungsschein über das Einschreiben zugegangen ist.

2. Keine Zugangsfiktion infolge treuwidriger Zugangsvereitelung (§ 242 BGB) durch den Bekl.

Ist hiernach aber mangels des Abholens des Einschreibebriefs durch den Bekl. kein (tatsächlicher) Zugang erfolgt, so käme lediglich die Fiktion eines Zugangs auf Grund einer treuwidrigen Vereitelung desselben durch den Bekl. in Betracht. Die Voraussetzungen hierfür liegen aber nicht vor. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Bekl. durch das Nichtabholen des Briefs jedenfalls nicht gegen eine ihn in allgemeiner Hinsicht treffende Obliegenheit verstoßen hat. Eine allgemeine Obliegenheit dahin gehend, Willenserklärungen zu empfangen und deshalb auf Benachrichtigung hin Briefe von der jeweils zuständigen Poststelle abzuholen, existiert nicht (Soergel/Hefermehl, BGB, 13. Aufl. [2000], § 130 Rz. 10, 25). Etwas anderes gilt nur dann, wenn der Adressat mit einem Zugang rechnen musste. Weiß der Adressat, dass der Absender ihm eine Erklärung zusenden will, oder muss er insbesondere auf

Grund bestehender vertraglicher Beziehungen mit dem Eingang eines solchen Schreibens rechnen, so muss er sich für den Fall des Nichtabholens trotz Abholbenachrichtigung so behandeln lassen, wie wenn ihm das Schreiben zur Zeit des frühestmöglichen Abholtermins zugegangen wäre (BGHZ 137, 205 [209 ff.] = NJW 1998, 976 = LM § 130 BGB Nr. 27; BAG, NJW 1963, 554 [555]). Erforderlich ist dabei regelmäßig eine an den Empfänger gerichtete vorausgehende Ankündigung des Erklärenden, ein solches Schreiben übersenden zu wollen (Wendtland, in: Bamberger/Roth, § 130 Rz. 13, 25). Hierzu fehlt es aber an jeglichem eingehenden Vortrag der Kl. Es ist nicht erkennbar, auf Grund welcher besonderen Umstände der Bekl. im November 2001 mit einer Unterhaltsforderung durch die Kl. und dem damit in Zusammenhang stehenden Zugang einer schriftlichen Aufforderung rechnen musste oder konnte. Zudem fehlt es hier an jeglicher Darlegung der Kl. überhaupt, ob zu dieser Zeit bereits die Trennung ihrer Eltern eingesetzt hatte und wie die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse im Übrigen ausgestaltet waren.

C. Mögliche Vermeidung der Beweisschwierigkeiten der Kl. bei anderer Übermittlungsform

Die Darlegungs- und Beweisproblematiken hinsichtlich des Zugangs hätte die Kl. möglicherweise vermeiden können, indem sie für die Übermittlung die Form eines so genannten Einwurf-Einschreibens gewählt hätte (vgl. auch Palandt/Heinrichs, § 130 Rz. 6). Dies kann aber letztendlich dahinstehen, da die Kl. hier eine andere Form der Übermittlung (einfacher Brief sowie Übergabeeinschreiben mit Rückschein) gewählt hat.

*Strafrecht***Standort: § 177 I Nr. 3 StGB****Problem: Schutzlose Lage**

BGH, BESCHLUSS VOM 22.02.2005
4 STR 9/05 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte, ein Physiotherapeut, führte bei dem weiblichen Opfer eine Brustmassage durch. Im Laufe der Massage erhielten die Handlungen des Täters eine ausschließlich sexuelle Motivation. Das Opfer war so geschockt, dass es sich gegen diese Handlungen nicht wehrte. Das Landgericht Paderborn hatte eine schutzlose Lage des Opfers i.S.v. § 177 I Nr. 3 StGB angenommen und den Angeklagten wegen sexueller Nötigung (§ 177 StGB) verurteilt. Der BGH hob dieses Urteil auf, da die Feststellungen die Annahme einer schutzlosen Lage nicht tragen würden.

Prüfungsrelevanz:

Die Sexualstraftaten sind zwar im ersten Examen kein Prüfungsstoff, werden jedoch im 2. Examen teilweise abgeprüft. Insofern sind zumindest Grundkenntnisse auch der spezifischen Probleme dieser Deliktsgruppe erforderlich.

Zudem ist die vorliegende Entscheidung deshalb interessant, weil das vom BGH diskutierte Tatbestandsmerkmal der "schutzlosen Lage" i.S.v. § 177 I Nr. 3 StGB Parallelen zu dem der "hilflosen Lage" i.S.v. §§ 221 I, 234 I StGB aufweist, von denen zumindest § 221 StGB häufig Gegenstand von Prüfungsaufgaben ist. Insofern geht die herrschende Meinung jedoch davon aus, dass der Begriff der "schutzlosen Lage" weiter ist als derjenige der "hilflosen Lage" (BGH, NStZ 1999, 379; Tröndle/Fischer, § 177 Rn. 30; a.A. LK-Laufhütte/Roggenbruck, § 177 Nachtr. 2).

Der BGH betont in der vorliegenden Entscheidung - wie in der Vergangenheit auch schon -, dass die schutzlose Lage i.S.v. § 177 I Nr. 3 StGB gegeben ist, wenn die Schutz- und Verteidigungsmöglichkeiten des Opfers in einem solchen Maße verringert sind, dass es dem ungehemmten Einfluss des Täters preisgegeben ist; dies ist regelmäßig der Fall, wenn das Opfer sich dem überlegenen Täter allein gegenüber sieht und mit fremder Hilfe nicht rechnen kann (BGHSt 44, 228; Lackner/Kühl, § 177 Rn. 6 mwN). Der BGH betont, dass sich die schutzlose Lage jedoch nicht allein aus äußeren Umständen ergeben muss, sondern auch aus der Person des Täters resultieren kann. Hierbei - das stellt der BGH klar - sind jedoch erhöhte Anforderun-

gen an die entsprechenden Feststellungen durch den Tatrichter zu treffen. Als Minimum sei hier erforderlich, dass das Opfer Widerstandshandlungen gegenüber dem Täter unterlässt, weil es anderenfalls zumindest Körperverletzungshandlungen durch den Täter befürchtet (BGH, NStZ 2003, 533, 534).

Vertiefungshinweise:

☐ Zur schutzlosen Lage i.S.v. § 177 I Nr. 3 StGB: BGH, NStZ 1999, 379; NStZ-RR 1998, 103; 2003, 42; Folkers, NJW 2000, 3317; Laubenthal, JZ 1999, 584; Otto, Jura 1998, 213; Renzikowski, NSTZ 1999, 379;

Leitsätze (der Redaktion):

- 1. Eine schutzlose Lage liegt vor, wenn die Schutz- und Verteidigungsmöglichkeiten des Opfers in einem solchen Maße verringert sind, dass es dem ungehemmten Einfluss des Täters preisgegeben ist; dies ist regelmäßig der Fall, wenn das Opfer sich dem überlegenen Täter allein gegenüber sieht und auf fremde Helfer nicht rechnen kann, wobei es allerdings eines gänzlichen Beseitigens jeglicher Verteidigungsmöglichkeiten nicht bedarf.**
- 2. Eine auf äußeren Umständen beruhende schutzlose Lage ergibt sich hier nicht allein daraus, dass der Angeklagte als Therapeut eine Behandlungssituation zu dem sexuellen Übergriff missbraucht hat. Vielmehr müssen auch in einem solchen Fall regelmäßig weitere Umstände hinzutreten, die das Tatopfer daran hindern, sich dieser Situation durch Flucht zu entziehen.**
- 3. Ergibt sich die schutzlose Lage des Opfers nicht allein aus äußeren, sondern jedenfalls auch aus in der Person des Täters liegenden Umständen, sind an die Feststellung der schutzlosen Lage erhöhte Anforderungen zu stellen. Erforderlich ist, dass das Opfer Widerstandshandlungen gegenüber dem Täter unterlässt, weil es anderenfalls zumindest Körperverletzungshandlungen durch den Täter befürchtet.**

Sachverhalt:

Die zur Tatzeit 18 Jahre alte Nebenklägerin befand sich wegen Rückenbeschwerden in Behandlung bei dem Angeklagten, der als Physiotherapeut in einer Krankengymnastikpraxis tätig war. Anlässlich eines Behandlungstermins im Dezember 2003 führte der Angeklagte eine - therapeutisch an sich vertretbare -

Brustmassage bei der Nebenklägerin durch. Diese Gelegenheit nutzte er aus, sexuell motiviert die Brüste der mit entblößtem Oberkörper "wehrlos" vor ihm liegenden Nebenklägerin über mehrere Minuten mit beiden Händen zu streicheln und zu kneten und dabei auch gezielt die Brustwarzen zu berühren. Die Nebenklägerin wollte dies nicht, war jedoch "dem für sie überraschenden Übergriff des Angeklagten hilflos ausgeliefert. Sie war psychisch nicht zu einer Gegenwehr in der Lage ..., sondern ließ diese Handlungen geschockt und in starrer Haltung einige Minuten über sich ergehen, ohne sich wehren zu können". Nachdem die Nebenklägerin die Frage des Angeklagten, ob er ihre Brüste küssen dürfe, verneint hatte, ließ dieser von ihr ab.

Aus den Gründen:

1. Entscheidung des Landgerichts

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen sexueller Nötigung zu einer Freiheitsstrafe von neun Monaten verurteilt und deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt. Mit seiner Revision rügt der Angeklagte die Verletzung formellen und materiellen Rechts. Die Verfahrensrüge ist nicht ausgeführt und deshalb gemäß § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO unzulässig. Das Rechtsmittel hat jedoch mit der Sachrüge Erfolg.

Die Verurteilung wegen sexueller Nötigung in der Tatvariante des § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. [...]

2. Entscheidung des BGH

Diese Feststellungen belegen nicht die Annahme des Landgerichts, dass der Angeklagte die Geschädigte unter Ausnutzung einer Lage, in der das Opfer der Einwirkung des Täters schutzlos ausgeliefert war, zur Duldung der sexuellen Übergriffe genötigt hat.

a. Zu den Voraussetzungen für eine schutzlose Lage i.S.v. § 177 I Nr. 3 StGB

Eine schutzlose Lage liegt vor, wenn die Schutz- und Verteidigungsmöglichkeiten des Opfers in einem solchen Maße verringert sind, dass es dem ungehemmten Einfluss des Täters preisgegeben ist; dies ist regelmäßig der Fall, wenn das Opfer sich dem überlegenen Täter allein gegenüber sieht und auf fremde Helfer nicht rechnen kann, wobei es allerdings eines gänzlichen Beseitigens jeglicher Verteidigungsmöglichkeiten nicht bedarf (st. Rspr.; BGHSt 44, 228, 231 f.; 45, 253, 256; BGH NStZ-RR 2003, 42, 44; BGHR StGB § 177 I schutzlose Lage 7). Dabei beruht die schutzlose Lage regelmäßig auf äußeren Umständen, etwa der Einsamkeit des Tatorts oder dem Fehlen von Fluchtmöglichkeiten (vgl. BGH NStZ 2003, 533, 534).

Eine auf äußeren Umständen beruhende schutzlose Lage ergibt sich hier nicht allein daraus, dass der Angeklagte als Therapeut eine Behandlungssituation zu

dem sexuellen Übergriff missbraucht hat. Vielmehr müssen auch in einem solchen Fall regelmäßig weitere Umstände hinzutreten, die das Tatopfer daran hindern, sich dieser Situation durch Flucht zu entziehen (vgl. BGHR § 177 Abs. 1 schutzlose Lage 5 und 7). Solche besonderen, eine schutzlose Lage begründenden Umstände aufgrund der Tatörtlichkeit und der Tatsituation hat das Landgericht nicht festgestellt. Es ist vielmehr selbst davon ausgegangen, dass es der Nebenklägerin "physisch möglich" gewesen wäre, die unverschlossenen Praxisräumlichkeiten zu verlassen.

Soweit die Strafkammer zur Begründung der schutzlosen Lage darauf abstellt, die Nebenklägerin habe die Übergriffe über sich ergehen lassen, weil sie "vor Schreck und Überraschung wie gelähmt" gewesen sei, geht sie im Ansatz zwar zu Recht davon aus, dass sich eine schutzlose Lage des Opfers auch aus in seiner Person liegenden Umständen ergeben kann. Sie erkennt jedoch, dass in einem solchen Fall an die Feststellung der schutzlosen Lage erhöhte Anforderungen zu stellen sind. Erforderlich ist, dass das Opfer Widerstandshandlungen gegenüber dem Täter unterlässt, weil es anderenfalls zumindest Körperverletzungshandlungen durch den Täter befürchtet (BGH NStZ 2003, 533, 534). Dies ergeben die Urteilsgründe nicht. Der festgestellte psychische Ausnahmezustand der Nebenklägerin infolge des überraschenden Übergriffs wird - jedenfalls für sich genommen - diesen Anforderungen nicht gerecht. Zwar hat die Nebenklägerin angegeben, auch "verängstigt" und deshalb sprach- und wehrlos gewesen zu sein. Die Urteilsgründe lassen jedoch nicht erkennen, aus welchen Gründen die Nebenklägerin Angst vor dem Angeklagten verspürte, insbesondere ob und gegebenenfalls aus welchen Gründen sie im Falle ihres Widerstands gegen die Übergriffe mit Gewalthandlungen des Angeklagten rechnete.

b. Zu den Feststellungen bzgl. des Vorsatzes des Angeklagten

Darüber hinaus ist durch die bisher getroffenen Feststellungen auch die subjektive Tatseite für eine Verurteilung nach § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB nicht hinreichend belegt. Dem Urteil ist weder zu entnehmen, warum der Angeklagte vom Vorliegen einer durch äußere Umstände geprägten schutzlosen Lage der Nebenklägerin ausgegangen ist, noch dass er sich diese zunutze gemacht hat.

Auch ist nicht belegt, dass es dem Angeklagten bewusst war, dass sich die Nebenklägerin ihm aus Angst nicht widersetzte.

3. Zu den Voraussetzungen einer Widerstandsunfähigkeit gem. § 179 I Nr. 1 StGB

Die bisherigen Feststellungen ergeben auch nicht, dass die Nebenklägerin während des dem Angeklagten angelasteten Geschehens im Sinne des § 179 Abs. 1 Nr.

1 StGB widerstandsunfähig war und der Angeklagte dies bemerkt und gebilligt hat. Zwar kommt § 179 StGB als Auffangtatbestand in Bezug auf § 177 Abs. 1 StGB dann in Betracht, wenn das Opfer keinen der Tat entgegenstehenden Willen bilden konnte (BGHSt 45, 253, 260). Widerstandsunfähig im Sinne dieser Vorschrift ist, wer aus den dort genannten Gründen keinen zur Abwehr ausreichenden Willen bilden kann, wobei es genügt, dass das Opfer nur vorübergehend widerstandsunfähig ist (BGHSt 36, 145, 147). Als Ursache einer solchen Unfähigkeit kann auch eine geistig-seelische Beeinträchtigung im Sinne der §§ 20, 21 StGB in Betracht kommen, die sich etwa aus einem Zusammentreffen einer besonderen Persönlichkeitsstruktur des Opfers und seiner Beeinträchtigung durch die Tat-situation infolge Überraschung, Schreck oder Schock ergeben (BGHSt aaO). Zwar war nach den Feststellungen die Nebenklägerin "psychisch" nicht zu einer Gegenwehr gegen die Übergriffe des Angeklagten in der Lage und ließ diese "geschockt und in starrer Haltung" und "wie gelähmt" über sich ergehen. An einer Widerstandsunfähigkeit der Nebenklägerin bestehen indes in objektiver Hinsicht bereits deshalb Bedenken, weil sie nach den Feststellungen auf Fragen des Angeklagten noch während des Tatgeschehens, aber auch unmittelbar nach Beendigung der Übergriffe situationsangemessen reagierte und ihren dem Vorgehen

des Angeklagten entgegenstehenden Willen zum Ausdruck brachte. Jedenfalls ist aus diesen Gründen bislang nicht belegt, dass der Angeklagte mit der Unfähigkeit der Nebenklägerin, sich ihm zu widersetzen, zumindest im Sinne des *dolus eventualis* gerechnet und deshalb zumindest die Widerstandsunfähigkeit der Nebenklägerin billigend in Kauf genommen hat.

4. Zur fehlenden Anwendbarkeit von § 174 c I StGB

Zwar erfüllt das festgestellte Tatgeschehen sowohl in objektiver als auch in subjektiver Hinsicht die Tatbestandsvoraussetzungen des § 174 c Abs. 1 StGB. Diese Vorschrift ist jedoch erst nach der verfahrensgegenständlichen Tat durch das am 1. April 2004 in Kraft getretene Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung vom 27. Dezember 2003 um die hier in Betracht kommende Tatbestandsalternative (wegen einer "körperlichen Erkrankung" anvertraut) erweitert worden.

5. Aufhebung und Zurückverweisung

Dennoch ist nicht auszuschließen, dass die nunmehr zur Entscheidung berufene Strafkammer Feststellungen trifft, die eine Verurteilung tragen können. Die Sache muss daher neu verhandelt und entschieden werden.

Standort: § 243 I 2 Nr. 1 StGB

Problem: Falscher Schlüssel

BGH, BESCHLUSS VOM 20.04.2005
1 STR 123/05 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte hatte Pkw-Schlüssel entwendet bzw. unterschlagen und dann später mit diesen die dazugehörigen Fahrzeuge gestohlen. Das Landgericht Traunstein hatte den Angeklagten deshalb wegen Diebstahls in einem besonders schweren Fall verurteilt, da es die Schlüssel als "falsche" Schlüssel i.S.v. § 243 I 2 Nr. 1 StGB angesehen und auch die Voraussetzungen des § 243 I 2 Nr. 2 StGB bejaht hatte. Der BGH verneint das Vorliegen beider Regelbeispiele, geht jedoch vom Vorliegen eines unbenannten besonders schweren Falles gem. § 243 I 1 StGB aus.

Prüfungsrelevanz:

Vermögensdelikte und gerade der Tatbestand des Diebstahls (§ 242 I StGB) sind ein absolutes Standardthema in Examensaufgaben; deshalb erlangen natürlich auch die Regelbeispiele des § 243 I 2 StGB eine große examenstechnische Bedeutung.

Gem. § 243 I 2 Nr. 1 StGB ist ein besonders schwerer Fall des Diebstahls insb. dann gegeben, wenn der Tä-

ter zur Ausführung des Diebstahls mit einem falschen Schlüssel in einen umschlossenen Raum eindringt. Nach ganz herrschender Auffassung ist ein Schlüssel dann "falsch" i.S.v. § 243 I 2 Nr. 1 StGB, wenn er vom Berechtigten zur Zeit der Tat nicht (mehr) zur Öffnung bestimmt ist (OLG Hamburg, VRS 31, 362; Tröndle/Fischer, § 243 Rn. 8). Sofern es sich also um einen Schlüssel handelt, dem ursprünglich vom Berechtigten diese Zweckbestimmung mitgegeben worden war, wird dieser nicht bereits dadurch zu einem "falschen" Schlüssel, dass der Berechtigte ihn verliert oder dieser ihm (durch verbotene Eigenmacht) abhanden kommt; zusätzlich ist noch eine "Entwidmung" des Schlüssels erforderlich (BGHSt 21, 189). Der BGH stellt im vorliegenden Fall klar, dass auch in den Fällen, in denen der Täter vorher einen Schlüssel stiehlt oder unterschlägt, um mit diesem später ein Kraftfahrzeug zu stehlen oder in ein Gebäude einzudringen, der Schlüssel jedenfalls so lange nicht "falsch" ist, solange der Berechtigte den Entzug des Schlüssels nicht bemerkt hat.

Gem. § 243 I 2 Nr. 2 StGB stellt es auch einen besonders schweren Fall des Diebstahls dar, wenn der Täter eine Sache stiehlt, die durch eine Schutzvorrichtung gegen Wegnahme besonders gesichert ist. Als solche

Schutzvorrichtungen sind insb. das Zünd- und Lenkradschloss sowie eine Wegfahrsperrung bei einem Pkw anerkannt (Tröndle/Fischer, § 243 Rn. 15). Deshalb hatte auch das Landgericht im vorliegenden Fall, in dem der Täter zum Diebstahl der Kraftfahrzeuge zumindest deren Lenkradschlösser überwinden musste, einen besonders schweren Fall gem. § 243 I 2 Nr. 2 StGB angenommen. Der BGH hob dies jedoch auf, da eine besondere Sicherung gegen Wegnahme durch ein Schloss jedenfalls nicht gegeben sei, wenn der Schlüssel stecke, danebenliege oder für den Täter aus anderen Gründen leicht zu erreichen sei (Tröndle/Fischer, § 243 Rn. 16; Lackner/Kühl, § 243 Rn. 16). Da im vorliegenden Fall die Schlüssel für den Angeklagten leicht zu erreichen gewesen seien, liege § 243 I 2 Nr. 2 StGB somit nicht vor.

Trotzdem hat der BGH einen besonders schweren Fall im Ergebnis angenommen. Im Rahmen von § 243 I StGB ist nämlich zu beachten, dass ein besonders schwerer Fall des Diebstahls nicht nur beim Vorliegen eines Regelbeispiels angenommen werden kann, sondern dass § 243 I 1 StGB es erlaubt, auch bei Nichtvorliegen eines Regelbeispiels einen besonders schweren Fall anzunehmen, wenn dieser sich aufgrund einer Gesamtbewertung deutlich vom Normalfall des einfachen Diebstahls abhebt (BGHSt 29, 322; Schönke/Schröder-Eser, § 243 Rn. 1). Dies hat der BGH insbesondere deshalb bejaht, weil der Angeklagte die Fahrzeuge zwar mit "richtigen", aber vorher entwendeten Schlüsseln gestohlen hatte (ebenso Tröndle/Fischer, § 243 Rn. 23 mwN).

Vertiefungshinweise:

Zum Vorliegen eines "falschen" Schlüssels i.S.v. § 243 I 2 Nr. 1 StGB: BGHSt 21, 189; OLG Karlsruhe, Die Justiz 1984, 212; Huff, NStZ 1985, 440;

Zur besonderen Sicherung gegen Wegnahme i.S.v. § 243 I 2 Nr. 2 StGB: OLG Düsseldorf, NJW 1999, 3208; 2000, 158; Corves, JZ 1970, 158; Deubner, JuS 1967, 469; Kadel, JR 1985, 386; Otto, JZ 1985, 24;

Kursprogramm:

Examenskurs: "Vorbei und dennoch getroffen"

Leitsätze (der Redaktion):

1. Ein echter Schlüssel wird durch seinen bestimmungswidrigen Gebrauch durch Dritte erst dann zu einem falschen Schlüssel im Sinne des § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 StGB, wenn der Berechtigte dem Schlüssel die Bestimmung zur ordnungsgemäßen Öffnung des Raumes entzogen hat. Dies ist in der Regel nur der Fall, wenn er zum Zeitpunkt der Verwendung des Schlüssels durch den Täter das Abhandenkommen des Schlüssels bereits bemerkt hatte

2. Voraussetzung für die Anwendbarkeit von § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 StGB ist, dass die Sache durch eine (andere) Schutzvorrichtung gegen Wegnahme besonders gesichert ist. Daran fehlt es, wenn die Vorrichtung die Wegnahme nicht wesentlich erschwert. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn der Schlüssel im Schloss steckt, daneben liegt oder sonst leicht erreichbar ist

Aus den Gründen:

1. Zum Vorliegen eines besonders schweren Falles gem. § 243 I StGB

Über den Wegfall der Einzelstrafe im Fall II. A. 3. der Urteilsgründe hinaus begegnen auch die Einzelstrafen in den Fällen II. A. 1. und 4. rechtlichen Bedenken deshalb, weil das Landgericht die Verwirklichung von Regelbeispielen im Sinne des § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 und Nr. 2 StGB angenommen hat. Auch dies zwingt im Ergebnis nicht zur Aufhebung des Strafausspruchs. Der Generalbundesanwalt hat hierzu zutreffend ausgeführt:

a. Zum Fehlen der Voraussetzungen des § 243 I 2 Nr. 1 StGB

"In beiden Fällen" (Fälle 2. A. 1. und 4.) „belegen die Urteilsfeststellungen nicht, dass der Angeklagte mit einem 'falschen Schlüssel' in die Fahrzeuge eingedrungen ist. Bei den verwendeten Schlüsseln handelte es sich um echte Schlüssel, die den Berechtigten abhanden gekommen waren. Ein echter Schlüssel wird durch seinen bestimmungswidrigen Gebrauch durch Dritte erst dann zu einem falschen Schlüssel im Sinne des § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 StGB, wenn der Berechtigte dem Schlüssel die Bestimmung zur ordnungsgemäßen Öffnung des Raumes entzogen hat. Dies ist in der Regel nur der Fall, wenn er zum Zeitpunkt der Verwendung des Schlüssels durch den Täter das Abhandenkommen des Schlüssels bereits bemerkt hatte (BGHR StGB § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 Schlüssel, falscher 2; BGHSt 21, 189; LK-Ruß StGB 11. Aufl., § 243 Rdn. 13; Schmitz in Münchener Kommentar zum StGB § 243 Rdn. 27). Aus den getroffenen Feststellungen ergibt sich, dass dies bezüglich des Schlüssels des Ford Sierra (Fall II. A. 1.) nicht der Fall war. Hinsichtlich des Schlüssels des Volvo (Fälle II. A. 3., 4.) fehlt es an Feststellungen hierzu.

b. Zum Fehlen der Voraussetzungen des § 243 I 2 Nr. 2 StGB und zum Vorliegen eines unbenannten besonders schweren Falles gem. § 243 I 1 StGB

In beiden Fällen erfüllt die Vorgehensweise des Angeklagten auch nicht das Regelbeispiel des § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 StGB. Danach ist Voraussetzung, dass die Sache durch eine (andere) Schutzvorrichtung gegen Wegnahme besonders gesichert ist. Daran fehlt es, wenn die Vorrichtung die Wegnahme nicht wesentlich

erschwert. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn der Schlüssel im Schloss steckt, daneben liegt oder sonst leicht erreichbar ist (vgl. Schmitz aaO § 243 Rdn. 35; Tröndle/Fischer, StGB 52. Aufl., § 243 Rdn. 16).

Der Umstand, dass in beiden Fällen eine gestreckte Tatbegehung vorliegt, ändert an dieser rechtlichen Wertung nichts. Indes erscheint die Annahme unbekannterer schwerer Fälle des Diebstahls außerhalb der Regelbeispiele deshalb gerechtfertigt, weil der Angeklagte die Fahrzeuge mit 'richtigen', aber heimlich entwendeten bzw. unterschlagenen Schlüsseln entwendet hat (Tröndle/Fischer, StGB 52. Aufl., § 243 Rdn. 23), er zudem im Verlauf von etwa zwölf Jahren vor den nicht einmal sechs Wochen nach der letzten Haftentlassung begonnenen - verfahrensgegenständlichen Taten elf Jahre wegen einschlägiger Delikte inhaftiert war und die Tat unter II. A. 4., für die das Landgericht die Einsatzstrafe von zwei Jahren Freiheitsstrafe festgesetzt hat, durch ein hohes Maß an krimineller Energie geprägt war. Die hierwegen verhängten Einzelstrafen erscheinen deshalb angemessen (§ 354 Abs. 1a Satz 1 StPO).“

2. Zur Strafzumessung

Wegen des Wegfalls der Einzelstrafe von sechs Monaten für die Tat im Falle II. A. 3. der Urteilsgründe, derentwegen der Senat das Verfahren eingestellt hat, kann die Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und sechs Monaten nicht bestehen bleiben. Der Senat vermag indessen die Gesamtfreiheitsstrafe selbst auf drei Jahre herabzusetzen (§ 354 Abs. 1a Satz 2 StPO).

Dabei hat er die entfallene Einzelstrafe in vollem Umfang von der vom Landgericht ausgesprochenen Gesamtfreiheitsstrafe in Abzug gebracht. Der Senat erachtet eine Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren angesichts der Tatumstände und des Gewichts der Taten gerade auch im Blick auf Umstände und Vorgehen im Falle II. A. 3. der Urteilsgründe für angemessen.

3. Zur Revision im Übrigen

Im übrigen hat die Nachprüfung des angefochtenen Urteils aufgrund der Revisionsrechtfertigung keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten ergeben (§ 349 Abs. 2 StPO).

Standort: § 69 I 1 StGB

Problem: Erforderlicher Zusammenhang

BGH, BESCHLUSS VOM 27.04.2005
GSST 2/04 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Dem 4. Strafsenat des BGH lagen Revisionen in drei verschiedenen Verfahren vor, in denen die Angeklagten rügten, dass ihnen gem. § 69 StGB die Fahrerlaubnis entzogen worden war, weil sie mit einem Kfz zum jeweiligen Tatort gefahren waren. Der 4. Senat hielt dies allein für unzureichend, um eine Ungeeignetheit der Angeklagten zum Führen von Kraftfahrzeugen festzustellen, befürchtete jedoch, mit dieser Auffassung gegen die Rechtsprechung der anderen Senate zu verstoßen und legte diesen die Frage vor. Weil der 1. Senat sich weigerte, seine bisherige - weite - Rechtsprechung zu ändern und auch wegen grundlegender Bedeutung legte der 4. Senat daraufhin gem. §§ 132 II, IV GVG dem Großen Senat des BGH für Strafsachen die Frage, ob § 69 I 1 StGB einen spezifischen Zusammenhang zwischen Anlasstat und Verkehrssicherheit erfordere, zur Entscheidung vor (vgl. NJW 2004, 3497 (= RA 2004, 787)), die mit dem hier wiedergegebenen Beschluss erfolgt ist.

Prüfungsrelevanz:

Die Prüfung der Voraussetzungen der Entziehung einer Fahrerlaubnis gem. § 69 StGB dürfte im ersten Examen allenfalls für Kandidaten mit dem entsprechenden Wahlfach bedeutsam werden, im zweiten

Examen stellt dies jedoch ein Standardproblem dar, mit dem in allen möglichen Varianten zu rechnen ist.

Gem. § 69 I 1 1. Fall StGB kann einem Straftäter als Maßregel der Besserung und Sicherung (vgl. § 61 Nr. 5 StGB) die Fahrerlaubnis ohne weitere Prüfung der Verhältnismäßigkeit (vgl. §§ 69 I 2, 62 StGB) entzogen werden, wenn er wegen einer Straftat verurteilt (oder lediglich auf Grund von Schuldunfähigkeit (§ 20 StGB) nicht verurteilt) wird, die er im Zusammenhang mit dem Führen eines Kraftfahrzeugs begangen hat und sich aus der Tat ergibt, dass er zum Führen von Kraftfahrzeugen ungeeignet ist.

Während § 69 II StGB bestimmte (Verkehrs-) Straftaten nennt, bei deren Aburteilung der Täter in der Regel als ungeeignet anzusehen ist, liefert § 69 I StGB keine konkreten Anhaltspunkte dafür, wann bei der Begehung anderer Taten von einer fehlenden Eignung des Täters ausgegangen werden kann. Da jedoch Grundlage des Beurteilungsmaßstabes für die Geeignetheit des Täters zum Führen eines Kraftfahrzeugs stets die (wegen § 20 StGB nicht) abgeurteilte Tat sein muss (OLG Düsseldorf, VRS 36, 96; Schönke/Schröder-Stree, § 69 Rn. 28, 46), stellt sich die Frage, welche Anforderungen an diese zu stellen sind, damit von einer Ungeeignetheit des Täters zum Führen von Kraftfahrzeugen ausgegangen werden kann. Die Rechtsprechung hat - wie der Große Strafsenat im vorliegenden Beschluss ausführt - in der Vergangenheit meist (ohne eine einheitliche Linie erkennen zu lassen) keine besonderen Anforderungen an die begangene Tat gestellt

und insb. nicht verlangt, dass diese einen inneren Bezug zur Verkehrssicherheit aufweist, Deshalb sind die Voraussetzungen des § 69 I StGB auch in Fällen bejaht worden, in denen der Täter lediglich mit einem Kraftfahrzeug zum Tatort gefahren war, um dort z.B. ein Vermögensdelikt zu begehen, oder die Beute mit einem Kraftfahrzeug abtransportiert hatte (BGHSt 5, 179; DAR 1966, 91; 1977, 151; NStZ-RR 2002, 137).

In der vorliegenden Entscheidung stellt der BGH - im Wesentlichen in Übereinstimmung mit dem Inhalt des Vorlagebeschlusses des 4. Strafsenats - klar, dass eine Entziehung der Fahrerlaubnis gem. § 69 I 1 StGB voraussetzt, dass der Täter durch die Tat zu erkennen gegeben hat, dass er bereit ist, sich zur Erreichung seiner kriminellen Ziele über die im Verkehr gebotene Sorgfalt und Rücksichtnahme hinwegzusetzen. Dies setzt nicht zwingend voraus, dass die abgeurteilte Tat einen inneren Zusammenhang zum Straßenverkehr aufweise. Auch bei Banküberfällen komme eine Anordnung nach § 69 StGB regelmäßig in Betracht, wenn aufgrund objektiver Umstände bei der Tat mit alsbaldiger Verfolgung und Flucht zu rechnen war und der Täter daher eine verkehrsgefährdende Verwendung des fluchtbereit tatortnah abgestellten Kraftfahrzeugs ersichtlich geplant hat oder mit einer solchen naheliegend rechnen musste. Ebenso dürften jedenfalls in den Fällen gewaltsamer Entführung des Opfers im Kraftfahrzeug die Voraussetzungen für § 69 StGB in der Regel gegeben sein. Der BGH betont, dass die Feststellung der entsprechenden Tatsachen Aufgabe des Tatrichters sei und weist weiter darauf hin, dass die Tatsache, dass das Tatsachengericht die Fahrerlaubnis nicht gem. § 69 StGB entzogen habe, nicht zwingend bedeute, dass der Angeklagte seine Fahrerlaubnis behalte. Das Strafgericht habe nämlich den entsprechenden Fall der zuständigen Verwaltungsbehörde zuzuleiten, die aufgrund der abgeurteilten Tat ebenfalls die Eignung des Angeklagten zum Führen von Kraftfahrzeugen zu prüfen habe, der hierbei aber ein weiteres Instrumentarium zur Verfügung stehe als dem Strafgericht, da sie insb. ein medizinisch-psychologisches Gutachten einholen könne.

Vertiefungshinweise:

□ Zum Erfordernis eines verkehrsspezifischen Zusammenhangs zwischen Anlasstat und Verkehrssicherheit i.R.v. § 69 StGB: BGHSt 5, 179; StV 1994, 314; NStZ 2003, 658; 2004, 144; NJW 2004, 3497 (= RA 2004, 787); Hentschel, NZV 2004, 57; Herzog, StV 2004, 151; Sowada, NStZ 2004, 169

Leitsatz:

§ 69 StGB bezweckt den Schutz der Sicherheit des Straßenverkehrs. Die Entziehung der Fahrerlaubnis wegen charakterlicher Ungeeignetheit bei Taten im Zusammenhang mit dem Führen eines Kraft-

fahrzeugs (§ 69 Abs. 1 Satz 1 Variante 2 StGB) setzt daher voraus, dass die Anlasstat tragfähige Rückschlüsse darauf zulässt, dass der Täter bereit ist, die Sicherheit des Straßenverkehrs seinen eigenen kriminellen Interessen unterzuordnen.

Sachverhalt:

1. Der vom Landgericht u.a. wegen (gemeinschaftlichen) Betrugs in 75 Fällen unter Einbeziehung der Einzelstrafen aus einer rechtskräftigen Vorverurteilung zu einer Gesamtfreiheitsstrafe verurteilte Angeklagte setzte ungültige Kreditkarten zu betrügerischen Einkäufen ein. In der Mehrzahl der Fälle fuhr er mit einem Kraftfahrzeug zu Tankstellen, bei denen sein Mitäter den Angestellten gesperrte Kreditkarten zur Bezahlung getankten Benzins und anderer gekaufter Waren vorlegte. Dies entsprach - teilweise mit umgekehrter Rollenverteilung zwischen den Tätern - weitgehend der Vorgehensweise des Angeklagten bei den Taten, die Gegenstand der einbezogenen Verurteilung sind.

In einem der bereits abgeurteilten Fälle sollte die vom Angeklagten vorgelegte gesperrte Kreditkarte vom Tankstellenpersonal auf ihre Gültigkeit überprüft werden. Daraufhin flüchtete der Angeklagte in den Pkw seines Mitäters, der sodann "mit Vollgas" davonfuhr. Das Fluchtfahrzeug wurde nach Einleitung einer Nahbereichsfahndung von der Polizei gestellt.

2. Der wegen schwerer räuberischer Erpressung verurteilte Angeklagte begab sich gemeinsam mit einem Mitäter gegen 4 Uhr morgens mit seinem Pkw zum Haus einer Tierärztin und zwang sie unter Vorhalt eines geladenen Revolvers zur Herausgabe von Schmuck, Bargeld und mehreren wertvollen afrikanischen Skulpturen. Nachdem er sein Opfer gefesselt und die Figuren in einer Sporttasche verstaut hatte, transportierte er die Beute mit seinem Pkw zu seiner Wohnung.

3. Der u.a. wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge verurteilte Angeklagte erwarb in 16 Fällen insgesamt ca. 13 kg Haschisch zum Handeltreiben und Eigenverbrauch. Für die einzelnen Beschaffungsfahrten benutzte er seinen Pkw. Nachdem der Angeklagte nach Empfang der letzten Lieferung festgenommen worden war, wurde bei der anschließenden Durchsuchung seines Kraftfahrzeugs Haschisch (975 g), das der Angeklagte in einem auf dem Beifahrersitz liegenden Rucksack transportierte, sichergestellt.

Aus den Gründen:

A. Prozessgeschichte

I. Zum Gegenstand der vorgelegten Verfahren

In drei beim Bundesgerichtshof anhängigen verbundenen Revisionsverfahren ist den Angeklagten vom Landgericht neben der Verhängung von Freiheitsstra-

fen jeweils die Fahrerlaubnis gemäß § 69 Abs. 1 StGB entzogen und nach § 69 a StGB eine Sperrfrist für deren Wiedererteilung verhängt worden. [...]

II. Revisionen der Angeklagten; Rechtsauffassung des 4. Senats

Mit ihren Revisionen haben die Angeklagten die Urteile umfassend zur Überprüfung durch den Bundesgerichtshof gestellt. Der für die Entscheidung zuständige 4. Strafsenat hat die Revisionen, soweit sie sich gegen den Schuld- und Strafausspruch richteten, jeweils durch Teilurteil verworfen. Die Entscheidung über die in den Urteilen jeweils angeordnete Maßregel hat er einer abschließenden Entscheidung vorbehalten (u.a. Urt. vom 6. Juli 2004 - 4 StR 85/03 - NJW 2004, 2686, zur Veröffentlichung in BGHSt 49, 209).

Entsprechend den vom Generalbundesanwalt gestellten Anträgen hält der 4. Strafsenat die von den Angeklagten erhobenen Sachrügen zum Maßregelausspruch für begründet, weil entgegen der Meinung der Landgerichte allein die Benutzung eines Kraftfahrzeugs zur Begehung der abgeurteilten Straftaten die charakterliche Ungeeignetheit zum Führen von Kraftfahrzeugen nicht belege. Vielmehr müsse ein spezifischer Zusammenhang zwischen Tat und Verkehrssicherheit bestehen. Dazu verhielten sich die angefochtenen Urteile jedoch nicht; sie müssten daher im Maßregelausspruch aufgehoben und die Sachen gegebenenfalls zum Zwecke ergänzender Feststellungen an den Tatrichter zurückverwiesen werden. Daran sieht sich der 4. Strafsenat jedoch durch bisherige Rechtsprechung der übrigen Strafsenate gehindert, die es jedenfalls in Fällen schwerer oder wiederholter Straftaten für die Entziehung der Fahrerlaubnis mehrfach haben ausreichen lassen, dass die Taten unter Verwendung eines Kraftfahrzeugs begangen wurden (vgl. nur BGH NStZ 2004, 86, 87 m.w.N.).

III. Rechtsauffassungen der anderen Senate; Vorlage an den Großen Senat für Strafsachen

Auf die Anfrage des 4. Strafsenats vom 16. September 2003 (BGH aaO) hat der 1. Strafsenat am 13. Mai 2004 - insbesondere unter Hinweis auf einen nach seinem Verständnis über den Schutz der Verkehrssicherheit hinausgehenden Schutzzweck der Maßregel im Sinne eines Schutzes der Allgemeinheit vor Straftaten allgemeiner Art - an seiner bisherigen Rechtsprechung festgehalten (Beschl. vom 13. Mai 2004 - 1 ARs 31/03). Der 3. Strafsenat (Beschl. vom 13. Januar 2004 - 3 ARs 30/03) und der 5. Strafsenat (Beschl. vom 28. Oktober 2003 - 5 ARs 67/03 - NStZ 2004, 148) haben dem Erfordernis eines "verkehrsspezifischen Zusammenhangs" im Rahmen des § 69 Abs. 1 StGB unter Aufgabe entgegenstehender eigener Rechtsprechung zugestimmt. Der 2. Strafsenat (Beschl. vom 21. Januar 2004) hat auf seinen Beschluss vom 26. September 2003 - 2 StR 161/03 (BGHR StGB § 69 Abs. 1 Entzie-

hung 14 = NStZ 2004, 144 = StV 2004, 132) verwiesen, in dem er der Rechtsmeinung des 4. Strafsenats beigetreten ist, jedoch angeregt, die aufgeworfenen Rechtsfragen wegen deren grundsätzlicher Bedeutung durch den Großen Senat für Strafsachen klären zu lassen.

Daraufhin hat der 4. Strafsenat durch Beschluss vom 26. August 2004 (NJW 2004, 3497) dem Großen Senat für Strafsachen wegen Divergenz und grundsätzlicher Bedeutung gemäß § 132 Abs. 2 und 4 GVG folgende Rechtsfrage zur Entscheidung vorgelegt: Ergibt sich die charakterliche Ungeeignetheit zum Führen von Kraftfahrzeugen nur dann aus der Tat (§ 69 Abs. 1 Satz 1 StGB), wenn aus dieser konkrete Anhaltspunkte dafür zu erkennen sind, dass der Täter bereit ist, die Sicherheit des Straßenverkehrs seinen eigenen kriminellen Interessen unterzuordnen - ist somit ein spezifischer Zusammenhang zwischen Anlasstat und Verkehrssicherheit erforderlich? Der Generalbundesanwalt hält zwar mit dem anfragenden Senat eine bessere Strukturierung der bisherigen Rechtsprechung für wünschenswert, vertritt aber die Auffassung, dass es hierfür des "ungeschriebenen Tatbestandsmerkmals" eines spezifischen Zusammenhangs zwischen Tat und Verkehrssicherheit nicht bedürfe. Vielmehr könne dieses Ziel auch unter Beibehaltung der bisherigen Rechtsprechung dadurch erreicht werden, dass auf eine Begründung der Maßregelanordnung nach § 69 Abs. 1 Satz 1 StGB hingewirkt werde, die den Sinn und Zweck der Maßregel - Schutz der Verkehrssicherheit - achte und dem Revisionsgericht die umfassende Überprüfung ermögliche.

Der Generalbundesanwalt hat beantragt zu beschließen: Die Ungeeignetheit zum Führen von Kraftfahrzeugen im Sinne des § 69 Abs. 1 Satz 1 StGB kann sich bei einer Straftat im Zusammenhang mit dem Führen eines Kraftfahrzeugs auch dann aus der Tat ergeben, wenn das Fehlverhalten des Täters kein verkehrsspezifisches ist.

B. Entscheidung des Großen Strafsenats

I. Zur Zulässigkeit der Vorlage

Die Vorlage ist schon nach § 132 Abs. 2 GVG zulässig. Der 4. Strafsenat kann nicht so wie beabsichtigt entscheiden, ohne von der Rechtsprechung des 1. Strafsenats abzuweichen.

II. Zum Inhalt der Entscheidung

Der Große Senat für Strafsachen beantwortet die vorgelegte Rechtsfrage wie aus der Entscheidungsformel ersichtlich.

1. Bisherige Rechtsprechung zu den Voraussetzungen des § 69 I 1 StGB

Nach ständiger Rechtsprechung ist dem Täter die Fahrerlaubnis nach § 69 Abs. 1 Satz 1 Var. 2 StGB

wegen in der Tat zutage getretener mangelnder Eignung auch dann zu entziehen, wenn kein typisches Verkehrsdelikt vorliegt, sondern wenn die im Zusammenhang mit dem Führen eines Kraftfahrzeugs begangene Straftat der allgemeinen Kriminalität zuzurechnen ist - sog. Zusammenhangstat - (vgl. BGHR StGB § 69 Abs. 1 Entziehung 8, 13). Dabei wird der Begriff des Zusammenhangs weit gefasst. Es kommt nicht darauf an, ob die Fahrt vor, während oder nach der Tat unternommen wird. Wesentlich ist vielmehr, dass das Führen des Kraftfahrzeugs dem Täter für die Vorbereitung oder Durchführung der Straftat oder anschließend für ihre Ausnutzung oder Verdeckung dienlich sein soll (BGHSt 22, 328, 329; Geppert in LK 11. Aufl. § 69 Rdn. 33).

Soweit es das Merkmal der Ungeeignetheit zum Führen von Kraftfahrzeugen anbelangt, ist unstreitig, dass diese nicht nur auf Einschränkungen körperlicher oder geistiger Art, sondern auch auf fehlender charakterlicher Zuverlässigkeit beruhen kann (st. Rspr.; vgl. nur BGHR StGB § 69 Abs. 1 Entziehung 3, 6, 10, 11, 13). Welche Umstände grundsätzlich geeignet sind, auf die charakterliche Ungeeignetheit eines Straftäters zum Führen von Kraftfahrzeugen zu schließen und welchen Begründungsaufwandes es für den Tatrichter bedarf, um die charakterliche Ungeeignetheit im konkreten Fall im Urteil darzulegen, ist von der höchstrichterlichen Rechtsprechung dagegen bislang uneinheitlich beantwortet worden. Während in einer Vielzahl von Entscheidungen eine umfassende Gesamtwürdigung von Tat und Täterpersönlichkeit auch oder gerade in Bezug auf künftiges Verkehrsverhalten verlangt worden ist (vgl. nur BGHR StGB § 69 Abs. 1 Entziehung 2, 4 - 7, 10, 13), soll dies nach anderen Judikaten bei schwerwiegenden oder wiederholten Straftaten unter Benutzung eines Kraftfahrzeugs - insbesondere im Bereich der Betäubungsmittelkriminalität - nicht oder nur im Ausnahmefall erforderlich sein (vgl. nur BGHR StGB § 69 Abs. 1 Entziehung 3; BGH NStZ 1992, 586; 2000, 26).

Die weite Auslegung des Begriffs "Zusammenhang" und die uneinheitlichen Anforderungen an die Begründung der in § 69 StGB geforderten Ungeeignetheit haben zu einer nicht immer kohärenten Rechtsprechung geführt, die in der Literatur zunehmend auf Kritik gestoßen ist (vgl. Burmann in Janiszewski/Jagow/Burmann, Straßenverkehrsrecht 17. Aufl. § 69 StGB Rdn. 6; Geppert in LK 11. Aufl. § 69 Rdn. 34; Hentschel, Straßenverkehrsrecht 38. Aufl. § 69 StGB Rdn. 1a ff.; Tröndle/Fischer StGB 52. Aufl. § 69 Rdn. 2, 43 f. jeweils m.w.N.; Hartung JZ 1954, 137, 139). Insbesondere ist beanstandet worden, dass die Grenze zwischen Maßregel und Strafe weitgehend verwischt worden sei und von den Tatgerichten häufig nicht mehr hinreichend beachtet werde (vgl. Athing in MünchKomm StGB § 69 Rdn. 58 sowie Rdn. 2 f., 36 ff.; Burmann in Janiszewski/Jagow/Burmann Straßen-

verkehrsrecht 18. Aufl. § 69 StGB Rdn. 12; Cramer NJW 1968, 1764; ders. MDR 1972, 558, 559; Geppert NStZ 2003, 288; Halecker Blutalkohol 2005, 93; Hentschel NStZ 2004, 57 = Blutalkohol 2004, 143; Herzog in NK-StGB, 10. Lfg., § 69 Rdn. 4 f.; ders. StV 2004, 151, 153; Horn in SK-StGB § 69 Rdn. 2; Kuhlemeier NZV 1993, 212, 214 f.; Sowada Blutalkohol 2004, 151, 152; Stange StV 2002, 262, 263).

2. Zum Erfordernis eines inneren Zusammenhangs zwischen Anlasstat und Ungeeignetheit des Täters zum Führen von Kraftfahrzeugen

Während kein Anlass besteht, den Begriff der Zusammenhangstat in § 69 Abs. 1 StGB enger als bisher und abweichend von demselben für das Fahrverbot maßgeblichen Begriff (§ 44 Abs. 1 Satz 1 Var. 2 StGB) zu bestimmen, kann nach Auffassung des Großen Senats für Strafsachen die in einem zweiten Prüfungsschritt zu beurteilende charakterliche Ungeeignetheit des Täters zum Führen eines Kraftfahrzeugs im Rahmen des § 69 StGB nur dann "aus der Tat" (sog. Anlasstat) hergeleitet werden, wenn dabei konkrete Anhaltspunkte auf eine mögliche Gefährdung des Straßenverkehrs durch den Straftäter hinweisen. Diese Auslegung orientiert sich maßgeblich am Schutzzweck von § 69 StGB.

a. Teleologische Auslegung (Schutzzweck des § 69 StGB)

Die strafgerichtliche Entziehung der Fahrerlaubnis stellt eine Maßregel der Besserung und Sicherung dar (§ 61 Nr. 5 StGB), die ihre Rechtfertigung aus dem Sicherheitsbedürfnis der Verkehrsgemeinschaft bezieht. Dieses ist bedingt durch die hohen Risiken, die der Straßenverkehr infolge seiner Dynamik für Leben, Gesundheit und Eigentum der Verkehrsteilnehmer mit sich bringt (vgl. BVerwGE 99, 249, 250). Diese Risiken werden durch körperlich, geistig, ebenso aber auch durch charakterlich ungeeignete Kraftfahrer verstärkt; dem soll durch den (zumindest zeitigen) Ausschluss des Betreffenden von der Teilnahme am motorisierten Straßenverkehr entgegengewirkt werden.

Anders als seit der Entscheidung BGHSt 5, 179 in Teilen der Rechtsprechung bis in die jüngste Zeit (vgl. BGH NStZ 2003, 658, 660 mit Anm. Kühl JR 2004, 125) vertreten worden ist, ist der Große Senat für Strafsachen der Auffassung, dass § 69 StGB nicht auch der allgemeinen Kriminalitätsbekämpfung dient, mithin nicht dem Zweck, den Missbrauch der Fahrerlaubnis auch dann zu verhindern, wenn sich dieser - ohne Verkehrssicherheitsbelange in irgendeiner Weise zu berühren - ausschließlich auf andere Rechtsgüter nachteilig auswirkt.

Allgemeiner Rechtsgüterschutz kann ein wünschenswerter Nebeneffekt, ein "Schutzreflex" (vgl. Empfehlungen des 42. Deutschen Verkehrsgerichtstags 2004, NZV 2004, 122, 124; Sowada Blutalkohol 2004, 151,

152) sein, ist jedoch nicht Ziel von § 69 StGB. Schutzzweck dieser Maßregel ist vielmehr allein die Sicherheit des Straßenverkehrs.

b. Historische Auslegung des § 69 StGB

Der Große Senat für Strafsachen stützt sich für seine Auffassung nicht auf eine geschichtshistorische Auslegung zu § 69 StGB und dessen Vorgängervorschrift (§ 42 m StGB), denn die Gesetzesmaterialien sind insofern letztlich unergiebig. Zwar sprechen - wie der 4. Strafsenat in seinem Vorlagebeschluss (NJW 2004, 3497) näher dargelegt hat - die gesetzgeberischen Überlegungen zur Einführung dieser Maßregel durch das (erste) Gesetz zur Sicherung des Straßenverkehrs vom 19. Dezember 1952 (BGBl I 832) und die Begründung zum Zweiten Gesetz zur Sicherung des Straßenverkehrs vom 26. November 1964 (BGBl I 921) für die Sicherheit des Straßenverkehrs als Schutzzweck (vgl. BTDrucks. IV/651 S. 9, 16). Andererseits lassen sich die Materialien namentlich zur Änderung des § 69 b StGB (betreffend ausländische Fahrerlaubnisse) durch das 32. Strafrechtsänderungsgesetz vom 1. Juni 1995 (BGBl I 747) auch dahin deuten, dass sich "im Interesse einer wirksamen Kriminalitätsbekämpfung" eine die Entziehung der Fahrerlaubnis rechtfertigende Ungeeignetheit im Sinne des § 69 Abs. 1 StGB schon aus der Begehung schwerwiegender Zusammenhangstaten als solcher ergeben können soll (vgl. BTDrucks. 13/198 S. 3, 4, 5).

c. Systematische Auslegung des § 69 StGB

aa. Verhältnis von § 69 StGB zu §§ 2, 3 StVG iVm §§ 11, 46 FeV

Der Große Senat für Strafsachen folgert die von ihm bejahte Beschränkung des Schutzzwecks dieser Vorschrift auf Verkehrssicherheitsbelange maßgebend aus dem Verhältnis des § 69 StGB zu den Bestimmungen des § 2 Abs. 4 Satz 1, § 3 Abs. 1 Satz 1 StVG i.V.m. § 11 Abs. 1 Satz 3, § 46 Abs. 1 Satz 2 FeV über die verwaltungsrechtliche Entziehung der Fahrerlaubnis. Sowohl die strafgerichtliche als auch die verwaltungsbehördliche Entziehung der Fahrerlaubnis knüpfen die Anordnung der Maßnahme an die Feststellung der fehlenden Eignung zum Führen von Kraftfahrzeugen. Der in § 69 Abs. 1 StGB verwendete Begriff der Ungeeignetheit stimmt inhaltlich mit demselben, in den genannten Vorschriften des Straßenverkehrs- und Fahrerlaubnisrechts verwendeten Begriff überein. Dies folgt schon daraus, dass - wie die Materialien zum (ersten) Straßenverkehrssicherungsgesetz 1952 belegen (vgl. BTDrucks. [1. WP] Nr. 2674 S. 8, 12) - mit der Übertragung der zuvor ausschließlich den Verwaltungsbehörden zugewiesenen Aufgabe der Entziehung der Fahrerlaubnis "auch" auf den Strafrichter letzterer bei Anwendung des § 69 StGB der Sache nach die Ordnungsaufgabe der Fahrerlaubnisbehörde wahr-

nimmt (BVerwG NJW 1989, 116, 117). Deshalb ist für die Auslegung des Begriffs der Ungeeignetheit in § 69 StGB der Zweck der Vorschrift des § 3 Abs. 1 StVG über die Entziehung der Fahrerlaubnis beachtlich. Dieser besteht - auch in Übereinstimmung mit neuerer verwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung - darin, die Allgemeinheit vor Kraftfahrzeugführern zu schützen, die für andere Verkehrsteilnehmer eine Gefahr bilden. Maßstab für die Entscheidung über die Entziehung der Fahrerlaubnis ist demgemäß die in die Zukunft gerichtete Beurteilung der Gefährlichkeit des Kraftfahrers für den öffentlichen Straßenverkehr (BVerwG aaO; im gleichen Sinne zur Zuverlässigkeit i.S. von § 29 d LuftVG: BVerwG, Urt. vom 15. Juli 2004 - 3 C 33/03 - DÖV 2005, 118; vgl. auch OVG Koblenz NJW 1994, 2436, 2437; NJW 2000, 2442, 2443; Halecker aaO S. 96 m.N.; Hentschel, Straßenverkehrsrecht 38. Aufl. § 2 StVG Rdn. 15 m.w.N.).

Dementsprechend hat auch das Bundesverfassungsgericht eine - verwaltungsrechtliche - Entziehung der Fahrerlaubnis aufgrund charakterlich-sittlicher Mängel an die Prognose geknüpft, dass der Betroffene bereit ist, das Interesse der Allgemeinheit an sicherer und verkehrsgerechter Fahrweise den jeweiligen eigenen Interessen unterzuordnen und hieraus resultierende Gefährdungen oder Beeinträchtigungen des Verkehrs in Kauf zu nehmen (BVerfG, Kammer, Beschl. vom 20. Juni 2002 - 1 BvR 2062/96 - NJW 2002, 2378, 2380).

bb. Verhältnis von § 69 StGB zu §§ 63, 64, 66 StGB

Für die vom Großen Senat für Strafsachen vertretene Auffassung spricht zudem der Vergleich der Bestimmung des § 69 Abs. 1 StGB mit den Vorschriften der §§ 63, 64 und 66 StGB. Diese freiheitsentziehenden Maßregeln dienen (auch) dem Schutz der Allgemeinheit vor gefährlichen Straftätern. Dem trägt das Gesetz Rechnung, indem es die Anordnung dieser Maßregeln an eine "unspezifische" negative Legalprognose ("erhebliche rechtswidrige Taten" bzw. Hang zu "erheblichen Straftaten") knüpft. Im Unterschied hierzu ist § 69 StGB schon nach seinem Wortlaut "verkehrsbezogen" ausgestaltet, indem die Vorschrift die Entziehung der Fahrerlaubnis nicht etwa von einer allgemeinen Unzuverlässigkeit abhängig macht, sondern die Feststellung der Ungeeignetheit gerade "zum Führen von Kraftfahrzeugen" voraussetzt.

d. Zum Verhältnis zwischen strafrichterlicher und verwaltungsbehördlicher Überprüfung der Zuverlässigkeit des Täters

Grundlage für die Beurteilung der Eignungsfrage nach § 69 StGB bildet für den Strafrichter die Anlasstat. Zwar mögen Straftaten, die auf eine niedrige Frustrationstoleranz oder ein erhöhtes Aggressionspotential des Täters hindeuten, unabhängig von der Schwere der Rechtsgutverletzung geeignet sein, die Zuverlässigkeit

des Täters in Bezug auf Verkehrssicherheitsbelange in Zweifel zu ziehen. Soweit dies in der Anlassstat aber keinen hinreichenden Ausdruck gefunden hat, ist für eine strafgerichtliche Entziehung der Fahrerlaubnis nach dem Wortlaut des § 69 Abs. 1 Satz 1 StGB ("wenn sich aus der Tat ergibt") kein Raum.

Die - wie ausgeführt - dem Strafrichter vom Gesetzgeber übertragene Befugnis, in beschränktem Umfang die zuvor den Verwaltungsbehörden vorbehaltenen Entziehung der Fahrerlaubnis auszusprechen, dient dazu, eine Vereinfachung des Verfahrens herbeizuführen. Die Feststellungen über die Persönlichkeit des Beschuldigten und die Umstände der Tat, die der Strafrichter für den Schuld- und Strafausspruch ohnehin treffen muss, sollen auch für die Entziehung der Fahrerlaubnis nutzbar gemacht werden (vgl. BTDrucks. [1. WP] 2674 S. 8). Die Verknüpfung des strafgerichtlichen Fahrerlaubnisentzugs mit dem Einsatz eines Kraftfahrzeugs verlöre aber ihre innere Berechtigung, wenn die Feststellung der charakterlichen Ungeeignetheit zum Führen von Kraftfahrzeugen losgelöst von der Benutzung des Fahrzeugs allein auf eine in der Tat zum Ausdruck gekommene allgemeine Aggressionsbereitschaft oder Rücksichtslosigkeit des Täters gestützt werden könnte (vgl. BGH StV 2004, 132, 133 f.; Sowada Blutalkohol 2004, 151, 153).

Lassen sich deshalb im Strafverfahren aus einer Straftat zwar Hinweise dafür entnehmen, dass der Täter zu Aggression, Rücksichtslosigkeit oder allgemein zur Missachtung gesetzlicher Vorschriften neigt, ohne dass dies für den Strafrichter schon die sichere Beurteilung der Fahreignung zulässt, und unterbleibt deshalb die Anordnung der Maßregel nach §§ 69, 69 a StGB, so ist es Aufgabe der Verwaltungsbehörde zu prüfen, ob Anlass besteht, dem Täter die Fahrerlaubnis zu entziehen. Dabei ist die Fahrerlaubnisbehörde zwar an die eine bestimmte Tat oder bestimmte Taten betreffende strafgerichtliche Beurteilung der Eignung zum Führen von Kraftfahrzeugen gebunden (§ 3 Abs. 4 Satz 1 StVG). Sie hat aber - anders als der Strafrichter - die Eignung zum Führen von Kraftfahrzeugen mit den ihr zur Verfügung stehenden Mitteln umfassend (vgl. BVerfGE 20, 365, 369, 371; BVerwGE 77, 40, 42; 80, 43, 46) - regelmäßig durch Einholung eines medizinisch-psychologischen Gutachtens - zu prüfen (vgl. § 11 Abs. 3, § 46 Abs. 3 FeV; Burmann, 42. VGT 2004, S. 154, 155 = Blutalkohol 2004, 136, 137; Hentschel, Straßenverkehrsrecht 38. Aufl. § 11 FeV Rdn. 4, 12 ff.). Deshalb darf und muss sie auch eine abgeurteilte Straftat, die für sich allein dem Strafrichter nicht ausgereicht hat, die Ungeeignetheit festzustellen, zur Unterstützung außerhalb des abgeurteilten Sachverhalts liegender Entziehungsgründe mit heranziehen.

e. Bereitschaft des Täters, sich zur Erreichung seiner Ziele über die im Verkehr erforderliche Sorgfalt und

Rücksichtnahme hinwegzusetzen, als entscheidende Voraussetzung für § 69 I 1 StGB

"Aus der Tat" kann sich die charakterliche Ungeeignetheit des Täters zum Führen von Kraftfahrzeugen für den Strafrichter daher nur dann ergeben, wenn die Anlassstat selbst tragfähige Rückschlüsse darauf zulässt, dass der Täter bereit ist, die Sicherheit des Straßenverkehrs seinen eigenen kriminellen Zielen unterzuordnen. Hierfür bedarf es keines - bereits von § 69 Abs. 1 Satz 1 Var. 1 u. 3 StGB erfassten - Verstoßes gegen die Pflichten eines Kraftfahrzeugführers, wie er regelmäßig bei "Verkehrstraftaten" gegeben sein wird, auch soweit sie nicht vom Katalog des § 69 Abs. 2 StGB erfasst werden. Hierzu zählen etwa die unter Benutzung des Kraftfahrzeugs begangenen Fälle der Nötigung und des gefährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr (§§ 240, 315 b StGB), unter Umständen aber auch Fälle des räuberischen Angriffs auf Kraftfahrer gemäß § 316 a StGB (vgl. dazu BGHSt 49, 8), wenn der Angriff von dem Fahrer während der Fahrt gegen das mitfahrende Opfer verübt wird. Während in diesen Fällen des Pflichtenverstoßes im Sinne des § 69 Abs. 1 Satz 1 Var. 3 StGB die Beeinträchtigung der Verkehrssicherheit regelmäßig offen zutage tritt, bedarf dies bei den Zusammenhangstaten besonderer, die Umstände des Einzelfalls berücksichtigender Begründung. Denn der Tatrichter muss sich die Überzeugung verschaffen, dass der Täter bereit ist, sich zur Erreichung seiner kriminellen Ziele über die im Verkehr gebotene Sorgfalt und Rücksichtnahme hinwegzusetzen. Dies ist anhand konkreter Umstände festzustellen, die sich aus der Tat unter Berücksichtigung der Täterpersönlichkeit ergeben. Dabei sind auch Umstände aus dem Vorleben des Täters oder seiner Tatvorbereitung in die Beurteilung einzubeziehen, sofern sich daraus tragfähige Schlüsse auf eine mögliche Gefährdung der Verkehrssicherheit im Zusammenhang mit der Anlassstat ziehen lassen. Dafür kann es genügen, dass der Täter im Zusammenhang mit der Tat naheliegend mit einer Situation gerechnet hat oder rechnen musste, in der es zu einer Gefährdung oder Beeinträchtigung des Verkehrs kommen konnte. Eine Prognose, dass der Täter mit Wahrscheinlichkeit auch künftig Zusammenhangstaten begehen und dabei tatsächlich die Sicherheit des Straßenverkehrs beeinträchtigen werde, ist nicht zu verlangen.

Die Voraussetzungen der Entziehung der Fahrerlaubnis nach § 69 StGB können bei "Zusammenhangstaten" danach beispielsweise erfüllt sein, wenn sich der Täter bei einer vergleichbaren früheren Straftat, etwa auf der Flucht, verkehrgefährdend verhalten hat. Bei Banküberfällen dürfte die Anordnung nach §§ 69, 69 a StGB regelmäßig in Betracht kommen, wenn aufgrund objektiver Umstände bei der Tat mit alsbaldiger Verfolgung und Flucht zu rechnen war und der Täter daher eine verkehrgefährdende Verwendung des fluchtbereit tatortnah abgestellten Kraftfahrzeugs ersichtlich

geplant hat oder mit einer solchen naheliegend rechnen musste. Ebenso dürfte jedenfalls in den Fällen gewalt-samer Entführung des Opfers im Kraftfahrzeug des Täters die Verkehrssicherheit regelmäßig gefährdet sein.

Andererseits versteht es sich nicht von selbst, dass ein Täter, der durch die Begehung schwerwiegender oder wiederholter Straftaten zweifellos charakterliche Mängel offenbart hat, zugleich eine Gefahr für die Verkehrssicherheit darstellt. So liegt dies etwa bei der bloßen Nutzung eines Kraftfahrzeugs zur Suche nach Tatobjekten oder Tatopfern nicht nahe. Auch in den Kurierfällen, in denen der Täter im Fahrzeug Rauschgift transportiert, sind Belange der Verkehrssicherheit nicht ohne weiteres berührt. Ein allgemeiner Erfahrungssatz, dass Transporteure von Rauschgift im Fall von Verkehrskontrollen zu besonders riskanter Fahrweise entschlossen sind, besteht nicht (vgl. BGH NSZ 2003, 311; BGHR StGB § 69 Abs. 1 Entziehung 14). Dies gilt jedenfalls dann, wenn besondere Vorkehrungen gegen eine Entdeckung des Rauschgifts, etwa durch Benutzung besonders präparierter Verstecke, getroffen worden sind. Für den Transport von Diebes- oder Schmuggelgut gilt nichts anderes.

Die Frage, ob in solchen Fällen des Missbrauchs eines Kraftfahrzeugs zur Durchführung einer Straftat die Voraussetzungen der Entziehung der Fahrerlaubnis vorliegen, weil der Täter mit seinem Vorgehen auch die Pflichten eines Kraftfahrzeugführers verletzt hat (§ 69 Abs. 1 Satz 1 Var. 3 StGB), bleibt dahingestellt.

f. Prüfung der Voraussetzungen des § 69 I StGB durch den Tatrichter

Die Beurteilung der Eignungsfrage im Sinne des § 69 Abs. 1 StGB liegt in erster Linie in der Verantwortung des Tatrichters, der diese Aufgabe aufgrund einer Ge-

samtwürdigung aller dafür "aus der Tat" erkennbar gewordenen rechtserheblichen Anknüpfungstatsachen vorzunehmen hat (st. Rspr.; vgl. BGHR StGB § 69 Abs. 1 Entziehung 2, 4, 5). Indem das Gesetz den Tatrichter bei der Prüfung, ob verkehrssicherheitsrelevante charakterliche Mängel des Täters zu Tage getreten sind, auf die ohnehin von ihm zur Schuld- und Strafrage aufzuklärenden und zu bewertenden Umstände "aus der Tat" verweist, weist es ihm für die Fahreignungsbeurteilung grundsätzlich auch die eigene Sachkunde (§ 244 Abs. 4 Satz 1 StPO) zu. Deshalb können etwaige Beweisanträge auf sachverständige Begutachtung zur charakterlichen Fahreignung regelmäßig von vornherein schon mit dieser Begründung zurückgewiesen werden.

g. Zu den Anforderungen an die Feststellungen bzgl. § 69 StGB im Urteil

In den schriftlichen Urteilsgründen (§ 267 Abs. 6 StPO) ist das Ergebnis der Fahreignungsbeurteilung in einer Weise niederzulegen, die es dem Revisionsgericht ermöglicht zu prüfen, ob die Entscheidung in den festgestellten tat- und täterbezogenen Umständen eine tragfähige Grundlage findet. Ordnet der Tatrichter bei Zusammenhangstaten Maßregeln nach §§ 69, 69 a StGB an, so muss sich aus den Urteilsgründen seine Überzeugung ergeben, dass die fest gestellten Umstände den konkreten Anhalt begründen, der Täter stelle eine Gefahr für die Sicherheit des öffentlichen Straßenverkehrs dar. Welche Anforderungen an die Begründung sich insoweit für den Tatrichter ergeben, bestimmt sich nach den Umständen des Einzelfalls. Jedenfalls wird an Begründungsaufwand nicht mehr verlangt als bei jeder anderen Rechtsfolgenentscheidung, der prognostische Elemente innewohnen.

Urteile in Fallstruktur

Standort: Öffentliches Recht

Problem: Tagesordnung der Rates

OVG MÜNSTER, BESCHLUSS VOM 14.7.2004
15 A 1248/04 (NVwZ-RR 2005, 427)

Problemdarstellung:

Im folgenden Beschluss des OVG NRW ging es um die Frage, ob der Bürgermeister auf Antrag eines einzelnen Ratsmitglieds einen Tagesordnungspunkt (TOP) in die Tagesordnung aufnehmen muss, obwohl die Gemeindeordnung für einen solchen Antrag ein Quorum (in NRW: Fraktion oder ein Fünftel der Ratsmitglieder) vorsieht. Das Gericht verneint dies auch unter Berücksichtigung des "freien Mandats" der Ratsmitglieder, weil der Rat von Anträgen ohne hinreichende Rückendeckung und damit ohne hinreichende Erfolgsaussichten entlastet werden soll.

Prüfungsrelevanz:

Bei der Aufnahme von TOP auf die Tagesordnung von Sitzungen der Gemeindevertretung (Rat oder Gemeindevorstand) ist seit Mitte der 80er Jahre umstritten, ob dem hierfür zuständigen Bürgermeister ein Prüfungsrecht zusteht, Kraft dessen er bestimmte Anträge unter bestimmten Voraussetzungen - etwa bei evidenter Unzuständigkeit der Gemeinde zur Erörterung einer Frage - von vornherein dadurch herausfiltern kann, dass er es durch Nichtaufnahme in die Tagesordnung erst gar nicht zu einer Diskussion in der Vertretung über diese Frage kommen lässt. Dieser Streit bezieht sich auf ein "materielles" Prüfungsrecht, also eine Inhaltskontrolle des Vorschlags. Dort verneint die heute h.M. ein Prüfungsrecht des Bürgermeisters, weil dieser dem Rat nicht vorgreifen dürfe (vgl. Vertiefungshinweise).

In der hier vorliegenden Entscheidung geht es jedoch um das Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen für den Antrag, also eine "formelle" Prüfung, die der Bürgermeister nach Ansicht des OVG, das sich auf eine Entscheidung des BVerwG in einem ähnlichen Fall beruft, vornehmen kann und muss. Diese formelle Prüfung darf mit dem Streit über die materiell-inhaltliche Prüfung also nicht verwechselt werden!

Interessant ist auch der prozessuale Teil des Falles, ein sogen. "Kommunalverfassungsverstreit", der immer wieder in Examensaufgaben vorkommt. Es handelt sich dabei um eine gemeindeinterne Streitigkeit von Organen bzw. Organteilen, die Probleme macht, weil die VwGO ein Organstreitverfahren nicht kennt. Nach ganz h.M. erstrecken sich jedoch - je nach Fallkon-

stellation - die allgemeine Leistungsklage oder die Feststellungsklage auch auf diese Organstreitverfahren.

Vertiefungshinweise:

Zur Abgrenzung von Leistungs- und Feststellungsklage im Kommunalverfassungsverstreit: *VG Sigmaringen*, NVwZ-RR 2005, 428

Inhaltliches Prüfungsrecht des Bürgermeisters bei Festsetzung der Tagesordnung: *VGH BW*, DVBl 1984, 729; *Gern*, VBIBW 1984, 64 (dafür); *BayVGH*, BayVBl 1987, 239; *Ehlers*, Jura 1984, 734 (dagegen); *OVG Lüneburg*, DVBl 1983, 814; *Erlenkämper*, NVwZ 1984, 621 (Evidenzkontrolle)

Kursprogramm:

Examenskurs : "Unter den Wolken"

Leitsatz:

Bei der Festsetzung der Tagesordnung braucht der Bürgermeister Vorschläge einzelner Ratsmitglieder, die nicht von dem gemäß § 48 I 2 NWGO gesetzlich vorgeschriebenen Quorum unterstützt werden, grundsätzlich nicht zu berücksichtigen.

Sachverhalt:

Der Kl. ist Mitglied des Rates der Stadt S in NRW. Seinen Antrag auf Aufnahme einer von ihm für klärungsbedürftig gehaltenen Sachfrage auf die Tagesordnung der nächsten Ratssitzung lehnte der Bürgermeister (Beklagter) unter dem Hinweis ab, einzelne Ratsmitglieder könnten nach der nordrhein-westfälischen Gemeindeordnung (NWGO) keine Vorschläge zur Tagesordnung unterbreiten. Ein solches Recht stehe nach § 48 I 2 NWGO nur Fraktionen oder Gruppen von mindestens einem Fünftel der Ratsmitglieder zu. Der Kl. beruft sich hingegen auf das Grundgesetz und meint, eine solche Sicht der Dinge sei mit Art. 28 I 2 GG unvereinbar. Soweit für das Quorum des § 48 I 2 NWGO die effektive Arbeit in der Vertretung und die Entlastung derselben von Anträgen ohne hinreichende Erfolgsaussichten angeführt werde, bestehe eine solche Gefahr nicht, weil der Rat Sachfragen auch an einen Ausschuss verweisen oder beschließen könne, sich gar nicht mit ihnen zu befassen. Der Bürgermeister dürfe einer solchen Entscheidung aber nicht vorgreifen. Selbst die Einwohner könnten nach § 25 NWGO

die Erörterung bestimmter Sachfragen im Rat erzwingen. Dann müsse es erst Recht ihm als gewähltem Vertreter möglich sein.

Hat die Klage des Kl. auf Aufnahme seines Vorschlags auf die Tagesordnung der nächsten Ratssitzung Erfolg?

[Anm.: § 48 I NWGO lautet: "Der Bürgermeister setzt die Tagesordnung fest. Er hat dabei Vorschläge aufzunehmen, die ihm innerhalb einer in der Geschäftsordnung zu bestimmenden Frist von einem Fünftel der Ratsmitglieder oder einer Fraktion vorgelegt werden. [...] Die Gemeindeordnungen der übrigen Bundesländer enthalten vergleichbare Vorschriften.]

Lösung:

Die Klage hat Erfolg, soweit sie zulässig und begründet ist.

A. Zulässigkeit

I. Rechtsweg

Zunächst müsste ein Rechtsweg eröffnet sein. Hierbei könnte es sich um den Verwaltungsrechtsweg nach § 40 I 1 VwGO handeln, der eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art voraussetzt. Nach der modifizierten Subjektstheorie ist eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit gegeben, wenn die streitentscheidenden Normen zwingend einen Hoheitsträger berechtigen oder verpflichten. Dies ist sowohl in § 48 I 2 NWGO mit dem Bürgermeister als auch in Art. 28 I 2 GG mit der Gemeinde selbst und der Vertretung (dem Rat) der Fall. Der Streit ist auch nichtverfassungsrechtlicher Art, da hier keine Verfassungsorgane um Verfassungsrecht, sondern Gemeindeorgane bzw. Organteile untereinander streiten. Sonderzuweisungen i.S.d. § 40 I 2 VwGO zu anderen Gerichten sind nicht ersichtlich.

II. Statthafte Klageart

Die statthafte Klageart richtet sich nach dem Klägerbegehren, § 88, 2. Hs VwGO. Die Kl. möchte einen von ihm in seiner Eigenschaft als Ratsmitglied vorgeschlagenen Tagesordnungspunkt (TOP) auf die Tagesordnung der nächsten Ratssitzung gesetzt sehen. Hierauf könnte die zwar in der VwGO nicht eigens geregelte, aber doch an vielen Stellen (z.B. in §§ 113 IV, 111, 43 II VwGO) erwähnte und daher als statthaft anerkannte allgemeine Leistungsklage anwendbar sein. Mit dieser kann die Vornahme oder Unterlassung schlichten Verwaltungshandelns, sogen. Realakte, erzwungen werden. Bei der Aufnahme eines TOP auf die Tagesordnung einer Ratssitzung handelt es sich schon mangels Außenwirkung gegenüber dem Bürger (vgl. § 35 S. 1 VwVfG) nicht um einen Verwaltungsakt, sondern um einen Realakt, so dass die allgemeine

Leistungsklage grds. statthaft ist.

Zweifel an diesem Ergebnis bestehen allerdings insoweit, als hier mit dem Kl. ein Organteil (Ratsmitglied) und dem Beklagten ein Organ (Bürgermeister) der selben Gemeinde untereinander streiten. Da die VwGO ein Organstreitverfahren nicht kennt, wurde teilweise vertreten, dass es sich bei einem solchen "Kommunalverfassungsstreit" um eine Klageart sui generis handle (vgl. die Nachweise bei Ehlers, NVwZ 1990, 105). Hiergegen spricht jedoch schon die Gesetzesbindung der Gerichte nach Art. 20 III GG: Soweit die vorhandenen Klagearten der VwGO reichen, können ihre Voraussetzungen nicht durch die Schaffung neuer Klagearten umgangen werden. Die Frage nach einer Klageart sui generis kann sich daher bestenfalls stellen, wenn die vorhandenen Klagearten nicht passen. Dass die allgemeine Leistungsklage passt, weil hier ein Realakt erstrebt wird, wurde aber oben bereits dargelegt. Sie bleibt daher auch für innergemeindliche Streitigkeiten anwendbar (ebenso zur Feststellungsklage OVG Münster, RA 2003, 319 = NVwZ-RR 2003, 376; NVwZ-RR 2003, 225; NVwZ-RR 1998, 325).

III. Klagebefugnis

Eine allgemeine Leistungsklage ist in entsprechender Anwendung des § 42 II VwGO nur zulässig, wenn der Kl. geltend machen kann, durch die Nichtgewährung der beantragten Leistung in einem eigenen subjektiv-öffentlichen Recht verletzt zu sein. Für einen Streit innerhalb kommunaler Organe bedeutet dies, dass die geltend gemachten Rechtsposition ein durch das Innenrecht eingeräumtes, dem klagenden Organ oder Organteil zur eigenständigen Wahrnehmung zugewiesenes wehrfähiges subjektives Organrecht sein muss. Ob eine solche geschützte Rechtsposition besteht, ist durch Auslegung der jeweils einschlägigen Norm zu ermitteln (vgl. BVerwG, NVwZ 1989, 470; OVG Münster, NVwZ-RR 2003, 225; NVwZ-RR 2002, 135; NVwZ 1989, 989; VGH Mannheim, NVwZ-RR 1992, 373; Schnapp, VwArch 78 [1987], 407 [415]).

1. § 48 I 2 NWGO

Hier geht es um ein Vorschlagsrecht des Kl. zur Tagesordnung. § 48 I 2 NWGO eröffnet ihm als einzelnes Ratsmitglied ein solches gerade nicht, weil hierfür nach dem eindeutigen Wortlaut der Norm ein Fünftel der Ratsmitglieder oder eine Fraktion erforderlich sind. § 48 I 2 NWGO mag daher Fraktionen und Gruppen ein Vorschlagsrecht verleihen, ist aber keine wehrfähige Innenrechtsposition des Kl., eines einzelnen Ratsmitglieds.

2. Art. 28 I 2 GG i.V.m. § 43 NWGO

Aus Art. 28 I 2 GG ergibt sich jedoch, dass in jeder Gemeinde eine aus allgemeinen, unmittelbaren, freien, gleichen und geheimen Wahlen hervorgegangene Ver-

tretung der Bürger existieren muss. In NRW ist dies nach §§ 40 ff. NWGO der Rat, wobei § 43 VwGO Rechte und Pflichten der Ratsmitglieder näher regelt. Diese sind Repräsentanten des Gemeindevolkes. Um ihre Aufgabe wahrnehmen zu können, bedürfen sie - von § 43 NWGO nicht im einzelnen geregelter, aber doch unstreitig vom "freien Mandat" umfasster - Mindestrechte, zu denen neben Teilnahme-, Rede- und Stimmrecht auch ein Vorschlags- und Antragsrecht gehört (vgl. Buhren, Allg. KommunalR NRW, 7. Aufl. 2004, Anm. 6.2.3: "selbstverständlich").

Es ist nicht von vornherein ausgeschlossen, dass der Kl. durch die Nichtaufnahme seines Vorschlages auf die Tagesordnung des Rates in diesem Recht verletzt ist. Mithin ist er klagebefugt.

IV. Klagegegner

Grundsätzlich ist eine allgemeine Leistungsklage gegen den Rechtsträger zu richten, hier also die Gemeinde. Etwas anderes gilt zur Vermeidung eines Insichprozesses - der Kläger ist als Ratsmitglied ja selbst Organteil der Gemeinde - jedoch im Kommunalverfassungsstreit. Klagen in einem solchen Organstreitverfahren sind gegen den intrapersonalen Funktionsträger zu richten, dem gegenüber die mit der Organklage beanspruchte Innenrechtsposition bestehen soll (OVG Münster, RA 2003, 319 = NVwZ-RR 2003, 376; NVwZ-RR 2003, 225; NVwZ 1989, 989). Dies ist vorliegend der Bürgermeister als dasjenige Organ, das über die Aufnahme von TOP auf die Tagesordnung zu entscheiden hat, § 48 I 2 NWGO. Die Klage ist daher zutreffend gegen ihn und nicht gegen die Gemeinde gerichtet worden.

VI. Beteiligtenfähigkeit

Fraglich ist die Beteiligtenfähigkeit des Klägers und des Beklagten, die nach § 63 Nr. 1, 2 VwGO am Verfahren beteiligt sind.

1. Kläger

Die Beteiligtenfähigkeit des Kl. folgt weder aus § 61 Nr. 1 VwGO, da er nicht als natürliche Person, sondern als Ratsmitglied klagt, noch aus § 61 Nr. 2, da er als Einzelner keine Vereinigung darstellt, noch aus § 61 Nr. 3 VwGO, weil ein Ratsmitglied keine Aufgaben gegenüber dem Bürger erledigt und daher keine Behörde in dem in § 61 Nr. 3 VwGO gemeinten, organisatorischen Sinne ist.

Seine Beteiligtenfähigkeit folgt jedoch aus einer analogen Anwendung des § 61 Nr. 2 VwGO. Ihm können in seiner Eigenschaft als Ratsmitglied die o.g. Rechte aus Art. 28 I 2 GG i.V.m. § 43 NWGO zustehen. Insofern ist seine Stellung mit der einer mit eigenen Rechten ausgestatteten Vereinigung vergleichbar. Diese Rechte wären wertlos, könnte sie nicht auch der Einzelne gerichtlich geltend machen - ein Ergebnis, dass der Gesetzgeber nicht gewollt hätte, hätte er das Problem er-

kannt; deshalb ist insofern von einer planwidrigen Regelungslücke auszugehen, die durch analoge Anwendung des § 61 Nr. 2 VwGO zu schließen ist.

2. Beklagter

Gleiches gilt für den Beklagten als Bürgermeister, der insbesondere auch nicht als Behörde i.S.d. § 61 Nr. 3 VwGO in Anspruch genommen wird, da er bei der Festsetzung der Tagesordnung des Rates auch nicht gegenüber dem Bürger und somit auch nicht als "Behörde" im organisatorischen Sinne handelt. Auch insofern liegt daher eine Regelungslücke vor, die analog § 61 Nr. 2 VwGO zu schließen ist. Die dem Bürgermeister zustehenden Rechte i.S.d. § 61 Nr. 2, 2. Hs VwGO ergeben sich hier aus § 48 I 2 NWGO.

Mithin ist die Klage zulässig.

B. Begründetheit

Die Klage ist begründet, soweit der Kläger einen Anspruch auf die begehrte Leistung hat.

I. Anspruchsgrundlage

Grundsätzlich hat, wie oben ausgeführt, ein Ratsmitglied einen Anspruch auf die Stellung von Anträgen und die Unterbreitung von Vorschlägen aus seinem freien Mandat, das u.a. in Art. 28 I 2 GG i.V.m. § 43 NWGO verankert ist (Erichsen, KommunalR NRW, Anm. § 7 A 1b m.w.N.).

II. Schranke des § 48 I 2 NWGO

Das OVG NRW sieht dieses Recht jedoch als durch das Quorum des § 48 I 2 NWGO beschränkt an:

"Unter welchen Voraussetzungen ein Ratsmitglied einen Anspruch gegen den Bürgermeister auf Aufnahme eines Vorschlags in die Tagesordnung einer Ratssitzung hat, regelt § 48 I 2 NWGO. Danach hat der Bürgermeister Vorschläge aufzunehmen, die ihm - innerhalb einer in der Geschäftsordnung zu bestimmenden Frist - von einem Fünftel der Ratsmitglieder oder einer Fraktion vorgelegt werden. Mit dieser Regelung hat der Landesgesetzgeber die Ausübung der den Ratsmitgliedern zufließenden Beteiligungsrechte im Interesse der Arbeitsfähigkeit der Gremien an die Erreichung eines bestimmten Quorums gebunden (vgl. BVerwG, NVwZ-RR 1993, 210). Zugleich wird der Minderheitenschutz bei der Aufstellung der Tagesordnung abschließend geregelt (vgl. OVG Münster, NVwZ-RR 2004, 674, wonach der Rat allerdings befugt ist, das Initiativrecht durch eine Regelung in seiner Geschäftsordnung zu erweitern). Vorschläge einzelner Ratsmitglieder, die nicht von dem gesetzlich vorgeschriebenen Quorum unterstützt werden, braucht der Bürgermeister bei der Festsetzung der Tagesordnung grundsätzlich nicht zu berücksichtigen (Rehn/Cronauge, Gemeindeordnung, § 48 Anm. 1; Held/Becker/Decker/Kirchhof/Krämer/Wansleben,

KommVerfR, § 48 GO Anm. 2 c).“

III. Einschränkende Auslegung im Lichte des Art. 28 I 2 GG

Fraglich ist, ob diese in ihrem Wortlaut eindeutige Bestimmung des einfachen (Landes-)rechts auch im Lichte des Art. 28 I 2 GG Bestand haben kann, oder sie verfassungskonformer Auslegung bedarf. Das OVG NRW sieht eine solche Notwendigkeit nicht, wobei es sich im Einklang mit der Rspr. des BVerwG sieht:

“Ein solcher Anspruch folgt insbesondere nicht aus Art. 28 I 2 GG. Das BVerwG (NVwZ-RR 1993, 210) hat für das rheinland-pfälzische Gemeinderecht, wonach das Initiativrecht - weitergehend als in Nordrhein-Westfalen - einen Antrag sogar eines Viertels der gesetzlichen Zahl der Ratsmitglieder oder einer Fraktion voraussetzt, ein weiteres Antragsrecht eines einzelnen Ratsmitglieds gem. Art. 28 I 2 GG auf Abstimmung im Rat über die Aufnahme eines Tagesordnungsvorschlags verneint. Danach ist erst recht kein Rechtsanspruch eines einzelnen Ratsmitgliedes gegen den Bürgermeister auf die zwingende Aufnahme eines Vorschlags in die Tagesordnung gegeben.“

1. Entlastung des Rates

“Der Zweck des § 48 I 2 NWGO rechtfertigt das gesetzliche Quorum auch unter Berücksichtigung der dem Rat eröffneten Möglichkeit, die (inhaltliche) Beratung eines auf die Tagesordnung gesetzten Themas und gegebenenfalls auch die abschließende Beschlussfassung hierüber einem Ausschuss zuzuweisen. Denn auch die für eine dementsprechende weitere Sachbehandlung in jedem Falle erforderlichen vorherigen Entscheidungen des Rates binden dessen Arbeitskraft. Dies gilt selbst für den Fall, dass der Rat beschließt, ein Thema von der Tagesordnung abzusetzen.“

2. Keine Vergleichbarkeit mit (zu verneinendem) materiellen Prüfungsrecht

“Der Gesetzeszweck des § 48 I 2 NWGO wird - entgegen dem Einwand des Kl. - auch nicht dadurch in Frage gestellt, dass der Bürgermeister gem. § 48 I 2 NWGO - bei Vorliegen des gesetzlichen Quorums - mangels eines eigenen Prüfungsrechts auch Themen in die Tagesordnung aufnehmen muss, die die Verbandskompetenz der Gemeinde überschreiten (vgl. OVG Münster, NVWZ 1984, 325 f.). Wenn die Regelungen der Gemeindeordnung es deshalb auch nicht ausschließen, dass sich der Rat gegebenenfalls mit seine Verbandskompetenz überschreitenden Themen beschäftigen muss, so hindert dies den Gesetzgeber nicht, den Rat von der Behandlung solcher Themen zu entlasten, die nicht von dem erforderlichen Quorum gewünscht werden.“

3. Keine Vergleichbarkeit mit Einwohnerantrag

“Der § 48 I 2 NWGO u.a. zu Grunde liegende Zweck des Schutzes der Arbeitsfähigkeit des Gemeinderats wird durch die Möglichkeit des Einwohnerantrags nach § 25 NWGO nicht relativiert, zumal § 25 III NWGO - ebenso wie § 48 I 2 NWGO - ein bestimmtes Quorum voraussetzt.“

IV. Ergebnis

Nach alledem bleibt es dabei, dass der Bürgermeister bei der Festsetzung der Tagesordnung die formellen Voraussetzungen des § 48 I 2 NWGO prüfen kann und muss. Diese beschränken durch das Quorum das Antragsrecht des einzelnen Ratsmitglieds. Mithin hat ein solches keinen Anspruch auf Aufnahme seines Antrags in die Tagesordnung. Die Klage ist unbegründet und hat deshalb keinen Erfolg.

Standort: Zivilrecht

Problem: Entlassung des Mietmieters aus dem Vertrag

BGH, URTEIL VOM 16.03.2005
VIII ZR 14 / 04 (NJW 2005, 1715)

Problemdarstellung:

Der auf Räumung der von ihm bewohnten Wohnung in Anspruch genommene Bekl. nahm in diesem Rechtsstreit den Standpunkt ein, die Kündigung habe auch gegenüber seiner ehemaligen Lebensgefährtin erklärt werden müssen, die im Jahre 1990 noch als Mitmieterin Partei des mit dem damaligen Rechtsvorgänger der klagenden Vermieterin geschlossenen Vertrags war. Diese Lebensgefährtin war aber schon 1994 aus der Wohnung ausgezogen, womit sich - jedenfalls konkludent - sowohl der ursprüngliche Vermieter als später auch die Kl. einverstanden erklärt hatten.

Für die Wirksamkeit der Kündigung kam es demzufolge darauf an, ob die ehemalige Lebensgefährtin des

Bekl. auf diesem Wege aus dem Mietvertrag ausscheiden konnte, oder ob es hierfür des Einverständnisses des in der Wohnung verbleibenden Bekl. bedurfte. Der BGH nimmt indes - in konsequenter Fortführung seiner bisherigen Rechtsprechung zu dieser Frage - den Standpunkt ein, dass der in den Räumen verbleibende Mieter selbst bei Bestehen eines solchen Zustimmungserfordernisses so zu behandeln ist, als habe er diese Zustimmung erteilt, solange er keine berechtigten Gründe für ihre Verweigerung anführen kann. Demzufolge konnte der Kündigung des Mietverhältnisses hier jedenfalls nicht mit der Begründung, sie habe einheitlich gegenüber mehreren Mietern erfolgen müssen, die Wirksamkeit versagt bleiben.

Prüfungsrelevanz:

Ist auf zumindest einer Seite eines Mietvertrags eine

Personenmehrheit anzutreffen, führt dies in Ausbildung und Praxis häufig zu Schwierigkeiten. Diese betreffen einerseits die Frage, inwiefern das Vertragsverhältnis betreffende Willenserklärungen von allen und gegenüber allen Beteiligten einheitlich abgegeben werden müssen - dieses ist grundsätzlich der Fall, kann im Einzelfall aber dadurch erleichtert werden, dass die auf einer Seite des Vertrags Beteiligten sich gegenseitig zur Abgabe bzw. Entgegennahme derartiger Erklärungen bevollmächtigen. Andererseits kann die Frage auftreten, inwiefern die Beteiligten für Verbindlichkeiten aus dem Vertrag gemeinschaftlich, gesamtschuldnerisch oder wohlmöglich nur als Teilschuldner haften. Eine Lektüre der Darstellungen dieser Problematik in der Ausbildungsliteratur ist anzuraten, das hier behandelte Urteil des BGH spricht eine Reihe dieser Probleme exemplarisch an.

Vertiefungshinweise:

- Erfordernis eines Räumungstitels gegen den in der Wohnung lebenden Ehepartner des Mieters: *BGH*, RA 2004, 638 = *NJW* 2004, 3041
- Formfreie Mietherabsetzungsvereinbarung: *BGH*, RA 2005, 307 = *NJW* 2005, 1861

Kursprogramm:

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

Leitsätze:

1. Zur Wirksamkeit der Kündigung eines Wohnraummietverhältnisses, die nach dem Auszug eines Mitmieters allein gegenüber dem die Wohnung weiter nutzenden Mieter ausgesprochen worden ist (im Anschluss an *BGH*, *NJW* 2004, 1797 = *NZM* 2004, 419).

2. Ob die Entlassung eines Mitmieters im Wege eines Aufhebungsvertrags mit dem Vermieter der Zustimmung des in der Wohnung verbleibenden Mieters bedarf, kann dahinstehen, solange der verbleibende Mieter jedenfalls nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) verpflichtet ist, sein Einverständnis zu erklären (Leitsatz 2 der Redaktion).

Sachverhalt:

Der Bekl. mietete gemeinsam mit seiner damaligen Lebensgefährtin vom Rechtsvorgänger der Kl. ab dem 01.11.1990 eine Wohnung. Die frühere Lebensgefährtin des Bekl. zog im September 1994 aus der Wohnung aus und teilte dies dem Rechtsvorgänger der Kl. mit. Dieser sprach mit Schreiben vom 06.05.1997 die fristlose Kündigung des Mietverhältnisses wegen bestehender Mietrückstände gegenüber dem Bekl. und dessen früherer Lebensgefährtin aus. Diese wandte sich daraufhin mit Schreiben vom 11.05.1997 erneut

an den Rechtsvorgänger der Kl. und bat ihn unter Hinweis darauf, dass sie sich bereits im September 1994 in seinem Büro gemeldet und den gemeinsamen Mietvertrag mit dem Bekl. gekündigt habe, um baldige Klärung der Angelegenheit. In der Folgezeit nahm der Rechtsvorgänger der Kl. allein den Bekl. gerichtlich auf Zahlung von Mietrückständen in Anspruch. Die Kl., die im Jahr 1999 in das Mietverhältnis eintrat, kündigte dieses gegenüber dem Bekl. mit Schreiben vom 26.06.2001 zum 31.06.2002 sowie nochmals fristlos mit der Klageschrift vom 22.06.2002 im vorliegenden Rechtsstreit. Sie begehrt vom Bekl. die Räumung der Wohnung.

Hat die Kl. gegen den Bekl. einen solchen Räumungsanspruch, wenn in dessen Person ein die Kündigungen rechtfertigender Grund vorlag?

[Bearbeitervermerk: Der Lösung sind die Vorschriften des BGB in der aktuell geltenden Fassung zu Grunde zu legen.]

Lösung:

A. Herausgabeanspruch gem. § 546 I BGB

Die Kl. könnte gegen den Bekl. einen Anspruch auf Herausgabe der Mietsache gem. § 546 I BGB haben. Dann müsste zwischen der Kl. und dem Bekl. ein Mietvertrag bestanden haben, welcher durch wirksame und ggfs. fristgerechte Kündigung gem. § 542 I BGB beendet wurde.

I. Mietvertrag

Zunächst müsste also ein Mietvertrag zwischen den Parteien vorliegen.

1. Eintritt der Kl. in den Mietvertrag vom 01.11.1990

Der Bekl. hat hier mit Vertrag vom 01.11.1990 von dem Rechtsvorgänger der Kl. die hier streitgegenständliche Wohnung gemietet. In dieses Mietverhältnis trat die Kl. im Jahr 1999 ein. Ein Vertrag zwischen der Kl. und dem Bekl. bestand mithin.

[Anm.: Es liegt die Vermutung nahe, dass die heutige Kl. aufgrund ihres Eigentumserwerbs an den vermieteten Räumen gem. § 571 I BGB a. F. = § 566 I BGB n. F. in die Rechte und Pflichten des Vermieters eingetreten ist. Aufgrund der eindeutigen Sachverhaltsangaben muss dies allerdings nicht näher erörtert werden, es sollten vielmehr keine Spekulationen über die im einzelnen unbekanntten Gründe der Rechtsnachfolge angestellt werden.]

2. Mehrheit von Mietern bei Vertragsschluss am 01.11.1990

Fraglich ist, wie es sich auswirkt, dass am 01.11.1990 der Bekl. die Wohnung gemeinsam mit seiner damali-

gen Lebensgefährtin gemietet hat. Hierdurch könnte eine gemeinschaftliche Pflicht der Mieter zur Rückgabe der Mietsache entstanden sein, mit der Folge, dass die Kl. nur von dem Bekl. und seiner damaligen Lebensgefährtin gemeinsam Rückgabe der Mietsache verlangen könnte, nicht jedoch vom Bekl. allein.

Allerdings ist zu beachten, dass es sich bei der Rückgabe einer Sache um eine nicht teilbare Schuld handelt (Palandt-Heinrichs, § 266 Rz. 3). Schulden mehrere eine unteilbare Leistung, so haften sie hierfür gem. § 431 BGB zwingend als Gesamtschuldner. Der Gläubiger kann dann nach seinem Belieben von jedem Schuldner die volle Leistung verlangen, § 421 BGB. Dementsprechend besteht auch im Falle einer Mehrheit von Mietern deren gesamtschuldnerische Verpflichtung zur Rückgabe der Mietsache nach Vertragsbeendigung (Jauernig-Teichmann, § 535, Rz. 3).

Selbst wenn die frühere Lebensgefährtin des Bekl. noch Partei des Mietvertrages gewesen sein sollte, so steht dies der Geltendmachung des Rückgabeanspruches aus § 546 I BGB gegenüber dem Bekl. allein demzufolge nicht entgegen.

II. Wirksame Kündigung, § 542 I BGB

Die Kl. müsste den Mietvertrag sodann auch wirksam gekündigt haben.

1. Formgerechte Kündigungserklärung

Hierzu bedarf es einer Kündigungserklärung der Kl., welche gem. § 568 I BGB der Schriftform bedarf. Kündigungsschreiben der Kl. liegen mit Datum vom 26.06.2001 sowie in Gestalt der Klageschrift vom 22.06.2002 vor. Mangels entgegenstehender Anhaltspunkte wird davon ausgegangen, dass diese den Anforderungen des § 126 BGB genügen und dem Bekl. auch zugegangen sind.

[Anm.: Der gem. § 568 II BGB zu erteilende Hinweis auf die Widerspruchsmöglichkeit des Wohnungsmieters gem. §§ 574 - 574 b BGB ist für die Wirksamkeit der Kündigung nicht erforderlich. Sein Fehlen kann lediglich gem. § 574 b II 2 BGB zu einer Verlängerung der Widerspruchsfrist führen (Palandt-Weidenkaff, § 568, Rz. 13).]

2. Kündigungsgrund

Ein die Kündigung rechtfertigender Grund lag in der Person des Klägers vor.

[Anm.: Hier besteht die Möglichkeit, eine Examensklausur dadurch zu erweitern, dass das Vorliegen von Kündigungsgründen zu prüfen ist. In Betracht kommt insbesondere die fristlose außerordentliche Kündigung des Vermieters wegen Zahlungsverzug des Mieters gem. §§ 543 I, II 1 Nr. 3; 569 III BGB sowie die ordentliche Kündigung des Vermieters wegen berechtigten Interesses an der Beendigung des Mietverhältnisses gem. § 573 BGB.]

ses gem. § 573 BGB.]

Fraglich könnte hier jedoch sein, inwiefern die ehemalige Lebensgefährtin des Bekl. noch Partei des Mietvertrags war, da ein Kündigungsgrund nur in der Person des Bekl. vorlag.

Allerdings ist insoweit anerkannt, dass bei Mehrheit von Mietern das Vorliegen eines Kündigungsgrundes in der Person eines Mieters ausreicht (Palandt-Weidenkaff, § 542, Rz. 18).

Daher kann die Frage der wirksamen Entlassung der früheren Lebensgefährtin des Bekl. aus dem Mietvertrag auch hier dahinstehen.

3. Kündigung gegenüber allen Mietern

Ebenso anerkannt ist allerdings, dass die Kündigung des Mietvertrags bei einer Personenmehrheit auf der Mieterseite nur einheitlich gegenüber allen Mietern erfolgen kann (Palandt-Weidenkaff, § 535, Rz. 8 und § 542, Rz. 18; Jauernig-Teichmann, § 535, Rz. 3 und § 542, Rz. 3; BGHZ 26, 102).

Da die Kündigungen seitens der Kl. allerdings nur gegenüber dem Bekl. ausgesprochen wurden, können diese das Mietverhältnis nur wirksam beendet haben, wenn die frühere Lebensgefährtin des Bekl. zu diesem Zeitpunkt schon nicht mehr Mieterin war.

a. Aufhebungsvertrag zwischen der Kl. und der früheren Lebensgefährtin des Bekl.

Die damalige Lebensgefährtin des Bekl. könnte einerseits durch zwischen ihr und dem Rechtsvorgänger der Kl. geschlossenen Aufhebungsvertrag aus dem Jahr 1997 aus dem Mietverhältnis ausgeschieden sein, andererseits könnte eine solche Eingung auch mit der Kl. selbst zustande gekommen sein.

“Es kann dahingestellt bleiben, ob sich bereits der Rechtsvorgänger der Kl. mit dem von der Mitmieterin damals gewünschten Ausscheiden aus dem Mietverhältnis ausdrücklich oder durch schlüssiges Verhalten einverstanden erklärt hatte. Jedenfalls hat die Kl., die im Jahr 1999 in den Mietvertrag auf der Vermieterseite eintrat und auf deren Einverständnis es seitdem ankommt, im vorliegenden Rechtsstreit ihr Einverständnis damit zum Ausdruck gebracht, dass die Mitmieterin seit deren Auszug aus der Wohnung auch aus dem Mietvertrag ausgeschieden ist. Einer entsprechenden Erklärung gegenüber der Mitmieterin, deren Wunsch, aus dem Mietverhältnis entlassen worden zu sein, unstrittig fortbesteht, bedurfte es nicht (§ 151 BGB).”

Die Kl. und die ehemalige Lebensgefährtin des Bekl. waren demzufolge darüber einig, dass die Letzgenannte nicht mehr Partei des Mietvertrags sein sollte.

b. Erfordernis der Zustimmung des Bekl.

“Für die Wirksamkeit der von der Kl. nur gegenüber dem Bekl. ausgesprochenen Kündigungen ist danach im vorliegenden Zusammenhang allein fraglich, ob die

von der Mitmieterin beehrte und jedenfalls von der Kl. akzeptierte Entlassung aus dem Mietverhältnis daran scheitert, dass der Bekl. seine Zustimmung dazu verweigert. [...]

Ob ein zwischen dem Vermieter und einem Mitmieter geschlossener Aufhebungsvertrag zu seiner Wirksamkeit auch der Zustimmung des in der Wohnung verbleibenden Mieters bedarf, ist umstritten (BGH, NJW 2004, 1797 = NZM 2004, 419 [unter II 2 a] m. N.), [...].“

Diese Streitfrage kann aber möglicherweise dahinstehen, wenn der Bekl. sich selbst im Fall des Bestehens eines solchen Zustimmungserfordernisses nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) so behandeln lassen muss, als habe er eben diese Zustimmung erteilt.

aa. Pflicht des verbleibenden Mieters, an der den Nutzungsverhältnissen entsprechenden Änderung des Mietvertrags mitzuwirken

“Haben mehrere Mieter als Partner einer Lebens- oder Wohngemeinschaft gemeinsam eine Wohnung gemietet und zieht einer der Mieter aus, so wird diesem in der obergerichtlichen Rechtsprechung mit Recht ein Anspruch gegen den anderen Mieter eingeräumt, an der für eine Beendigung des Mietverhältnisses grundsätzlich erforderlichen gemeinsamen Kündigung mitzuwirken, sofern nicht berechnete Interessen des anderen Mieters dem entgegenstehen (OLG Köln, NZM 1999, 998 = WuM 1999, 521; KG, WuM 1992, 323; Rolfs, in: Emmerich/Sonnenschein, Miete, 8. Aufl., § 542 Rz. 4 m. w. N.); dem Mieter, der die Wohnung nicht kündigen, sondern allein weiter nutzen will, bleibt es aber unbenommen, dieses mit dem Vermieter zu vereinbaren (OLG Köln, NZM 1999, 998 = WuM 1999, 521). Daraus folgt, dass der Mieter, der die Wohnung mit Einverständnis des Vermieters allein weiter nutzt und deshalb an einer Kündigung nicht mitwirkt, gegenüber seinen beiden Vertragspartnern - dem ausziehenden Mieter und dem Vermieter - nach Treu und Glauben verpflichtet ist, an einer der tatsächlichen Nutzung entsprechenden Vertragsänderung der Fortsetzung des Mietverhältnisses mit ihm allein mitzuwirken und dadurch der Entlassung des ausziehenden Mieters aus dem Mietverhältnis zuzustimmen.“

Eine solche Zustimmungspflicht bestand demzufolge hier auf Seiten des Bekl., der die Wohnung seit dem Auszug seiner früheren Lebensgefährtin im Jahre 1994 allein weaternutzte.

bb. Fiktion der Zustimmung bei unberechneter Verweigerung durch den verbleibenden Mieter

“Gegen Treu und Glauben (venire contra factum proprium) verstößt der Mieter, der einerseits das Mietverhältnis nicht gemeinsam mit dem ausziehenden Mieter kündigt, sondern die Wohnung weiter nutzt, und der

andererseits seine Zustimmung zur Entlassung des Mitmieters verweigert, ohne dass dies durch schutzwürdige Interessen gerechtfertigt wäre. Der in dieser Weise widersprüchlich handelnde Mieter muss sich gegenüber seinen Vertragspartnern so behandeln lassen, als habe er seine Zustimmung zur Entlassung des Mitmieters und zur Fortsetzung des Mietverhältnisses mit ihm allein erteilt.

So verhält es sich im vorliegenden Fall. Der Bekl. hat von der Möglichkeit, das Mietverhältnis gemeinsam mit seiner früheren Lebensgefährtin zu kündigen, keinen Gebrauch gemacht, sondern nutzt die Wohnung seit nunmehr zehn Jahren allein weiter. Er war und ist deshalb auf Grund des im Jahr 1990 geschlossenen Mietvertrags seiner Mitmieterin gegenüber und ebenso gegenüber dem Vermieter, dem Rechtsvorgänger der Kl., und dieser selbst verpflichtet, einer der tatsächlichen Nutzung der Wohnung durch ihn allein entsprechenden Vertragsänderung zuzustimmen und damit seine frühere Lebensgefährtin aus dem ursprünglich gemeinsamen Mietverhältnis zu entlassen.

Da der Bekl. diese Zustimmung verweigert, ohne dass dafür ein berechtigtes Interesse dargetan oder ersichtlich wäre, muss er sich nach Treu und Glauben so behandeln lassen, als sei seine frühere Lebensgefährtin mit seiner Zustimmung aus dem Mietverhältnis entlassen worden und er damit Alleinmieter geworden.“

c. Zwischenergebnis

“Die Kündigungen der Kl. konnten deshalb wirksam dem Bekl. allein gegenüber ausgesprochen werden.“

4. Kündigungsfrist

Der Vermieter hat im Falle seiner ordentlichen Kündigung gegenüber dem Mieter grundsätzlich die in § 573 c BGB näher geregelten Kündigungsfristen zu beachten.

Hier ist allerdings von dem Vorliegen von Gründen auszugehen, welche die Kündigungen der Kl. - mithin auch die außerordentliche fristlose Kündigung vom 22.06.2002 - rechtfertigen. Das Mietverhältnis konnte deshalb fristlos gekündigt werden.

III. Ergebnis zu § 546 I BGB

Der Bekl. ist daher gem. § 546 I BGB zur Herausgabe der Mietsache an die Kl., das heißt hier zur Räumung der Wohnung, verpflichtet.

B. Herausgabeanspruch gem. § 985 BGB

Da eine wirksame Kündigung des Mietvertrages mit ihrem Wirksamwerden auch das Besitzrecht des Mieters an der Sache i. S. d. § 986 BGB beendet, besteht bei Eigentum des Vermieters sodann auch ein Herausgabeanspruch gem. § 985 BGB (vgl. Jauernig-Teichmann, § 546, Rz. 1).

Standort: § 239 a I StGB**Problem: Funktionaler Zusammenhang**

BGH, BESCHLUSS VOM 08.04.2005
2 STR 111/05 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte hatte das Opfer mit einer (ungeladenen) Pistole bedroht und insb. aufgefordert, Geld von der Bank zu holen und ihm zu bringen. Das Landgericht Limburg hatte den Angeklagten aufgrund dieses Verhaltens insb. wegen erpresserischen Menschenraubs (§ 239 a I StGB) verurteilt; der BGH hob die Verurteilung insofern auf.

Prüfungsrelevanz:

Der vorliegende Fall enthält zahlreiche Probleme, die in beiden Examen zu besonders häufigen Prüfungsgegenständen zählen. Neben dem Streit um die Anforderungen an das Opferverhalten im Rahmen von § 253 I StGB und der daraus resultierenden Diskussion um das Verhältnis von Raub und räuberischer Erpressung, die trotz ihrer nicht ganz geringen Komplexität von den meisten Prüfern als Standardwissen vorausgesetzt werden, sind im vorliegenden Fall auch noch das Verhältnis von Erpressung und Betrug und die Anwendbarkeit von §§ 239 a und b StGB im Zwei-Personen-Verhältnis zu diskutieren.

Bzgl. der letztgenannten Fragestellung setzt der BGH in der vorliegenden Entscheidung seine bisherige Rechtsprechung fort und fordert i.R.v. § 239 a I StGB einen zeitlich-funktionalen Zusammenhang zwischen der Bemächtigungslage und der beabsichtigten Erpressung. Interessant ist insofern jedoch, dass der BGH diese eingeschränkte Anwendbarkeit von § 239 a StGB nicht ausdrücklich auf Zwei-Personen-Verhältnisse beschränkt (anders z.B. BGH, NStZ-RR 2004, 333). Dies impliziert, dass die teleologische Reduktion von §§ 239 a und b StGB wohl auch in Dreiecksverhältnissen Anwendung finden soll, was der BGH in der Vergangenheit nicht immer in vollem Umfang umgesetzt hat (vgl. BGH, NStZ 1999, 509), wogegen in der Literatur oft betont wird, dass eine unterscheidliche Behandlung von §§ 239 a und b StGB in Zwei- und Drei-Personen-Verhältnissen dem Verständnis der Struktur dieser Tatbestände widerspreche (vgl. Tröndle/Fischer, § 239 a Rn. 8 a mwN). Andererseits ist es natürlich auch möglich, dass der BGH aufgrund der Tatsache, dass im vorliegenden Fall eindeutig ein Zwei-Personen-Verhältnis gegeben war, keine Veranlassung dazu gesehen hat, zu betonen, dass die Beschränkung von §§ 239 a und b StGB in Drei-Personen-Verhältnissen vielleicht entfallen oder eine andere sein könne.

Vertiefungshinweise:

Zum Verhältnis von Raub und räuberischer Erpressung: BGHSt 14, 368; BGH, NStZ 2002, 31; 2003, 604; NStZ-RR 2004, 333; Otto, JZ 1984, 143; Gepfert/Kubitzky, Jura 1985, 276;

Zum Verhältnis von Erpressung und Betrug: BGHSt 23, 294; Günther, ZStW 88, 960; Herzberg, JuS 72, 570; Küper, NJW 1970, 2253; Otto, ZStW 79, 96;

Zur Anwendbarkeit von § 239 a, b StGB, insb. im Zwei-Personen-Verhältnis: BGHSt 40, 350; Baier, JA 2000, 191; Fahl, Jura 1996, 456

Kursprogramm:

Examenskurs: "Der Bankräuber"

Leitsatz (der Redaktion):

Der Zweck der gesetzlichen Regelung des Erpresserischen Menschenraubs (§ 239 a I StGB) besteht gerade darin, das Sichbemächtigen des Opfers deshalb besonders unter Strafe zu stellen, weil der Täter seine Drohung während der Dauer der Zwangslage jederzeit realisieren kann. Deshalb erfordert § 239 a I StGB einen funktionalen und zeitlichen Zusammenhang zwischen der Bemächtigungslage und der beabsichtigten Erpressung.

Sachverhalt (ergänzt):

A hatte den K in seine Gewalt gebracht, ihn misshandelt, mit einer (ungeladenen) Pistole bedroht, von der A vorgab, dass sie geladen sei, und aufgefordert, die Kosten des Verteidigers für B, einen inhaftierten Bekannten des A, sowie Drogenschulden zu zahlen, die A auf 500 Euro festsetzte. Hierbei war A klar, dass er keinen durchsetzbaren Anspruch auf die Zahlung des Entgelts für die Drogen und weder er noch B einen Anspruch gegen K auf Zahlung des Verteidigerhonorars hatten. Danach ließ A den K frei, damit dieser das Geld holen und die Zahlung an den Anwalt veranlassen konnte. K tat dies jedoch nicht, sondern ging direkt zur Polizei, die A festnahm.

Strafbarkeit des A?

Bearbeitervermerk:

Körperverletzungsdelikte, § 246 StGB und Straftaten nach dem WaffG sind nicht zu prüfen.

Lösung:

A. Strafbarkeit des A wegen versuchten schweren Raubes gem. §§ 249 I, 250 I Nr. 1, 22, 23 I StGB

A könnte sich dadurch, dass er den K mit einer unge-

ladenen Pistole bedrohte und ihn aufforderte, ihm 500 Euro als Entgelt für gelieferte Drogen zu zahlen, wegen versuchten schweren Raubes gem. §§ 249 I, 250 I Nr. 1, 22, 23 I StGB strafbar gemacht haben.

I. Vorprüfung

Da A das geforderte Geld nicht erhalten hat, ist die Tat nicht vollendet. Die Strafbarkeit des Versuchs des schweren Raubes ergibt sich aus dem Verbrechenscharakter des § 250 I StGB (§§ 250 I, 12 I, 23 I StGB).

II. Tatentschluss

A müsste Tatentschluss zur Begehung eines schweren Raubes 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).

A müsste zunächst Tatentschluss zur Begehung eines einfachen Raubes (§ 249 I StGB) gehabt haben.

1. Bzgl. Anwendung eines Raubmittels

A müsste Tatentschluss dazu gehabt haben, eines der in § 249 I StGB genannten Raubmittel (auch: qualifizierte Nötigungsmittel) - Gewalt gegen eine Person oder Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben - anzuwenden.

a. Bzgl. Gewaltanwendung gegen eine Person

A könnte Tatentschluss gehabt haben, Gewalt gegen K anzuwenden.

Gewalt i.S.v. § 249 I StGB setzt einen körperlich wirkenden Zwang zur Überwindung geleisteten oder erwarteten Widerstands voraus (BGHSt 20, 195; 23, 126; Schönke/Schröder-Eser, § 249 Rn. 4).

A hatte hier Tatentschluss, den K körperlich zu misshandeln, also körperlich wirkenden Zwang gegen ihn anzuwenden, um den erwarteten Widerstand des K gegen die verlangte Bezahlung der Drogenschulden zu überwinden. A hatte also Tatentschluss zur Anwendung von Gewalt gegen eine Person i.S.v. § 249 I StGB.

b. Bzgl. Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben

A könnte auch Tatentschluss gehabt haben, dem K mit gegenwärtiger Gefahr für Leib und Leben zu drohen.

Eine Drohung ist das Inaussichtstellen eines zukünftigen Übels, auf dessen Eintritt der Drohende Einfluss hat oder zu haben vorgibt (BGHSt 16, 386; Tröndle/Fischer, § 249 Rn. 5, § 240 Rn. 31). A hatte auch Tatentschluss, den K mit der Pistole zu bedrohen und so - zumindest konkludent - zu erklären, er werde ihm Schussverletzungen zufügen oder ihn erschießen, was eine gegenwärtige Gefahr für Leib und Leben des K darstellen würde. Dass A diese Drohung gar nicht wahr machen konnte, da die Pistole nicht geladen war,

ist insofern unbeachtlich, da A so tun wollte, als sei die Pistole geladen und somit zumindest vorgeben wollte, es beeinflussen zu können, ob K erschossen würde.

A hatte auch Tatentschluss zur Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib und Leben des K.

2. Bzgl. fremder beweglicher Sache

A müsste sich vorgestellt haben, dass das von ihm begehrte Tatobjekt - die Geldscheine, mit denen K seine Drogenschulden bezahlen würde - fremde beweglichen Sachen seien.

A wusste, dass es sich bei den Geldscheinen um bewegliche Sachen handeln würde.

Fremd i.S.v. § 249 I StGB ist eine Sache, wenn sie nach bürgerlichem Recht im Eigentum eines anderen steht (BGH; NStZ-RR 2000, 234; Tröndle/Fischer, § 249 Rn. 2, § 242 Rn. 5). A wusste, dass K Eigentümer der Geldscheine wäre, so dass A sich eine fremde bewegliche Sache als Tatobjekt vorstellte.

3. Bzgl. Wegnahme

A müsste auch Tatentschluss gehabt haben, dem K das Geld wegzunehmen.

Eine Wegnahme i.S.v. § 249 I StGB setzt - ebenso wie bei § 242 I StGB - den Bruch fremden und die Begründung neuen Gewahrsams voraus (Schönke/Schröder-Eser, § 249 Rn. 2).

Umstritten ist jedoch, unter welchen Voraussetzungen ein "Bruch" fremden Gewahrsams i.R.v. § 249 I StGB angenommen werden kann. Dies hängt letztlich mit dem Verhältnis von Raub und räuberischer Erpressung und dem für eine Erpressung erforderlichen Opferverhalten zusammen.

a. Rechtsprechung

Nach der Rechtsprechung kommt als Opferverhalten im Rahmen einer (räuberischen) Erpressung - entsprechend dem Gesetzeswortlaut - jedes Handeln, Dulden oder Unterlassen in Betracht. Deshalb stelle § 249 I StGB eine lex specialis zu §§ 253 I, 255 StGB dar, da jeder Raub immer auch eine räuberische Erpressung beinhaltet (bei der das Opferverhalten dann in der Duldung der Wegnahme bestehe, vgl. BGHSt 41, 123). Eine Abgrenzung zwischen Raub und räuberischer Erpressung sei dann nach dem äußeren Erscheinungsbild vorzunehmen.

A hatte sich vorgestellt, dass K die 500 Euro holen und ihm übergeben würde. Er stellte sich also ein Verhalten vor, dass vom äußeren Erscheinungsbild ein Geben des K und kein Nehmen des A wäre. A hatte also nach dieser Auffassung keinen Tatentschluss bzgl. einer Wegnahme.

b. Herrschende Literatur

Nach der herrschenden Auffassung in der Literatur muss das Verhalten des Opfers bei einer (räuberi-

schen) Erpressung stets - wie beim Betrug - eine Vermögensverfügung darstellen. Da der Raub hingegen - wie der Diebstahl - eine Wegnahme voraussetze, stünden § 249 I StGB und §§ 253 I, 255 StGB - ebenso wie § 242 I StGB und § 263 I StGB - in einem Exklusivitätsverhältnis; die Abgrenzung habe hier ebenso wie dort nach der inneren Willensrichtung des Opfers zu erfolgen (Tröndle/Fischer, § 253 Rn. 9 mwN). Streitig ist jedoch auch innerhalb dieser Auffassung, wie die innere Willensrichtung des Opfers beschaffen sein muss, damit eine Wegnahme i.S.v. § 249 I StGB (und somit gerade keine Vermögensverfügung i.S.v. § 253 I, 255 StGB) gegeben ist.

aa. 1. Untermeinung

Nach einer Auffassung innerhalb der Literatur liegt eine Wegnahme i.S.v. § 249 I StGB vor, wenn das Opfer glaubt, dass der Täter die Beute auch ohne seine Mitwirkung erlangen würde, es sich selbst also nicht in einer "Schlüsselstellung" sieht (Küper, BT, S. 376; Wessels/Hillenkamp, BT2, Rn. 713, 731).

A wusste, dass K das Geld, das A verlangt hatte, erst entweder von der Bank oder aus einem Versteck, das nur K bekannt war, holen musste. A stellte sich somit vor, dass K bewusst war, dass er eine Schlüsselstellung innehatte und A ohne seine Mitwirkung das Geld nicht erhalten würde. A hatte also keinen Tatentschluss bzgl. einer Wegnahme des Geldes; vielmehr stellte er sich eine Verfügung durch K vor.

bb. 2. Untermeinung

Nach einer anderen Auffassung ist eine Wegnahme i.S.v. § 249 I StGB nur dann gegeben, wenn das Opfer glaubt, es habe keine andere Wahl als sich dem Willen des Täters unterzuordnen, weil Widerstand zwecklos sei (Krey, BT2, Rn. 314).

Nach dem Plan des A musste dieser den K auf jeden Fall noch aus seiner unmittelbaren Kontrolle entlassen, um es ihm zu ermöglichen, das verlangte Geld zu beschaffen. Während dieser Zeit wäre es dem K möglich gewesen, irgendwo Schutz zu suchen oder - wie er es ja auch tatsächlich getan hat - die Polizei zu alarmieren. Es ist davon auszugehen, dass dies dem A auch bewusst war, so dass A davon ausging, dass es für K eine echte Wahlmöglichkeit darstellte, nur zum Schein auf das Verlangen des A einzugehen, sich dessen Willen aber tatsächlich nicht unterzuordnen. Auch nach dieser Auffassung stellte sich A somit keine Wegnahme, sondern eine Verfügung des K vor.

cc. 3. Untermeinung

Eine weitere Auffassung nimmt eine Wegnahme i.S.v. § 249 I StGB immer dann an, wenn das Opfer den Gewahrsam nicht willentlich überträgt, wobei das äußere Erscheinungsbild als Indiz für die willentliche Gewahrsamsübertragung dienen soll (Rengier, BT2, § 11 Rn. 22 a; Biletzki, Jura 1995, 635).

A stellte sich eine Tat vor, die vom äußeren Erscheinungsbild keine Wegnahme, sondern eine Weggabe durch K wäre (s.o.). Auch nach dieser Auffassung ist ein Tatentschluss bzgl. einer Wegnahme somit nicht gegeben.

c. Zwischenergebnis

Nach allen Meinungen hatte A keinen Tatentschluss bzgl. einer Wegnahme des Geldes.

III. Ergebnis

A ist nicht strafbar gem. §§ 249 I, 250 I Nr. 1, 22, 23 I StGB.

B. Strafbarkeit des A wegen versuchter schwerer räuberischer Erpressung gem. §§ 253 I, 255, 250 I Nr. 1, 22, 23 I StGB

A könnte sich jedoch dadurch, dass er den K mit einer ungeladenen Pistole bedrohte und ihn aufforderte, ihm 500 Euro als Entgelt für gelieferte Drogen und das Verteidigerhonorar des B zu zahlen, wegen versuchten schwerer räuberischer Erpressung gem. §§ 253 I, 255, 250 I Nr. 1, 22, 23 I StGB strafbar gemacht haben.

I. Vorprüfung

Da K die geforderten Zahlungen nicht vorgenommen hat, ist die Tat nicht vollendet. Die Strafbarkeit des Versuchs der schweren räuberischen Erpressung ergibt sich aus dem Verbrechenscharakter des § 250 I StGB (§§ 250 I, 12 I, 23 I StGB).

II. Tatentschluss

A müsste Tatentschluss zur Begehung einer schweren räuberischen Erpressung gehabt haben.

1. Bzgl. Grunddelikt (§§ 253 I, 255 StGB)

A müsste zunächst Tatentschluss bzgl. der Begehung des Grunddelikts der räuberischen Erpressung (§§ 253 I, 255 StGB) gehabt haben.

a. Bzgl. Anwendung eines Raubmittels

A hatte sowohl Tatentschluss bzgl. der Anwendung von Gewalt gegen eine Person als auch bzgl. einer Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib und Leben (s.o.).

b. Bzgl. Opferverhalten

A müsste sich auch ein tatbestandsmäßiges Opferverhalten des K vorgestellt haben. Welche Anforderungen i.R.v. §§ 253 I, 255 StGB an das Opferverhalten zu stellen sind, ist Streitig.

aa. Rechtsprechung

Nach der Rechtsprechung genügt als Opferverhalten im Rahmen der (räuberischen) Erpressung - entsprechend dem Wortlaut des § 253 I StGB - jedes Handeln, Dulden oder Unterlassen (BGH, NStZ 1999, 359;

NStZ-RR 1997, 321).

A stellte sich vor, dass K ihm 500 € zahlen und die Gebührenforderung des Verteidigers gegen B begleichen würde, was beides Handlungen wären, so dass er Tatentschluss bzgl. eines tauglichen Opferverhaltens des K hatte.

bb. Herrschende Lehre

Nach der herrschenden Meinung in der Literatur setzt die (räuberische) Erpressung - wegen ihrer strukturellen Nähe zu § 263 I StGB - als Opferverhalten stets eine Vermögensverfügung voraus (Tröndle/Fischer, § 253 Rn. 9, § 255 Rn. 3; Wessels/Hillenkamp, BT2, Rn. 709 mwN), also ein Verhalten, das sich vermögensmindernd auswirkt, wobei innerhalb der Literatur umstritten ist, ob sich das Verhalten des Opfers i.R.v. §§ 253, 255 StGB ebenso wie bei § 263 StGB unmittelbar vermögensmindernd auswirken muss (so Biletzki, Jura 1995, 636; Schönke/Schröder-Eser, § 253 Rn. 8 mwN) oder ob bei der (räuberischen) Erpressung anders als beim Betrug auch ein mittelbar vermögensminderndes Verhalten genügt (so Küper, NJW 1979, 956; Lackner/Kühl, § 253 Rn. 3).

Dieser Streit kann jedoch dahinstehen, da das von A geplante Verhalten des K (Übergabe der 500 € und Bezahlung der Rechtsanwaltsrechnung) sich unmittelbar mindernd auf das Vermögen des K auswirken würde. A stellte sich somit auch nach dieser Auffassung ein tatbestandliches Opferverhalten des K vor.

cc. Zwischenergebnis

Nach beiden Auffassungen hatte A also Tatentschluss bzgl. eines tauglichen Opferverhaltens, so dass eine Streitentscheidung entbehrlich ist.

c. Bzgl. Vermögensnachteil

A müsste weiter Tatentschluss gehabt haben, dem Vermögen des K einen Nachteil zuzufügen.

Der Begriff des Vermögensnachteils i.S.v. § 253 I StGB entspricht demjenigen des Vermögensschadens i.S.v. § 263 I StGB (BGH, NStZ-RR 1998, 233; Lackner/Kühl, § 253 Rn. 4). Ein solcher ist gegeben, wenn der Gesamtwert des Opfers des Opfers oder eines Dritten verringert wurde, d.h. wenn der Vermögensinhaber nach der Tat über weniger Vermögen verfügt als vorher; dies ist im Wege einer sog. "Gesamtsaldierung" aller Vermögenswerte des Vermögensinhabers zu ermitteln (BGHSt 3, 102; BGH, NStZ 1997, 32; Tröndle/Fischer, § 263 Rn. 70).

Da A Tatentschluss hatte, das Vermögen des K sowohl durch die Bezahlung des Kaufpreises für die Drogen als auch durch die Bezahlung der Anwaltsgebühren zu mindern (s.o.), wäre ein Tatentschluss des A bzgl. eines Vermögensnachteils bei K nur dann nicht gegeben, wenn A sich vorstellte, dass K ein Äquivalent für diese Vermögensminderungen erlangen würde. Insofern kann dahinstehen, ob das Erlöschen des - nichtigen -

Anspruchs des A auf Zahlung des Kaufpreises für die Drogen ein Äquivalent für den Verlust des Geldes, mit dem K bezahlen würde, darstellen würde. Denn auf jeden Fall würde nach der Vorstellung des A der K kein Äquivalent für die Zahlung des Verteidigerhonorars des Anwalts des B erlangen, so dass zumindest insofern nach der Vorstellung des A ein Vermögensnachteil bei K vorläge.

A hatte also Tatentschluss, dem Vermögen des K einen Nachteil zuzufügen.

d. Bzgl. Kausalität

A hatte auch Tatentschluss bzgl. einer Kausalität der Raubmittelanwendung für das Opferverhalten des K und des Opferverhaltens für den Vermögensnachteil.

e. Absicht rechtswidriger und stoffgleicher Bereicherung

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

A wollte sich selbst 500 € für die gelieferten Drogen verschaffen, was einen eigenen Vermögensvorteil darstellen würde. Außerdem wollte er, dass K einen Gläubiger des B befriedigen würde (nämlich dessen Verteidiger bzgl. der Honorarforderung), was einen Vermögensvorteil für B darstellen würde. A hatte also die Absicht, sich und einen Dritten (nämlich den B) zu bereichern.

A müsste sich weiter vorgestellt haben, dass die beabsichtigte Bereicherung stoffgleich sei. Die vom Täter beabsichtigte Bereicherung ist dann stoffgleich, wenn sie das Spiegelbild des Nachteils beim Opfer darstellt; dies ist dann der Fall, wenn beide aus demselben Opferverhalten resultieren (BGH, NStZ 2002, 254; Schönke/Schröder-Eser, § 253 Rn. 20). A wusste, dass die Vorteile, die er für sich und B zu erlangen beabsichtigte - die Zahlung der 500 € und des Verteidigerhonorars - den entsprechenden Nachteilen entsprechen würden, die der K erleiden würde (s.o.). Somit hatte A auch Tatentschluss bzgl. einer stoffgleichen Bereicherung.

A müsste schließlich auch Tatentschluss bzgl. der Rechtswidrigkeit der von ihm beabsichtigten Bereicherung gehabt haben. Eine vom Täter beabsichtigte Bereicherung ist dann rechtswidrig, wenn sie der Rechtsordnung widerspricht, d.h. wenn der Täter (und bei einer Drittbereicherungsabsicht auch der Dritte) keinen fälligen, einredefreien Anspruch auf den erstrebten Vorteil hat (Joecks, § 253 Rn. 17). A wusste, dass weder er einen durchsetzbaren Anspruch auf die Bezahlung der Drogen noch er oder B einen durchsetzbaren Anspruch auf die Bezahlung des Verteidigerhonorars durch K hatten, sodass A auch Tatentschluss bzgl. einer rechtswidrigen Bereicherung hatte.

A hatte somit Tatentschluss zur Begehung einer räuberischen Erpressung.

2. Bzgl. Qualifikation (§ 250 I Nr. 1 StGB)

A könnte weiter Tatentschluss bzgl. der Begehung einer schweren räuberischen Erpressung gem. § 250 I Nr. 1 StGB gehabt haben. Da der Täter der räuberischen Erpressung gem. § 255 StGB "gleich einem Räuber" zu bestrafen ist, finden die Qualifikationen des § 249 StGB, insb. § 250 StGB, auch auf §§ 253 I, 255 StGB Anwendung.

a. Bzgl. § 250 I Nr. 1 a StGB

A könnte Tatentschluss dazu gehabt haben, eine Waffe oder ein anderes gefährliches Werkzeug bei sich zu führen.

A wusste, dass er bei der Tat eine Pistole bei sich führte, so dass er Tatentschluss bzgl. einer Tat gem. § 250 I Nr. 1 a StGB gehabt haben könnte, da eine Pistole eine (Schuss-) Waffe darstellt. Eine Schusswaffe ist jedoch nur dann als Waffe i.S.v. § 250 I Nr. 1 a StGB anzusehen, wenn sie schussbereit ist oder vom Täter zumindest jederzeit schussbereit gemacht werden kann (BGH, NStZ 1999, 135; NJW 1998, 3131; Geppert, Jura 1999, 601; Schönke/Schröder-Eser, § 250 Rn. 5, § 244 Rn. 3). Da A - zumindest nach dem Grundsatz "in dubio pro reo" - wusste, dass die von ihm benutzte Pistole ungeladen war und auch davon auszugehen ist, dass A sich nicht vorstellte, passende Munition bei sich zu führen, hatte er nicht den Tatentschluss, eine schussbereite Schusswaffe bei sich zu führen. A hatte somit keinen Tatentschluss bzgl. § 250 I Nr. 1 a StGB.

b. Bzgl. § 250 I Nr. 1 b StGB

A könnte jedoch Tatentschluss bzgl. der Verwirklichung des Qualifikationstatbestandes des § 250 I Nr. 1 b StGB gehabt haben.

Dann müsste A sich zunächst vorgestellt haben, sonst ein Werkzeug oder Mittel bei sich zu führen.

Als "Werkzeug" i.S.v. § 250 I Nr. 1 b StGB kommt grundsätzlich - ebenso wie bei § 250 I Nr. 1 a StGB - jeder körperliche Gegenstand in Betracht, der nach der Vorstellung des Täters die Eigenschaft aufweist, als "Mittel" zur Gewaltanwendung oder -androhung eingesetzt werden zu können (BGH, NJW 1996, 2663; Tröndle/Fischer, § 250 Rn. 3 b, § 244 Rn. 6). Die Formulierung "sonst ein Werkzeug" macht klar, dass das betreffende Werkzeug i.R.E.v. § 250 I Nr. 1 b StGB - anders als bei § 150 I Nr. 1 a StGB - nicht "objektiv gefährlich" sein muss, sondern dass hier grundsätzlich jedes Werkzeug in Betracht kommt (BGH, NStZ 2002, 86; Dreher/Tröndle, § 250 Rn. 4, § 244 Rn. 10). A wusste, dass er eine ungeladene Pistole, also einen körperlichen Gegenstand, der allerdings nicht objektiv gefährlich war (s.o.) und somit ein sonstiges Werkzeug darstellte, während der Tat bei sich führte.

A müsste für § 250 I Nr. 1 b StGB weiter die Absicht gehabt haben, den Widerstand einer anderen Person durch Gewalt oder Drohung mit Gewalt zu verhindern oder zu überwinden. A hatte nicht nur die Absicht, mit

der Pistole Gewalt durch Schläge anzuwenden und den K mit dieser zu bedrohen, um dessen erwarteten Widerstand gegen das Zahlungsverlangen des A zu überwinden, er hat dies sogar auch getan. Die für § 250 I Nr. 1 b StGB erforderliche Verwendungsabsicht ist somit auch gegeben.

A hatte auch Tatentschluss zur Verwirklichung des Qualifikationstatbestandes des § 250 I Nr. 1 b StGB.

III. Unmittelbares Ansetzen (§ 22 StGB)

A müsste auch gem. § 22 StGB unmittelbar zur Verwirklichung des Tatbestandes angesetzt haben.

Ein unmittelbares Ansetzen ist jedenfalls dann gegeben, wenn der Täter den Tatbestand bereits zum Teil verwirklicht hat (BGHSt 37, 296; Berz, Jura 1984, 512; Tröndle/Fischer, § 22 Rn. 9 mwN). Im vorliegenden Fall hatte A bereits Gewalt gegen K angewandt und diesen bedroht, er hat also den Tatbestand des Grunddelikts (§§ 253 I, 255 StGB) bereits zum Teil und den Tatbestand der Qualifikation (§ 250 I Nr. 1 b StGB) sogar schon voll verwirklicht, da er ein sonstiges Werkzeug in der erforderlichen Verwendungsabsicht bei sich führte.

A hat also unmittelbar angesetzt.

IV. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

V. Kein Rücktritt (§ 24 StGB)

Anhaltspunkte für einen strafbefreienden Rücktritt des A sind nicht ersichtlich.

VI. Ergebnis

A hat sich gem. §§ 253 I, 255, 250 I Nr. 1 b, 22, 23 I StGB strafbar gemacht.

C. Strafbarkeit des A wegen versuchter Nötigung (§§ 240 I, 22, 23 I StGB) und Bedrohung (§ 241 StGB)

Die von A mitverwirklichten Delikte der versuchten Nötigung gem. §§ 240 I, 22, 23 I StGB und der Bedrohung gem. § 241 StGB treten hinter die speziellere (versuchte) schwere räuberische Erpressung zurück (BGH, NStZ-RR 2000, 2000, 10; Tröndle/Fischer, § 253 Rn. 17).

D. Strafbarkeit des A wegen versuchten Betruges gem. §§ 263 I, 22, 23 I StGB

A könnte sich dadurch, dass er den K mit einer ungeladenen Pistole bedrohte, ihm dabei aber vorspiegelte, diese sei geladen und den K aufforderte, 500 Euro für gelieferte Drogen und das Verteidigerhonorar des B zu zahlen, wegen versuchten Betrugs §§ 263 I, 22, 23 I StGB strafbar gemacht haben.

I. Vorprüfung

Da K die geforderten Zahlungen nicht vorgenommen

hat, ist die Tat nicht vollendet. Die Strafbarkeit des versuchten Betruges ergibt sich aus § 263 II StGB.

II. Tatentschluss

A müsste Tatentschluss zur Begehung eines Betruges gehabt haben.

1. Bzgl. Täuschung

A müsste Tatentschluss gehabt haben, den K über Tatsachen zu täuschen.

Täuschung i.S.v. § 263 I StGB ist jede intellektuelle Einwirkung auf das Vorstellungsbild eines anderen, um eine Fehlvorstellung über Tatsachen hervorzurufen (BGH, NJW 2001, 2187; Lackner/Kühl, § 263 Rn. 6). Tatsachen sind alle äußeren und inneren Vorgänge und Zustände der Vergangenheit und Gegenwart, die dem Beweis zugänglich sind (RGSt 56, 227; Tröndle/Fischer, 2 Rn.).

A wollte gegenüber dem K (zumindest konkulent) behaupten, dass die von ihm verwendete Pistole geladen sei, was - da es dem Beweis zugänglich ist - eine Tatsache darstellt, während sie in Wirklichkeit nicht geladen war. A hatte also Tatentschluss, den K über Tatsachen zu täuschen.

Problematisch erscheint jedoch im vorliegenden Fall, dass A den K auch bedrohen und deshalb eine (schwere räuberische) Erpressung begehen wollte (s.o.) und die Täuschung über den Ladezustand der Pistole lediglich die Drohung gefährlicher erscheinen lassen sollte. Ob in diesen Fällen ein Verhalten, das bereits eine (versuchte) Erpressung darstellt, gleichzeitig noch den Tatbestand des (versuchten) Betruges erfüllen kann, ist streitig.

a. 1. Meinung

Nach einer Auffassung schließen sich die Tatbestände der (räuberischen) Erpressung und des Betruges aus, d.h. ein Verhalten, das eine Erpressung darstellt, kann nicht gleichzeitig ein Betrug sein (BGHSt 23, 294; Tröndle/Fischer, § 253 Rn. 17; Wessels/Hillenkamp, BT2, Rn. 723; Günther, ZStW 88, 960).

Da A hier Tatentschluss zur Begehung einer Erpressung hatte (s.o.), wäre somit ein weiterer Tatentschluss zur Begehung eines Betruges ausgeschlossen.

b. 2. Meinung

Nach der Gegenauffassung können die Tatbestände von Betrug und Erpressung nebeneinander durch dieselbe Handlung verwirklicht werden; wenn die Täuschung allerdings lediglich die Drohung verstärken sollte, dann sei das Unrecht des Betruges in dem der Erpressung enthalten, so dass § 263 I StGB zurücktrete (Schönke/Schröder-Eser, § 253 Rn. 37; Küper, BT2, Rn. 311 ff.; Herzberg, JuS 1972, 570).

Nach dieser Ansicht wäre ein Tatentschluss des A zur Begehung eines Betruges trotz des bereits festgestellten Tatentschlusses zur Begehung einer Erpressung

durch dieselbe Handlung noch denkbar.

c. Stellungnahme

Die erste Auffassung stützt sich vor allem darauf, dass in den Fällen, in denen eine Erpressung bejaht wurde, bereits festgestellt wurde, dass die Drohung kausal ist für das Opferverhalten und es deshalb nicht möglich sei, im Rahmen des Betruges die erforderliche Kausalität der Täuschung für das (selbe) Opferverhalten festzustellen. Auch erfordere der Betrug eine unbewusste Selbstschädigung und eine freiwillige Vermögensverfügung, die bei einer Reaktion des Opfers auf eine Drohung des Täters gerade nicht gegeben seien.

Hiergegen lässt sich allerdings einwenden, dass im Rahmen des Betruges die Täuschung nicht *conditio sine qua non* für das Opferverhalten (die Vermögensverfügung) sein muss, sondern lediglich mitursächlich (BGHSt 13, 13; Tröndle/Fischer, § 263 Rn. 52). Wenn aber die Drohung durch die Täuschung verstärkt wird und die Drohung kausal ist für die Verfügung, dann ist auch die Täuschung insofern (mit-) ursächlich. Eine unbewusste Selbstschädigung kann man (trotz des Vorliegens eines Tatentschlusses des A zur Begehung einer Erpressung) im vorliegenden Fall darin sehen, dass K durch eine Gefahr zur Selbstschädigung genötigt werden soll - die Gefahr, erschossen zu werden -, die objektiv gar nicht besteht, was K aber gerade nicht weiß. Schließlich dürfen keine zu hohen Anforderungen an eine Freiwilligkeit der Vermögensverfügung i.R.v. § 263 StGB gestellt werden; insbesondere wenn man - wie im vorliegenden Fall (s.o.) - festgestellt hat, dass das Opfer glaubte, eine echte Wahlmöglichkeit zu haben, ist eine freiwillige Vermögensverfügung gegeben. Schließlich verdient die zweite Auffassung deshalb den Vorzug, weil eine Verneinung bereits des Tatbestandes des Betruges neben der Erpressung dazu führen würde, dass Teilnehmer, die lediglich zur Täuschung bestimmen oder diese fördern, nicht jedoch die Drohung, mangels teilnahmefähiger Haupttat straflos wären. Der zweiten Meinung ist somit zu folgen. Die Tatbestände von § 253 StGB und § 263 StGB sind nebeneinander anwendbar. Damit ist ein Tatentschluss des A zur Begehung eines Betruges nicht bereits dadurch ausgeschlossen, dass er Tatentschluss zur Begehung einer (schweren räuberischen) Erpressung hatte.

2. Bzgl. täuschungsbedingten Irrtums

A stellte sich auch vor, dass K infolge der Täuschung glauben würde, die Pistole sei geladen, also einem täuschungsbedingten Irrtum unterliegen würde.

3. Bzgl. irrumsbedingter Vermögensverfügung

A hatte Tatentschluss bzgl. einer Vermögensverfügung des K (s.o.). Er stellte sich auch vor, dass der Irrtum des K über die Funktionsfähigkeit der Pistole (mit-) ursächlich für die Vermögensverfügung sei.

4. Bzgl. verfügungsbedingten Vermögensschadens

Da A sich vorstellte, dass das Vermögen des K durch die Verfügung unmittelbar gemindert würde, ohne dass K ein Äquivalent erlangen würde, hatte er auch Tatentschluss bzgl. eines verfügungsbedingten Vermögensschadens des K.

5. Absicht rechtswidriger und stoffgleicher Bereicherung

A hatte die Absicht, sich und B stoffgleich und rechtswidrig zu bereichern (s.o.).

III. Unmittelbares Ansetzen (§ 22 StGB)

A hat den K bereits getäuscht, er hat also den Tatbestand des § 263 StGB bereits zum Teil verwirklicht und dadurch unmittelbar angesetzt (s.o.).

IV. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte rechtswidrig und schuldhaft.

V. Kein Rücktritt

A ist auch nicht strafbefreiend zurückgetreten.

VI. Ergebnis

A hat sich also auch gem. §§ 263 I, 22, 23 I StGB strafbar gemacht. Die Strafbarkeit wegen versuchten Betruges tritt jedoch hinter diejenige wegen versuchter schwerer räuberischer Erpressung zurück (s.o.).

E. Strafbarkeit des A wegen erpresserischen Menschenraubes gem. § 239 a I StGB

A könnte sich jedoch dadurch, dass er den K mit einer Pistole bedrohte und ihn aufforderte, die 500 Euro und das Verteidigerhonorar zu zahlen, wegen erpresserischen Menschenraubs gem. § 239 a I StGB strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

1. Tathandlung

a. Entführen

A könnte K entführt haben.

Ein Entführen i.S.v. § 239 a I StGB setzt voraus, dass der Täter das Opfer gegen seinen Willen an einen anderen Ort verbringt, an dem es dem ungehemmten Einfluss des Täters ausgesetzt ist (BGH, NStZ 1994, 283; SK-Horn, § 239 a Rn. 4).

A hat den K jedoch nicht an einen anderen Ort verbracht, so dass ein Entführen ausscheidet.

b. Sich-Bemächtigen

A könnte sich jedoch des K bemächtigt haben.

Der Täter hat sich des Opfers dann bemächtigt, wenn er die physische Herrschaftsgewalt über dessen Körper erlangt hat (BGH, NStZ 1996, 277; Renzikowski, JZ 1994, 492).

Da A gegen K Gewalt anwandte und diesen sogar mit einer Pistole bedrohte, von der K glaubte, dass sie geladen sei, war die körperliche Herrschaft des A über K so stark, dass sie ein Sich-Bemächtigen i.S.v. § 239 a I StGB darstellt.

2. Anwendbarkeit von § 239 a I StGB im Zwei-Personen-Verhältnis

Nach dem Wortlaut des § 239 a I StGB ist dessen Tatbestand zwar eigentlich ohne Einschränkung auch in Zwei-Personen-Verhältnissen anwendbar, da er auch die Fälle erfasst, in denen der Täter das Opfer entführt oder sich seiner bemächtigt, um "die Sorge des Opfers um sein Wohl" auszunutzen; ein Dreiecksverhältnis wird somit nicht zwingend vorausgesetzt. Jedoch hätte eine uneingeschränkte Anwendung von § 239 a I StGB im Zwei-Personen-verhältnis zur Folge, dass Fälle, die bereits von § 249 I StGB oder §§ 253 I, 255 StGB erfasst werden auch gem. § 239 a I StGB strafbar wären, so dass dessen höherer Strafraum letztlich die anderen (im 2-Personen-Verhältnis aber typischeren) Normen verdrängen würde.

Rechtsprechung und herrschende Lehre lösen dieses Problem, indem sie den Charakter von § 239 a I StGB als unvollkommen zweiaktiges Delikt betonen und zwischen dem (objektiv verwirklichten) Teilakt des Entführens oder Sich-Bemächtigen und dem (in die Tätersvorstellung verlegten) Teilakt der angestrebten weiteren Erpressung einen funktionalen Zusammenhang verlangen (BGH, StV 1997, 302; Tröndle/Fischer, § 239 a Rn. 7). Dieser soll dann vorliegen, wenn die Bemächtigungssituation eine eigenständige Bedeutung erlangt, wenn also die Lage, die der Täter ausnutzen will, zuvor eine gewisse Stabilisierung erfahren soll (BGH, NJW 1997, 1082; Heinrich, NStZ 1997, 368).

Dies verneint der BGH im vorliegenden Fall: "Danach hatte der Angeklagte sich zwar der Zeugen jeweils bemächtigt. Auch hat der Angeklagte während der Bemächtigungslage die Zeugen unter Todesdrohungen und mit Schlägen mit der insoweit als Schlagwerkzeug eingesetzten Pistole aufgefordert, Zahlungen bzw. geldwerte Leistungen zu erbringen. Jedoch sollten diese erst später, zu einem Zeitpunkt erfolgen, zu dem die Zeugen aus der Gewalt des Angeklagten entlassen waren. Die Erfüllung der Forderungen des Angeklagten setzte die Beendigung der Bemächtigungslage voraus, da die Zeugen sich das Geld und die genannten Gegenstände erst beschaffen mussten. Unter diesen Umständen fehlt es - wie der Generalbundesanwalt zutreffend ausgeführt hat - an dem zwischen der Bemächtigungslage und der beabsichtigten Erpressung erforderlichen funktionalen und zeitlichen Zusammenhang und subjektiv auch an der erforderlichen Absicht des 'Ausnutzens' im Sinne von § 239 a StGB (BGH StV 1997, 302 f.). Denn der Zweck der gesetzlichen Regelung besteht gerade darin, das Sichbemächtigen des Opfers

deshalb besonders unter Strafe zu stellen, weil der Täter seine Drohung während der Dauer der Zwangslage jederzeit realisieren kann (BGHR StGB § 239 a Abs. 1 Sichbemächtigen 5).“

Der Tatbestand des § 239 a I StGB ist somit im vorliegenden Fall nicht erfüllt.

II. Ergebnis

A ist nicht strafbar gem. § 239 a I StGB.

F. Strafbarkeit des A wegen Geiselnahme gem. § 239 b I StGB

Aus demselben Grund entfällt auch eine Strafbarkeit des A gem. § 239 b I StGB.

G. Gesamtergebnis

A ist strafbar wegen versuchter schwerer räuberischer Erpressung gem. §§ 253 I, 255, 250 I Nr. 1 b, 22, 23 I StGB.

*Literaturauswertung**Öffentliches Recht*

Autor/Titel:	Elicker, Michael: "Examensrelevante Probleme aus dem Bereich der Gesetzesinitiative und des Vorverfahrens (Art. 76 GG)"
Fundstelle:	JA 2005, 513 (Heft 7)
Inhalt:	Der Autor bespricht Art. 76 GG umfassend, wobei er ausgehend von den drei möglichen Initiativen - Bundesrat, Bundesregierung und aus der Mitte des Bundestags - die jeweils unterschiedlichen Abläufe skizziert. Besonders breiten Spielraum nimmt der Examensklassiker der Initiative eines einzelnen Abgeordneten ein, bzgl. derer streitig ist, ob sie "aus der Mitte des Bundestages" oder auch von Verfassungs wegen Fraktionsstärke erforderlich ist, wie § 76 GOBT bestimmt.

Autor/Titel:	Mückl, Stefan: "Die abstrakte Normenkontrolle vor dem BVerfG"
Fundstelle:	Jura 2005, 463 (Heft 7)
Inhalt:	Der Beitrag stellt Zulässigkeit und Begründetheit des abstrakten Normenkontrollantrags nach Art. 93 I Nr. 2 GG i.V.m. §§ 13 Nr. 6, 76 ff. BVerfGG dar. Sehr anschaulich sind die kleinen Beispielfälle. Auch die sogen. "Kompetenzkontrolle" nach Art. 93 I Nr. 2a GG findet Beachtung.

Zivilrecht

Autor/Titel:	Lorenz, Stephan: "Schuldrechtsreform 2002: Problemschwerpunkte drei Jahre danach"
Fundstelle:	NJW 2005, 1889 (Heft 27)
Inhalt:	Der Autor nimmt das nunmehr dreieinhalb Jahre zurückliegende Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes zum Anlass, einen Überblick über die im Rahmen der praktischen Anwendung sowie der wissenschaftlichen Durchdringung des neuen Rechts entstandenen Problemschwerpunkte zu liefern. Hierbei geht er natürlich auf Klassiker wie etwa die Ersatzfähigkeit des mangelbedingten Betriebsausfallschadens oder den Bezugspunkt des Vertretenmüssens in den unterschiedlichen Anspruchsgrundlagen des Leistungsstörungenrechts ein. Auch in der jüngeren Vergangenheit entstandene Streitigkeiten, etwa bezüglich der Nacherfüllung in Form der Nachlieferung beim "Stückkauf" oder um die Frage der Anrechnung ersparter Aufwendungen nach einer eigenmächtigen Mangelbeseitigung durch den Käufer / Besteller eines Werkes auf die Gegenleistung werden erörtert.

Autor/Titel:	Keilmann, Annette: "Vorsicht ! - Zum Gehalt des § 311 II, III BGB"
Fundstelle:	JA 2005, 500 (Heft 7)
Inhalt:	Dieser Lernbeitrag hat die Kodifizierung des Rechtsinstituts der culpa in contrahendo (= c.i.c.) zum Inhalt. Die Autorin weist daraufhin hin, dass der sehr weit gefasste Wortlaut insbesondere von § 311 II Nr. 3, III BGB nicht darüber hinwegtäuschen darf, dass es dem Gesetzgeber eigentlich nur darum ging, die bislang durch die Rechtsprechung entwickelten Anwendungsfälle der c.i.c. nunmehr gesetzlich zu verankern. Die Kenntnis dieser Fallgruppen - etwa derjenigen zur nunmehr in § 311 III BGB angesprochenen "Sachwalterhaftung" - ist daher unerlässlich, um eine Überdehnung des Anwendungsbereichs des § 311 II, III BGB zu verhindern.

Autor/Titel:	Röthel, Anne / Sparmann, Ingo: "Besitz und Besitzschutz"
Fundstelle:	JURA 2005, 456 (Heft 7)
Inhalt:	Dieser Beitrag stellt die unterschiedlichen Arten des Besitzschutzes vor, insbesondere stellt er den possessorischen Besitzschutz gem. §§ 858 ff BGB den auf Besitzerlangung gerichteten petitorischen Herausgabeansprüchen des Sachenrechts und den schuldrechtlichen Besitzherausgabeansprüchen gegenüber. Es werden auch Hinweise zur Handhabung der verschiedenen Anspruchsgrundlage in der Klausur, insbesondere zur hier sinnvoller Weise einzuhaltenden Prüfungsreihenfolge gegeben.

Strafrecht

Autor/Titel:	Wachsmuth, Ingemarie / Waterkamp, Stefan: "Non-liquet Situationen und ihre materiell-rechtliche Lösung"
Fundstelle:	JA 2005, 509 (Heft 7)
Inhalt:	Wie geht man in einer Klausur des ersten Examens damit um, dass Angaben, die für die Lösung des Falles erforderlich sind, im Sachverhalt fehlen oder gezielt nicht mitgeteilt werden? Die Autoren schildern die grundlegende Methode (parallele Prüfung der verschiedenen Varianten) und die denkbaren Ergebnisse (insb. echte/unechte Wahlfeststellung, Postpendenz und den Grundsatz des "in dubio pro reo"), allerdings kurz. Leider wird die mögliche Konstellation der Präpendenz nicht erwähnt, ansonsten aber insb. angesichts der (gebotenen) Kürze - es handelt sich immerhin um einen "Lernbeitrag" und keinen Aufsatz - sehr lesenswert.

Autor/Titel:	Otto, Harro: "Die strafrechtliche Beurteilung der Kollision rechtlicher gleichrangiger Interessen"
Fundstelle:	Jura 2005, 470 (Heft 7)
Inhalt:	Dass im Falle der Kollision einer überwiegenden Handlungspflicht mit einer weniger schwerwiegenden Unterlassungspflicht der Täter i.d.R. aus § 34 StGB gerechtfertigt ist, stellt kein größeres Problem dar. Was aber, wenn zwei gleichrangige Pflichten kollidieren? Der Verfasser schildert die denkbaren Kollisionslagen, nennt Beispiele und liefert Lösungsansätze, vor allem vor dem Hintergrund der beiden oben genannten Rechtfertigungsgründe.

Autor/Titel:	Heinrich, Manfred: "Neue Medien und klasisches Strafrecht - § 184 b IV StGB im Lichte der Internetdelinquenz"
Fundstelle:	NStZ 2005, 361 (Heft 7)
Inhalt:	Das StGB, das über 100 Jahre alt ist, ist natürlich zur Erfassung der Begehung von Straftaten unter Zuhilfenahme elektronischer Medien, insb. des Internets, nicht konzipiert. Deshalb stellt sich die Frage, ob und wenn ja, mit welcher Argumentation, Straftatbestände auf Verhaltensweisen über die Nutzung des Internets anzuwenden sind. In diesem Aufsatz betrachtet der Verfasser die Probleme bei der Anwendung von § 184 b IV StGB (Verbreitung, Erwerb und Besitz kinderpornographischer Schriften) im Rahmen eines "Besuchs" des Internets. Hierbei stellt er insbesondere die Frage, ob das bloße Betrachten entsprechenden Materials bereits strafbar ist und ob das (automatische) Speichern entsprechender Bilddateien im Cache-Speicher des Computers unter den Tatbestand des § 184 b StGB fällt. Im Ergebnis plädiert er für eine teleologische Reduktion des Tatbestands, um nicht strafwürdiges Verhalten auszuschließen.