Öffentliches Recht

Standort: Verfassungsrecht Problem: Aufhebung der Immunität von Abgeordneten

VERFGH NRW, BESCHLUSS VOM 29.07.2005
VERFGH 8/05 (NWVBL 2006, 12)

Problemdarstellung:

Im Beschluss des VerfGH NRW ging es um die Frage, ob und wie sich ein Abgeordneter gegen die Aufhebung seiner Immunität durch das Parlament wehren kann. Der Fall spielt im Landesrecht NRW, kann aber 1:1 auf die Vorschriften im Grundgesetz übertragen werden, auf die der VerfGH NRW z.T. sogar explizit Bezug nimmt.

1. Prozessuales Mittel der Wahl ist ein Organstreitverfahren (im Bund: Art. 93 I Nr. 1 GG i.V.m. §§ 13 Nr. 5, 63 ff. BVerfGG) des Abgeordneten als Organteil des Parlaments gegen das Parlament selbst.

2. Im Rahmen der Zulässigkeit eines solchen Antrags ist die Antragsbefugnis zu prüfen, § 64 I BVerfGG. Bzgl. der Immunität (Art. 46 II GG) ist seit langem umstritten, ob diese nur die Integrität des Parlaments schützt, mit der Folge dass sie kein wehrfähiges subjektives Recht des Abgeordneten ist, oder zumindest auch den Abgeordneten vor willkürlicher Aufhebung seiner Immunität schützt. Letzteres vertritt das BVerfG. Mehr als eine Willkürkontrolle wird der Abgeordnete aber in keinem Fall beanspruchen können. Der VerfGH NRW lässt offen, welcher Meinung er folgt. In einem Gutachten müsste man sich entscheiden, denn nach der ersten Meinung fehlte die Antragsbefugnis.

3. Im Fall stellte sich noch das Spezialproblem, dass der Abgeordnete nicht mehr Mitglied des neu gewählten Landtags war. Hierdurch könnte das allg. Rechtsschutzinteresse an seinem Antrag entfallen sein. Der VerfGH lässt auch diese Frage offen. Das BVerfG lässt allerdings in solchen Fällen ein Rehabilitationsinteresse (BVerfGE 81, 138, 140) oder Wiederholungsgefahr (BVerfG, RA 2002, 139, 143 = DVBl 2002, 193) genügen, wobei es bei letzterer sehr großzügig verfährt, denn konkreter Anhaltspunkte für eine drohende Wiederholung bedürfe es nicht; vielmehr genüge die abstrakte Möglichkeit (a.a.O., S. 143).

4. In der Begründetheit geht es dann um die Frage, ob die Aufhebung der Immunität nun willkürlich war oder nicht. Der VerfGH stellt dabei klar, dass die Rechtmäßigkeit des staatsanwaltlichen Vorgehens dabei grds. irrelevant ist. Es sei Sache der Strafgerichte, hierüber zu befinden (§§ 199 ff. StPO). Die Kontrolldichte des Willkürverbots ist also denkbar gering.

Prüfungsrelevanz:

Der Beschluss liegt auf einer Linie mit der oben zitierten Leitentscheidung des BVerfG zum bekannt gewordenen Fall "Profalla" (BVerfG, RA 2002, 139, 143 = DVBl 2002, 193). Das BVerfG leitet dort den Anspruch des Abgeordneten auf willkürfreie Entscheidung über die Aufhebung seiner Immunität aus Art. 46 II i.V.m. Art. 38 I 2 GG ab, sieht sie also in untrennbarem Zusammenhang mit der Ausübung seines freien Mandats. Auch dort wurde übrigens die zeitliche Nähe der Anklageerhebung des StA zu einer Wahl nicht als Indiz für eine willkürliche - also etwa politisch motivierte - Verfolgung des Abgeordneten angesehen.

Das Willkürverbot als Prüfungsmaßstab von Verfassungsorganen bei der Genehmigung repressiver Maßnahmen gegen Abgeordnete ist i.Ü. nicht neu. Eine gleichlautende Entscheidungen hat das BVerfG beispielsweise jüngst zur Genehmigung von staatsanwaltschaftlichen Durchsuchungen von Abgeordnetenbüros im Deutschen Bundestag getroffen (BVerfG, RA 2003, 525, 528 = DVBl 2003, 1316).

Vertiefungshinweise:

❑ Aufhebung der Immunität eines Bundestagsabgeordneten: *BVerfG*, RA 2002, 139, 143 = DVBl 2002, 193

❑ Recht auf willkürfreie Entscheidung des Abgeordneten aus Art. 46 II, IV GG: *BayVerfGHE* 19, 1; *Maunz* in: Maunz/Dürig, GG, Art. 46 Rz. 71; AK-*Schneider*, Art. 46 Rz. 16; a.A. *Achterberg/Schulte* in: v.Mangoldt/Klein, GG, Art. 46 Rz. 51

❑ Überblick zu Indemnität und Immunität: *Walter*, Jura 2000, 496

❑ Gutachterliche Falllösung zu Art. 46 GG: *Erbguth/Stollmann*, JuS 1993, 488

❑ Beteiligtenfähigkeit von Fraktionen nach Ende der Legislaturperiode: *BerlVerfGH*, RA 2003, 545 = NVwZ-RR 2003, 537; *ThürVerfGH*, LKV 2000, 449

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs* : "Monica"

Leitsatz:

Zur Aufhebung der Immunität eines Landtagsabgeordneten.

Sachverhalt:

Der Organstreit betrifft die Aufhebung der Immunität eines Abgeordneten. Der Antragsteller war Mitglied des 13. Landtags des Landes Nordrhein-Westfalen. Bei der Wahl zum 14. Landtag am 22.5. 2005 hat er sich erneut um ein Mandat beworben. Er ist allerdings weder im Wahlkreis direkt noch über die Landesliste seiner Partei gewählt worden. Die zuständige Staatsanwaltschaft ermittelte gegen den Antragsteller seit mehr als drei Jahren im Zusammenhang mit seiner früheren Tätigkeit als Geschäftsführer zweier Firmen. Der anfänglich zuständige, zwischenzeitlich abgelöste Staatsanwalt habe - so der Antragsteller - die Absicht zu erkennen gegeben, ihm die Ausübung eines politischen Amtes unmöglich zu machen. Ende Januar 2004 legte die Polizei ihren Abschlussbericht vor. Ende März 2005 beantragte der Leitende Oberstaatsanwalt beim Antragsgegner die Aufhebung der Immunität des Antragstellers. Der Rechtsausschuss des Landtages befasste sich in seiner Sitzung vom 13.4.2005 mit der Sache. Der Justizminister erklärte gegenüber dem Ausschuss, dass nach Auskunft des Generalstaatsanwaltes ein Anklageentwurf vorliege und beabsichtigt sei, auf der Grundlage dieses Entwurfs eine Anklage zu erheben. Daraufhin empfahl der Rechtsausschuss nach eingehender Diskussion einstimmig die Aufhebung der Immunität des Antragstellers. In seiner Sitzung vom 21.4.2005 folgte der Antragsgegner der Empfehlung und hob die Immunität des Antragstellers auf.

Hiergegen wandte sich der Antragsteller mit seiner Organklage. Nach seiner Auffassung hätte der Antragsgegner den Antrag der Staatsanwaltschaft ablehnen oder zumindest mit Blick auf die bevorstehende Landtagswahl seine Entscheidung verschieben müssen. Die Aufhebung seiner Immunität sei willkürlich, weil vernünftigerweise kein Zweifel an der sachfremden, politisch motivierten Zielrichtung des staatsanwaltlichen Vorgehens bestehen könne. Die Willkür dieses durch "Jagdeifer" gekennzeichneten Vorgehens ergebe sich aus der Länge des Ermittlungsverfahrens sowie insbesondere dessen Abschluss gerade zum Ende des Wahlkampfes. Die Äußerung des anfänglich zuständigen Staatsanwaltes habe die politische Stoßrichtung deutlich gemacht.

Aus den Gründen:

Der Antrag hat keinen Erfolg.

A. Zulässigkeit

Bereits gegen die Zulässigkeit des Antrags bestehen mit Blick auf die notwendige Antragsbefugnis und das fortbestehende Rechtsschutzinteresse des Antragstellers Bedenken.

I. Antragsbefugnis

Nach § 44 Abs. 1 VerfGHG NRW muss der Antragsteller geltend machen können, dass er durch die Aufhebung der Immunität in seinen ihm durch die Verfassung übertragenen Rechten verletzt oder unmittelbar gefährdet ist. Ob die in Art. 48 LV NRW garantierte Immunität ein solches Recht des Abgeordneten umfasst, ist streitig.

Unzweifelhaft dient der Genehmigungsvorbehalt für die strafrechtliche Verfolgung von Abgeordneten vorrangig dem Parlament. Teilweise wird hieraus gefolgert, dem einzelnen Abgeordneten komme nur ein Rechtsreflex zugute, dem keine im Organstreit geltend zu machende Rechtsposition entspreche (vgl. Löwer, in: - Löwer/Tettinger, LV NRW, Art. 48 RdNr. 14). Demgegenüber leitet das BVerfG aus en vergleichbaren Regelungen des Art. 46 Abs. 2 i.V.m. Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG ab, der einzelne Abgeordnete habe einen Anspruch darauf, dass sich das Parlament bei der Entscheidung über die Aufhebung der Immunität nicht - den repräsentativen Status des Abgeordneten grob verkennend - von sachfremden, willkürlichen Motiven leiten lasse (vgl. BVerfGE 104, 310, 325 ff.).

II. Rechtsschutzinteresse

Jedoch kann diese Frage ebenso offen bleiben wie die nach dem Fortbestehen eines Rechtsschutzinteresses, nachdem der Antragsteller nicht mehr dem 14. Landtag als Abgeordneter angehört und auf Grund seiner Listenplatzierung nicht mit einem späteren Nachfolgen während der jetzigen Wahlperiode zu rechnen ist.

B. Begründetheit

Denn ungeachtet dieser Bedenken gegen die Zulässigkeit ist der Antrag jedenfalls offensichtlich unbegründet. Der Antragsgegner hat durch die Aufhebung der Immunität des Antragstellers mit Beschluss vom 21.4.2005 nicht dessen Rechte aus Art. 48 Abs. 1 i.V.m. Art. 30 Abs. 2 LV NRW verletzt.

I. Schutzfunktion der Immunität

Die Aufhebung der Immunität eines Abgeordneten ist eine Maßnahme im Rahmen der Parlamentsautonomie; die der Landtag -grundsätzlich in eigener Verantwortung trifft (vgl. BVerfGE 102, 224, 235 £). Der Genehmigungsvorbehalt bei Durchführung von Strafverfahren gegen ein Mitglied des Landtages dient vornehmlich dazu, die Arbeits- und Funktionsfähigkeit des Parlaments zu erhalten. Der Kern seiner Entscheidung beruht auf einer Interessenabwägung zwischen den Belangen des Parlaments und den Belangen der anderen hoheitlichen Gewalten. Bei dieser Abwägung kommt dem Landtag ein weiterer Entscheidungsspielraum zu (vgl. BVerfGE 104, 310, 332). Der Abgeordnete hat keinen Anspruch darauf, dass im Rahmen der Abwägung eine Überprüfung - stattfindet, die seine Interessen in den Vordergrund rückt. Selbst wenn ihm

mit der Rechtsprechung des BVerfG ein Anspruch auf willkürfreie Entscheidung über die Genehmigung der gegen ihn gerichteten Strafverfolgungsmaßnahmen zusteht, ist dieser erst dann verletzt, wenn das Parlament bei der erforderlichen Interessenabwägung den verfassungsrechtlichen Status des betroffenen Abgeordneten in grundlegender Weise verkannt hat. Danach ist der Landtag insbesondere nicht verpflichtet, die nachteiligen Folgen zu überdenken, die sich aus der Genehmigung der Anklageerhebung für einen Landtagswahlkampf des Abgeordneten ergeben können. Der Landtag ist auch nicht verpflichtet, im Rahmen der Abwägung die Schlüssigkeit des gegen den Abgeordneten erhobenen Tatvorwurfs und die Verhältnismäßigkeit der Ermittlungsmaßnahme zu prüfen. Er darf die Kontrolle der Rechtmäßigkeit der Ermittlungsmaßnahmen den hierfür zuständigen Gerichten überlassen. Etwas anderes gilt erst dann, wenn vernünftigerweise keine Zweifel bestehen können, dass das Strafverfahren gegen den Abgeordneten aus sachfremden Motiven durchgeführt wird. Nur in einem solchen Fall würde der Landtag durch Aufhebung der Immunität sich die sachfremden Erwägungen der Strafverfolgungsorgane zu eigen machen und dadurch selbst willkürlich handeln (vgl. BVerfGE 104, 310, 332 ff.).

II. Subsumtion

Nach diesem Maßstab scheidet eine Verletzung der vom Antragsteller geltend gemachten Rechte durch Aufhebung seiner Immunität offensichtlich aus. Für den Verdacht, die bevorstehende Anklageerhebung könnte politisch motiviert sein, gab es weder im Zeitpunkt der Entscheidung des Antragsgegners noch jetzt irgendeinen Anhaltspunkt.

1. Äußerungen der StA

Der vom Antragsteller erhobene Vorwurf gegen einen früher zuständigen Staatsanwalt ist nach dessen Ablösung weit vor Anklageerhebung vom Ansatz her nicht geeignet, die Sachgemäßheit der Anklage in Zweifel zu ziehen. Im Übrigen obliegt es den hierfür zuständigen Gerichten, im weiteren Strafverfahren die vom Antragsteller gerügten Gesetzwidrigkeiten im staatsanwaltlichen Ermittlungsverfahren zu beurteilen. Eine sachfremde politische Motivation der Staatsanwaltschaft, die den Landtag zu einer Ablehnung des Aufhebungsgesuchs verpflichtet hätte, ergibt sich hieraus jedenfalls nicht.

2. Zeitpunkt

Der Zeitpunkt des Antrags auf Aufhebung der Immunität kurz vor der Landtagswahl im Mai 2005 mag für den Antragsteller misslich gewesen sein, indes genügt auch dies nicht für den Verdacht einer sachfremden Zielrichtung des staatsanwaltlichen Vorgehens. Es besteht keinerlei Anhaltspunkt dafür, dass die Staatsanwaltschaft trotz Anklagereife des Aufhebungsgesuchs mit Blick auf die bevorstehende Landtagswahl hinausgezögert hätte oder dass es der Staatsanwaltschaft um die Erwirkung eines sog. Vorratsbeschlusses für eine spätere Anklage gegangen wäre.

Standort: Verwaltungsrecht AT — Problem: VA-Befugnis aus § 49a VwVfG

BVERWG, URTEIL VOM 08.09.2005
3 C 50.04 (DVBL 2005, 119)

Problemdarstellung:

Soweit ein Verwaltungsakt mit Wirkung für die Vergangenheit zurückgenommen, widerrufen oder infolge einer auflösenden Bedingung unwirksam geworden ist, sind bereits erbrachte Leistungen zu erstatten, bestimmt § 49a I 1 VwVfG. In § 49a I 2 VwVfG wird der Behörde ausdrücklich die Befugnis verliehen (und die Pflicht auferlegt), in Ansehung des nunmehr unwirksamen Verwaltungsakts geflossene Leistungen durch Verwaltungsakt zurückzufordern.

Das BVerwG versteht diese Norm in Übereinstimmung mit der Literatur so, dass die per Verwaltungsakt nach § 49a I 2 VwVfG zurückgeforderte Leistung selbst in dem unwirksam gewordenen Verwaltungsakt enthalten gewesen sein muss, obwohl dies der Wortlaut nicht zwingend vorgibt. Materielle und prozessuale Probleme bereitet diese Ansicht etwa dann, wenn - wie hier - eine Leistung öffentlich-rechtlich durch Verwaltungsakt bewilligt, dann aber privatrechtlich, etwa durch einen Darlehensvertrag, abgewickelt worden ist:

1. Materiellrechtlich stellt sich die Frage, ob in einem solchen Fall die Darlehenssumme auch nach § 49a I 2 VwVfG durch Verwaltungsakt zurückgefordert werden kann. Mit der sogen. “Zwei-Stufen-Theorie” wäre man geneigt, diese Frage zu bejahen, Danach ist das “Ob” der Leistung auch bei privatrechtlicher Ausgestaltung des “Wie” stets dem öffentlichen Recht zuzuordnen, wenn die Bewilligung auf öffentlich-rechtlichen Normen beruhte. Dann wäre die Bewilligung des Darlehens - der Verwaltungsakt - Grundlage der Leistung. Das BVerwG entscheidet sich vorliegend jedoch anders. Es - so wörtlich - “gehe nicht an”, eine zivilrechtliche Frage wie die Abwicklung eines Darlehens nach öffentlichem Recht zu beurteilen. Der bewilligende Verwaltungsakt gebe nur einen Anspruch auf Abschluss des Darlehensvertrages. Grundlage für die Leistung (das Darlehen) selbst sei aber der zivilrechtliche Darlehensvertrag, nicht die öffentlich-rechtliche Bewilligung des Abschlusses eines solchen.

Folgt man dieser Ansicht, kann § 49a I 2 VwVfG auf

die Rückforderung öffentlich-rechtlich bewilligter, aber zivilrechtlich ausgestalteter Leistungen keine Anwendung mehr finden. Mithin fehlt es an der VA-Befugnis für die Rückforderung einer solchen Leistung.

2. Prozessual kommt hinzu, dass es sich überhaupt nicht mehr um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit handelt. Beruht die Leistung auf dem Darlehensvertrag, ist ihre Rückforderung nach der Kehrseitentheorie als actus contrarius zur Bewilligung ebenso wie jener dem Zivilrecht zuzuordnen. Der Erlass eines Verwaltungsakt kommt nicht nur nach § 49a I 2 VwVfG, sondern überhaupt nicht mehr in Betracht (vgl. § 35 VwVfG, wonach ein Verwaltungsakt nur "auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts" ergehen kann). Dem Hoheitsträger bleibt nichts anderes übrig, als seine Forderung vor den Zivilgerichten einzuklagen. Dass über das "Ob" ihrer Bewilligung einmal öffentlich-rechtlich durch VA entschieden worden ist, spielt demnach keine Rolle mehr.

Prüfungsrelevanz:

Die Entscheidung hat elementare Bedeutung für die Behandlung von Rückabwicklungsverhältnissen. Soweit ersichtlich, ist dergleichen bisher nicht vertreten worden. So hatten auch die Vorinstanzen das Problem noch nicht einmal bemerkt. Man wird über § 49a VwVfG hinaus verallgemeinernd festhalten können, dass - wenn sich die Entscheidung bestätigt - das BVerwG auf das Abwicklungsverhältnis als Rechtsgrundlage einer Leistung abstellt. Ist dieses privatrechtlich ausgestaltet, ist auch das Rückabwicklungsverhältnis privatrechtlich mit den oben beschriebenen Folgen wie Verlust der VA-Befugnis, Verschiebung der Klageobliegenheit, Eröffnung des Zivilrechtswegs usw. Man darf die Prognose wagen, dass dies zur deutlichen Abnahme der Bereitschaft von Behörden führen wird, öffentlich-rechtliche Leistungsverhältnisse zivilrechtlich auszugestalten.

Vertiefungshinweise:

❑ Rückforderung einer Leistung nach § 49a VwVfG: *VG Frankfurt*, RA 2004, 349 = NVwZ-RR 2004, 306

❑ VA-Befugnis bei der Rückforderung von Leistungen: *VG Frankfurt*, RA 2003, 76 = NVwZ-RR 2003, 69

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs* : "Baugeschäfte mit der Stadt"

Leitsätze:

1. Ist ein zinsloses Darlehen von der öffentlichen Hand zur Förderung der gewerblichen Wirtschaft in Anwendung der Zweistufentheorie durch Verwaltungsakt bewilligt und sodann auf der Grundlage eines zivilrechtlichen Darlehensvertrages ausgezahlt worden, so kann die Rückforderung und Verzinsung des Darlehensbetrages wegen Unwirksamkeit des Bewilligungsbescheides nicht nach § 49a VwVfG durch Verwaltungsakt geltend gemacht werden.

2. Hat die Vorinstanz nach teilweiser Erledigung des Rechtsstreits hinsichtlich des erledigten und des streitig gebliebenen Teils formal und sachlich eine einheitliche Kostenentscheidung getroffen, so kann bei Anfechtung der Hauptsacheentscheidung die Kostenentscheidung auch hinsichtlich des erledigten Teils mit Rechtsmitteln angefochten werden [hier nur Leitsatz].

Sachverhalt:

Der Klägerin war von der Beklagten eine Subvention in Form eines zinslosen Darlehens i.H.v. 8 Mio. Euro zugeflossen. Dabei wurde ihr zunächst der Abschluss eines entsprechenden Darlehensvertrages durch Verwaltungsakt bewilligt. Sodann schlossen die Parteien den Darlehensvertrag ab, und die Beklagte zahlte die Darlehenssumme an die Klägerin aus. In der Folgezeit focht die Beklagte den Darlehensvertrag wegen arglistiger Täuschung an und begehrte per Bescheid die Rückzahlung der Darlehenssumme zuzüglich Zinsen. Hiergegen richtete sich die Klage der Klägerin.

Aus den Gründen:

Die Revision ist begründet. Die Entscheidung des Berufungsgerichts, der angefochtene Rückforderungsbescheid sei hinsichtlich der noch streitigen Zinsforderung rechtmäßig, verletzt Bundesrecht. Das Berufungsgericht hat ebenso wie die Beteiligten nicht erkannt, dass der durch den angefochtenen Bescheid geltend gemachte Rückzahlungsanspruch nicht dem öffentlichen Recht angehört und damit nicht zum Gegenstand eines Leistungsbescheides gemacht werden durfte.

A. Kein Verwaltungsakt bei privatrechtlichen Ansprüchen

Nach § 35 VwVfG ist ein Verwaltungsakt eine Maßnahme zur Regelung eines Einzelfalls auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts. Privatrechtliche Ansprüche dürfen daher grundsätzlich durch Verwaltungsakt nicht geregelt werden.

B. VA-Befugnis aus § 49a I 2 VwVfG

Der angefochtene Bescheid stützt sich auf § 49a VwVfG. Dies ist ohne Zweifel eine öffentlich-rechtliche Bestimmung. Ihr Anwendungsbereich ist vorliegend aber nicht eröffnet.

I. Anwendungsbereich

Nach § 49a Abs. 1 VwVfG sind bereits erbrachte Leistungen zu erstatten, soweit ein Verwaltungsakt mit Wirkung für die Vergangenheit zurückgenommen oder

widerrufen worden oder infolge Eintritts einer auflösenden Bedingung unwirksam geworden ist. Obwohl der Gesetzestext dies nicht ausdrücklich sagt, setzt er voraus, dass die zu erstattenden Leistungen auf der Grundlage eines Verwaltungsakts erbracht worden sind, der ihren Rechtsgrund darstellt (vgl. Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 6. Auflage 2001, § 49a Rn. 5; Kopp/Ramsauer, VwVfG, 9. Auflage 2005, § 49a Rn. 3, 4). Das bedeutet, dass Leistungen, die auf einem anderen Rechtsgrund wie etwa einem öffentlich-rechtlichen Vertrag oder erst recht auf einem privatrechtlichen Vertrag beruhen, nicht nach § 49a Abs. 1 VwVfG zurückgefordert werden können.

II. Leistungsbewilligung durch VA

1. Zwei-Stufen-Theorie

Die Anwendung dieses Grundsatzes ist hier nicht deshalb ausgeschlossen, weil die Hingabe des Darlehens einen klassischen Fall der Anwendung der Zweistufentheorie darstellt (vgl. dazu BVerwGE 41, 127; BGHZ 52, 155; 61, 296, Eyermann/Rennert VwGO, 11. Auflage 2000, § 40 Rn. 50). Der Beklagte hat zunächst über das "Ob" der Gewährung einer Zuwendung in Form eines zinslosen Darlehens durch Verwaltungsakt entschieden. Die konkrete Umsetzung der Darlehensgewährung ist sodann durch einen Darlehensvertrag erfolgt, der die Modalitäten von Auszahlung und Rückzahlung festgelegt hat. Beide Akte sind inhaltlich verknüpft, indem einerseits der Bewilligungsbescheid unter die aufschiebende Bedingung des Zustandekommens eines Darlehensvertrages gestellt worden ist und andererseits dem Darlehensgeber ein fristloses Kündigungsrecht für den Fall der Aufhebung oder sonstigen Unwirksamkeit des Bewilligungsbescheides eingeräumt worden ist. Der Darlehensvertrag gehört anders als der Bewilligungsbescheid dem privaten Recht an. Das folgt schon aus der Bezeichnung, die auf das entsprechende Rechtsinstitut des BGB verweist. Es kommt hinzu, dass die Beteiligten eine Gerichtsstandsklausel vereinbart haben. Dies ist nach § 38 ZPO in zivilrechtlichen Angelegenheiten möglich, nicht aber nach § 52 VwGO bei öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten.

2. Rückforderung als actus contrarius

Der Darlehensvertrag bildet die unmittelbare Grundlage für die Auszahlung des Darlehens. Während sich aus dem Bewilligungsbescheid nur ein Anspruch auf Abschluss des Darlehensvertrages ergibt, folgt der Anspruch auf die Auszahlung der Darlehenssumme allein aus dem Darlehensvertrag. Da die Rückforderung das Gegenstück ("actus contrarius") zur Auszahlung ist, teilt sie deren Rechtscharakter. Sie ist daher ebenfalls dem bürgerlichen Recht zuzuordnen.

a. Unabhängige Wirksamkeit

Für diese Einschätzung sprechen zusätzlich folgende Überlegungen: Ein Wegfall des Bewilligungsbescheides führt nicht automatisch zur Unwirksamkeit des Darlehensvertrags. Vielmehr haben die Beteiligten für diesen Fall ein Kündigungsrecht des Darlehensgebers vereinbart. Solange davon nicht Gebrauch gemacht ist, bleibt mithin eine Rechtsgrundlage für das Behaltendürfen der Darlehenssumme gegeben.

b. Größere Sachnähe der Zivilgerichte

Außerdem ermöglicht es diese Sicht, Störungen der Rechtsbeziehungen, die auf der Ebene des Darlehensvertrages eintreten, auch auf dieser Ebene zu berücksichtigen und darüber bestehende Streitigkeiten vor den dafür zuständigen Zivilgerichten auszutragen. Aus der Sicht des Berufungsgerichts ergibt sich der Rückforderungsanspruch des Beklagten daraus, dass die Klägerin bei Abschluss des Darlehensvertrages eine arglistige Täuschung begangen hat. Dieser Vorgang berührt die Rechtmäßigkeit des Bewilligungsbescheides unmittelbar überhaupt nicht. Nur auf dem hier wegen des Zustandekommens des Vertrages sehr zweifelhaften Umweg über den Nichteintritt der aufschiebenden Bedingung, dass ein Darlehensvertrag abzuschließen sei, kommt das Berufungsgericht zur Unwirksamkeit des Bewilligungsbescheides. Damit wird aber der Streitpunkt aus dem Rechtsverhältnis, in dem er angesiedelt ist, in die Sphäre des Bewilligungsbescheides verschoben. Das geht nicht an.

C. Subsumtion

Hiernach ist die Revision begründet. Der Beklagte hätte sein Rückzahlungsbegehren nicht durch Leistungsbescheid geltend machen dürfen, sondern hätte es im Wege der Leistungsklage beim ordentlichen Gericht verfolgen müssen. [...]

Standort: Wettbewerbsrecht Problem: Wirtschaftliche Betätigung einer Gemeinde

BGH, URTEIL VOM 21.07.2005
I ZR 170/02 (DVBL 2006, 116)

Problemdarstellung:

In Zeiten knapper Haushalte ist der öffentlichen Hand jeder Cent willkommen. Die Gemeinden haben deshalb seit Jahren mit steigender Tendenz die Möglichkeit für sich entdeckt, am Markt tätig zu werden und dem Bürger Waren und Dienstleistungen anzubieten. Dies bedeutet gleichzeitig den Verlust von Marktanteilen für konkurrierende Privatunternehmen. Besonders dann, wenn die Gemeinde in einem Gebiet tätig wird, auf dem ein Anschluss- und Benutzungszwang besteht, kann gemeindliche Konkurrenz das Aus für das Privatunternehmen bedeuten. Vorliegend ging es um einen Fall, in dem die Gemeinde auf einem Friedhof ein Bestattungsunternehmen betrieben hatte. Der immense Standortvorteil führte dazu, dass den privaten Bestattern die Kunden ausblieben.

Beim Rechtsschutz gegen derartige wirtschaftliche Betätigungen hat die Rechtsprechung - obwohl noch immer Vieles streitig ist - mittlerweile einigermaßen verlässliche Konturen entwickelt. So soll das "Ob" der wirtschaftlichen Betätigung von Gemeinden nach öffentlich-rechtlichen Regeln zu behandeln sein, d.h. vor den Verwaltungsgerichten angegangen werden können. Als Anspruchsgrundlage kommen vor allem der gewohnheitsrechtlich anerkannte öffentlich-rechtliche Unterlassungsanspruch sowie Regelungen aus den Gemeindeordnungen der Länder in Betracht. Diese sind jedoch i.d.R. ein stumpfes Schwert. Der öffentlich-rechtliche Unterlassungsanspruch setzt die Verletzung eines subjektiv-öffentlichen Rechts voraus. Als solches kommen vor allem Grundrechte (Art. 12, 14, 2 I, 3 I GG) in Betracht. Nur schützen diese - von Ausnahmen wie Willkür und Verdrängungswettbewerb abgesehen - nicht vor Konkurrenz. Die Regelungen in den Gemeindeordnungen über die wirtschaftliche Betätigung von Gemeinden werden in der Rspr. ganz überwiegend nicht als drittschützend zugunsten der privaten Konkurrenz angesehen; vielmehr sollen sie die Gemeinden nur vor sich selbst - vor der Übernahme zu großer wirtschaftlicher Risiken - schützen (streitig, vgl. Vertiefungshinweise). Dort wo sie drittschützend sind - wie etwa vom OVG NRW für § 107 I Nr. 1 GO NRW angenommen - werden die Voraussetzungen so liberal ausgelegt, dass die Gemeinden sie praktisch immer einhalten.

Als Alternative bleibt der Zivilrechtsweg nach UWG und GWB, um das "Wie" der Betätigung zu bekämpfen. Dies versuchte hier auch der private Konkurrent, der sich nicht gegen den Betrieb des Bestattungsunternehmens als solchen wendete (das "Ob"), sondern nur dagegen, dass dieser auf dem gemeindlichen Friedhof eingerichtet worden war (das "Wie").

Prüfungsrelevanz:

Der Fall beleuchtet diese zivilrechtliche Seite der ansonsten öffentlich-rechtlich geprägten Diskussion um die Zulässigkeit wirtschaftlicher Betätigung einer Gemeinde. Wegen § 17 II GVG i.V.m. § 173 VwGO wären diese Ansprüche auch vom VG mit zu überprüfen, sofern sie vom Begehren des Klägers (§ 88 VwGO) umfasst sind. Der BGH prüft hier schulmäßig die in Betracht kommenden Ansprüche durch, wobei zwei Kernsätze festzuhalten sind:

1. Das Gericht meint, dass Standortvorteile, die mit der Nutzung des Eigentums der Gemeinde verbunden sind, von der öffentlichen Hand im Wettbewerb mit privaten Unternehmen genutzt werden dürfen. Dies hatte das Gericht im Fall eines kommunalen Schilderprägebetriebs neben der Kfz-Zulassungsstelle noch anders gesehen (vgl. BGH GRUR 2003, 167, 169). Diese Entscheidung wird jetzt als "Ausnahme" bezeichnet. Allerdings war dort der Standortvorteil auch noch größer als nun hier.

2. Der BGH meint, dass die Gemeinden sich durch ihre Satzungen selbst binden. Diese seien gesetzliche Vorschriften im Sinne des § 4 Nr. 11 UWG, die auch dazu bestimmt seien, im Interesse der Marktteilnehmer (§ 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG) das Marktverhalten zu regeln. Ein Verstoß gegen die eigene Satzung kann daher grds. einen Anspruch des privaten Konkurrenten aus §§ 3, 8 UWG auslösen. Vorliegend hatte die Gemeinde in ihrer Friedhofssatzung auf dem Friedhof gewerbliche Leistungen ohne Genehmigung verboten. Hätte sie mit ihrer eigenen gewerblichen Betätigung hiergegen verstoßen, läge grundsätzlich ein Verstoß gegen § 4 Nr. 11 UWG und damit unlauterer Wettbewerb vor.

Vertiefungshinweise:

❑ Aktuelle Beiträge zum Drittschutz gegen wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden: *Faber*, DVBl. 2003, 761; *Schink*, NVwZ 2002, 129; *Marin*, JZ 2002, 819

❑ Aus der Rechtsprechung: *OVG NRW*, RA 2005, 755 - AZ: 15 B 1873/04; *OVG NRW*, RA 2003, 651 = NWVBl 2003, 462; *OLG Karlsruhe*, RA 2001, 386 = VBlBW 2001, 234; *OLG Düsseldorf*, NJW-RR 1997, 1470; RA 2002, 145 = NVwZ 2002, 248 (wohl überholt durch *BGH*, RA 2002, 381 = JuS 2003, 958 m. Anm. *Warneke*); *BGH*, DVBl. 2003, 267

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs*: "Brot für M"

Leitsatz:

Eine Gemeinde handelt nicht ohne Hinzutreten besonderer Umstände wettbewerbsrechtlich unlauter oder kartellrechtswidrig, wenn sie ihren gewerblichen Bestattungsdienst im Friedhofsgebäude auf dem Gelände des städtischen Friedhofs unterbringt.

Sachverhalt:

Die Beklagte, die Stadt F., unterhält am Nordwestrand des bebauten Gemeindegebiets einen Friedhof. Nach § 5 der Friedhofsatzung besteht bei einer Bestattung auf dem Friedhof für bestimmte Verrichtungen (insbesondere für die Durchführung der Erdbestattung und die Beisetzung von Urnen) ein Benutzungszwang.

In einem Gebäude am Rand des Friedhofs befinden sich die Aufbahrungsräume und die Aussegnungshalle. An die Aussegnungshalle schließt ein Gebäudeteil mit drei Büroräumen an. In einem dieser Räume ist das Büro der Friedhofsverwaltung der Beklagten; hier werden die Grabstellen vergeben und die Bestattungszeiten festgelegt. Der zweite Raum wurde bis zum Erlaß des landgerichtlichen Urteils für den Betrieb des privatwirtschaftlich betriebenen städtischen Bestattungsdienstes genutzt. Der dritte Raum diente der Beklagten und zwei Sargherstellern bis zu einer von der Beklagten im Rechtsstreit abgegebenen Unterlassungserklärung als Ausstellungsraum für Särge und Überurnen.

Der städtische Bestattungsdienst wird personell getrennt von der Friedhofsverwaltung geführt und übernimmt gewerbliche Leistungen im Zusammenhang mit Bestattungen. Das Sterbefall-Standesamt und das Friedhofsamt sind im Rathaus in der Stadtmitte.

Die Klägerin zu 1 betreibt ein Bestattungsunternehmen und unterhält in F. eine Filiale. Der Kläger zu 2 ist ein Verband, der nach seiner Satzung u. a. den Zweck hat, die gemeinsamen wirtschaftlichen Belange des Bestattungsgewerbes und seiner Mitglieder - auch durch Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs - zu fördern.

Die Kläger haben geltend gemacht, die Beklagte handele wettbewerbsrechtlich unlauter und kartellrechtswidrig, wenn sie ihren gewerblichen Bestattungsdienst in einem Büroraum des Friedhofsgebäudes auf dem Gelände des städtischen Friedhofs unterbringe. Dies widerspreche dem Friedhofszweck, eine angemessene und geordnete Bestattung und ein pietätvolles Gedenken an die Verstorbenen in würdigem Rahmen zu ermöglichen, und der Standesauffassung im Bestattungsgewerbe. Durch die Verknüpfung hoheitlicher und privatwirtschaftlicher Tätigkeiten verschaffe sich die Beklagte zudem einen unzulässigen Wettbewerbsvorteil. Wenn Angehörige eines Verstorbenen die Friedhofsverwaltung aufsuchen müßten, werde dies leicht Anlass sein, auch den gewerblichen Bestattungsauftrag zu erteilen. Aufgrund ihrer Doppelfunktion als Träger des Friedhofs mit Benutzungszwang und als Betreiber des kommunalen Bestattungsunternehmens habe die Beklagte eine marktbeherrschende Stellung. Durch Unterbringung ihres gewerblichen Bestattungsbetriebs auf dem Friedhofsgelände verstoße die Beklagte zudem gegen das Diskriminierungsverbot des § 20 GWB, da keinem anderen Bestattungsunternehmen ein vergleichbarer Standort zur Verfügung stehe.

Die Kläger haben beantragt, die Beklagte zu verurteilen, es zu unterlassen, innerhalb des Geländes des gemeindlichen Waldfriedhofes F. ein Büro des städtischen Bestattungsdienstes zu unterhalten und/ oder dort bestattungswirtschaftliche Dienste anzubieten.

Die Beklagte hat ihre umstrittene gewerbliche Tätigkeit im Friedhofsgebäude als rechtmäßig und insbesondere als mit der Friedhofsatzung vereinbar verteidigt. Im Bereich dieser privatwirtschaftlichen Tätigkeit habe sie keine marktbeherrschende Stellung.

Das Landgericht hat die Beklagte antragsgemäß verurteilt. Auf die Berufung der Beklagten hat das Berufungsgericht dieses Urteil aufgehoben und die Klage abgewiesen. Mit ihrer (vom Berufungsgericht zugelassenen) Revision begehren die Kläger die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Aus den Gründen:

Das Berufungsgericht hat die Klage als unbegründet angesehen. Die Unterbringung des privatwirtschaftlich tätigen Bestattungsdienstes im Anbau der Aussegnungshalle des städtischen Friedhofs sei weder wettbewerbswidrig noch kartellrechtswidrig. Dazu hat das Berufungsgericht ausgeführt:

A. Ansicht des OLG

Eine Gemeinde handele grundsätzlich nicht wettbewerbswidrig, wenn sie einen privatwirtschaftlichen Bestattungsbetrieb in einem Gebäude unterbringe, in dem auch hoheitliche Tätigkeiten ausgeübt würden, falls eine ausreichende räumliche und personelle Trennung bestehe, die den Angehörigen eines Verstorbenen eine unbeeinflusste Entscheidung darüber ermögliche, welches Unternehmen sie mit Bestattungsleistungen beauftragten. Die Beklagte habe die Friedhofsverwaltung und ihren privatwirtschaftlichen Bestattungsdienst ausreichend getrennt.

Die Frage, ob die Unterbringung eines kommunalen Bestattungsdienstes in Räumen auf dem Friedhofsgelände gegen die Zweckbestimmung des Friedhofs verstoße und wettbewerbswidrig sei, lasse sich nur aufgrund einer Gesamtwürdigung des angegriffenen Verhaltens und seiner Auswirkungen sowie der Interessen der Parteien beantworten. Das Gebäude mit den Aufbahrungsräumen, der Aussegnungshalle und den Büros der Beklagten liege am Rand des Friedhofs und in der Nähe zweier weiterer Gebäude (eines Wohngebäudes und eines Garagen- und Schuppengebäudes). Der Bestattungsdienst, dessen Tätigkeit geeignet sei, dem Friedhofszweck zu dienen, sei äußerst zurückhaltend

in einem an die Aussegnungshalle angebauten Flachbau untergebracht. Der Bürotrakt könne von der Aussegnungshalle oder durch einen Außeneingang auf der Gebäudeseite, die dem Friedhof abgewandt sei, betreten werden. An dem Gebäude weise nichts auf die Unterbringung des Bestattungsdienstes hin. Ein Schild am Außeneingang beziehe sich auf die "Friedhofsverwaltung". Als Hinweis auf das Büro des Bestattungsdienstes diene lediglich ein kleines Türschild. Unter diesen Umständen verstoße die Unterbringung des Bestattungsdienstes im Friedhofsgebäude nicht gegen den Friedhofszweck.

Die Beklagte verschaffe sich dadurch auch keinen erkennbaren Wettbewerbsvorteil. Angehörige eines Verstorbenen würden zwar möglicherweise durch den Besuch der Friedhofsverwaltung dazu veranlasst, mit der Auswahl der Grabstelle bei der Friedhofsverwaltung die Erteilung des Bestattungsauftrags beim Bestattungsdienst zu verbinden. Die räumliche und personelle Trennung der beiden Einrichtungen lasse den Angehörigen aber hinreichende Entscheidungsfreiheit. Der Standort des Bestattungsdienstes bringe zudem im Vergleich zu Standorten in zentraler Lage der Stadt auch wettbewerbliche Nachteile. Wegen der Stadtrandlage des Friedhofs und des durch den Friedhofszweck bedingten Ausschlusses von Werbung an Ort und Stelle sei die Unterbringung im Friedhofsgebäude wenig geeignet, das Bestehen und die Geschäftsräume des Bestattungsdienstes bekanntzumachen.

Auch ein kartellrechtlicher Unterlassungsanspruch sei nicht gegeben. Die Doppelfunktion der Beklagten als hoheitlich tätige Gemeinde und als Betreiberin des Bestattungsdienstes begründe keine marktbeherrschende Stellung. Die Beklagte werde zwar dadurch, dass sie ihrem Bestattungsdienst bestimmte Räume zur gewerblichen Nutzung zuweise, auf dem Markt für Gewerberäume, die für den Betrieb eines Bestattungsunternehmens geeignet seien, tätig. Zu diesem Markt gehöre aber auch der örtliche Gewerberaummarkt der Stadt F. -. Es sei nicht ersichtlich, dass die Beklagte auf diesem Markt eine überragende Marktstellung habe.

B. Entscheidung des BGH

Die gegen diese Beurteilung gerichtete Revision bleibt ohne Erfolg.

I. Anspruch aus §§ 3, 8 UWG

Den Klägern steht gegen die Beklagte wegen des beanstandeten Wettbewerbsverhaltens kein wettbewerbsrechtlicher Unterlassungsanspruch zu (§§ 3, 8 UWG). Die für diese Beurteilung maßgebliche Rechtslage hat sich durch das Inkrafttreten des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 3. Juli 2004 nicht gegenüber dem zuvor geltenden Rechtszustand verändert.

1. Grundsätzliche Rechtmäßigkeit erwerbswirtschaftlicher Betätigung von Gemeinden

Es ist für sich genommen wettbewerbsrechtlich unbedenklich, wenn sich die Beklagte als Gemeinde mit ihrem als Eigenbetrieb geführten Bestattungsdienst am Wettbewerb beteiligt. Eine Teilnahme der öffentlichen Hand am Wettbewerb ist weder allgemein noch im Bereich des Bestattungswesens unzulässig (vgl. BGH, Urt. v. 19. 6. 1986 - I ZR 54/ 84, GRUR 1987, 116, 118 = WRP 1987, 22 - Kommunaler Bestattungswirtschaftsbetrieb I, m. w. N.). Die wettbewerbsrechtliche Beurteilung kann sich deshalb nur auf die Art und Weise der Beteiligung der öffentlichen Hand am Wettbewerb beziehen (vgl. BGHZ 150, 343, 349 - Elektroarbeiten).

2. Grenze: Unlauterer Wettbewerb

Der öffentlichen Hand ist, wenn sie sich erwerbswirtschaftlich betätigt, nicht anders als privaten Unternehmen unlauteres Wettbewerbsverhalten verboten. Die Unlauterkeit einer erwerbswirtschaftlichen Tätigkeit einer Gemeinde kann sich zudem gerade aus ihrer Eigenschaft als öffentlich-rechtliche Gebietskörperschaft und der damit verbundenen besonderen Stellung gegenüber den anderen Marktteilnehmern, insbesondere den Verbrauchern, ergeben, etwa wenn die amtliche Autorität oder das Vertrauen in die Objektivität und Neutralität der Amtsführung missbraucht werden oder wenn öffentlich-rechtliche Aufgaben mit der erwerbswirtschaftlichen Tätigkeit verquickt werden (vgl. BGHZ 150, 343, 349 - Elektroarbeiten; BGH, Urt. v. 24. 9. 2002 - KZR 4/ 01, GRUR 2003, 167, 169 = WRP 2003, 73 - Kommunaler Schilderprägebetrieb, jeweils m. w. N.; vgl. auch österr. OGH ÖBl. 1996, 80, 85 f. - Städtische Bestattung - und wbl. 2004, 394, 395 f. - Friedhofsverwaltung). Solche besonderen Umstände, die das beanstandete Verhalten wettbewerbswidrig machen könnten, sind hier jedoch nicht gegeben.

a. Bestattungsunternehmen im Friedhofsgebäude

Die Beklagte handelt nicht unlauter im Sinne des § 4 Nr. 11 UWG, wenn sie das Büro ihres Bestattungsdienstes im Friedhofsgebäude unterbringt.

b. Selbstbindung durch Satzung

Die Beklagte ist allerdings, wenn sie erwerbswirtschaftlich tätig ist, auch an ihre eigenen kommunalen Satzungen gebunden. Diese sind gesetzliche Vorschriften im Sinne des § 4 Nr. 11 UWG (Art. 2 EGBGB; Baumbach/ Hefermehl/ Köhler, Wettbewerbsrecht, 23. Aufl., § 4 UWG Rdn. 11. 24), die auch dazu bestimmt sind, im Interesse der Marktteilnehmer (§ 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG) das Marktverhalten zu regeln. Die Beurteilung des Berufungsgerichts, dass die Beklagte nicht gegen ihre eigene Friedhofsatzung verstößt, wenn sie das Büro ihres erwerbswirtschaftlichen Bestattungsdienstes im Friedhofsgebäude unter-

bringt, wird von der Revision jedoch ohne Erfolg beanstandet.
Nach § 8 Abs. 1 Satz 1 der Friedhofsatzung bedürfen Arbeiten im Friedhof, die gewerbsmäßig vorgenommen werden, der Erlaubnis der Beklagten. Die Vorschrift des § 9 Nr. 6 der Friedhofsatzung der Beklagten verbietet es, auf dem Friedhof "gewerbliche oder sonstige Leistungen ohne Genehmigung anzubieten". Wie das Berufungsgericht dargelegt hat, wird mit diesen Bestimmungen nicht nur ein Verbot ausgesprochen, sondern zugleich anerkannt, dass ein Bedürfnis zur Vornahme bestimmter gewerblicher Tätigkeiten im Rahmen des Friedhofbetriebs und auf dem Friedhof, insbesondere zur Durchführung von Bestattungen, besteht. An diese Auslegung der Friedhofsatzung als Ortsrecht ist der Senat als Revisionsgericht gemäß § 545 Abs. 1, § 560 ZPO gebunden (vgl. - zu § 549 Abs. 1, § 562 ZPO a. F. - BGHZ 97, 231, 235 f.; Thomas/ Putzo/ Reichold, ZPO, 26. Aufl., § 545 Rdn. 8).

c. Räumliche Nähe von Friedhofsverwaltung und Bestattungsunternehmen
Die Beklagte handelt auch nicht unlauter im Sinne des § 4 Nr. 1 UWG, wenn sie im Friedhofsgebäude das Büro ihres erwerbswirtschaftlichen Bestattungsdienstes neben dem Büro ihrer Friedhofsverwaltung unterbringt. Hinterbliebene können zwischen den verschiedenen Angeboten gewerblicher Bestattungsunternehmen frei wählen. Die Beklagte nimmt dadurch, dass sie das Büro ihres Bestattungsdienstes auf dem Friedhofsgelände unterhält, keinen unangemessenen unsachlichen Einfluss auf mögliche Kunden. Die Räume, die für die hoheitliche Friedhofsverwaltung genutzt werden, und die Räume für den Bestattungsdienst sind hinreichend voneinander getrennt (vgl. dazu auch BGH GRUR 1987, 116, 119 - Kommunaler Bestattungswirtschaftsbetrieb I; Urt. v. 18. 10. 2001 - I ZR 193/ 99, GRUR 2002, 550, 553 = WRP 2002, 527 - Elternbriefe).

d. Ausnutzung öffentlich-rechtlicher Stellung
Mit der Unterbringung ihres Bestattungsdienstes im Friedhofsgebäude nutzt die Beklagte auch nicht in wettbewerbsrechtlich unlauterer Weise ihre öffentlich-rechtliche Stellung aus. Die Beklagte ist grundsätzlich nicht gehindert, für ihre erwerbswirtschaftliche Tätigkeit auf dem Gebiet des Bestattungswesens Mittel einzusetzen, die ihr aufgrund ihrer öffentlich-rechtlichen Stellung zur Verfügung stehen (vgl. BGH GRUR 1987, 116, 118 - Kommunaler Bestattungswirtschaftsbetrieb I; BGH, Urt. v. 26. 9. 2002 - I ZR 293/ 99, GRUR 2003, 164, 166 = WRP 2003, 262 - Altautoverwertung; vgl. dazu auch österr. OGH wbl. 2004, 394, 396 - Friedhofsverwaltung).
Es liegt zudem im öffentlichen Interesse, dass die Mittel, die der öffentlichen Hand zur Verfügung stehen, wirtschaftlich eingesetzt werden. Standortvorteile, die mit der Nutzung ihres Eigentums verbunden sind, darf die öffentliche Hand im Wettbewerb mit privaten Unternehmen - von Ausnahmefällen abgesehen (vgl. BGH GRUR 2003, 167, 169 - Kommunaler Schilderprägebetrieb) - nutzen. Von der Beklagten kann deshalb nicht verlangt werden, dass sie das ihr gehörende Friedhofsgebäude nicht für eine erwerbswirtschaftliche Tätigkeit nutzt, die mit dem Friedhofszweck vereinbar ist (vgl. BGH, Urt. v. 11. 5. 1989 - I ZR 91/ 87, GRUR 1989, 603, 606 = WRP 1989, 587 - Kommunaler Bestattungswirtschaftsbetrieb III). Auf die Frage, ob das Berufungsgericht die Vor- und Nachteile, die mit der Unterbringung des Bestattungsdienstes im Friedhofsgebäude verbunden sind, zutreffend eingeschätzt hat, kommt es danach nicht an.

II. Anspruch aus §§ 33, 20 I GWB
Ansprüche aus dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen bestehen ebenfalls nicht. Die Kläger berufen sich zur Begründung ihres Unterlassungsantrags auch auf § 33 i. V. mit § 20 Abs. 1 GWB. Sie tragen dazu vor, die Beklagte behindere andere Bestattungsunternehmen ohne sachlich gerechtfertigten Grund, wenn sie ein Büro im Friedhofsgebäude für ihren Bestattungsdienst nutze (vgl. dazu BGH GRUR 2003, 167, 168 f. - Kommunaler Schilderprägebetrieb). Ein solcher Anspruch ist jedoch schon deshalb nicht gegeben, weil die Beklagte nicht Normadressatin des § 20 Abs. 1 GWB ist. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts ist sachlich relevant der Markt für Gewerberäume, die für den Betrieb eines Bestattungsunternehmens geeignet sind, und räumlich relevant der örtliche Gewerberaummarkt in F. Auf diesem Markt ist die Beklagte nicht marktbeherrschend. Diese Beurteilung wird von der Revision nicht mit Verfahrensrügen angegriffen.

III. Anspruch aus §§ 33, 19 IV Nr. 1 GWB
Der geltend gemachte Unterlassungsantrag ist auch nicht aus § 33 i. V. mit § 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB begründet. Durch die Unterbringung ihres städtischen Bestattungsdienstes im Friedhofsgebäude nutzt die Beklagte nicht eine marktbeherrschende Stellung missbräuchlich aus.

1. Markbeherrschung
Die Beklagte ist nur marktbeherrschend auf dem räumlich und sachlich relevanten Markt der Leistungen, für die durch § 5 der Friedhofsatzung ein Benutzungszwang angeordnet ist, nicht jedoch auf dem relevanten Markt für die Leistungen gewerblicher Bestattungsunternehmen.

2. Drittmarktbeherrschung
Die Vorschrift des § 19 GWB kann allerdings auch dann anwendbar sein, wenn die Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen

nicht auf dem beherrschten Markt, sondern auf einem Drittmarkt aufgetreten ist (vgl. BGHZ 156, 379, 382 f. - Strom und Telefon I; BGHZ 158, 334, 338 f. - Der Oberhammer, m. w. N.). Dies gilt auch nach der Neufassung des § 19 Abs. 2 Satz 1 GWB durch die 7. GWB-Novelle (Siebtes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 7. Juli 2005 (BGBl. I S. 1954; vgl. dazu Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drucks. 15/ 3640 S. 45; Monopolkommission, Das allgemeine Wettbewerbsrecht in der Siebten GWB-Novelle, Sondergutachten 41/ 42, S. 13).

Ein Anspruch aus § 33 i. V. mit § 19 Abs. 4 GWB ist jedoch schon deshalb nicht gegeben, weil die Beklagte die Wettbewerbsmöglichkeiten der Klägerin zu 1 auf dem Markt für Leistungen der Bestattungsunternehmen nicht ohne sachlich gerechtfertigten Grund beeinträchtigt. Jedem Unternehmen, auch einem marktbeherrschenden, steht ein unternehmerischer Freiraum zu; es ist grundsätzlich ihm selbst überlassen, die Art seiner wirtschaftlichen Betätigung zu bestimmen und zu entscheiden, mit welchen Waren oder Leistungen es am Markt teilnehmen will, sofern es sich hierbei nicht solcher Mittel bedient, die der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen zuwiderlaufen (BGHZ 156, 379, 389 - Strom und Telefon I, m. w. N.). Ein Einsatz kartellrechtswidriger Mittel ist aber nicht schon dann anzunehmen, wenn die öffentliche Hand wie andere Unternehmen im Wettbewerb Standortvorteile wahrnimmt, die sich aus der Nutzung ihres Eigentums ergeben. Etwas anderes folgt im vorliegenden Fall auch nicht daraus, dass die Beklagte in dem Bereich, für den Benutzungszwang besteht, eine Monopolstellung besitzt (vgl. dazu auch BGH GRUR 2003, 167, 168 f. - Kommunaler Schilderprägebetrieb). Die Beklagte nutzt mit der Unterbringung des städtischen Bestattungsdienstes im Friedhofsgebäude neben der Friedhofsverwaltung diese Monopolstellung nicht missbräuchlich aus; sie verquickt damit nicht unzulässig die öffentlich-rechtliche mit der erwerbswirtschaftlichen Tätigkeit. Die räumliche Nähe zum Friedhof und zur Friedhofsverwaltung bringt dem städtischen Bestattungsdienst zwar jedenfalls auch wettbewerbliche Vorteile; der Zusammenhang zwischen der Hoheitsverwaltung und dem gewerblichen Bestattungswesen ist aber nicht so eng, dass die Ausnutzung solcher Vorteile im Hinblick auf die Zielsetzung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen zu missbilligen wäre (vgl. dazu auch - zu § 1 UWG a. F. - BGH GRUR 1987, 116, 118 f. - Kommunaler Bestattungswirtschaftsbetrieb I). Noch weniger ist das beanstandete Verhalten für sich geeignet, Mitbewerber aus dem Markt zu drängen. Die Revision der Kläger war danach auf ihre Kosten zurückzuweisen (§ 97 Abs. 1 ZPO).

Standort: Staatliche Äußerungen Problem: Unterlassungsanspruch gegen Gemeinde

OVG NRW, BESCHLUSS VOM 12.07.2005
15 B 1099/05 (NWVBL 2006, 32)

Problemdarstellung:

Der Beschluss des OVG NRW betrifft das im Moment in Praxis und Examen besonders beliebte Thema staatlicher Äußerungen bzw. Warnungen vor Produkten, Personengruppen usw. Die RA hat hierüber bereits ausführlich berichtet (vgl. Vertiefungshinweise). Üblicherweise spielen die Fälle vor dem BVerfG, das im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde darüber zu entscheiden hat, ob eine solche staatliche Äußerung Grundrechte des Betroffenen verletzt. Die vorliegende Fallkonstellation unterscheidet sich davon dadurch, dass hier ein Einstieg über das einfache Recht, nämlich über den öffentlich-rechtlichen Unterlassungsanspruch gewählt wurde, mit dem die Antragstellerin weitere abwertende Äußerungen über ihre Tätigkeit verhindern wollte. Prozessual handelte es sich um einen Antrag im vorläufigen Rechtsschutz nach § 123 I 1 VwGO in Form der sogen. Sicherungsanordnung, weil die Antragstellerin wegen ihrer angeblich drohenden Existenzvernichtung besonders schnell zum Ziel kommen wollte.

Das OVG NRW löst den Fall ganz auf der Linie des BVerfG, wobei es zu dem Ergebnis kommt, dass die staatlichen Äußerungen gerechtfertigt waren, mithin ein Unterlassungsanspruch nicht gegeben war.

Prüfungsrelevanz:

Das BVerfG hat in den unten zitierten Entscheidungen Kriterien für die Behandlung von Fällen wie diesem aufgestellt. Eine sehr gute, ausführliche Zusammenfassung derselben findet sich bei Murswiek, NVwZ 2003, 1 ff. In der hier gebotenen Kürze kann Folgendes festgehalten werden:

1. Staatliche Äußerungen in Form von Warnungen sind - anders als etwa Verbote - Realakte. Diese können nur, aber immerhin mittelbar-faktisch in Grundrechte eingreifen. Wird etwa vor einem Produkt (bspw. Glykolwein) gewarnt, könnte ein daraufhin verändertes Konsumverhalten der Bevölkerung mittelbar-faktisch die Berufsfreiheit (Art. 12 I GG) des Herstellers betreffen. Wird vor einer Jugendsekte gewarnt (bspw. Osho), kann infolgedessen verminderter Zulauf die Sekte mittelbar-faktisch in Art. 4 I GG betreffen.

2. Das BVerfG geht davon aus, dass solche mittelbar-faktischen Eingriffe jedenfalls dann auch der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung bedürfen, wenn sie besonders schwere Folgen anzurichten geeignet sind.

3. Das OVG NRW geht hier davon aus, dass zur Rechtfertigung eines solchen Eingriffs Zuständigkeit des Hoheitsträgers, Sachlichkeit der Äußerung und Verhältnismäßigkeit derselben genügen. Diese werden schulmäßig geprüft. Aufbautechnisch dürfte es in einem Gutachten gut vertretbar sein, nur Zuständigkeit und Verhältnismäßigkeit zu prüfen und die Frage der Sachlichkeit *in* der Verhältnismäßigkeit anzusprechen: Unsachliche Äußerungen sind unangemessen und damit unverhältnismäßig.

In der Lit. wird eine Rechtfertigung allein durch Zuständigkeit und Verhältnismäßigkeit hingegen vielfach abgelehnt und wegen des Vorbehalts des Gesetzes aus Art. 20 III GG eine explizite Ermächtigungsgrundlage für staatliche Warnungen gefordert. Eine solche existiert, von wenigen Ausnahmen abgesehen (vgl. § 8 ProdSichG) nicht, so dass viele staatliche Äußerungen rechtswidrig wären, sobald sie auch nur mittelbar-faktisch in Grundrechte eingreifen.

Die Rechtsprechung führt hiergegen an, die Befugnis zur Öffentlichkeitsarbeit sei der staatlichen Aufgabenerfüllung immanent. Für Warnungen von *Bundesministerien* postuliert das BVerfG die "Staatsleitungskompetenz" der Regierung (Gubernative), die ungeschrieben in Art. 63 ff. GG zum Ausdruck komme und die Zuständigkeit eines Ministers begründe, sich zu Belangen seines Ressorts zu äußern und ggf. auch zu warnen. Hier ging es nun nicht um einen Minister, sondern Äußerungen von *Gemeindeorganen*. Deren Zuständigkeit leitet das OVG NRW aus deren Selbstverwaltungsautonomie gem. Art. 28 II GG ab, welche ihre die Befugnis umfasse, sich zu Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft zu äußern.

Vertiefungshinweise:

❑ Entscheidungen zur Warnung vor der Osho-Bewegung: *BVerfGE* 105, 279 = RA 2002, 449; *BVerwG*, NJW 1991, 1770 (Osho I); *BVerwGE* 90, 112 (Osho II); *BVerwG*, NVwZ 1994, 162 (Osho III)

❑ Weitere "Warnungsfälle": *BVerfG*, RA 2002, 494 = NJW 2002, 2621 (Glykolwein); *OVG Münster*, NVwZ 1997, 302 und *OVG Hamburg*, NVwZ 1995, 498 (beide zu Scientology); *VGH München*, NVwZ 1995, 793 ("Universelles Leben")

❑ Aufsätze zu staatlichen Warnungen: *Murswiek*, NVwZ 2003, 1; *Lege*, DVBl 1999, 569; *Muckel*, JA 1995, 343; *Discher*, JuS 1993, 463

❑ Zum Vorbehalt des Gesetzes: *OVG Münster*, RA 2002, 427 = NWVBl 2002, 239

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs* : "Alcopops"

Leitsatz:

Zur Zulässigkeit und zu den Grenzen amtlicher Äußerungen einer Gemeinde gegen als verfassungsfeindlich angesehene Bestrebungen.

Sachverhalt:

Der Antragsteller, ein Verein, betrieb im Gebiet der antragsgegnerischen Gemeinde eine Tagungsstätte. Er wollte der Antragsgegnerin im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes untersagt wissen, es künftig zu unterlassen, zur Teilnahme an einer Demonstration und an einer Kundgebung gegen den Antragsteller aufzurufen, die Bestrebungen eines Bündnisses gegen den Antragsteller zu unterstützen, zu fördern und in der Öffentlichkeit bekannt zu machen und öffentliche Erklärungen abzugeben, in denen dem Antragsteller das Recht zur Betätigung in der Gemeinde abgesprochen wird. Der Antrag hatte in beiden Instanzen keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

Es ist jedoch ein Anordnungsanspruch nicht überwiegend wahrscheinlich und damit nicht glaubhaft gemacht (§ 123 Abs. 3 VwGO i.V.m. § 920 Abs. 2 ZPO).

A. Anordnungsanspruch

I. Anspruchsgrundlage

Der Antragsteller begehrt in der Hauptsache auf der Grundlage des öffentlich-rechtlichen Unterlassungsanspruchs die Unterlassung des näher bezeichneten Handelns.

II. Tatbestand

Dieser Anspruch setzt hier voraus, dass durch hoheitliches Handeln der Antragsgegnerin in ein subjektives Recht des Antragstellers eingegriffen und dadurch ein rechtswidriger Zustand geschaffen würde. Zwar stehen dem Antragsteller solche subjektiven Rechte zur Seite, auch würde die Antragsgegnerin mit dem beanstandeten Handeln in diese eingreifen, es kann aber im Rahmen des Verfahrens des einstweiligen Rechtsschutzes nicht festgestellt werden, dass der so geschaffene Zustand rechtswidrig wäre.

1. Subjektiv öffentliches Recht des ASt.

Als subjektive Rechte des Antragstellers sind die Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG) sowie die Vereinigungsfreiheit nach Art. 9 Abs. 1 GG durch ein amtliches Handeln in Gestalt von gegenüber dem Antragsteller kritischen und gegenüber dessen Gegnern fördernden Äußerungen der Antragsgegnerin berührt. Dass weitergehende Handlungen der Antragsgegnerin zu besorgen sind, hat der Antragsteller nicht dargelegt.

2. Eingriff

Mit den in Rede stehenden Handlungen würde die Antragsgegnerin in die genannten Grundrechte des An-

tragstellers eingreifen. Der Umstand, dass es sich um amtliche Äußerungen handeln würde, steht dem Eingriffscharakter nicht entgegen. Zwar ist nicht jedes staatliche Informationsverhalten und nicht jede Teilhabe des Staates am Prozess öffentlicher Meinungsbildung als Grundrechtseingriff zu bewerten. Maßgebend ist vielmehr, ob der Schutzbereich eines Grundrechts berührt wird und ob die Beeinträchtigung jedenfalls eine eingriffsgleiche Maßnahme darstellt (vgl. BVerfG, Beschl. v. 24. 5. 2005 - 1 BvR 1072/01 -, Abs. 50, 58). Dafür reicht eine mittelbar faktische Wirkung aus (vgl. BVerfG, Beschl. v. 26. 6. 2002 - 1 BvR 670/91 -, BVerfGE 105, 279 [300]). Eine solche faktische Wirkung mit Eingriffsqualität würden die beanstandeten amtlichen Äußerungen der Antragsgegnerin entfalten, da sie öffentlich gegen den Antragsteller und für dessen Gegner eintritt.

a. Finalität

Damit wird bezweckt, die Vereinsaktivitäten des Antragstellers und die Verbreitung der von ihm vertretenen Meinungen zu hindern.

b. Intensität

Angesichts der Bedeutung amtlicher Kundgebungen erscheint auch eine spürbare Wirkung in den genannten Schutzbereichen möglich. Das beanstandete Handeln der Antragsgegnerin bedarf daher grundrechtlicher Rechtfertigung.

3. Rechtfertigung

Amtliche Äußerungen eines Hoheitsträgers mit Eingriffsqualität sind gerechtfertigt, wenn sich der Hoheitsträger im Rahmen der ihm zugewiesenen Aufgaben bewegt und die rechtsstaatlichen Anforderungen an hoheitliche Äußerungen in Form des Sachlichkeitsgebotes gewahrt sind. Dies erfordert es, dass mitgeteilte Tatsachen zutreffend wiedergegeben werden und Werturteile nicht auf sachfremden Erwägungen beruhen und den sachlich gebotenen Rahmen nicht überschreiten sowie auf einem im Wesentlichen zutreffend und zumindest sachgerecht und vertretbar gewürdigten Tatsachenkern beruhen. Außerdem dürfen die Äußerungen im Hinblick auf das mit der Äußerung verfolgte sachliche Ziel im Verhältnis zu den Grundrechtspositionen, in die eingegriffen wird, nicht unverhältnismäßig sein (vgl. OVG NRW, NVwZ-RR 2004, 283 [285]). Es ist nicht überwiegend wahrscheinlich, dass das beanstandete Verhalten der Antragsgegnerin gegen diese Vorhaben verstößt.

a. Zuständigkeit

Der selbstverwaltungsrechtliche Aufgabenkreis der Antragsgegnerin umfasst die Regelung aller Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung (Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG, Art. 78 Abs. 1 und 2 Verf NRW, § 2 GO NRW). Damit sind den Gemeinden alle Angelegenheiten zur Regelung zugewiesen, die in der örtlichen Gemeinschaft wurzeln und auf sie einen spezifischen Bezug haben, mithin den Gemeindeeinwohnern gerade als solchen gemeinsam sind, indem sie das Zusammenleben und -wohnen der Menschen in der Gemeinde betreffen (vgl. BVerfGE 79, 127 [151 f.]; BVerwGE 92, 56 [62]). Hier wendet sich die Antragsgegnerin gegen Aktivitäten des Antragstellers, der im Gebiet der Antragsgegnerin eine Tagungsstätte betreibt. Damit ist der örtliche Bezug gegeben und die Kompetenz der Antragsgegnerin begründet.

b. Sachlichkeit

Es ist auch nicht überwiegend wahrscheinlich, dass das Handeln der Antragsgegnerin das Sachlichkeitsgebot im oben verstandenen Sinne verletzt. Die Antragsgegnerin wirft dem Antragsteller vor, in der Tagungsstätte verfassungsfeindliche Auffassungen zu verbreiten und entsprechenden Personen eine Plattform zu bieten, und setzt sich dafür ein, dass diese Aktivitäten beendet werden. Soweit Tatsachen im Raume stehen (vgl. dazu den zu den Akten gereichten Auszug des Verfassungsschutzberichtes des Landes Nordrhein-Westfalen über das Jahr 2004, Bl. 29 - 30 der Gerichtsakte; vgl. für das Vorjahr auch Verfassungsschutzbericht des Landes über das Jahr 2003, S. 60 ff.), werden diese vom Antragsteller nicht in Abrede gestellt. Die darauf fußende Bewertung der Aktivitäten des Antragstellers durch die Antragsgegnerin als verfassungsfeindlich erscheint sachgerecht und vertretbar.

c. Verhältnismäßigkeit

Die beanstandeten Äußerungen sind auch verhältnismäßig. Die Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit werden durch den Rang des vom Hoheitsträger zu schützenden Rechtsgutes und die Intensität seiner Gefährdung einerseits und durch die Art und Schwere der Beeinträchtigung des Freiheitsrechts des nachteilig Betroffenen andererseits geprägt (vgl. BVerfG, Beschl. v. 24. 5. 2005 - 1 BvR 1072/01 -, Abs. 66). Hier geht es nicht etwa darum, dass die Antragsgegnerin in einen allgemeinen politischen Meinungskampf ohne kommunalen Bezug zu Lasten des Antragstellers eingriffe, was ihr, die als Hoheitsträger kein Grundrecht auf Meinungsfreiheit hat, nicht zustünde, sondern darum, dass nach ihrer vertretbaren Auffassung auf ihrem Gebiet Bestrebungen entfaltet werden, die gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung gerichtet sind. Es liegt damit im legitimen Interesse der Antragsgegnerin, sich gegen derartige Bestrebungen zu verwahren.

Dem hohen Rang dieses verfassungsrechtlichen Rechtsgutes stehen in Form der Meinungs- und Versammlungsfreiheit ebenfalls hohe Rechtsgüter des Antragstellers gegenüber. In diese Rechtsgüter wird jedoch nicht in der klassischen Form durch ge- oder ver-

bietenden Zwang eingegriffen, sondern nur in Form - wenngleich rechtfertigungsbedürftiger - faktisch eingreifend wirkender amtlicher Äußerungen.

Entgegen der Auffassung des Antragstellers ist das beanstandete Verhalten der Antragsgegnerin angemessen. Die Antragsgegnerin ruft nicht, was dem Unterlassungsanspruch ohne weiteres zum Erfolg verhelfen würde, zu rechtswidrigem Handeln gegen den Antragsteller auf, sondern sie wendet sich inhaltlich gegen die Bestrebungen des Antragstellers und fordert deren Unterbindung. Es ist nicht ersichtlich, dass die Antragsgegnerin dies auch durch Maßnahmen außerhalb des rechtlich Zulässigen fordert. Daher ist es insbesondere nicht gerechtfertigt, wie es der Antragsteller in der Beschwerdebegründung tut, etwaige rechtswidrige Handlungen gewalttätiger Gegner des Antragstellers der Antragsgegnerin zuzurechnen.

B. Anordnungsgrund

Unabhängig von dem nicht glaubhaft gemachten Anordnungsanspruch ist auch ein Anordnungsgrund nicht überwiegend wahrscheinlich. Dieser erfordert hier, dass es dem Antragsteller nicht zugemutet werden könnte, den erstrebten Rechtsschutz im Hauptsacheverfahren zu erreichen. Angesichts der oben dargestellten nur faktischen Beeinträchtigung des Antragstellers kann ihm aber die Durchführung eines Hauptsacheverfahrens zugemutet werden. Die von ihm in der Beschwerdebegründung geltend gemachte Existenzvernichtung kann sie durch das beanstandete Handeln der Antragsgegnerin allenfalls dadurch ergeben, dass sich die Bürger ihrer Bewertung anschließen. Dass dies nur unter Gewährung einstweiligen Rechtsschutz verhindert werden könne, hat der Antragsteller schon im Ansatz nicht dargetan und ist auch sonst nicht ersichtlich.

Zivilrecht

Standort: Schuldrecht Problem: Umtausch ungültiger Briefmarken

BGH, URTEIL VOM 11.10.2005
XI ZR 395/04 (NJW 2006, 54)

Problemdarstellung:

Dass die in der Literatur schon lange Zeit streitig diskutierte Frage nach der rechtlichen Einordnung der Briefmarke nunmehr höchstrichterliche Klärung erfahren hat, mag auf den ersten Blick überraschen. Allerdings wurde hier keinesfalls ein Rechtsstreit mit einem Gegenstandswert von etwa 0,55 € über drei Instanzen hinweg geführt. Vielmehr hatte der Kl. - ein Briefmarkenhändler - nach der Währungsumstellung auf Euro zum 01.01.2002 im großen Stil Briefmarken angekauft, deren Wert lediglich in DM bzw. Pfennig angegeben war. Diese verloren zum 01.07.2002 ihre Gültigkeit, die beklagte Deutsche Post AG hatte allerdings angekündigt, derartige Marken "voraussichtlich" bis zum 30.06.2003 in gültige Euro-Marken umzutauschen. Der Kl. hatte von diesem Angebot für Briefmarken im Wert von über 300.000,- DM (!) Gebrauch gemacht, dies zum Teil auch noch nach Ablauf des 30.06.2003 mit Erfolg. Daraufhin hatte er den Ankauf ungültiger Briefmarken weiter betrieben und der Bekl. Im August / November 2003 Briefmarken im Nennwert von noch einmal 95.000,- DM vorgelegt. Deren Umtausch lehnte die Bekl. nunmehr ab, so dass der Kl. versuchte, einen entsprechenden Anspruch klageweise durchzusetzen.

Der BGH stellte bei dieser Gelegenheit einerseits klar, dass er Briefmarken für sog. "kleine Inhaberpapiere" i. S. d. § 807 BGB hält (a. A. etwa Palandt/Sprau, § 807 Rz. 1, 3). Darüber hinaus befasste er sich ausführlich mit dem Rechtsinstitut der ergänzenden Vertragsauslegung gem. §§ 133, 157, 242 BGB sowie allgemein mit den Grundsätzen von Treu und Glauben, insbesondere mit dem Verbot widersprüchlichen Verhaltens ("venire contra factum proprium"). Zu einem Eintauschanspruch des Kl. kam er gleichwohl nicht, so dass dessen vor dem LG noch erfolgreiche Klage im Ergebnis letztendlich abgewiesen wurde.

Prüfungsrelevanz:

Auf dem Gebiet des Wertpapierrechts dürfte im Rahmen des Pflichtexamensstoffes in erster Linie der § 808 BGB und hier dessen Hauptanwendungsbeispiel "Sparbuch" von herauszuhebendem Interesse sein. Gleichwohl hat auch der § 807 BGB in jüngerer Vergangenheit größerer Aufmerksamkeit auf sich gezogen, was in erster Linie der Diskussion um die Übertragbarkeit von Eintrittskarten für die Fußball-WM 2006 zu verdanken ist.

Lesenwert ist das vorliegende Urteil darüber hinaus aufgrund der Behandlung der ergänzenden Vertragsauslegung sowie des Verbotes widersprüchlichen Verhaltens aus § 242 BGB. Bei beiden Aspekten handelt es sich um Instrumente des allgemeinen Schuldrechts zur Beseitigung bzw. Verhinderung von Störungen des vertraglichen Gleichgewichts zwischen den Parteien, die jedem Examenskandidaten geläufig sein sollten

Vertiefungshinweise:

❑ Zur ergänzenden Vertragsauslegung bei heimlicher Einwahl eines Dialers: *BGH*, RA 2004, 376 = NJW 2004, 1590

❑ Besprechung des "Dialer-Urteils" des BGH: *Buchinger / Pfeiffer*, JA 2004, 589

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs:* "Verkalkuliert"

❑ *Assessorkurs:* "Der undankbare Neffe"

Leitsätze:

1. Eine von der Deutschen Post AG herausgegebene Briefmarke erfüllt alle Voraussetzungen, die § 807 BGB an ein so genanntes "kleines Inhaberpapier" stellt.

2. Der Fall, dass die Briefmarke ihre Gültigkeit durch einen staatlichen Hoheitsakt verliert, so dass der in ihr verkörperte Anspruch auf eine Beförderungsleistung gemäß § 807 BGB nicht mehr durchgesetzt werden kann, ist im Gesetz nicht geregelt. Im Wege ergänzender Vertragsauslegung ergibt sich, dass verständige und redliche Vertragsparteien bei Kenntnis der Regelungslücke ein Umtauschrecht mit einer Gültigkeitsdauer von einem Jahr vereinbart hätten.

Sachverhalt:

Der Kl., ein Briefmarkenhändler, und die beklagte Deutsche Post AG streiten über deren Verpflichtung zum Umtausch ungültig gewordener Briefmarken. [...]

Anlässlich der Währungsumstellung von Deutsche Mark auf Euro Anfang 2002 erklärte das Bundesministerium für Finanzen gemäß § 43 I PostG Postwertzeichen, deren Nennwert ausschließlich in Deutsche

Mark oder in Pfennig angegeben ist, mit Wirkung vom 01.07.2002 für ungültig. Die Bekl. bot daraufhin durch öffentliche Erklärungen den Inhabern so genannter "Pfennig-Briefmarken" an, diese bis zum 30. Juni 2003 gegen neue Euro-Briefmarken zu tauschen. Der Kl. reichte bis zu diesem Zeitpunkt ungültige Briefmarken im Gesamtnennwert von über 300.000,- DM bei der Bekl. ein, die diese in Briefmarken mit entsprechendem Euro-Nennwert umtauschte. Auch die erst nach Ablauf der Umtauschfrist im Juli 2003 vorgelegten Briefmarken des Kl. und anderer Kunden tauschte die Bekl. ohne weiteres um. In der Folgezeit erwarb der Kl. von Dritten in großen Stückzahlen weitere "Pfennig-Briefmarken" weit unter ihrem Nennwert. Diese im August und November 2003 zum Tausch übersandten Postwertzeichen nahm die Bekl. aber nicht mehr an, sondern berief sich nunmehr auf den Ablauf der von ihr festgelegten Umtauschfrist. Der Kl. verlangt von der Bekl. die Herausgabe von Euro-Briefmarken im Gesamtwert von 48.572,73 € Zug um Zug gegen Einlieferung von "Pfennig-Briefmarken" im Wert von 95.000,- DM. Er hält die Bekl. mangels wirksamer zeitlicher Beschränkung der Umtauschmöglichkeit und aus Vertrauensschutzgesichtspunkten für verpflichtet, auch die streitgegenständlichen Marken umzutauschen. Das Landgericht hat der Klage stattgegeben, das BerGer. hat sie abgewiesen. Mit der - vom BerGer. - zugelassenen Revision erstrebt der Kl. die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Aus den Gründen:

Die Revision ist nicht begründet.

A. Entscheidung und Begründung des BerGer.

Das BerGer. (OLGR Köln 2005, 48 und JMBl. NRW 2005, 117) hat ein Umtauschrecht des Kl. verneint und zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

Nach der Privatisierung des Postwesens stehe die privatrechtliche Bewertung des Erwerbs von Postwertzeichen außer Zweifel. Seitdem würden Briefmarken durch Kaufvertrag und Übereignung erworben. Aus den Regeln des Kaufrechts könne der Kl. keine Rechte herleiten. Die Parteien stritten weder über einen Sach- noch über einen Rechtsmangel, sondern über die Frage, welche Rechte dem Inhaber ungültig gewordener Postwertzeichen zustünden. Briefmarken seien keine Zahlungsmittel, sondern so genannte "kleine Inhaberpapiere" im Sinne des § 807 BGB. Der Fall, dass eine Briefmarke ihre Gültigkeit durch einen staatlichen Hoheitsakt verliere, werde in den §§ 793 ff. BGB nicht geregelt. Die Regelungslücke sei im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung zu schließen. Dabei sei davon auszugehen, dass die Prozessparteien bei Kenntnis der späteren Entwicklung eine Möglichkeit zum Umtausch der ungültigen Briefmarken vorgesehen hätten. Die Befristung der Umtauschmöglichkeit auf ein Jahr sei wirksam. Die Frist berücksichtige das Prinzip der Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung hinreichend und sei auch sonst angemessen. Die betroffenen Postkunden liefen bei dieser Regelung nur Gefahr, den Gegenwert für den Kaufpreis, nämlich die Beförderungsleistung der Bekl., zu verlieren, während ein unbefristetes oder längeres Umtauschrecht die Bekl. wesentlich mehr belaste. Denn die alten "Pfennig-Briefmarken" seien nicht fälschungssicher und mit dem Briefmarkentausch sei ein erheblicher Verwaltungsaufwand verbunden. Ein weitergehendes Umtauschrecht des Kl. ergebe sich auch nicht daraus, dass sich die Bekl. selbst nicht strikt an die nach ihren Angaben am 30.06.2003 endende Jahresfrist gehalten, sondern die von ihm und von anderen Kunden erst im Juli 2003 vorgelegten "Pfennig- Briefmarken" anstandslos umgetauscht habe. Ein Vertrauenstatbestand zu Lasten der Bekl. sei dadurch nicht geschaffen worden, weil sie erkennbar nur aus Kulanz gehandelt und auf etwaige längere Postlaufzeiten Rücksicht genommen habe.

B. Entscheidung des BGH in der Revision

Diese Ausführungen halten rechtlicher Überprüfung stand.

I. Briefmarke als "kleines Inhaberpapier" i. S .d. § 807 BGB

Das BerGer. hat Briefmarken - jedenfalls nach der Privatisierung der Bekl. - zu Recht als so genannte "kleine Inhaberpapiere" im Sinne des § 807 BGB angesehen.

1. Bisheriger Meinungsstand zum Rechtscharakter der Briefmarke

Mit der Frage zum zivilrechtlichen Rechtscharakter einer Briefmarke war der Bundesgerichtshof noch nicht befasst. Die Aussagen in der Literatur sind gegensätzlich. Nach der im Vordringen befindlichen Ansicht (siehe Münch- Komm.BGB/Hüffer, 4. Aufl. § 807 Rz. 12 f.; Staudinger/Marburger, BGB (2002), § 807 Rz. 5; Allgaier, DÖD 2001, 211 [214]; Gerold Schmidt, ZStW 111 (1999), 388 [420 f.]; ders. NJW 1998, 200 [202 f.]; ebenso schon vor der Privatisierung der Bundespost: Andrae, Die privatrechtliche Natur der Briefmarke, Diss. Jena 1933, S. 21; Enneccerus, Recht der Schuldverhältnisse, 10. Bearb., S. 620; Eidenmüller, Grundlagen des Post- und Postbankrechts, § 3 PostG, Anm. 1) gehören Briefmarken zu den Inhaberpapieren im Sinne des § 807 BGB, die einen Anspruch auf Beförderung einer Postsendung im Wert des auf der Marke angegebenen Geldbetrages verkörpern. Die Gegenansicht zählt die Briefmarke dagegen nach wie vor zu den Geldsurrogaten (Gehrlein, in: Bamberger/Roth, BGB, § 807 Rz. 2; Hk-BGB/Schulze, 4. Aufl., § 807 Rz. 2; Jauernig/Stadler, BGB, 11. Aufl., § 807 Rz. 1; Weipert, Die Rechtsnatur der Briefmarke, Diss. Kiel 1996, S. 37, 40; Häde,

ZUM 1991, 536; vor der Privatisierung der Bundespost: grundlegend Kohler, ArchBürgR 6 (1892), 316 [324]; Altmannsperger, Gesetz über das Postwesen, § 3 PostG Rz. 10; Enneccerus/Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, 13. Bearb., S. 814; RGRK/Steffen, BGB, 12. Aufl., § 807 Rz. 7; Soergel/Welter, BGB, 11. Aufl., § 807 Rz. 2; Karsten Schmidt, JuS 1990, 62 [63]). Für eine vermittelnde Meinung ist die Briefmarke einerseits Wertträger oder Zahlungsmittel, andererseits aber ihrer Funktion nach den "kleinen Inhaberpapieren" des § 807 BGB weitgehend angenähert (Stern, in: Beck'scher PostG-Kommentar, 2. Aufl., § 43 Rz. 10; ähnlich Laband, FS Cohn, S. 323 [324 ff]; Monz, ArchPF 1990, 28 [29]; Florian/Weigert, Kommentar zur PostO, § 6 Anm. 2 b). Andere Autoren halten die Briefmarke für eine bloße Quittung (Stober/Moelle/Müller-Dehn, in: Stern, Postrecht der Bundesrepublik Deutschland, Teil H, § 3 PostG Rz. 4).

2. Stellungnahme des erkennenden Senats

Der erkennende Senat schließt sich der erstgenannten Auffassung an. Ein Inhaberpapier im Sinne des § 807 BGB liegt vor, wenn der Aussteller des Papiers sich durch Leistung an den Inhaber befreien kann, der Inhaber die versprochene Leistung zu fordern berechtigt ist und der Besitz der Urkunde zur Geltendmachung des Rechts oder der Forderung erforderlich ist (Erman/Heckelmann, BGB, 11. Aufl., § 807 Rz. 4; Staudinger/Marburger aaO., § 807 Rz. 2, 4). Dies ist bei einer gültigen Briefmarke der Fall. Aus den Umständen der Herausgabe einer Briefmarke durch die Bekl. und nach der allgemeinen Verkehrssitte, die für die Ermittlung des Verpflichtungswillens des Ausstellers eines Inhaberzeichens von Bedeutung sind (BGHZ 28, 259 [264]), ergibt sich, dass die Briefmarke einen Anspruch auf Beförderung einer Postsendung in dem Umfang verkörpert, der dem aufgedruckten Wert entspricht. Dass der Frachtvertrag erst mit Aufgabe der jeweiligen Sendung zustande kommt, steht dem nicht entgegen, weil die von der Bekl. versprochene Leistung durch die Wertangabe hinreichend bestimmbar ist. Die Bekl. will die Beförderungsleistung gegenüber jedem mit schuldbefreiender Wirkung erbringen, der gültige Briefmarken in Höhe des vorgesehenen Leistungsentgelts auf die jeweilige Postsendung klebt (Gerold Schmidt, NJW 1998, 200 [202)]. Die Briefmarke dient in diesem Zeitpunkt daher nur noch der Kontrolle, ob das für die konkrete Sendung vereinbarte Leistungsentgelt im Voraus geleistet worden ist (Gerold Schmidt, ZStW 111 (1999), 388 [420 f.]). Der Wille der Bekl. ist angesichts des Massengeschäfts zudem darauf gerichtet, nicht nachprüfen zu wollen oder zu müssen, ob der jeweilige Inhaber auch tatsächlich Eigentümer und rechtmäßiger Besitzer des Postwertzeichens ist. Die Briefmarke legitimiert daher jeden Inhaber förmlich zur Forderung der Beförderungsleistung, gleichgültig, ob er die Marke von der Bekl. oder von einem Dritten, sei es auch unter ihrem Nennwert oder unentgeltlich (vgl. Altmannsperger, aaO., § 3 PostG Rz. 4; Ohnheiser, Postrecht, 4. Aufl., § 3 PostG Rz. 4; Allgaier, ArchPF 1989, 222 [224]), erworben hat. Schließlich ist der Besitz der Briefmarke zur Geltendmachung des in ihr verkörperten Beförderungsanspruchs erforderlich. Der Inhaber einer Briefmarke kann nach deren Untergang nämlich keine Leistung mehr verlangen, selbst wenn er die Zahlung eines entsprechenden Geldbetrages für die Marke sicher nachweisen könnte (Weipert, aaO., S. 19). Die Schutzfunktion des § 797 BGB wird durch die Stempelung erreicht, mit der die Briefmarke entwertet wird (Allgaier, ArchPF 1989, 222 [223]). Die Briefmarke erfüllt demnach sämtliche Voraussetzungen, die die Regelungen des § 807 BGB an ein "kleines Inhaberpapier" stellen. Das gilt auch für Briefmarken, die vor der ersten Postreform vom 01.07.1989 ausgegeben worden sind. Denn durch § 65 I und III PostVerfG wurden auch bereits bestehende öffentlich-rechtliche Beziehungen in privatrechtliche umgewandelt.

II. Kein über ein Jahr hinausgehender Umtauschanspruch infolge ergänzender Vertragsauslegung

Entgegen der Ansicht der Revision steht dem Kl. kein Umtauschrecht gegen die Bekl. zu. Der Fall, dass Briefmarken durch einen staatlichen Hoheitsakt ihre Gültigkeit und damit ihre Legitimationswirkung verlieren, ist weder gesetzlich noch in Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Bekl. geregelt. Die Lücke ist mit Hilfe ergänzender Vertragsauslegung (§§ 133, 157 BGB) zu schließen. Daraus ergibt sich indes kein Anspruch der betroffenen Postkunden auf Übereignung wertgleicher neuer Euro-Briefmarken, der über das von der Bekl. unterbreitete befristete Umtauschangebot hinausgeht.

1. Anwendbarkeit der ergänzenden Vertragsauslegung gem. §§ 133, 157 BGB

Die Regeln der ergänzenden Vertragsauslegung im Sinne der §§ 133, 157 BGB finden, wovon auch die Revision ausgeht, Anwendung. Sie haben Vorrang gegenüber der Bestimmung der Leistungspflicht nach Treu und Glauben gemäß § 242 BGB (BGHZ 9, 273 [277 f.]) und gegenüber der Lehre von der fehlerhaften Geschäftsgrundlage im Sinne des § 313 BGB n.F. (BGHZ 81, 135 [143]; 90, 69 [74]). Das in einem "kleinen Inhaberpapier" des § 807 BGB verkörperte Leistungsversprechen des Schuldners ist wie eine Inhaberschuldverschreibung im Sinne des § 793 BGB (vgl. dazu BGHZ 28, 259 [263]; Staudinger/Marburger aaO., § 793 Rz. 9) der ergänzenden Vertragsauslegung zugänglich; diese gilt für Rechtsgeschäfte aller Art.

2. Volle revisionsrechtliche Nachprüfbarkeit der Vertragsauslegung durch das BerGer.

Die ergänzende Vertragsauslegung des BerGer. unter-

liegt der selbständigen und uneingeschränkten Nachprüfung durch das Revisionsgericht. Briefmarken sind für den allgemeinen Verkehr bestimmt und im ganzen Bundesgebiet verbreitet. Im Interesse der Rechtssicherheit und der Verkehrsfähigkeit ist deshalb eine allgemein verbindliche Auslegung des Leistungsversprechens der Bekl. im Sinne des § 807 BGB unabhängig von den Besonderheiten und Eigenarten des konkreten Einzelfalles sachlich geboten (vgl. BGHZ 28, 259 [263] für börsengängige Inhaberschuldverschreibungen; BGH, WM 1958, 1541). Dies gilt auch bei der hier erforderlichen ergänzenden Vertragsauslegung.

3. Auf ein Jahr befristete Umtauschmöglichkeit Ergebnis ergänzender Vertragsauslegung

Diese richtet sich danach, was redliche und verständige Parteien bei Kenntnis der planwidrigen Regelungslücke nach dem Vertragszweck und sachgemäßer Abwägung ihrer beiderseitigen Interessen nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) vereinbart hätten (st.Rspr., siehe etwa BGHZ 9, 273 [278 f.]; 127, 138 [142]; 158, 201 [207]). Danach hätte man sich zwar auf eine Umtauschmöglichkeit für ungültig gewordene Briefmarken geeinigt, diese aber auf ein Jahr befristet.

a. Tauschangebot der Bekl. einfachste Möglichkeit zur Behebung der eingetretenen Äquivalenzstörung

Wie auch die Revision nicht in Frage stellt, hätten seriöse und verständige Inhaber von "Pfennig-Briefmarken" mit der Bekl. vereinbart, dass sie ihnen ein Umtauschangebot unterbreitet. Diese Regelung drängt sich geradezu auf, weil durch einen Tausch der ungültigen Marken gegen neue Euro-Marken gleichen Nennwerts die Störung des Äquivalenzverhältnisses auf einfache Weise und ohne eine unzumutbare Belastung beider Vertragsteile beseitigt wird. Sie trägt dem Umstand Rechnung, dass Briefmarken nicht bar eingelöst werden und die Bekl. den Kaufpreis bereits als Einnahme verbucht hat. Für eine Umtauschmöglichkeit spricht überdies, dass sie in § 49 IV 1 PostO vom 22.12.1921 ausdrücklich vorgesehen war und die Post nach Aufhebung dieser Vorschrift Briefmarken, deren Gültigkeitsdauer begrenzt war, in Anlehnung an die frühere Gesetzeslage umgetauscht hat (vgl. dazu Florian/Weigert, Kommentar zur PostO, § 6 Anm. 2 a). Entgegen der von der Revision in der mündlichen Verhandlung vertretenen Ansicht ist daher aus dem Umstand, dass nach dem Gesetz vom 16.12.1999 über die Änderung währungsrechtlicher Vorschriften infolge der Einführung des Euro-Bargeldes (Drittes EuroEG) auf Deutsche Mark lautende Banknoten und auf Deutsche Mark oder Deutsche Pfennig lautende Bundesmünzen zeitlich unbegrenzt umgetauscht werden können, nichts herzuleiten. Dass der Gesetzgeber für die "Pfennig- Briefmarken" keine derartige oder vergleichbare Regelung getroffen hat, zeigt vielmehr, dass es der Deutschen Post AG überlassen bleiben sollte, wie in der Vergangenheit zu verfahren.

b. Befristung entspricht berechtigten Interessen der Bekl.

Die Befristung der Umtauschmöglichkeit auf ein Jahr nach Ablauf der Gültigkeit ist rechtlich nicht zu beanstanden. Die Bekl. hat - worauf das BerGer. zutreffend hingewiesen hat - ein sachliches Interesse an einer solchen Regelung. Dieses ergibt sich zum einen daraus, dass die "Pfennig-Briefmarken", von denen mehr als 1.000 verschiedene Motive im Umlauf waren, weniger fälschungssicher sind als die neuen Euro-Briefmarken. Die Bekl. ist daher unabhängig von der Beweislast für die Echtheit einer Briefmarke daran interessiert, nicht unnötig lange der Gefahr ausgesetzt zu sein, dass gefälschte Briefmarken zum Umtausch vorgelegt werden. Zum anderen ist der erhebliche Verwaltungsaufwand für den Umtausch der Marken zu berücksichtigen, zumal er nicht aufgrund einer freien Entscheidung der Bekl., sondern aufgrund der europäischen Währungsumstellung und der Anordnung des Bundesministeriums für Finanzen notwendig geworden ist. Die Erhebung einer Gebühr wäre, was die Revision verkennt, angesichts des häufig nur geringen Werts des Tauschobjekts unverhältnismäßig und außerdem nicht praktikabel.

c. Zweieinhalbjährige Umstellungszeit für die Inhaber von "Pfennig-Briefmarken" ausreichend

Dagegen ist ein berechtigtes Interesse der betroffenen Postkunden an einem zeitlich unbegrenzten oder längerfristigen Umtauschrecht nicht zu erkennen. Die Einführung des Euro als neue Währung zum 01.01.2002 war seit längerem allgemein bekannt. Seit Januar 2001 wurden deshalb ausschließlich Briefmarken mit Wertangaben in Deutsche Mark und in Euro neu herausgegeben, die mit Ablauf des 30.06.2002 nicht ungültig wurden. Damit standen den Postkunden insgesamt zweieinhalb Jahre für die Umstellung von Pfennig- auf Euro-Briefmarken zur Verfügung. Eine über den 30.06.2003 hinausreichende Umtauschfrist war angesichts dessen nicht geboten, zumal für niemanden angesichts der seit langem angekündigten Umstellung der Währung auf Euro Veranlassung bestand, einen Vorrat an "Pfennig-Briefmarken" anzulegen, der weder bis zum 30.06.2002 verbraucht noch bis zum 30.06.2003 umgetauscht werden konnte. Nimmt man hinzu, dass die früheren Umtauschfristen in aller Regel nur drei Monate betrugen (siehe Florian/Weigert, Kommentar zur PostO, § 6 Anm. 2a), obwohl die Post aufgrund ihrer öffentlich-rechtlichen Organisation unmittelbar an Art. 14 GG gebunden war (vgl. Herdegen, in: Beck'scher Post-Kommentar, 2. Aufl., VerfGrdl. Rz. 71 ff.), kann von einer die schützenswerten Interessen der Inhaber von "Pfennig-Briefmarken" vernachlässigenden Beschränkung der Umtauschmöglichkeit selbst bei Anlegung strenger

Maßstäbe keine Rede sein. Dass der Kl. oder die Personen, von denen er die Marken nach Ablauf der Jahresfrist weit unter ihrem Nennwert erworben hat, an einem rechtzeitigen Umtausch aus von ihnen nicht zu vertretenden Gründen gehindert waren und es sich hierbei nicht um einen zu vernachlässigenden Ausnahmefall handelt, hat er in den Vorinstanzen auch nicht geltend gemacht.

d. Keine Vergleichbarkeit mit unzulässiger Gültigkeitsbeschränkung für Telefonkarten

Aus der vom BerGer. zitierten Entscheidung des erkennenden Senats vom 12.06.2001 (BGHZ 148, 74 ff.) ergibt sich entgegen der Ansicht der Revision nichts anderes. Zwar darf danach ein Telekommunikationsunternehmen in seinen Allgemeinen Geschäftsbedingungen die Gültigkeit von Telefonkarten nicht zeitlich beschränken, weil darin ein vertragswidriger und den einzelnen Kunden unzumutbar belastender Eingriff in das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung liegt. Damit ist aber der vorliegende Streitfall nicht zu vergleichen. Vielmehr hat die Bekl. anders als das vorgenannte Telekommunikationsunternehmen das Notwendige getan, um die von keinem Vertragsteil zu vertretende Vertragsstörung in einer auf die beiderseitigen Interessen hinreichend Rücksicht nehmenden Weise zu beseitigen und die vor der Ungültigkeit der "Pfennig-Briefmarken" bestehende Rechtslage weitgehend wiederherzustellen.

III. Kein Umtauschanspruch aufgrund anderer Rechtsgrundlage

Ein Anspruch des Kl. auf Umtausch der streitgegenständlichen "Pfennig-Briefmarken" ergibt sich schließlich auch nicht aus anderen Umständen.

1. Kein Anspruch aufgrund irreführender Informationen der Bekl.

Gegen die Wirksamkeit der Befristung der Umtauschmöglichkeit bestehen auch sonst keine Bedenken. Der Einwand der Revision, dass die Bekl. keineswegs in allen Publikationen oder Veröffentlichungen exakt den Fristablauf zum 30.06.2003 kundgetan, sondern im Internet das Fristende nur als "voraussichtlich" bezeichnet habe, greift nicht. Der Kl. hat nicht vorgetragen, dass die Bekl. jemals ein anderes Datum angegeben und damit nicht für die notwendige Rechtssicherheit und Rechtsklarheit gesorgt hat. Davon abgesehen ist nicht dargetan, dass der Kl. durch eine mehrdeutige Bekanntmachung des Endtermins in die Irre geleitet worden ist.

2. Bekl. nicht nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) gehindert, sich auf Fristablauf zu berufen

Die Bekl. ist auch nicht nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) daran gehindert, sich gegenüber dem Kl. auf den Ablauf der Jahresfrist zu berufen. Ein Berechtigter handelt nur rechtsmissbräuchlich, wenn er durch seine Erklärung oder durch sein Verhalten bewusst oder unbewusst eine Sach- bzw. Rechtslage geschaffen hat, auf die sich der andere Teil verlassen durfte und auch verlassen hat, und sich der Berechtigte jetzt mit seinen früheren Erklärungen bzw. seinem früheren Verhalten in Widerspruch setzt (BGHZ 32, 273 [279]; BGH, NJW 1985, 2589 [2590]). Diese engen Voraussetzungen sind hier nicht erfüllt.

a. Kein Vertrauenstatbestand aufgrund Angabe eines nur "voraussichtlichen" Fristablaufes

Auch wenn die Bekl. angekündigt hat, die für ungültig erklärten "Pfennig-Briefmarken" würden "voraussichtlich" bis zum 30.06.2003 umgetauscht, hat sie keinen Vertrauenstatbestand dahingehend geschaffen, dass sie ihr Angebot auch noch nach diesem Termin aufrecht erhalten werde. Falls der Kl. allein aufgrund des Wortes "voraussichtlich" ein solches Verhalten der Bekl. für möglich und vielleicht sogar für wahrscheinlich hielt, hätte er sich bei ihr erkundigen müssen, bevor er die Briefmarken nach Ablauf der Jahresfrist von Dritten weit unter Nennwert erwarb. Dies kann gerade von einem Briefmarkenhändler erwartet werden.

b. Kein Vertrauenstatbestand aufgrund einmaligen Nichtgeltendmachen des Fristablaufes aus Kulanz

Der Umstand, dass sich die Bekl. selbst nicht strikt an die von ihr vorgesehene Jahresfrist gehalten, sondern die ihr vom Kl. und von anderen Kunden erst im Juli 2003 vorgelegten "Pfennig- Briefmarken" noch ohne weiteres umgetauscht hat, rechtfertigt keine andere rechtliche Beurteilung. Zwar konnte hierdurch der Eindruck entstehen, dass die Bekl. sich zumindest auch in naher Zukunft nicht anders verhalten werde. Nach der allgemeinen Lebenserfahrung ist es aber keine Seltenheit, dass ein Vertragsteil das erste Fristversäumnis des anderen entweder aus Kulanz oder aus vergleichbaren Gründen hinnimmt. Ein sorgfältiger Erklärungsempfänger darf daher normalerweise nicht darauf vertrauen, dass seinem an sich unbegründeten Anspruchsbegehren auch künftig entsprochen wird. Der Kl. handelte infolgedessen auf eigenes Risiko, als er die Briefmarken nach Ablauf der Umtauschfrist von Dritten erwarb und wegen des durch den Wegfall der Umtauschmöglichkeit hervorgerufenen Wertverlustes nur einen weit unter dem Nennwert der Marken liegenden Kaufpreis zahlen musste. Davon abgesehen kann der in seinem berechtigten Vertrauen enttäuschte Vertragspartner grundsätzlich nur einen ihm zugefügten, hier nicht dargelegten Vertrauensschaden (vgl. auch § 122 I BGB) ersetzt verlangen.

IV. Zurückweisung der Revision des Kl.

Die Revision des Kl. konnte demnach keinen Erfolg haben und war deshalb zurückzuweisen.

Standort: AGB-Recht Problem: Vorrangige Individualabrede

BGH, VERSÄUMNISURTEIL VOM 21.09.2005
XII ZR 312/02 (NJW 2006, 138)

Problemdarstellung:

Der Kl. in diesem Rechtsstreit hatte ein Geschäftslokal langfristig an den Bekl. vermietet und klagte nun auf Nachzahlung rückständiger Miete, da der Bekl. 2000 und 2001 lediglich netto 2.000,- DM statt der im schriftlichen Vertrag festgehaltenen 2.900,- DM gezahlt hatte. Dem Einwand des Bekl., man habe sich nach Abschluss des schriftlichen Mietvertrages mündlich auf 2.000,- DM geeinigt, hielt der Kl. eine Vertragsklausel entgegen, wonach nachträgliche Änderungen des Vertrags nur bei schriftlicher Vereinbarung Geltung haben sollten.

Das BerGer. stufte dies als ein rechtsgeschäftlich vereinbartes, konstitutives Schriftformerfordernis ein und ging weiter davon aus, dass die entsprechende AGB-Klausel weder an der Inhaltskontrolle nach § 9 AGBG a. F. (= § 307 BGB n. F.) scheitere, noch durch eine vorrangige Individualabrede nach § 4 AGBG a. F. (= § 305 b BGB n. F.) verdrängt werde. Es verwies darauf, dass man nicht annehmen könne, die Parteien wollten die spätere mündliche Abrede in jedem Fall als verbindlich ansehen, da dann gem. § 566 S. 2 BGB a. F. (= §§ 578 II, I, 550 S. 1 BGB n. F.) der gesamte ursprünglich langfristig abgeschlossene Vertrag als auf unbestimmte Zeit geschlossen und damit ordentlich kündbar behandelt werden müsse (vgl. dazu Palandt/Weidenkaff, § 550 Rz. 18).

Der BGH nimmt demgegenüber an, dass die Individualabrede - so dem Bekl. deren Nachweis gelingt - das formularmäßig festgelegte Schriftformerfordernis verdrängt. Er stellt prägnant heraus, dass es für die Wirksamkeit der mündlichen Individualabsprache nur darauf ankommt, ob die Parteien deren Verbindlichkeit wollten, nicht darauf, ob sie diese bei Kenntnis der daraus weiter resultierenden Rechtsfolgen auch gewollt hätten.

Prüfungsrelevanz:

Die Entscheidung thematisiert einerseits gesetzliche Formerfordernisse, deren Reichweite und Rechtsfolgen eines Verstoßes im Vergleich zur Bedeutung rechtsgeschäftlich vereinbarter und dementsprechend ebenso wieder aufhebbarer Formerfordernisse. Hierbei spielt der heutige § 550 BGB, dessen Missachtung eben gerade nicht zur Nichtigkeit des Mietvertrages führt, und dessen Verständnis im Detail nicht selten zu Schwierigkeiten führt, eine besondere Rolle.

Andererseits wird das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen und hier der durch die Schuldrechtsmodernisierung ohne wesentliche inhaltliche Änderungen vom AGBG in die §§ 305 ff BGB transferierte Teil erörtert. Indem der BGH für die eine AGB-Klausel nach § 305 b BGB n. F. verdrängende Wirkung einer Individualabrede lediglich fordert, dass die Parteien diese übereinstimmend als wirksam gewollt haben, stärkt er die Privatautonomie, setzt die Parteien gerade hierdurch aber auch möglicherweise unangenehmen Rechtsfolgen ihres Handelns aus, welche diese zum damaligen Zeitpunkt überhaupt nicht bedacht haben mögen. Damit sind sehr examensrelevante Themengebiete miteinander verwoben, was dieses Urteil für die Prüfungsvorbereitung sehr lesenswert macht.

Vertiefungshinweise:

❑ Keine Erstreckung des gesetzlichen Schriftformerfordernisses auf von Vermieterseite jederzeit widerrufbare Herabsetzung der Miete: *BGH*, RA 2005, 307 = NJW 2005, 1861

❑ Zum Schriftformerfordernis des § 623 BGB durch Kündigung seitens einer GbR: *BAG*, RA 2005, 531 = NZA 2005, 865

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs:* "Keine Lust auf Schönheitsreparaturen"

❑ *Examenskurs:* "Das Geschäftshaus"

❑ *Assessorkurs:* "Das Geschäftslokal"

Leitsatz:

Nachträgliche mündliche Individualvereinbarungen haben auch vor Schriftformklauseln in Formularverträgen über langfristige Geschäftsraummietverhältnisse Vorrang.

Sachverhalt:

Der Kl. macht rückständige Miete geltend. Er vermietete mit schriftlichem Vertrag vom 07.10.1999 Geschäftsräume zu einem monatlichen Mietzins von 2.900,- DM zuzüglich MwSt. an den Bekl. § 21 Nr. 4 S. 1 des Mietvertrages lautet: "Nachträgliche Änderungen und Ergänzungen dieses Vertrages gelten nur bei schriftlicher Vereinbarung."

In den Jahren 2000 und 2001 zahlte der Bekl. lediglich eine reduzierte Miete mit der Begründung, die Parteien hätten sich nachträglich auf eine monatliche Miete von 2.000,- DM netto geeinigt. Das Landgericht hat den Bekl. zur Zahlung der aufgelaufenen Rückstände in Höhe von 14.040,- DM nebst Zinsen verurteilt. Die Berufung des Bekl. ist mit Ausnahme eines geringfügigen Zinsbetrages ohne Erfolg geblieben. Dagegen

wendet sich der Bekl. mit der vom Oberlandesgericht zugelassenen Revision.

Aus den Gründen:

Gegen den im Verhandlungstermin nicht erschienenen Kl. ist durch Versäumnisurteil zu entscheiden. Dieses beruht jedoch inhaltlich nicht auf der Säumnis; es berücksichtigt den gesamten Sach- und Streitstand (vgl. BGHZ 37, 79, 81 ff.). Die Revision hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das BerGer.

A. Entscheidung und Begründung des BerGer.

Das Oberlandesgericht, dessen Entscheidung in OLGR Rostock 2003, 78 veröffentlicht ist, hat ausgeführt, die vom Bekl. behauptete einvernehmliche Senkung der monatlichen Miete sei unwirksam, weil die Parteien hierbei die in § 21 Nr. 4 S. 1 des Mietvertrages vereinbarte Schriftform nicht beachtet hätten. Diese gewillkürte Schriftform habe nicht lediglich Beweisfunktion, sondern sei Wirksamkeitsvoraussetzung für die Änderung des Mietvertrages. Der Wortlaut "gelten nur bei schriftlicher Vereinbarung" sei eindeutig und lasse keine andere Auslegung zu. Die im Mietvertrag der Parteien enthaltene vorformulierte Schriftformklausel sei nicht unwirksam im Sinne des § 9 AGBG (nunmehr: § 307 BGB). Schriftformklauseln seien nicht generell unangemessen, ihre Wirksamkeit hänge vielmehr von der Ausgestaltung und dem Anwendungsbereich der konkreten Klausel ab. Unangemessen könne die Klausel sein, wenn sie dazu diene, nach Vertragsschluss getroffene individualvertragliche Vereinbarungen zu unterlaufen, indem sie bei dem anderen Vertragsteil den Eindruck erwecke, eine mündliche Abrede sei entgegen den allgemeinen Grundsätzen unwirksam. Auch könne die Schriftformklausel nicht den Vorrang der Individualabsprache abdingen; demgemäß könnten die Vertragsparteien sie dadurch außer Kraft setzen, dass sie deutlich den Willen zum Ausdruck brächten, ihre mündliche Abmachung solle ungeachtet der Schriftformklausel gelten. Unter Beachtung dieses Grundsatzes sei bei der langfristigen Vermietung gewerblich genutzter Immobilien, die in den Anwendungsbereich des § 566 BGB a.F. (= §§ 578 II, I, 550 BGB n. F.) falle, eine Schriftformklausel wirksam und benachteilige den Vertragspartner des Verwenders nicht unangemessen. Von dem gesetzlichen Leitbild entferne sie sich nicht wesentlich, denn § 566 S. 1 BGB a.F. (= §§ 578 II, I, 550 S. 1 BGB n. F.) schreibe ohnehin die Schriftform bei Vertragsänderungen und -ergänzungen vor. Nur hinsichtlich der Folgen des Formverstoßes unterschieden sich die gesetzliche und die in einem vorformulierten Mietvertrag ausbedungene Schriftform. Wegen der erheblichen wirtschaftlichen Tragweite einer langfristigen Immobilienvermietung sei der Schutz vor einer übereilten, nicht hinreichend bedachten Vertragsänderung, etwa einer Erhöhung oder Herabsetzung der Miete, in die Überlegung, inwieweit die Schriftformklausel den Gegner des Verwenders benachteilige, einzubeziehen. Auch bei einem Gewerberaummietvertrag sei nicht ersichtlich, dass die Schriftformklausel einseitig die Interessen des Verwenders bezwecke. Wegen der langen Dauer gewerblicher Mietverträge, auch wegen des nicht seltenen Wechsels einer Partei, sei schließlich das Bedürfnis beider Seiten anzuerkennen, als Vertragsinhalt nur gelten zu lassen, was schriftlich dokumentiert sei. Überschnitten sich die gesetzlich vorgeschriebene und die in einem Vertragsvordruck für eine Vertragsänderung ausbedungene Schriftform, so könne nicht unterstellt werden, dass die Vertragsparteien gleichwohl die Wirksamkeit des mündlich Vereinbarten wollten und die in dem Vertrag enthaltene Schriftformabrede als überholt betrachteten. Den Verlust der beiderseits gewollten langfristigen Bindung, der regelmäßig den Interessen zumindest einer Partei, wenn nicht gar beider Parteien widerspreche, wolle keine Partei in Kauf nehmen, zumal sie im Zeitpunkt der Vertragsänderung nicht abschätzen könne, wem die ordentliche Kündbarkeit des Mietverhältnisses nützen oder schaden werde. Letztlich sprächen gewichtige Argumente für die Wirksamkeit der Schriftformklausel, die beide Parteien vor der ungewollten Folge eines Formverstoßes bei einer mündlichen Vertragsänderung schütze.

B. Entscheidung des BGH in der Revision

Die Entscheidung des BerGer. hält einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

Zutreffend geht das BerGer. davon aus, dass die Klausel, wonach Änderungen und Ergänzungen der Schriftform bedürfen, von dem Grundsatz abweicht, dass Individualvereinbarungen vorgehen und die Klausel deshalb gegen das gesetzliche Leitbild verstößt. Diese Frage ist in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs geklärt (BGH, NJW 1995, 1488 [1489]). Ob in den Fällen der gesetzlichen Schriftform (§ 566 BGB a.F., §§ 578 II, I, 550 BGB n. F.) etwas anderes zu gelten hat, wie das BerGer. meint, ist höchstrichterlich bisher nicht entschieden. Das BerGer. kann sich für seine Auffassung auf Wolf/Eckert/Ball, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 9. Aufl., Rz. 142; Gerber/Eckert, Gewerbliches Miet- und Pachtrecht, 5. Aufl., Rz. 80; Erman/Roloff, BGB, 11. Aufl., § 305 b Rz. 11 (einschränkend Fritz, Mietrecht, 2. Aufl., Rz. 48) und eine Entscheidung des Kammergerichts (MDR 2000, 1241) stützen (anderer Ansicht: Schmidt-Futterer/Lammel, Mietrecht 8. Aufl., § 550 Rz. 68; JURIS PK-BGB/Tonner, § 550, Rdn. 17; Bub in: Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl., Kap. II 564 und Heile, daselbst Kap. II 776; Sternel, Mietrecht, 3. Aufl., Kap. I 210; Drettmann in: Graf von Westphalen, Vertrags-

recht und AGB-Klauselwerke, Geschäftsraummiete Rz. 23).

I. Vorrang der Individualabrede auch vor wirksamen AGB-Klauseln

Die Frage bedarf hier keiner Klärung, weil sie für die Entscheidung des Falles nicht erheblich ist. Ist die Klausel unwirksam, dann konnten die Parteien ohne weiteres nach Abschluss des Mietvertrages durch mündliche Absprache den schriftlichen Mietvertrag ändern. Aber auch dann, wenn die Klausel als wirksam angesehen wird, waren die Parteien nicht gehindert, nach Abschluss des Mietvertrages die Klausel zu ändern. Der Vorrang der Individualabsprache (§ 4 AGBG a. F. = § 305 b BGB n. F.) greift auch gegenüber einer nach AGBG angemessenen Schriftformklausel (Ulmer in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGBG, 9. Aufl., § 4 Rz. 33; Lindacher in: Wolf/Lindacher, AGBG, 4. Aufl., § 4 Rz. 33). Im Ausgangspunkt richtig geht auch das BerGer. vom Vorrang einer Individualvereinbarung (§ 4 AGBG, nunmehr § 305 b BGB) aus. Soweit es aber meint, es könne nicht unterstellt werden, dass die Vertragsparteien - wenn sie die Schriftform für Vertragsänderungen vereinbart haben, um die beiderseitige langfristige Bindung nicht zu gefährden - gleichwohl die Wirksamkeit des mündlich Vereinbarten wollen und die Schriftformabrede als überholt betrachten, so kann ihm nicht gefolgt werden. Vereinbaren die Parteien nach dem Abschluss eines Formularvertrages eine Änderung mittels Individualabsprache, so hat diese Änderung Vorrang vor kollidierenden Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Es kommt nicht darauf an, ob die Parteien eine Änderung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen beabsichtigt haben oder sich der Kollision mit den Allgemeinen Geschäftsbedingungen bewusst geworden sind (BGH, NJW-RR 1995, 179 [180]; vgl. auch BGHZ 71, 162 [164]). Ebenso wenig stellt § 4 AGBG darauf ab, ob die Individualvereinbarung ausdrücklich oder stillschweigend getroffen worden ist (BGH, NJW 1986, 1807; Münch- Komm.BGB/Basedow, 4. Aufl., § 4 AGBG Rz. 5). Den Vorrang gegenüber Allgemeinen Geschäftsbedingungen haben individuelle Vertragsabreden ohne Rücksicht auf die Form, in der sie getroffen worden sind, somit auch dann, wenn sie auf mündlichen Erklärungen beruhen. Das gilt auch dann, wenn durch eine AGB-Schriftformklausel bestimmt wird, dass mündliche Abreden unwirksam sind (BGH, NJW-RR 1995, aaO.; Münch-Komm.BGB/Basedow, § 4 AGBG Rz. 11). Der Vorrang der Individualvereinbarung muss auch dann gewahrt bleiben, wenn man mit dem BerGer. ein Interesse des Verwenders anerkennt, einem langfristigen Mietvertrag nicht durch nachträgliche mündliche Abreden die Schriftform zu nehmen und deshalb eine solche Klausel ausnahmsweise als wirksam ansieht. Das gebieten Sinn und Zweck dieser Regelung. Der in § 4 AGBG niedergelegte Grundsatz besagt, dass vertragliche Vereinbarungen, die die Parteien für den Einzelfall getroffen haben, nicht durch davon abweichende Allgemeine Geschäftsbedingungen durchkreuzt, ausgehöhlt oder ganz oder teilweise zunichte gemacht werden können. Er beruht auf der Überlegung, dass Allgemeine Geschäftsbedingungen als generelle Richtlinien für eine Vielzahl von Verträgen abstrakt vorformuliert und daher von vornherein auf Ergänzung durch die individuelle Einigung der Parteien ausgelegt sind. Sie können und sollen nur insoweit Geltung beanspruchen, als die von den Parteien getroffene Individualabrede dafür Raum lässt (Münch-Komm.BGB/Basedow, aaO. Rz. 1). Wollen die Parteien ernsthaft - wenn auch nur mündlich - etwas anderes, so kommt dem der Vorrang zu. Das Interesse des Klauselverwenders oder gar beider Vertragsparteien, nicht durch nachträgliche mündliche Absprachen die langfristige beiderseitige Bindung zu gefährden, muss gegenüber dem von den Parteien später übereinstimmend Gewollten zurücktreten. Es kommt auch nicht darauf an, ob die Parteien bei ihrer mündlichen Absprache an die entgegenstehende Klausel gedacht haben und sich bewusst über sie hinwegsetzen wollten (so aber Wolf/Eckert/Ball, aaO. Rz. 143). Ein bewusstes Abweichen von einer Schriftformklausel hat der Bundesgerichtshof lediglich gefordert, wenn von einer so genannten qualifizierten Schriftformklausel, die individuell vereinbart war, abgewichen wurde, weil in solchen Fällen der Vorrang der Individualvereinbarung nach § 4 AGBG keine Anwendung findet, sondern die individuell vereinbarte qualifizierte Schriftformklausel erst abgeändert werden muss (BGHZ 66, 378, 381 f.). Allerdings obliegt der Beweis einer solchen mündlichen Abrede demjenigen, der sich auf sie beruft. Er muss die Vermutung widerlegen, dass keine von den Allgemeinen Geschäftsbedingungen abweichenden Absprachen getroffen worden sind (Münch-Komm.BGB/Basedow, aaO., § 4 AGBG Rz. 8).

II. Erforderliche Klärung, ob mündlich Herabsetzung der Miete vereinbart worden ist

Danach kann die Entscheidung des BerGer. keinen Bestand haben. Das Landgericht ist davon ausgegangen, dass der Bekl. seine Behauptung, die Parteien hätten nachträglich die Miete auf 2.000,- DM monatlich reduziert, nicht nachgewiesen habe. Der Bekl. hat die Beweiswürdigung mit der Berufung angegriffen und für seine Behauptung einer nachträglichen Reduzierung der Miete einen weiteren Zeugen angeboten. Mit seiner Auffassung, es könne nicht unterstellt werden, dass die Parteien das mündlich Vereinbarte gewollt haben, weil keine Partei den Verlust der langfristigen Bindung in Kauf nehmen wolle, unterstellt das BerGer. seinerseits einen Parteiwillen, ohne die vom Bekl. angebotenen Beweise zu erheben und zu würdigen. Entgegen der Auffassung des BerGer. kommt es nicht

darauf an, was die Parteien gewollt hätten, falls sie die rechtlichen Folgen einer mündlichen Absprache gekannt hätten, sondern was sie tatsächlich gewollt haben. Wollten die Parteien ernsthaft eine Reduzierung der Miete, dann ist diese Vereinbarung auch dann wirksam, wenn mit der Vereinbarung die langfristige Bindung verloren geht. Das BerGer. wird deshalb gegebenenfalls auch den angebotenen Zeugen vernehmen und eine Beweiswürdigung vornehmen müssen, ob die behauptete Absprache erfolgt ist.

Standort: Verjährung Problem: Gewährleistungsansprüche aus Altverträgen

BGH, URTEIL VOM 26.10.2005
VIII ZR 359/04 (NJW 2006, 44)

Problemdarstellung:

In diesem Fall machte der Kl. aus einem noch 2001 geschlossenen Kaufvertrag über einen Wohnwagen, der allerdings erst im Mai 2002 geliefert wurde, Gewährleistungsansprüche geltend. Unstreitig war diesbezüglich Verjährung eingetreten, wenn auf diese Ansprüche noch § 477 I BGB a. F. anwendbar ist, der für Gewährleistungsansprüche aus Kaufverträgen über bewegliche Sachen grundsätzlich eine Verjährungsfrist von nur 6 Monaten ab Ablieferung vorsah. Hierfür könnte Art. 229 § 5 S. 1 EGBGB sprechen, der für derartige Altverträge grundsätzlich die Geltung des BGB in der bis zum 31.12.2001 geltenden Fassung vorsieht. Diese Grundregel wird hinsichtlich des Verjährungsrechts jedoch in Art. 229 § 6 EGBGB durch eine umfangreiche und auf den ersten Blick schwer verständliche Sonderregelung modifiziert. Das Verständnis dieses Konstrukts sowie seine Ergänzung durch die Rechtsprechung des BGH, wonach das gesamte System des Art. 229 § 6 EGBGB entgegen dem Wortlaut von Art. 229 § 6 I 1 BGB nicht nur auf am 01.01.2002 bestehende und noch unverjährte Ansprüche aus Altverträgen, sondern - erst recht - auf erst später entstehende Ansprüche aus derartigen Vertragsverhältnissen anwendbar ist, wird durch dieses Urteil erleichtert. Der Kl. konnte sich mit seiner Auffassung, es sei bereits die 2-Jahresfrist des § 438 I Nr. 3 BGB n. F. maßgeblich, im Ergebnis nicht durchsetzten, so dass es bei der Klageabweisung infolge der von der Bekl. erhobenen Verjährungseinrede blieb.

Prüfungsrelevanz:

Natürlich sinkt mit jedem Geltungstag des zum 01.01.2002 inklusive der Verjährungsregeln reformierten Schuldrechts die Bedeutung der bis zum 31.12.2001 geltenden Rechtslage. Gleichwohl ist ein Blick zurück bis zum heutigen Tag zuweilen nützlich, um Grund und Bedeutung heute geltender Regelungen besser verstehen, zum neuen Recht entstandene Meinungsstreitigkeiten argumentativ lösen und das aktuelle Recht richtig würdigen zu können. Auch ist für auf das Ende ihrer Ausbildungszeit zusteuernde ReferendarInnen keinesfalls auszuschließen, dass sie in ihrer beruflichen Praxis noch einmal mit Altverträgen konfrontiert werden, wenn auch für zahlreiche Ansprüche aufgrund des Art. 229 § 6 IV 1EGBGB bereits zum 31.12.2004 Verjährung eingetreten ist. Dass Art. 229 § 6 EGBGB einigermaßen unübersichtlich geraten ist, macht eine solche Situation dann nicht einfacher, weshalb die Kenntnis der vorliegenden Entscheidung sich als durchaus nützlich erweisen kann.

Vertiefungshinweise:

❑ Grundlegende Einführung in die §§ 194 ff BGB n. F.: *Witt*, JuS 2002, 105 ff

❑ Grundlegend zur Anwendung von Art. 229 § 6 EGBGB auf erst nach dem 01.01.2002 entstandene Ansprüche: *BGH*, RA 2005, 206 = NJW 2005, 739

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs:* "Keine Lust auf Schönheitsreparaturen"

Leitsätze:

Art. 229 § 6 I 1 und III EGBGB sind auf Ansprüche aus vor dem 01.01.2002 geschlossenen Schuldverhältnissen auch dann anzuwenden, wenn die Ansprüche erst nach diesem Tag entstanden sind. Daher gilt für Gewährleistungsansprüche aus vor dem 01.01.2002 geschlossenen Kaufverträgen die Verjährungsfrist des § 477 BGB a.F. auch dann, wenn die Ansprüche erst nach diesem Tag entstanden sind.

Sachverhalt:

Der Kl. begehrt mit seiner am 13.11.2003 erhobenen Klage Minderung und Schadensersatz in Höhe von 4.000,- € wegen Mängeln eines Wohnwagens, den er im August/September 2001 von der Bekl. gekauft hatte und der am 16.05.2002 an ihn ausgeliefert worden war. Das Amtsgericht hat die Klage wegen Verjährung abgewiesen. Das Landgericht hat die Berufung des Kl. zurückgewiesen. Dagegen wendet sich der Kl. mit seiner vom BerGer. zugelassenen Revision.

Aus den Gründen:

Die Revision hat keinen Erfolg.

A. Entscheidung und Begründung des BerGer.

Das BerGer. hat ausgeführt: Der Kl. könne gegenüber der Bekl. Gewährleistungsansprüche aus dem Kaufver-

trag nicht mehr geltend machen, weil eventuell entstandene Gewährleistungsansprüche nach § 477 BGB a.F. verjährt seien. Die Verjährung von Ansprüchen, die am 01.01.2002 bereits bestanden hätten und noch nicht verjährt seien, richte sich gemäß Art. 229 § 6 I 1 EGBGB grundsätzlich nach neuem Recht. Hiervon mache jedoch Art. 229 § 6 III EGBGB eine Ausnahme, wenn die alte Verjährungsfrist - wie im Falle des § 477 BGB - kürzer sei als die nach neuem Recht. Diese Überleitungsvorschrift sei entsprechend anzuwenden, wenn - wie hier - Gewährleistungsansprüche nach dem 01.01.2002 entstanden seien, der zugrunde liegende Kaufvertrag aber vor diesem Tag abgeschlossen worden sei.

B. Entscheidung des BGH in der Revision

Diese Beurteilung hält der rechtlichen Nachprüfung stand, so dass die Revision des Kl. zurückzuweisen ist. Das BerGer. hat die Klage mit Recht im Hinblick auf die von der Bekl. erhobene Einrede der Verjährung abgewiesen.

I. Unstreitiger Ablauf der Verjährungsfrist bei Anwendbarkeit des § 477 I BGB a. F.

Die Revision stellt nicht in Frage, dass Gewährleistungsansprüche des Kl. aus dem im August/September 2001 geschlossenen Kaufvertrag im Zeitpunkt der Klageerhebung verjährt waren, wenn hierfür die Verjährungsfrist von sechs Monaten nach § 477 I des Bürgerlichen Gesetzbuchs in der bis zum 01.01.2002 geltenden Fassung (im folgenden: a.F.) maßgebend ist.

II. Keine Anwendbarkeit des § 438 I Nr. 3 BGB n. F. auf Ansprüche aus dem Altvertrag

Ohne Erfolg wendet sich die Revision dagegen, dass das BerGer. die Verjährung der geltend gemachten Gewährleistungsansprüche nach § 477 I BGB a.F. beurteilt hat. Sie meint, diese Ansprüche unterlägen nicht der kurzen Verjährung des § 477 BGB a.F., sondern verjährten nach § 438 I Nr. 3 des Bürgerlichen Gesetzbuchs in der seit dem 01.01.2002 geltenden Fassung erst in zwei Jahren. Dies trifft nicht zu.

1. Prinzip des Vorrangs der früher vollendeten Verjährung gem. Art. 229 § 6 III, IV EGBGB

Nach der allgemeinen Überleitungsvorschrift des Art. 229 § 5 S. 1 EGBGB ist auf Schuldverhältnisse, die - wie der vorliegende Kaufvertrag - vor dem 01.01.2002 entstanden sind, das Bürgerliche Gesetzbuch, soweit nicht ein anderes bestimmt ist, in der bis zu diesem Tag geltenden Fassung anzuwenden. Zum Verjährungsrecht trifft Art. 229 § 6 EGBGB - als lex specialis - eine differenzierende, von dem Grundsatz des Art. 229 § 5 EGBGB teilweise abweichende Regelung. Art. 229 § 6 I 1 EGBGB bestimmt als Ausnahme von Art. 229 § 5 S. 1 EGBGB, dass auf die am 01.01.2002 bestehenden und noch nicht verjährten Ansprüche bereits das neue Verjährungsrecht Anwendung findet. Hiervon regeln jedoch Art. 229 § 6 III und IV EGBGB wiederum Rückausnahmen, die unter bestimmten Voraussetzungen zur Geltung des früheren Verjährungsrechts zurückführen. Nach Art. 229 § 6 III EGBGB kommt es für die Frage, ob die alten oder die neuen Verjährungsfristen anzuwenden sind, auf einen Fristenvergleich an, der dazu dient, das gesetzgeberische Prinzip des Vorrangs der früher vollendeten Verjährung zu verwirklichen (vgl. Gsell, NJW 2002, 1297).

2. Anwendung von Art. 229 § 6 I 1, III EGBGB erst recht auf nach dem 01.01.2002 entstandene Ansprüche

Mit Recht hat das BerGer. die Regelung des Art. 229 § 6 III EGBGB auf den vorliegenden Fall angewendet und aus ihr hergeleitet, dass für die Verjährung der vom Kl. geltend gemachten Gewährleistungsansprüche aus dem im August/September 2001 geschlossenen Kaufvertrag noch die Verjährungsfrist des § 477 BGB a.F. Anwendung findet, weil diese kürzer ist als die neue Verjährungsfrist von zwei Jahren nach § 438 I Nr. 3 BGB. Vergeblich hält die Revision der Anwendung des Art. 229 § 6 III BGB entgegen, dass die vom Kl. geltend gemachten Gewährleistungsansprüche nicht, wie Art. 229 § 6 I 1 EGBGB es voraussetze, am 01.01.2002 bereits bestanden hätten, sondern erst danach - mit der Auslieferung des Fahrzeugs am 16.05.2002 - entstanden seien. Zwar bezieht sich der Wortlaut des Art. 229 § 6 I 1 EGBGB in der Tat nur auf Ansprüche, die am 01.01.2002 bereits bestanden. Um solche Ansprüche handelt es sich hier nicht. Etwaige Gewährleistungsansprüche des Kl. bestanden am 01.01.2002 noch nicht; sie konnten erst mit der Übergabe des Wohnwagens am 16.05.2002 entstehen. Damit ist jedoch die Anwendung des Art. 229 § 6 I 1 EGBGB und auch des Abs. III dieser Vorschrift nicht ausgeschlossen. Die Regelung des Art. 229 § 6 I 1 EGBGB über die Geltung des neuen Verjährungsrechts für Ansprüche aus vor dem 01.01.2002 entstandenen Schuldverhältnissen ist, wie der Senat bereits entschieden hat, nicht auf am 01.01.2002 bereits bestehende Ansprüche beschränkt, sondern erstreckt sich - erst recht - auf solche Ansprüche, die nach dem 01.01.2002 entstanden sind (Senatsurteil vom 19.01.2005, NJW 2005, 739 unter II 2 b). Die vom Kl. geltend gemachten Gewährleistungsansprüche werden damit nicht nur von Art. 229 § 6 I 1 EGBGB, sondern auch von Art. 229 § 6 III EGBGB erfasst, so dass für sie die gegenüber § 438 I Nr. 3 BGB kürzere Verjährungsfrist des § 477 BGB a.F. maßgebend ist.

a. Grundsatz-Ausnahme-Verhältnis zwischen Art. 229 § 6 I 1 EGBGB einerseits und Art. 229 § 6 III EGBGB andererseits

Die Anwendung der Bestimmung in Art. 229 § 6 III EGBGB über den Fristenvergleich auf nach dem

01.01.2002 entstandene Ansprüche aus Altverträgen folgt daraus, dass die Überleitungsvorschrift zum neuen Verjährungsrecht (Art. 229 § 6 EGBGB) eine in sich zusammenhängende Regelung darüber enthält, unter welchen Voraussetzungen auf Ansprüche aus vor dem 01.01.2002 entstandenen Schuldverhältnissen bereits die neuen Vorschriften zum Verjährungsrecht oder noch die bisherigen Verjährungsvorschriften Anwendung finden. Die Bestimmung in Art. 229 § 6 III EGBGB über den für die Geltung der Verjährungsfrist maßgeblichen Fristenvergleich regelt selbst nicht, für welche Ansprüche der Fristenvergleich anzustellen ist; der Anwendungsbereich des Art. 229 § 6 III EGBGB ergibt sich aus Abs. I der Vorschrift. Deshalb ist mit der Ausdehnung des Art. 229 § 6 I 1 EGBGB auf nach dem 01.01.2002 entstandene Ansprüche aus Altverträgen auch der Fristenvergleich für diese Ansprüche nach Art. 229 § 6 III EGBGB eröffnet. Dem steht nicht entgegen, dass die Ausdehnung des Art. 229 § 6 I 1 EGBGB auf einer Erst-recht-Argumentation beruht, mit der sich eine Rückkehr zum alten Verjährungsrecht als Folge des Fristenvergleichs nach Art. 229 § 6 III EGBGB nicht ohne weiteres begründen lässt (so zutreffend Gsell, aaO). Dies spricht nicht gegen die Anwendung der Bestimmung über den Fristenvergleich auf nach dem 01.01.2002 entstandene Ansprüche aus Altverträgen. Denn Art. 229 § 6 I 1 EGBGB regelt hinsichtlich der Anwendung des neuen Verjährungsrechts - ebenso wie die allgemeine Überleitungsvorschrift des Art. 229 § 5 S. 1 EGBGB - nur einen Grundsatz, der durch die nachfolgenden Bestimmungen des Art. 229 § 6 EGBGB - insbesondere auch durch die über den Fristenvergleich nach Abs. III dieser Vorschrift - eingeschränkt wird. Art. 229 § 6 I 1 EGBGB ist deshalb so zu lesen, dass die neuen Verjährungsvorschriften auf die am 01.01.2002 bestehenden und noch nicht verjährten Ansprüche - erst recht auf die danach erst entstandenen - Anwendung finden, soweit nicht in den nachfolgenden Absätzen des Art. 229 § 6 EGBGB ein anderes bestimmt ist. Aufgrund dieser Regelungssystematik der Überleitungsvorschrift ist der Fristenvergleich nach Art. 229 § 6 III EGBGB auf alle Ansprüche anzuwenden, die unter Art. 229 § 6 I 1 EGBGB fallen - nicht nur auf die am 01.01.2002 schon bestehenden, sondern auch auf die danach erst entstandenen.

b. Anwendung des Fristenvergleichs aus Art. 229 § 6 III EGBGB aus Gründen des Schuldnerschutzes

Im Hinblick auf die kaufrechtlichen Gewährleistungsansprüche, um die es im vorliegenden Rechtsstreit geht, bestehen darüber hinaus auch sachliche Gründe, die es rechtfertigen, dass sich die kürzere Verjährungsfrist des § 477 BGB a.F. gegenüber der längeren Frist des § 438 I Nr. 3 BGB nicht nur bei den am 01.01.2002 bereits bestehenden, sondern auch bei den erst danach entstandenen Gewährleistungsansprüchen durchsetzt (ebenso Münch-Komm.BGB/Grothe, 4. Aufl., Art. 229 § 6 Rz. 9; Gsell, aaO, 1303; Erman/Schmidt-Räntsch, BGB, 11. Aufl., Anh. vor § 194 Rz. 8; Palandt/Heinrichs, BGB, 64. Aufl., EGBGB, Art. 229 § 6 Rz. 5; a.A. Mansel/ Budzikiewicz, Das Neue Verjährungsrecht, § 10 Rz. 27). Der in Art. 229 § 6 III EGBGB geregelte Vorrang der kürzeren Verjährungsfrist dient dem Schutz des Schuldners (BT-Drucks. 14/6440, S. 273). Der Gesetzgeber hat unter diesem Gesichtspunkt die grundsätzliche Geltung der neuen Verjährungsvorschriften für noch nicht verjährte Ansprüche aus Altverträgen (Art. 229 § 6 I 1 EGBGB) durch Art. 229 § 6 III EGBGB eingeschränkt und ist damit im Interesse des Schuldnerschutzes (Erman/Schmidt-Räntsch, aaO; Münch-Komm.BGB/Grothe, aaO) hinsichtlich der Verjährung zum Grundsatz der Geltung alten Rechts für vor dem 01.01.2002 entstandene Schuldverhältnisse (Art. 229 § 5 S. 1 EGBGB) zurückgekehrt. Dieser Zweck des Art. 229 § 6 III EGBGB spricht dafür, den Fristenvergleich auf die am 01.01.2002 schon entstandenen und die danach erst entstehenden Gewährleistungsansprüche aus vor diesem Tag geschlossenen Kaufverträgen gleichermaßen anzuwenden und somit für beide Fälle die Verjährungsfrist des § 477 BGB a.F. gelten zu lassen. Eine unterschiedliche Behandlung ist unter dem für Art. 229 § 6 III EGBGB maßgeblichen Gesichtspunkt des Schuldnerschutzes nicht gerechtfertigt. Im Schrifttum wird zu Recht darauf hingewiesen, dass die Geltung der längeren Verjährungsfrist des § 438 I Nr. 3 BGB bei nach dem 01.01.2002 entstandenen Gewährleistungsansprüchen aus Altverträgen zum Nachteil des Schuldners dieser Ansprüche zu einem vom Gesetzgeber nicht gewollten Eingriff in das Äquivalenzverhältnis und damit in die Privatautonomie führen würde (Münch-Komm.BGB/Grothe, aaO, Rz. 9; Gsell, aaO, 1303; Palandt/Heinrichs, aaO, Rz. 3; a.A.: Mansel/Budzikiewicz, aaO, Rz. 27). Ob, wie die Revision meint, Art. 229 § 6 III EGBGB auf Ansprüche aus vor dem 01.01.2002 geschlossenen Sukzessiv- oder Dauerlieferungsverträgen keine Anwendung finden dürfe, damit nicht auf lange Zeit noch die Verjährungsfristen nach altem Recht gelten, ist hier nicht zu entscheiden. Denn um einen solchen Vertrag handelt es sich bei dem Kaufvertrag der Parteien nicht.

Standort: Zivilprozessrecht Problem: Nachweis der Ersatzzustellung

BGH, URTEIL VOM 10.11.2005
III ZR 104/05 (NJW 2006, 150)

Problemdarstellung:

Wenn ein Schuldner - wie in diesem Fall der Bekl. - gegen einen am 14.01. zugestellten Vollstreckungsbescheid erst am 01.03. Einspruch einlegt, darf man angesichts der Regelung in §§ 700 I, 339 I ZPO durchaus gespannt sein, welche Ausführungen zur 2-Wochenfrist nun folgen. Ein solcher Fall setzt sich jedoch nicht zwangsläufig mit einem Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nach §§ 233 ff ZPO fort, da der hierfür erforderliche Ablauf einer Notfrist voraussetzt, dass diese überhaupt zu laufen begonnen hat. So nahm der Bekl. auch hier den Standpunkt ein, die den Lauf der Einspruchsfrist bewirkende Zustellung des Vollstreckungsbescheids (vgl. §§ 700 I, 339 I 2. HS. ZPO) sei nicht bewirkt worden. Dieser Argumentation hat bereits das BerGer. die vorhandene Zustellungsurkunde entgegengehalten, derzufolge die Ersatzzustellung durch Einlegen des Schriftstückes in einen Briefkasten "oder in eine ähnliche Vorrichtung" nach § 180 ZPO erfolgt war. Nach § 182 I 2 i. V. m. § 418 I ZPO war der Beweis der ordnungsgemäßen Zustellung damit geführt, der Bekl. zum vollen Gegenbeweis verpflichtet (vgl. § 418 II ZPO). Die Erwiderung des Bekl., die Angaben in der Zustellungsurkunde seien - insbesondere mangels Angabe, ob ein Briefkasten oder eine "ähnliche Vorrichtung" benutzt worden sei - unzureichend, hatte auch gegenüber dem BGH keinen Bestand, so dass der Einspruch verfristet blieb.

Prüfungsrelevanz:

Das zum 01.07.2002 in Kraft getretene Zustellungsreformgesetz vom 25.06.2001 hat neben einer grundlegenden systematischen Umstellung - es wird nunmehr in §§ 166 - 190 ZPO zunächst die Zustellung im Amtsbetrieb geregelt, worauf sodann § 191 ZPO für die Zustellung im Parteibetrieb grundsätzlich Bezug nimmt - einige Detailänderungen gebracht, welche das Bewirken einer wirksamen Zustellung erleichtern sollten. Hier ist neben der durch § 189 ZPO deutlich erweiterten Option der Heilung von Zustellungsmängeln auch § 180 ZPO zu nennen. Diese Norm wurde geschaffen, um nicht in allen Fällen, in denen eine Zustellung an den Zustellungsadressaten persönlich sowie eine Ersatzzustellung nach § 178 ZPO nicht gelingt, auf die Ersatzzustellung durch Niederlegung des Schriftstückes nach § 181 ZPO zurückgreifen zu müssen. Derartige Problemstellungen und hierzu ergangene aktuelle Rechtsprechung sollten insbesondere KandidatInnen zum 2. Staatsexamen geläufig sein. Im 1. Staatsexamen sollten zumindest der Ablauf des Mahnverfahrens (§§ 688 ff ZPO), die Rechtsfolgen der Säumnis einer Prozesspartei (§§ 330 ff ZPO) und die Verknüpfung dieser beiden Themenkomplexe durch § 700 ZPO beherrscht werden.

Vertiefungshinweise:

❑ Überblick über die reformierten Zustellungsregeln: *Wunsch*, JuS 2003, 276 ff

❑ Kein Nachweis einer vorsätzlichen unerlaubten Handlung durch entsprechende Angabe im Vollstreckungsbescheid: *BGH*, RA 2005, 406 = NJW 2005, 1663

❑ Kein Nachweis des Zugangs i. S. d. § 130 I 1 BGB bei nicht abgeholtem Einschreiben mit Rückschein: *OLG Brandenburg*, RA 2005, 409 = NJW 2005, 1585

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs:* "Die zerbrochene Freundschaft"

❑ *Assessorkurs:* "Spätes Kommen"

Leitsatz:

Zum Nachweis der Wirksamkeit einer Ersatzzustellung nach § 180 ZPO ist es nicht erforderlich, dass der Zusteller in der Urkunde angibt, in welche Empfangseinrichtung - Briefkasten oder ähnliche Vorrichtung - er das Schriftstück eingelegt hat, und im Fall einer ähnlichen Vorrichtung diese näher bezeichnet.

Sachverhalt:

Die Kl. erwirkte beim Amtsgericht Hagen gegen den Bekl. am 11.12.2003 im maschinell bearbeiteten Verfahren einen Mahnbescheid über eine Hauptforderung von 915,70 €. Nach dem in den Gerichtsakten befindlichen Aktenausdruck wurde der Mahnbescheid dem Bekl. im Wege der Ersatzzustellung am 13.12.2003 zugestellt. Am 12.01.2004 erließ das Amtsgericht einen Vollstreckungsbescheid. Dieser wurde nach dem Aktenausdruck dem Bekl. am 14.01.2004 zugestellt. Die hierüber gefertigte Urkunde enthielt dem Ausdruck zufolge den Vermerk

"Weil die Übergabe des Schriftstücks in der Wohnung/in dem Geschäftsraum nicht möglich war, habe ich das Schriftstück in den zur Wohnung gehörenden Briefkasten oder in eine ähnliche Vorrichtung eingelegt".

Mit am 01.03.2004 eingegangenem anwaltlichen Schriftsatz hat der Bekl. Einspruch gegen den Vollstreckungsbescheid eingelegt. Er hat behauptet, weder den Mahn-, noch den Vollstreckungsbescheid erhalten zu haben und von diesen erst durch den von der Kl.

beauftragten Gerichtsvollzieher erfahren zu haben. Das Amtsgericht Hamburg-Harburg hat den Einspruch wegen Versäumung der Einspruchsfrist verworfen. Die hiergegen gerichtete Berufung des Bekl. ist erfolglos geblieben. Das BerGer., das durch den Einzelrichter entschieden hat, hat die Revision gegen sein Urteil zugelassen.

Aus den Gründen:
Die Revision des Bekl. ist unbegründet.

A. Entscheidung und Begründung des BerGer.
Das BerGer. hat im Wesentlichen ausgeführt, der Einspruch des Bekl. sei verspätet. Die Zustellung des Vollstreckungsbescheids am 14.01.2004 sei durch den Aktenausdruck nach § 696 II ZPO bewiesen. Hierfür sei es nicht erforderlich, dass der Zusteller angebe, ob er das Schriftstück in den Briefkasten oder in eine ähnliche Vorrichtung gelegt habe. Beide Empfangseinrichtungen stelle § 180 ZPO als gleichwertig nebeneinander. § 182 II Nr. 4 ZPO fordere hierzu keine differenzierten Angaben.

B. Entscheidung des BGH in der Revision
Hiergegen wendet sich die Revision vergeblich.

I. Keine Aufhebung des Berufungsurteils wegen mangelhafter Form
Das angefochtene Urteil ist nicht bereits deshalb aufzuheben, weil es einen Tatbestand, eine ausdrückliche Bezugnahme auf die tatsächlichen Feststellungen des erstinstanzlichen Gerichts und die wörtliche Wiedergabe der Berufungsanträge der Parteien nicht enthält.

1. Entlastung der BerGer. durch § 540 ZPO
Nach § 540 I Nr. 1 ZPO, durch den eine weitgehende Entlastung der BerGer. bei der Urteilsabfassung bezweckt ist, ist ein Tatbestand (§ 313 I Nr. 5 ZPO) nicht erforderlich. Es genügt eine - nicht notwendig ausdrückliche - Bezugnahme auf die tatsächlichen Feststellungen in dem angefochtenen Urteil mit einer Darstellung etwaiger Änderungen oder Ergänzungen. Die Aufnahme der Berufungsanträge in das Berufungsurteil ist hingegen nicht entbehrlich (BGHZ 154, 99 [100]; 156, 97 [99]). Zureichend aber ist, wenn aus dem Zusammenhang deutlich wird, was der Berufungskl. mit seinem Rechtsmittel erstrebt hat (BGHZ 154, 99 [100 f]; 156 aaO.). Darüber hinaus müssen die tatbestandlichen Darstellungen in den Gründen des Berufungsurteils ausreichen, um eine revisionsrechtliche Nachprüfung zu ermöglichen (BGHZ 156 aaO.).

2. Vereinbarkeit des angegriffenen Berufungsurteils mit § 540 ZPO
Diesen Anforderungen genügt das angefochtene Berufungsurteil noch. Aus ihm wird deutlich, dass das Amtsgericht den Einspruch des Bekl. gegen den Vollstreckungsbescheid vom 12.01.2004 wegen Versäumung der hierfür geltenden Frist verworfen hat. Ferner ist dem Berufungsurteil zu entnehmen, dass sich der Bekl. mit seiner Berufung hiergegen gewandt und welche Einwendungen er geltend gemacht hat. Auch der dem Rechtsstreit zugrunde liegende - sehr überschaubare - Tatsachenkern ist erkennbar. Dies ermöglicht in ausreichendem Maß die Überprüfung durch das Revisionsgericht.

II. Keine Aufhebung des Berufungsurteils wegen Verstoßes gegen § 526 I Nr. 3 ZPO
Das Berufungsurteil unterliegt entgegen der Ansicht der Revision ferner nicht der Aufhebung, weil der Einzelrichter über die Berufung des Bekl. entschieden hat, ohne den Rechtsstreit der Kammer wegen der Grundsatzbedeutung zur Entscheidung über eine Übernahme vorzulegen. Die durch den Einzelrichter wegen Grundsätzlichkeit zugelassene Revision führt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Senatsurteil vom 23.10.2003, NJW 2003, 3768; BGH, NJW 2004, 2301; NJW 2003, 2900 f.) nicht wegen Verstoßes gegen Art. 101 I 2 GG zur Aufhebung des Berufungsurteils. Ob etwas Anderes gilt, wenn das Kollegium dem Einzelrichter "sehenden Auges" entgegen § 526 I Nr. 3 ZPO eine Sache zur Entscheidung überträgt, obgleich sie Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung aufwirft, braucht nicht entschieden zu werden. Ein solcher Fall liegt hier entgegen der Ansicht der Revision nicht vor. Das Kammerkollegium hatte in seinem Hinweisbeschluss vom 29.12.2004 die grundsätzliche Bedeutung noch verneint. Zwar ist der Prozessbevollmächtigte der Bekl. mit Schriftsatz vom 20.01.2005 dieser Ansicht entgegengetreten. Es ist aber nichts dafür ersichtlich, dass das Kammerkollegium seine Auffassung daraufhin vor dem Beschluss vom 14.02.2005, mit dem es die Sache dem Einzelrichter übertragen hat, revidiert hat. Erst der Einzelrichter hat in der mündlichen Verhandlung vom 03.03.2005 erklärt, die Zulassung der Revision sei beabsichtigt, da sich eine klärungsbedürftige Rechtsfrage stelle.

III. Berufungsurteil auch in der Sache zutreffend
Schließlich ist der Einspruch des Bekl. gegen den Vollstreckungsbescheid vom 12.01.2004 zu Recht wegen Versäumung der in § 339 I i.V.m. § 700 I ZPO bestimmten Frist zur Einlegung dieses Rechtsbehelfs gemäß § 341 I ZPO als unzulässig verworfen worden. Der Einspruch ist nach den erstgenannten Bestimmungen binnen zwei Wochen einzulegen. Diese Frist beginnt mit der Zustellung des Vollstreckungsbescheids (§ 339 I, 2. HS. ZPO). Die Vorinstanzen sind zutreffend davon ausgegangen, dass diese am 14.01.2004 erfolgte, die Einspruchsfrist damit am 28.01.2004 ablief und der am 01.03.2004 eingegangene Rechtsbehelf mithin verspätet war.

1. Beweis der Zustellung durch öffentliche Urkunde gem. §§ 182 I 2, 418 ZPO

Der Tag der Zustellung des Vollstreckungsbescheids ist aufgrund des in dem Aktenausdruck gemäß § 696 II 1 ZPO dargestellten Textes der hierüber errichteten Urkunde nachgewiesen. Der Aktenausdruck erbringt den vollen Beweis für den Inhalt der in ihm wiedergegebenen Zustellungsurkunde (§ 696 II 2 i.V.m. § 418 I ZPO). Nach § 182 I 2 ZPO gilt für die Zustellungsurkunde wiederum § 418 I ZPO. Das heißt, dass es sich um eine öffentliche Urkunde handelt, die den vollen Beweis der in ihr bezeugten Tatsachen begründet - im vorliegenden Fall die fehlende Möglichkeit der Übergabe des Vollstreckungsbescheids und die Einlegung in einen zur Wohnung gehörenden Briefkasten oder in eine ähnliche geeignete Vorrichtung (Voraussetzungen der Ersatzzustellung gemäß § 180 ZPO) am 14.01.2004.

Zwar kann der Beweis der Unrichtigkeit geführt werden (§ 418 II ZPO). Dafür genügt es jedoch nicht, wenn - wie hier der Bekl. - der Adressat der Zustellung schlicht behauptet, das Schriftstück nicht erhalten zu haben. Dies folgt schon allein daraus, dass es für die Wirksamkeit der Zustellung nicht darauf ankommt, ob und wann er das Dokument seiner Empfangsvorrichtung entnommen und ob er es tatsächlich zu Kenntnis genommen hat (BFH/NV 2004, 509 [510] m.w.N.; BFH/NV 2004, 497 [498] m.w.N.; BSG, Beschluss vom 27.01.2005 - B 7a/7 AL 194/04 B - juris Rn. 5). Der Beweis der Unrichtigkeit der in der Zustellungsurkunde bezeugten Tatsachen erfordert vielmehr den vollen Beweis eines anderen als des beurkundeten Geschehens, der damit ein Fehlverhalten des Zustellers und eine objektive Falschbeurkundung belegt (BVerfG, NJW-RR 2002, 1008; BFH/NV 2004, 509 [510] m.w.N.; BSG aaO). Notwendig ist der volle Beweis in der Weise, dass die Beweiswirkung der Zustellungsurkunde vollständig entkräftet und jede Möglichkeit der Richtigkeit der in ihr niedergelegten Tatsachen ausgeschlossen ist (BFH und BSG aaO; vgl. auch Senatsurteil, NJW 1990, 2125 f. m.w.N.). Der Bekl. hat insoweit nichts vorgebracht, was auch nur ansatzweise diesen Anforderungen genügen könnte.

2. Keine Angabe erforderlich, ob Einlegung in Briefkasten oder "ähnliche Vorrichtung"

Entgegen der Ansicht der Revision ist es zum Nachweis der Wirksamkeit einer hier in Rede stehenden Ersatzzustellung nach § 180 ZPO nicht erforderlich, dass der Zusteller in der Urkunde angibt, in welche Empfangseinrichtung - Briefkasten oder ähnliche Vorrichtung - er das Schriftstück eingelegt hat, und im Fall der ähnlichen Vorrichtung diese näher bezeichnet (vgl. auch BFH/NV 2004, 509 [510]). Der Senat vermag sich dieser auch von Stöber (in Zöller, ZPO, 25. Aufl., § 182 Rz. 8) vertretenen Auffassung nicht anzuschließen. Es bedarf nach dem für den Inhalt der Zustellungsurkunde bei einer Ersatzzustellung nach § 180 ZPO maßgebenden § 182 II Nr. 4 ZPO keiner Beschreibung, in welchen Briefkasten oder in welche ähnliche Vorrichtung das Schriftstück eingelegt wurde. Nach dieser Bestimmung ist im Fall des § 180 ZPO lediglich die Angabe des Grundes, der die Ersatzzustellung rechtfertigt, notwendig. Zur Bezeichnung der Empfangsvorrichtung, in die die Sendung eingelegt wird, enthält die Vorschrift keine Regelung. Auch aus der Begründung der Bundesregierung zu dem Entwurf des Zustellungsreformgesetzes vom 25.06.2001 (BGBl. I S. 1206, geändert durch Art. 5 des Schuldrechtsmodernisierungsgesetz vom 26.11.2001, BGBl. I S. 3138 [3181]), durch das unter anderem die Bestimmungen über die Zustellungsurkunde mit Wirkung vom 01.07.2002 neu gefasst wurden, ergibt sich die Notwendigkeit der Angabe der konkreten Empfangseinrichtung, in die das zuzustellende Dokument eingelegt wurde, nicht (siehe BT-Drucks. 14/4554, S. 21 f). Dies gilt ebenfalls für die Anlage 1 zu § 1 Nr. 1 Zustellungsvordruckverordnung vom 12.02.2002 (BGBl. I S. 671 [672 f.], geändert mit Wirkung vom 01.05.2004, BGBl. I S. 619 [620 f.]), in der der Inhalt und die Gestaltung der Zustellungsurkunde vorgeschrieben sind. Zwar ergibt sich aus Nummern 10.1 und 10.2 des Vordruckmusters die Verpflichtung des Zustellers, in der Urkunde anzugeben, dass er das zuzustellende Schriftstück in einen zur Wohnung oder zum Geschäftsraum gehörenden Briefkasten oder eine ähnliche Vorrichtung eingelegt hat. In dem Vordruckmuster ist aber die Mitteilung, welche von beiden Alternativen erfüllt ist, und gegebenenfalls die nähere Bezeichnung der ähnlichen Vorrichtung nicht vorgesehen, so dass diese Angaben auch nach der Verordnung nicht erforderlich sind.

Entgegen der Ansicht der Revision ist die Aufnahme dieser Angaben in die Zustellungsurkunde auch nicht aus Gründen eines effektiven Rechtsschutzes sowie der Gewährung des rechtlichen Gehörs und damit von Verfassungs wegen geboten. Die Führung des dem Adressaten obliegenden Beweises, dass eine Ersatzzustellung gemäß § 180 ZPO entgegen den Angaben in der hierüber errichteten Urkunde nicht oder nicht wirksam erfolgt ist, wird nicht unzumutbar dadurch erschwert, dass der Zusteller sich auf die Angabe beschränken kann, er habe die Sendung in einen Briefkasten oder eine ähnliche Vorrichtung eingelegt. Ein Briefkasten und eine ähnliche Vorrichtung, die zum Beispiel in einem Briefschlitz bestehen kann (Begründung der Bundesregierung zum Entwurf des Zustellungsreformgesetzes, aaO., S. 21; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 63. Aufl., § 180 Rz. 5; Münch-Komm.ZPO/Wenzel, Aktualisierungsband, 2. Aufl., § 180 Rz. 3; Musielak/Wolst, ZPO, 4. Aufl., § 180 Rz. 2; Stein/Jonas/Roth, ZPO, 22. Aufl., § 180 Rz. 3), müssen dem Adressaten eindeutig zuzuordnen, für den Postempfang eingerichtet sowie für eine sichere

Aufbewahrung geeignet sein und sich in einem ordnungsgemäßen Zustand befinden (z.B. Begründung der Bundesregierung zum Entwurf des Zustellungsreformgesetzes; Münch-Komm.ZPO/Wenzel; Stein/Jonas/Roth, jeweils aaO.). In aller Regel wird der Zustellungsadressat nur über eine Einrichtung verfügen, bei der die Erfüllung dieser Kriterien in Betracht kommt. Er wird deshalb unschwer erkennen können, welche Vorrichtung der Zusteller mit der Eintragung in der Urkunde gemeint hat, und seine Rechtsverteidigung oder -verfolgung hierauf einrichten können. Aber auch wenn mehrere derartige als zum Postempfang geeignet anzusehende Vorrichtungen vorhanden sind und auch durch Nachfrage bei dem Zusteller nicht in Erfahrung zu bringen ist, welche dieser genutzt hat, wird dem Adressaten der Rechtsschutz nicht unverhältnismäßig erschwert, wenn die Zustellungsurkunde nicht bezeichnet, in welche der Einrichtungen das Schriftstück eingelegt wurde. Zwar muss der Empfänger in diesem Fall den Beweis, dass die Zustellung nicht oder nicht wirksam vorgenommen wurde, in Bezug auf jede dieser Einrichtungen führen. Dies ist ihm aber zuzumuten, da es in seiner Sphäre liegt, nur eine einzige geeignete Einrichtung deutlich erkennbar für den Postempfang zu bestimmen und so Mehrdeutigkeiten zu vermeiden.

Strafrecht

Standort: § 52 StGB — Problem: Natürliche Handlungseinheit

BGH, URTEIL VOM 11.10.2005
1 STR 195/05 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Die insgesamt fünf Angeklagten hatten sich von drei anderen Personen provoziert gefühlt und wollten diesen die empfundenen Ehrverletzungen "heimzahlen". Deshalb griffen sie die Opfer mit dem Ruf "Wir machen Euch fertig" gemeinschaftlich an. Während der hieraus resultierenden Schlägerei zog der Angeklagte I plötzlich ein Messer und stach auf die Opfer ein, wodurch eines lebensgefährlich verletzt und ein anderes getötet wurde. Das Landgericht Tübingen hatte I deshalb insb. wegen Totschlags (§ 212 StGB) und versuchten Totschlags verurteilt, einen Mord "aus niedrigen Beweggründen" hatte es abgelehnt. Auch hatte es die anderen Angeklagten wegen Körperverletzungsdelikten nur bzgl. derjenigen Opfer verurteilt, die jeder Angeklagte selbst verletzt hatte und schließlich insgesamt bzgl. aller Delikte eine Tateinheit (§ 52 StGB) angenommen. Diese Wertungen hob der BGH auf.

Prüfungsrelevanz:

Tötungsdelikte stellen ein beiden Examen einen häufigen Prüfungsstoff dar; gerade § 211 StGB und die Voraussetzungen der einzelnen Mordmerkmale sind immer wieder Gegenstand von Examensaufgaben. Auch Probleme der mittäterschaftlichen Zurechnung und Konkurrenzprobleme, wie sie im vorliegenden Fall Erwähnung finden, sind regelmäßig Bestandteil von Examensklausuren.

Zunächst befasst sich der BGH in der vorliegenden Entscheidung mit der Frage, unter welchen Voraussetzungen die (versuchte) Tötung des Opfers "aus niedrigen Beweggründen" i.S.v. § 211 StGB erfolgt. Bei der Prüfung des Vorliegens eines Mordmerkmales ist stets zu berücksichtigen, dass § 211 StGB auf der Rechtsfolgenseite als einziges Delikt des deutschen Strafrechts keinen Strafrahmen aufweist, sondern eine zwingende Rechtsfolge. Werden die Voraussetzungen eines Mordes bejaht, so muss nach dem gesetzeswortlaut auf lebenslange Freiheitsstrafe erkannt werden. Deshalb sind alle Umstände die für den Täter sprechen, bereits auf Tatbestandsebene zu berücksichtigen, was dazu führt, dass die Mordmerkmale stets restriktiv auszulegen sind (BVerfGE 187, 267; Tröndle/Fischer, § 211 Rn. 2).

Eine restriktive Auslegung bereitet jedoch gerade beim Mordmerkmal der "niedrigen Beweggründe" Probleme, da dieses sprachlich sehr weit gefasst ist und außerdem auch von Gesetzgeber bewusst als Auffangtatbestand konzipiert wurde. In Rechtsprechung und herrschender Lehre ist allerdings anerkannt, dass ein Beweggrund des Täters dann als "niedrig" im Sinne von § 211 StGB anzusehen ist, wenn er sittlich auf tiefster Stufe steht und besonders verachtenswert erscheint (BGH, StV 1994, 182; Schönke/Schröder-Eser, § 211 Rn. 18 mwN).

Obwohl das Mordmerkmal der "niedrigen Beweggründe" als subjektives Tatbestandsmerkmal angesehen wird, hat es nach Auslegung des BGH sowohl objektive als auch subjektive Elemente (vgl. auch BGH, NJW 2004, 1466 (= RA 2004, 339)): Die Bewertung der Motive des Täters als "niedrig" ist objektiv vorzunehmen, dem Täter muss es aber subjektiv bewusst sein, dass er von diesen Beweggründen angetrieben wird. Dass seine Handlungsantriebe als "niedrig" zu bewerten sind, braucht der Täter nicht zu erkennen; er muss aber zu einer entsprechenden Wertung in der Lage sind. Das Vorliegen "niedriger Beweggründe" wird immer wieder problematisiert, wenn der Täter aus einem anderen Kulturkreis stammt, der insb. andere Vorstellungen bzgl. der Ehre eines Menschen hat. Während es hierzulande einen niedrigen Beweggrund darstellt, auf eine geringe Provokation mit einer Tötung zu reagieren, mag dies bei einem anderen Ehrempfinden durchaus als "gerechter Zorn" gelten. Der BGH betont insofern im vorliegenden Fall, dass die (objektive) Beurteilung des Beweggrundes als "niedrig" nach dem Maßstäben der deutschen Rechtsgemeinschaft und nicht nach denen von Splittergruppen zu bestimmen ist und dass die (subjektiven) Erkennbarkeit auch bei einem ausländischen Täter grdsl. gegeben sein dürfte, da auch in anderen Kulturkreisen die Reaktion auf eine jedenfalls banale Kränkung mit einer Tötung als verwerflich angesehen wird.

Kurz befasst sich der BGH mit dem Bereich der mittäterschaftlichen Zurechnung. Begehen mehrere Täter eine Tat "gemeinschaftlich" i.S.v. § 25 II StGB, also als Mittäter, so werden alle Handlungen sämtlicher Mittäter, die vom gemeinsam gefassten Tatplan gedeckt sind, den anderen Mittätern zugerechnet. Im vorliegenden Fall betont der BGH deshalb, dass alle Angeklagte auch für die Verletzungen der Opfer haften, die sie nicht eigenhändig angegriffen hatten, da diese

jedenfalls Gegenstand der gemeinsam geplanten Tat waren. Eine Zurechnung erfolgt auch im Rahmen einer mittäterschaftlichen Begehung jedoch dann nicht, wenn ein Mittäter den Rahmen der gemeinsamen Tat sprengt (sog. Mittäterexzess). Im vorliegenden Fall stellte die Verwendung eines Messers durch den Angeklagten I einen solchen Exzess dar, da die Verwendung von Waffen sowie Tötungshandlungen nicht geplant waren. Deshalb wurden die von I begangenen Tötungsdelikte den anderen auch grdsl. nicht zugerechnet.

Schließlich betont der BGH, dass insb. beim Angeklagten I, der sämtliche Opfer nacheinander angegriffen hatte, die insofern verwirklichten Delikte entgegen dem Ergebnis des Landgerichts nicht über die Bildung einer natürlichen Handlungseinheit zu einer Tateinheit (§ 52 StGB) zusammengefasst werden können. In Tateinheit gem. § 52 StGB stehen diejenigen Delikte, die der Täter durch dieselbe Handlung begangen hat. "Dieselbe Handlung" des Täters i.S.v. § 52 StGB bist jedoch nicht nur dann gegeben, wenn der Täter mehrere Tatbestände durch dieselbe Handlung im natürlichen Sinne, also eine einzige, auf einen einheitlichen Willensentschluss zurückzuführende, Körperbewegung (vgl. BGHSt 18, 26; Schönke/Schröder-Stree, Vor §§ 52 ff. Rn. 10), verwirklicht hat. Es ist auch möglich, mehrere Handlungen im natürlichen Sinne zu einer natürlichen Handlungseinheit zusammen zu ziehen. Die Rechtsprechung hat eine solche in der Vergangenheit grdsl. dann angenommen, wenn mehrere Handlungen im natürlichen Sinne raum-zeitlich eng zusammenhängen und auf einem einheitlichen Entschluss des Täters beruhen, so dass "sich das gesamte Tätigwerden [...] auch für einen Dritten als einheitliches zusammengehöriges Tun bei natürlicher Betrachtungsweise erkennbar macht." (BGH, NJW 1996, 937; 1997, 276). Im vorliegenden Fall - wie in der Vergangenheit auch schon (vgl. BGH, NStZ 1996, 129; NJW 1998, 620) - betont der BGH jedoch, dass Angriffe auf höchstpersönliche Rechtsgüter verschiedener Personen auch bei Vorliegen der o.g. Voraussetzungen für eine natürliche Handlungseinheit nur ausnahmsweise zu einer solchen zusammengezogen werden können, dann nämlich wenn sie in einem außergewöhnlich engen zeitlichen und situativen Zusammenhang stehen oder bei einem Angriff auf eine Personenmehrheit, ohne dass der Täter ein bestimmtes Individuum aus dieser Gruppe treffen will.

Vertiefungshinweise:

❑ Zum Mordmerkmal der niedrigen Beweggründe, insb. bei Ausländern: *BGH*, NJW 1995, 602; 2004, 1466; StV 1997, 565; 1998, 131; *Fabricius*, StV 1996, 209; *Jähnke*, MDR 1980, 709; *Otto*, Jura 2003, 617; *Schüler-Springorum*, NStZ 1983; 433

❑ Zu den Voraussetzungen einer natürlichen Handlungseinheit: *BGH*, NJW 1996,. 937; 1997, 276; 1998, 620; NStZ 1996, 129; 2000, 30; wistra 2004, 417; *Geisler*, Jura 1995, 79; *Puppe*, JR 1996, 513; *Satzger*, JR 1998, 518; *Sowada*, Jura 1995, 253; *Wilhelm*, NStZ 1999, 80

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs*: "Enttäuschte Liebe"

❑ *Examenskurs*: "Argentina"

Leitsätze (der Redaktion):

1. Ein Tötungsbeweggrund ist "niedrig" im Sinne von § 211 StGB, wenn er nach allgemeiner sittlicher Würdigung auf tiefster Stufe steht und deshalb besonders verachtenswert ist. Ob dies der Fall ist, beurteilt sich aufgrund einer Gesamtwürdigung, welche die Umstände der Tat, die Lebensverhältnisse des Täters und seine Persönlichkeit einschließt. Bei einer Tötung aus Wut oder Verärgerung kommt es darauf an, ob diese Antriebsregungen ihrerseits auf einer niedrigen Gesinnung beruhen. Bei diesen Abwägungen steht dem Tatrichter ein Beurteilungsspielraum zu, den das Revisionsgericht nicht durch eigene Erwägungen ausfüllen kann.

2. Der Maßstab für die Bewertung der Beweggründe als "niedrig" ist den Vorstellungen der Rechtsgemeinschaft der Bundesrepublik Deutschland zu entnehmen und nicht den Anschauungen einer Volksgruppe, die die sittlichen und rechtlichen Werte dieser Rechtsgemeinschaft nicht anerkennt.

3. Höchstpersönliche Rechtsgüter verschiedener Personen sind einer additiven Betrachtungsweise, wie sie der natürlichen Handlungseinheit zugrunde liegt, nur ausnahmsweise zugänglich. Greift der Täter einzelne Menschen nacheinander an, um jeden von ihnen in seiner Individualität zu beeinträchtigen, so besteht sowohl bei natürlicher als auch bei rechtsethisch wertender Betrachtungsweise selbst bei einheitlichem Tatentschluss und engem räumlichen und zeitlichen Zusammenhang regelmäßig kein Anlass, diese Vorgänge rechtlich als eine Tat zusammenzufassen. Etwas anderes kann nur dann gelten, wenn eine Aufspaltung in Einzeltaten wegen eines außergewöhnlich engen zeitlichen und situativen Zusammenhangs, etwa bei Messerstichen innerhalb weniger Sekunden, oder bei einem gegen eine aus der Sicht des Täters nicht individualisierten Personenmehrheit gerichteten Angriff, willkürlich und gekünstelt erschiene.

Sachverhalt:

Am Abend des 3. September 2003 gerieten die Angeklagten I und A in der Innenstadt Rs in eine verbale Auseinandersetzung mit den später Geschädigten Ra,

Z und G. Sie fühlten sich, insbesondere durch das griechische Schimpfwort "Malaka", so beleidigt, dass sie die Sache nicht auf sich beruhen lassen wollten. Mit den herbeigerufenen Angeklagten C, K und S als Verstärkung traten sie ihren drei Gegnern nach etwa 40 Minuten erneut gegenüber. S und I begannen, S von vorne und I von hinten, auf Ra, der sich nicht ernstlich wehren konnte, mit Fäusten einzuschlagen. Nunmehr entschloss sich I, ein in seiner Kleidung mitgebrachtes Messer, dessen Existenz den anderen Angeklagten bis dahin nicht bekannt war, zum Einsatz zu bringen. Er stach dem Ra gezielt und wuchtig in den rechten und mittleren Halsbereich sowie in den linken Rücken.
Die Stichverletzungen waren akut lebensgefährlich und hätten ohne eine alsbald durchgeführte Notoperation zum Tode geführt. C, dem das Ausmaß der dem Ra zugefügten Verletzungen nicht bewusst war, versetzte diesem noch mindestens vier Faustschläge in den Bereich des Kopfes und des Oberkörpers. I und S wandten sich nun dem - völlig betrunkenen und deshalb kampfunfähigen - Z zu. S griff wieder von vorne an, I, der das Messer noch in der Hand hielt, von hinten. I stach insgesamt sechsmal wuchtig auf den Oberkörper des Z ein; ein 17 cm tiefer Stich traf direkt in das Herz und führte zu seinem Tod. Während dieses Geschehens hatten K und A den etwas seitlich befindlichen G von vorne und von hinten angegriffen.
Während dieses Handgemenges näherte sich zufällig ein Fahrzeug, dessen Insassen auf das Geschehen aufmerksam wurden. K und A ließen daraufhin von G ab und flüchteten. Nunmehr griffen I, S und C ihrerseits G von drei Seiten an. C versetzte ihm einen gezielten Faustschlag ins Gesicht. I stach ihm mit dem Messer in den Rücken, allerdings erheblich weniger wuchtig als den Ra und den Z - Stichtiefe ein Zentimeter -, und trat noch mehrmals auf ihn ein. Anschließend flüchteten auch diese drei Angeklagten.

Aus den Gründen:
I. Prozessgeschichte

1. Entscheidung des Landgerichts
Das Landgericht hat die Angeklagten wie folgt verurteilt:
- den Angeklagten I wegen Totschlags, versuchten Totschlags in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung und mit Beteiligung an einer Schlägerei sowie gefährlicher Körperverletzung in Tateinheit mit Beteiligung an einer Schlägerei zur Gesamtfreiheitsstrafe von 14 Jahren,
- den Angeklagten A wegen gefährlicher Körperverletzung in Tateinheit mit Beteiligung an einer Schlägerei unter Einbeziehung eines Urteils des Amtsgerichts Reutlingen vom 31. Juli 2003 zu der einheitlichen Jugendstrafe von zwei Jahren und neun Monaten,
- den Angeklagten C wegen gefährlicher Körperverletzung in Tateinheit mit Beteiligung an einer Schlägerei in zwei Fällen zur Jugendstrafe von zwei Jahren unter Strafaussetzung zur Bewährung,
- den Angeklagten K wegen gefährlicher Körperverletzung in Tateinheit mit Beteiligung an einer Schlägerei zur Freiheitsstrafe von zwei Jahren und neun Monaten,
- den Angeklagten S wegen Totschlags sowie gefährlicher Körperverletzung in Tateinheit mit Beteiligung an einer Schlägerei in zwei Fällen zur Gesamtfreiheitsstrafe von neun Jahren.
Den Angeklagten A hat das Landgericht im Übrigen freigesprochen.

2. Rechtsmittel
Die Staatsanwaltschaft rügt mit ihren zu Ungunsten der fünf Angeklagten eingelegten Revisionen die Verletzung sachlichen Rechts. Sie wendet sich gegen die Verneinung eines Tötungsvorsatzes bei den Angeklagten I und S, soweit diese (nur) wegen gefährlicher Körperverletzung zum Nachteil des G verurteilt wurden und gegen die Verneinung des Mordmerkmals der sonstigen niedrigen Beweggründe bei dem Angeklagten I. Ferner beanstandet sie, dass die Angeklagten A, C und K nicht jeweils wegen drei (tateinheitlicher) Vergehen der gefährlichen Körperverletzung verurteilt wurden. Mit ihren zum Nachteil der Angeklagten I, C, K und S eingelegten und ebenfalls auf die Sachrüge gestützten Rechtsmitteln verfolgen die Nebenkläger hinsichtlich des Angeklagten I die gleichen Ziele wie die Staatsanwaltschaft und rügen zusätzlich die Verneinung des Mordmerkmals der sonstigen niedrigen Beweggründe auch bei dem Angeklagten S.

II. Entscheidung des BGH
Die Rechtsmittel der Staatsanwaltschaft, soweit sie die Angeklagten I, A, C und K betreffen, und das den Angeklagten I betreffende Rechtsmittel der Nebenkläger haben den aus der Urteilsformel ersichtlichen Teilerfolg; im Übrigen bleiben die Rechtsmittel erfolglos.

1. Revisionen der Staatsanwaltschaft

a. Zum Mordmerkmal der "niedrigen Beweggründe"
Die Verneinung des Mordmerkmals "niedrige Beweggründe" bezüglich der versuchten Tötung des Ra und der Tötung des Z durch den Angeklagten I hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand.
Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist ein Tötungsbeweggrund niedrig, wenn er nach allgemeiner sittlicher Würdigung auf tiefster Stufe steht und deshalb besonders verachtenswert ist. Ob dies der Fall ist, beurteilt sich aufgrund einer Gesamtwürdigung, welche die Umstände der Tat, die Lebensverhältnisse des Täters und seine Persönlichkeit einschließt (vgl. BGHSt 47, 128, 130 m.w.N.). Bei einer Tötung aus Wut oder Verärgerung kommt es darauf an, ob diese Antriebsregungen ihrerseits auf einer niedrigen Gesinnung beruhen (BGH NJW 1995,

3196). Bei diesen Abwägungen steht dem Tatrichter ein Beurteilungsspielraum zu, den das Revisionsgericht nicht durch eigene Erwägungen ausfüllen kann (vgl. Senat, Urteil vom 10. Mai 2005 - 1 StR 30/05). Hat der Tatrichter die genannten Maßstäbe erkannt und den Sachverhalt vollständig gewürdigt, ist seine Würdigung auch dann nicht zu beanstanden, wenn ein anderes Ergebnis möglich gewesen wäre. Diesen Anforderungen wird das angefochtene Urteil jedoch nicht gerecht.

Zu Unrecht hat die Kammer bei ihrer Abwägung der Beweggründe des Angeklagten den "Hintergrund seiner kulturellen Herkunft, in der der Begriff der Ehre besonders ausgeprägt ist" einbezogen. Der Maßstab für die Bewertung der Beweggründe ist den Vorstellungen der Rechtsgemeinschaft der Bundesrepublik Deutschland zu entnehmen und nicht den Anschauungen einer Volksgruppe, die die sittlichen und rechtlichen Werte dieser Rechtsgemeinschaft nicht anerkennt (vgl. BGHR StGB § 211 Abs. 2 niedrige Beweggründe 41 m.w.N.).

Anhaltspunkte dafür, dass der Angeklagte außer Stande war, die Bewertung seiner Handlungsantriebe durch die deutsche Rechtsordnung als niedrig nachzuvollziehen, lassen sich den Feststellungen der Kammer nicht entnehmen; solches liegt auch fern. Unabhängig davon weist die Revision zu Recht darauf hin, dass die Annahme, einfache Beleidigungen würden die Tötung von Menschen zu einer Ehrensache machen, auch in fremden Kulturkreisen durchaus fern liegend ist, zumal wenn zwischen dem Anlass und den Taten ein eklatantes Missverhältnis besteht. Dass der Angeklagte durch diese Beleidigungen zu seinen Taten "provoziert" wurde, kann ihn nicht entlasten, denn auch in diesem Fall bestünde ein eklatantes Missverhältnis zwischen Tatanlass und Tötung.

Die Kammer stellt ferner bei den Erörterungen der Motivlage des Angeklagten darauf ab, es sei "nicht auszuschließen, dass der Angeklagte ... zusätzlich in seiner Hoffnung auf eine Beziehung mit einer Frau enttäuscht worden" sei; diese frustrierende Situation habe dazu geführt, dass er die Beleidigung als überaus kränkend empfunden habe. Aus den Urteilsfeststellungen ergibt sich lediglich, dass die Angeklagten I und A sich vor dem ersten Zusammentreffen mit den Geschädigten mit zwei Mädchen in einem Restaurant aufgehalten hatten. Die Annahme einer enttäuschten Beziehungserwartung entbehrt daher einer ausreichenden Grundlage und erweist sich als bloße Vermutung.

Es ist weder im Hinblick auf den Zweifelssatz noch sonst geboten, zu Gunsten des Angeklagten Vorgänge zu unterstellen, für deren Vorliegen keine konkreten Anhaltspunkte ersichtlich sind (vgl. Senat, Urteil vom 31. Mai 2005 - 1 StR 290/04). Unabhängig davon wäre eine derartige enttäuschte Beziehungserwartung kaum geeignet, die Bewertung des Tötungsbeweggrundes als niedrig zu verändern.

Schließlich begegnen auch die Erwägungen, mit denen das Landgericht das Vorliegen der subjektiven Erfordernisse des Mordmerkmals der niedrigen Beweggründe verneint hat, rechtlichen Bedenken. Das Landgericht hat hierzu ausgeführt, der Angeklagte habe "seinen Antrieb ... nicht mehr beherrschen" können. Anhaltspunkte hierfür teilt das Urteil jedoch nicht mit. Auch wenn der Angeklagte - wovon das Landgericht ausgeht - den Tötungsentschluss erst am Tatort gefasst hat, handelte es sich insbesondere nicht um eine kurze Spontantat im Sinne einer wutbedingten "Kurzschlusshandlung", sondern um ein länger andauerndes, mehraktiges Vorgehen gegenüber mehreren Opfern in unterschiedlichen Positionen. Selbst wenn der Angeklagte bei den Taten in immer größere Erregung geraten sein sollte, könnte ihn dies nicht entlasten, wenn er sich bewusst von beherrschbaren Gefühlen zu den Taten hätte treiben lassen (vgl. BGH NStZ 2004, 332).

Der neue Tatrichter wird zu beachten haben, dass nicht nur die von dem Angeklagten begangene Körperverletzung, sondern auch von ihm verwirklichte Tötungsdelikte in Tateinheit mit der ebenfalls verwirklichten Beteiligung an einer Schlägerei stehen würden (vgl. BGH, Beschluss vom 6. Februar 2002 - 2 StR 522/01; Stree in Schönke/Schröder, StGB 25. Aufl. § 231 Rdn. 17).

b. Zur Strafbarkeit von A, C und K wegen Körperverletzungsdelikten zum Nachteil von Ra und Z und zu den Konkurrenzen

Zu Recht beanstandet die Beschwerdeführerin auch, dass die Jugendkammer die Angeklagten A und K wegen Körperverletzung nur zum Nachteil des Geschädigten G sowie den Angeklagten C wegen Körperverletzung nur zum Nachteil der Geschädigten G und Ra verurteilt hat.

Nach den Feststellungen der Kammer fassten alle fünf Angeklagten den gemeinsamen Entschluss, eine körperliche Auseinandersetzung mit den drei Geschädigten zu suchen. Sie griffen die Geschädigten auch gemeinsam und gleichzeitig mit dem Ruf "Wir machen Euch fertig" an und führten den Angriff arbeitsteilig durch. Danach war die Körperverletzung aller drei Geschädigten von allen Angeklagten mittäterschaftlich gewollt, so dass ihnen die Verletzungen aller drei Opfer - mit Ausnahme der von dem Angeklagten I mit dem Messer begangenen Exzesse - zuzurechnen sind.

Das Urteil bedarf daher auch insoweit der Aufhebung. Der neue Tatrichter wird hier auch nochmals auf die Konkurrenzverhältnisse einzugehen haben.

Die Revision meint, trotz der durch das Vorgehen der Angeklagten jeweils verletzten höchstpersönlichen Rechtsgüter sei natürliche Handlungseinheit anzunehmen. Es darf jedoch nicht außer Acht gelassen werden, dass höchstpersönliche Rechtsgüter verschiedener Personen einer additiven Betrachtungsweise, wie sie der natürlichen Handlungseinheit zugrunde liegt, nur aus-

nahmsweise zugänglich sind. Greift daher der Täter einzelne Menschen nacheinander an, um jeden von ihnen in seiner Individualität zu beeinträchtigen, so besteht sowohl bei natürlicher als auch bei rechtsethisch wertender Betrachtungsweise selbst bei einheitlichem Tatentschluss und engem räumlichen und zeitlichen Zusammenhang regelmäßig kein Anlass, diese Vorgänge rechtlich als eine Tat zusammenzufassen (vgl. BGHR StGB vor § 1/natürliche Handlungseinheit Entschluss, einheitlicher 9). Etwas anderes kann nur dann gelten, wenn eine Aufspaltung in Einzeltaten wegen eines außergewöhnlich engen zeitlichen und situativen Zusammenhangs, etwa bei Messerstichen innerhalb weniger Sekunden (vgl. BGHR StGB vor § 1/natürliche Handlungseinheit Entschluss, einheitlicher 2 und 5) oder bei einem gegen eine aus der Sicht des Täters nicht individualisierten Personenmehrheit gerichteten Angriff (vgl. BGH NJW 1985, 1565), willkürlich und gekünstelt erschiene. Ein solcher Sonderfall wäre hier nach den bisherigen Feststellungen zu verneinen. Wenn die Angeklagten drei Taten der gefährlichen Körperverletzung begangen haben, wird auch Tateinheit zwischen diesen Taten durch eine Klammerwirkung der Beteiligung an einer Schlägerei mangels einer annähernden Wertgleichheit dieser Tat ausscheiden.

c. Zur Revision der Staatsanwaltschaft im Übrigen

Im Übrigen haben die Revisionen der Staatsanwaltschaft keinen Rechtsfehler - auch nicht zum Nachteil der Angeklagten (§ 301 StPO) - aufgedeckt.

Insbesondere erscheint die Verneinung eines Tötungsvorsatzes des Angeklagten I bezüglich des Geschädigten G angesichts seines hier anders gearteten Vorgehens vertretbar. Innere Tatsachen wie das Bestehen oder Fehlen des Vorsatzes des Täters können sich gerade aus äußeren Umständen erschließen (vgl. BGH NStZ 1991, 400). I hat diesen Geschädigten, der im Gegensatz zu seinen beiden ersten Opfern bereits Angriffen von Mitangeklagten ausgesetzt war, nur einmal und mit deutlich geringerer Wucht in den Rücken gestochen und sodann unter Verzicht auf den weiteren Einsatz des Messers mehrfach auf ihn eingetreten. Aufgrund der unterschiedlichen Abläufe in den Fällen Ra und Z einerseits und in dem Falle G andererseits ist es von Rechts wegen nicht zu beanstanden, dass das Landgericht sich nicht ausdrücklich damit auseinandergesetzt hat, ob bei I ein Umschwung im intendierten Verletzungserfolg eingetreten war.

2. Revisionen der Nebenkläger

a. Zu den Revisionen gegen die Verurteilungen von C und K

Soweit sich die Revisionen gegen die Verurteilung der Angeklagten C und K richten, sind sie unzulässig, weil die Nebenkläger nicht - was im Hinblick auf § 400 Abs. 1 StPO erforderlich gewesen wäre - angegeben haben, inwieweit das Urteil mit dem Ziel einer Änderung des Schuldspruchs angefochten wird.

b. Zu den Revisionen gegen die Verurteilungen von I und S

Die die Angeklagten I und S betreffenden Revisionen sind aus den oben zu II. 1. ausgeführten Gründen nur insoweit begründet, als die Nebenkläger rügen, dass das Landgericht hinsichtlich des Angeklagten I niedrige Beweggründe bei der Tötung des Geschädigten Z und der versuchten Tötung des Geschädigten Ra verneint hat. Im Übrigen haben sie keinen Rechtsfehler aufgezeigt. Insbesondere hat das Landgericht niedrige Beweggründe des Angeklagten S tragfähig damit verneint, dass dieser Angeklagte, der lediglich mit bedingtem Tötungsvorsatz handelte, an der Vorgeschichte der Tat nicht beteiligt war, keine eigenen Ziele verfolgte und nur dem Mitangeklagten I bei dessen vermeintlich berechtigtem Vorgehen zur Seite stehen wollte. Dass das Landgericht den Angeklagten S bezüglich des Geschädigten Z nicht auch wegen tateinheitlich mit dem Totschlag begangener Beteiligung an einer Schlägerei verurteilt hat - auf diese Tat hat sich schon die Revision der Staatsanwaltschaft nicht erstreckt -, vermag der Senat auch auf die Revisionen der Nebenkläger nicht zu korrigieren, weil die Beteiligung an einer Schlägerei kein Nebenklagedelikt ist.

Standort: § 224 I Nr. 5 StGB — Problem: Lebensgefährdende Behandlung

BGH, URTEIL VOM 25.10.2005
4 STR 185/05 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte hatte seine Ehefrau zunächst heftig gewürgt und ihr später mit einem Brotmesser in den Hals geschnitten. Das Landgericht Halle hatte den Angeklagten insb. wegen gefährlicher Körperverletzung (§§ 223 I, 224 I Nr. 5 StGB) durch das Würgen und wegen versuchten Totschlags (§§ 212 I, 22, 23 I StGB) durch die Schnitte verurteilt. Die hiergegen gerichtete Revision des Angeklagten wies der BGH zurück.

Prüfungsrelevanz:

Probleme aus dem Bereich der Körperverletzungs- und Tötungsdelikte, wie sie den Gegenstand des vorliegenden Falles bilden, gehören insb. wegen der Häufigkeit, mit der diese Tatbestände Gegenstand von Examensaufgaben sind, zum Standardwissen in beiden Examen.

Der BGH befasst sich in der vorliegenden Entscheidung zunächst mit der Frage, unter welchen Voraussetzungen eine das Leben gefährdende Behandlung i.S.v. § 224 I Nr. 5 StGB gegeben ist. Hierzu werden zwei vom Ausgangspunkt her verschiedene Auffassungen vertreten: während in der Literatur für § 224 I Nr. 5 StGB teilweise der Eintritt einer konkreten Lebensgefahr verlangt wird (so Schröder, JZ 1967, 522; NK-Paeffgen, § 224 Rn. 27 mwN), lässt die Gegenauffassung, insb. die Rechtsprechung, eine generelle Eignung der Behandlung zur Lebensgefährdung (also eine abstrakte Gefahr) ausreichen (so BGH, NStZ-RR 1997, 67; 2005, 44; SK-Horn/Wolter, § 224 Rn. 30 mwN). Tatsächlich dürften diese Ansätze im Einzelfall aber nur äußerst selten zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen. Der BGH bestätigt in der der vorliegenden Entscheidung seine bisherige Rechtsprechung bzgl. der Anforderungen an die Lebensgefahr im Rahmen von § 224 I Nr. 5 StGB, betont allerdings, dass ein Würgen des Opfers am Hals auch eine nur abstrakte Lebensgefahr nicht automatisch impliziere, sondern dass hierfür noch weitere Feststellungen erforderlich seien; im vorliegenden Fall leitete der BGH die Lebensgefahr für das Opfer allerdings insb. daraus ab, dass diesem infolge des Würgens kurzzeitig die Luft weggeblieben war.

Des weiteren nimmt der BGH Stellung zu der Frage, unter welchen Voraussetzungen im Rahmen von § 212 StGB vom Vorliegen eines Tötungsvorsatzes ausgegangen werden kann. Zur Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit existieren, insb. im Rahmen der Tötungsdelikte, zahlreiche Ansätze (vgl. hierzu die Übersicht bei Schönke/Schröder-Cramer/Sternberg-Lieben, § 15 Rn. 72 ff.). Der BGH vertritt insofern die sog. Billigungs- oder Einwilligungstheorie, nach der ein dolus eventualis dann gegeben ist, wenn der Täter den Erfolgseintritt für möglich hält und diesen billigend in Kauf nimmt (BGHSt 7, 363), wobei es für ein "Billigen" ausreicht, dass der Täter sich mit dem Erfolg abfindet, selbst wenn ihm dieser eigentlich unerwünscht ist (BGHSt 36, 1). Gerade bei den Tötungsdelikten sind jedoch wegen der insofern zu überwindenden Hemmschwelle besonders hohe Anforderungen an die Annahme eines (Tötungs-) Vorsatzes zu stellen (vgl. Lackner/Kühl, § 212 Rn. 3 mwN). Der BGH geht hierbei grundsätzlich dabei davon, dass ein Tötungsvorsatz jedenfalls dann in der Regel gegeben sein wird, wenn der Täter bewusst besonders gefährliche Handlungen vornimmt (vgl. BGH, NJW 1999, 2533; RA 2003, 252). In der vorliegenden Entscheidung betont der BGH jedoch, dass auch beim Vorliegen einer besonders gefährlichen Handlung (hier: Schnitte mit einem Messer in den Hals des Opfers) der Richter vor der Annahme eines Tötungsvorsatzes stets alle insofern relevanten Gesichtspunkte, also auch etwa eine Alkoholisierung des Täters oder dessen besondere Gemütsverfassung, berücksichtigen muss.

Vertiefungshinweise:

❑ Zur lebensgefährlichen Behandlung i.S.v. § 224 I Nr. 5 StGB: *BGH*St 2, 163; *BGH*, NJW 2002, 3264; NStZ 2004, 618; 2005, 156; *Geerds*, Jura 1988, 291; *Stree*, Jura 1980, 291

❑ Zu den Anforderungen an die Feststellungen bzgl. des Vorliegens eines Tötungsvorsatzes: *BGH*St 36, 1; *BGH*, NStZ-RR 1996, 97; 1997, 233; 2003, 39; 2004, 329; NStZ 1999, 507; 2003, 431; 2004, 329; 2005, 90; *Eser*, NStZ 1981, 430; *Köhler*, JZ 1981, 35

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs*: "Rosi"

❑ *Examenskurs*: "Der einskalte Engel"

Leitsätze (der Redaktion):

1. Nicht jeder Angriff auf den Hals des Opfers in der Form des Würgens ist eine das Leben gefährdende Behandlung im Sinne von § 224 I Nr. 5 StGB. Von maßgeblicher Bedeutung sind vielmehr Dauer und Stärke der Einwirkung, die zwar nicht dazu führen muss, dass das Opfer der Körperverletzung tatsächlich in Lebensgefahr gerät, aber abstrakt geeignet sein muss, das Leben des Opfers zu gefährden.

2. Bei äußerst gefährlichen Gewalthandlungen, zu denen ein Schnitt in den Hals zählt, ist der Schluss auf einen zumindest bedingten Tötungsvorsatz nahe liegend. Er ist allerdings nur dann rechtsfehlerfrei, wenn der Tatrichter alle nach Sachlage in Betracht kommenden Tatumstände in seine Erwägungen einbezogen hat, die dieses Ergebnis in Frage stellen können. Insbesondere eine hochgradige Alkoholisierung und affektive Erregung des Täters gehören zu den Umständen, die der Annahme eines Tötungsvorsatzes entgegenstehen können.

Sachverhalt:

Zwischen dem Angeklagten und seiner Ehefrau kam es, wenn der Angeklagte unter Alkoholeinfluss stand, wiederholt zu heftigen Auseinandersetzungen. Dabei schlug er seine Ehefrau und drohte, sie und die gemeinsame Tochter zu töten.

Fall II 1: Am Tattag kam es gegen 11.00 - 11.30 Uhr in dem gemeinsamen Zimmer im Spätaussiedlerheim wiederum zu einer Auseinandersetzung zwischen den Eheleuten, nachdem der Angeklagte am Morgen ein Glas Wein und etwa 200 ml Rum getrunken hatte. Dabei packte er mit der rechten Hand den Hals seiner Ehefrau und drückte ihn einige Sekunden lang so fest zu, dass ihr die Luft wegblieb und sie am Vorderhals eine etwa 8x2 cm große, quer gestellte, bandförmige

Hautrötung bzw. Druck-/Schürfwunde mit unscharfen Rändern davontrug.
Bei diesem Übergriff war ihm bewusst, dass er durch das Zudrücken des Halses das Leben seiner Ehefrau in Gefahr brachte. Schließlich lockerte er seinen Griff und verließ das Zimmer.
Fall II 2: Wegen dieses Vorfalls entschloss sich die Geschädigte, noch am selben Tag mit der gemeinsamen Tochter ein Zimmer in einem benachbarten, unter Dauerüberwachung stehenden Wohnheim zu beziehen und begann gegen Mittag, in Gegenwart eines Sozialarbeiters einige Sachen zusammenzupacken.
Der Angeklagte, der zwischenzeitlich zurückgekehrt war, nahm diese Entscheidung zunächst äußerlich ruhig hin, so dass der Sozialarbeiter keine Bedenken hatte, die Eheleute allein zu lassen. Gegen 16.00 Uhr wurde dem Angeklagten klar, dass die Trennung von seiner Frau und seiner Tochter unmittelbar bevorstand. Ihm kam jetzt der Gedanke, dass er seine Tochter behalten könne, wenn er seine Ehefrau töte, und er entschloss sich, dies auszuführen. Er ergriff ein kurz zuvor aus dem Zimmer seines Bruders beschafftes, auf dem Tisch bereit gelegtes Brotmesser mit einer knapp 20 cm langen Klinge, packte mit der anderen Hand seine Ehefrau, als diese ihm arglos den Rücken zuwandte, und begann sofort, an ihrem Hals im Bereich des Übergangs vom Mundboden schneidende
Bewegungen auszuführen. Dabei fügte er ihr eine 6,5 cm lange Schnittverletzung zu, bei der der oberflächliche Halsmuskel und dessen Bindegewebshülle durchtrennt wurden; außerdem erlitt sie Abwehrverletzungen an den Händen und - durch das Abrutschen des Messers nach unten - eine Hautverletzung über dem Kehlkopf. Wegen der heftigen Gegenwehr der Geschädigten konnte der Angeklagte ihr, auch nachdem sie zu Boden gegangen war, keine weiteren Verletzungen beibringen. Schließlich gelang es einem Mitbewohner des Heims, der durch die Schreie der Geschädigten auf das Geschehen aufmerksam geworden war, den Angeklagten zu überwältigen und zu entwaffnen.
Die Geschädigte wurde in ein Krankenhaus gebracht und dort vom 13. bis 19. Januar 2004 stationär behandelt.

Aus den Gründen:

1. Entscheidung des Landgerichts; Zur Verfahrensrüge des Angeklagten
Das Landgericht hat den Angeklagten wegen versuchten Totschlags in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung und wegen gefährlicher Körperverletzung zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von sieben Jahren und sechs Monaten verurteilt.
Hiergegen wendet sich die Revision des Angeklagten, mit der er die Verletzung formellen und materiellen Rechts rügt. Das Rechtsmittel bleibt ohne Erfolg.
Die Rüge der Verletzung formellen Rechts ist nicht ausgeführt und daher unzulässig (§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO). Die Nachprüfung auf Grund der Sachrüge hat keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten ergeben.

2. Zum Vorliegen einer gefährlichen Körperverletzung gem. § 224 I Nr. 5 StGB durch das Würgen im Fall II 1
Entgegen der Ansicht des Generalbundesanwalts begegnet die Verurteilung des Angeklagten im Fall II 1 der Urteilsgründe wegen gefährlicher Körperverletzung gemäß § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB keinen durchgreifenden rechtlichen Bedenken.
Allerdings ist nicht jeder Angriff auf den Hals des Opfers in der Form des Würgens, der zu würgemalähnlichen Druckmalen oder Hautunterblutungen führt, eine das Leben gefährdende Behandlung im Sinne dieser Vorschrift. Von maßgeblicher Bedeutung sind vielmehr Dauer und Stärke der Einwirkung, die zwar nicht dazu führen muss, dass das Opfer der Körperverletzung tatsächlich in Lebensgefahr gerät, aber abstrakt geeignet sein muss, das Leben des Opfers zu gefährden (vgl. BGH NJW 2002, 3264, 3265; NStZ 2004, 618, jeweils m.w.N.). Angesichts der als glaubhaft angesehenen Bekundungen der Geschädigten, der Angeklagte habe sie so fest gewürgt, dass ihr kurzzeitig die Luft weggeblieben sei, und der von dem rechtsmedizinischen Sachverständigen festgestellten Verletzungen ist es rechtlich nicht zu beanstanden, dass das Landgericht davon ausgegangen ist, das Würgen sei abstrakt lebensgefährdend gewesen. Der Umstand, dass die Geschädigte schon kurz nach der Tat das Wohnheim aus eigener Kraft verlassen konnte, steht dem ebenso wenig entgegen wie die Tatsache, dass sie sich nicht sogleich in ärztliche Behandlung begeben hat.

3. Zum Vorliegen eines Tötungsvorsatzes im Fall II 2
Auch soweit sich die Revision gegen die Annahme bedingten Tötungsvorsatzes im Fall II 2 der Urteilsgründe wendet, bleibt sie - entgegen der Ansicht des Generalbundesanwalts - ohne Erfolg.
Das Landgericht hat das Vorliegen eines zumindest bedingten Tötungsvorsatzes aus dem objektiven Tatgeschehen gefolgert, und zwar aus “der massiven schneidenden Einwirkung des Angeklagten mit einem Brotmesser auf den Hals der Geschädigten und seines weiteren Ein wirkens trotz deren einsetzender Gegenwehr und lauten Schreien”. Dabei hat es berücksichtigt, dass in unmittelbarer Nähe der Schnittverletzungen am Hals nicht nur die Luftröhre, sondern auch lebenswichtige Blutbahnen verlaufen. Deren Verletzung hätte nach den Ausführungen des rechtsmedizinischen Sachverständigen, denen sich das Landgericht angeschlossen hat, schon bei einem Ansetzen des Messers am Hals in einem nur geringfügig anderen Winkel erfolgen können, was wesentlich schwerwiegendere, lebensgefährliche Folgen nach sich gezogen hätte. Die

Gefährlichkeit des Messerangriffs auf den Hals des Opfers war dem Angeklagten als durchschnittlich intelligentem Mann nach den Feststellungen auch bewusst. Dass im konkreten Fall die Verletzung nicht lebensbedrohlich gewesen sei, sei allein glücklichen Umständen und den Abwehrhandlungen der Geschädigten zuzuschreiben. Soweit sich die Revision gegen die Feststellungen zur Gefährlichkeit der Tat wendet, deckt sie keine Beweiswürdigungsfehler auf, sondern nimmt lediglich eigene Würdigung vor.

Bei äußerst gefährlichen Gewalthandlungen, zu denen ein Schnitt in den Hals zählt, ist der Schluss auf einen zumindest bedingten Tötungsvorsatz nahe liegend. Er ist nach ständiger Rechtsprechung allerdings nur dann rechtsfehlerfrei, wenn der Tatrichter alle nach Sachlage in Betracht kommenden Tatumstände in seine Erwägungen einbezogen hat, die dieses Ergebnis in Frage stellen können (vgl. BGH NStZ 2004, 51, 52; BGHR StGB § 212 Abs. 1 Vorsatz, bedingter 7, jeweils m.w.N.). Mit der Frage, ob sich die Alkoholisierung des Angeklagten, die zur Tatzeit 2,37 ‰ betrug, und seine psychische Situation angesichts der sich abzeichnenden Trennung von Ehefrau und Tochter auf seine Erkenntnisfähigkeit und Willenskräfte ausgewirkt haben, hat sich das Schwurgericht in den schriftlichen Urteilsgründen nicht ausdrücklich befasst. Zwar gehören nach ständiger Rechtsprechung hochgradige Alkoholisierung und affektive Erregung zu den Umständen, die der Annahme eines Tötungsvorsatzes entgegenstehen können und deshalb ausdrücklicher Erörterung in den Urteilsgründen bedürfen (vgl. BGHR StGB § 212 Abs. 1 Vorsatz, bedingter 54 m.w.N.). Hier stellt das Unterlassen einer solchen Erörterung aber keinen durchgreifenden Mangel dar, weil das sachverständig beratene Schwurgericht rechtsfehlerfrei festgestellt hat, dass die für die Tatzeit festgestellte Blutalkoholkonzentration ohne Einfluss auf die Einsichts- und Steuerungsfähigkeit des alkoholgewohnten Angeklagten gewesen ist. Eine hochgradige Alkoholisierung lag demnach nicht vor. Dass zu der alkoholischen Beeinflussung eine relevante affektive Erregung des Angeklagten durch eine vom Tatopfer ausgehende akute Kränkung hinzugetreten sein könnte, hat das Landgericht im Zusammenhang mit der Schuldfähigkeitsbeurteilung in Übereinstimmung mit dem Sachverständigen rechtsfehlerfrei ausgeschlossen.

Standort: §§ 242, 249 StGB Problem: "Fremde Sache" bei Betäubungsmitteln

BGH, BESCHLUSS VOM 20.09.2005
3 STR 295/05 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Die Angeklagten hatten dem Opfer unter Einsatz eines Messers Heroin weggenommen. Das Landgericht Flensburg hatte die Angeklagten deshalb wegen mittäterschaftlichen schweren Raubes (§§ 249 I, 250 II Nr. 1, 25 II StGB) verurteilt. Die Revision der Angeklagten gegen diese Entscheidung wies der BGH als unbegründet zurück.

Prüfungsrelevanz:

Diebstahl (§ 242 StGB) und Raub (§ 249 StGB) zählen zu den häufigsten Delikten in Examensaufgaben. Deshalb ist auch die Kenntnis von Detailproblemen aus diesem Bereich absolut unerlässlich.

Sowohl der Tatbestand des § 242 I StGB als auch der des § 249 I StGB setzen als Tatobjekt eine fremde bewegliche Sache voraus. Fremd im Sinne dieser Vorschriften ist eine Sache dann, wenn sie im Eigentum eines anderen steht, das heißt sie darf weder im Alleineigentum des Täters stehen noch darf sie herrenlos oder eigentumsunfähig sein (Schönke/Schröder-Eser, § 242 Rn. 12, § 249 Rn. 2). Da im vorliegenden Fall die Angeklagten Drogen weggenommen hatten, die unter das BtMG fielen, hatte der BGH zu klären, ob solche Gegenstände überhaupt "fremd" sein können. In der Literatur wird dies teilweise unter Berufung auf § 134 BGB abgelehnt, aus dem sich (in Verbindung mit dem BtMG, insb. §§ 29, 29 a BtMG) ergibt, dass eine Übereignung solcher Drogen stets nichtig ist (Engel, NStZ 1991, 520 mwN). In der vorliegenden Entscheidung setzt der BGH sich detailliert, nachvollziehbar und verständlich, ja schon fast gutachterlich mit den Argumenten auseinander, die gegen eine Eigentumsfähigkeit solcher Betäubungsmittel sprechen könnten und kommt zu dem Schluss, dass sie doch Tatobjekt für Diebstahls- oder Raubtaten sein können.

Vertiefungshinweise:

❑ Zur Fremdheit von Drogen i.S.v. §§ 242, 249 StGB: *BGH*, NJW 1982, 708; 1982, 1337; *Engel*, NStZ 1991, 520; *Marcelli*, NStZ 1992, 220; *Vitt*, NStZ 1992, 221

Leitsatz:

Illegal erworbene Drogen können tauglicher Gegenstand eines Eigentumsdeliktes sein.

Sachverhalt:

Die drogenabhängigen Angeklagten nahmen der Geschädigten, die ebenfalls Heroinkonsumentin war, unter Einsatz eines Messers ca. 4 bis 6 g Heroin weg.

Aus den Gründen:

I. Entscheidung des Landgerichts

Das Landgericht hat die Angeklagten wegen "gemein-

schaftlichen" schweren Raubes zu Freiheitsstrafen verurteilt. Hiergegen richten sich ihre auf die Verletzung materiellen Rechts gestützten Revisionen. Die Rechtsmittel bleiben erfolglos.

II. Entscheidung des BGH

[...] Die Überprüfung des Urteils zum Schuld- und Strafausspruch hat keinen Rechtsfehler zum Nachteil der Angeklagten ergeben. Insbesondere hält die rechtliche Bewertung des Tatgeschehens als schwerer Raub der Nachprüfung stand.

Anlass zu näherer Erörterung gibt lediglich die Beanstandung der Revision des Angeklagten P, eine Verurteilung wegen eines Eigentumsdelikts sei nicht möglich, weil es sich bei dem weggenommenen Betäubungsmittel nicht um eine fremde Sache handele. Diese Rüge ist nicht begründet; die weggenommenen Drogen waren für die Angeklagten fremd. Der Bundesgerichtshof hat auch illegal besessene Drogen in seiner bisherigen Rechtsprechung ohne nähere Begründung als taugliche Objekte für Eigentumsdelikte wie Diebstahl nach § 242 StGB oder Raub nach § 249 StGB angesehen (vgl. BGH NJW 1982, 708; 1982, 1337 f.). Eine Überprüfung unter Berücksichtigung der hiergegen erhobenen Einwände gibt keinen Anlass zu einer Änderung dieser Auffassung.

Fremd ist eine Sache, wenn sie verkehrsfähig ist, das heißt überhaupt in jemandes Eigentum stehen kann, nicht herrenlos ist und nicht im Alleineigentum des Täters steht (vgl. Ruß in LK 11. Aufl. § 242 Rdn. 6 ff.). Nach dem festgestellten Sachverhalt war das weggenommene Heroin weder derelinquiert noch im Eigentum der Täter. Es handelte sich aber auch um eine verkehrsfähige Sache, die im Eigentum eines anderen stand:

1. Betäubungsmittel keine allgemein verkehrsunfähigen Sachen

Als verkehrsunfähig werden allgemein Sachen angesehen, die nach ihrer Beschaffenheit nicht im Eigentum eines anderen stehen können, etwa die Luft in der Atmosphäre, frei fließendes Wasser u. ä. (vgl. Ruß aaO Rdn. 8); dies trifft für Betäubungsmittel ersichtlich nicht zu.

2. Keine Verkehrsunfähigkeit von Betäubungsmitteln wegen zivilrechtlicher Unmöglichkeit der rechtsgeschäftslichen Übertragung des Eigentums daran

Das Merkmal der Verkehrsfähigkeit illegaler Drogen wird auch nicht dadurch in Frage gestellt, dass das Eigentum an ihnen nach den Verbotsvorschriften des Betäubungsmittelgesetzes in Verbindung mit § 134 BGB nicht rechtsgeschäftlich übertragen werden kann.

a. Auffassung von Engel und Schmitz

Eine Mindermeinung vertritt demgegenüber die Auffassung, dass zwar ein ursprüngliches - etwa durch Produktion - erlangtes Eigentum trotz der Nichtigkeit etwaiger Übertragungsakte formal fortbestehe, aber nicht mehr feststellbar und vom Vorsatz eines Täters nicht umfasst sei (so Engel, NStZ 1991, 520 ff.), bzw. auf eine "leere Begriffshülse" reduziert sei und deshalb kein Grund für einen strafrechtlichen Schutz bestehe (so Schmitz in MüKo § 242 Rdn. 14).

b. Auffassung des BGH und der herrschenden Literatur

Dem folgt der Senat in Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung nicht (vgl. Ruß aaO Rdn. 8; Eser in Schönke/Schröder, StGB 26. Aufl. § 242 Rdn. 19; Kindhäuser in Nomos Kommentar zum StGB § 242 Rdn. 21; Tröndle/Fischer, StGB 52. Aufl. § 242 Rdn. 9; Maurach/Schroeder/Maiwald § 32 Rdn. 25; Mitsch BT II/1 § 1 Rdn. 34; Wessels/Hillenkamp Rdn. 62; Marcelli NStZ 1992, 220; Vitt, NStZ 1992, 221).

aa. Unmöglichkeit der zivilrechtlichen Eigentumsübertragung bedeutet keinen Ausschluss der Eigentumsfähigkeit

Soweit Engel (aaO) illegal besessene Drogen für "eigentumsunfähig" hält, übersieht er, dass die Vorschriften des BtMG in Verbindung mit § 134 BGB wohl die rechtsgeschäftliche Begründung neuen Eigentums hindern, aber ohne Auswirkung auf bestehende Eigentumsverhältnisse sind. So verliert der Produzent von Marihuana das Eigentum nicht allein dadurch, dass der Anbau und der Besitz von Betäubungsmitteln ohne Erlaubnis verboten sind. Im Übrigen haben Marcelli und Vitt (aaO) im Einzelnen nachgewiesen, dass Konstellationen möglich sind, in denen Eigentum an illegalen Drogen auch auf nicht rechtsgeschäftliche Weise erlangt werden kann, die nicht von § 134 BGB erfasst ist, was insbesondere für die Produktion und Bearbeitung gilt. Zudem haben sie zu Recht darauf hingewiesen, dass illegale Drogen ganz überwiegend aus dem Ausland kommen und somit ein etwaiger Eigentumserwerb nach den möglicherweise nach Land und Drogenart unterschiedlichen ausländischen Rechtsordnungen beurteilt werden müsste.

Im Übrigen vermengt Engel (aaO) Fragen der dogmatischen Einordnung in unzulässiger Weise mit Fragen der Beweisbarkeit von objektiven und subjektiven Tatbestandsmerkmalen. Für die Verurteilung wegen eines Eigentumsdeliktes genügt jedoch die Feststellung, dass fremdes Eigentum verletzt ist; nicht notwendig ist die Ermittlung der Person des Eigentümers. Dementsprechend ist es auch belanglos, welche Vorstellungen der Täter über die Person des Eigentümers hat; es genügt, dass er weiß, dass die Drogen nicht in seinem Alleineigentum stehen und nicht herrenlos sind.

bb. Zum Verhältnis von BtMG und Rechten des Eigentümers

Demgegenüber räumt Schmitz (aaO) zwar ein, dass

auch an illegalen Drogen Eigentum bestehen könne. Er stellt jedoch darauf ab, dass der Eigentümer - etwa nach einem Verkauf - nicht mehr betroffen ist. Selbst wenn die Sache bei ihm gestohlen werden würde, wäre er in seinen Rechten aus § 903 BGB nicht beeinträchtigt, da ihm diese im Hinblick auf die Verbotsvorschriften des BtMG nicht zustehen (Schmitz aaO). Dabei bleibt unberücksichtigt, dass die Strafvorschriften zum Schutz des Eigentums nach § 242, § 259 StGB für den Begriff der fremden Sache allein auf die formale Eigentumsposition, nicht aber auf die tatsächliche oder rechtliche Verfügbarkeit abstellen. Auch ein Eigentümer, der infolge Beschlagnahme, Insolvenz, Verpfändung o. ä. über sein Eigentum nicht mehr verfügen kann, wird durch diese Bestimmungen uneingeschränkt geschützt (vgl. Ruß, aaO Rdn. 7). Im Übrigen trifft es nicht zu, dass die Rechte eines Eigentümers aus § 903 BGB durch die Vorschriften des BtMG völlig beseitigt werden. Zu diesen zählt das - durch diese Vorschriften unberührte - Recht auf Eigentumsaufgabe und Vernichtung (vgl. Palandt, BGB 62. Aufl. § 903 Rdn. 5). Auch der Verbrauch selbst wird durch das BtMG nicht verboten, strafbar wäre insoweit nur der diesem vorausgehende Besitz.

Diese Auffassung steht in Übereinstimmung mit der Rechtslage bei einer Entziehung illegaler Drogen durch eine räuberische Erpressung. Hätten die Angeklagten bei dem Überfall die Filmdose nicht selbst weggenommen, sondern sich von der durch ein Messer bedrohten Geschädigten herausgeben lassen, wäre deren Vermögen nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ein Nachteil zugefügt worden, was die Annahme eines Verbrechens der schweren räuberischen Erpressung gerechtfertigt hätte (BGHR StGB § 253 Abs. 1 Vermögenswert 3 m. w. N.).

c. Zur Strafwürdigkeit von Eigentumsdelikten bzgl. Betäubungsmitteln

Soweit Engel (aaO) darauf abstellt, ein Strafbedürfnis wegen der Verletzung fremden Eigentums entfalle schon deswegen, weil die Strafvorschriften des Betäubungsmittelgesetzes eine ausreichende Ahndung ermöglichten, ist diese Argumentation bereits für sich dogmatisch fragwürdig und übersieht zudem, dass damit der Täter eines Drogendiebstahls oder gar eines Drogenraubes mit einem Käufer, der sich seinen Bedarf aus eigenen Geldmitteln kauft, auf eine Stufe gestellt wird, obgleich der Schuldgehalt nicht vergleichbar ist.

Besonders augenfällig wird dies im hier zu entscheidenden Fall, in dem - ohne Berücksichtigung einer Strafmilderung nach §§ 21, 49 Abs. 1 StGB - der Strafdrohung wegen schweren Raubes nach § 250 Abs. 2 StGB mit einem Strafrahmen von fünf bis fünfzehn Jahren Freiheitsstrafe nur eine Strafdrohung nach § 29 Abs. 1 BtMG von Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren gegenüberstehen würde.

Urteile in Fallstruktur

Standort: Öffentliches Recht Problem: Gewissensfreiheit von Soldaten

BVERWG, URTEIL VOM 21.06.2005
2 WD 12.04 (DVBL 2005, 1455)

Problemdarstellung:

Im nachstehenden Urteil des BVerwG ging es um die Frage, ob und wann ein Soldat unter Berufung auf sein Gewissen einen Befehl verweigern darf. Hierzu führt das Gericht aus:

1. Die Gewissensfreiheit ist in Art. 4 I GG grundrechtlich geschützt. Dieser soll auch für Soldaten im Dienst gelten. Insbesondere werde Art. 4 I GG nicht durch Art. 4 III GG verdrängt, der Soldat m.a.W. nicht allein auf die Möglichkeit verwiesen, den Dienst zu verweigern.

2. Die Gewissensfreiheit aus Art. 4 I GG unterliege keinem Gesetzesvorbehalt. Allein der Verweis auf die Gehorsamspflicht nach § 11 I Soldatengesetz reiche deshalb nicht aus, um sie einzuschränken. Sie werde aber durch kollidierendes Verfassungsrecht begrenzt. Solches sieht das BVerwG explizit nicht in Art. 12a, 73 Nr. 1, 87a oder 115 ff. GG, wohl aber in Art. 65a GG.

3. Zwischen Art. 4 I GG und Art. 65a GG müsse ein Ausgleich im Wege der sogen. "praktischen Konkordanz" hergestellt werden, d.h. es müsse ein Ausgleich der widerstreitenden Interessen versucht werden. Dies sei zunächst Aufgabe des Gesetzgebers; wo dieser schweige, sei die Rechtsprechung zu eigener Wertung berufen.

Prüfungsrelevanz:

Die Entscheidung hat natürlich für großes Aufsehen gesorgt. Bei der Bundeswehr fürchtete man - wie Battis in seinen Urteilsanmerkungen (DVBl 2005, 1462) referiert, schon das Ende der Einsatzbereitschaft, wenn Soldaten demnächst mitten im Sturm auf eine Festung aus Gewissensgründen die Waffen niederlegen könnten. Indes hat das BVerwG gerade nicht den Vorrang der Gewissensentscheidung vor der Befehlsgewalt angenommen, sondern einen Ausgleich gefordert. Explizit heißt es im Urteil z.B., dass der Soldat seine Gewissensentscheidung nicht zur Unzeit äußern dürfe. Ferner müsse genau überprüft werden, ob der Gewissenskonflikt ernst oder nur vorgeschoben sei, um sich etwa um einen unliebsamen Befehl zu drücken.

Bei der Frage, ob Art. 4 I GG für Soldaten gilt, prüft das BVerwG lang und breit das Verhältnis zu Art. 4 III GG, geht aber mit keinem Wort auf die vom BVerfG in dessen "Kopftuch"-Entscheidung (RA 2003, 601 = NJW 2003, 3111) angesprochene Frage ein, ob Amtsträger (dort Beamte, hier Soldaten), die in einer besonderen Nähebeziehung zum Staat stehen, sich überhaupt auf Grundrechte berufen können. Der Staat bedient sich der Soldaten zur Aufrechterhaltung der Wehrfähigkeit und damit letztlich zur Sicherung des Bestandes der Bundesrepublik Deutschland. Könnte nun ein Soldat gegen ihm dienstlich erteilte Befehle grundrechtliche Einwände erheben, bestünde die Gefahr, dass die staatliche Aufgabenerfüllung nicht mehr gewährleistet wäre. In seiner "Kopftuch"-Entscheidung hat das BVerfG ungeachtet dieser Bedenken einer Lehrerin im Dienst das Recht auf Glaubens- und Religionsfreiheit aus Art. 4 I GG ausdrücklich zuerkannt. Das BVerfG führte zur Begründung im Wesentlichen aus, zwischen der Lehrerin als Person und als Amtswalterin könne nicht getrennt werden. Die Gewährleistung staatlicher Aufgabenerfüllung könne zudem über die Schranken des Grundrechts sichergestellt werden. Allerdings sahen dies die Richter Jentsch, Di Fabio und Mellinghoff in ihren Sondervoten ganz anders. Wer wie ein Berufsbeamter freiwillig die Nähebeziehung zum Staat suche, könne sich nicht mit Abwehrrechten wie Grundrechten gegen ihn wenden. Zudem sei die staatliche Aufgabenerfüllung jedenfalls dann nicht mehr sichergestellt, wenn das einschlägige Grundrecht schrankenlos gewährleistet sei. Die Sondervoten hätten mit dieser Begründung auch hier eine Anwendung von Art. 4 I GG verneinen müssen, da der Soldat im konkreten Fall ein Berufssoldat im Rang eines Majors war, der im Gegensatz zum Wehrpflichtigen auch selbst die Nähe zum Staat gesucht hat, und die Gewissensfreiheit aus Art. 4 I GG schrankenlos gewährleistet ist.

Das Urteil enthält neben den hier angesprochenen Problemen auf seinen immerhin 126 Seiten noch breite Passagen zur Völkerrechtswidrigkeit des Irakkrieges, zur Historie der Gehorsamspflicht usw., die allesamt jedenfalls für die Pflichtfachprüfung nicht examensrelevant und daher hier ausgespart worden sind.

Vertiefungshinweise:

❑ Anmerkung zu diesem Urteil: *Battis*, DVBl 2005, 1462

❑ Homosexualität eines Soldaten als Frage der dienstlichen Eignung: *VG Lüneburg*, RA 2000, 645 =

NdsVBl 2000, 251

Kursprogramm:
❑ *Examenskurs* : "Oben ohne"
❑ *Examenskurs* : "Soldat im Rausch"

Leitsätze:

1. Eine Anschuldigungsschrift ist nur dann hinreichend bestimmt, wenn sie erkennen lässt, welche Pflichtverletzungen dem angeschuldigten Soldaten zur Last gelegt werden. Dies erfordert, dass ein konkreter und nachvollziehbar auf das Verhalten des Soldaten bezogener Geschehensablauf dargelegt und zu dem daraus abgeleiteten Vorwurf in Beziehung gesetzt wird. Der in der Anschuldigungsschrift erhobene Vorwurf muss in der exakten Verknüpfung zwischen der Darlegung des zur Last gelegten Verhaltens und den daraus vom Wehrdisziplinaranwalt gezogenen Schlussfolgerungen deutlich werden.

2. Die durch § 11 Abs.1 S. 1 und 2 SG begründete zentrale Verpflichtung jedes Bundewehrsoldaten, erteilte Befehle „gewissenhaft" (nach besten Kräften vollständig und unverzüglich) auszuführen, fordert keinen bedingungslosen, sondern einen mitdenkenden und insbesondere die Folgen der Befehlsausführung - gerade im Hinblick auf die Schranken des geltenden Rechts und die ethischen „Grenzmarken" des eigenen Gewissens - bedenkenden Gehorsam.

3. Aus dem Grundgesetz und dem Soldatengesetz ergeben sich rechtliche Grenzen des Gehorsams, die sich in sieben Untergruppen zusammenfassen lassen. Ein Soldat braucht einen ihm erteilten Befehl jedenfalls dann als unzumutbar nicht zu befolgen, wenn er sich insoweit auf den Schutz des Grundrechts der Freiheit des Gewissens (Art. 4 Abs. 1 GG) berufen kann. Die Schutzwirkungen des Art. 4 Abs. 1 GG werden nicht durch das Grundrecht auf Anerkennung als Kriegsdienstverweigerer (Art. 4 Abs. 3 GG) verdrängt.

4. Eine Gewissensentscheidung ist jede ernste sittliche, d.h. an den Kategorien von „Gut" und „Böse" orientierte Entscheidung, die der Einzelne in einer bestimmten Lage als für sich bindend und unbedingt innerlich verpflichtend erfährt, so dass er gegen sie nicht ohne ernste Gewissensnot handeln könnte.

5. Der Gewissensappell „als innere Stimme" des Soldaten kann nur mittelbar aus entsprechenden Indizien und Signalen, die auf eine Gewissensentscheidung und Gewissensnot hinweisen, und zwar vornehmlich über das Medium der Sprache erschlossen werden. Erforderlich ist die positive Feststellung einer nach außen tretenden, rational mitteilbaren und nach dem Kontext intersubjektiv nachvollziehbaren Darlegung der Ernsthaftigkeit, Tiefe und Unabdingbarkeit (im Sinne einer absoluten Verbindlichkeit) der Gewissensentscheidung. Dabei bezieht sich die rationale Nachvollziehbarkeit der Darlegung allein auf das „Ob", also auf die hinreichende Wahrscheinlichkeit des Vorhandenseins des Gewissensgebots und seiner Verhaltensursächlichkeit, nicht aber darauf, ob die Gewissensentscheidung selbst als „irrig", „falsch" oder „richtig" gewertet werden kann.

6. Gegen den am 20. März 2003 von den USA und vom Vereinigten Königreich (UK) begonnenen Krieg gegen den Irak bestanden und bestehen gravierende rechtliche Bedenken im Hinblick auf das Gewaltverbot der UN-Charta und das sonstige geltende Völkerrecht. Für den Krieg konnten sich die Regierungen der USA und des UK weder auf sie ermächtigende Beschlüsse des UN-Sicherheitsrates noch auf das in Art. 51 UN-Charta gewährleistete Selbstverteidigungsrecht stützen.

7. Weder der NATO-Vertrag, das NATO-Truppenstatut, das Zusatzabkommen zum NATO-Truppenstatut noch der Aufenthaltsvertrag sehen eine Verpflichtung der Bundesrepublik Deutschland vor, entgegen der UN-Charta und dem geltenden Völkerrecht völkerrechtswidrige Handlungen von NATO-Partnern zu unterstützen.

8. Hat ein Soldat eine von dem Grundrecht der Gewissensfreiheit (Art. 4 Abs. 1 GG) geschützte Gewissensentscheidung getroffen, hat er Anspruch darauf, von der öffentlichen Gewalt nicht daran gehindert zu werden, sich gemäß den ihn bindenden und unbedingt verpflichtenden Geboten seines Gewissens zu verhalten.

a) Diesem Anspruch ist dadurch Rechnung zu tragen, dass ihm eine gewissenschonende diskriminierungsfreie Handlungsalternative bereitgestellt wird, um einen ihn in seiner geistig-sittlichen Existenz als autonome Persönlichkeit treffenden Konflikt zwischen hoheitlichem Gebot und Gewissensgebot zu lösen.

b) Müssen einem Soldaten nach Art. 4 Abs. 1 GG wegen einer von ihm getroffenen höchstpersönlichen Gewissensentscheidung im konkreten Einzelfall gewissenschonende Handlungsalternativen angeboten werden, bedeutet dies nicht die Aufhebung der generellen Geltung der für ihn und andere Soldaten aus § 11 Abs. 1 S. 1 und 2 SG folgenden allgemeinen Pflicht zum Gehorsam.

c) Art. 4 Abs. 1 GG begründet kein Recht eines Vorgesetzten darauf, ein nach den Maßgaben seines Gewissens bestimmtes Verhalten von Untergebenen mittels eines Befehls verlangen zu können.

9. Das Grundrecht der Gewissensfreiheit (Art. 4 Abs. 1 GG) unterliegt keinem Gesetzesvorbehalt.

Es steht auch unter keinem numerischen Vorbehalt; seine Inanspruchnahme ist jedem Grundrechtsträger unabhängig davon gewährleistet, ob und ggf. in welchem Umfang auch andere von ihm Gebrauch machen.
10. Das Grundrecht der Gewissensfreiheit wird auch bei Soldaten nicht durch die wehrverfassungsrechtlichen Vorschriften des Grundgesetzes verdrängt.
a) Die Inanspruchnahme des Grundrechts durch einen Soldaten beeinträchtigt nicht die Kompetenz des Bundes zur Gesetzgebung über „die Verteidigung" (Art. 73 Nr. 1 GG). Dadurch, dass der Gesetzgeber durch eine Verfassungsvorschrift wie Art. 73 Nr. 1 GG zu einem bestimmten legislativen Tun ermächtigt wird, erhält das „legislatorische Produkt" noch keinen Verfassungsrang.
b) Aus der in Art. 87a Abs. 1 GG normierten verfassungsrechtlichen Entscheidung zur Aufstellung von - einem weiten Gesetzesvorbehalt unterliegenden - Streitkräften „zur Verteidigung" folgt nicht, dass Grundrechte von Soldaten immer dann zurücktreten müssten, wenn sich die Berufung auf das Grundrecht in den Augen der jeweiligen Vorgesetzten als für die Bundeswehr „störend" oder für den Dienstbetrieb „belastend" darstellt. Zur Gewährleistung der „Funktionsfähigkeit einer wirksamen Landesverteidigung" nach dem Grundgesetz gehört, stets sicherzustellen, dass der von der Verfassung zwingend vorgegebene Schutz u.a. des Grundrechts der Gewissensfreiheit nicht beeinträchtigt wird.
c) Die in Art. 65a GG gewährleistete „Befehls- und Kommandogewalt" des Bundesministers der Verteidigung sowie die davon abgeleitete Befehlsbefugnis militärischer Vorgesetzter unterliegen einem verfassungsrechtlich durch Art. 1 Abs. 3 GG besonders geschützten Grundrechts- und damit Ausübungsvorbehalt.
d) Den sich bei Inanspruchnahme der Gewissensfreiheit durch Soldaten für den militärischen Dienstbetrieb ergebenden Schwierigkeiten und Unzuträglichkeiten ist durch Herstellung „praktischer Konkordanz" Rechnung zu tragen.

Sachverhalt (vereinfacht):
Ein Major (M) der Bundeswehr weigerte sich im April 2004, den Befehl seines Vorgesetzten auszuführen, weiter an der Entwicklung eines militärischen Software-Programms mitzuwirken. Zur Begründung führte er an, er könne diese Tätigkeit mit seinem Gewissen nicht vereinbaren. Auf Nachfrage habe sein Vorgesetzter nämlich nicht ausschließen können, dass das Software-Programm auch zur Unterstützung von Kriegshandlungen im Irak eingesetzt werden könne. Er halte den gesamten Irakkrieg für völkerrechtswidrig. Zwar beteilige sich die Bundesrepublik Deutschland nicht aktiv an den Kampfhandlungen; sie unterstütze diese aber in vielfältiger Weise (Stationierung von Bundeswehrangehörigen in Kuwait, Beteiligung deutscher Soldaten an AWACS-Aufklärungsflügen, Bewachung von US-Liegenschaften in der BRD durch die Bundeswehr, Erteilung von Überfluggenehmigungen über das Territorium der BRD für US-Streitkräfte usw.). Diese Unterstützungshandlungen seien ebenfalls völkerrechts- und für verfassungswidrig. Nichts anderes würde für den Einsatz der von ihm zu entwickelnden Software gelten.
Das Truppendienstgericht degradierte den Major daraufhin in den Rang eines Hauptmanns. Zur Begründung führte es aus, ein Soldat der Bundeswehr unterliege der Gehorsamspflicht des § 11 I 1 Soldatengesetz (SG). Dieser habe M nicht genügt. Sie gehe jedenfalls der Gewissensentscheidung vor, wenn man überhaupt ein solches Recht des Soldaten im Dienst anerkennen wolle.

Ist diese Entscheidung mit Art. 4 GG zu vereinbaren, wenn unterstellt wird, dass die Gewissensentscheidung des Majors aufrichtig ist?

Lösung:
Ein Verstoß gegen Art. 4 I GG läge vor, wenn die Degradierung des M einen nicht gerechtfertigten Eingriff in den Schutzbereich des Grundrechts darstellt.

A. Schutzbereich betroffen
Fraglich ist, ob das Verhalten des M in den Schutzbereich des Art. 4 I GG fällt. Dieser schützt die Glaubens- und Gewissensfreiheit. M beruft sich hier nicht auf religiöse Motive für seine Befehlsverweigerung, so dass nur die Gewissensfreiheit in Betracht kommt.

I. Sachlicher Schutzbereich
"Unter Gewissen ist ein real erfahrbares seelisches Phänomen zu verstehen, dessen Forderungen, Mahnungen und Warnungen für Menschen unmittelbar evidente Gebote unbedingten Sollens sind. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist eine Gewissensentscheidung „jede ernste sittliche, d.h. an den Kategorien von Gut und Böse orientierte Entscheidung, die der Einzelne in einer bestimmten Lage als für sich bindend und unbedingt innerlich verpflichtend erfährt, so dass er gegen sie nicht ohne ernste Gewissensnot handeln könnte" (vgl. u.a. BVerfGE 48, 127 [173 f.]; 12, 45 [54 f.]). [...]
Das Kriterium für das Vorliegen einer Gewissensentscheidung im Sinne des Art. 4 Abs. 1 GG kann nicht ihrer „Wahrheit" in Gestalt einer Übereinstimmung mit allgemeinen Rechtsgrundsätzen, einem naturrechtlich oder anderweitig bestimmten Sittengesetz, in der Gesellschaft vorherrschenden, also überwiegend ver-

tretenen ethischen Grundüberzeugungen, einer bestimmten „Werteordnung“ oder Ähnlichem entnommen werden. Damit würde gerade die Individualität und Freiheit des Gewissens negiert. Das Schutzgut der grundgesetzlichen Gewissensfreiheit liegt, wie sich gerade auch aus der Textfassung des Art. 4 Abs. 1 GG ergibt, in der Garantie ihrer Unverletzlichkeit. Der Einzelne soll in dem, was das Innere, den Kern seiner Persönlichkeit ausmacht, unbehelligt und unverletzt bleiben. Gewissen und Gewissensbetätigung sollen - im Verhältnis zu jeder öffentlichen Gewalt (vgl. Art. 1 Abs. 3 GG) - dadurch unverletzlich sein, dass sich die Bildung von Gewissensüberzeugungen (im rechtlichen Sinne) frei vollziehen kann und dass niemand - in den durch die Verfassung gezogenen Grenzen - zu einem Verhalten gezwungen werden darf, das dem Gebot des eigenen Gewissens widerspricht (vgl. Böckenförde, a.a.O. 33 [64, 69 f.]). Das Grundrecht enthält damit das Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung unmittelbar bindende Verbot jeglicher Verletzung der Gewissensfreiheit.

Die verfassungsrechtlich gewährleistete Gewissensfreiheit umfasst nicht nur die Freiheit, ein Gewissen zu haben, sondern grundsätzlich auch die Freiheit, von der öffentlichen Gewalt nicht verpflichtet zu werden, gegen Gebote und Verbote des Gewissens zu handeln (st.Rspr. des BVerfG: vgl. u.a. BVerfGE 78, 391 [395]; BVerfG, NJW 1993, 455 f.; NJW 1999, 3399). In dieser abwehrrechtlichen Dimension hat das Grundrecht der Gewissensfreiheit eine negatorische Funktion. Der jeweils betroffene Bürger hat danach das Recht, Gewissenskonflikte, die ihm durch die öffentliche Gewalt aufgezwungen werden, abwehren zu können. Dabei kommt es nicht mehr darauf an, dass die in Art. 4 Abs. 1 GG gewährleistete „Unverletzlichkeit“ der dort genannten Grundrechte daneben außerdem eine objektive Dimension hat und dass ihr - ebenso wie einzelnen anderen Grundrechten - auch staatliche Sicherungs- und Schutzpflichten entnommen werden (vgl. u.a. BVerfGE 93, 1 [16] m.w.N.; 96, 56 [64]; BVerfG, NVwZ 2001, 908). Denn im vorliegenden Fall ist allein auf die negatorische Dimension des Grundrechts der Freiheit des Gewissens abzustellen. Nach dem Wortlaut des Art. 4 Abs. 1 GG ist die Gewährleistung dieses Grundrechts nicht auf bestimmte Gewissenskonflikte beschränkt. Die Freiheit des Gewissens ist - ebenso wie die Freiheit des Glaubens und die Freiheit des religiösen und weltanschaulichen Bekenntnisses - in jeder Hinsicht „unverletzlich“. Es muss sich für die Auslösung der (negatorischen) Schutzwirkung „lediglich“ um einen Gewissenskonflikt handeln.

Nach der Fallfrage ist zu unterstellen, dass M einen solchen Gewissenskonflikt tatsächlich ausgetragen hat und zu der aufrichtigen Entscheidung gelangt ist, den ihm erteilten Befehl zur Erstellung der Software nicht ausführen zu können. Damit fällt diese Entscheidung in den Schutzbereich des Art. 4 I GG.

II. Personaler Schutzbereich

Fraglich ist jedoch, ob dieses Grundrecht auch Soldaten in Ausübung ihres Dienstes zusteht. Zweifel daran könnten bestehen, weil Art. 4 III 1 GG Soldaten die Möglichkeit gibt, den Kriegsdienst mit der Waffe zu verweigern, wenn ihr Gewissen ihnen dies gebietet. Hierin könnte eine Spezialregelung zu sehen sein, die dem Soldaten *nur* diese Möglichkeit gibt, es m.a.W. ausschließt, andere Verhaltensweisen als die Kriegsdienstverweigerung unter Berufung auf das Gewissen zu legitimieren. Das BVerwG geht diesem Gedanken ausführlich nach, indem es Art. 4 III GG auslegt:

1. Wortlaut

“Aus dem Wortlaut der Regelung des Art. 4 Abs. 3 GG ergibt sich nicht, dass ein Soldat, der keinen Antrag auf Anerkennung als Kriegsdienstverweigerer gestellt hat, sich nicht mehr auf sein Grundrecht auf Gewissensfreiheit (Art. 4 Abs. 1 GG) berufen kann. Im Gegenteil: Nach dem Normtext ist die Möglichkeit der Kriegsdienstverweigerung in Art. 4 Abs. 3 GG als eigenständiges Grundrecht gegenüber dem Grundrecht der allgemeinen Gewissensfreiheit des Art. 4 Abs. 1 GG, das jedem Menschen, also auch einem Soldaten zusteht, für einen spezifischen Normbereich verselbständigt worden. [...] Das in Art. 4 Abs. 3 GG enthaltene Tatbestandsmerkmal „Gewissen“ knüpft zwar ebenso (vgl. u.a. Dürig, JZ 1967, 426 [427]; Kempen in AK-GG, 3. Aufl. 2001, Art. 4 Abs. 3 RNr. 5) wie die entsprechende Regelung in Art. 4 Abs. 1 GG an den allgemeinen Sprachgebrauch an und ist kein fachsprachlicher „terminus technicus“ (so auch die allgemeine Auffassung im Fachschrifttum, vgl. u.a. Böckenförde, a.a.O., 33 [74]; Herzog, a.a.O., RNr. 197). Das führt aber nicht dazu, dass Art. 4 Abs. 1 GG im militärischen Bereich daneben nicht mehr anwendbar wäre.”

2. Historie

“Vor allem die Entstehungsgeschichte des Art. 4 GG spricht dafür, dass die in Art. 4 Abs. 3 GG normierte Gewährleistung des Rechts zur Kriegsdienstverweigerung den allgemeinen Schutz der „Freiheit des Gewissens“ (Art. 4 Abs. 1 GG) spezifizieren und verstärken sollte. Der Schutz der Gewissensfreiheit Art. 4 Abs. 1 GG sollte dagegen nicht eingeschränkt werden” [wird ausgeführt].

3. Systematik

“Das ergibt sich auch aus dem Regelungszusammenhang. Allein der Umstand, dass - ebenso wie in Art. 4 Abs. 1 GG - auch in Art. 4 Abs. 3 GG das Gewissen geschützt wird, führt nicht dazu, dass letztere Vorschrift gleichsam als abschließende Spezialvorschrift

für den militärischen Bereich anzusehen ist, die der Grundnorm des Art. 4 Abs. 1 GG vorgeht. Auch an anderer Stelle des Grundgesetzes ist das „Gewissen“ noch Gegenstand einer weiteren speziellen Regelung: Abgeordnete des Deutschen Bundestages, die gemäß Art. 38 GG als „Vertreter des ganzen Volkes“, an Aufträge und Weisungen nicht gebunden sind, sind „nur ihrem Gewissen unterworfen“. Art. 38 Abs. 1 GG lässt den Gewissensschutz nach Art. 4 Abs. 1 GG für den jeweils betroffenen Abgeordneten unberührt und schränkt ihn nicht ein, sondern entfaltet über ihn hinaus (negatorische) Wirkungen gegenüber jeglichen Versuchen, Abgeordnete an Aufträge und Weisungen zu binden oder sie bei ihrer Gewissensentscheidung zu beeinträchtigen. Erst recht verdrängt er in seinem Anwendungsbereich nicht das Grundrecht der Freiheit des Gewissens (Art. 4 Abs. 1 GG) jedes einzelnen Abgeordneten. Vielmehr muss beachtet werden, dass der in Art. 4 Abs. 3 Satz 1 GG verankerte Normbefehl („Niemand darf gegen sein Gewissen zum Kriegsdienst mit der Waffe gezwungen werden“) gegenüber Art. 4 Abs. 1 GG eine eigenständige Regelung mit einem eigenständigen Regelungsgehalt darstellt. Dafür spricht schon, dass die Regelung im Nachgang zu Art. 4 Abs. 1 GG in das Grundgesetz aufgenommen wurde. Auch die in Satz 2 der Regelung des Art. 4 Abs. 3 GG erfolgte Ermächtigung des einfachen Gesetzgebers, hinsichtlich der Ausgestaltung des verfassungsrechtlich normierten Verbotes jeden Zwanges „zum Kriegsdienst mit der Waffe“ durch ein Bundesgesetz „das Nähere“ zu regeln, lässt erkennen, dass für den von Art. 4 Abs. 3 GG erfassten Normbereich eine spezifische und damit eigenständige Regelung gelten sollte. Denn Art. 4 Abs. 1 GG enthält einen solchen Ausgestaltungsvorbehalt nicht. Dies heißt aber zugleich: Die Regelung des Art. 4 Abs. 3 GG stellt eine den allgemeinen Schutz der „Freiheit des Gewissens“ ergänzende oder modifizierende „Sonderregelung“ nur insoweit dar, wie ihr Anwendungsbereich (Regelungsgehalt) reicht. Im Übrigen bleibt die allgemeine Regelung des Art. 4 Abs. 1 GG unberührt.”

4. Teleologie

“Dafür spricht auch der Regelungszweck. Regelungsgehalt des Art. 4 Abs. 3 Satz 1 GG und des damit in engem Zusammenhang stehenden Art. 12a Abs. 2 GG ist das verfassungsrechtliche Verbot des Zwangs „zum Kriegsdienst mit der Waffe“. Der Begriff „Kriegsdienst mit der Waffe“ schließt nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auch den „Friedenswehrdienst“ mit ein, „da der Ersatzdienst … gerade auch an die Stelle des Wehrdienstes im Frieden treten sollte“ (vgl. u.a. Beschluss vom 20. Dezember 1960 - 1 BvL 21/60 - a.a.O. [56]). Hiermit wird, so das Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung, verdeutlicht, dass Art. 4 Abs. 3 GG - nach Einführung der allgemeinen Wehrpflicht - „das Recht umfasst, den Dienst mit der Waffe schon im Frieden zu verweigern“; dies sei „sinnvoll - nicht nur, weil der Staat kein Interesse daran haben kann, Wehrpflichtige mit der Waffe auszubilden, die im Kriegsfall die Waffenführung verweigern werden, sondern auch vom Standpunkt des Einzelnen aus, dem eine Ausbildung nicht aufgezwungen werden darf, die einzig den Zweck hat, ihn zu einer Betätigung vorzubereiten, die er aus Gewissensgründen ablehnt“. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts schützt Art. 4 Abs. 3 GG nach seinem Regelungsgehalt nur denjenigen, der aus Gewissensgründen den „Kriegsdienst mit der Waffe“ (und damit auch den „Friedenswehrdienst“) schlechthin ablehnt und verweigert (Beschluss vom 20. Dezember 1960 - 1 BvL 21/60 - a.a.O. [56 f.]). Danach liegt „nur in der Vorstellung“, „mit - den jeweils zur Verwendung kommenden - Waffen Menschen im Kriege“ töten zu müssen, „nach dem Grundgesetz für den Einzelnen die schwere innere Belastung, die es rechtfertigt, seine ablehnende Gewissensentscheidung anzuerkennen, obwohl sie zur Verweigerung einer in Verfassung und Gesetz allgemein auferlegten staatsbürgerlichen Pflicht führt und damit - wenigstens vordergründig - zu den Interessen des Staates in Widerstreit tritt“. Der Anwendungsbereich von Art. 4 Abs. 3 GG bezieht sich damit auf den „Bereich der Wehrpflicht“, also die zwangsweise Heranziehung zum „Kriegsdienst mit der Waffe“ und zum „Friedenswehrdienst“. Das in dieser Norm verankerte Recht zur Kriegsdienstverweigerung soll unter den im dazu ergangenen Bundesgesetz geregelten näheren Voraussetzungen gerade davon freistellen. Aus dem Regelungszweck des Art. 4 Abs. 3 GG lässt sich jedoch nicht ableiten, dass Staatsbürgern, die den durch Gesetz begründeten Zwang zum “Kriegsdienst mit der Waffe“ nicht ablehnen, sondern sogar als Soldaten auf Zeit oder als Berufssoldaten freiwillig in die Bundeswehr eintreten und damit ihre grundsätzliche Bereitschaft zum Kriegsdienst bejahen, die Möglichkeit einer Berufung auf ihr allgemeines, d.h. jeder Bürgerin und jedem Bürger zustehendes Grundrecht der unverletzlichen „Freiheit des Gewissens“ nach Art. 4 Abs. 1 GG genommen ist. Zwar können auch Soldaten im Sinne des Art. 4 Abs. 3 GG die Anerkennung der Berechtigung, den „Kriegsdienst mit der Waffe“ zu verweigern, beantragen (vgl. § 4 KDVG). Es geht dabei jedoch um die Erlangung des Status eines anerkannten Kriegsdienstverweigerers, der - so die ständige Rechtsprechung - nur von dem erlangt werden kann, der den “Kriegsdienst mit der Waffe“ schlechthin, also grundsätzlich in jedem und für jeden Krieg verweigert. Daraus kann weiterhin gefolgert werden: Wer zum Eintritt in die Bundeswehr bereit ist oder an seinem Verbleiben in der Bundeswehr als Soldat festhalten will, kann keinen Antrag nach Art. 4 Abs. 3 GG auf Anerkennung als Kriegsdienstverweigerer (vgl. auch § 1 KDVG) stellen. Es

wäre ein Widerspruch in sich. Auf Soldaten, die den „Kriegsdienst mit der Waffe“ nicht schlechthin ablehnen, sondern nach Begründung des Dienstverhältnisses ihre im Rahmen der Verfassung und Gesetze auferlegten Dienstpflichten innerhalb der Bundeswehr erfüllen wollen, bezieht sich die Regelung des Art. 4 Abs. 3 GG gerade nicht. [...] Das aber heißt zugleich: Soldaten gehen ihres nach Art. 4 Abs. 1 GG unverletzlichen Grundrechts auf „Freiheit des Gewissens“ nicht verlustig, wenn sie keinen Antrag auf Anerkennung als Kriegsdienstverweigerer stellen und Soldaten der Bundeswehr bleiben wollen. [...]

Mithin ist der Schutzbereich des Art. 4 I GG in Gestalt der freien Gewissensentscheidung betroffen.

B. Eingriff

Ein Eingriff in den Schutzbereich liegt in jeder Verkürzung, d.h. jeder spürbaren Beeinträchtigung des Grundrechtsschutzes. Indem die unter Einschaltung des Gewissens getroffene Entscheidung, den Befehl zur (weiteren) Entwicklung des Softwareprogramms zu verweigern, zum Anlass für eine Degradierung des Soldaten genommen wurde, liegt eine solche spürbare Beeinträchtigung vor. Eine Degradierung hat erhebliche negative Folgen für den dienstlichen und privaten Status des Soldaten.

C. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Der Eingriff wäre verfassungsrechtlich gerechtfertigt, wenn er von den Schranken des Grundrechts gedeckt ist.

I. Schranken

1. Gesetzesvorbehalt

Als Schranke des Grundrechts kommt die Gehrsamspflicht des Soldaten aus § 11 I SG in Betracht. Das BVerwG stellt allerdings fest, dass Art. 4 I GG in Gestalt der Gewissensfreiheit keinem Gesetzesvorbehalt unterliegt:

“Da Art. 4 Abs. 1 GG - anders als Art. 135 der Weimarer Reichsverfassung (WRV) - keinen Gesetzesvorbehalt enthält, ist eine Begrenzung der Gewissensfreiheit durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes unzulässig und damit verfassungswidrig. Im Hinblick auf Art. 1 Abs. 3 GG darf weder der Gesetzgeber noch eine andere öffentliche Gewalt dieses Grundrecht in seinem sachlichen Gehalt einschränken. Der Gesetzgeber darf mit von ihm geschaffenen Regelungen lediglich die Grenzen offen legen, die in den Begriffen des Art. 4 Abs. 1 GG selbst oder in anderen Verfassungsbestimmungen enthalten sind. Dies hat das Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung zum Grundrecht des Art. 4 Abs. 3 Satz 1 GG, das sogar - anders als Art. 4 Abs. 1 GG - einem Gesetzesvorbehalt zur Regelung „des Näheren“ vorsieht, wiederholt entschieden (vgl. u.a. Urteile vom 13. April 1978 - 2 BvF 1/77 u.a. und vom 24. April 1985 - 2 BvF 2/83 u.a.). Dies ergibt sich für Art. 4 Abs. 1 GG nicht nur aus dem fehlenden Gesetzesvorbehalt, sondern unmittelbar auch aus dem Normtext selbst. Denn die verfassungsrechtliche Regelung ordnet an, dass im Konflikt zwischen Gewissen und Rechtspflicht die Freiheit des Gewissens „unverletzlich“ ist. Auch eine geringfügige Verletzung ist unzulässig.”

2. Verfassungsimmanente Schranken

Für die ohne Gesetzesvorbehalt gewährleisteten Grundrechte wie Art. 4 I GG können sich allerdings immanente Grenzen aus anderen Grundrechts- oder sonstigen Verfassungsbestimmungen ergeben. Diese prüft das BVerwG ausführlich:

a. Ausdrückliche Schranken

“Ausdrückliche Schranken für die in Art. 4 Abs. 1 GG gewährleisteten Grundrechte ergeben sich allgemein etwa aus Art. 7 Abs. 2 und 3 GG, Art. 140 GG i.V.m. Art. 136 Abs. 3 Satz 2 WRV, Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 Satz 1 WRV und Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 6 WRV. Alle diese im Grundgesetz ausdrücklich enthaltenen Schranken sind hier jedoch nicht einschlägig und vermögen deshalb im vorliegenden Zusammenhang das Grundrecht der Gewissensfreiheit eines Soldaten gegenüber einem militärischen Befehl nicht einzuschränken.”

b. Sonstige Regelungen

aa. Art. 12a GG

“Art. 12a GG eröffnet dem Gesetzgeber die Kompetenz, Männer vom vollendeten achtzehnten Lebensjahr an zum Dienst in den Streitkräften, im Bundesgrenzschutz oder in einem Zivilschutzverband zu verpflichten (Abs. 1). Wer aus Gewissensgründen den Kriegsdienst mit der Waffe verweigert, kann zu einem Ersatzdienst verpflichtet werden (Abs. 2). Darüber hinaus sehen die weiteren Bestimmungen des Art. 12a GG vor, dass im Verteidigungsfall Bürger zur Erfüllung bestimmter Dienstpflichten durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes herangezogen werden können. Die Wahrnehmung dieser durch Art. 12a GG dem Gesetzgeber und der Verwaltung eingeräumten verfassungsrechtlichen Befugnisse wird ersichtlich nicht dadurch beeinträchtigt oder gar verhindert, dass Soldaten gegenüber einem ihnen erteilten militärischen Befehl von ihrem Grundrecht nach Art. 4 Abs. 1 GG Gebrauch machen. Dies bedarf keiner näheren Darlegung.”

bb. Art. 73 Nr. 1 GG

Art. 73 Nr. 1 GG enthält lediglich eine Gesetzgebungskompetenz. Inwiefern von dieser innerhalb von grundrechtlichen Schutzbereichen durch den Ge-

setzgeber Gebrauch gemacht werden darf, ergibt sich nicht aus dieser Kompetenznorm, sondern richtet sich nach dem jeweiligen grundrechtlichen Schutzbereich und den vom Verfassungsgeber vorgesehenen (oder auch nicht vorgesehenen) jeweiligen Gesetzesvorbehalt. Dadurch, dass der Gesetzgeber durch eine Verfassungsvorschrift (z.B. Art. 73 Nr. 1 GG) zu einem bestimmten legislativen Tun ermächtigt wird, erhält „das, was er tut“, also das legislatorische „Produkt“, noch keinen Verfassungsrang (so zu Recht u.a. R. Eckertz, Die Kriegsdienstverweigerung aus Gewissensgründen 1981, S. 36). Die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz des Bundes über „die auswärtigen Angelegenheiten sowie die Verteidigung“ (Art. 73 Nr. 1 GG) wird im Falle einer Inanspruchnahme des Grundrechts der Freiheit des Gewissens (Art. 4 Abs. 1 GG) de jure und de facto durch einen Soldaten weder beschnitten noch sonst verkürzt. Denn die gesetzgeberische Tätigkeit kann nur vom Gesetzgeber selbst vorgenommen werden.”

cc. Art. 115a ff. GG

“Auch die Verfassungsnormen der Art. 115a ff. GG werden hinsichtlich der in ihnen vorgesehenen Rechtsfolgen nicht beschnitten. Die den dort genannten staatlichen Organen eingeräumten Kompetenzen werden weder aufgehoben noch auch nur verkürzt, wenn sich ein Soldat gegenüber einem ihn in seinem Gewissen ernsthaft belastenden militärischen Befehl seiner Vorgesetzten auf sein Grundrecht aus Art. 4 Abs. 1 GG beruft und eine gewissenschonende Handlungsalternative begehrt.”

dd. Art. 87a I 1 GG

“Ebenso wenig wird durch die Berufung eines Soldaten auf das Grundrecht der Gewissensfreiheit nach Art. 4 Abs. 1 GG die in Art. 87a Abs. 1 Satz 1 GG enthaltene Verfassungsnormierung in Frage gestellt, wonach der Bund „Streitkräfte zur Verteidigung“ aufstellt. Denn unabhängig davon, ob es sich dabei lediglich um eine Ermächtigung oder aber um ein zwingendes verfassungsrechtliches Gebot handelt, bleibt der Regelungsgehalt dieser Norm auch im Falle einer Inanspruchnahme des Grundrechts aus Art. 4 Abs. 1 GG durch Soldaten unangetastet. Auch wenn davon ausgegangen werden kann, dass der verfassungsändernde Gesetzgeber mit der Einfügung des Art. 87a Abs. 1 GG die Aufstellung von „Streitkräften zur Verteidigung“ als verfassungsrechtliche Entscheidung positiv normiert hat, bedeutet dies jedoch nicht, dass damit Grundrechte von Soldaten, zumal wenn sie ohne Gesetzesvorbehalt gewährt sind, gegenüber dieser verfassungsrechtlichen Entscheidung über die Aufstellung von „Streitkräften zur Verteidigung“ immer dann zurücktreten müssten, wenn sich die Berufung auf das Grundrecht in den Augen der jeweiligen Vorgesetzten als für die Bundeswehr „störend“ oder für den Dienstbetrieb „belastend“ darstellt. Ferner ist zu beachten, dass sich der Verfassungsgeber (das „Deutsche Volk kraft seiner verfassungsgebenden Gewalt“), „von dem Willen beseelt, als gleichberechtigtes Glied in einem vereinten Europa dem Frieden der Welt zu dienen“ (Präambel zum Grundgesetz), bewusst dafür entschieden hat, dass die „unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechte“, mithin also auch das Grundrecht der Freiheit des Gewissens (Art. 4 Abs. 1 GG), „Grundlage“ jeder menschlichen, also auch der staatlichen „Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt“ sein sollen (Art. 1 Abs. 2 GG). Indem der Verfassungsgeber sich in dieser Weise zu den - im Grundgesetz im Einzelnen konkretisierten - Menschenrechten bekennt und sie als Grundlage, d.h. als Voraussetzung und Basis seines Werks bezeichnet, versteht er sie als seiner Verfassungsgebung vorausbestehend oder jedenfalls als zentralen Richtpunkt und Maßstab der verfassten Staatlichkeit. Die konkrete Wahrnehmung staatlicher Aufgaben und Befugnisse durch Gesetzgebung, Rechtsprechung und vollziehende Gewalt hat sich an den grundrechtlichen Geboten und Vorgaben zu orientieren, nicht umgekehrt. Dies gilt auch für die Streitkräfte. Das Grundgesetz normiert damit eine Bindung der Streitkräfte an die Grundrechte, nicht jedoch eine Bindung der Grundrechte an die Entscheidungen und Bedarfslagen der Streitkräfte. Es unterwirft die Grundrechte keinem allgemeinen oder speziellen Vorbehalt hinsichtlich der Bedürfnisse der Bundeswehr.” [...]

ee. Art. 65a GG

“Allerdings steht die Berufung des Soldaten auf sein Grundrecht der Freiheit des Gewissens (Art. 4 Abs. 1 GG) in einem Spannungsverhältnis zu Art. 65a GG, der dem Bundesminister der Verteidigung die „Befehls- und Kommandogewalt“ über die Streitkräfte zuweist.”

Ausdruck dieser Regelung ist die Gehorsamspflicht nach § 11 I 1 SG, so dass die verfassungsrechtliche Regelung hier durch ein Parlamentsgesetz konkretisiert worden ist.

II. Eingriff gedeckt

Fraglich ist, ob und wann eine Einschränkung von Grundrechten im Lichte kollidierenden Verfassungsrechts - hier im Lichte des Art. 65a GG - zulässig ist. Hierzu folgt das BVerwG dem vom BVerfG entwickelten Grundsatz der praktischen Konkordanz, der einen Ausgleich der widerstreitenden Interessen im Einzelfall fordert:

1. Kein Vorrang

“[Die Kommandogewalt nach Art. 65a GG] beinhaltet freilich nicht, dass mit ihr auch die Befugnis verbunden ist, vorbehaltlos gewährleistete Grundrechte durch Akte der vollziehenden Gewalt einzuschränken. Denn

eine solche Befugnis steht nicht einmal dem Gesetzgeber zu (vgl. Art. 1 Abs. 3 GG). Beruft sich ein Soldat im konkreten Einzelfall gegenüber einem Befehl, der vom Inhaber der „Befehls- und Kommandogewalt“ (Art. 65a GG) oder in seinem Auftrag von einem militärischen Vorgesetzten erteilt worden ist, auf sein Grundrecht der Gewissensfreiheit nach Art. 4 Abs. 1 GG, so wird die verfassungsrechtlich gewährleistete „Befehls- und Kommandogewalt“ nach Art. 65a GG nicht aufgehoben oder auch nur in Frage gestellt. Denn es geht dabei nur darum, dass bei ihrer Wahrnehmung und Ausübung die in der Verfassung, insbesondere in den Grundrechten normierten Verfassungsgebote eingehalten werden müssen. Diese Rechtslage ergibt sich für alle Teile der vollziehenden Gewalt unmittelbar aus Art. 1 Abs. 3 GG, der zu den auch im Wege einer Verfassungsänderung nach Art. 79 Abs. 3 GG nicht abänderbaren „in den Artikeln 1 und 20 niedergelegten Grundsätze(n)“ gehört. Es ist mithin Bestandteil der Verfassung und damit auch der in Art. 65a GG normierten „Befehls- und Kommandogewalt“, dass das durch die Verfassung zwingend Vorgegebene sowohl bei der Befehlsgebung als auch bei der Befehlsdurchsetzung beachtet werden muss. Insofern steht die durch Art. 65a GG gewährleistete „Befehls- und Kommandogewalt“ des Bundesministers der Verteidigung - ebenso wie die von ihm auf militärische Vorgesetzte übertragene Befehlsgewalt - unter einem verfassungsrechtlichen Ausübungsvorbehalt. Namentlich dürfen die sich aus der Verfassung ergebenden strikten Bindungen an „Recht und Gesetz“ (Art. 20 Abs. 3 GG), an die „allgemeinen Regeln des Völkerrechts“ (Art. 25 GG) und an die Grundrechte (Art. 1 Abs. 3 GG) nicht zur Seite geschoben und durch „Abwägung“ in ihrem Geltungsgehalt und -anspruch gelockert werden, auch wenn dies politisch oder militärisch im Einzelfall unter Umständen zweckmäßig erscheinen mag.”

2. Vielmehr Ausgleich im Wege praktischer Konkordanz

“Im Einzelfall sich daraus ergebende faktische Konflikte und Unzuträglichkeiten sind nach dem Gebot der „praktischen Konkordanz“ zu lösen bzw. zu vermeiden. Dabei ist ein beide Rechtspositionen in ihrem jeweiligen Regelungsbereich möglichst schonender Ausgleich anzustreben. Diese Aufgabe, widerstreitende Belange gegeneinander abzugrenzen, obliegt dabei in erster Linie dem Gesetzgeber (BVerfGE 83, 130 [142 f.]). Nur insoweit, als - verfassungsmäßige - gesetzliche Grenzziehungen nicht vorliegen, ist Raum für unumgängliche Abgrenzungen durch das angerufene zuständige Gericht. Dabei ist im Wege der Herstellung „praktischer Konkordanz“ nach Lösungen zu suchen, die beide kollidierenden Schutzgüter möglichst wenig beeinträchtigen, also beide zu optimaler Wirksamkeit kommen lassen. Im Anwendungsbereich des Grundrechts der Gewissensfreiheit (Art. 4 Abs. 1 GG) muss angestrebt werden, den aufgetretenen Gewissenskonflikt unter Wahrung konkret feststellbarer berechtigter Belange der Bundeswehr in einer Art und Weise zu mildern und zu lösen, die die normierte „Unverletzlichkeit“ der Freiheit des Gewissens nicht in Frage stellt, sondern gewährleistet. Das erfordert ein konstruktives Mit- und Zusammenwirken beider Seiten.”

3. Subsumtion

Diesen rechtlichen Anforderungen zur Herstellung “praktischer Konkordanz” genügt die Entscheidung des Truppendienstgerichts nicht. Ausweislich der Begründung der Entscheidung ist das Gericht davon ausgegangen, dass die Gehorsamspflicht des Soldaten seiner Gewissensentscheidung vorgehe. Dies ist, wie soeben gezeigt, gerade nicht der Fall.

[Anm.: An dieser Stelle ist der Sachverhalt im Verhältnis zur Originalentscheidung stark vereinfacht. Das BVerwG hat in dieser zunächst geprüft, ob es zur Herstellung praktischer Konkordanz überhaupt befugt ist. Denn, so dass Gericht, diese obliege in erster Linie dem Gesetzgeber. Nur wo nach Auswertung vorhandener gesetzlicher Regelungen noch ein Spielraum verbleibe, sei die Rechtsprechung aufgerufen, eine eigene Wertung vorzunehmen. Sodann macht das Gericht breite Ausführungen zu den Anforderungen, die an beide Seiten - also an den Soldaten in Ausübung seiner Gewissensentscheidung und an die Bundeswehr in ihrer Reaktion auf diese - zu stellen sind. Siehe hierzu die Leitsätze. Im Ergebnis hatte auch im Originalfall die Bundeswehr zu einseitig zu Lasten des Soldaten gehandelt und damit seine Gewissensfreiheit verletzt.]

D. Ergebnis

Mithin gelingt die verfassungsrechtliche Rechtfertigung des Eingriffs nicht; M ist in seiner Gewissensfreiheit aus Art. 4 I GG verletzt.

Standort: Schuldrecht Problem: Pflichten einer Spielbank nach "Selbstsperre"

BGH, URTEIL VOM 15.12.2005
III ZR 65/05 (BISLANG UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Die Kl. forderte in diesem Fall aus abgetretenem Recht ihres Ehemannes einen Betrag i. H. v. knapp 5.000,- € zurück, den dieser in der Spielbank Dortmund-Hohensyburg an Spielautomaten "verzockt" hatte. Hintergrund war, dass der Ehemann der Kl. sich zuvor aufgrund seiner selbst erkannten Spielsucht für den Betrieb der Spielbanken hatte sperren lassen, was den Mitarbeitern der beklagten Spielbankbetreiberin allerdings nicht aufgefallen war.

Der XI. Zivilsenat des BGH hatte in Spielsperren durch Casinobetreiber bislang lediglich deren Ausübung ihres Hausrechtes gesehen, ohne dass hieraus eine Pflicht gegenüber dem Spieler erwachsen könne, ihn bzw. seine Vermögensinteressen dadurch zu schützen, dass man ihn durch Zugangskontrollen vom Spiel abhält. Diese Rechtsprechung wurde in der Literatur zum Teil kritisiert (vgl. die Nachweise in den zitierten Passagen der Entscheidungsgründe) und auch das OLG Hamm hatte in einem ähnlichen Fall 2003 angenommen, aufgrund einer durch den Spieler selbst beantragten Sperre seien gleichwohl geschlossene Spielverträge als nichtig zu behandeln, so dass sich ein Anspruch auf Rückzahlung gezahlter Einsätze aus § 812 I 1 Fall 1 BGB ergebe.

Zwar erteilte der nunmehr zuständige III. Zivilsenat diesem Lösungsvorschlag eine Absage, er nahm statt dessen aber an, dass infolge einer durch den Spieler selbst beantragten Sperre ein schuldrechtlicher Vertrag zustandekomme, der den Spielbankbetreiber verpflichte, alle möglichen und zumutbaren Kontrollmaßnahmen zu ergreifen, um den Gesperrten vom Glücksspiel abzuhalten. Bei schuldhafter Verletzung dieser Pflicht entsteht ein Schadensersatzanspruch nach § 280 I BGB (nach altem Recht: pVV des "Sperrvertrags").

Prüfungsrelevanz:

Diese Entscheidung ist zum einen deshalb interessant, weil ein praktisch relevantes und durchaus brisantes Thema mit relativ einfachen Mitteln des Allgemeinen Schuldrechts gelöst und gleichzeitig mit dem Bereicherungsrecht ein weiteres examensrelevantes Themengebiet angeschnitten wird. Zudem berührt das Urteil den im BGB zugrundeliegenden Grundsatz der Privatautonomie, indem einerseits deutlich wird, dass nach §§ 311, 241 BGB auch Verträge geschlossen werden können, deren Inhalt im BGB nicht vorgesehen ist, andererseits der Spieler hier gerade vor eigenen Entscheidungen geschützt werden soll, die aufgrund seines Suchtverhaltens nicht mehr als privatautonom im schützenswerten Sinne einzustufen sind.

Von einer Vorlage an den Großen Senat für Zivilsachen nach § 132 GVG hat der III. Zivilsenat trotz Abweichung von der Auffassung des XI. Zivilsenats abgesehen, da letztgenannter infolge einer Änderung des Geschäftsverteilungsplanes für das betroffene Rechtsgebiet nicht mehr zuständig ist.

Vertiefungshinweise:

❑ Rückforderung im Rahmen eines "Schenkkreises" gezahlter Beträge: *BGH*, RA 2005, 735 = NJW 2006, 45

❑ Rückforderung des Kaufpreises für ein Radarwarngerät: *BGH*, RA 2005, 339 = NJW 2005, 1490

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs:* "Kurzfälle zur Saldotheorie"

Leitsätze:

1. Eine wunschgemäß erteilte Spielsperre kann Ansprüche auf Ersatz von Spielverlusten begründen, wenn die Spielbank die Sperre nicht durch ausreichende Kontrollen durchsetzt.

2. Eine Spielbank kann bei einer antragsgemäß - im Gegensatz zu einer einseitig - verhängten Spielsperre Schutzpflichten haben, die auf Wahrnehmung der Vermögensinteressen ihrer Gäste gerichtet sind (Abweichung von BGH, Urteil vom 31. Oktober 1995 - XI ZR 6/95 = BGHZ 131, 136).

Sachverhalt:

Die Bekl. betreibt öffentlich-rechtlich konzessionierte Spielcasinos, unter anderem in Bad Oeynhausen und Dortmund-Hohensyburg. Der Ehemann der Kl., der nach deren Vorbringen spielsüchtig ist und nach eigenen Angaben im Laufe seiner "Spielerkarriere" insgesamt 100.000.- bis 150.000,- DM verloren hat, unterzeichnete am 21.01.1997 einen an das Spielcasino Bad Oeynhausen gerichteten formularmäßigen "Antrag auf Selbstsperre" für unbefristete Zeit vom 21.01.1997 an für das Spielcasino Bad Oeynhausen, für alle anderen Casinos der Bekl. sowie für alle anderen deutschen und österreichischen Spielbanken. Der Antrag enthielt folgenden Hinweis:

"Mir ist weiterhin bekannt, dass diese Selbstsperre nur für das "Große Spiel" vorgemerkt wird und für das Automatenspiel nicht berücksichtigt werden kann, weil meine persönlichen Daten im Automatenspiel nicht registriert werden und damit keine Überwachungsmöglichkeit besteht."

Am 16.12.1997 suchte der Ehemann trotz der Sperre

das von der Bekl. betriebene Spielcasino Dortmund-Hohensyburg auf. Dort befinden sich neben dem abgesperrten und Personenkontrollen unterliegenden Bereich des "Großen Spiels" auch Automatenspielsäle ("Kleines Spiel"), die ohne Personenkontrolle betreten werden können. An den Eingängen zu den Sälen sind Schilder angebracht, wonach minderjährigen, gesperrten oder nicht zum Spiel zugelassenen Personen der Zutritt zum Spielsaal/Automatensaal nicht gestattet ist und im Falle eines Spielverlustes für diese Personen kein Anspruch auf Rückerstattung der Spieleinsätze, im Falle eines Gewinns weder ein Anspruch auf Rückerstattung der Spieleinsätze noch auf Auszahlung der Gewinne besteht. In dem Bereich, der keiner Personenkontrolle unterliegt, befinden sich sogenannte Telecash-Geräte, mit deren Hilfe Besucher Geld von ihren Konten abheben können. Die Bedienung der Telecash-Geräte erfolgt in der Weise, dass den Mitarbeitern der Bekl. eine Scheckkarte übergeben wird, die sodann nach Eingabe der entsprechenden PIN-Nummer durch den Spieler den gewünschten Betrag an diesen auszahlen. Der Ehemann der Kl. hob am 16.12.1997 von zweien dieser Geräte insgesamt 20 mal je 500,- DM ab, die dem Konto der Kl. und ihres Ehemanns belastet wurden. Der Ehemann der Kl. verspielte den Gesamtbetrag von 10.000,- DM an den aufgestellten Automaten. Die Kl. hat aus abgetretenem Recht ihres Ehemanns gegen die Bekl. einen Rückzahlungsanspruch in Höhe von 9.750,- DM (4.985,19 €) nebst Zinsen gegen die Bekl. geltend gemacht.

Besteht ein solcher Anspruch, wenn die Mitarbeiter der Bekl. bei der Bedienung der Telecash-Geräte die Möglichkeit gehabt hätten, die persönlichen Daten des Ehemannes der Kl. zu kontrollieren?

[Bearbeitervermerk:
I. Der Fall ist nach aktuell geltendem Recht zu lösen.
II. § 3 I der für die Spielbanken Hohensyburg durch den Innenminister des Landes NRW erlassenen Spielordnung hat folgenden Wortlaut:
"§ 3 (1)
Der Besuch der Spielsäle ist Inhabern von Eintritts- und Ehrenkarten gestattet; ferner allen Personen, die von einem Vertreter der Spielbankleitung persönlich eingeführt werden. Das Innenministerium kann weitere Ausnahmen von den Vorschriften der Sätze 1-3 zulassen. Die Spielbank darf Eintrittskarten nur an Personen aushändigen, die Angaben zu ihrer Person durch die Vorlage eines gültigen Personalausweises oder Reisepasses nachweisen können.
Die Spielbank hat die Besucher mit Namen, Beruf, Wohnort und Geburtsdatum in einer Kartei festzuhalten. Die Spielbankleitung kann für den ausschließlichen Zutritt zu dem in gesonderten Räumen veranstalteten Automatenspiel von den Vorschriften in Satz 2 und 3 absehen."]

Lösung:

A. Schadensersatzanspruch gem. § 398 i. V. m. § 280 I BGB
Die Kl. könnte einen Anspruch gegen die Bekl. auf Zahlung von Schadensersatz i. H. v. 4.985,19 € aus abgetretenem Recht gem. § 398 i. V. m. § 280 I BGB haben.

I. Einigung zwischen der Kl. und ihrem Ehemann gem. § 398 BGB
Dann müsste sich die Kl. als Zessionarin mit ihrem Ehemann als Zedenten dahingehend geeinigt haben, dass der Ehemann seine etwaigen Ansprüche gegen die Bekl. wegen der Geschehnisse in der Spielbank Dortmund-Hohensyburg am 16.12.1997 an die Kl. abtritt.
Die Kl. geht hier ausdrücklich aus abgetretenem Recht ihres Ehemannes vor, so dass von einer entsprechenden Einigung auszugehen ist. Diese bedurfte keiner besonderen Form und ist mangels entgegenstehender Anhaltspunkte auch als hinreichend bestimmt anzusehen.
Eine Einigung gem. § 398 BGB lag somit vor.

II. Berechtigung des Zedenten: Anspruch gem. § 280 I BGB
Der Ehemann müsste auch verfügungsberechtigt, d. h. Inhaber eines Ersatzanspruches gegen die Bekl. gewesen sein. Dieser Anspruch könnte sich aus § 280 I BGB ergeben.

1. Schuldverhältnis
Dann müsste zwischen dem Ehemann der Kl. und der Bekl. ein Schuldverhältnis i. S. d. § 280 BGB bestanden haben.

a. Einordnung der Rechtsbeziehungen zwischen Spielbankbetreibern und deren Kunden
Hier erscheint schon fraglich, ob die Bekl. als Betreiberin einer Spielbank überhaupt rechtswirksame Schuldverhältnisse mit den Spielbankbesuchern eingehen kann. Aufgrund der mit regelmäßigem Glücksspiel verbundenen (Sucht-) Risiken könnten derartige Geschäfte gegen die guten Sitten i. S. d. § 138 I BGB oder gar gegen Verbotsgesetze i. S. d. § 134 BGB verstoßen und demzufolge nichtig sein.
Hierzu jedoch der BGH:
"Die Bekl. betreibt ihre Spielbanken und -casinos als privatwirtschaftliches Unternehmen und tritt deshalb mit Vertragspartnern auf zivilrechtlicher Grundlage in rechtliche Beziehungen. Der Betrieb einer Spielbank ist eine an sich unerwünschte Tätigkeit, die der Staat gleichwohl erlaubt, um das illegale Glücksspiel einzudämmen, dem nicht zu unterdrückenden Spieltrieb des Menschen staatlich überwachte Betätigungsmöglichkeiten zu verschaffen und dadurch die natürliche

Spielleidenschaft vor strafbarer Ausbeutung zu schützen (BVerfGE 102, 197 [215] = NVwZ 2001, 790 [793]). Deswegen ist das Betreiben einer öffentlichen Spielbank, solange diese Tätigkeit privaten Unternehmen zugänglich und nicht gesetzlich verboten ist, Ausübung eines Berufs im Sinne von Art. 12 I GG (BVerfG aaO). Die einzelnen abgeschlossenen Spielverträge unterfallen daher, soweit sie sich im Bereich des gesetzlich Zulässigen halten, dem Schutz der Rechtsordnung."

Ein wirksames und nach § 280 I BGB zu beurteilendes Schuldverhältnis zwischen dem Ehemann der Kl. und der Bekl. kann demzufolge zustandegekommen sein.

b. Vertragsschluss aufgrund selbst beantragter Spielsperre

Weiterhin müsste durch die gegenüber dem Ehemann der Kl. verhängte Spielsperre ein solches Schuldverhältnis zustandegekommen sein. Daran bestehen Zweifel, weil es sich bei der Verhängung einer Spielsperre auch um die bloße Ausübung des Hausrechtes durch eine Spielbankbetreiberin handeln könnte, aus der keine weiteren schuldrechtlichen Pflichten resultieren. So wurde dies zumindest in der Vergangenheit durch den BGH beurteilt:

"Allerdings hat der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs durch Urteil vom 31.10.1995 (BGHZ 131, 136 = NJW 1996, 248) entschieden, dass eine wunschgemäß erteilte Spielsperre grundsätzlich keine Ansprüche auf Ersatz von Spielverlusten begründe, wenn die Spielbank die Sperre nicht durch ausreichende Kontrollen durchsetze, und dass eine Spielbank auch bei einer verhängten Spielsperre keine Schutzpflichten habe, die auf Wahrnehmung der Vermögensinteressen ihrer Gäste gerichtet seien."

Diese Rechtsprechung könnte allerdings zu undifferenziert und durch eine Unterscheidung zwischen einseitigen Sperren und solchen, die gerade auf Wunsch des Betroffenen ausgesprochen wurden, zu ersetzen sein. Dazu nunmehr der III. Zivilsenat des BGH:

aa. Rechtslage bei einseitigen Sperren

"Die Betreiberin einer Spielbank unterliegt in Bezug auf den eröffneten Spielbetrieb keinem Kontrahierungszwang, ist also frei in ihrer Entscheidung, mit wem sie Spielverträge abschließen will. Sie kann deshalb auch den Zutritt zu ihren Spielsälen ohne Angabe von Gründen untersagen (vgl. dazu Senat, ZIP 1994, 1274 [1275 f.]) und bestimmten Personen eine Spielsperre erteilen. Diese - einseitige - Spielsperre erklärt eine Spielbank im eigenen Interesse, um Gäste, die den Spielbetrieb stören oder auch charakterlich nicht für eine Teilnahme daran geeignet sind, vom Spiel fernzuhalten und auf diese Weise Rufschädigungen zu vermeiden. Dagegen erwachsen dem Betroffenen aus einer derartigen - einseitigen - Spielsperre keinerlei Rechte (BGHZ 131, 136 [139]; insoweit zustimmend Peters, JR 2002, 177 [182, bei Fn. 65]). Bei dieser rechtlichen Beurteilung hat es uneingeschränkt zu verbleiben."

bb. Rechtslage bei Sperre auf Wunsch des Spielers

An der vorstehend skizzierten Interessenlage könnte sich jedoch dann etwas ändern, wenn der Betroffene die Sperre selbst ausdrücklich gewünscht hat.

(1). Auffassung des XI. Zivilsenats, BGHZ 131, 136 = NJW 1996, 248

Der XI. Zivisenat hatte dies in seiner Entscheidung vom 31.10.1995 noch abgelehnt:

"Wie der XI. Zivilsenat (aaO) weiter ausführt, soll sich daran nichts dadurch ändern, dass eine Spielbank auf Anregung oder auf ausdrücklichen Wunsch eines potentiellen Spielers eine Spielsperre ausspricht. In einem solchen Fall nehme die Spielbank die Anregung, der grundsätzlich keine rechtsgeschäftliche Bedeutung zukomme, zum Anlass, eine Spielsperre zu erteilen, die sie ohne diesen Wunsch nicht ausgesprochen hätte. Auch damit sei nicht die Begründung von Rechten für den Betroffenen verbunden. Die Spielbank mache lediglich wunschgemäß von ihrem Hausrecht Gebrauch und baue zur Motivation des Betroffenen strafbewehrte Hürden gegen dessen Verweilen in den Spielsälen auf. Sie übernehme keinerlei Pflicht zur Betreuung des Vermögens des Betroffenen und keinerlei Schadensersatzverpflichtung für den Fall, dass der Betroffene sich trotz der Spielsperre Zugang zu den Spielsälen verschaffe und beim Spiel Verluste erleide."

Nach dieser Auffassung wären auch im vorliegenden Fall keinerlei Verpflichtungen der Bekl. durch die Spielsperre begründet worden.

(2). Auffassung des III. Zivilsenats

Diese Bewertung wurde durch den III. Zivilsenat nunmehr ausdrücklich aufgegeben:

"Der erkennende Senat gewichtet das dem Antrag des Spielers auf "Eigensperre" zugrunde liegende Interesse anders als der XI. Zivilsenat. Sinn der Abrede ist der Schutz des Spielers vor sich selbst (Grunsky, EwiR § 157 BGB 1/96, 11 [12]). Der Spieler will sich selbst mit Hilfe der Spielbank den für ihn als gefahrträchtig erkannten Zugang verstellen (OLG Hamm, NJW-RR 2003, 971 [972]). Dem liegt die kritische Selbsterkenntnis eines durch Spielsucht gefährdeten Spielers in einer Phase zugrunde, in der er zu einer solchen Einschränkung und Selbstbeurteilung fähig ist. Auf Seiten der Spielbank wird diese Einsicht des Spielers akzeptiert, indem sie erklärt, ihn vom Spiel auszuschließen und keine Spielverträge mehr abzuschließen."

Diese Gesichtspunkte sprechen für die Annahme eines Schuldverhältnisses, durch das die Bekl. sich verpflichtete, keine Spielverträge mehr mit dem Ehemann der Kl. abzuschließen.

(3). Stellungnahme
Die zuletzt genannte Ansicht lässt sich durch weitere Argumente untermauern und ist daher vorzuziehen. Hierzu noch einmal der III. Zivilsenat des BGH:
"Der Senat pflichtet dem OLG Hamm (aaO) darin bei, dass eine in Kenntnis dieser Interessenlage abgegebene Erklärung der Spielbank, dem Antrag des Spielers stattzugeben, eine andere rechtliche Qualität haben muss, als wenn die Spielbank die Sperre einseitig von sich aus verhängt, um einen unliebsamen Kunden fernzuhalten (Grunsky aaO). Anders als bei einer einseitigen Sperre geht es bei einer solchen auf Antrag des Spielers nicht nur um die Geltendmachung des Hausrechts der Spielbank, die lediglich als Reflex zugunsten des Kunden wirken mag, sondern darum, dass die Spielbank dem von ihr als berechtigt erkannten Individualinteresse des Spielers entsprechen will. Die Spielbank geht daher mit der Annahme des Antrags eine vertragliche Bindung gegenüber dem Antragsteller ein, die auch und gerade dessen Vermögensinteresse schützt, ihn vor den aufgrund seiner Spielsucht zu befürchtenden wirtschaftlichen Schäden zu bewahren."

c. Zwischenergebnis
Es lag somit ein Vertrag zwischen der Bekl. und dem Ehemann der Kl. vor, durch den die Bekl. sich verpflichtete, keine Spielverträge mehr mit dem Ehemann abzuschließen.

2. Pflichtverletzung
Die Bekl. müsste nun gegen Pflichten aus diesem Vertrag verstoßen haben. Hierfür ist zunächst maßgeblich, welche Schritte sie im Einzelnen unternehmen musste, um das Zustandekommen von Spielverträgen mit dem Ehemann der Kl. zu verhindern.

a. Pflicht Spielverträge zu verhindern nur im Rahmen des Möglichen und Zumutbaren
"Ihrem Inhalt nach war die von der Bekl. übernommene vertragliche Verpflichtung darauf gerichtet, in ihren Betrieben das Zustandekommen von Spielverträgen mit dem gesperrten Spieler zu verhindern. Diese Verpflichtung bestand allerdings nur im Rahmen des Möglichen und Zumutbaren. In diesem Sinne ist der im Antrag enthaltene Hinweis auf mangelnde Überwachungsmöglichkeiten beim Automatenspiel als ein solcher auf diese Grenzen der von der Bekl. übernommenen Vertragspflichten zu verstehen. Er besagt dementsprechend nicht etwa, dass der gesperrte Spieler uneingeschränkt zum Automatenspiel zugelassen werde. Gleiches ergab sich aus den am Automatenspielsaal aufgestellten Verbotsschildern. Deshalb stand die Einschränkung einer Überwachungspflicht dort nicht entgegen, wo eine solche Überwachung ohne Weiteres möglich und zumutbar war. Wird diese Überwachungspflicht schuldhaft verletzt, hat die Bank nach den Grundsätzen der positiven Vertragsverletzung (jetzt: § 280 I BGB) Schadensersatz zu leisten."

b. Pflichtverletzung durch fehlende Kontrolle der persönlichen Daten an den Telecash-Geräten
Fraglich ist, ob die Bekl. ihre Pflichten gegenüber dem Ehemann der Kl. an den obigen Maßstäben gemessen verletzt hat, da der Ehemann am 16.12.1997 lediglich im Automatenspielsaal Geld verspielt hat. Hierzu der BGH:
"Die dargestellten Haftungsgrundsätze gelten vorliegend uneingeschränkt für das Große Spiel. Hier ist eine Personenkontrolle nicht nur möglich und zumutbar, sondern in § 3 I der für die Bekl. gültigen Spielordnung (Bekanntmachung des Innenministers vom 19.06.1985, MBl. NRW. S. 970, zuletzt geändert durch Bekanntmachung vom 25.10.2001, MBl. NRW. S. 1391) ausdrücklich vorgeschrieben. Ob und inwieweit die Bekl. sich ihrer für den "Selbstsperrevertrag" essentiellen Vertragspflicht, die Einhaltung der Sperre im Interesse des Spielers zu überwachen, für den Bereich der Automatenspiele deswegen entziehen konnte, weil hier unter Abwägung der berechtigten Interessen beider Vertragspartner die Durchführung einer - durchaus möglichen (§ 3 I der Spielordnung sieht hier lediglich vor, dass die Spielbankleitung für den ausschließlichen Zutritt zu dem in gesonderten Räumen veranstalteten Automatenspiel von einer Personenkontrolle absehen kann) - Kontrolle nicht zumutbar ist, braucht vorliegend nicht entschieden zu werden. Denn das BerGer. hat in rechtsfehlerfreier tatrichterlicher Würdigung festgestellt, dass zumindest bei den hier in Rede stehenden Telecash-Abhebungen für die zuständigen Mitarbeiter der Bekl. hinreichender Anlass bestanden hätte, eine Kontrolle durchzuführen, ob der Ehemann der Kl. zu den gesperrten Spielern zählte. Auch die technischen Möglichkeiten hierfür haben, wie das BerGer. weiter feststellt, bestanden."
Damit liegt aufgrund der unterbliebenen Kontrolle der persönlichen Daten des Ehemannes der Kl. an den Telecash-Geräten eine Pflichtverletzung vor.

3. Vertretenmüssen
Die Bekl. müsste die Pflichtverletzung auch zu vertreten haben, was gem. § 280 I 2 BGB allerdings vermutet wird. Eine Exkulpation wird der Bekl. hier nicht gelingen, da ihre Mitarbeiter die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht ließen, als sie die durchaus mögliche Kontrolle der persönlichen Daten an den Telecash-Geräten unterließen. Damit handelten sie fahrlässig i. S. d. § 276 II BGB, was der Bekl. gem. § 278 BGB zuzurechnen ist.

4. Kein Ausschluss
Die Schadensersatzpflicht der Bekl. dürfte nicht ausgeschlossen sein. Hier könnte ein rechtsgeschäftlicher Haftungsausschluss vorliegen, da am Eingang des Automatenspielsaals der Hinweis angebracht war, dass

gesperrte Spieler, die sich gleichwohl Zutritt verschaffen, keinerlei Ansprüche auf Erstattung ihrer Spieleinsätze geltend machen können. Diesen Ausschluss könnte der Ehemann der Kl. konkludent akzeptiert haben, indem er den Automatenspielsaal gleichwohl aufsuchte.
Hierzu jedoch der BGH:
"Der Schadensersatzpflicht der Bekl. steht der an den Eingängen zu den Automatenspiel*sälen* angebrachte Hinweis, dass für gesperrte Spieler im Falle eines Spielverlustes kein Anspruch auf Rückerstattung der Spieleinsätze bestehe, nicht entgegen. Eine solche Aussage könnte allenfalls als Allgemeine Geschäftsbedingung rechtliche Verbindlichkeit erzeugen. Als solche wäre sie aber wegen Verstoßes gegen § 9 AGBG (jetzt: § 307 I, II BGB) unwirksam, da sich die Bekl., wenn und soweit sie - wie hier - ihre Kardinalpflicht, die Einhaltung der Spielsperre zu überwachen, verletzt hat, nicht von ihrer Haftung freizeichnen kann."

5. Rechtsfolge: Ersatz der durch die unterbliebene Kontrolle verursachten Schäden gem. §§ 249 ff BGB
Die Bekl. ist demnach zum Schadensersatz verpflichtet und muss all diejenigen Schäden ersetzen, die durch die nicht durchgeführte Kontrolle der persönlichen Daten adäquat kausal verursacht wurden:
"Aufgrund der übernommenen vertraglichen Schutzpflicht hat die Bekl. den Zedenten daher so zu stellen, wie wenn diese Kontrolle ordnungsgemäß durchgeführt und er daraufhin vom Automatenspiel ausgeschlossen worden wäre."
Die am 16.12.1997 verspielten Einsätze in der geltend gemachten Höhe von 4.985,19 € sind daher von der Bekl. zu ersetzen.

6. Einwand des Mitverschuldens, § 254 I BGB
Allerdings hat der Ehemann der Kl. durch seine Entscheidung für die Teilnahme an dem Automatenspiel eine maßgebliche Ursache für die Entstehung der Schäden selbst gesetzt. Dies könnte seitens der Bekl. gem. § 254 I BGB dem Schadensersatzverlangen entgegengehalten werden. Andererseits war es gerade Zweck des geschlossenen "Spielsperrevertrags", den Ehemann vor den Folgen derartiger Entscheidungen zu schützen. Dementsprechend hat auch der BGH im vorliegenden Fall ein Mitverschulden gem. § 254 BGB abgelehnt:
"Aus der Natur des Selbstsperrevertrags ergibt sich weiter, dass die wegen Verletzung ihrer Kontrollpflichten haftbare Spielbank dem gesperrten Spieler nicht dessen "einfaches" Fehlverhalten [...] haftungsmindernd (§ 254 BGB) entgegenhalten kann, er habe zur Befriedigung seiner "Spielsucht" das Hausrecht der Bank verletzt (so zutreffend Peters aaO., S. 182)."

[Anm.: Wie der BGH an anderer Stelle ausführt (vgl. unten C.), käme dies jedoch bei einem sog. "überschießenden Fehlverhalten" des Spielers in Betracht, etwa wenn dieser Personenkontrollen der Spielbank umgeht, indem er sich mit gefälschten Ausweispapieren Zutritt verschafft.]

III. Ergebnis
Die Kl. kann somit aus abgetretenem Recht gem. § 398 i. V. m. § 280 I BGB von der Bekl. Ersatz der 4.985,19 € verlangen. So im Ergebnis auch der BGH :
"Dementsprechend ist die Bekl. mit Recht zur Erstattung der mittels Telecash abgehobenen Geldbeträge verurteilt worden, die der Ehemann bei den hier in Rede stehenden Spielen verloren hat."

B. Schadensersatzanspruch gem. § 398 i. V. m. § 823 II BGB i. V. m. § 3 I SpielO
Ein an die Kl. abgetretener Schadensersatzanspruch des Zedenten könnte sich zudem aus § 823 II BGB i. V. m. § 3 I der für die Spielbank Hohensyburg geltenden Spielordnung ergeben.
Dann müsste § 3 I SpielO ein Gesetz i. S. d. Art. 2 EGBGB sein, das zumindest auch dem Schutz von Individualinteressen zu dienen bestimmt ist. Dieses kann im Ergebnis jedoch dahinstehen, da jedenfalls ein Verstoß der Bekl. Gegen diese Norm nicht feststellbar ist: § 3 I SpielO schreibt eine Personenkontrolle an den Telecash-Geräten nicht vor und erlaubt sogar ausdrücklich, auf diese für den Zutritt zu den Automatenspielsälen zu verzichten.
Ein Anspruch gem. § 398 i. V. m. § 823 II BGB i. V. m. § 3 I SpielO besteht daher nicht.

[Anm.: Für einen Anspruch des Zedenten aus § 823 I BGB fehlt es eindeutig an einer Verletzung eines durch § 823 I BGB geschützten Rechtsgutes, da der Zedent lediglich eine Beeinträchtigung seines Vermögens insgesamt erlitten hat.]

C. Bereicherungsrechtlicher Rückzahlungsanspruch gem. § 398 i. V. m. § 812 I 1 Fall 1 BGB
Von der Abtretung an die Kl. nach § 398 BGB könnte schließlich ein bereicherungsrechtlicher Anspruch ihres Ehemannes auf Erstattung der am 16.12.1997 verspielten Beträge gem. § 812 I 1 Fall 1 BGB erfasst sein.
Die Bekl. hat Eigentum und Besitz an den verspielten 4.985,19 € unproblematisch als Vermögensvorteil durch Leistung des Ehemannes der Kl. erlangt. Fraglich ist allein, ob hierfür der Rechtsgrund fehlte, weil die Bekl. sich verpflichtet hatte, mit dem Ehemann der Kl. (nach Möglichkeit) keine Spielverträge mehr abzuschließen. Hierzu noch einmal der BGH:
"Die vom BerGer. - im Anschluss an das Urteil des OLG Hamm (aaO., S. 972, 974) - vertretene Auffassung, der Vertrag über die Selbstsperre sei so auszulegen, dass die mit einem Spieler, der sich trotz der be-

stehenden Sperre den Zugang zur Spielbank verschafft, geschlossenen Spielverträge als nichtig zu behandeln seien und der Spieler demzufolge nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen Herausgabe des verlorenen Spieleinsatzes verlangen könne, wird demgegenüber den berechtigten Interessen der Bank nicht gerecht. Denn auf der Grundlage dieses Lösungsansatzes wäre eine Zahlungspflicht der Bank auch dann zu bejahen, wenn sie ihrer Kontrollpflicht nachgekommen wäre und der gesperrte Spieler sich etwa unter Verwendung gefälschter Ausweispapiere den Zugang zur Bank erschlichen hätte. Dass in einem solchen Falle die Bank im Gegenzuge auch einen etwaigen ausgezahlten Spielgewinn zurückfordern könnte, wäre kein angemessener Ausgleich; denn es liegt nahe, dass nur der Spieler, der Verluste erleidet, sich der Bank gegenüber offenbart, während der Spielgewinner bestrebt sein dürfte, die Spielbank unter Mitnahme des Gewinns unerkannt zu verlassen. Darüber hinaus wäre ein solch "überschießendes" Fehlverhalten des Spielers [...] ein Umstand, den die Bank dem Spieler jedenfalls nach § 254 BGB entgegenhalten könnte."

Ein bereicherungsrechtlicher Rückzahlungsanspruch gegen die Bekl. ist mithin abzulehnen.

Standort: § 32 StGB — Problem: Einschränkung des Notwehrrechts

BGH, URTEIL VOM 02.11.2005
2 STR 237/05 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte hatte seine Ex-Freundin in ihrer Wohnung aufgesucht, in der sich auch deren neuer Lebensgefährte aufhielt. Dort war es zu einem lauten Streit gekommen. Nachdem der Angeklagte trotz wiederholter Aufforderung die Wohnung nicht verlassen hatte, gingen die anderen. Der Angeklagte steckte sich ein Küchenmesser ein, folgte ihnen und sprach sie unter einem Vorwand an. Der Lebensgefährte, der sich durch den Angeklagten belästigt fühlte, versetzte diesem einen Schlag mit einem Teleskopschlagstock. Der Angeklagte zog daraufhin das Messer und stach dem anderen in die Brust. Dieser starb. Das Landgericht Frankfurt verurteilte den Angeklagten wegen Körperverletzung mit Todesfolge (§ 227 I StGB). Die Rüge der Revision den Angeklagten, er sei bei dem Stich aus Notwehr (§ 32 StGB) gerechtfertigt gewesen, wies der BGH zurück und bestätigte die Verurteilung.

Prüfungsrelevanz:

Probleme im Rahmen von Rechtfertigungsgründen sind in beiden Examen häufig Prüfungsgegenstand. Meist werden hier Fälle zur Notwehr (§ 32 StGB) gebildet, so dass gerade dieser Rechtfertigungsgrund und seine spezifischen Probleme besondere Examensrelevanz aufweisen.

Für die Rechtfertigung eines Verhaltens über § 32 StGB ist es - im Gegensatz zu den meisten anderen Rechtfertigungsgründen (vgl. §§ 228, 904 BGB, § 34 StGB) - nicht erforderlich, dass im Rahmen einer Interessenabwägung festgestellt wird, dass das geschützte Rechtsgut das beeinträchtigte überwiegt. Trotzdem kommt eine Notwehr nur in Betracht, wenn die Verteidigungshandlung "geboten" ist (§ 32 I StGB). Unter dem Punkt "Gebotenheit" sind im Rahmen der Notwehr bestimmte Fallgruppen anzusprechen, die aus sozialethischen Gesichtspunkten zu einer Einschränkung oder sogar zum Ausschluss der Notwehr führen (vgl. insofern die Darstellung bei Schönke/Schröder-Lenckner/Perron, § 32 Rn. 44 ff.).

Eine klassische Konstellation, in der die herrschende Meinung zumindest eine Einschränkung der Notwehr annimmt, ist dann gegeben, wenn der Täter durch ein eigenes Vorverhalten den Angriff des Opfers provoziert hatte. Hier ist nach herrschender Meinung die Notwehr ausgeschlossen, wenn der Täter von vornherein die Absicht hatte, das Opfer zu dem Angriff zu provozieren, um sich dann unter dem "Deckmantel" der Notwehr zu verteidigen und in die Rechtsgüter des Opfers einzugreifen (BGH, NJW 1983, 2267; NStZ 2001, 143; Tröndle/Fischer, § 32 Rn. 23 mwN).

Problematischer ist es, wenn der Täter den Angriff zwar in vorwerfbarer Weise, aber nicht absichtlich, provoziert hat. Hier soll die Notwehr zwar eingeschränkt, jedoch grdsl. nicht gänzlich ausgeschlossen sein (BGHSt 24, 256; Tröndle/Fischer, § 32 Rn. 24 ff. mwN). Problematisch an dieser Fallgruppe ist allerdings, dass bisher auch die Rechtsprechung keine einheitlichen Kriterien dafür entwickelt hat, unter welchen Voraussetzungen ein provozierendes Vorverhalten des Täters zu einer Notwehreinschränkung führt. In der vorliegenden Entscheidung stellt der BGH klar, dass das Vorverhalten nicht unbedingt rechtswidrig zu sein braucht (aber doch sozialethisch zu missbilligen), dass ein enger raum-zeitlicher Zusammenhang zwischen dem Vorverhalten und dem provozierten Angriff erforderlich ist und dass der Täter den Angriff zwar nicht vorhergesehen haben muss, dass er jedoch wissen musste, dass sein Vorverhalten geeignet war, einen entsprechenden Angriff zu provozieren.

Vertiefungshinweise:

❑ Zur Einschränkung der Notwehr bei vorwerfbarer Herbeiführung der Notwehrlage: *BGH*St 39, 374; 42, 97; 48, 207; *BGH*, NStZ-RR 2002, 205; *Arzt*, JZ 1994, 315; *Engländer*, JA 2001, 534; *Eisele*, NStZ 2001, 416; *Jäger*, JR 2001, 512; *Mitsch*, JuS 2001, 751; *Roxin*, JZ 2001, 667

Kursprogramm:
❑ *Kursprogramm*: "Der Autofahrer"

Leitsätze (der Redaktion):
1. Eine Notwehreinschränkung auf Grund eines Vorverhaltens des Angegriffenen setzt voraus, dass die tatsächlich bestehende Notwehrlage durch ein sozialethisch zu missbilligendes Vorverhalten des Angegriffenen verursacht worden ist, zwischen diesem Vorverhalten und dem rechtswidrigen Angriff ein enger zeitlicher und räumlicher Zusammenhang besteht und und das Vorverhalten nach Kenntnis des Angegriffenen geeignet ist, einen dann gegebenenfalls mittels Notwehr abzuwehrenden Angriff zu provozieren. Eine Rechtswidrigkeit des Vorverhaltens ist nicht unbedingt erforderlich.
2. In welchem Maße das Recht des Angegriffenen, sich gegen einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff mit den erforderlichen und ihm zur Verfügung stehenden Mitteln zur Wehr zu setzen, durch eine rechtswidrige und vorwerfbare Verursachung der Notwehrlage eingeschränkt ist, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab, insbesondere von dem Gewicht der schuldhaften Verursachung einerseits und dem Gewicht der drohenden Rechtsgutsverletzung andererseits.

Sachverhalt:
A, begab sich am frühen Morgen des 28. März 2003 nach Ba. Dort wollte er aus nicht festgestelltem Grund und ohne Ankündigung die Zeugin M aufsuchen, mit der er bis zum Herbst 2002 eine kurzfristige intime Beziehung gehabt hatte; sie wohnte dort in einer betreuten Einrichtung. M war nicht zu Hause, da sie die Nacht bei ihrem neuen Freund, dem späteren Tatopfer K, verbracht hatte.
A wurde von der Mitbewohnerin F eingelassen. Auf Veranlassung des A drängte diese die M telefonisch, alsbald nach Hause zu kommen. A rauchte, während er auf M wartete, einen Joint Haschisch. Mit der M unterhielt er sich nach deren Erscheinen kurz; sodann drängte er sie, ihren Freund K herbeizurufen, weil er mit ihm sprechen wolle. Als K kurze Zeit später eintraf, verlangte er von A eine Erklärung für sein Erscheinen. Sowohl die M als auch in ihrem Beisein der K forderten den A mehrfach in ruhigem Ton auf, das Haus zu verlassen.
A folgte dieser Aufforderung nicht; er und K schrien sich nun gegenseitig an. K zog einen Teleskopschlagstock hervor und bedrohte den A damit; sodann gab er ihm eine Ohrfeige. K machte gegenüber der anwesenden M eine abfällige Bemerkung darüber, dass der A schon zittere; sodann verließen K und M das Haus durch die Terrassentür und entfernten sich auf der Straße. A, der sich gedemütigt fühlte, wollte sich "einen besseren Abgang verschaffen"; er wollte die Sache nicht auf sich beruhen lassen. Er holte daher aus der Küche ein 32 cm langes Küchenmesser und steckte es hinten in den Hosenbund; außerdem zog er seine Jacke an. Er hatte zwar nicht die feste Absicht, das Messer gegen K einzusetzen, wollte aber die Auseinandersetzung fortsetzen und rechnete damit, dass K den Schlagstock einsetzen werde. Er nahm vom Wohnzimmertisch eine Zigarette, zündete diese jedoch nicht, wie zuvor, mit dem ebenfalls dort liegenden Feuerzeug an, sondern folgte K und M durch den Garten, sprang über den Zaun auf die Straße und näherte sich den beiden mit den Worten: "Habt ihr mal Feuer?" Hierauf drehte sich der K um, zog erneut den Teleskopschlagstock hervor und lief auf A zu. Während der folgenden verbalen Auseinandersetzung versetzte K dem A einen Schlag mit dem Schlagstock und traf ihn am Rücken, ohne ihn hierdurch nennenswert zu verletzen. Während sich K und A gegenüberstanden, zog dieser nun das Messer aus dem Hosenbund und stach ohne jegliche Vorwarnung den K wuchtig in die rechte Brustseite unterhalb des Schlüsselbeins. Der Stich drang 16 cm tief von oben nach unten ein, durchstieß eine Rippe und die rechte Lunge und öffnete die rechte Hohlader; K verstarb innerhalb kurzer Zeit. A wollte den K weder töten noch nahm er dies billigend in Kauf; vielmehr wollte er zum einen "die vorangegangene Niederlage ausmerzen", in erster Linie aber den K kampfunfähig machen und weitere Schläge mit dem Schlagstock verhindern. A war nicht durch das kurz vor der Tat konsumierte Haschisch in seiner Einsichts- und Steuerungsfähigkeit beeinträchtigt; auch die bei ihm vorliegende dissoziale Persönlichkeitsstörung hatte keine Auswirkungen auf seine Schuldfähigkeit zur Zeit der Tat.

Hat A sich durch den Stich mit dem Messer nach dem StGB strafbar gemacht?

[Bearbeitervermerk: § 240 I StGB ist nicht zu prüfen.]

Lösung:

A. Strafbarkeit des A gem. § 212 I StGB durch den Stich mit dem Messer
A könnte sich durch den Stich mit dem Messer wegen Totschlags gem. § 212 I StGB strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand
A hat K durch den Stich mit dem Messer getötet und somit den objektiven Tatbestand des § 212 I StGB verwirklicht.
§ 212 I StGB setzt jedoch voraus, dass der Täter den Tod des Opfers vorsätzlich herbeiführt (vgl. § 15 StGB). Da A laut Sachverhalt im Zeitpunkt des Stiches keinen Tötungsvorsatz aufwies (nicht einmal in Form eines dolus eventualis) scheidet § 212 I StGB somit auf Grund des fehlenden subjektiven Tatbestandes aus.

II. Ergebnis
A ist nicht strafbar gem. § 212 I StGB

B. Strafbarkeit des A gem. § 227 I StGB durch den Stich mit dem Messer
A könnte sich durch den Stich mit dem Messer jedoch wegen Körperverletzung mit Todesfolge gem. § 227 I StGB strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

1. Grunddelikt: § 223 I StGB
A müsste zunächst den Tatbestand des Grunddelikts, der einfachen Körperverletzung gem. § 223 I StGB, erfüllt haben.

a. Körperliche Misshandlung, Gesundheitsschädigung
A müsste den K durch den Stich körperlich misshandelt oder an der Gesundheit geschädigt haben.
Körperliche Misshandlung i.S.v. § 223 I StGB ist jede üble, unangemessene Behandlung, die das körperliche Wohlbefinden oder die körperliche Integrität nicht nur unerheblich beeinträchtigt (BGHSt 25, 277; Tröndle/Fischer, § 223 Rn. 3 a); Gesundheitsschädigung ist das Hervorrufen oder Steigern eines pathologischen Zustands (BGH, NJW 1960, 2253).
Der Stich mit dem Messer in die Brust des K stellt eine üble, unangemessene Behandlung dar, durch die das körperliche Wohlbefinden und die körperliche Integrität des K erheblich beeinträchtigt wurden. Auch hat A mit der Stichverletzung einen pathologischen Zustand hervorgerufen. Er hat also den K körperlich misshandelt und an der Gesundheit geschädigt.

b. Vorsatz
A müsste auch mit Vorsatz bzgl. der Verwirklichung des Grundtatbestandes gehandelt haben.
Zwar hatte A keinen Vorsatz zur Tötung des K (s.o.), dass er durch den Stich mit dem Messer den K körperlich misshandeln und an der Gesundheit schädigen würde, wusste A jedoch und wollte dies auch, handelte also insofern vorsätzlich.

Der Tatbestand des Grunddelikts ist somit gegeben.

2. Qualifikation: § 227 I StGB
A müsste weiterhin die Voraussetzungen des Tatbestandes des § 227 I StGB erfüllt haben.

a. Eintritt der schweren Folge: Tod eines Menschen
Die schwere Folge des § 227 I StGB, der Tod eines Menschen, müsste eingetreten sein.
K ist gestorben, so dass die schwere Folge eingetreten ist.

b. Kausalität des Grunddelikts für die schwere Folge
Im Rahmen von § 227 I StGB muss der Täter "durch" die Körperverletzung den Tod des Opfers herbeiführen, d.h. das Grunddelikt des § 223 I StGB muss für den Eintritt der schweren Folge äquivalent kausal sein (BGH, GA 69, 90; Schönke/Schröder-Stree, § 227 Rn. 2).
Eine äquivalente Kausalität ist dann gegeben, wenn eine Bedingung nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg in seiner konkreten Gestalt entfiele (BGHSt 49, 1 [3]; Tröndle/Fischer, Vor § 13 Rn. 16 mwN).
Hätte A den K nicht in die Brust gestochen, dann wäre K auch nicht an den entsprechenden Verletzungen gestorben. Eine Kausalität des Grunddelikts für die schwere Folge ist somit gegeben.

c. Unmittelbarkeitszusammenhang
Für eine Strafbarkeit gem. § 227 I StGB ist jedoch eine bloße äquivalente Kausalität des Grunddelikts für die schwere Folge nicht ausreichend; vielmehr muss sich in der schweren Folge eine typische Gefahr des Grunddelikts unmittelbar niedergeschlagen haben (sog. Unmittelbarkeits- oder deliktsspezifischer Gefahrzusammenhang, vgl. BGHSt 48, 34 [37]; Dencker, NStZ 1992, 311; Tröndle/Fischer, § 227 Rn. 2 a mwN). Zwar ist i.R.v. § 227 I StGB streitig, ob dieser Unmittelbarkeitszusammenhang nur dann gegeben ist, wenn der Tod des Opfers aus dem Körperverletzungserfolg resultiert (so die herrschende Literatur, vgl. Schmidhäuser, BT, 2/50; Kühl, Jura 2002, 810; Sowada, Jura 2003, 549), oder auch dann, wenn er Resultat der Körperverletzungshandlung ist (so die Rechtsprechung, vgl. BGHSt 48, 34 [37]; BGH, NStZ-RR 1998, 171). Dies kann jedoch im vorliegenden Fall dahinstehen, da hier der Tod des K unmittelbar durch die beigebracht Verletzung, also den Erfolg des Grunddeliktes, verursacht wurde, so dass nach beiden Meinungen der erforderliche Unmittelbarkeitszusammenhang vorliegt.

d. (Wenigstens) Fahrlässigkeit
Gem. § 18 StGB muss der Täter einer Erfolgsqualifikation wie § 227 I StGB bzgl. des Eintritts der schweren Folge wenigstens fahrlässig gehandelt haben (Joecks, § 227 Rn. 6).
Fahrlässigkeit bedeutet grundsätzlich das Vorliegen einer objektiven Sorgfaltspflichtverletzung bei objektiver Vorhersehbarkeit des konkreten Erfolgs und des wesentlichen Kausalverlaufs (Lackner/Kühl, § 15 Rn. 36). Da i.R.v. § 227 I StGB die Begehung des Grunddeliktes stets eine Sorgfaltspflichtverletzung darstellt, ist insofern lediglich die Vorhersehbarkeit zu prüfen (BGH, NStZ 2001, 478; Wessels/Hettinger, BT 1, Rn. 306; Tröndle/Fischer, § 227 Rn. 7 mwN).
Im vorliegenden Fall war es vorhersehbar, dass K an dem Messerstich in die Brust sterben würde, so dass A bzgl. der Herbeiführung der schweren Folge fahrlässig gehandelt hat.

A hat somit den Tatbestand des § 227 I StGB erfüllt.

II. Rechtswidrigkeit

A müsste auch rechtswidrig gehandelt haben. Da A vor seinem Stich von K mit dem Teleskopschlagstock geschlagen worden war, könnte das Verhalten des A als Notwehr gem. § 32 StGB gerechtfertigt sein.

1. Notwehrlage

Zunächst müsste eine Notwehrlage, also ein gegenwärtiger rechtswidriger Angriff des K, vorgelegen haben.
Angriff i.S.v. § 32 StGB ist jede Bedrohung oder Beeinträchtigung rechtlich geschützter Interessen durch menschliches Verhalten (Geilen, Jura 1981, 200 [202]; Tröndle/Fischer, § 32 Rn. 4). Durch den Schlag mit den Schlagstock hat K die körperliche Unversehrtheit des A, also ein geschütztes Rechtsgut, beeinträchtigt, so dass dieses Verhalten des K einen Angriff i.S.v. § 32 StGB darstellt.
Gegenwärtig ist ein Angriff, wenn er unmittelbar bevorsteht, gerade stattfindet oder noch fortdauert, also bis zu seinem vollständigen Abschluss (BGH, NJW 1992, 516; Geilen, Jura 1981, 200 [205]; Lackner/Kühl, § 32 Rn. 4). Der erste Schlag des K mit dem Teleskopschlagstock war zwar bereits abgeschlossen; jedoch standen sich A und K immer noch direkt gegenüber und K war immer noch im Besitz des Schlagstocks und offensichtlich auch gewillt, diesen einzusetzen, so dass - jedenfalls nach dem Grundsatz "in dubio pro reo" - davon auszugehen ist, dass noch weitere Schläge des K unmittelbar bevorstanden und der Angriff des K somit im Zeitpunkt des Stiches noch gegenwärtig war.
Rechtswidrig ist der Angriff, wenn er im Widerspruch zur Rechtsordnung steht, was insbesondere dann nicht der Fall ist, wenn der Angreifer seinerseits gerechtfertigt ist (BGH, NStZ 2003, 599 [600]; Tröndle/Fischer, § 32 Rn. 11 f.). Dem Schlag des K ging eine verbale Auseinandersetzung zwischen K und A unmittelbar voraus. Insofern wäre es denkbar, dass A im Rahmen dieser Auseinandersetzung einen Angriff etwa auf die Ehre des K verübt hätte, gegen den sich dieser durch den Schlag wehren wollte, so dass K seinerseits gem. § 32 StGB gerechtfertigt und der Angriff des K auf A somit nicht rechtswidrig wäre. Der Sachverhalt macht hierzu jedoch keine genauen Angaben, so dass zu Gunsten des A davon auszugehen ist, dass keine Umstände vorlagen, die den K seinerseits rechtfertigten. Der Angriff des K war somit auch rechtswidrig. Eine Notwehrlage lag mithin vor.

2. Notwehrhandlung

Der Messerstich müsste auch eine von § 32 StGB gedeckte Verteidigungshandlung sein.

a. Erforderlichkeit

Zunächst müsste der Stich erforderlich sein.
Erforderlich ist eine Verteidigungshandlung dann, wenn sie zur Abwehr des Angriffs geeignet und das relativ mildeste Mittel ist, d.h. das mildeste Mittel unter mehreren Verteidigungsmitteln, die mit gleicher Sicherheit die sofortige Beendigung des rechtswidrigen Angriffs bewirken (BGH, GA 1980, 183; Schönke/Schröder-Lenckner/Perron, § 32 Rn. 34 ff.).
Der Stich war geeignet, den Angriff abzuwehren, was sich bereits dadurch zeigt, dass er dies ja auch tatsächlich bewirkt hat. Ein anderes Mittel zur Abwehr des Angriffs, das ebenso erfolgversprechend und milder war als ein Stich in die Brust des K, stand A nicht zur Verfügung.
Der Stich stellte also eine erforderliche Verteidigungshandlung dar.

b. Gebotenheit

Bei dem Stich müsste es sich jedoch auch um eine gebotene Verteidungshandlung gehandelt haben. § 32 StGB setzt - anders als z.B. § 34 StGB - kein über eine Interessenabwägung festzustellendes Überwiegen des geschützten gegenüber dem beeinträchtigten Rechtsgut voraus. Trotzdem gibt es bestimmte Fallgruppen, in denen es aus sozialethischen Gesichtspunkten unbillig wäre, dem Angegriffenen zuzubilligen, sich uneingeschränkt auf § 32 StGB zu berufen. In diesen Fällen ist über das Kriterium der Gebotenheit die Notwehr eingeschränkt oder sogar gänzlich ausgeschlossen. Im vorliegenden Fall wäre eine solche Konstellation denkbar, weil der A durch sein vorheriges Verhalten den Schlag des K selbst provoziert hatte.

aa. Absichtsprovokation

In den Fällen einer sogenannten "Absichtsprovokation", in denen das Vorverhalten des Täters darauf gezielt hatte, einen anderen zu einem rechtswidrigen Angriff zu provozieren, um dann unter dem Deckmantel der Notwehr in die Rechtsgüter des Angreifers eingreifen zu können, ist eine Berufung auf Notwehr ausgeschlossen (BGH, NStZ 2001, 143; Tröndle/Fischer, § 32 Rn. 23 mwN).
Der BGH führt insofern zum vorliegenden Fall aus: "Zwar habt ein Fall der so genannten 'Absichtsprovokation' nicht vorgelegen, denn der Angeklagte hat nicht von vornherein beabsichtigt, eine Notwehrlage zu provozieren, um unter deren 'Deckmantel' seinerseits einen Angriff gegen K zu führen (vgl. dazu BGH NJW 1983, 2267; NStZ 2001, 143; 2003, 425, 427 [insoweit in BGHSt 48, 207 nicht abgedruckt]; BGH, Beschl. vom 7. September 1993 - 5 StR 438/93; zu den unterschiedlichen Begründungsansätzen in der Literatur vgl. Lenckner in Schönke/Schröder, StGB 26. Aufl. vor § 32 Rdn. 23 und § 32 Rdn. 54 f.; Erb in MüKo-StGB § 32 Rdn. 198 ff.; Herzog in NK-StGB 1. Aufl. § 32 Rdn. 113 ff.; Tröndle/Fischer, StGB 53. Aufl. § 32 Rdn. 23; jeweils m.w.N.)."
Die Fallgruppe der Absichtsprovokation ist somit im

vorliegenden Fall nicht einschlägig.

bb. Vorwerfbar herbeigeführte Notwehrlage

Auch in Fällen, in denen der Täter den Angriff des Opfers zwar nicht absichtlich, aber doch (bedingt) vorsätzlich oder zumindest fahrlässig herbeigeführt hat, ist eine Beschränkung der Notwehrbefugnisse des Täters wegen des vorhergegangenen provozierenden Verhaltens denkbar.

Hierzu der BGH: "Die bloße Kenntnis oder die ('billigende') Annahme, ein bestimmtes eigenes Verhalten werde eine andere Person zu einem rechtswidrigen Angriff provozieren, kann für sich allein nicht zu einer Einschränkung des Rechts führen, sich gegen einen solchen Angriff mit den erforderlichen und gebotenen Mitteln zur Wehr zu setzen (BGH bei Holtz MDR 1989, 492; BGH NStZ 1993, 332, 333; 2002, 425, 426; Schönke/ Schröder/Lenckner aaO Rdn. 58; Tröndle/Fischer aaO Rdn. 24 b m.w.N.).

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs setzt eine Notwehreinschränkung vielmehr voraus, dass die tatsächlich bestehende Notwehrlage durch ein rechtswidriges, jedenfalls aber sozialethisch zu missbilligendes Vorverhalten des Angegriffenen verursacht worden ist und zwischen diesem Vorverhalten und dem rechtswidrigen Angriff ein enger zeitlicher und räumlicher Zusammenhang besteht (vgl. BGHSt 24, 356, 358 f.; 26, 256, 257; 27, 336, 338; 39, 374, 378 f.; 42, 97, 100 f.; BGH NStZ 2003, 425, 428 [insoweit in BGHSt 48, 207 nicht abgedruckt]). Dieser Vorbehalt wird in der strafrechtlichen Literatur im Grundsatz weitgehend geteilt, wobei die Abgrenzungen einzelner Fallgruppen und die Begründungen im Einzelnen vielfach umstritten sind (vgl. zusammenfassend etwa Tröndle/Fischer aaO Rdn. 24 ff.; Schönke/Schröder/ Lenckner aaO Rdn. 58 ff.; MüKo-Erb aaO Rdn. 205 ff.; NK-Herzog aaO Rdn. 120 ff.; Günther in SK-StGB 7. Aufl. § 32 Rdn. 121 ff.; jew. m.w.N.).

Der Senat teilt - soweit ersichtlich in Übereinstimmung mit der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs - nicht die in der Literatur vertretene Ansicht, eine Notwehreinschränkung könne sich auch jenseits der so genannten Absichtsprovokation nur dann ergeben, wenn das den Angriff unmittelbar auslösende provozierende Verhalten des Angegriffenen rechtswidrig war (in diese Richtung Schönke/Schröder/Lenckner aaO Rdn. 59). In die Beurteilung einzubeziehen ist vielmehr jedenfalls auch ein der unmittelbaren Tatsituation vorausgehendes Verhalten des Angegriffenen, soweit es mit ihr in engem zeitlichen und räumlichen Zusammenhang steht, zumindest als sozialethisch verwerflich anzusehen und nach Kenntnis des Täters geeignet ist, einen dann gegebenenfalls mittels Notwehr abzuwehrenden Angriff zu provozieren. Die Bewertung einer möglicherweise notwehreinschränkenden Provokation muss daher vorliegend über die den Angriff auslösende Handlung - das Nachgehen durch den Angeklagten und dessen vergebliche Bitte um 'Feuer' - hinaus auch das unmittelbar vorangehende Geschehen in der Wohnung der M einbeziehen.

Soweit der Generalbundesanwalt die Ansicht vertreten hat, die Vorgänge in der Wohnung seien abgeschlossen gewesen und daher eine Zäsur eingetreten, wird dies von den Feststellungen nicht getragen. Danach sah der Angeklagte die Angelegenheit gerade nicht als beendet an und wollte sie nicht auf sich beruhen lassen. Auch an einer adäquat kausalen Verursachung des Angriffs des K und deren Vorhersehbarkeit fehlte es nicht. Nach den Feststellungen sah der Angeklagte den Angriff voraus; eben deshalb bewaffnete er sich.

Insoweit teilt der Senat nicht die Auffassung des Generalbundesanwalts, ein rechtswidriges oder auch nur sozialethisch verwerfliches Verhalten des Angeklagten sei nicht festgestellt, vielmehr allein eine Straftat der Körperverletzung durch das spätere Tatopfer gegen den Angeklagten. Auch die Revision hat insoweit ausgeführt, der Angeklagte habe 'nichts getan, was auch nur im Entferntesten einer Provokation gleicht'. Dies lässt außer Acht, dass der Angeklagte sowohl von der Inhaberin des Hausrechts, M, als auch - offensichtlich mit ihrem Einverständnis und in ihrer Anwesenheit - von deren Freund K mehrfach nachdrücklich aufgefordert worden war, die Wohnung zu verlassen. Der Angeklagte, der sich weigerte, dieser Aufforderung nachzukommen, und stattdessen einen lautstarken Streit begann, hielt sich daher zu Unrecht in der Wohnung auf.

Dieses provozierende Verhalten des Angeklagten dauerte noch an, als K und M ihrerseits die Wohnung verließen und auf eine weitere Eskalation zur Durchsetzung des Hausrechts der M verzichteten. Wenn in dieser Situation der Angeklagte, weil er sich 'einen besseren Abgang verschaffen' und die Sache 'nicht auf sich beruhen lassen' wollte, unter heimlicher Mitnahme eines Messers und in der Annahme, K werde ihn erneut mit seinem Schlagstock bedrohen, alsbald K und M verfolgte, sich ihnen unter einem für die Beteiligten offensichtlich falschen, provozierenden Vorwand näherte und erneut eine verbale Auseinandersetzung mit K begann, so zeigt dies, dass er sein insgesamt auf Angriff, Belästigung und Provokation abzielendes Verhalten nicht abgeschlossen hatte, sondern trotz oder gerade wegen der nachdrücklichen Zurechtweisung fortzusetzen beabsichtigte. [...]

In welchem Maße das Recht des Angegriffenen, sich gegen einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff mit den erforderlichen und ihm zur Verfügung stehenden Mitteln zur Wehr zu setzen, durch eine rechtswidrige und vorwerfbare Verursachung der Notwehrlage eingeschränkt ist, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab, insbesondere von dem Gewicht der schuldhaften Verursachung einerseits, dem Gewicht der drohen-

den Rechtsgutsverletzung andererseits (BGHSt 39, 374, 379; 42, 97, 101; BGH NStZ 2002, 425, 426).
Vorliegend hatte der Angeklagte durch sein aufdringliches und provozierendes Auftreten schon die erste Auseinandersetzung in der Wohnung der M verursacht. Aufforderungen, sein rechtswidriges Verhalten zu beenden, ignorierte er und provozierte dadurch eine auch körperliche Konfrontation mit K, bei welcher er nach dem Verständnis der Beteiligten unterlag. Da er dies nicht akzeptieren wollte, bewaffnete er sich, für K nicht erkennbar, mit einem lebensgefährlichen Werkzeug und suchte erneut die Konfrontation mit K, wobei er nach dem Zusammenhang der Urteilsgründe ersichtlich von vornherein mit dem Einsatz des Messers rechnete. Dieses Verhalten grenzte nahe an eine Absichtsprovokation (vgl. BGHSt 39, 374, 378) und musste zu einer erheblichen Einschränkung der Notwehrbefugnis führen. Dem stand hier die von dem Angriff des K. ausgehende Gefahr nicht entgegen. Zwar handelt es sich bei einem Teleskopschlagstock, wie ihn K benutzte, um ein Werkzeug, mit dem gravierende, unter Umständen sogar tödliche Verletzungen verursacht werden können. Vorliegend spricht aber nichts dafür, dass der K einen solchen lebensbedrohlichen Einsatz des Schlagstocks beabsichtigte oder dass der Angeklagte dies annehmen musste. Bei der vorausgegangenen Konfrontation hatte sich K auf die Drohung mit dem Schlagstock beschränkt und den Angeklagten gerade nicht damit geschlagen. Auf der Straße versetzte er ihm einen Schlag auf den Rücken; der Angeklagte selbst hat angegeben, hiervon ‘kaum etwas gemerkt’ zu haben, da er eine dicke Jacke trug. Ersichtlich fühlte sich der K dem Angeklagten so überlegen, dass er auf einen massiven Einsatz körperlicher Gewalt verzichtete.
Der Angeklagte war daher nicht berechtigt, dem K ohne jegliche Vorwarnung einen wuchtigen Messerstich in die Brust zu versetzen. Im Ergebnis zutreffend hat das Landgericht vielmehr angenommen, dass er dem Angriff des K hätte ausweichen und gegebenenfalls fliehen müssen. Wenn dies nicht möglich war - wofür freilich nichts spricht -, hätte er den Gebrauch des Messers androhen müssen.”

Die Verteidigungshandlung des A war somit nicht geboten.
A ist nicht gem. § 32 StGB gerechtfertigt. Da auch andere Rechtsfertigungsgründe nicht ersichtlich sind, hat A somit rechtswidrig gehandelt.

III. Schuld
A handelte auch schuldhaft.

IV. Ergebnis
A ist strafbar gem. § 227 I StGB.

C. Strafbarkeit des A gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 2, 5 StGB durch den Stich mit dem Messer
Die von A mit verwirklichte gefährliche Körperverletzung gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 2, 5 StGB tritt hinter die Körperverletzung mit Todesfolge zurück (BGHSt 21, 195; Tröndle/Fischer, § 224 Rn. 16 mwN).

Literaturauswertung

Öffentliches Recht

Autor/Titel:	Jakobs, Michael: "Terrorismus und polizeilicher Todesschuss"
Fundstelle:	DVBl 2006, 82 (Heft 2)
Inhalt:	Die Mitte der 70er Jahre begonnene Diskussion um die Zulässigkeit eines finalen Todes- oder Rettungsschusses ist wieder aufgelebt, seit der Terrorismus zum Thema geworden ist. War schon die gezielte Tötung des Täters heftig umstritten, gilt dies natürlich erst Recht für die Inkaufnahme der Tötung unbeteiligter Dritter, wie sie § 14 III LuftSichG ins Auge fasst. Der Autor stellt die bestehenden Regelungen in einem Kompendium zusammen und misst sie an höherrangigem Recht, insbesondere an Grundrechten und der EMRK.

Autor/Titel:	Schoch, Friedrich: "Die Neuregelung des Versammlungsrechts durch § 15 II VersG"
Fundstelle:	Jura 2006, 27 (Heft 1)
Inhalt:	Der Autor geht ausführlich auf diese vielbeachtete Gesetzesänderung ein. Er zeigt die Probleme auf, die ein verbot rechtsgerichteter Versammlungen nach bisherigem Recht bereitete und befasst sich mit Zielen und Konzeption der Neuregelung. Er gelangt zu der Ansicht, dass § 15 II VersG zwar verfassungsgemäß sei, de facto aber keine Abhilfe schaffe, wo nicht schon das alte Recht geholfen hätte.

Autor/Titel:	Schenke, Ralf / Gebhardt, Georg: "Leinen los!?"
Fundstelle:	Jura 2006, 64 (Heft 1)
Inhalt:	Übungsklausur auf Examensniveau zum immergrünen Thema "Kampfhunde". Inhaltlich geht es um die Bekämpfung abstrakter Gefahren durch Rechtsverordnung, prozessual um die vorbeugende Unterlassungsklage und die Normenkontrolle gegen Rechtsverordnungen nach § 47 I Nr. 2 VwGO.

Zivilrecht

Autor/Titel:	Ernst, Stefan: "Das TV-Zuschauerquiz im BGB zwischen Auslobung und Spiel"
Fundstelle:	NJW 2006, 186 (Heft 4)
Inhalt:	Die Möglichkeit, einem entspannten Fernsehabend durch den Gewinn beim vom ausgewählten Sender angebotenen Gewinnspiel die Krone aufzusetzen, bietet sich mittlerweile nicht nur den Freunden einschlägiger Sportübertragungen. Auch Einsätze in vier Wänden, Verbrecherjagden im Namen des Gesetzes und unzählige weitere Angebote werden regelmäßig durch Gewinnspielfragen unterbrochen, ganz zu Schweigen von TV-Sendern, die sich dieser Form der Unterhaltung komplett verschrieben haben. Der Autor dieses Beitrages widmen sich der interessanten Frage der rechtlichen Einordnung dieser Angebote: Handelt es sich um Spielverträge i. S. d. § 762 BGB, die keine klagbaren Verbindlichkeiten begründen können, oder um Preisauslobungen i. S. d. §§ 657, 661 BGB ? Hierbei wendet er sich der Bedeutung der Auswahlmechanismen der TV-Sender ebenso zu, wie der Frage nach der Einordnung der bei Teilnahme per Telefon hierfür zu entrichtenden Entgelte.

Autor/Titel:	Paal, Boris / Leyendecker, Benjamin-Ernst: "Weiterführende Probleme aus dem Minderjährigenrecht"
Fundstelle:	JuS 2006, 25 (Heft 1)
Inhalt:	Die Autoren stellen zu Recht heraus, dass das Minderjährigenrecht die juristische Ausbildung vom ersten Studiensemester bis zu den Examensprüfungen begleitet und entsprechende Probleme häufig in Aufgabenstellungen eingearbeitet werden, um eine zusätzliche Möglichkeit zur Differenzierung bei der Notenfindung zu erhalten. Der Aufsatz setzt sodann gewisse Grundkenntnisse der §§ 104 ff BGB voraus, um ausgewählte Probleme vertieft zu behandeln, so etwa das Verhältnis der schwebenden Unwirksamkeit eines Vertrages nach Aufforderung an den gesetzlichen Vertreter, sich zur Genehmigung zu erklären (§ 108 II 1 BGB), zur Widerrufsmöglichkeit des Vertragspartners gem. § 109 I BGB.

Autor/Titel:	Schreiber, Klaus: "Die Grundschuld"
Fundstelle:	Jura 2006, 22 (Heft 1)
Inhalt:	In einigen Bundesländern - etwa Nordrhein-Westfalen - zählt die Hypothek (§§ 1113 ff BGB) nach der Ausbildungsreform nicht mehr zu dem im 1. Staatsexamen den Studenten abverlangten Pflichtstoff, die Grundschuld (§§ 1191 ff BGB) dagegen nach wie vor (vgl. § 11 II Nr. 1 lit. d) JAG NW). Dies mag zwar der praktischen Relevanz dieser beiden Grundpfandrechte entsprechen, führt aber zu der Schwierigkeit, dass gem. § 1192 I BGB die Regeln der Hypothek auf die Grundschuld anzuwenden sind, soweit sich nicht aus der Forderungsabhängigkeit (Akzessorietät) der Hypothek etwas anderes ergibt. Der Autor dieses Aufsatzes versteht es, einen auch sprachlich sehr gut verständlichen Überblick über das Grundschuldrecht zu geben und dabei auf das Recht der Hypothek nur insoweit einzugehen, als dies erforderlich ist.

Strafrecht

Autor/Titel:	Walther, Susanne: "Vollendungsprobleme beim Tötungsdelikt"
Fundstelle:	NStZ 2005, 657 (Heft 12)
Inhalt:	Hinter dem etwas unglücklich formulierten Titel verbirgt sich ein hochinteressanter Aufsatz, der wenig beachtete Probleme bei den hochgradig examensrelevanten Tötungsdelikten in nachvollziehbarer und verständlicher Weise darstellt. Die Verfasserin geht (wohl entgegen der herrschenden Meinung) davon aus, dass bei Tötungsdelikten ein Auseinanderfallen von Vollendung und Beendigung möglich ist. Auf dieser Grundlage diskutiert sie die Möglichkeit einer sukzessiven Beteiligung an einem Tötungsdelikt, das Vorliegen eines Mordes bei Verwirklichung von Mordmerkmalen erst nach Vornahme der Tötungshandlung und die Frage eines Rücktritts. Allein aufgrund der Originalität der Gedankengänge lesenswert.

Autor/Titel:	Neubacher, Frank: "Zur Konkretisierung von Sorgfaltspflichten beim fahrlässigen Erfolgsdelikt - Überlegungen im Anschluss an BGHSt 49, 1"
Fundstelle:	Jura 2005, 857 (Heft 12)
Inhalt:	In der genannten Entscheidung des BGH (= RA 2004, 118) hatte dieser zum ersten Mal (im Rahmen des § 222 StGB) eine Verantwortung von Ärzten angenommen für Straftaten, die ein psychisch Kranker begangen hatte während eines von den Ärzten genehmigten Freigangs. Dies nimmt der Autor zum Anlass, aus kriminalpolitischer Sicht wie auch dogmatisch eine entsprechende strafrechtliche Verantwortung der Ärzte zu überprüfen, wobei er fast schon gutachterlich ausführlich insb. auf die Probleme der entsprechenden Sorgfaltspflichten und der Zurechnung des Erfolges eingeht.

Autor/Titel:	Hussels, Martin: "Der praktische Fall - Strafrecht: Der Massenmord von E"
Fundstelle:	Jura 2005, 877 (Heft 12)
Inhalt:	Der Amoklauf eines Schülers in einem Erfurter Gymnasium, der 2002 zahlreichen Menschen das Leben gekostet hatte, hatte damals sehr großes Aufsehen in den Medien erregt. In diesem Aufsatz wird ein vergleichbarer Fall gutachterlich aufgearbeitet, wobei natürlich insbesondere Probleme im Rahmen der Tötungs- und Körperverletzungsdelikte diskutiert werden aber auch Fragen der Teilnahme sowie das klassische Problem des Verhältnisses von Mord und Totschlag und der sich daraus ergebenden Konsequenzen für die Anwendung von § 28 StGB.

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 (*zugleich Öffentliches Recht*)

REDAKTEURE: Rechtsanwalt Frank Bollmeyer (*Zivilrecht*); Rechtsanwalt Uwe Schumacher (*Strafrecht*)
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 *früherer* 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 *laufenden* Jahrgangs ist nur i.V.m. einem Abonnement möglich.