Öffentliches Recht

Standort: Meinungsfreiheit Problem: Beleidigung als Schranke

BVERFG, BESCHLUSS VOM 12.07.2005
1 BVR 2097/02 (BAYVBL 2006, 15)

Problemdarstellung:

Im nachstehenden Urteil des BVerfG ging es um die strafrechtliche Verurteilung wegen Beleidigung durch die Verwendung des Begriffes "Zigeunerjude". Der Beschwerdeführer sah sich hierdurch in seinem Grundrecht auf Meinungsfreiheit verletzt. Das BVerfG präzisiert in der Begründung der Nichtannahme der Verfassungsbeschwerde seine ohnehin schon umfangreiche Judikatur zu diesem Thema:

1. In den Schutzbereich der Meinungsfreiheit fallen alle Werturteile, unabhängig von ihrem Inhalt. Auch die gröbsten Beleidigungen sind so geschützt. Die Frage nach ihrer Zulässigkeit ist also allein eine solche der Schranken.

2. Als Schranke der Meinungsfreiheit kommen die allgemeinen Gesetze, die gesetzlichen Bestimmungen zum Schutz der Jugend und das Recht der persönlichen Ehre in Betracht, Art. 5 II GG ("Schrankentrias"). Der hier in Betracht kommende § 185 StGB passt sowohl unter die "allgemeinen Gesetze" als auch unter das "Recht der persönlichen Ehre". Das Verhältnis dieser Schranken zueinander ist im einzelnen streitig; das BVerfG subsumiert § 185 StGB jedoch in einem Satz unter die "allgemeinen Gesetze", ohne den Ehrschutz auch nur zu erwähnen.

3. § 185 StGB kann eine Verurteilung wegen Beleidigung aber nur rechtfertigen, wenn er selbst im Lichte der Meinungsfreiheit richtig angewendet worden ist (in st.Rspr. vertretene sogen. "Wechselwirkungslehre" des BVerfG). Hierzu hat das BVerfG im Laufe der Jahre folgende Kriterien entwickelt:

a. Eine mehrdeutige Äußerung muss zunächst vor dem objektiven Empfängerhorizont ausgelegt werden. Von allen in Betracht kommenden Deutungsvarianten ist für repressive Maßnahmen wie eine Verurteilung wegen Beleidigung die für den Betroffenen günstigste Variante zugrunde zu legen (anders nach brandaktueller Rspr. des BVerfG bei präventiven Unterlassungsansprüchen; dort soll es die ungünstigste Variante sein, vgl. RA 2005, 633 = NJW 2006, 207).

b. Sodann ist die Meinungsfreiheit unter Zugrundelegung dieser Variante abzuwägen mit den Grundrechten des Betroffenen, also i.d.R. mit dessen allgemeinem Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 I i.V.m. 1 I GG. Nur bei überwiegendem Ehrschutz darf wegen Beleidigung verurteilt werden.

c. Eine Grenze bildet aber die sogen. "Schmähkritik". Wenn die Ebene des sachlichen völlig verlassen wird und es nur noch um die Diffamierung des anderen geht, ist eine Verurteilung wegen Beleidigung auch im Lichte von Art. 5 I 1 GG in jedem Fall zulässig.

Prüfungsrelevanz:

Hinsichtlich der Schrankentrias des Art. 5 II GG gibt das BVerfG offensichtlich der Meinung den Vorzug, die grundsätzlich immer von den "allgemeinen Gesetzen" ausgeht und den Jugend- und Ehrschutz nur dann anwenden will, wenn ein Gesetz einmal nicht "allgemein" ist, sich also gegen eine bestimmte Meinung richtet. Diese Verfahrensweise empfiehlt sich auch für ein Gutachten im Examen. So erübrigen sich breite Ausführungen zu der Frage, ob § 185 StGB denn nun unter den Ehrschutz oder die allgemeinen Gesetze fällt.

Zu den o.g. vom BVerfG aufgestellten Kriterien für die verfassungsmäßige Anwendung von § 185 StGB ergeben sich zugleich die potenziellen Fehler, die das wegen Beleidigung verurteilende Gericht begehen kann:

1. Das Gericht könnte verkennen, dass es sich um eine mehrdeutige Äußerung handelt und die gebotene Auslegung derselben unterlassen.

2. Es könnte bei der Auslegung auf die Intention des Äußernden statt auf den objektiven Empfängerhorizont abstellen.

3. Es könnte bestimmte Deutungsmöglichkeiten übersehen.

4. Es könnte der Verurteilung statt der günstigsten eine für den Betroffenen weniger günstige Variante zugrunde legen.

5. Es könnte fälschlich von Schmähkritik ausgehen und deshalb die eigentlich gebotene Abwägung unterlassen.

6. Es könnte innerhalb der Abwägung fehlerhaft zu Lasten der Meinungsfreiheit gewichten.

Diese Fehler wären bei der Prüfung der Erfolgsaussichten einer Verfassungsbeschwerde vom Kandidaten zu erkennen und anzusprechen. Denn das BVerfG ist zwar keine "Superrevisionsinstanz" und prüft daher grds. auch nicht die Anwendung des einfachen Rechts durch die Fachgerichte; die genannten Fehler verkennen aber die Wechselwirkung des § 185 StGB mit Art.

5 I 1 GG und verletzen daher Verfassungsrecht. Dies zu prüfen ist nach eigener st.Rspr. durchaus Aufgabe des BVerfG.

Vertiefungshinweise:

❑ Auslegung mehrdeutiger Äußerungen bei präventivem Rechtsschutz: *BVerfG*, RA 2005, 633 = NJW 2006, 207

❑ Meinungsfreiheit und Schmähkritik: *BVerfG*, RA 2004, 52 = NJW 2003, 3760; NJW 2003, 961; NJW-RR 2000, 1712; NJW 1993, 1462; NJW 1991, 1475

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs* : "Pazifisten"

Sachverhalt:

Die Verfassungsbeschwerde richtet sich gegen eine strafrechtliche Verurteilung wegen Beleidigung.

Der Beschwerdeführer war im Jahre 2000 Kreisvorsitzender des Kreisverbandes Kempten/Oberallgäu der Partei „Die Republikaner". Im Zusammenhang mit einem Parteitag der Republikaner im November 2000 in Winnenden bei Stuttgart, an dem der Beschwerdeführer teilnahm, kam es zu massiven Protesten politischer Gegner. Zuvor, im Oktober 2000, hatte Dr. F., der damalige Vizepräsident des Zentralrats der Juden in Deutschland, zum Kampf gegen Rechtsextremismus aufgerufen. Der Beschwerdeführer verfasste unter dem 20. November 2000 eine Pressemeldung, in der unter anderem folgende Angaben enthalten sind:

"Natürlich fehlte bei diesem Theater der "Zigeunerjude" F. auch nicht, der wieder in gewohnter Weise mit tiefem Hass und voller Inbrunst sein Gift gegen die Republikaner und alles was deutsch und rechts ist, ausspritzte."

Nach Aufhebung eines freisprechenden Urteils des Landgerichts Kempten/Allgäu durch das Bayerische Oberste Landesgerichts und Zurückverweisung verurteilte eine andere Strafkammer des Landgerichts Kempten/Allgäu den Beschwerdeführer wegen Beleidigung zu einer Geldstrafe von 100 Tagessätzen zu je 30 EUR. Es hat den Ausdruck „Zigeunerjude" dahingehend gedeutet, dass er nach dem Verständnis eines unbefangenen verständigen Dritten nur als Schmähung des betroffenen Dr. F. verstanden werden könne. Dies ergebe sich aus der Kombination der Wortbestandteile „Zigeuner" und „Jude", die dem heutigen Sprachgebrauch fremd sei. In der Zeit des Nationalsozialismus seien beide Gruppen jedoch als sozial und rassisch minderwertig angesehen worden und Gegenstand verbrecherischer Verfolgung gewesen. Bei der Deutung im Kontext der Äußerung sei auch zu berücksichtigen, dass sie durch den Kreisvorsitzenden einer Partei formuliert worden sei, die von weiten Teilen der Bevölkerung als Partei mit rechtsextremer Zielrichtung angesehen werde. Die Benutzung des Wortes "Zigeunerjude" dränge danach den Eindruck auf, dass auf Maßstäbe aus der Zeit des Nationalsozialismus zurückgegriffen werde, zumal der Geschädigte Dr. F. in der Pressemeldung als eine Person dargestellt werde, die "Gift .. ausspritze" gegen alles, was "deutsch und rechts" ist. Die Äußerung stelle eine Schmähkritik dar, weil ihr absolut im Vordergrund stehender Zweck die Herabsetzung von Dr. F. sei. Eine sachliche Auseinandersetzung lasse sich dem Schreiben des Beschwerdeführers weder in Bezug auf Fragen im Zusammenhang mit Juden oder Sinti und Roma noch mit einer durch den Beschwerdeführer zur Rechtfertigung der Wortwahl geltend gemachten gesteigerten Reisetätigkeit von Dr. F. entnehmen.

Die hiergegen gerichtete Revision des Beschwerdeführers hat das Bayerische Oberste Landesgericht als unbegründet verworfen. Mit seiner fristgerecht erhobenen Verfassungsbeschwerde rügt der Beschwerdeführer eine Verletzung seiner Grundrechte aus Art. 3 Abs. 3 GG und 5 Abs. 1 GG. Das Landgericht habe unter Verletzung der dem Beschwerdeführer zukommenden Meinungsfreiheit bei der Abwägung nicht hinreichend berücksichtigt, dass seine Äußerung sich auf eine Instrumentalisierung seines Judentums durch Dr. F. bezogen habe. Gleichheitsrechte des Beschwerdeführers (Art. 3 Abs. 3 Satz 1, letzte Alternative GG) seien dadurch verletzt, dass das Landgericht bei der Deutung auf die Parteizugehörigkeit des Beschwerdeführers abgestellt habe.

Aus den Gründen:

Die Verfassungsbeschwerde wird nicht zur Entscheidung angenommen. Die Annahmevoraussetzungen des § 93 a Abs. 2 BVerfGG liegen nicht vor. Der Verfassungsbeschwerde kommt weder grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedeutung zu (§ 93 a Abs. 2 Buchstabe a BVerfGG), noch ist ihre Annahme zur Durchsetzung von Grundrechten des Beschwerdeführers angezeigt (§ 93 a Abs. 2 Buchstabe b BVerfGG). Die Verfassungsbeschwerde hat keine Aussicht auf Erfolg. Der Beschwerdeführer wird durch das Urteil des Landgerichts nicht in seinem Grundrecht der Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG) oder in seinem Gleichheitsrecht (Art. 3 Abs. 3 GG) verletzt.

A. Meinungsfreiheit

I. Eingriff in den Schutzbereich

Die inkriminierte Äußerung fällt in den Schutzbereich des Grundrechts auf Meinungsfreiheit. Sie ist durch die Elemente der Stellungnahme, des Dafürhaltens und des Meinens geprägt und deshalb als Werturteil anzusehen. Die polemische oder verletzende Formulierung einer Aussage entzieht diese nicht dem Schutzbereich des Grundrechts (vgl. BVerfGE 54, 129 [138 f.]; 93, 266 [289]; stRspr).

II. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

1. Schranke
Das nicht vorbehaltlos gewährleistete Grundrecht auf Meinungsfreiheit findet eine Schranke unter anderem in den allgemeinen Gesetzen, zu denen auch die ehrschützende Bestimmung des § 185 StGB gehört, die Grundlage der Verurteilung des Beschwerdeführers geworden ist.

2. Schranken-Schranke
Die Auslegung und Anwendung der Strafvorschriften ist grundsätzlich Sache der Strafgerichte. Das Bundesverfassungsgericht ist auf die Klärung beschränkt, ob das Strafgericht die wertsetzende Bedeutung des Freiheitsrechts verkannt hat (vgl. BVerfGE 7, 198 [208 f.]; 93, 266 [292]; stRspr).

a. Auslegung der Äußerung
Ausgangspunkt für die Prüfung, ob die Äußerung Rechtsgüter verletzt, ist die Ermittlung ihres objektiven Sinnes. Maßgeblich ist weder die subjektive Absicht des sich Äußernden noch das subjektive Verständnis der von der Äußerung Betroffenen, sondern der Sinn, den die Äußerung nach dem Verständnis eines unvoreingenommenen und verständigen Publikums hat (vgl. BVerfGE 93, 266 [295]). Dabei ist vom Wortlaut der Äußerung auszugehen. Dieser legt ihren Sinn aber nicht abschließend fest. Er wird vielmehr auch von dem sprachlichen Kontext, in dem die umstrittene Äußerung steht, und den Begleitumständen, unter denen sie fällt, bestimmt, soweit diese für die Empfänger erkennbar sind.

b. Deutung der Äußerung

aa. Grundsätzlich: Abwägung
Ist eine Rechtsgüterverletzung durch die Äußerung festzustellen, bedarf es regelmäßig einer Abwägung der durch die solchermaßen ermittelte Äußerung beiderseits betroffenen Interessen, nämlich einerseits der Meinungsfreiheit des sich Äußernden und vorliegend andererseits des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des durch eine Äußerung Betroffenen.

bb. Ausnahme: Schmähkritik
Eine solche Abwägung entfällt allerdings, wenn es sich um Schmähkritik handelt (vgl. BVerfGE 93, 266 [294]). Wenn bei einer wertenden Äußerung nicht mehr die Auseinandersetzung in der Sache, sondern die Herabsetzung der Person im Vordergrund steht, hat eine solche Äußerung als Schmähung hinter das Persönlichkeitsrecht des Betroffenen zurückzutreten (vgl. BVerfGE 82, 272 [283 f.]; 85, 1 [16]; 93, 266 [294]).

cc. Subsumtion
Diesen Anforderungen wird die angegriffene Entscheidung gerecht.

(1). Auslegung der Äußerung
Das Landgericht hat für die Deutung der Äußerung insbesondere auf die Kombination der beiden Wortbestandteile des angegriffenen Wortes "Zigeunerjude" abgestellt. Verfassungsrechtlich ist nicht zu beanstanden, dass es in der Wahl des kombinierten Begriffs "Zigeunerjude" eine an den nationalsozialistischen Sprachgebrauch erinnernde, auf Ausgrenzung und menschenverachtende Herabwürdigung der Roma und Sinti sowie der Juden zielende Äußerung erblickt hat. Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers war es dem Landgericht verfassungsrechtlich nicht verwehrt, bei der Erfassung des Sinns der Äußerung ihren Kontext zu berücksichtigen, darunter auch den Umstand, dass die Äußerung durch ein Mitglied der rechtsextremen Partei der "Republikaner" für eine Presseerklärung dieser Partei verfasst worden ist. Das Landgericht hat seine Einschätzung des Sinns der Äußerung auch auf den Kontext in der Pressemeldung gestützt. Dem Leser dränge sich der Eindruck auf, dass in der Erklärung auf Bewertungsmaßstäbe aus der Zeit des Nationalsozialismus zurückgegriffen werde, wenn der Begriff "Zigeunerjude" auf eine Person bezogen werde, die angeblich "in gewohnter Weise mit tiefem Hass und Inbrunst sein Gift gegen die Republikaner und alles was deutsch und rechts ist" ausspritze.
Andere nachvollziehbare Deutungen der Äußerung sind nicht erkennbar. Auch der Beschwerdeführer selbst zeigt sie nicht auf. Das Gericht braucht nicht auf entfernte, weder durch den Wortlaut noch die Umstände der Äußerung gestützte Alternativen einzugehen oder gar abstrakte Deutungsmöglichkeiten zu entwickeln, die in den konkreten Umständen keinerlei Anhaltspunkte finden (vgl. BVerfGE 93, 266 [296]). Die von dem Beschwerdeführer im Verfahren angegebene Bedeutung, wonach er auf eine starke Reisetätigkeit des Dr. F. habe hinweisen wollen, durfte das Gericht angesichts des Fehlens jeglichen Bezugs der Äußerung und ihres Kontextes zu Reisen des Geschädigten als absolut fernliegend ansehen.

(2). Deutung der Äußerung
Es ist nicht zu beanstanden, dass das Landgericht die angegriffene Äußerung "Zigeunerjude" als Schmähung eingeordnet hat. Es hat dabei berücksichtigt, dass eine herabsetzende Äußerung erst dann als Schmähkritik angesehen werden kann, wenn in ihr nicht mehr die Auseinandersetzung in der Sache, sondern die Diffamierung der Person im Vordergrund steht.

B. Gleichbehandlung
Für eine Verletzung des Gleichheitssatzes (Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG) ist nichts dargetan. Der Beschwerdeführer ist nicht wegen seiner politischen Anschauungen, sondern wegen einer Schmähung verurteilt worden.

Standort: POR Problem: Rückgabe beschlagnahmter Sachen

BGH, URTEIL VOM 03.02.2005
III ZR 271/04 (BAYVBL 2006, 29)

Problemdarstellung:

Der BGH hatte über die Frage zu entscheiden, wo eine beschlagnahmte Sache zurück zu geben ist, nachdem sie von den Behörden nicht mehr benötigt wird. Drei mögliche Rückgabeorte kommen in Betracht: Während die Rechtsprechung und die zivilrechtliche Literatur überwiegend im *Verwahrungsort* auch den Rückgabeort sehen, stellt die strafrechtliche Literatur mehrheitlich auf den *Ort der Beschlagnahme* als Rückgabeort ab. Eine Mindermeinung in der Literatur will schließlich eine Pflicht der Behörde zur Rückgabe der Sache am *Wohnort des Betroffenen* begründen.

Der BGH schließt sich der ersten Auffassung an. Zur Begründung seiner Ansicht greift der Senat auf eine analoge Anwendung des § 697 BGB zurück, der für die zivilrechtliche Verwahrung ebenfalls den Verwahrungsort als Rückgabeort festlege. Zwar sei das öffentlich-rechtliche Verwahrungsverhältnis, das durch eine Beschlagnahme entstehe, im Gegensatz zu der zivilrechtlichen Verwahrung nicht einverständlich, sondern durch hoheitlichen Zwang begründet worden. Eine Gleichbehandlung lasse sich aber jedenfalls dann rechtfertigen, wenn die Beschlagnahme selbst rechtmäßig gewesen sei. Vergleiche mit dem öffentlich-rechtlichen Folgenbeseitigungsanspruch (FBA), der auf die Wiederherstellung des status quo ante gerichtet ist (was - vom BGH unausgesprochen - zu einer Rückgabepflicht am Ort der Beschlagnahme führen würde), seien nicht anzustellen. Denn dieser setze einen rechtswidrigen Zustand voraus, und rechtswidrig sei der Zustand, der durch eine rechtmäßige Beschlagnahme geschaffen worden ist, gerade nicht, und zwar auch nicht nach Beendigung der Beschlagnahme.

Prüfungsrelevanz:

Der BGH stellt neben der Entscheidung über den Rückgabeort ausdrücklich klar, dass Ansprüche auf Rückgabe eines in öffentlich-rechtlicher Verwahrung befindlichen Gegenstandes auf dem Zivilrechtsweg zu verfolgen sind. Grund hierfür ist die vom Verwaltungsrechtsweg abdrängende Sonderzuweisung des § 40 II VwGO. Dies hat zur Folge, dass ein Fall wie dieser in öffentlich-rechtlichen Examensaufgaben im Normalfall nicht über einen prozessualen Einstieg abgeprüft werden wird. Er drängt sich aber als Zusatzfrage geradezu auf, wenn es in einem Ausgangsfall um die Beschlagnahme einer Sache geht.

Die Lösung über § 697 BGB analog sollte dann bekannt sein. Es bietet sich an, in der Analogievoraussetzung der vergleichbaren Interessenlage zwischen geregeltem Fall (zivilrechtliche, einverständliche Verwahrung) und nicht geregeltem Fall (öffentlich-rechtliche, zwangsweise Verwahrung) die verschiedenen Meinungen zu diskutieren und die Rechtmäßigkeit des zur Verwahrung führenden Hoheitsakts (also der Beschlagnahme) für eine Vergleichbarkeit genügen zu lassen. Mit diesem Argument des BGH ist aber gleichzeitig gesagt, dass im Falle einer rechtswidrigen Beschlagnahme ein anderer Rückgabeort als der Verwahrungsort in Betracht kommt. Dies kann eigentlich nur der Ort der Beschlagnahme sein, zumal sich dann die Parallele zum FBA wirklich aufdrängt, denn man wird nicht abstreiten können, dass jedenfalls eine rechtswidrige Beschlagnahme auch eine rechtswidrige Verwahrung und damit einen rechtswidrigen Zustand i.S.d. FBA nach sich zieht. Dass der Wohnort des Betroffenen hingegen auch in diesen Fällen nicht maßgeblich sein kann, ergibt sich schon aus der nahe liegenden Überlegung, dass die Behörde dann verpflichtet wäre, dem Betroffenen die Sache weltweit hinterher zu tragen.

Vertiefungshinweise:

❑ Entscheidung der Vorinstanz: *LG Hamburg*, NJW 2004, 2455

❑ Weitere Fälle zur Beschlagnahme: *BVerfG*, RA 2005, 173 = NStZ 2005, 337 (Mobiltelefon); RA 2003, 479 und 525 = DVBl 2003, 1316 (bei MdB); *VGH BW*, RA 2001, 119 = VBlBW 2001, 100 (Liegefahrrad)

Leitsätze:

Die Rückgabe einer in einem Strafverfahren beschlagnahmten Sache hat an dem Ort zu erfolgen, an welchem diese aufzubewahren war; die zuständigen Justizbehörden sind nicht verpflichtet, die Sache dem Berechtigten an dessen Wohnsitz zu bringen.

Sachverhalt:

In der Kanzlei des Klägers, eines seinerzeit in Hamburg praktizierenden Rechtsanwalts, wurden im Zuge eines gegen ihn geführten steuerstrafrechtlichen Ermittlungsverfahrens in den Jahren 1984 und 1989 durch die dortige Staatsanwaltschaft Unterlagen aus Mandantenakten beschlagnahmt. Das Strafverfahren selbst wurde später vom Landgericht Hamburg gemäß § 153a Abs. 2 StPO gegen Zahlung einer Geldbuße von 12.000 DM eingestellt; eine Entschädigung nach dem Gesetz über die Entschädigung für Strafverfolgungsmaßnahmen (StrEG) wurde dem Kläger versagt. Die in mehreren Kartons aufbewahrten beschlagnahmten Unterlagen wurden daraufhin von der Staatsanwaltschaft zur Abholung bereitgestellt. Der Kläger,

der zwischenzeitlich seinen Wohn- und Kanzleisitz nach Ibiza verlegt hat, begehrt mit der vorliegenden Klage die Verurteilung der beklagten Freien und Hansestadt Hamburg (Justizbehörde - Justizamt), die beschlagnahmten Unterlagen an seinen neuen Wohnsitz zu übersenden.
Das Amtsgericht hat der Klage stattgegeben, das Landgericht hat sie abgewiesen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein Begehren weiter.

Aus den Gründen:
Die Revision ist nicht begründet.

A. Zulässigkeit
Beide Vorinstanzen haben die Zulässigkeit der vorliegenden zivilgerichtlichen Klage mit Recht bejaht. Es geht hier um einen vermögensrechtlichen Anspruch aus öffentlich-rechtlicher Verwahrung, der gemäß § 40 Abs. 2 VwGO den ordentlichen Gerichten zugewiesen ist. Die Parteien streiten nicht über die Aufhebung der Beschlagnahmeanordnung - die Beschlagnahme ist durch den rechtskräftigen Abschluss des Strafverfahrens ohne weiteres erloschen (allgemeine Meinung; vgl. KK/Nack, StPO 5. Aufl. 2003 § 98 Rn. 33; Meyer-Goßner, StPO 47. Aufl. 2004 § 98 Rn. 29 m.w.N.) -, die den zuständigen Strafverfolgungsbehörden (Staatsanwaltschaft, Gericht) vorbehalten ist (Hoffmann/Knierim, NStZ 2000, 461, 463; KK/Nack aaO Rn. 34; Meyer-Goßner aaO Rn. 30), sondern ausschließlich über die Modalitäten der Rückgabe. Diese Frage kann von den Zivilgerichten nach allgemeinen materiell- und verfahrensrechtlichen Grundsätzen entschieden werden, ohne dass ein Kompetenzkonflikt mit der Staatsanwaltschaft oder dem Strafgericht entsteht.
Entgegen Hoffmann/Knierim (aaO), die insoweit "im Wege der Annexkompetenz" § 98 Abs. 2 Satz 2 StPO für anwendbar und deshalb eine Zivilklage für unzulässig halten, hat auch das Oberlandesgericht Stuttgart in seinem Urteil vom 25. April 1984 (wistra 1984, 240) die dortige Herausgabeklage nicht etwa als unzulässig, sondern als unbegründet abgewiesen, weil den dort geltend gemachten Herausgabeansprüchen nach § 985 BGB und aus öffentlich-rechtlicher Verwahrung mit der wirksamen Beschlagnahme ein materiell-rechtliches Hindernis entgegengestanden hatte.

B. Begründetheit
Die Klage ist jedoch nicht begründet.

I. Rückgabe der beschlagnahmten Sachen
Das Landgericht hat vielmehr mit Recht auf das hier in Rede stehende öffentlich-rechtliche Verwahrungsverhältnis die Vorschrift des § 697 BGB entsprechend angewandt. Danach hat die Rückgabe der hinterlegten (hier: der durch Beschlagnahme in öffentlich-rechtliche Verwahrung genommenen) Sache an dem Ort zu erfolgen, an welchem die Sache aufzubewahren war; der Verwahrer (die beklagte Justizbehörde) ist nicht verpflichtet, die Sache dem Hinterleger (hier dem Kläger an dessen Wohnort) zu bringen.

1. Aufbewahrungsort gleich Rückgabeort
In diesem Sinne hat sich das Oberlandesgericht Hamburg bereits in einer frühen Entscheidung (Urteil vom 13. Juli 1916 = SeuffArch 72 [1917] Nr. 4 S. 7, 8) geäußert. Diese Entscheidung ist unverändert aktuell; ihr hat sich ein Großteil der Kommentarliteratur zum Bürgerlichen Gesetzbuch angeschlossen (Staudinger/Reuter, BGB 13. Bearb. 1995 § 697 Rn. 5; Erman/Herrmann, BGB 11. Aufl. 2004 § 697 Rn. 1; MünchKomm/Hüffer, BGB 4. Aufl. 2005 § 697 Rn. 3 - 5 - i.V.m. Fn. 4). Auch in Teilen der strafprozessualen Literatur wird § 697 BGB für anwendbar gehalten (H. Schäfer, wistra 1984, 136, 137).

2. Beschlagnahmeort gleich Rückgabeort
Demgegenüber wird in der strafprozessualen Literatur wohl überwiegend die Auffassung vertreten, § 697 BGB sei bei beschlagnahmten oder formlos für Zwecke der Strafverfolgung sichergestellten Sachen nach Beendigung des hoheitlichen Zugriffs nicht analog anwendbar. Dies habe die Konsequenz, daß die beschlagnahmten Sachen dem Betroffenen dort zurückzugeben seien, wo sie von der Behörde beschlagnahmt oder wo sie dieser zur Abwendung der Beschlagnahme freiwillig übergeben worden waren (Damrau, NStZ 2003, 408, 410).

3. Wohnsitz gleich Rückgabeort
Noch weitergehend nehmen G. Schäfer (in Löwe/Rosenberg, StPO 25. Aufl. Stand: 1. Oktober 2003 § 98 Rn. 64) und Hoffmann/Knierim (aaO) an, die Gegenstände seien dem Berechtigten auf Verlangen zurückzubringen. Dies könnte die weitere Folge haben, dass die Behörde die beschlagnahmten Sachen auf eigene Kosten und Gefahr auch an einen etwaigen neuen, möglicherweise - wie hier - sogar im Ausland befindlichen Wohnsitz des Berechtigten zu verbringen hätte.
Das zentrale Argument für die Begründung einer derartigen weitergehenden Verpflichtung, die beschlagnahmten Sachen zurückzubringen, besteht darin, dass sie - anders als beim normalen privatrechtlichen Verwahrungsvertrag - nicht aufgrund eines vertraglichen Einverständnisses des Hinterlegers, sondern - oftmals gegen dessen Willen - durch den hoheitlichen Zugriff der Strafverfolgungsbehörden in die öffentlich-rechtliche Verwahrung überführt worden seien. Mit der Verpflichtung des Betroffenen, diese zwangsweise Entziehung zu dulden, korrespondiere eine Rechtspflicht der Strafverfolgungsbehörden, die Sachen nach dem Wegfall der öffentlich-rechtlichen Ver-

strickung gleichsam im Wege der "Wiedergutmachung" - zum Berechtigten zurückzuschaffen.

4. Stellungnahme

Diese Betrachtungsweise vermag der erkennende Senat indessen nicht zu teilen. Vielmehr erhält - wie schon das Berufungsgericht mit Recht ausgeführt hat - der hier zu beurteilende Sachverhalt sein Gepräge dadurch, dass die Beschlagnahme rechtmäßig gewesen war und ihre gesetzliche Grundlage in § 94 StPO gefunden hatte. Diese Rechtmäßigkeit des hoheitlichen Zugriffs begründet eine sachliche Rechtfertigung für das öffentlich-rechtliche Verwahrungsverhältnis, die in ihrem Gewicht dem vertraglichen Konsens bei einem privatrechtlichen Verwahrungsvertrag mindestens gleichkommt. Dies rechtfertigt es, die gesetzlichen Regelungen für die Abwicklung eines beendeten Verwahrungsverhältnisses auch auf die Beendigung einer Beschlagnahme anzuwenden, und zu diesen gehört auch die gesetzliche Wertung, die der Rückgaberegelung des § 697 BGB zugrunde liegt.

Nichts anderes ergibt sich aus dem Gesichtspunkt der Folgenbeseitigung, den Staudinger/Reuter (aaO) zur ausnahmsweisen Begründung einer Rückschaffungspflicht der Behörde anführt. Der Folgenbeseitigungsanspruch betrifft Fälle, in denen durch einen hoheitlichen Eingriff in ein subjektives Recht ein rechtswidriger Zustand geschaffen worden ist, der noch andauert. Der ursprünglichen Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsakts steht es gleich, wenn ein von einer Behörde geschaffener Zustand nachträglich rechtswidrig wird (Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht Bd. 2 6. Aufl. [2000] § 52 II Rn. 13 und 17 m.w.N.). An dieser entscheidenden Voraussetzung fehlt es hier. Weder war durch die rechtmäßige Beschlagnahme ein rechtswidriger Zustand geschaffen worden, noch war der ursprünglich rechtmäßige Zustand nachträglich rechtswidrig geworden, nachdem die Beschlagnahme geendet und die Staatsanwaltschaft die Gegenstände zur Abholung bereit gestellt hatte.

II. Amtshaftung für Transportkosten

Wegen dieser Rechtmäßigkeit scheidet auch ein auf Ersatz der für den Rücktransport erforderlichen Aufwendungen gerichteter Amtshaftungsanspruch des Klägers (§ 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG) von vornherein aus. Ob diese Aufwendungen gegebenenfalls zu den nach § 2 Abs. 2 Nr. 4 StrEG ersatzfähigen Schadensposition gehören könnten, ist hier nicht zu entscheiden.

Standort: Verwaltungsrecht AT — Problem: § 49a VwVfG

BVERWG, URTEIL VOM 27.04.2005
8 C 8.04 (BAYVBL 2006, 25)
BVERWG, URTEIL VOM 27.04.2005
8 C 5.04 (BAYVBL 2005, 26)

Problemdarstellung:

Nach § 49 a VwVfG können, wenn eine staatliche Leistung nicht "alsbald" für den im Bewilligungsbescheid bestimmten Zweck verwendet wird, für die Zeit bis zur zweckentsprechenden Verwendung Zinsen verlangt werden. Das BVerwG hatte in zwei Entscheidungen mit dieser Vorschrift zu tun:

1. Zum einen ging es um die Frage, was "alsbald" im Sinne dieser Vorschrift bedeutet. Das Gericht steht auf dem Standpunkt, dass die Bewilligungsbehörde dies selbst im Bewilligungsbescheid bestimmen könne, indem sie - etwa in einer Nebenbestimmung - einen Verwendungszeitpunkt festlege. Im konkreten Fall war eine solche Nebenbestimmung zwar nicht im Bewilligungsbescheid enthalten; dieser nahm aber auf ihm anliegende Nebenbestimmungen Bezug. Das BVerwG meint, dass eine solche Bezugnahme genüge, um die Nebenbestimmungen zum Bestandteil des Verwaltungsakts werden zu lassen.

"Alsbald" sei hingegen nicht mit "unverzüglich" im zivilrechtlichen Sinne zu verwechseln. Auf ein schuldhaftes Zögern soll es daher nicht ankommen (a.A. z.T. die Lit., vgl. Knack-Klappstein, VwVfG, § 49a Rz. 3.2).

2. Zum zweiten war fraglich, ab wann der Zinsanspruch entsteht. Zwei Zeitpunkte lassen sich denken, nämlich ab Auszahlung der Mittel oder erst ab dem Zeitpunkt, in dem die Frist für ihre "alsbaldige" Verwendung abgelaufen ist. Während das BVerwG im ersten Urteil noch wörtlich meint, Zinsen könnten für die Zeit ab der Auszahlung der Mittel und nicht erst vom Ablauf der Frist für die alsbaldige Verwendung an verlangt werden, heißt es in der zweiten Entscheidung - bemerkenswerterweise vom selben Tag, vom selben Senat und unter Bezugnahme auf die selbe frühere Entscheidung des BVerwG -, dass der Zinsanspruch bei verzögertem Mitteleinsatz in dem Zeitpunkt entstehe, zu dem die Leistung nicht "alsbald" nach Auszahlung bestimmungsgemäß verwendet worden sei. Hier widerspricht sich das BVerwG also selbst. In der zweiten Entscheidung ist der Zeitpunkt des Zinsbeginns *ab Ablauf der Frist* sogar Gegenstand des amtlichen Leitsatzes; in der Literatur wird hingegen die erste Variante - *ab Auszahlung* - vertreten (Obermayer-Schäfer, VwVfG, § 49a Rz. 47).

3. Das BVerwG weist ferner darauf hin, dass der Zeitpunkt der *Entstehung* des Zinsanspruchs nicht mit seiner *Fälligkeit* verwechselt werden darf. Entstehe der Anspruch auch mit Ablauf der Frist für die "alsbaldige" Verwendung, so werde er doch erst fällig, wenn er

von der Behörde durch Bescheid geltend gemacht worden sei. Diese Unterscheidung ist maßgeblich für den Verjährungsbeginn, der nach §§ 199, 200 BGB grds. an die Entstehung des Anspruchs anknüpft.

Prüfungsrelevanz:

Die veröffentlichten Entscheidungen zu § 49a VwVfG häufen sich in der letzten Zeit. Die Vorschrift ist für das Examen von großer Bedeutung, weil sie sich in idealer Weise mit der Rücknahme oder dem Widerruf von Verwaltungsakten nach §§ 48, 49 VwVfG kombinieren lässt, worin wiederum eines der examensrelevantesten Themen überhaupt liegt.

Für den hier angesprochenen § 49a IV VwVfG ist allerdings Vorsicht geboten. Dieser setzt - im Gegensatz zu § 49a I VwVfG - gerade nicht voraus, dass der Bewilligungsbescheid zurückgenommen oder widerrufen worden ist. Vielmehr sollte die in § 49a IV VwVfG enthaltene Möglichkeit, (lediglich) den Zinsvorteil abzuschöpfen, den ein Begünstigter aus der nicht alsbaldigen Verwendung der Mittel zieht, ein milderes Alternativmittel zur Aufhebung des Bewilligungsbescheides sein.

Beachtet werden sollte noch, dass § 49a IV VwVfG nicht nur bzgl. des "Ob" der Zinsforderung, sondern auch bezgl. des Zeitpunktes und der Höhe der Zinsforderung ein Ermessen enthält. Wenn man sich also dafür entschieden hat, den Zinsanspruch mit Auszahlung der Mittel entstehen zu lassen, hindert dies die Behörde nicht, Zinsen erst ab einem späteren Zeitpunkt zu verlangen. Nur umgekehrt geht es selbstverständlich nicht: Entscheidet man sich für den Entstehungszeitpunkt nach Ablauf der Frist für die alsbaldige Verwendung, kann die Behörde sich nicht entscheiden, Zinsen schon ab Auszahlung zu verlangen.

Vertiefungshinweise:

❑ Zulässige Bezugnahme in einem Verwaltungsakt auf Nebenbestimmungen: *BVerwG*, NVwZ-RR 1997, 278

❑ Kein § 49a VwVfG bei durch VA bewilligtem Darlehen: *BVerwG*, RA 2006, 3 = DVBl 2006, 119

❑ Weitere Fälle zu § 49a VwVfG: *VG Frankfurt*, RA 2004, 349 = NVwZ.-RR 2004, 306; RA 2003, 76 = NVwZ-RR 2003, 69

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs* : "Baugeschäfte mit der Stadt"

1. Teil: Urteil des BVerwG vom 27.04.2005 (8 C 8.04):

Leitsatz:

Das Bestimmtheitsgebot fordert nicht, dass in einem Bescheid allgemeine oder zusätzliche Nebenbestimmungen unmittelbar aufgeführt werden. Es reicht eine ausdrückliche Bezugnahme aus.

Sachverhalt:

Der Kl. waren Fördermittel für Baumaßnahmen bewilligt worden. In dem Bewilligungsbescheid wurde auf "Allgemeine und Besondere Nebenbestimmungen" verwiesen, die nicht in dem Bescheid selbst enthalten, diesem aber als Anlage beigefügt worden waren. Nachdem die Mittel entgegen dieser Nebenbestimmungen von der Kl. nicht alsbald verwendet worden waren, forderte der Bekl. die Mittel per Bescheid zzgl. Zinsen i.H.v. 15.822,42 € zurück. Gegen diese Zinserhebung wehrt sich die Kl. mit ihrer Klage. Sie blieb in allen Instanzen erfolglos.

Aus den Gründen:

Die zulässige Revision ist unbegründet.

A. Bestimmtheit

Der angefochtene Bescheid ist entgegen der Ansicht der Klägerin inhaltlich bestimmt genug (§ 37 Abs. 1 VwVfGBbg) und wurde der Klägerin ordnungsgemäß bekannt gegeben (§ 41 Abs. 1 VwVfGBbg). Das Berufungsgericht hat festgestellt, dass in Nr. III des Zuwendungsbescheides auf die beigefügten "Allgemeinen Nebenbestimmungen" hingewiesen worden sei und diese ausdrücklich zum Bestandteil des Bescheides erklärt worden seien. Die Nummern 1.44 und 9.5 der Allgemeinen Nebenbestimmungen, die eine Frist von zwei Monaten für die Verwendung der Leistung festsetzten, seien unabhängig von der Frage ihrer Übersendung schon durch die ausdrückliche Bezugnahme im Zuwendungsbescheid vom 20. Oktober 1992 zu dessen Bestandteil und damit zu bestandskräftigen Auflagen geworden. Einer Gemeinde als Zuwendungsempfängerin sei zuzumuten, sich Kenntnis von in Bezug genommenen Nebenbestimmungen zu verschaffen, auch wenn sie dem Bescheid nicht beigelegen hätten. [...]

Es [ist] nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG, NVwZ-RR 1997, 278, 279; BVerwG, Buchholz 316 § 49 a VwVfG Nr. 2) rechtlich ohne Bedeutung, ob Nebenbestimmungen unmittelbar in einem Bescheid aufgenommen werden oder ob sie in einer beigefügten Verwaltungsvorschrift enthalten sind, die ausdrücklich zum Bestandteil des Bescheides gemacht wurde. Nach den Feststellungen des Oberverwaltungsgerichts hat der Amtsdirektor der Klägerin am 29. Oktober 1992 seine Einverständniserklärung mit dem Bewilligungsbescheid abgegeben und die Allgemeinen Nebenbestimmungen und die Zusätzlichen Nebenbestimmungen ausdrücklich anerkannt. Von einer fehlenden Bekanntgabe und mangelnden Bestimmtheit des Zuwendungsbescheides mit dem Inhalt, dass die "Allgemeinen Nebenbestimmun-

gen" und "Zusätzlichen Nebenbestimmungen" nicht mit umfasst sind, kann daher keine Rede sein.

B. Zinsanspruch

Die Festsetzung von Zinsen wegen nicht alsbaldiger Verwendung der Fördermittel ist materiell rechtmäßig.

I. Ermächtigungsgrundlage

Rechtsgrundlage für die Festsetzung der Zinsen ist § 49 a Abs. 4 i.V.m. Abs. 3 Satz 1 VwVfGBbg. Danach können Zinsen verlangt werden, wenn eine Leistung nicht alsbald nach der Auszahlung für den bestimmten Zweck verwendet wird.

II. Tatbestand

"Alsbald" ist im vorliegenden Fall ein Zeitraum von zwei Monaten nach der Auszahlung. Dies ergibt sich zwar nicht unmittelbar aus den Allgemeinen Nebenbestimmungen für Zuwendungen zur Projektförderung von Gemeinden (ANBest-G), weil diese lediglich Verwaltungsvorschriften sind, die eine einheitliche Verwaltungspraxis sicherstellen sollen, die Gerichte bei ihrer Kontrolltätigkeit gegenüber der Verwaltung jedoch nicht binden (vgl. BVerwGE 107, 338 m.w.N.). Die Verwendung einer Leistung mehr als zwei Monate nach deren Auszahlung ist aber deshalb nicht mehr "alsbald" im Sinne des Gesetzes, weil hier eine Frist von zwei Monaten in bestandskräftigen Auflagen des Zuwendungsbescheides festgesetzt worden ist. Die genannten Verwaltungsvorschriften sind insoweit Bestandteil des Zuwendungsbescheides geworden. In den ANBest-G heißt es: "Bei Förderung […] dürfen Zuwendungen […] nur so weit und nicht eher angefordert werden, als sie voraussichtlich innerhalb von zwei Monaten nach Auszahlung für fällige Zahlungen im Rahmen des Zuwendungszwecks benötigt werden […]". (Nr. 1.44 ANBest-G). Im Zusammenhang damit steht Nr. 9.5 ANBest-G, die wie folgt lautet: "Werden Zuwendungen […] nicht innerhalb von zwei Monaten nach der Auszahlung zur Erfüllung des Zuwendungszwecks verwendet und wird der Zuwendungsbescheid nicht zurückgenommen oder widerrufen, können für die Zeit von der Auszahlung bis zur zweckentsprechenden Verwendung […] Zinsen […] verlangt werden". Damit wurde der Klägerin auferlegt, Zuwendungen nur insoweit anzufordern, als sie innerhalb von zwei Monaten nach der Auszahlung benötigt werden und ausgezahlte Zuwendungen zur Vermeidung einer Verzinsungspflicht nach § 49 a Abs. 4 VwVfGBbg innerhalb von zwei Monaten für den Zuwendungszweck zu verwenden. Dies hat sie nicht getan.

1. Konkretisierung durch Auflage möglich

Der Einwand der Revision, der unbestimmte Rechtsbegriff "alsbald" könne nicht über eine Auflage ausgelegt werden, ist unbeachtlich. Das Oberverwaltungsgericht hat unabhängig von der Zwei-Monats-Frist in den bestandskräftigen Auflagen des Zuwendungsbescheides den Begriff "alsbald" im Sinne des § 49 a Abs. 4 VwVfGBbg in Anlehnung an die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG, Buchholz 316 § 49 a VwVfG Nr. 2) dahingehend interpretiert, dass "alsbald" nichts anderes bedeutet als "kurz danach". Von dieser Bedeutung des Begriffs "alsbald" und auch vom Zweck der Vorschrift ist die Annahme einer Zwei-Monats-Frist gedeckt.

2. Verschulden irrelevant

Entgegen der Auffassung der Revision ist es für die Beantwortung der Frage, ob eine Leistung "alsbald" nach der Auszahlung bestimmungsgemäß verwendet wurde, ohne Bedeutung, ob es dem Leistungsempfänger möglich war, die Leistung früher als geschehen zu verwenden. "Alsbald" ist nicht das Gleiche wie "unverzüglich". Ob ein Verschulden des Leistungsempfängers vorliegt, ist bei der Auslegung und Anwendung des Begriffs "alsbald" anders als bei dem Begriff "unverzüglich" (vgl. § 121 Abs. 1 BGB) ohne Bedeutung. Die Rüge der Revision, das Oberverwaltungsgericht habe keine Tatsachenfeststellungen zu einem normgerechten Verhalten getroffen sowie dazu, dass die Mittel nicht fristgerecht verwendet worden seien, geht damit ins Leere.

III. Rechtsfolge

Der Beklagte hat von dem ihm eingeräumten Ermessen in einer dem Zweck der Ermächtigung entsprechenden Weise Gebrauch gemacht. Der angefochtene Bescheid enthält Ermessenserwägungen. Nach den Feststellungen des Oberverwaltungsgerichts wurde im Rahmen der Ermessensentscheidung von einer Verzinsung der am 26. Februar 1993 verwendeten Beträge im Hinblick auf die nur geringfügige Überschreitung der Zwei-Monats-Frist sowie die extremen Witterungsverhältnisse im Februar 1993 abgesehen. Einen außergewöhnlichen Umstand, der einen vollständigen oder teilweisen Verzicht auf die Forderung von Zinsen nach § 49 a Abs. 4 VwVfGBbg möglich erscheinen lässt, hat das Oberverwaltungsgericht nicht gesehen. Dies ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG, Buchholz 316 § 49 a VwVfG Nr. 2) kommt es hinsichtlich des Verschuldens nicht nur darauf an, ob es dem Zuwendungsempfänger möglich war, die empfangene Leistung eher als geschehen zu verwenden. Vielmehr hat es der Empfänger der Leistung grundsätzlich auch zu vertreten, dass er diese gegebenenfalls zu früh angefordert oder zwischenzeitlich nicht zurückgezahlt hat.

1. Zinsbeginn

Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG, Buchholz 316 § 49 a VwVfG Nr. 2) können Zinsen für die Zeit ab der Auszahlung der Mit-

tel und nicht erst vom Ablauf der Frist für die alsbaldige Verwendung verlangt werden. [...]

2. Zinshöhe
Das Berufungsgericht ist zu dem Ergebnis gelangt, dass die Berechnung der Zinsen nach § 49 a Abs. 4 VwVfGBbg nicht zu beanstanden ist. Dies wird von der Revision nicht angezweifelt.

3. Verjährung
Soweit die Revision einwendet, dass das Oberverwaltungsgericht zu Unrecht von einer 30-jährigen Verjährungsfrist im Sinne von § 195 BGB a.F. ausgegangen ist, handelt es sich nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts um irrevisibles Recht. Der Senat hat mit Urteil vom heutigen Tage (nachstehend in diesem Heft) entschieden:
"Ob die Verjährungsvorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches auf den hier in Rede stehenden Zinsanspruch mangels unmittelbar geltender öffentlich-rechtlicher Bestimmungen entsprechend anwendbar sind, entzieht sich der Rechtmäßigkeitskontrolle des Senats, weil es insoweit nicht um in § 137 Abs. 1 VwGO für revisibel erklärtes Recht geht." Das vor dem Bundesverwaltungsgericht revisible Recht ist entweder Bundesrecht oder mit Bundesrecht gleichlautendes Verwaltungsverfahrensgesetz eines Landes (zu Besonderheiten im Beamtenrecht vgl. § 127 Nr. 2 BRRG; zur revisionsgerichtlichen Überprüfung von Landesrecht vgl. auch Art. 99 GG). Bei § 198 BGB a.F. handelt es sich zwar um Bundesrecht, doch unter Bundesrecht im Sinne von § 137 Abs. 1 Nr. 1 VwGO wird nur das Recht gemeint, welches für die zu entscheidende Streitsache Kraft eines Gesetzgebungsbefehls des Bundesgesetzgebers gilt (st.Rspr.; vgl. etwa BVerwGE 51, 268, 271; 91, 77, 80). Die Verjährungsvorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches regeln öffentlich-rechtliche Geldforderungen nicht unmittelbar. Auch die analoge Anwendung der zivilrechtlichen Verjährungsvorschriften innerhalb des landesrechtlichen Rahmens ergibt keine Revisionszuständigkeit. Mit der vom Verwaltungsgericht vorgenommenen Übertragung der Rechtsfolgen des Bundesrechts auf den nicht geregelten Tatbestand des Landesrechts wegen vermeintlich wertungsmäßiger Gleichheit wird der Sache nach nur der landeseigenen Regelungskompetenz vorgegriffen. Das analog angewandte Bundesrecht soll ein inhaltsgleiches Landesgesetz ersetzen, wird also nicht als Bundesrecht, sondern als ungeschriebenes Landesrecht herangezogen. [...] Der Senat hat folglich seiner Entscheidung die Auffassung des Berufungsgerichts zugrunde zu legen. Danach war der Zinsanspruch nicht verjährt.

2. Teil: Urteil des BVerwG vom 27.04.2005 (8 C 5.04):

Leitsätze:
1. Der Verzögerungszinsanspruch nach § 49a IV VwVfG entsteht in dem Zeitpunkt, zu dem die Leistung nicht "alsbald" nach Auszahlung bestimmungsgemäß verwendet worden ist, und wird mit Erlass des Feststellungsbescheides (oder dem darin genannten Zeitpunkt) fällig.
2. Die auf diesen Zinsanspruch als Landesrecht angewendeten Bestimmungen des BGB über die Verjährung (§§ 194 ff.) stellen kein revisibles Recht dar.

Sachverhalt:
Die Klägerin wendet sich gegen die Erhebung von Zinsen wegen nicht alsbaldiger Verwendung von Fördermitteln.
Der Beklagte hatte der Klägerin mit Bescheiden Nr. LBL 01/92 bis LBL 43/92 vom 6. Oktober 1992 und sich daran anschließenden Änderungs- bzw. Umwidmungs-bescheiden Fördermittel von insgesamt 2 016 609,20 DM zur Instandsetzung von Mietwohnungen im Rahmen des Landesprogramms "Leerstandsbeseitigung" bewilligt. Den Bescheiden waren als Anlage die Allgemeinen Nebenbestimmungen für Zuwendungen zur Projektförderung an Gemeinden (ANBest-G) und die Allgemeinen Nebenbestimmungen zur Projektförderung (ANBest-P) beigefügt. Die hier in Rede stehenden Fördermittel wurden bis Ende 1992 an die Klägerin ausbezahlt.
Die Klägerin teilte mit Schreiben vom 20. Januar 1993 mit, dass die Mittel aus den Zuwendungsbescheiden LBL 6/92, LBL 35/92 und LBL 42/92 nicht zweck-entsprechend verwendet werden könnten und bot die Rücküberweisung an. Am 5. März 1993 einigten sich die Beteiligten mündlich darauf, dass eine Umwidmung auf andere Objekte erfolgen solle.
Am 22. April 1993 und 6. Mai 1993 wurde ein Umwidmungsantrag von der Klägerin gestellt. Der Beklagte erteilte mit Schreiben vom 29. April 1993 seine vorläufige Zustimmung zum Einsatz der Mittel für die "Austauschprojekte". Die Bestätigung der Umwidmung erfolgte am 2. Dezember 1993. Die Klägerin hatte zuvor die Zustimmung zum vorzeitigen Baubeginn erteilt und die Mittel am 21. August 1993 weitergeleitet. Bezüglich des Bewilligungsbescheides LBL 14/92 erfolgte nach Abstimmung mit der Klägerin ein stückweiser Widerruf. Ein Teilbetrag von 7 621,70 DM war für den vorgesehenen Förderzweck eingesetzt und am 30. Dezember 1993 an den entsprechenden Leistungsempfänger weitergeleitet worden.
Mit Bescheid vom 28. Februar 2002 in der Fassung des Änderungsbescheides vom 12. Dezember 2002 hat der Beklagte von der Klägerin wegen nicht alsbaldiger Mittelverwendung Zinsen in Höhe von 1 018,77 € basierend auf einem Zinssatz von sechs vom Hundert aus 219 441,70 DM für 50 Zinstage und aus 7 621,70 DM für 129 Zinstage gefordert.

Mit der dagegen gerichteten Klage hat sich die Klägerin auf Verjährung des Zinsanspruchs berufen und die Aufhebung des Bescheides beantragt.
Das Verwaltungsgericht hat die Klage abgewiesen. Gegen dieses Urteil richtet sich die vom Verwaltungsgericht zugelassene Sprungrevision der Klägerin, mit der sie die Verletzung materiellen Rechts rügt und ihr Klagebegehren weiter verfolgt.

Aus den Gründen:

A. Zulässigkeit
Die Sprungrevision ist zulässig. Entgegen der Bedenken des Beklagten bindet die vom Einzelrichter des Verwaltungsgerichts zugelassene (Sprung-)Revision das Bundesverwaltungsgericht nach § 134 Abs. 2 Satz 2 VwGO. Die Entscheidungsmacht als Einzelrichter gründet hier im Einverständnis der Beteiligten mit einer Entscheidung in der Sache anstelle der Kammer und (zusätzlich) ohne mündliche Verhandlung (§ 87 a Abs. 2 i.V.m. Abs. 3 VwGO; vgl. weitergehend für den Regeleinzelrichter nach § 6 VwGO Urteil vom 29. Juli 2004 BVerwG 5 C 65.03 NVwZ 2005, 98; Urteil vom 28. September 2004 BVerwG 1 C 10.03 Buchholz 402.240 § 35 AuslG Nr. 3). Die übrigen Voraussetzungen für eine wirksame Einlegung einer Sprungrevision gemäß § 134 Abs. 1 VwGO sind gegeben.

B. Begründetheit
Die Revision ist unbegründet. Zwar sieht die Klägerin § 49 a Abs. 4 Satz 1 VwVfGBbg zu Recht als verletzt an; bei der Bestimmung der Fälligkeit des Zinsanspruchs ist das Verwaltungsgericht von einem unzutreffenden rechtlichen Ansatz ausgegangen. Soweit sie jedoch einen Verstoß gegen § 198 BGB a.F. annimmt, lässt sie außer Betracht, dass sich die Frage, ob der Zinsanspruch nach § 49 a Abs. 4 Satz 1 VwVfGBbg verjährt ist, nach irrevisiblem Landesrecht richtet. Deshalb muss das angefochtene Urteil Bestand haben, weil es bei Zugrundelegung der Verjährungsvorschriften nicht auf dem Verstoß gegen § 49 a Abs. 4 VwVfGBbg beruht.

I. Ermächtigungsgrundlage
Gemäß § 49 a Abs. 4 Satz 1 VwVfGBbg können Zinsen für die Zeit bis zur zweckentsprechenden Verwendung verlangt werden, wenn eine Leistung nicht alsbald nach der Auszahlung für den bestimmten Zweck verwendet wird. Die Anwendung dieser Vorschrift durch das Verwaltungsgericht ist für den Senat gemäß § 137 Abs. 1 Nr. 2 VwGO überprüfbar, weil die Norm nach ihrem Wortlaut mit § 49 a Abs. 4 des Verwaltungsverfahrensgesetzes des Bundes übereinstimmt.

II. Tatbestand
Das Verwaltungsgericht hat die Voraussetzung für die Entstehung des Zinsanspruchs als gegeben erachtet. Hierin stimmt auch die betroffene Klägerin überein. Revisionsrechtlich ist dagegen nichts zu erinnern.

III. Rechtsfolge
Nicht tragfähig ist jedoch die Auffassung des Verwaltungsgerichts, dass die Fälligkeit des Verzögerungszinsanspruchs nach § 49 a Abs. 4 VwVfGBbg in jenem Zeitpunkt eintrete, in welchem die berechtigte (Bewilligungs-)Behörde nach Anhörung des Betroffenen über die Frage entscheiden könne, ob sie den zugrunde liegenden Zuwendungsbescheid widerruft oder statt dessen Verzögerungszinsen geltend macht.

1. Entstehung des Zinsanspruchs
Der Zinsanspruch entsteht bei verzögertem Mitteleinsatz in dem Zeitpunkt, zu dem die Leistung nicht "alsbald" nach Auszahlung bestimmungsgemäß verwendet worden ist, hier also zwei Monate nach der Auszahlung, und wird mit Erlass des ihn festsetzenden Zahlungsbescheides (oder des darin genannten Zeitpunkts) fällig. Auf die Widerruflichkeit des Zuwendungsbescheides kommt es nicht an.
Der Entstehungszeitpunkt des Anspruchs ergibt sich aus dem Sinn der Regelung. Hierzu heißt es im Urteil des Senats vom 26. Juni 2002 (BVerwGE 116, 332, 335): "Zweck des § 49 a Abs. 4 VwVfG ist es […], der Behörde für den Fall, dass eine Leistung nicht alsbald verwendet wird, neben dem Widerruf eine mildere Reaktionsmöglichkeit zu eröffnen. Wird eine Leistung nicht alsbald nach der Erbringung verwendet, kann der die Leistung bewilligende rechtmäßige Verwaltungsakt widerrufen (§ 49 Abs. 3 Satz 1 Ziff. 1 VwVfG) und die Erstattung der Leistung gefordert werden (§ 49 a Abs. 1 VwVfG). Sieht der Zuwendungsgeber angesichts der letztlich doch noch erfolgten zweckentsprechenden Verwendung aus Gründen der Verhältnismäßigkeit vom Widerruf ab, wird ihm durch die Bestimmung des § 49 a Abs. 4 VwVfG die Möglichkeit eröffnet, zumindest den Vorteil abzuschöpfen, den der Zuwendungsempfänger daraus gezogen hat oder zumindest hätte ziehen können , dass er die Mittel zinsbringend eingesetzt oder Zinsen für eine sonst notwendige Darlehensaufnahme vermieden hat. Gleichzeitig wird der Nachteil ausgeglichen, der dem Zuwendungsgeber dadurch entstanden ist, dass er in dem maßgebenden Zeitraum die Mittel nicht selbst zinsbringend oder anderweitig fördernd einsetzen konnte."
Bei diesem Zinsanspruch handelt es sich folglich nicht um eine den steuerrechtlichen Nebenleistungen (vgl. § 3 Abs. 4 AO) vergleichbare, von einer Primärschuld abhängige Forderung, sondern um ein eigenständiges Druckmittel zur Einhaltung des Subventionszwecks. Diese Funktion wird durch § 49 a Abs. 4 Satz 2 VwVfGBbg bestätigt, wonach ein behördliches Zinsverlangen nicht einen späteren Widerruf der Bewilligung ausschließt. Deshalb wird der Anspruch existent, sobald die tatbestandlichen Voraussetzungen ge-

geben sind, d.h. alsbald nach Bewilligung der Mittel.

2. Fälligkeit des Zinsanspruchs

Die Anspruchsentstehung sagt allerdings nichts darüber aus, wann die Bewilligungsbehörde die Zinsen vom säumigen Empfänger verlangen kann. Da das Einfordern in ihr Ermessen gestellt ist, ob sie überhaupt von diesem Druckmittel Gebrauch macht, ginge die Ermessensvorschrift von § 49 a Abs. 4 Satz 1 VwVfGBbg ins Leere, würde die Zinsschuld bereits mit ihrer Entstehung fällig werden. Die Bewilligungsbehörde muss die Zinsforderung geltend machen. Daraus folgt, dass die Fälligkeit mit der Bekanntgabe des Zahlungsbescheides eintritt (vgl. für den Haftungsbescheid im Abgabenrecht: Bundesfinanzhof, Urteil vom 14. März 1989 VII R 152/85 BStBl II, 1990, S. 363, 364). Durch einen im Bescheid genannten Zahlungszeitpunkt wird die Fälligkeit entsprechend verschoben. Soweit das Verwaltungsgericht demgegenüber auf den Zeitpunkt abhebt, in welchem die Behörde über den Widerruf des Zuwendungsbescheides befinden könne, lässt es die eigenständige Ausgestaltung des Zinsverlangens außer Betracht. Die Möglichkeit der Zinserhebung steht grundsätzlich nicht in Abhängigkeit von der Widerrufbarkeit der Zuwendung. Mag das Zinsverlangen auch das mildere Mittel der Sanktionierung säumigen Verhaltens sein, so geht es mit ihm doch vorrangig um die Verwirklichung des Subventionszwecks und nicht um die Abwicklung eines fehlgeschlagenen Zuwendungsverhältnisses. Ob ein verzögerter Mitteleinsatz eine den Widerruf rechtfertigende Zweckverfehlung ergibt, wird zudem fraglich sein. Die für diese Prüfung notwendigen Erwägungen sind jedenfalls von Gesichtspunkten abhängig, die für den Erlass eines Zinsbescheides weitgehend unerheblich sind.

3. Verjährung

Keinen zulässigen Revisionsgrund ergibt hingegen die Auffassung der Klägerin, das angefochtene Urteil beruhe auf einer Verletzung von § 198 BGB a.F. Die Vorschrift hat in ihrer bis zum 1. Januar 2002 geltenden Fassung den Beginn der Verjährung auf die Entstehung des Anspruchs festgelegt; und das Verwaltungsgericht hat unter der Entstehung des Anspruchs den Zeitpunkt verstanden, in dem die Forderung fällig wird. Doch ob die Verjährungsvorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches auf den hier in Rede stehenden Zinsanspruch mangels unmittelbar geltender öffentlich-rechtlicher Bestimmungen entsprechend anwendbar sind, entzieht sich der Rechtmäßigkeitskontrolle des Senats, weil es insoweit nicht um in § 137 Abs. 1 VwGO für revisibel erklärtes Recht geht [wird ausgeführt].

Der Senat hat folglich seiner Entscheidung die Auffassung des Verwaltungsgerichts zugrunde zu legen, wonach brandenburgisches Recht die Verjährung des Verzögerungszinsanspruchs erst mit seiner Fälligkeit beginnen lässt. Mithin bleibt hier für eine vom Senat in der mündlichen Verhandlung erörterte Festsetzungsverjährung in analoger Anwendung von §§ 169 ff. AO kein Raum. Die vom Verwaltungsgericht aus seiner Auffassung gezogene Schlussfolgerung, dass der angefochtene Bescheid rechtmäßig sei, ist daher nach Maßgabe des oben niedergelegten Fälligkeitszeitpunkts revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Auch bei zutreffender Bestimmung des Fälligkeitszeitpunkts ist nach den vom Verwaltungsgericht herangezogenen irrevisiblen Verjährungsvorschriften der Zinsanspruch nicht verjährt. Mithin beruht das erstinstanzliche Urteil nicht auf dem festgestellten Verstoß gegen § 49 a Abs. 4 VwVfGBbg.

Standort: Verwaltungsprozessrecht — Problem: Einlegung der Berufung

VGH BW, BESCHLUSS VOM 04.10.2005
9 S 2089/03 (NJW 2006, 250)

Problemdarstellung:

Im Beschluss des VGH BW ging es um die Frage, ob für die Einlegung einer vom VG zugelassenen Berufung Vertretungszwang nach § 67 I VwGO besteht. Der VGH bejaht diese Frage, obwohl nach § 67 I 1 VwGO ein solcher Vertretungszwang nur vor dem BVerwG und dem OVG besteht, und die zugelassene Berufung nach § 124a II 1 VwGO vor dem VG einzulegen ist. Außerdem nennt § 67 I 2 VwGO weitere Fälle, auf die sich der Vertretungszwang erstreckt, und dort ist der Antrag auf Zulassung der Berufung - welcher nach § 124a IV 2 VwGO auch vor dem VG zu stellen ist - explizit genannt, nicht aber der hier interessierende Berufungsantrag nach bereits vom VG zugelassener Berufung. In der Lit. gibt es daher eine m.M., welche für den Antrag nach § 124a II 1 VwGO auch keinen Vertretungszwang fordert.

Die h.M., und mit ihr der VGH BW, sieht dies aber anders. Zum einen enthalte § 67 I 2 VwGO nur Beispiele, sei also nicht abschließend. Zum anderen werde die Berufung zwar beim VG eingelegt, aber vor dem OVG verhandelt. § 67 I 1 VwGO fordere aber "vor" dem OVG die Vertretung durch einen Anwalt oder Hochschullehrer. Schließlich spreche für dieses Verständnis auch der Normzweck, der darin liege, eine effektive Prozessführung durch dafür ausgebildete Personen zu gewährleisten.

Prüfungsrelevanz:

Die Problematik wäre in einer Examensaufgabe unter dem Prüfungspunkt "Postulationsfähigkeit" in der Zu-

lässigkeit der Berufung zu prüfen. Nicht zu verwechseln ist der Berufungsantrag nach § 124a II 1 VwGO mit dem oben erwähnten Antrag auf Zulassung der Berufung nach § 124a IV VwGO, für den nach § 67 I 2 VwGO ausdrücklich und unstreitig Vertretungszwang besteht.

Wird die Berufung nicht durch einen vertretungsberechtigten Vertreter eingelegt, kommt eine Heilung in Betracht, wenn ein solcher noch während der laufenden Berufungsfrist (1 Monat, § 124a II 1 VwGO) einen Berufungsantrag stellt. In keinem Fall genügt es aber, dass dieser auf den bereits vom Bürger gestellten, mangels Postulationsfähigkeit unzulässigen Antrag Bezug nimmt, diesen "bestätigt" o.ä.

Ist eine Heilung wegen Fristablaufs nicht mehr möglich, kommt als letzte Rettung eine Wiedereinsetzung nach § 60 VwGO in Betracht, wenn die Nichteinschaltung eines Vertretungsberechtigten unverschuldet war.

Der VGH spricht in seiner Entscheidung übrigens vielfach von "OVG/VGH", obwohl in § 67 I VwGO nur vom OVG die Rede ist. Vgl. hierzu § 184 VwGO.

In jedem Fall unterlassen sollte man es auch, von "Anwaltszwang" zu sprechen, wie es dem VGH mehrfach unterläuft. Richtig ist allein "Vertretungszwang", denn man benötigt nicht unbedingt einen Anwalt; auch ein Hochschullehrer ist vor OVG/VGH und BVerwG vertretungsberechtigt, und da solche bekanntlich auch im Examen prüfen, sollte man ihnen diese Berechtigung nicht absprechen.

Vertiefungshinweise:

❑ Vertretungszwang bei der Berufungseinlegung: *Zieglmeier*, NJW 2005, 3466

❑ Postulationsfähigkeit eines Rechtsanwalts vor dem BGH: *BVerfG*, RA 2000, 468 = NJW 2000, 1939

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs* : "Stuckateurgewerbe"

Leitsatz:

Der Vertretungszwang gem. § 67 I VwGO besteht bereits bei der Einlegung der Berufung, auch wenn diese nach § 124a II 1 VwGO beim Verwaltungsgericht einzulegen ist.

Sachverhalt:

Das VG hatte die Klage des Kl., damals vertreten durch seinen Prozessbevollmächtigten, abgewiesen und die Berufung zugelassen. Der Kl. hat persönlich beim VG Berufung eingelegt. Diese wurde verworfen.

Aus den Gründen:

Die Berufung ist unzulässig. Die von dem Kl. persönlich eingelegte Berufung genügt nicht dem Vertretungserfordernis des § 67 I VwGO. [...]

A. Vertretungszwang aus § 67 I 1 VwGO

Nach § 67 I 1 VwGO muss sich vor dem OVG/VGH jeder Beteiligte, soweit er einen Antrag stellt, durch einen Rechtsanwalt oder Rechtslehrer an einer deutschen Hochschule als Bevollmächtigten vertreten lassen. Dieser Vertretungszwang gilt auch für Verfahrensabschnitte, die nicht vor dem OVG ablaufen. Dazu gehört auch die Einlegung der Berufung beim VG nach Zulassung des Rechtsmittels durch dieses Gericht gem. § 124a II 1 VwGO (BayVGH München, Beschluss vom 09.09.2002 - 1 BV 02.1100; Bader, in: Bader, VwGO, 3. Aufl., § 124a Rdnr. 26; Meyer-Ladewig/Rudisile, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, § 124a Rdnr. 15; Happ, in: Eyermann, VwGO, Nachtrag zur 11. Aufl., N 7; a. A. Kopp/Schenke, 14. Aufl., § 124a Rdnr. 19).

I. Systematik

Dies ergibt sich zunächst aus dem Wortlaut des § 67 I 1 VwGO, der nicht ohne Rücksicht auf die systematische Stellung der Norm verstanden werden kann. Darin wird allgemein das Vertretungserfordernis vor dem BVerwG und dem OVG/VGH aufgestellt.

1. Stellung im 7. Abschnitt

Als allgemeine Verfahrensvorschrift, die im 7. Abschnitt des II. Teils der VwGO enthalten ist, kann die Regelung nur im Zusammenhang mit Verfahren Bedeutung gewinnen, und zwar solchen, die "vor" den genannten Gerichten geführt werden bzw. zu führen sind. Für Verfahren, die vor anderen Gerichten geführt werden, greift der Vertretungszwang nicht. Berufungsverfahren können nur vor dem OVG/VGH, nicht aber vor dem VG geführt werden. Bei welchem Gericht die Berufung einzulegen ist, kommt es nach dem Wortlaut der Norm nicht an.

2. § 67 I 2 VwGO unbeachtlich

Dem kann auch nicht entgegengehalten werden, in § 67 I 2 VwGO werde die Einlegung der Berufung nach Zulassung dieses Rechtsmittels durch das VG nicht aufgeführt, so dass der Vertretungszwang für diese Prozesshandlung nicht gelte. Die Formulierung in § 67 I 2 VwGO beinhaltet keine konstitutive Regelung, sondern nur eine Klarstellung, die anhand von aufgeführten Beispielen die in § 67 I 1 VwGO getroffene Bestimmung verdeutlichen soll (vgl. insoweit zur früheren Rechtslage auch BVerwG, NVwZ 1997, 1211; s. zum Wortlaut der Vorschrift auch Meyer-Ladewig/Rudisile, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, § 124a Rdnr. 15, und Happ, in: Eyermann, a.a.O., N 7). Der Ansicht, die Einlegung der Berufung beim VG sei vom Vertretungszwang deshalb ausgenommen, weil sie in § 67 I 2 VwGO nicht ausdrücklich erwähnt werde (so aber Kopp/Schenke, § 124a Rdnr. 19), kann deshalb nicht gefolgt werden.

III. Historie und Teleologie

Auch die Entstehungsgeschichte und der Normzweck belegen, dass der Anwaltszwang für alle Verfahrensabschnitte vor dem OVG/VGH, mithin ebenfalls für die Einlegung der Berufung nach Zulassung dieses Rechtsmittels durch das erstinstanzliche Gericht gilt.

Die Möglichkeit der Berufungszulassung durch das VG wurde durch das Gesetz zur Bereinigung des Rechtsmittelrechts im Verwaltungsprozess vom 20.12.2001 (BGBl I, 3987) geschaffen. Dieses Gesetz wollte den bestehenden - bereits durch das 6. VwGO-Änderungsgesetz eingeführten - Vertretungszwang aber nicht einschränken. Dies ergibt sich aus der Gesetzesbegründung zum 6. VwGO-Änderungsgesetz, wonach der Vertretungszwang "einem konzentrierten, rechtskundigen Prozessieren vor den Oberverwaltungsgerichten" dienen soll (BT Dr 13/3993, S. 11). Diesem erklärten Ziel des Gesetzgebers wird aber nur dann Rechnung getragen, wenn für alle Prozesshandlungen - abgesehen von gesetzlich geregelten Ausnahmefällen - der Anwaltszwang besteht (vgl. insoweit auch die gleiche Argumentation der Gerichte zum Anwaltszwang bei der Einlegung der Beschwerde: VGH BW, NVwZ 2003, 885; VBlBW 2003, 221; OVG NRW, NWVBl 2004, 469; BayVGH, NVwZ-RR 2002, 94 = DVBl 2002, 1063; zum Vertretungszwang bei Beschwerde gegen einen Verweisungsbeschluss: VGH BW, VBlBW 2004, 31 = Justiz 2004, 218, und zur Klageerhebung vor dem OVG/VGH: OVG Rh-Pf, NVwZ-RR 2002, 392 = DÖV 2002, 346).

B. Heilung

Dieser Fehler wird auch nicht dadurch geheilt, dass der Prozessbevollmächtigte des Kl. mit Schriftsatz vom 24.9.2003, gerichtet an den VGH und dort per Telefax am selben Tag eingegangen, die anwaltliche Vertretung des Kl. angezeigt und mitgeteilt hat, er "bestätige die mit Schriftsatz vom 8.9.2003 gestellten Anträge". Abgesehen davon, dass sich der Prozessbevollmächtigte nicht darauf beschränken darf, auf persönliche Ausführungen Beteiligter, hier des Kl., Bezug zu nehmen (Bader, in: Bader, § 67 Rdnr. 4 m.w.N.), und die Berufung nicht beim VGH,. sondern beim VG einzulegen gewesen wäre (§ 124a II VwGO), war die Berufungsfrist zum Zeitpunkt des Eingangs des Schriftsatzes des Prozessbevollmächtigten am 24.9.2003 bereits abgelaufen.

C. Wiedereinsetzung

Eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen Versäumung der Berufungsfrist (§ 60 VwGO) kommt ebenfalls nicht in Betracht. Eine Wiedereinsetzung wäre zwar unter der Voraussetzung der Vorlage eines vollständigen und formgerechten Prozesskostenhilfeantrags möglich (einhellige Rspr., vgl. BVerwG, Beschluss vom 6.11.1997 - 1 PKH 5/97; Buchholz 310 § 166 VwGO Nr. 38; BGH, NJWE-FER 2001, 57; BSG, NZS 1997, 543). Hieran fehlt es aber, denn dem mit Schriftsatz vom 8.9.2003 gestellten Prozesskostenhilfeantrag war keine Erklärung über die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse beigefügt. Eine solche wurde auch nach entsprechender Aufforderung nicht nachgereicht, so dass der Prozesskostenhilfeantrag mit Beschluss des Senats vom 27.11.2003 auch abzulehnen war.

Zivilrecht

Standort: Bürgschaft Problem: Haftung bei Mehrerlös aus zweiter Sicherheit

BGH, URTEIL VOM 03.11.2005
IX ZR 181/04 (NJW 2006, 229)

Problemdarstellung:

Die Kl. war hier mit dem Insolvenzverwalter ihrer Darlehensschuldnerin übereingekommen, dass sie den ihr zur Sicherheit übereigneten Mobilbagger gegen Anrechnung eines geschätzten Restwertes von 12.000,- € auf ihre Restforderung (26.604,31 € zzgl. Zinsen) übernehme und hierfür zur Masse eine Feststellungs- und Verwertungskostenpauschale von 1.080,- € (9 % aus 12.000,- €, vgl. § 171 I, II InsO) zahle. Bei der anschließenden Verwertung des Baggers erzielte die Kl. sodann einen Nettoerlös von 27.500,- €. Gleichwohl wollte sie im Insolvenzverfahren nur die vereinbarten 12.000,- € auf ihre Forderung angerechnet wissen und nahm zudem den Bekl. aus seiner selbstschuldnerischen Bürgschaft für die Rückzahlung des Darlehens in Anspruch, wobei sie ebenfalls von einer Tilgung ihrer Forderung in Höhe von lediglich 12.000,- € abzüglich Feststellungs- und Verwertungskosten ausging.

Während der BGH die insolvenzrechtliche Behandlung des Falles durch die Kl. durchaus nachvollziehen konnte, lehnte er die für diesen Rechtsstreit entscheidende Sichtweise der Kl. zur Bürgenhaftung ab. Dieser habe bei Übernahme der Verpflichtung nicht damit rechnen müssen, dass er selbst dann noch aus der Bürgschaft hafte, wenn die Gläubigerin aus der Verwertung anderweitiger Sicherheiten an und für sich schon Befriedigung erlangt habe. Zudem widerspreche es dem Leitgedanken des § 767 I 3 BGB, wenn sich eine derart erweiterte Bürgenhaftung aus einer nach Bürgschaftsabschluss zwischen Gläubiger und Hauptschuldner - bzw. dessen Insolvenzverwalter - erzielten Einigung auf Verwertung von Sicherungsgut nach § 168 III InsO ergeben solle.

Prüfungsrelevanz:

Die in diesem Urteil enthaltenen Ausführungen zur Abgrenzung der Überlassung eines Gegenstandes zwecks Verwertung an den Insolvenzgläubiger nach § 170 II InsO von der Verwertung durch den Verwalter nach § 168 III 1 InsO sind von Interesse, soweit das Insolvenzrecht einen Schwerpunkt- bzw. Wahlfachbereich des eigenen Examens bildet. Von genereller Examensrelevanz ist jedoch die hier erneut durch den BGH unterstrichene Bedeutung des § 767 I 3 BGB für die Bestimmung des Haftungsumfangs einer Bürgschaft sowie das Verhältnis der Bürgschaft zu anderen akzessorischen oder - wie hier im Falle des Sicherungseigentums - nicht akzessorischen Sicherungsrechten des Gläubigers.

Vertiefungshinweise:

❑ Zum formularmäßigen Ausschluss der Einrede der Aufrechenbarkeit: *BGH*, RA 2003, 392 = NJW 2003, 1521

❑ Abgrenzung der Zeitbürgschaft von gegenständlich begrenzter Bürgschaft: *BGH*, RA 2004, 506 = NJW 2004, 2232

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs*: "Endlich ins Internet"

❑ *Examenskurs*: "Drum prüfe, wer für Papi bürgt..."

❑ *Examenskurs:* "Mit der Forderung Hand in Hand..."

Leitsätze:

1. Verwertet der Insolvenzverwalter einen Gegenstand in der Weise, dass ihn der absonderungsberechtigte Gläubiger übernimmt, wird ein durch die Weiterveräußerung erzielter Mehrerlös nicht auf die Insolvenzforderung angerechnet.

2. Haftet für die Forderung des absonderungsberechtigten Gläubigers ein Bürge, so kann der Gläubiger diesen in Höhe des durch die Weiterveräußerung nach Abzug der Kosten erlangten Mehrerlöses nicht in Anspruch nehmen.

Sachverhalt:

Die Kl. gewährte der E.-GmbH (nachfolgend: Schuldnerin) am 23.08.1999 einen Nettokredit in Höhe von 122.500,- DM. Das Darlehen diente der Finanzierung eines Mobil-Baggers, welcher der Kl. sicherungsübereignet wurde. Außerdem übernahm der Bekl., Geschäftsführer der Schuldnerin, eine selbstschuldnerische Bürgschaft bis zum Betrag von 141.260,- DM. Am 04.12.2002 wurde das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Schuldnerin eröffnet. Der Insolvenzverwalter lehnte die Fortführung des Darlehensvertrages ab. Mit Schreiben vom 06.01.2003 bestätigte er der Kl. eine Vereinbarung, wonach dieser die eigenständige Verwertung des Baggers gegen Auskehrung der Feststellungs- und Verwertungskostenpauschale in

Höhe von 9 % aus 12.000,- € (1.080,- €) überlassen wurde. Zu diesem Zeitpunkt betrug die Restforderung der Kl. 26.604,31 € zuzüglich Zinsen von 184,74 €. Die Kl. hat selbst für den Bagger einen Erlös von 27.500,- € netto erzielt. Sie meint, davon sei nur ein Betrag von 12.000,- € auf die Hauptforderung anzurechnen, und hat den Bekl. deshalb auf der Grundlage folgender Abrechnung in Anspruch genommen:

Restforderung	26.604,31 €
Zinsen	184,74 €
Feststellungs- und Verwertungskosten	1.080,- €
Zwischensumme	27.869,05 €
abzüglich Verwertungserlös	12.000,- €
Gesamtbetrag	15.869,05 €.

Das Landgericht hat den vollen Erlös aus der Verwertung des Baggers abzüglich angefallener Gutachterkosten von 279,39 € berücksichtigt und der Klage deshalb nur in Höhe von 648,44 € stattgegeben. Die Berufung der Kl. hatte keinen Erfolg. Mit der zugelassenen Revision verfolgt sie ihr Begehren weiter.

Aus den Gründen:
Die Revision hat keinen Erfolg.

A. Entscheidung und Begründung des BerGer.
Das BerGer. hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt:
Der Bagger sei der Klägerin nicht nach § 170 II InsO vom Insolvenzverwalter überlassen worden. Vielmehr habe dieser den Bagger nach §§ 166 I, 168 III InsO veräußert, also freihändig verwertet. Es möge sein - wie dies im Schrifttum nahezu einhellig vertreten werde -, dass bei einem solchen Selbsteintritt des Gläubigers in die Verwertung er den von ihm erzielten Mehrerlös sich nicht auf seine Insolvenzforderung anrechnen lassen müsse. Gleichwohl könne der Gläubiger den Bürgen nur unter Berücksichtigung des gesamten durch die eigene Verwertung erzielten Betrages in Anspruch nehmen. Dieser habe bei Abgabe seiner Verpflichtungserklärung nicht damit zu rechnen brauchen, dass er selbst dann noch hafte, wenn der Gläubiger durch die Verwertung von Sicherungsgut insgesamt eine Befriedigung in Höhe seiner Forderung erlangt habe. Dies folge aus dem Sicherungszweck der Bürgschaft und sei auch deshalb gerechtfertigt, weil durch die zwischen der Kl. und dem Insolvenzverwalter getroffene Abrede dem Bürgen die Möglichkeit genommen worden sei, sich bei eigener Zahlung aus den Sicherungsrechten, auf deren Übergang er gem. §§ 774, 412, 401 BGB Anspruch gehabt hätte, zu befriedigen.

B. Entscheidung des BGH in der Revision
Das angefochtene Urteil hält der rechtlichen Nachprüfung stand.

I. Insolvenzrechtliche Verwertung des Sicherungseigentums nach § 168 III 1 InsO
Der Insolvenzverwalter war zur Verwertung des Baggers, an dem die Kl. ein Absonderungsrecht hatte (§ 51 Nr. 1 InsO) und der sich in seinem Besitz befand, berechtigt (§ 166 I InsO). Die Annahme des BerGer., zwischen der Kl. und dem Insolvenzverwalter sei eine Vereinbarung dahin zustande gekommen, dass diese den ihr sicherungsübereigneten Gegenstand übernehme (§ 168 III 1 InsO), beruht auf einer rechtsfehlerfreien tatrichterlichen Würdigung, die von den Parteien auch nicht angegriffen worden ist. Der Insolvenzverwalter hat den Bagger somit der Kl. nicht nach § 170 II InsO zur Verwertung überlassen.

II. Bei Verwertung nach § 168 III 1 InsO keine Anrechnung des Mehrerlöses auf Insolvenzforderung
Der Insolvenzverwalter hat von der Kl. Feststellungskosten von 4% und Verwertungskosten von 5% aus einem von ihnen gemeinsam zugrunde gelegten Wert der Sache von 12.000,- € erhalten (§ 170 I, § 171 InsO). Verfährt der Insolvenzverwalter nach § 168 III InsO, so braucht sich der Gläubiger einen Erlös, der den Wert übersteigt, aus dem er vereinbarungsgemäß an den Insolvenzverwalter Feststellungs- und Verwertungspauschale abzuführen hat, nicht auf die Forderung gegen den Schuldner anrechnen zu lassen. Der Senat schließt sich insoweit der in der Literatur ganz überwiegend vertretenen Auffassung (Niesert in Andersen/Freihalter, Aus- und Absonderungsrechte in der Insolvenz, Rz. 528; FK-InsO/Wegener, § 168 Rz. 7; HKInsO/ Landfermann, 3. Aufl., § 168 Rz. 9b; Klasmeyer/Elsner/Ringstmeier in: Kölner Schrift, 2. Aufl., S. 1091 Rz. 33; MünchKomm-InsO/Lwowski, § 168 Rz. 65; Smid, InsO, 2. Aufl., § 168 Rz. 14; a.A. Nerlich/Römermann/Becker, InsO, § 168 Rz. 28 ff) an.

1. § 168 III 1 InsO begründet andere Möglichkeit der Verwertung durch den Insolvenzverwalter
Diese Rechtsfolge beruht einmal auf der systematischen Stellung des § 168 III 1 InsO im Gefüge der Vorschriften über die Verwertung. Danach gehört die Übernahme durch den absonderungsberechtigten Gläubiger zu den Verwertungsmaßnahmen, die das Gesetz dem Verwalter selbst ermöglicht. Dieser hat, sofern er eine Veräußerung an einen Dritten beabsichtigt, den absonderungsberechtigten Gläubiger davon zu benachrichtigen und ihm dadurch Gelegenheit zu geben, eine andere Verwertungsmöglichkeit zu benennen (§ 168 I InsO). Indem die Bestimmung des § 168 III InsO die Übernahme durch den Gläubiger als eine andere Verwertungsmöglichkeit im Sinne der vorausgehenden Absätze bezeichnet, stellt sie klar, dass die Verwertung hier durch den Verwalter erfolgt und damit streng zu unterscheiden ist von der ihm in § 170 II

InsO eingeräumten Möglichkeit, von einer eigenen Verwertung abzusehen und die Sache dem Gläubiger zur eigenen Verwertung zu überlassen. Aus diesem Grunde hat die Masse bei einer Verwertung nach § 168 III InsO Anspruch sowohl auf die Feststellungskosten- als auch die Verwertungskostenpauschale, bezogen auf den Wert des Sicherungsgutes, den der Verwalter im Einvernehmen mit dem Absonderungsberechtigten festlegt, während der selbst verwertende Gläubiger der Masse grundsätzlich nur die Feststellungskosten schuldet (vgl. BGH, WM 2004, 39, 40 f). Wenn der Verwalter eine Sache durch Veräußerung an einen Dritten verwertet, erhält der absonderungsberechtigte Gläubiger den erzielten Erlös abzüglich der daraus für die Masse zu entnehmenden Kosten (§ 170 I 1 InsO). Da das Gesetz die Verwertung durch Übernahme seitens des Gläubigers derjenigen durch Veräußerung an einen Dritten gleichstellt, ist es nur konsequent, in diesem Fall den Gläubiger lediglich in Höhe des mit dem Verwalter einvernehmlich festgesetzten Wertes abzüglich der Feststellungs- und Verwertungspauschale daraus als befriedigt anzusehen und ihn wegen des verbleibenden Rests seiner Forderung als Insolvenzgläubiger gemäß § 52 InsO zu behandeln.

2. Keine ungerechtfertigte Bevorzugung des absonderungsberechtigten Gläubigers

Diese Wertung, die auch dem Willen des Gesetzgebers bei Einführung der Vorschrift entspricht (vgl. BR-Drucks. 1/92, Begründung zu § 193 Reg-E, S. 179), benachteiligt die Masse nicht unbillig und verschafft dem absonderungsberechtigten Gläubiger keinen ungerechtfertigten Vorteil. Ein sachgerecht handelnder Verwalter wird auf das Angebot des Gläubigers nur eingehen, wenn er nach Einholung entsprechender Auskünfte mit einem besseren Preis nicht rechnen kann. Der selbst erwerbende Gläubiger hat dann wie jeder kaufwillige Dritte die Chance, durch die Weiterveräußerung einen Gewinn zu erzielen, muss aber auch das Risiko tragen, auf diesem Wege einen Verlust zu erleiden.

3. §§ 165 ff InsO gehen Sicherungsabrede zwischen Gläubiger und Schuldner vor

Der Inhalt des zwischen Schuldner und Gläubiger geschlossenen Sicherungsvertrages rechtfertigt entgegen der Ansicht von Becker (aaO, Rz. 30 f.) keine der Masse günstigere Lösung. Die Rechte und Pflichten der Beteiligten werden im Insolvenzfall durch die Verwertungsvorschriften der §§ 165 ff InsO abschließend geregelt. Der Inhalt des Sicherungsvertrages zwischen Gläubiger und Schuldner ist deshalb nicht geeignet, diese Rechtsfolgen zu ändern oder einzuschränken.

III. Berücksichtigung des Mehrerlöses allerdings zugunsten des Bürgen

Der aus § 168 III InsO im Streitfall folgende Vorteil der Kl. für ihre Befriedigung im Insolvenzverfahren wirkt sich jedoch, wie die Vorinstanzen im Ergebnis zu Recht angenommen haben, nicht auf ihr Rechtsverhältnis zum beklagten Bürgen aus. Diesem gegenüber muss sie sich den aus der Weiterveräußerung des Baggers erzielten Erlös - abzüglich der Unkosten - auf ihren Anspruch aus § 765 BGB anrechnen lassen.

1. Insolvenzverfahren des Schuldners berührt Haftung des nicht teilnehmenden Bürgen nicht

Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Hauptschuldners hat auf die Rechtsstellung des Bekl. gegenüber der Kl. keinen Einfluss. Die Ansprüche des Gläubigers gegenüber dem Bürgen, der hier ohnehin nicht am Insolvenzverfahren teilnimmt, weil die Kl. dort ihre Forderung geltend gemacht hat (§ 44 InsO), richten sich ausschließlich nach den Regeln der §§ 765 ff BGB. Es kommt daher allein darauf an, ob die Wirkungen der Verwertung nach § 168 III InsO auf den Bestand der Insolvenzforderung infolge des Akzessorietätsprinzips auch den Bürgen treffen.

2. Unbeschränkte Weiterhaftung des Bürgen verstieße gegen Leitgedanken des § 767 I 3 BGB

Dies ist indes zu verneinen. Der von der Kl. geltend gemachte Anspruch steht nicht in Einklang mit Sinn und Zweck der Vorschrift des § 767 I 3 BGB. Er lässt sich nicht mit dem Grundsatz vereinbaren, dass die Verpflichtung des Bürgen durch ein nachträgliches Rechtsgeschäft zwischen Gläubiger und Hauptschuldner nicht zu seinem Nachteil geändert werden kann.

a. Verwertung nach § 168 III 1 InsO nicht ohne Einigung zwischen Insolvenzverwalter und Gläubiger

Die insolvenzrechtlichen Rechtsfolgen der Verwertung nach § 168 III 1 InsO beruhen zugleich auf einer Vereinbarung zwischen dem Insolvenzverwalter und der Kl.; denn diese Art der Verwertung setzt eine Einigung der Beteiligten darüber voraus, dass und zu welchem "Preis" der absonderungsberechtigte Gläubiger die Sache übernimmt. Keine Seite kann eine solche Verwertung gegen den Willen des anderen Teils durchsetzen. Der Verwalter ist auch nicht in der Lage, dem absonderungsberechtigten Gläubiger die Sache gegen seinen Willen nach § 170 II InsO zur Verwertung zu überlassen; denn eine Verpflichtung des Gläubigers zur eigenen Verwertung nach dieser Vorschrift besteht ebenfalls nicht (HK-InsO/Landfermann, aaO., § 170 Rz. 11; Uhlenbruck, aaO., § 170 Rz. 13). Die Einigung nach § 168 III 1 InsO stellt daher eine die Höhe der Hauptforderung nachträglich beeinflussende Vereinbarung zwischen Gläubiger und Schuldner dar.

b. § 767 I 3 BGB Schutz vor jeder nicht absehbaren Verschärfung des Haftungsrisikos

Diese Vereinbarung begründet zwar keine Erweiterung des in der Höchstbetragsbürgschaft festgelegten Haf-

tungsrahmens. Darauf kommt es rechtlich jedoch nicht an. § 767 I 3 BGB bezweckt nicht nur, den Bürgen vor einer späteren Erhöhung seiner Verpflichtung, der er nicht zugestimmt hat, zu schützen. Die Vorschrift soll auch verhindern, dass Gläubiger und Hauptschuldner durch eine nachträgliche Absprache das Haftungsrisiko des Bürgen in einer Weise verschärfen, die für ihn bei Abschluss des Bürgschaftsvertrages nicht erkennbar war (BGHZ 130, 19 [27, 33]; 142, 213 [219 f.]; BGH, WM 2000, 1141 [1143]). Aus diesem Grunde hat der Senat nachträgliche Verlängerungen der Laufzeit des Kredits sowie eine Absprache über das Hinausschieben der Tilgung der Hauptschuld als für den Bürgen unverbindlich behandelt, wenn er an diesen Regelungen nicht beteiligt worden war (BGHZ 142, 213 [219]; BGH, WM 2000, aaO.).

c. Einigung nach § 168 III 1 InsO verschärft Haftungsrisiko des Bürgen

Die Verwertungsvereinbarung zwischen der Kl. und dem Insolvenzverwalter beeinträchtigt den Bürgen in entsprechender Weise; denn sie bewirkt, dass die Hauptforderung der Kl. nicht in Höhe des durch die Weiterveräußerung erzielten Erlöses abzüglich der Unkosten, sondern nur in Höhe von 12.000,- € abzüglich der Feststellungs- und Verwertungskostenpauschale sinkt. Damit entstand für den Bekl. ein Haftungsrisiko, mit dem er bei Abschluss des Vertrages mit der Kl. nicht zu rechnen brauchte. Diese kann sich daher ihm gegenüber auf die Rechtsfolgen der nach § 168 III InsO vorgenommene Verwertung nicht berufen. Dies ist im Übrigen auch deshalb geboten, weil in vielen Fällen sowohl für den absonderungsberechtigten Gläubiger als auch die Masse der Weg über § 168 III 1 InsO Vorteile bringt. Der Gläubiger, der eine günstige Verwertungsmöglichkeit sieht, wird immer diese Alternative vorziehen und schon deshalb eine eigene Verwertung nach § 170 II InsO verweigern. Aber auch für die Masse kann die Eigenverwertung des Verwalters Vorteile bringen, weil ihr grundsätzlich außer der Feststellungs- auch die Verwertungskostenpauschale zufließt. Das zeigt der Streitfall besonders deutlich. Die Masse hat 9 % aus 12.000,- € = 1.080,- € erhalten. Wird dagegen dem Gläubiger die Verwertung überlassen, muss er einen Preis von 27.000,- € erzielen, damit der Masse ein gleich hoher Betrag zugute kommt. Von daher wird es häufig sowohl dem Insolvenzverwalter als auch dem Gläubiger günstiger erscheinen, die Verwertung nach § 168 III InsO zu einem für den Absonderungsberechtigten attraktiven Preis zu wählen. Dies mag insolvenzrechtlich vernünftig sein, kann aber nicht zu Lasten des daran unbeteiligten Bürgen gehen.

3. Vorgehen der Kl. mit Anwendungsfällen des § 776 BGB vereinbar

Dieses Ergebnis wird schließlich auch durch den die Vorschrift des § 776 BGB prägenden Schutzzweck bestätigt. Danach wird der Bürge, wenn der Gläubiger ein mit der Forderung verbundenes Vorzugsrecht - wozu auch das Sicherungseigentum zählt (BGHZ 78, 137, 143; 110, 41, 43; 144, 52, 54 f) - aufgibt, insoweit frei, als der Bürge aus diesem Recht nach § 774 BGB hätte Ersatz verlangen können. Die Norm behandelt unmittelbar nur den Fall, dass der Gläubiger auf das Recht verzichtet oder es einem Dritten überlässt, die Möglichkeit, sich daraus zu befriedigen, also zurechenbar nicht wahrnimmt. Dadurch, dass die Gläubigerin im Streitfall den sicherungsübereigneten Gegenstand verwertet, den Erlös aber teilweise nicht auf die Bürgenforderung angerechnet hat, stellt sie den Bürgen im Ergebnis genauso, wie wenn sie auf die Verwertung teilweise verzichtet hätte: Der Bürge soll zahlen, ohne dass die zur Sicherung übertragenen Rechte auf ihn übergehen. Er erleidet dadurch den gleichen Nachteil wie in den Fällen, die nach § 776 BGB das Freiwerden von der Haftung in dem genannten Umfang zur Folge haben. Deshalb ist es geboten, das Vorgehen der Gläubigerin im Streitfall auch den von § 776 BGB unmittelbar erfassten Handlungsalternativen rechtlich gleich zu stellen.

Standort: ZVG — Problem: Suizidgefahr wegen Räumungsvollstreckung

BGH, BESCHLUSS VOM 24.11.2005
V ZB 24 / 05 (NJW 2006, 508)

Problemdarstellung:

Nach erfolgter Zwangsversteigerung eines landwirtschaftlichen Anwesens wollte die betreibende Gläubigerbank nunmehr die zwangsweise Räumung des Grundstückes einleiten. Nach § 93 I ZVG stand der Zuschlagsbeschluss (§90 ZVG) als auf Räumung gerichteter Vollstreckungstitel zur Verfügung. Hiergegen wandten sich die Vollstreckungsschuldner mit einem Vollstreckungsschutzantrag nach § 765 a ZPO und machten Selbsttötungsabsichten für den Fall der Zwangsräumung geltend. Damit hatten sie in der Beschwerdeinstanz keinen Erfolg. Das Landgericht nahm an, den Schuldnern sei nur noch durch eine Therapie zu helfen, zu deren Einleitung sie sich aber selbst entscheiden müssen. Da man der Gläubigerbank in einer solchen Situation die endgültige Einstellung der Vollstreckung nicht zumuten könne, müsse diese nun - unter größtmöglicher Rücksichtnahme auf die Belange der Schuldner - weiter durchgeführt werden.

Der BGH hob diese Entscheidung auf. Zwar sieht auch er die gutachterlich bestätigte konkrete Suizidgefahr

nicht als Grund, der zwangsläufig zur Einstellung der Vollstreckung führen müsse. Ergebe die sorgfältige Abwägung der widerstreitenden Interessen, dass die Vollstreckung fortzusetzen sei, so müsse das Vollstreckungsgericht allerdings durch konkrete Auflagen an die Schuldner oder durch Anordnung konkreter Betreuungsmaßnahmen während des Vollstreckungsverfahrens sicherstellen, dass alles getan werde, um Leben und Gesundheit der Vollstreckungsschuldner zu schützen.

Prüfungsrelevanz:

Der vorliegende Beschluss betrifft mit dem Vollstreckungsschutzantrag nach § 765 a ZPO zunächst einen Rechtsbehelf, der Kandidaten für das zweite Staatsexamen in jedem Fall bekannt sein sollte. Dass dieser auch in einem Zwangsversteigerungs- bzw. Räumungsverfahren nach ZVG statthaft sein kann, verdeutlicht den Charakter des ZVG als lediglich durch § 869 ZPO ausgelagerten Bestandteil des 8. Buches der ZPO. Zudem wird durch die Betonung der für die beteiligten Parteien streitenden und seitens der Vollstreckungsorgane zu beachtenden Grundrechte der öffentlich-rechtliche Charakter des Zwangsvollstreckungsrechts deutlich. Daher lohnt die Lektüre der Entscheidung in jeder Phase der Vorbereitung auf die erste wie auf die zweite Staatsprüfung.

Vertiefungshinweise:

❑ Abgelehnte Einstellung einer Teilungsversteigerung trotz erheblicher Gesundheitsgefahren: *BGH*, RA 2005, 24 = NJW 2005, 3635

❑ Anwendbarkeit des § 765 a ZPO auch bei Teilungsversteigerung nach § 180 ZVG: *KG*, NJW-RR 1999, 434

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs:* "Die Einbauküche"

❑ *Assessorkurs:* "Eine schwierige Offenbarung"

❑ *Assessorkurs:* "Die Grundstücksauseinandersetzung"

Leitsatz:

Besteht im Fall der Räumungsvollstreckung die ernsthafte Gefahr einer Selbsttötung des Räumungsschuldners, darf ein Einstellungsantrag des Räumungsschuldners nur abgelehnt werden, wenn das Vollstreckungsgericht der Suizidgefahr durch geeignete konkrete Auflagen oder durch die Anordnung geeigneter konkreter Betreuungsmaßnahmen entgegenwirkt.

Sachverhalt:

Die Schuldner sind aufgrund eines rechtskräftigen Zuschlagsbeschlusses verpflichtet, ein landwirtschaftliches Anwesen, auf dem sie wohnen und wirtschaften, zu räumen. Sie haben unter Hinweis auf bestehende Suizidabsichten für den Fall der Räumung beantragt, die Räumungsvollstreckung gemäß § 765a ZPO für einen Zeitraum von drei Monaten auszusetzen. Das Amtsgericht hat den Antrag zurückgewiesen. Das Landgericht hat auf die Beschwerde der Schuldner die Zwangsvollstreckung aus dem Zuschlagsbeschluss hinsichtlich der Räumung einstweilen eingestellt und über das Bestehen einer Suizidgefahr Beweis erhoben durch die Einholung von Sachverständigengutachten. Durch den angegriffenen Beschluss hat es sodann die Beschwerde zurückgewiesen und die Rechtsbeschwerde zugelassen. Mit dieser verfolgen die Schuldner ihr Ziel einer Einstellung der Zwangsvollstreckung, nötigenfalls unter Auflagen, weiter.

Aus den Gründen:

A. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nach Versäumung der Frist des § 575 II ZPO

Den Schuldnern ist die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen der Versäumung der Rechtsbeschwerdebegründungsfrist zu bewilligen, nachdem der Senat ihnen antragsgemäß Prozesskostenhilfe bewilligt hat und der Wiedereinsetzungsantrag nebst der Rechtsbeschwerdebegründung fristgerecht eingereicht worden ist (§§ 233, 234 I 2, II ZPO).

B. Rechtsbeschwerde der Schuldner zulässig und begründet

Die gemäß § 574 I Nr. 2, III 2 ZPO zulässige Rechtsbeschwerde führt zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses und zur Zurückverweisung der Sache an das Beschwerdegericht.

I. Entscheidung und Begründung des BeschwGer.

Das BeschwGer. führt aus:

Nach dem zuletzt vorgelegten Gutachten des Sachverständigen sei bei dem Schuldner die Suizidgefahr bei Durchführung einer Zwangsräumung als hoch einzustufen. Auch bei der Schuldnerin bestehe eine ernst zu nehmende Suizidgefahr, wenn auch stark abhängig vom Verhalten des Ehemanns. Nach den Ausführungen des Sachverständigen gebe es keine konkrete Möglichkeit, die Suizidalität der Schuldner zu bekämpfen. Selbst bei einer Unterbringung des Schuldners in einer geschlossenen Anstalt sei das Risiko nicht auszuschließen. Als Behandlungsmaßnahme komme nur eine psychiatrische oder psychotherapeutische Behandlung in Betracht. Dies setze jedoch die notwendige Krankheitseinsicht und Therapiebereitschaft voraus. Dazu sei der Schuldner nicht in der Lage. Er habe sich allen Appellen des Gerichts gegenüber als verschlossen gezeigt. Bei der erforderlichen Abwägung zwischen dem Recht der Schuldner auf Leben und körperliche Unversehrtheit und dem Eigen-

tumsrecht der Gläubigerin verdiene Letzteres den Vorrang. Es stehe aufgrund der bisherigen Entwicklung und Zuspitzung der Sachlage zur Überzeugung der Kammer fest, dass eine vorübergehende oder auch längere Einstellung der Zwangsvollstreckung die bestehenden Gefahren und Risiken nicht beseitigen könne. Die Schuldner seien offensichtlich in ihrem Verhalten immer mehr auf die Zwangsvollstreckung fixiert und unfähig, aus eigener Kraft die Konfliktsituation zu bewältigen oder zumutbare fremde Hilfe anzunehmen. Sie seien nicht in der Lage, sich der Situation zu stellen und sich mit der Realität abzufinden. Eine endgültige Einstellung der Zwangsvollstreckung sei andererseits der Gläubigerbank nicht zuzumuten. Es könne ihr nicht angelastet werden, dass sich die Zwangsräumung immer weiter verzögere. Sie habe u. a. Vorschüsse zur Unterbringung der Tiere geleistet und Behörden über die bevorstehende Zwangsräumung informiert. Weitere Rücksichtnahme könne von ihr redlicherweise nicht erwartet werden. Den Schuldnern könne nur nochmals empfohlen werden, sich in therapeutische Behandlung zu begeben. Unabhängig davon sei bei der Durchführung der Zwangsvollstreckung auf die gesundheitlichen Probleme und Persönlichkeitsstörungen der Schuldner die gebotene Rücksicht zu nehmen. Es sei dafür Sorge zu tragen, dass sie vor, während und nach den Vollstreckungsmaßnahmen in ausreichendem Umfang durch Personen ihres Vertrauens oder sonstige Dritte betreut würden und dass eine Unterkunft zur Verfügung stehe.

II. Entscheidung des BGH in der Rechtsbeschwerde

Die Rechtsbeschwerde hat Erfolg.

1. Grundsätze für die Durchführung einer Räumungsvollstreckung bei Suizidgefahr

Der Bundesgerichtshof hat mit Beschluss vom 04.05.2005 (NJW 2005, 1859) entschieden, nach welchen Maßstäben bei bestehender Suizidgefahr im Falle einer Zwangsräumung über den Einstellungsantrag eines Schuldners nach § 765a ZPO zu befinden ist.

a. Abwägung der Interessen des Betroffenen mit dem Vollstreckungsinteresse des Gläubigers

Danach schließt eine für den Fall einer Zwangsräumung bestehende Suizidgefahr eine Räumungsvollstreckung nicht von vornherein vollständig aus. Vielmehr ist unter Berücksichtigung der in der Zwangsvollstreckung gewährleisteten Grundrechte eine Würdigung aller Umstände vorzunehmen. Diese kann in besonders gelagerten Einzelfällen auch dazu führen, dass die Vollstreckung für einen längeren Zeitraum und - in absoluten Ausnahmefällen - auf unbestimmte Zeit einzustellen ist. Selbst dann, wenn mit einer Zwangsvollstreckung eine konkrete Gefahr für Leben und Gesundheit des Schuldners oder eines nahen Angehörigen verbunden ist, kann eine Maßnahme der Zwangsvollstreckung nicht ohne weiteres einstweilen eingestellt werden. Erforderlich ist stets die Abwägung der - in solchen Fällen ganz besonders gewichtigen - Interessen der Betroffenen mit den Vollstreckungsinteressen des Gläubigers. Auch dieser kann sich auf Grundrechte berufen. Unterbleibt die Räumungsvollstreckung wegen der Annahme einer Suizidgefahr, die auch bei sorgfältiger fachlicher Prüfung nur auf der Beurteilung von Wahrscheinlichkeiten beruhen kann, wird in das Grundrecht des Gläubigers auf Schutz seines Eigentums (Art. 14 I GG) eingegriffen und sein verfassungsrechtlicher Anspruch auf tatsächlich wirksamen Rechtsschutz seines Eigentums (Art. 19 IV GG) beeinträchtigt. Es ist deshalb auch dann, wenn bei einer Räumungsvollstreckung eine konkrete Suizidgefahr für einen Betroffenen besteht, sorgfältig zu prüfen, ob dieser Gefahr nicht auch auf andere Weise als durch Einstellung der Zwangsvollstreckung wirksam begegnet werden kann. Mögliche Maßnahmen betreffen die Art und Weise, wie die Zwangsvollstreckung durchgeführt wird, aber auch die Ingewahrsamnahme des Suizidgefährdeten nach polizeirechtlichen Vorschriften oder dessen Unterbringung nach den einschlägigen Landesgesetzen.

b. Konkret zu benennende Mitwirkungshandlungen des Schuldners

Nicht zuletzt ist aber auch der Gefährdete selbst gehalten, das ihm Zumutbare zu tun, um die Risiken, die für ihn im Fall der Vollstreckung bestehen, zu verringern. Einem Schuldner kann dementsprechend, wenn er dazu in der Lage ist, zugemutet werden, fachliche Hilfe - gegebenenfalls auch durch einen stationären Aufenthalt in einer Klinik - in Anspruch zu nehmen, um die Selbsttötungsgefahr auszuschließen oder zu verringern. Dies entspricht den verfassungsrechtlichen Voraussetzungen für eine Zwangsräumung in Fällen bestehender Suizidgefahr (vgl. BVerfGE 52, 214; BVerfG, NJW 1991, 3207; 1992, 1378; 1994, 1272; 1719; 1998, 295; 2004, 49; NJW-RR 2001, 1523; NZM 2005, 657). Zu beachten ist, dass in Betracht kommende Mitwirkungshandlungen des Schuldners oder Dritter im Rahmen der Abwägung nicht lediglich abstrakt erwogen werden dürfen, sondern dass das Vollstreckungsgericht, sofern sie noch nicht eingeleitet worden sind, durch Auflagen auf ihre Vornahme hinzuwirken hat (vgl. BVerfG, NZM 2005, 657 [658 f.]).

2. Verletzung dieser Grundsätze durch das BeschwGer.

Diesen Maßstäben wird der angefochtene Beschluss nicht in vollem Umfang gerecht.

a. Konkrete Suizidgefahr laut Feststellungen des Sachverständigen

Das BeschwGer. stellt fest, dass eine konkrete Suizidgefahr bei den Schuldnern besteht. Es nimmt auch die

zur Abwendung dieser Gefahr in Betracht kommenden Maßnahmen in den Blick.

b. Fehlen konkreter Auflagen an die Schuldner und konkreter Maßnahmen zu ihrem Schutz

Dabei bleibt es indes bei einer abstrakten Betrachtungsweise stehen. Es „empfiehlt" den Schuldnern, sich in Behandlung zu begeben, stellt aber fest, dass diese zu der dafür notwendigen Krankheitseinsicht nicht in der Lage sind. Die von dem Sachverständigen in Betracht gezogene grundsätzliche Therapierbarkeit der Schuldner kann bei dieser Sachlage allenfalls dann zu ihren Lasten in die Abwägung einfließen, wenn versucht worden ist, durch konkrete Auflagen (nicht nur Empfehlungen) des Vollstreckungsgerichts auf eine Therapie hinzuwirken und den Schuldnern sodann vorgeworfen werden kann, diesen Auflagen nicht nachgekommen zu sein. Das BeschwGer. führt weiter aus, es sei dafür Sorge zu tragen, dass die Schuldner vor, während und nach den Vollstreckungsmaßnahmen in ausreichendem Umfang durch Personen ihres Vertrauens oder sonstige Dritte betreut würden, ohne dass erkennbar wird, welche Personen insoweit zur Verfügung stehen, welche konkreten Betreuungsmaßnahmen unter den vorliegenden Umständen in Betracht kommen und inwieweit das Vollstreckungsgericht auf ihre Verwirklichung hinzuwirken hat. Insoweit sind zunächst konkrete Feststellungen zu treffen. Sodann sind geeignete Auflagen an die Schuldner in Betracht zu ziehen. Schließlich ist durch geeignete Maßnahmen des Vollstreckungsgerichts bzw. Anweisungen an den Gerichtsvollzieher als das für die Räumungsvollstreckung zuständige Vollstreckungsorgan dafür Sorge zu tragen, dass die erforderliche Betreuung, die den Suizid verhindern soll, möglichst weitgehend sicher gestellt ist. Nach dem bisherigen Verfahrensstand kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Appelle und Erwägungen des BeschwGer. bei der von dem Gerichtsvollzieher durchzuführenden Räumung nicht in der gebotenen Weise Berücksichtigung finden. Das BeschwGer. stellt selbst fest, die Schuldner seien unfähig, fremde Hilfe in Anspruch zu nehmen. Ihrem Grundrecht aus Art. 2 II GG wird bei dieser Sachlage nur dann ausreichend Rechnung getragen, wenn die im Fall der Räumung erforderliche Betreuung von den Vollstreckungsorganen so weit wie möglich konkret veranlasst wird.

Standort: Schadensrecht Problem: Ersatzfähigkeit eines "Unfallersatztarifs"

BGH, URTEIL VOM 25.10.2005
VI ZR 9/05 (NJW 2006, 360)

Problemdarstellung:

Erneut ging es in diesem Rechtsstreit um die Frage, inwieweit der zur Naturalrestitution erforderliche Geldbetrag i. S. d. § 249 II 1 BGB n. F. = § 249 S. 2 BGB a. F. nach einem Verkehrsunfall Mietwagenkosten in Höhe eines sog. "Unfallersatztarifs" enthalten kann. Die beklagte KfZ-Haftpflichtversicherung hatte sich hier noch in der Berufungsinstanz mit dem Einwand durchgesetzt, der Kl. habe durch Anmietung eines Ersatzfahrzeugs während der dreitätigen Reparatur des Unfallwagens gegen seine Schadensminderungspflicht nach § 254 II BGB verstoßen, indem er zu einem den vergleichbaren Normaltarif für ein vergleichbares Fahrzeug überschreitenden Unfallersatztarif angemietet habe.

Der BGH verlangt demgegenüber eine differenziertere Betrachtung: Zunächst können Unfallersatztarife aufgrund zusätzlicher Leistungen bzw. Risiken des Vermieters in der Unfallsituation durchaus gerechtfertigt sein, etwa weil der Vermieter in Vorleistung tritt und der Ersatzanspruch gegen den Unfallgegner, aus dem die Anmietung finanziert werden sollte, wegen falsch eingeschätzter Unfallbeteiligung des Mieters weit geringer ausfällt, als erwartet. Ist dies nicht der Fall, so ist weiter zu berücksichtigen, dass der Geschädigte nach § 254 II BGB nur gehalten ist, alles ihm Zumutbare zur Geringhaltung des Schadens zu unternehmen. Er ist zwar gehalten, Mietpreisangebote kritisch zu hinterfragen und ggfs. Vergleichsangebote einzuholen - insbesondere, wenn die Anmietung des Ersatzfahrzeugs wie hier erst mehrere Tage nach dem Unfall erfolgt. Konnte ihm der überhöhte Unfallersatztarif allerdings auch bei Anwendung dieser Verhaltensregeln nicht auffallen, sind die so verursachten Kosten durch den Schädiger zu ersetzen.

Prüfungsrelevanz:

Die Ersatzfähigkeit sog. "Unfallersatztarife" nach § 249 BGB war in der jüngeren Vergangenheit wiederholt Gegenstand der Rechtsprechung des BGH. Aus diesem Grund merkt der Senat in dieser Entscheidung sogar an, dass die aktuelle Diskussion für Unfallgeschädigte, denen ein Ersatzfahrzeug zu einem derartigen Tarif angeboten wird, Anlass zu kritischer Nachfrage sein sollte. Als Erklärung für einen Unfallersatztarif sollte dann nicht angeführt werden, dass der Autovermieter für den Unfallgeschädigten die Beitreibung der zu diesem Zweck abgetretenen Ersatzansprüche hinsichtlich der Mietwagenkosten betreibe. In einem solchen Fall könnte die Abtretung gegen Art. 1 § 1 RBerG verstoßen, die Abtretung der Ersatzforderung an den Vermieter deshalb gem. § 134 BGB nichtig und die für diese "Serviceleistung" entstehenden Kosten daher auch keine Rechtfertigung für den Unfallersatztarif sein (vgl. zu den Einzelheiten die nachfolgenden

Vertiefungshinweise). Das Problem lässt sich also mit interessanten Fragen des Rechts der Sicherungsabtretung nach §§ 398 ff BGB verbinden und ist neben seiner Praxisrelevanz auch als "Stoff, aus dem Klausuren sind," geeignet.

Vertiefungshinweise:

❑ Zur Erstattungsfähigkeit der Umsatzsteuer gem. § 249 II 2 BGB nach wirtschaftlichem Totalschaden: *BGH*, RA 2004, 451 = NJW 2004, 1943

❑ Abtretung von Ersatzansprüchen aus Verkehrsunfall zur Sicherung eines "Unfallersatztarifs": *BGH*, RA 2005, 56 = NJW 2005, 135

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs*: "Das verhängnisvolle Skateboard"

❑ *Assessorkurs*: "Ärger mit den Akten"

Leitsätze:

Ein Unfallersatztarif ist erforderlich im Sinne des § 249 BGB, wenn ein gegenüber dem "Normaltarif" höherer Preis bei Unternehmen dieser Art durch unfallbedingte Mehrleistungen aus betriebswirtschaftlicher Sicht gerechtfertigt ist. Inwieweit dies der Fall ist, hat der Tatrichter nach § 287 ZPO zu schätzen, wobei auch ein pauschaler Aufschlag auf den "Normaltarif" in Betracht kommt (Fortführung des Senatsurteils BGHZ 160, 377 [383 f.].

Sachverhalt:

Der Kl. macht gegen den beklagten Kraftfahrzeughaftpflichtversicherer Ansprüche auf Ersatz restlicher Mietwagenkosten und einer restlichen Unkostenpauschale aus einem Verkehrsunfall vom 10.01.2002 geltend, bei dem der vom Kl. geleaste Pkw vom Typ VW Beetle beschädigt wurde. Die Haftung der Bekl. für den Unfallschaden ist dem Grunde nach außer Streit. Da das Fahrzeug noch fahrtüchtig war, nutzte der Kl. dieses zunächst weiter und mietete erst aus Anlass der Reparatur am 21.01.2002 - ohne zuvor Erkundigungen über günstigere Tarife einzuziehen - für die Dauer von drei Tagen bei der U.-Autovermietung ein nicht typgleiches Ersatzfahrzeug, einen VW Sharan, zu einem so genannten Unfallersatztarif an. Von den ihm von der U.-Autovermietung in Rechnung gestellten Beträgen begehrt der Kl. mit der vorliegenden Klage Ersatz folgender Positionen:

Mietwagenkosten, 498,- € für drei Tage, abzüglich 10 % Selbstbehalt	448,20 €
Haftungsfreistellung drei Tage	60,- €
Zustellung/Abholung im Stadtgebiet	52,- €
zuzüglich Mehrwertsteuer	89,63 €
Endbetrag	649,83 €

Darüber hinaus verlangt der Kl. von der Bekl. Ersatz seiner allgemeinen Unkosten im Zusammenhang mit dem Verkehrsunfall in Höhe von pauschal 26,- € . Das Amtsgericht hat der Klage in vollem Umfang stattgegeben. Auf die Berufung der Bekl. hat das Landgericht nach Einholung eines Sachverständigengutachtens das erstinstanzliche Urteil teilweise abgeändert und die Bekl. unter Klageabweisung im übrigen verurteilt, an den Kl. 209,70 € nebst Zinsen zu zahlen. Mit der vom Landgericht zugelassenen Revision begehrt der Kl. die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

Aus den Gründen:

A. Entscheidung und Begründung des BerGer.

Das BerGer. ist der Auffassung, der Kl. könne im Rahmen des § 249 S. 2 BGB lediglich die Erstattung der objektiv notwendigen Kosten für die Anmietung eines Mietfahrzeuges verlangen. Objektiv notwendig seien dabei all diejenigen Aufwendungen, die ein verständiger, wirtschaftlich denkender Mensch in der konkreten Lage des Geschädigten machen würde. Da der Kl. im vorliegenden Fall ein Ersatzfahrzeug erst elf Tage nach dem Verkehrsunfall angemietet habe, habe er hinreichend Zeit gehabt, um sich am regionalen Markt zu erkundigen. Indem er ohne Beiziehung von Vergleichsangeboten bei der U.-Autovermietung GmbH ein Ersatzfahrzeug zum Unfallersatztarif angemietet habe, habe er gegen ihm obliegende Schadensminderungspflichten verstoßen. Der Kl. könne mithin nur für drei Tage Mietwagenkosten zu einem Normaltarif für einen VW New Beetle abzüglich einer Eigenersparnis von 10 % erstattet verlangen, das seien 205,20 €. Erstattung von Haftungsfreistellungskosten könne er demgegenüber nicht verlangen, da er trotz Bestreitens der Bekl. den Nachweis dafür schuldig geblieben sei, dass für das Leasingfahrzeug eine Vollkaskoversicherung bestanden habe. Hinsichtlich der vom Kl. geltend gemachten Unkostenpauschale sei im vorliegenden Fall ein Teilbetrag von 7,50 € ausreichend und angemessen. Dabei müsse berücksichtigt werden, dass dem Geschädigten wegen des Auseinanderfallens der Schadensabrechnung mit ihm selbst und dem Leasinggeber vorliegend allenfalls Aufwendungen im Zusammenhang mit den Mietwagenkosten und der Beauftragung eines Rechtsanwalts entstanden seien und er zudem keinerlei Erkundigungen im Zusammenhang mit der Anmietung eingeholt habe.

B. Entscheidung des BGH in der Revision

Das angefochtene Urteil hält nicht in allen Punkten revisionsrechtlicher Nachprüfung stand.

I. Mögliche Ersatzfähigkeit der Mietwagenkosten nach "Unfallersatztarif"

Die Begründung, mit der das BerGer. eine Ersatzfähig-

keit des geltend gemachten Unfallersatztarifs abgelehnt und die Mietwagenkosten auf den von ihm geschätzten Normaltarif beschränkt hat, ist nicht frei von Rechtsfehlern.

1. Unfallersatztarif kann aufgrund besonderer Leistungen in Unfallsituation gerechtfertigt sein

Das BerGer. ist zwar zutreffend davon ausgegangen, dass der Kl. von der Bekl. nach § 249 S. 2 BGB a.F. als erforderlichen Herstellungsaufwand nur den Ersatz der Mietwagenkosten verlangen kann, die ein verständiger, wirtschaftlich denkender Mensch in der Lage des Geschädigten für zweckmäßig und notwendig halten darf. Der Geschädigte ist dabei ebenso wie in anderen Fällen, in denen er die Schadensbeseitigung selbst in die Hand nimmt, nach dem Wirtschaftlichkeitsgebot gehalten, im Rahmen des ihm Zumutbaren von mehreren möglichen den wirtschaftlicheren Weg der Schadensbehebung zu wählen. Er verstößt aber noch nicht allein deshalb gegen seine Pflicht zur Schadensgeringhaltung, weil er ein Kraftfahrzeug zu einem Unfallersatztarif anmietet, der gegenüber einem Normaltarif teurer ist, soweit die Besonderheiten dieses Tarifs mit Rücksicht auf die Unfallsituation (etwa die Vorfinanzierung, das Risiko eines Ausfalls mit der Ersatzforderung wegen falscher Bewertung der Anteile am Unfallgeschehen durch den Kunden oder das Mietwagenunternehmen u.ä.) einen gegenüber dem "Normaltarif" höheren Preis bei Unternehmen dieser Art aus betriebswirtschaftlicher Sicht rechtfertigen, weil sie auf Leistungen des Vermieters beruhen, die durch die besondere Unfallsituation veranlasst und infolgedessen zur Schadensbehebung nach § 249 BGB erforderlich sind (vgl. Senatsurteile BGHZ 160, 377 [383 f.]; NJW 2005, 135 [137]; VersR 2005, 569 und VersR 2005, 568; VersR 2005, 850). Inwieweit dies der Fall ist, hat der bei der Schadensabrechnung nach § 287 ZPO besonders freigestellte Tatrichter - gegebenenfalls nach Beratung durch einen Sachverständigen - zu schätzen (vgl. Senatsurteile VersR 2005, 850 und VersR 2005, 284), wobei u.U. auch ein pauschaler Aufschlag auf den "Normaltarif" in Betracht kommt (vgl. BGHZ 115, 364 [371]). Die erforderlichen Feststellungen wird das BerGer. auf der Grundlage des Sachvortrags des Klägers nachzuholen haben.

2. Anforderungen an Geschädigten bezgl. Entdeckung und Vermeidung überhöhter Unfallersatztarife

Ergibt diese vorrangige Prüfung, dass der "Unfallersatztarif" auch mit Rücksicht auf die Unfallsituation nicht im geltend gemachten Umfang zur Herstellung "erforderlich" war, kann der Geschädigte im Hinblick auf die gebotene subjektbezogene Schadensbetrachtung (vgl. hierzu Senatsurteil BGHZ 132, 373 [376]) den übersteigenden Betrag nur ersetzt verlangen, wenn ihm ein günstigerer "Normaltarif" nicht ohne weiteres zugänglich war (vgl. Senatsurteile, VersR 2005, 568; VersR 2005, 569 und VersR 2005, 850). Hierfür hat der Geschädigte darzulegen und erforderlichenfalls zu beweisen, dass ihm unter Berücksichtigung seiner individuellen Erkenntnis- und Einflussmöglichkeiten sowie der gerade für ihn bestehenden Schwierigkeiten unter zumutbaren Anstrengungen auf dem in seiner Lage zeitlich und örtlich relevanten Markt - zumindest auf Nachfrage - kein wesentlich günstigerer Tarif zugänglich war. Zu einer solchen Nachfrage nach einem günstigeren Tarif ist ein vernünftiger und wirtschaftlich denkender Geschädigter schon unter dem Aspekt des Wirtschaftlichkeitsgebots gehalten, wenn er Bedenken gegen die Angemessenheit des ihm angebotenen Unfallersatztarifs haben muss, die sich aus dessen Höhe sowie aus der kontroversen Diskussion und der neuen Rechtsprechung zu diesen Tarifen ergeben können. Auch liegt eine Nachfrage im eigenen Interesse des Geschädigten, weil er andernfalls Gefahr läuft, dass ihm ein nach den oben dargelegten Grundsätzen überhöhter Unfallersatztarif nicht in vollem Umfang erstattet wird. Dabei kann es je nach Lage des Einzelfalls auch erforderlich sein, sich anderweitig nach günstigeren Tarifen zu erkundigen, insbesondere wenn er - wie nach den Feststellungen des BerGer. im vorliegenden Fall der Kl. - ein Ersatzfahrzeug erst elf Tage nach dem Verkehrsunfall anmietet (vgl. Senatsurteil, VersR 2005, 850). Allein die Dauer der Anmietung als solche vermag demgegenüber - entgegen der Auffassung der Revision - keine grundsätzlich abweichende Beurteilung zu rechtfertigen.

II. Kosten für Vollkaskoversicherung des Mietfahrzeugs ggfs. auch ersatzfähig

Auch die Begründung, mit der das BerGer. dem Kläger die Erstattung von Haftungsfreistellungskosten von insgesamt 60,- € nebst Umsatzsteuer versagt hat, ist nicht frei von Rechtsfehlern. Wird für ein bei einem Verkehrsunfall beschädigtes Kraftfahrzeug ein Er-satzfahrzeug angemietet und dabei Vollkaskoschutz vereinbart, sind die hierfür erforderlichen Mehraufwendungen in der Regel als adäquate Schadensfolge anzusehen (vgl. Senatsurteil, VersR 2005, 568). Das BerGer. hat dem Kl. hier eine Erstattung von Haftungsfreistellungskosten mit der Begründung versagt, dieser sei trotz Bestreitens der Bekl. den Nachweis dafür schuldig geblieben, dass eine solche Versicherung für das von ihm geleaste Fahrzeug, also das Unfallfahrzeug, bestanden habe. Demgegenüber weist die Revision mit Recht darauf hin, dass Kosten einer für ein Ersatzfahrzeug abgeschlossenen Vollkaskoversicherung auch dann ersatzfähig sein können, wenn das eigene Fahrzeug des Geschädigten zum Unfallzeitpunkt nicht vollkaskoversichert war. Nach der Rechtsprechung des erkennenden Senats kann der durch einen fremdverschuldeten Unfall Geschädigte bei Inanspruchnahme eines Mietwagens die Aufwendungen für eine der Vollkaskoversicherung ohne Selbstbeteili-

gung entsprechende Haftungsfreistellung grundsätzlich insoweit ersetzt verlangen, als er während der Mietzeit einem erhöhten wirtschaftlichen Risiko ausgesetzt war (vgl. Senatsurteile, BGHZ 61, 325 [331 ff]; VersR 1974, 657 und VerR 2005, 568). Die Revision macht insoweit mit Recht geltend, dass sich der Kl. als Mieter des Ersatzfahrzeugs VW Sharan einem solchen Risiko aussetzte, während er gegenüber der Volkswagen AG als Leasinggeber des Unfallfahrzeuges nur für vorsätzlich oder grob fahrlässig herbeigeführte Schäden unter Vereinbarung eines Eigenbehalts von 511,29 € pro Schadensfall bei allen anderen Unfallschäden haftete. Auch diesen Gesichtspunkt wird das BerGer. ebenso wie die Frage, ob gegebenenfalls Abzüge unter dem Gesichtspunkt eines Vorteilsausgleichs in Betracht kommen, zu prüfen haben.

III. Kürzung von "Zustellungskosten" und Auslagenpauschale rechtsfehlerfrei

Die weitergehende Revision hat demgegenüber keinen Erfolg.

1. Kosten für Zustellung/Abholung des Ersatzfahrzeugs

Soweit sie rügt, dass das BerGer. die in Ansatz gebrachten Kosten der Zustellung und Abholung des Ersatzfahrzeugs in Höhe von 52,- € nicht berücksichtigt habe, wird kein Sachvortrag des Kl. zu der Frage aufgezeigt, ob und inwieweit solche Kosten für "Zustellung/Abholung im Stadtgebiet" erforderlich waren im Sinne des § 249 S. 2 BGB a.F.

2. Auslagenpauschale

Soweit das BerGer. unter Bezugnahme auf die besonderen Umstände des vorliegenden Falles dem Kl. die geltend gemachte Auslagenpauschale von 26,- € auf 7,50 € gekürzt hat, bewegt sich diese Beurteilung im Rahmen tatrichterlichen Ermessens im Sinne des § 287 ZPO und ist - da Rechtsfehler nicht ersichtlich sind - revisionsrechtlicher Nachprüfung entzogen.

Standort: AGB-Recht Problem: Gutschriftklausel im Versandhandel

BGH, URTEIL VOM 05.10.2005
VIII ZR 382/04 (NJW 2006, 211)

Problemdarstellung:

In diesem Rechtsstreit klagte der Dachverband der Verbraucherzentralen in Deutschland als anspruchsberechtigte Stelle i. S. d. §§ 3 I Nr. 1, 4 I UklaG (Schö. Nr. 105) aus § 1 UKlaG auf Unterlassung der Verwendung zweier AGB-Klauseln durch die Bekl. im Online-Versandhandel. Im Kern ging es einerseits um die Frage, inwiefern Liefer- und Versandkosten, die neben dem eigentlichen Warenpreis zu entrichten sind, zum Abschluss eines Bestellvorganges im Internet ausdrücklich zu erwähnen und zu beziffern sind. Andererseits war streitig, ob nach erfolgtem Widerruf eines Fernabsatzgeschäfts nach §§ 312 I 1, 355 BGB der Unternehmer anstelle der tatsächlichen Kaufpreisrückzahlung die Gutschrift des Rechnungsbetrages auf dem Kundenkonto vorsehen kann.

Der BGH nimmt hierzu an, dass die Unterscheidung zwischen Warenpreis einerseits und Versandkosten andererseits dem Verbraucher allgemein bekannt sei. Es bedürfe daher keiner Information über derartige Kosten auf der den Bestellvorgang abschließenden Übersicht. Vielmehr sei eine Niederlegung dieser Informationen auf einer eigens dafür vorgesehenen Internetseite ausreichend, wobei der Senat offen ließ, ob der Verbraucher diese im Laufe seines Bestellvorganges zwangsläufig passieren muss, oder ob ein deutlich dorthin führender Link ausreicht.

Hinsichtlich der Rechtsfolgen eines Widerrufes im Versandhandel stellte der BGH jedoch heraus, dass die vom Unternehmer gem. § 357 I 1 i. V. m. § 346 I BGB geschuldete Rückgewähr des Kaufpreises die tatsächliche Rückzahlung des Geldwertes verlange. Daher ist eine Klausel, die statt dessen die Gutschrift des Betrags auf dem Kundenkonto vorsieht, nach § 307 I BGB unwirksam, auch wenn "andere Wünsche" zugelassen werden und hiermit möglicherweise die sofortige Rückzahlung gemeint sein mag.

Prüfungsrelevanz:

Nach der Entscheidung vom 21.09.2005 zur Zulässigkeit einer sogenannten "Ersatzartikelklausel" im Versandhandel (vgl. die Vertiefungshinweise unten) liegt nun erneut ein grundlegendes Urteil zur Ausgestaltung der Rechtsbeziehungen zwischen Unternehmer und Verbraucher im Versand- und hier insbesondere im Online-Handel vor. Angesichts der zwischenzeitlich schon sehr großen und weiter wachsenden Bedeutung dieses Marktsegments handelt es sich um Entscheidungen von großer Praxis- und auch Ausbildungsrelevanz. Die Entscheidung zeigt auch die Bedeutung der Verordnung über Informations- und Nachweispflichten nach bürgerlichem Recht (BGB-InfoV, Schö. Nr. 22) und ihrer Verknüpfung mit den verbraucherschützenden Vorschriften des BGB auf. Auch wenn die zahlreichen Querverweise und Ausnahmen sowie Gegenausnahmen das Verbraucherschutzrecht zum Teil unübersichtlich und für Examenskandidaten "schwer verdaulich" erscheinen lassen, sind fundierte Kenntnisse hier unerlässlich.

Vertiefungshinweise:

❑ Unwirksamer Haftungsausschluss in Allg. Geschäftsbedingungen bei Autowaschanlagen: *BGH*, RA

2005, 145 = NJW 2005, 422
❑ Unwirksamkeit einer "Ersatzartikelklausel" im Versandhandel: *BGH*, RA 2005, 654 = NJW 2005,

Kursprogramm:
❑ *Examenskurs* : "Die sturm- und wetterfeste Aluminiumfassade"
❑ *Examenskurs* : "Eine gründliche Autowäsche"

Leitsätze:
1. Eine klare und verständliche Information des Verbrauchers über zusätzlich zum Warenpreis anfallende Liefer- und Versandkosten im Online-Warenhandel kann erfolgen, ohne dass die Versandkosten noch einmal in einer - auf der für die Bestellung eingerichteten Internetseite unmittelbar vor Abschluss des Bestellvorgangs erscheinenden - "Bestell-Übersicht" neben dem Warenpreis der Höhe nach ausgewiesen werden müssen.
2. Die Klausel „Wenn Sie uns keinen bestimmten Wunsch mitteilen, wird der Wert der Rücksendung Ihrem Kundenkonto gutgeschrieben oder Sie erhalten beim Nachnahmekauf einen Verrechnungsscheck" in Allgemeinen Geschäftsbedingungen für den Versandhandel verstößt gegen das Transparenzgebot.

Sachverhalt:
Die Bekl. betreibt einen Versandhandel und bietet ihre Waren zur Bestellung auch im Internet an. Sie verwendet Allgemeine Geschäftsbedingungen, in denen es unter anderem heißt:

"Vertragsabschluss/Versandkosten/Mindestbestellwert /Transportschäden
[...] Ihre Versandkostenbeteiligung beträgt als Einzelbesteller 5,- € pro Bestellung. Sammelbesteller zahlen bei einem Einkaufswert ab 180,- € keine Versandkosten. Bis 180,- € werden 3,50 € pro Bestellung berechnet. Enthält die Bestellung schwere oder sperrige Artikel wird ein Aufschlag von 5,- € zzgl. der üblichen Versandkostenbeteiligung erhoben.

Rückgaberecht
[...] Wenn Sie uns keinen bestimmten Wunsch mitteilen, wird der Wert der Rücksendung Ihrem Kundenkonto gutgeschrieben oder Sie erhalten beim Nachnahmekauf einen Verrechnungsscheck...."

Bei Aufruf der Seite "Bestellung starten" im Internet erscheint unter der Überschrift "Bitte starten Sie Ihre Bestellung" zunächst der Hinweis "Es gelten die Allgemeinen Geschäftsbedingungen" der Bekl., der einen Link auf die Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthält. Darunter befindet sich die Schaltfläche (Button) "Bestellung starten", durch deren Anklicken die Bestellung durchgeführt werden kann. Unterhalb der Schaltfläche heißt es:

"Hier finden Sie wichtige Verbraucherinformationen:
- [...]
- Versandkosten
- [...]
- AGB (inkl. Vertragsschlusszeitpunkt)",

wobei die Begriffe jeweils einen Link auf die entsprechenden Informationen bilden. Vor Absenden der Bestellung erscheint als letzte Seite eine "Bestell-Übersicht", die der Kontrolle des Kunden über den Inhalt seiner Bestellung dient. Unter der Auflistung der im Warenkorb befindlichen Artikel mit deren Nummer, Bezeichnung, der Menge, des jeweiligen Einzelpreises und des Gesamtpreises befindet sich die Angabe "Bestellwert (ohne Zinsen, Serviceaufschläge und Versandkosten)". Nach einem weiteren Hinweis und Link auf die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Bekl. kann die Bestellung abgeschickt oder deren Inhalt noch einmal geändert werden.
Der Kl. ist der Dachverband der Verbraucherzentralen und weiterer verbraucher- und sozialorientierter Organisationen in Deutschland. Er hat zunächst - gestützt auf die §§ 307 ff. BGB - beantragt, der Bekl. neben weiteren Klauseln, die nicht mehr Gegenstand des Revisionsverfahrens sind, die Verwendung der oben genannten Allgemeinen Geschäftsbedingungen in Bezug auf Online-Warenhandel, ausgenommen gegenüber Unternehmern, zu untersagen. Das Landgericht hat die Bekl. unter anderem zur Unterlassung der Verwendung der Klausel betreffend das Rückgaberecht im Online-Warenhandel gegenüber Verbrauchern verurteilt und die Klage im Hinblick auf die Klausel über die Versandkosten abgewiesen. Mit seiner hiergegen gerichteten Berufung hat der Kl. seinen Antrag teilweise geändert und unter Hinweis auf die §§ 2 UKlaG, 312c I Nr. 1 BGB in Verbindung mit § 1 I Nr. 7 BGB-InfoV (in der bis zum 07.12.2004 geltenden Fassung) Unterlassung der Verwendung der Klausel betreffend die Versandkosten nur noch begehrt mit dem Zusatz, "ohne auf der Internet- Seite ‚Bestell-Übersicht' die Versand- und Servicekosten neben dem Warenpreis der Höhe nach auszuweisen". Das Oberlandesgericht hat seine Berufung ebenso wie diejenige der Bekl., die gegen die Untersagung der Verwendung der Klausel betreffend das Rückgaberecht gerichtet war, zurückgewiesen und die Revision zugelassen. Mit diesem Rechtsmittel verfolgt der Kl. sein zweitinstanzliches Unterlassungsbegehren hinsichtlich der Versandkostenangaben weiter.

Aus den Gründen:

A. Entscheidung und Begründung des BerGer.
Das BerGer. hat - soweit in der Revisionsinstanz noch

von Interesse - zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt:

Die Berufung des Kl. hinsichtlich der Liefer- und Versandkostenangaben könne keinen Erfolg haben. Dies gelte auch unter Berücksichtigung der als sachdienlich zu erachtenden Klageänderung. Ein Verstoß gegen das Transparenzgebot liege nicht vor. Es erscheine nicht erforderlich, dass die Höhe der anfallenden Versandkosten ausdrücklich auf dem letzten für den Kunden ersichtlichen Bildschirmausdruck, bevor er seine Bestellung absende, ausgewiesen sein müsste. Vielmehr sei es ausreichend, dass die Versandkosten durch einen Link auf die Allgemeinen Geschäftsbedingungen sowohl auf der letzten Seite des Bestellvorgangs direkt über der Schaltfläche "Bestellung abschicken" als auch auf der Startseite ohne weiteres abgerufen werden könnten. Soweit es dazu des Anklickens eines einzigen Links bedürfe, handele es sich um eine im Internet-Verkehr allgemein übliche und dem betreffenden Kundenkreis sehr vertraute Handhabung zur Erlangung der notwendigen Informationen. Es treffe auch nicht zu, dass dieser Link versteckt und daher nur schwer auffindbar sei.

Auch die Berufung der Bekl. sei unbegründet. Die Klausel über das Rückgaberecht verstoße schon deshalb gegen das Klarheitsgebot des § 307 I BGB, weil für den unbefangenen Leser überhaupt nicht klar sei, welche "Wünsche" geäußert werden könnten. Die beanstandete Klausel trage zudem der Vorschrift des § 346 BGB nicht Rechnung, nach der der zurückzugewährende Kaufpreis unmittelbar in die Verfügungsgewalt des Kunden gelangen müsse, während er nach der Klausel nur als Gutschrift auf dem Firmenkonto bei der Bekl. zur Verfügung gestellt werde. Die Klausel sei durchaus geeignet, bei Kunden den Eindruck zu erwecken, sie müssten weitere Waren bestellen, um in den Genuss der Gutschrift auf dem Firmenkonto zu gelangen.

B. Entscheidung des BGH in der Revision

Die Ausführungen des BerGer. halten der rechtlichen Nachprüfung stand, so dass die Revision des Kl. und die Anschlussrevision der Bekl. zurückzuweisen sind.

I. Keine gesonderte Ausweisung der Versandkosten auf Bestellübersicht erforderlich

Die Revision des Kl. hat keinen Erfolg. Dem Kl. steht ein Anspruch auf Unterlassung der Verwendung der AGB-Klausel über die Versandkosten durch die Bekl. ohne Ausweisung der Höhe der Versand- und Servicekosten neben dem Warenpreis auf der Internet-Seite "Bestell-Übersicht" nicht zu. Das vom Kl. mit seinem Unterlassungsantrag geforderte Verhalten der Bekl. wird durch § 312c I 1 BGB, § 1 I Nr. 7 und 8 BGBInfoV, bei deren Verletzung der Kl. gemäß § 2 I 1 in Verbindung mit Abs. II Nr. 1 UKlaG Unterlassung verlangen könnte, nicht geboten.

1. Streit um Anforderungen an die gem. § 312c I 1 BGB zu erteilenden Informationen

Bei Fernabsatzverträgen hat ein Unternehmer - wie hier die Bekl. - nach § 312c I 1 BGB dem Verbraucher rechtzeitig vor Abgabe von dessen Vertragserklärung in einer dem eingesetzten Fernkommunikationsmittel entsprechenden Weise klar und verständlich die Informationen zur Verfügung zu stellen, für die dies in der Verordnung über Informations- und Nachweispflichten nach bürgerlichem Recht (BGB-InfoV) bestimmt ist. Dazu gehören nach § 1 I Nr. 7 und 8 BGB-InfoV in der seit dem 08.12.2004 geltenden Fassung (die weitgehend § 1 I Nr. 6 und 7 BGB-InfoV in der bis zum 07.12.2004 geltenden Fassung entsprechen) die Informationen über den Gesamtpreis der Ware oder Dienstleistung einschließlich aller damit verbundenen Preisbestandteile und über gegebenenfalls zusätzlich anfallende Liefer- und Versandkosten. Weder aus Art. 4 II der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.05.1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz (ABl. EG Nr. L 144 S. 19) noch aus der diese Vorschriften in deutsches Recht umsetzenden Bestimmung des § 2 II FernAbsG oder der Nachfolgeregelung des § 312c I 1 BGB ergibt sich, welche Anforderungen an die Klarheit und Verständlichkeit der geforderten Informationen zu stellen sind. Auch die Gesetzesbegründung zu § 2 II FernAbsG verhält sich hierzu nicht eindeutig (BT-Drucks. 14/2658, S. 38). Es ist deshalb umstritten, ob die Anforderungen des § 312c I 1 BGB an die Klarheit und Verständlichkeit der Information inhaltlich dem allgemeinen Transparenzgebot des § 307 I 2 BGB entsprechen oder darüber hinausgehen (vgl. dazu BT-Drucks. 14/2658 aaO.; Aigner/Hofmann, Fernabsatzrecht im Internet, Rz. 279 ff.; MünchKomm-BGB/Wendehorst, 4. Aufl., § 312c Rz. 37; Härting, Fernabsatzgesetz, § 2 Rz. 68). Uneinigkeit besteht ferner darüber, in welcher Form die von § 312c Abs. I 1 BGB geforderten Informationen beim Internet-Warenhandel zu erteilen sind, insbesondere ob sie in Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthalten sein können oder jedenfalls hervorgehoben oder sogar gesondert mitgeteilt werden müssen (vgl. Aigner/ Hofmann, aaO., Rz. 285; Erman/Saenger, BGB, 11. Aufl., § 312c Rz. 21; MünchKomm-BGB/Wendehorst, aaO., § 312c Rz. 38; Wilmer, in: Wilmer/Hahn, Fernabsatzrecht, § 312c BGB Rz. 12), ob sie so vorzuhalten sind, dass der Verbraucher sie im Laufe eines Bestellvorgangs zwangsweise passieren muss (Erman/Saenger, aaO., § 312 c Rz. 25; vgl. auch OLG Frankfurt, MDR 2001, 744 = DB 2001, 1610; OLG Karlsruhe, WRP 2002, 849 = GRUR 2002, 730), oder ob es ausreicht, wenn ihm durch einen Link die Möglichkeit der Information geboten wird und gegebenenfalls wo und wie ein solcher Link zu platzieren ist (vgl. Aigner/Hofmann, aaO., Rz. 284, 287; Härting, aaO., § 2 Rz. 63; MünchKomm-BGB/Wendehorst, aaO., § 312c Rz. 30;

Ott, ITRB 2005, 64ff.; Wilmer, aaO., § 312c BGB Rz. 13; OLG München, NJW-RR 2004, 913; vgl. auch OLG Köln, GRUR-RR 2004, 307).

2. Jedenfalls keine Pflicht zur Bezifferung der Versandkosten auf Bestellübersicht

Im vorliegenden Fall können diese Fragen jedoch offen bleiben. Mit seinem Unterlassungsantrag verlangt der Kl. von der Bekl. die Unterlassung der Verwendung ihrer Klausel über Versandkosten, wenn sie nicht auf der Internet-Seite "Bestell-Übersicht" die Versand- und Servicekosten neben dem Warenpreis der Höhe nach ausweist. Dazu ist die Bekl. nach § 312c I 1 BGB in Verbindung mit § 1 I Nr. 7 und 8 BGB-InfoV in keinem Fall verpflichtet.

a. Versandkosten kein Bestandteil des Gesamt- oder Endpreises der Ware

Bei den Versandkosten (Servicekosten sind in der beanstandeten AGB-Klausel ohnehin nicht vorgesehen) handelt es sich nicht um Bestandteile des Gesamtpreises im Sinne von § 1 I Nr. 7 BGB-InfoV. Das ergibt sich daraus, dass sie in § 1 I Nr. 8 BGB-InfoV als mögliche zusätzliche Kosten aufgeführt sind. Diese Differenzierung zwischen dem Gesamtpreis und den gesondert zu betrachtenden Liefer- oder Versandkosten entspricht der Unterscheidung zwischen dem die Umsatzsteuer und sonstige Preisbestandteile einschließenden sogenannten Endpreis im Sinne von § 1 I 1 der Preisangabenverordnung (PAngV) und zusätzlich anfallenden Liefer- und Versandkosten gemäß § 1 II 1 und 2 PAngV. Die Trennung von Warenpreis und Versandkosten beruht darauf, dass beim Vertrieb im Wege des Versandhandels regelmäßig Preisaufschläge für Versandkosten anfallen, die zumeist eine variable, mit wachsendem Umfang der Bestellung - bezogen auf das einzelne Stück - abnehmende Belastung darstellen, und dass dies dem Letztverbraucher auch allgemein bekannt ist. Dem Verkehr ist geläufig, dass die Versandkosten als Drittkosten neben dem Warenpreis gesondert und nicht auf die Ware, sondern auf die Sendung erhoben werden (BGH, NJW 1997, 1782 unter II 2). Die Versandkosten sind danach nicht schon deshalb in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Warenpreis auszuweisen, weil sie als Teil des Gesamt- oder Endpreises anzusehen wären.

b. Information über die Versandkosten auf gesonderter Seite in jedem Fall ausreichend

Gemäß § 312c I 1 BGB in Verbindung mit § 1 I Nr. 8 BGB-InfoV ist es zur klaren und verständlichen Information über die zusätzlich anfallenden Liefer- und Versandkosten nicht erforderlich, dass die vorformulierte Bestimmung über die vom Verbraucher zu tragenden Versandkosten gerade auf der Seite "Bestell-Übersicht" selbst (noch einmal) aufgeführt ist oder dass dort die konkrete Höhe dieser Kosten anhand der jeweiligen Einzelbestellung berechnet und angegeben wird. Im Hinblick darauf, dass der durchschnittliche Käufer im Versandhandel mit zusätzlich anfallenden Liefer- und Versandkosten rechnet, ist dem Gebot der Klarheit und Verständlichkeit Genüge getan, wenn die diesbezügliche Information auf einer gesonderten Seite niedergelegt ist, wobei es für den vorliegenden Fall keiner Entscheidung bedarf, ob eine solche Seite so angelegt sein muss, dass sie vor Abschluss der Bestellung notwendig passiert wird, oder ob es ausreicht, dass sie mit dem Bestellvorgang durch einen unschwer aufzufindenden und hinreichend aussagekräftigen Link verbunden ist. Eine solche Information über die Versandkosten im Laufe des Bestellvorgangs - nicht notwendig auf der letzten Seite und in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Warenpreis - entspricht den Benutzergewohnheiten bei Bestellungen im Internet und ist deshalb für den angesprochenen Verbraucherkreis klar und verständlich.

c. Angaben der Bekl. auf der "Bestell-Übersicht" auch nicht irreführend

Dies stellt auch die Revision im Grunde nicht in Frage. Sie macht vielmehr geltend, zum einen seien die von der Bekl. in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen gegebenen Informationen über die Versandkosten ihrem Inhalt nach nicht klar und verständlich, weil nicht geregelt sei, wann ein Artikel als schwer und sperrig gelte, und unklar sei, was unter einer "Sammelbestellung" zu verstehen sei. Zum anderen werde der Verbraucher durch die Gestaltung der Seite "Bestell-Übersicht" irregeführt, weil dort im Widerspruch zu den Allgemeinen Geschäftsbedingungen mit der Formulierung "Gesamtpreis" beim Kunden der Eindruck erweckt werde, dass es sich hierbei um den endgültigen Betrag einschließlich aller Kosten handele, und der Hinweis "ohne Versandkosten" neben dem Bestellwert auch als "versandkostenfrei" verstanden werden könne.

aa. Klageantrag selbst bei irreführendem Inhalt der Angaben nicht gerechtfertigt

Diese Einwände werden jedoch vom Klageantrag nicht umfasst. Sie rechtfertigen - auch wenn man unterstellt, dass sie einen Verstoß gegen § 312c I 1 BGB in Verbindung mit § 1 I Nr. 8 BGB-InfoV begründen - nicht den Antrag, die Bekl. zu verurteilen, die Verwendung der Klausel über die Versandkosten zu unterlassen, wenn sie nicht auf der Internet-Seite "Bestell- Übersicht" die Versand- und Servicekosten neben dem Warenpreis der Höhe nach ausweist. § 312c I 1 BGB in Verbindung mit § 1 I Nr. 8 BGB-InfoV gebietet nicht entweder den Verzicht auf die beanstandete Klausel oder die zusätzliche Aufnahme der von dem Kl. geforderten Angaben auf der Internet-Seite "Bestell-Übersicht" der Bekl. Die von dem Kl. als erforderlich angesehenen Klarstellungen dürften vielmehr nach den ge-

nannten Vorschriften - bei der gegebenen Klausel - auch auf andere Weise und/oder an anderer Stelle erfolgen als gerade durch die Bezifferung der Versandkosten neben dem Warenpreis auf der Seite "Bestell-Übersicht".

bb. Verbraucher Unterscheidung zwischen "Gesamtpreis/Bestellwert" und Versandkosten geläufig

Im Übrigen sind entgegen der Ansicht der Revision die einzelnen Angaben der Bekl. auf deren Seite "Bestell-Übersicht" auch nicht missverständlich oder irreführend. Die Angabe eines "Gesamtpreises" einerseits und eines "Bestellwertes" andererseits beeinflusst die Vorstellung des Verbrauchers von den auf ihn entfallenden Versandkosten nicht. Der durchschnittliche Verbraucher wird, wie der Senat aus eigener Sachkunde feststellen kann, nicht davon ausgehen, dass in dem genannten "Gesamtpreis" etwaige von ihm zu tragende Versandkosten enthalten sind. Dies liegt zum einen deshalb fern, weil sich der Gesamtpreis ersichtlich auf den einzelnen gewählten Artikel bezieht und sich rechnerisch klar erkennbar aus dem Produkt von Anzahl und Einzelpreis dieses Artikels zusammensetzt. Zum anderen entspricht der Gesamtpreis dem Bestellwert (soweit der Verbraucher einen Artikel ausgewählt hat) oder bleibt hinter dem Bestellwert zurück (soweit der Verbraucher mehrere Artikel bestellen will). Da aber im Bestellwert ausdrücklich keine Versandkosten enthalten sind, können diese auch nicht Teil des in gleicher Höhe oder niedriger ausgewiesenen Gesamtpreises sein. Soweit es in dem Klammerzusatz zum Bestellwert heißt: "ohne Zinsen, Serviceaufschläge und Versandkosten", spricht dies entgegen der Ansicht der Revision zusätzlich dafür, dass die Versandkosten gesondert erhoben werden. Dem durchschnittlichen Verbraucher erschließt sich ohne weiteres, dass zusätzliche Kosten zum Bestellwert für ihn entstehen können, wenn er die dahinter stehenden Leistungen in Anspruch nimmt. Anhaltspunkte dafür, dass die Angabe "ohne Versandkosten" meint, derartige Kosten entfielen entgegen der allgemeinen Regelung, liegen nicht vor. Denn der Verbraucher geht, wie bereits unter I. 2. a. ausgeführt, regelmäßig davon aus, dass Versandkosten als Drittkosten neben dem Kaufpreis gesondert erhoben werden. Dass ein Versandunternehmen hierauf im Einzelfall ohne erkennbaren Anlass verzichten sollte, ist fernliegend.

II. Unwirksamkeit der Gutschriftklausel

Die Anschlussrevision der Bekl. bleibt ebenfalls ohne Erfolg. Der Kl. hat gegen die Bekl. aus § 1 UKlaG einen Anspruch auf Unterlassung der Verwendung der Allgemeinen Geschäftsbedingung "Wenn Sie uns keinen bestimmten Wunsch mitteilen, wird der Wert der Rücksendung Ihrem Kundenkonto gutgeschrieben oder Sie erhalten beim Nachnahmekauf einen Verrechnungsscheck". Die Klausel ist nach § 307 I 1 und 2 BGB unwirksam.

1. Sinn und Zweck des Transparenzgebotes gem. § 307 I 2 BGB

Gemäß § 307 I 2 BGB kann sich eine zur Unwirksamkeit der Klausel führende unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners auch daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist. Nach dem Transparenzgebot muss die Klauselfassung der Gefahr vorbeugen, dass der Kunde von der Durchsetzung bestehender Rechte abgehalten wird. Eine Klausel, die die Rechtslage unzutreffend oder missverständlich darstellt und auf diese Weise dem Verwender ermöglicht, begründete Ansprüche unter Hinweis auf die in der Klausel getroffene Regelung abzuwehren, benachteiligt den Vertragspartner entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen (Senatsurteil, BGHZ 145, 203, 220 f. m.w.Nachw.). So liegt der Fall hier.

2. Gesetzliche Rechtsfolgen der Ausübung des Widerrufs- oder Rückgaberechts

Nach § 312d I BGB steht dem Verbraucher bei einem Fernabsatzvertrag ein Widerrufsrecht nach § 355 BGB zu (S. 1), an dessen Stelle dem Verbraucher - wie hier - bei Verträgen über die Lieferung von Waren ein Rückgaberecht nach § 356 BGB eingeräumt werden kann (S. 2). Nach § 357 I 1 BGB finden auf das Widerrufs- und das Rückgaberecht die Vorschriften über den gesetzlichen Rücktritt entsprechende Anwendung. Die diesbezügliche Vorschrift des § 346 I BGB sieht vor, dass im Falle des Rücktritts - hier der Ausübung des Widerrufs oder der Rückgabe - die empfangenen Leistungen zurückzugewähren sind.

3. "Rückgewähr" i. S. d. § 346 I BGB verlangt tatsächliche Rückzahlung

Das BerGer. hat zutreffend ausgeführt, die beanstandete Klausel trage der gesetzlichen Regelung insoweit nicht Rechnung, als der zurück zu gewährende Kaufpreis nur als Gutschrift auf dem Firmenkonto bei der Bekl. zur Verfügung gestellt werde. Sind empfangene Geldleistungen im Rahmen des § 346 BGB auszugleichen, so ist der Gegenseite der Geldwert zurück zu zahlen (Staudinger/Kaiser, BGB [2004], § 346 Rz. 73; Erman/Bezzenberger, BGB, 11. Aufl., § 346 Rz. 2). Demgegenüber ist die Gutschrift ein abstraktes Schuldversprechen, das lediglich eine (neue) Forderung des Berechtigten gegen den Verpflichteten begründet (BGH, NJW 1991, 2140 unter II. 1. zur Gutschriftsanzeige einer Bank). Im Rahmen des § 346 I BGB kann das Eingehen einer Verbindlichkeit durch den Schuldner nicht mit der Rückgewähr selbst gleichgesetzt werden. Soweit die Anschlussrevision die Erteilung einer Gutschrift für ausreichend hält, da es für die Erfüllung der Pflicht aus § 346 I BGB genüge, wenn der Rückgewährgläubiger in die Lage versetzt

werde, wiederum über das von ihm Geleistete zu verfügen, ist dies so nicht richtig. Denn der Berechtigte kann durch die bloße Erteilung einer Gutschrift noch nicht wieder über seine zurück zu gewährende Leistung verfügen, vielmehr ist er weiterhin gehalten, zunächst einen entsprechenden Anspruch gegen den Rückgewährverpflichteten - nunmehr aus der Gutschrift - geltend zu machen. Aus dem von der Anschlussrevision zitierten Senatsurteil BGHZ 87, 104 [110] ergibt sich zu ihren Gunsten nichts anderes; dort ging es allein um die Pflicht des Käufers, die Ware wieder zur Verfügung zu stellen, und um die Frage, wer die Kosten für einen erforderlichen Rücktransport der Ware zu tragen hat.

4. Hinweis auf "andere Wünsche" nicht deutlich genug

Die Anschlussrevision kann sich demgegenüber nicht erfolgreich darauf berufen, jeder Verbraucher wisse, dass er - neben der in der Klausel vorgesehenen Erteilung einer Gutschrift - auch sofort die Rückzahlung des Kaufpreises verlangen und mit dem in der Klausel offengehaltenen "bestimmten Wunsch" nur ein solches Rückzahlungsverlangen gemeint sein könne. Dies trifft nicht zu. Die Klausel regelt nach ihrem Wortlaut mehrere Fälle der Rückabwicklung und erweckt dadurch den Eindruck, diese abschließend und vollständig zu erfassen. Für den Fall des "Nachnahmekaufs" ist bei Rückgabe der Ware die Übersendung eines Verrechnungsschecks vorgesehen. Dadurch kann bei dem Verbraucher unschwer der Eindruck entstehen, in anderen Fällen, in denen die Zahlung des Kaufpreises nicht per Nachnahme erfolgte, sei die Übersendung eines Schecks oder dergleichen nicht möglich, vielmehr seien seine Rechte auf die Erteilung einer Gutschrift beschränkt. Ob und was der Kunde darüber hinaus verlangen oder auch nur "wünschen" kann und welche Verbindlichkeit einem etwaigen Wunsch zukommt, bleibt gerade offen und damit unklar. Da die Klausel mithin am Transparenzgebot scheitert, kommt es auf die Rüge der Anschlussrevision (§ 286 ZPO), die Bekl. habe vernünftige, teilweise sogar im Interesse des Kunden liegende Gründe dafür, im Fall einer Rücksendung der Ware - auch - die Möglichkeit einer Gutschrift auf dem Firmenkonto vorzusehen, nicht an.

Strafrecht

Standort: § 211 StGB Problem: Anstiftervorsatz; Verhältnis zu § 212 StGB

BGH, URTEIL VOM 24.11.2005
4 STR 243/05 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte, ein Frauenarzt, wollte seine getrennt lebende Ehefrau töten lassen, insb. weil dieser das Sorgerecht für die gemeinsamen Kinder zugesprochen worden war. Deshalb wandte er sich an den Lebensgefährten einer Patientin und bot diesem und dessen Freund bis zu 50.000 €, wenn sie seine Frau töteten. Die Angesprochenen gingen zunächst zum Schein auf den Vorschlag ein, meldeten den Angeklagten aber später der Polizei. Das Landgericht Neubrandenburg verurteilte den Angeklagten wegen versuchter Anstiftung zum Mord (§§ 30 I, 211 StGB), da der Angeklagte sich vorgestellt habe, dass die Haupttäter die Tat aus Habgier begehen würden. Da er aber selbst nicht aus einem subjektiven Mordmerkmal heraus gehandelt habe und sich auch nicht vorgestellt habe, dass die Haupttäter ein objektives Mordmerkmal verwirklichen würden, sei seine Strafe nicht nur gem. § 30 I 2 StGB, sondern auch ein weiteres Mal über § 28 I StGB zu mildern. Der BGH hob dieses Urteil bzgl. der Strafzumessung aus; den Schuldspruch wegen versuchter Anstiftung zum Mord ließ er bestehen.

Prüfungsrelevanz:

Der vorliegende Fall betrifft neben der Frage des Verhältnisses der Tötungsdelikte, die - insb. wegen der sich hieraus ergebenden Konsequenzen für die Anwendung des § 28 StGB - ein klassisches Examensproblem darstellt, auch die im Examen besonders beliebten Themenkreise Irrtümer und Täterschaft und Teilnahme, was ihn als besonders examensrelevant erscheinen lässt.

Die Frage, in welchem Verhältnis die Tötungsdelikte (insb. die §§ 211, 212 StGB) zueinander stehen, stellt ein klassisches Problem dar.

Die herrschende Literatur geht - insb. aufgrund der Struktur der Tatbestände der §§ 211, 212 StGB - davon aus, dass es sich beim Mord um eine Qualifikation des Totschlags handelt, so dass die Mordmerkmale strafschärfend wirken und deshalb auf die täterbezogenen Mordmerkmale der ersten und dritten Gruppe (als besondere persönliche Merkmale) § 28 II StGB Anwendung findet. Der BGH hingegen sieht Mord und Totschlag als selbstständige Tatbestände, wodurch die Mordmerkmale strafbegründenden Charakter erhalten und auf die täterbezogenen Mordmerkmale § 28 I StGB anzuwenden ist (vgl. die Darstellung bei Schönke/Schröder-Eser, Vor §§ 211 ff. Rn. 3 ff., § 211 Rn. 45 ff.). Dieser Streit hat vor allem für Teilnehmer Konsequenzen: Verwirklicht der Haupttäter mit Kenntnis des Teilnehmers ein täterbezogenes Mordmerkmal, der Teilnehmer selbst jedoch nicht, so wird nach der Rechtsprechung der Teilnehmer zwar wegen Teilnahme am Mord bestraft, die Strafe des Teilnehmers jedoch gem. §§ 28 I, 49 I Nr. 1 StGB gemildert. Nach der Literatur findet über § 28 II StGB eine Tatbestandsverschiebung statt, so dass der Teilnehmer nur wegen Teilnahme am Totschlag bestraft wird. Verwirklicht hingegen nur der Teilnehmer ein täterbezogenes Mordmerkmal und der Haupttäter nicht, so kann die Rechtsprechung wegen des eindeutigen Wortlautes des § 28 I StGB den Teilnehmer nur wegen Teilnahme am Totschlag bestrafen und die Verwirklichung des Mordmerkmals allenfalls strafschärfend (ggf. über die Annahme eines besonders schweren Falles gem. § 212 II StGB) berücksichtigen. Nach der Literatur erlaubt der flexiblere Wortlaut des § 28 II StGB, eine Teilnahme am Mord anzunehmen (während der Haupttäter nur wegen Totschlags bestraft wird).

Unstreitig findet § 28 StGB allerdings im Verhältnis Mord und Totschlag keine Anwendung, sofern es um tatbezogene Mordmerkmale (der zweiten Gruppe) geht, da sich beide Absätze dieser Vorschrift nur auf besondere "persönliche" Merkmale beziehen. Für eine Anstiftung zum Mord ist es also bei tatbezogenen Mordmerkmalen ausreichend, wenn der Anstifter Vorsatz bzgl. der Verwirklichung des (tatbezogenen) Mordmerkmals durch den Haupttäter hat (Tröndle/Fischer, § 211 Rn. 41 a). Die ganz herrschende Meinung geht davon aus, dass insofern ein Eventualvorsatz des Anstifters ausreichend ist und dieser die Haupttat auch nicht in allen Einzelheiten, sondern nur in ihren wesentlichen Zügen (als "konkret-individualisierbares Geschehen") zu kennen braucht (BGHSt 34, 63 ff.; Wessels/Beulke, AT, Rn. 572 mwN). Bzgl. der Verwirklichung von Mordmerkmalen durch den Haupttäter hat die herrschende Meinung jedoch beim Teilnehmer stets verlangt, dass dieser die Möglichkeit einer entsprechenden Tatbegehung vorhergesehen und billigend in Kauf genommen hat (BGH, NStZ 1996, 434; Rengier, BT 2, § 5 Rn. 1 f.), was aber zumindest voraussetzt, dass der Teilnehmer sich überhaupt Ge-

danken über eine entsprechende Tatbegehung durch den Haupttäter macht.

In Fortführung der Entscheidung BGH, NJW 2005, 996 (= RA 2005, 217) geht der BGH auch im vorliegenden Fall davon aus, dass es für einen Vorsatz des Anstifters bzgl. einer heimtückischen Tötung des Opfers durch den Haupttäter ausreicht, dass der Anstifter sich keine konkreten Gedanken über die Tatbegehung durch den Haupttäter macht, sondern aus Gleichgültigkeit mit jeder eintretenden Möglichkeit der Tatausführung einverstanden ist.

Anders als in der genannten Entscheidung ergibt sich im vorliegenden Fall eine weitere Besonderheit daraus, dass die Haupttat tatsächlich nicht ausgeführt wurde, sodass nur eine Strafbarkeit wegen versuchter Anstiftung (§ 30 I StGB) in Betracht kommt. In diesem Zusammenhang ist streitig, ob bzgl. der Anwendung von § 28 II StGB bei strafschärfenden, -ausschließenden oder -mildernden besonderen persönlichen Merkmalen im Rahmen von § 30 I StGB auf den Teilnehmer oder den Haupttäter abzustellen ist. Dieses Problem folgt letztlich aus dem Wortlaut des § 30 I StGB, demzufolge nur die versuchte Anstiftung zum Verbrechen strafbar ist. Bei einer Tatbestandsverschiebung über § 28 II StGB kann aber die Haupttat ein Verbrechen darstellen, während der Anstifter nur wegen Anstiftung zu einem Vergehen bestraft wird (oder umgekehrt). Nach der herrschenden Literatur ist die versuchte Anstiftung strafbar, wenn die Tat, sofern sie verwirklicht würde, für den Anstifter ein Verbrechen wäre (vgl. Schönke/Schröder-Cramer/Heine, § 30 Rn. 14; Lackner/Kühl, § 30 Rn. 2 mwN); dementsprechend ist eine gem. § 28 II StGB durchzuführende Tatbestandsverschiebung auch bei der versuchten Anstiftung zu berücksichtigen. Nach der Gegenauffassung ist bei der versuchten Anstiftung allein maßgeblich, ob die Haupttat, wie sie sich der Anstifter vorstellt, ein Verbrechen wäre (so BGH, StV 1987, 386; Jescheck/Weigend, AT, § 65 I 4 mwN); somit kann auch § 28 II StGB dem Anstifter bei der versuchten Anstiftung (anders als bei der vollendeten Anstiftung) nicht zugute kommen. Begründet wird die zweite Auffassung mit dem Strafgrund des § 30 I StGB, der nicht besonders gefährliche Beteiligte, sondern besonders gefährliche Taten bestrafen will; sie muss sich allerdings das Argument entgegen halten lassen, dass die versuchte Anstiftung nach ihrer Lösung streng akzessorisch an die Haupttat gebunden ist, während bei der vollendeten Anstiftung der (hier anwendbare) § 28 II StGB eine Druchbrechung der Akzessorietät erlaubt. Mit dieser Frage musste sich der BGH allerdings gar nicht befassen, da er ja die Mordmerkmale für strafbegründende Merkmale hält und deshalb allenfalls eine Strafmilderung gem. § 28 I StGB (und gerade keine Tatbestandverschiebung über § 28 II StGB) durchzuführen hat, der allerdings auch im Rahmen der versuchten Anstiftung unproblematisch Anwendung findet (Tröndle/Fischer, § 30 Rn. 6; Geppert, Jura 1997, 546 [549]).

Interessant sind die abschließenden Ausführungen des BGH. Bei einer versuchten Anstiftung zum Mord, bei der der Anstifter sich lediglich die Verwirklichung subjektiver Mordmerkmale durch den Haupttäter vorstellt und selbst keine solchen Merkmale aufweist, wäre die Strafe des Anstifters nach der Rechtsprechung grundsätzlich zweimal zu mildern (einmal gem. § 30 I 2 StGB und einmal gem. § 28 I StGB). Dies würde jedoch dazu führen, dass die Strafe letztlich milder wäre als die für eine versuchte Anstiftung zum Totschlag, bei der der Anstifter nur in den Genuss einer Strafmilderung (gem. § 30 I 2 StGB) käme. Deshalb geht der BGH davon aus, dass der Strafrahmen der versuchten Anstiftung zum Totschlag eine "Sperrwirkung" für den Strafrahmen der versuchten Anstiftung zum Mord entfalte in dem Sinne, dass die Strafe wegen versuchter Anstiftung zum Mord jedenfalls nicht geringer sein dürfe. Dies ist vor allem deshalb bemerkenswert, weil es bei einer vollendeten Anstiftung ganz normal ist, das der Strafrahmen der Anstiftung zum Mord bei einer Strafmilderung gem. §§ 28 I, 49 I Nr. 1 StGB - zumindest bzgl. der Mindeststrafe - geringer ausfällt als derjenige der Anstiftung zum Totschlag. Warum dies bei der versuchten Anstiftung anders sein muss, erklärt der BGH nicht.

Vertiefungshinweise:

❑ Zum Verhältnis der Tötungsdelikte: *BGH*St 1, 372; *BGH*, StV 1987, 386; NStZ-RR 2002, 39; RA 2003, 761; *Arzt*, JZ 1973, 681; *Küper*, JZ 1991, 761, 862, 910; *Küpper*, JuS 1991, 639; *Vietze*, Jura 2003, 394

❑ Zum Vorsatz des Anstifters bzgl. der Haupttat: *BGH*, NStZ 1996, 434; NJW 2005, 996 (= RA 2005, 217); *BayObLG*, JR 1992, 427; *Herzberg*, JuS 1987, 617; *Kretschmer*, NStZ 1998, 401; *Roxin*, JZ 1986, 908 ff.

❑ Zur Berücksichtigung besonderer persönlicher Merkmale i.S.v. § 28 II StGB bei § 30 I StGB: *BGH*St 6, 308; 8, 204; 14, 353; *BGH*, StV 1987, 386; *Geppert*, Jura 1997, 546; *Kühl*, JuS 1979, 874; *Schröder*, JuS 1967, 289; *Vogler/Kadel*, JuS 1976, 245

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs*: "Peter & Paul"

❑ *Examenskurs*: "Eifersucht ist eine Leidenschaft..."

Leitsätze (der Redaktion):

1. Verwirklicht der Haupttäter ein tatbezogenes Merkmal der zweiten Gruppe des § 211 StGB, so ist ist für eine Strafmilderung nach § 28 Abs. 1 StGB kein Raum. Ist das angestrebte Tötungsdelikt im Rahmen der versuchten Anstiftung gem. § 30 I

StGB nach der Vorstellung des Anstiftenden ein Heimtückemord, bleibt es somit bei der streng akzessorischen Bestrafung des Teilnehmers.
2. Für den Anstifter reicht bzgl. der Haupttat, auch soweit es die Verwirklichung der Mordmerkmale durch den Haupttäter betrifft, bedingter Vorsatz aus. Bedingten Vorsatz in diesem Sinne hat ein Straftäter aber auch dann, wenn er aus Gleichgültigkeit mit jeder eintretenden Möglichkeit einverstanden ist.

Sachverhalt:
Der Angeklagte ist Facharzt für Frauenheilkunde. Nach den Feststellungen betrieb seine Ehefrau K, die in der Praxis des Angeklagten als Sprechstundenhilfe gearbeitet hatte, seit dem August 2003 die Scheidung. Sie hatte bemerkt, "dass der Angeklagte - seiner langjährigen Neigung folgend - intime Beziehungen zu anderen Frauen, namentlich zu seinen Patientinnen, unterhielt", und fühlte sich von dem Angeklagten, der sie aus dem Praxisbetrieb ausgeschlossen hatte, in zunehmendem Maße gegängelt und in ihren persönlichen Freiheiten geknebelt. Der Angeklagte versuchte, seine Ehefrau, die das alleinige Sorgerecht für die beiden gemeinsamen Kinder beanspruchte, als ungeeignet für deren Erziehung darzustellen. Unter anderem wandte er sich an den sozialpsychiatrischen Dienst des Landkreises, um eine Einweisung seiner Ehefrau in eine psychiatrische Einrichtung herbeizuführen.
Nachdem das Familiengericht im Oktober 2003 K das Sorgerecht für die ehelichen Kinder übertragen und dem Angeklagten ein Umgangsrecht zugesprochen hatte, fasste der Angeklagte den Entschluss, seine Ehefrau töten zu lassen. Er hielt den Lebensgefährten einer seiner Patientinnen, A, für geeignet, die Tat auszuführen. Im Oktober oder November 2003 traf sich der Angeklagte in seiner Praxis mit A und dessen Freund M. Der Angeklagte bot die Zahlung von 40.000 Euro als Lohn für die Erfüllung des Auftrages, seine Ehefrau zu töten, an. A und M waren sich einig, den Auftrag keinesfalls auszuführen.
A wollte jedoch ausloten, wie weit der Angeklagte gehen würde. Nach einem weiteren Treffen mit A und M ließ der Angeklagte A zwei 500-Euro-Noten zukommen, von denen A eine an M weitergab. Im Dezember 2003 bot der Angeklagte M an, er werde 10.000 Euro mehr zahlen, wenn "sie bis zum Ende des Jahres verschwunden" sei. Anfang Januar 2004 suchte der Angeklagte die Lebensgefährtin von A auf und erklärte, "es solle jetzt endlich passieren, sie müsse bedenken, dass sie zwei Kinder habe. Sonst werde er sich sein Geld über ein Inkassounternehmen zurückholen." A befürchtete nach diesem "Auftritt" des Angeklagten, dass K ernsthaft in Gefahr sei. Er wandte sich deshalb an einen Rechtsanwalt, der die Polizei einschaltete. Der Angeklagte wurde am 10. Januar 2004 nach einem weiteren Treffen mit A, bei dem der Angeklagte erklärt hatte, die Sache müsse bis Mittwoch erledigt sein, in Untersuchungshaft genommen.

Aus den Gründen:

I. Entscheidung des Landgerichts
Das Landgericht hat den Angeklagten wegen versuchter Anstiftung zum Mord zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren verurteilt und deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt. Gegen diesen Strafausspruch richtet sich die zu Ungunsten des Angeklagten eingelegte Revision der Staatsanwaltschaft mit der Sachrüge. Das Rechtsmittel, das vom Generalbundesanwalt vertreten wird, hat Erfolg. [...]
Nach Auffassung des Landgerichts hat sich der Angeklagte der versuchten Anstiftung zum Mord schuldig gemacht, weil A und M, hätten sie die Tat ausgeführt, aus Habgier gehandelt hätten. Da der Angeklagte demgegenüber keines der Mordmerkmale des § 211 StGB verwirklicht habe, sei der gemäß § 30 Abs. 1 StGB gemilderte Strafrahmen von drei Jahren bis zu fünfzehn Jahren Freiheitsstrafe gemäß § 28 Abs. 1 StGB nochmals zu mildern, so dass von einem Strafrahmen von sechs Monaten bis zu elf Jahren und drei Monaten Freiheitsstrafe auszugehen sei.

II. Entscheidung des BGH
Der Strafausspruch hat keinen Bestand, weil schon die Strafrahmenwahl durchgreifenden rechtlichen Bedenken begegnet; damit kommt es auf die Einzelbeanstandungen der Beschwerdeführerin zu den Strafzumessungserwägungen im engeren Sinne nicht an. Dass nach der Vorstellung des Angeklagten von den Tatumständen (vgl. BGHR StGB § 28 Abs. 1 Merkmal 3) die Vorraussetzungen für die obligatorische (vgl. BGHR aaO) Strafmilderung nach § 28 Abs. 1 StGB vorliegen, ist durch die bisherigen Feststellungen nicht rechtsfehlerfrei belegt.

1. Zum Fehlen täterbezogener Mordmerkmale beim Angeklagten
Allerdings ist die Annahme des Landgerichts, bei dem Angeklagten liege keines der Mordmerkmale vor, soweit es die täterbezogenen Merkmale betrifft, im Ergebnis rechtlich nicht zu beanstanden. Das Landgericht hat, wie die Urteilsausführungen belegen, nicht verkannt, dass die Anwendung des § 28 Abs. 1 StGB ausgeschlossen ist, wenn sowohl Teilnehmer als auch Täter ein täterbezogenes Mordmerkmal verwirklicht haben und diese Merkmale gleichartig sind (vgl. BGHSt 23, 39, 40; BGH NJW 2005, 996, 997).

a. Zum Fehlen eigener Habgier des Angeklagten
Anhaltspunkte dafür, dass der Angeklagte selbst aus Habgier gehandelt haben könnte, enthalten die Urteilsfeststellungen nicht.

b. Zum Fehlen niedriger Beweggründe des Angeklagten

Auch die Nichtannahme des Mordmerkmals der niedrigen Beweggründe weist keinen durchgreifenden Rechtsfehler auf. Nicht jede Tötung des Intimpartners, die geschieht, weil sich dieser vom Täter abwenden will, ist deswegen zwangsläufig schon aus niedrigen Beweggründen begangen (vgl. BGH StV 1997, 290). Vielmehr beruht eine solche Tat bei einem Motivbündel nur dann auf niedrigen Beweggründen, wenn das Hauptmotiv oder die vorherrschenden Motive, die der Tat ihr Gepräge geben, nach allgemeiner sittlicher Wertung auf tiefster Stufe stehen (vgl. BGHR § 211 Abs. 2 niedrige Beweggründe 20). Die Wertung des Landgerichts, im Hinblick darauf, dass es sich um einen durch wechselseitige Vorwürfe und Demütigungen geprägten Beziehungskonflikt gehandelt habe, und im Hinblick auf die Auseinandersetzungen um das Sorgerecht für die Kinder seien die Beweggründe des Angeklagten "jedenfalls" nachvollziehbar, ist deshalb rechtlich nicht zu beanstanden.

2. Zum Vorsatz des Angeklagten bzgl. einer heimtückischen Tötung des Opfers durch die Haupttäter

Durchgreifenden rechtlichen Bedenken begegnet jedoch die - pauschale - Verneinung des Mordmerkmals der Heimtücke. Würde der Haupttäter nach der Vorstellung des Anstiftenden von den Tatumständen bei dem angestrebten Tötungsdelikt ein tatbezogenes Merkmal der zweiten Gruppe des § 211 StGB verwirklichen, ist für eine Strafmilderung nach § 28 Abs. 1 StGB kein Raum (vgl. BGH NJW 2005, 996, 997 m.w.N.). Ist das angestrebte Tötungsdelikt nach der Vorstellung des Anstiftenden ein Heimtückemord, bleibt es bei der streng akzessorischen Bestrafung des Teilnehmers, so dass bei einer versuchten Anstiftung zum Heimtückemord der nur einmal nach § 30 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. § 49 Abs. 1 Nr. 1 StGB gemilderte Ausgangsstrafrahmen von drei Jahren bis fünfzehn Jahren Freiheitsstrafe zu Grunde zu legen ist. Zu der Frage, ob der Vorsatz des Angeklagten eine mögliche Verwirklichung des Mordmerkmals der Heimtücke bei der angestrebten Tötung seiner Ehefrau durch die damit beauftragten Täter umfasste, verhalten sich die Urteilsgründe jedoch nicht. Das ist unter den hier gegebenen Umständen rechtsfehlerhaft: Für den Anstifter reicht, auch soweit es die Verwirklichung der Mordmerkmale durch die mit der Ausführung der Tat Beauftragten betrifft, bedingter Vorsatz aus (vgl. BGHSt 44, 99; BGH NJW 2005, 996, 997). Bedingten Vorsatz in diesem Sinne hat ein Straftäter aber auch dann, wenn er aus Gleichgültigkeit mit jeder eintretenden Möglichkeit einverstanden ist (vgl. BGHSt 40, 304, 306 f.). Nach den Feststellungen hatte der Angeklagte hinsichtlich der eigentlichen Durchführung der Tat keine Vorgaben gemacht. Dass die Tötung in offener Konfrontation ausgeführt werden würde, lag nach den gesamten Umständen fern (vgl. BGH NJW 2005, 996, 997). Danach liegt, zumal der Anstiftervorsatz die fremde Haupttat nicht in allen Einzelheiten, sondern nur in ihren Hauptmerkmalen erfassen muss, die Annahme einer versuchten Anstiftung zur heimtückischen Tötung nahe.

3. Auswirkung des Rechtsfehlers nur bzgl. des Strafausspruchs

Der aufgezeigte Rechtsfehler führt zur Aufhebung nur des Strafausspruchs, denn die Prüfung eines bedingten Vorsatzes des Angeklagten hinsichtlich des weiteren Mordmerkmals der Heimtücke lässt den Schuldspruch wegen versuchter Anstiftung zum Mord unberührt. Dieser ist, unabhängig da von, ob sich der Vorsatz des Angeklagten auch auf eine heimtückische Tatbegehung erstreckte, schon deshalb gerechtfertigt, weil der Angeklagte nach den Feststellungen davon ausging, die von ihm mit der Tatausführung Beauftragten würden die Tat allein des Geldes wegen, mithin aus Habgier, begehen. Die Frage, ob der Angeklagte mit der Möglichkeit einer heimtückischen Tatbegehung rechnete und diese in Kauf genommen hat, kann hiervon losgelöst geprüft und entschieden werden (vgl. BGHSt 41, 222). Insoweit sind ungeachtet des rechtkräftigen Schuldspruchs ergänzende Feststellungen durch den neuen Tatrichter, die zu den bisher getroffenen nicht in Widerspruch stehen, möglich.

4. Zum Fehlen von Rechtsfehlern zum Nachteil des Angeklagten

Die gemäß § 301 StPO gebotene Nachprüfung des Urteils hat keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten ergeben. Dies gilt insbesondere auch für die Erwägungen, mit denen das Landgericht eine erhebliche Verminderung der Steuerungsfähigkeit des Angeklagten im Sinne des § 21 StGB ausgeschlossen hat.

III. Hinweise des BGH für die neue Hauptverhandlung

Für die neue Hauptverhandlung weist der Senat vorsorglich auf Folgendes hin: Bei einer doppelten Milderung des Strafrahmens des § 211 StGB gemäß § 49 StGB im Hinblick auf § 30 Abs. 1 und auf § 28 Abs. 1 StGB würde die versuchte Anstiftung zum Mord mit sechs Monaten Freiheitsstrafe eine wesentlich geringere Mindeststrafe nach sich ziehen, als eine versuchte Anstiftung zum Totschlag, weil der Strafrahmen des § 212 StGB nur einmal im Hinblick auf § 30 StGB zu mildern wäre. Eine versuchte Anstiftung zum Totschlag zöge mithin eine Freiheitsstrafe von zwei Jahren als Mindeststrafe nach sich. Die Frage, ob in derartigen Fällen der Beteiligung am Mord zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen die für eine Beteiligung am Totschlag zu verhängende Mindeststrafe eine "Sperrwirkung" entfaltet, diese also nicht unterschritten werden kann, hat der Bundesgerichtshof bisher offen gelassen (dazu neigend BGH, Beschluss vom 30.

Juni 2005 - 1 StR 227/05 m. N.). Der Senat bejaht diese Frage. Bei Gesetzeskonkurrenz entfaltet ebenso wie bei Tateinheit (§ 52 Abs. 2 Satz 2 StGB) das zurücktretende Delikt eine Sperrwirkung hinsichtlich der Mindeststrafe (st. Rspr., vgl. BGHSt 1, 152, 156; BGH NStZ 2003, 440 m. w. N.).
Für die nach ständiger Rechtsprechung (seit BGHSt 1, 368, 370, vgl. auch BGHSt 36, 231, 233) als eigenständig zu begreifenden Straftatbestände der §§ 211, 212 StGB kann nicht anderes gelten, denn der Unrechtsgehalt des Totschlags ist im Mord enthalten (vgl. BGHSt 36, 231, 235), weil die vorsätzliche Tötung im Sinne des § 212 notwendiges Merkmal auch des § 211 StGB ist (vgl. BGHSt 1, 368, 370; 36, 231, 235).

Standort: §§ 212, 15 StGB — Problem: Feststellung des Tötungsvorsatzes

BGH, URTEIL VOM 13.12.2005
1 STR 410/05 (NJW 2006, 386)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte A hatte die dreijährige Tochter seiner Lebensgefährtin über einen Zeitraum von mehreren Tagen in erheblicher Weise misshandelt. Er wollte sie für ihr "Fehlverhalten" (z.B. Bemalen von Papier oder Krümeln mit Brot) bestrafen, indem er sie in einen eiskalten Raum sperrte, sie mit einem Ledergürtel schlug und ihr mit einem heißen Feuerzeug Verbrennungen zufügte. Schließlich versetzte er ihr einen so heftigen Schlag mit der flachen Hand, dass sie mit dem Kopf gegen die Wand schlug und bewusstlos wurde. Der Angeklagte und die mitangeklagte C, die Mutter des Kindes, riefen dennoch zunächst keinen Arzt. Erst am Nachmittag des nächsten Tages legten sie das Kind Krankenhaustoilette ab, wo dieses schließlich auch gefunden wurde, aber nicht mehr gerettet werden konnte. Das Landgericht Memmingen hatte die Angeklagten wegen Misshandlung Schutzbefohlener (§ 225 StGB) und Körperverletzung mit Todesfolge (§ 227 StGB) verurteilt; eine Strafbarkeit wegen Totschlags oder Mordes hatte das Landgericht verneint, da ein Tötungsvorsatz nicht nachweisbar sei. Dieser Wertung widerspricht der BGH in der vorliegenden Entscheidung und hob das Urteil auf.

Prüfungsrelevanz:

Irrtumsprobleme und Fragestellungen im Rahmen des Vorsatzes, insbesondere die vom BGH im vorliegenden Fall vorgenommene Abgrenzung zwischen bedingtem Vorsatz (dolus eventualis) und bewusster Fahrlässigkeit, stellen häufig den Gegenstand von Examensaufgaben - insb. in mündlichen Prüfungen - dar. Insofern werden von den Prüflingen im ersten Examen detaillierte Kenntnisse zu den entsprechenden Ansätzen in der Literatur verlangt, im zweiten Examen zu den für eine entsprechende Verurteilung erforderlichen Feststellungen.

Zur Abgrenzung von (bedingtem) Vorsatz und (bewusster) Fahrlässigkeit werden in der Literatur zahlreiche Auffassungen vertreten (vgl. die Übersicht bei Schönke/Schröder-Cramer/Sternberg-Lieben, § 15 Rn. 72 ff.). Während Teile der Literatur unter Berufung auf den Wortlaut des § 16 I 1 StGB für das Vorliegen des (Eventual-) Vorsatzes lediglich ein intellektuelles Element verlangen (sog. non-voluntative Theorien, vgl. die Darstellungen bei Küpper, ZStW 100, 758 ff. und Roxin, AT 1, § 12 Rn. 21 ff.), gehen Rechtsprechung und herrschende Lehre davon aus, dass alle Vorsatzformen - also auch der dolus eventualis - sowohl ein Wissens- als auch ein Wollenselement aufweisen. Nach der vom BGH und der herrschenden Literatur vertretenen Billigungs- oder Einwilligungstheorie ist ein bedingter Vorsatz dann gegeben, wenn der Täter den Eintritt des Erfolges für möglich hält und diesen billigend in Kauf nimmt (BGHSt 7, 363), wobei es für ein "Billigen" in diesem Sinne genügt, dass der Täter sich mit dem Erfolg abfindet, selbst wenn ihm dieser eigentlich unerwünscht sein sollte (BGHSt 36, 1). Eine bewusste Fahrlässigkeit hingegen liegt vor, wenn der Täter zwar die Möglichkeit der Tatbestandsverwirklichung erkennt, aber auf deren Ausbleiben vertraut. Das heißt, nach herrschender Meinung unterscheiden sich Eventualvorsatz und bewusste Fahrlässigkeit lediglich im voluntativen Element.

Gerade im Bereich der Tötungsdelikte stellt der BGH jedoch im Hinblick auf die insofern bestehende hohe Hemmschwelle besonders hohe Anforderungen an die Feststellung eines Tötungsvorsatzes (vgl. Lackner/Kühl, § 212 Rn. 3 mwN). In der Vergangenheit hat der BGH allerdings einen solchen Vorsatz angenommen, wenn die Handlung des Täters eine äußerst gefährliche Gewalthandlung darstellte (vgl. BGH, NStZ 1986, 550; 2001, 475; StV 1997, 7). Das Landgericht Memmingen war dieser Rechtsprechung grundsätzlich gefolgt, hatte jedoch in der im vorliegenden Fall zu prüfenden Handlung eines besonders heftigen Schlages mit der flachen Hand gegen den Kopf eines dreijährigen Kindes, der insb. die Gefahr begründete, dass das Kind mit dem Kopf gegen einen harten Gegenstand schlagen würde, keine "äußerst", sondern nur eine "besonders" gefährliche Gewalthandlung gesehen und deshalb einen Tötungsvorsatz des Angeklagten A verneint. Der BGH verwehrte sich im vorliegenden Urteil gegen diese Nuancierung und zeigt sehr schön auf, dass im Rahmen der Feststellungen des Tatsachengerichts auch keine überspitzten Anforderungen an die zur Annahme eines Tötungsvorsatzes erforderlichen Feststellungen gemacht werden dürfen.

Vertiefungshinweise:

❑ Zur Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit: *BGH*, NStZ 1999, 508; 2003, 259; *Küper*, ZStW 100, 758; *Schroth*, JuS 1992, 1

❑ Zu den Anforderungen an den Tötungsvorsatz: *BGH*, NStZ 2002, 541; 2004, 331; RA 2003, 178; *Altvater*, NStZ 2002, 20

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs*: "Der eiskalte Engel"

Leitsätze (der Redaktion):

1. Auch bei der Prüfung des Vorliegens eines (bedingten) Vorsatzes ist die Beweiswürdigung Sache des Tatrichters und revisionsrechtlicher Überprüfung nur eingeschränkt zugänglich. Wenn bei der Beantwortung der Frage, ob Angeklagte vorsätzlich, bedingt vorsätzlich oder (bewusst) fahrlässig gehandelt haben, allein aus äußeren Umständen auf deren innere Einstellung zur Tat geschlossen werden muss, bedarf es jedoch einer umfassenden Würdigung des insoweit relevanten festgestellten Sachverhalts.

2. Bei "äußerst" gefährlichen Gewalthandlungen liegt es grundsätzlich nahe, dass der Täter auch mit der Möglichkeit rechnet, das Opfer könne dabei zu Tode kommen, wenn dies für sich allein betrachtet aber noch kein zwingender Beweisgrund für die Billigung eines Todeserfolges durch den Täter ist (sog. voluntatives Element des Vorsatzes).

Sachverhalt:

Der 1973 in Deutschland geborene, hier aufgewachsene und zur Tatzeit 30-jährige Angeklagte A konsumierte insbesondere im Alter von 12 bis 15 Jahren exzessiv gewalthaltige Videofilme und Computerspiele. Nach der achten Klasse verließ er die Hauptschule ohne Abschluss. Sein anschließendes Leben war bei kurzfristigen Ausbildungs- und Arbeitsverhältnissen geprägt von Drogen- und Alkoholkonsum, Arbeitslosigkeit, der Begehung von - auch gewalttätigen - Straftaten, dadurch bedingten Haftzeiten sowie von zahlreichen Drogentherapien beziehungsweise Therapieversuchen. Zuletzt wurde er mit Methadon substituiert. Die zur Tatzeit 24-jährige Angeklagte C kam im Jahre 1979 in Polen zur Welt. Nach ihrer Schulzeit führte sie ein unstetes Leben in Polen und Deutschland unter Erwerbstätigkeit im Amüsierbereich. Drogen (Marihuana, Ecstasy und Kokain) konsumierte sie zuletzt nicht mehr. Bier, Wein und Schnaps nimmt sie seit ihrem 14. Lebensjahr regelmäßig, manchmal auch im Übermaß, zu sich.

Im Alter von 21 Jahren wurde die Angeklagte von einem anderweitig gebundenen, etwa 15 Jahre älteren Mann - Türsteher, Bodyguard und damals ihr Zuhälter - ungewollt schwanger. Am 6. Dezember 2000 wurde K, das spätere Tatopfer, in R. geboren. Während der ersten drei

Monate betreute die Angeklagte ihre Tochter selbst. Dann überließ sie dies weitgehend anderen Personen, darunter ihrer in L. wohnhaften Mutter. Der Austausch von Zärtlichkeiten zwischen der Angeklagten und K war die Ausnahme. Das Kind wurde von der Angeklagten öfters angeschrieen und beschimpft. Gelegentlich erhielt es Ohrfeigen. Zu weiteren Misshandlungen kam es jedoch nicht.

Im November 2003 fanden sich die Angeklagten und lebten von da an zusammen, zunächst in der Wohnung der Mutter der Angeklagten. Nach einem Wutanfall des Angeklagten - wobei er mit dem Kopf einen Spiegel zertrümmert hatte - der Wohnung verwiesen, fanden die Angeklagten in der zweiten Dezemberhälfte 2003 Unterschlupf im Einfamilienhaus eines Bekannten des Angeklagten im Stadtteil B. Zwischen den Angeklagten gab es häufig Streit, wobei der Angeklagte seiner Lebensgefährtin auch Ohrfeigen versetzte. Im Übrigen verbrachten sie die Vormittage meist im Bett und die Nachmittage mit dem Konsum von Alkohol und mit Fernsehen. K spielte währenddessen oder sollte schlafen. Wegen "Nichtigkeiten", wie Hinauszögerns des angeordneten Mittagsschlafs, Problemen beim abendlichen Einschlafen, langsamen Essens und ähnlicher typisch kindlicher Verhaltensweisen ärgerte sich der Angeklagte. Er beschloss, K mittels Strafen zu "erziehen".

Vom 1. Januar 2004 an unterzog der Angeklagte K deshalb einer Tortur, die am 4. Januar 2004 mit der Beifügung der zum Tode des Kindes führenden Verletzungen endete. Die Angeklagte, die alles miterlebte, und sich ihrer Fürsorgepflicht gegenüber ihrer Tochter bewusst war, widersetzte sich den Übergriffen des Angeklagten nicht mit der gebotenen - und ihr zumutbaren - Entschiedenheit. Erreichbare Hilfe, z.B. beim Wohnungsgeber oder von anderen Personen, suchte sie nicht. Sie unternahm auch nicht den Versuch, unter Mitnahme der Tochter auszuziehen, etwa zurück zur Mutter. Nur gelegentlich setzte sie zum Widerstand an. In Einzelfällen wirkte sie demgegenüber sogar aktiv an den Misshandlungen ihrer Tochter durch den Angeklagten mit. Entsprechend der Forderung des Angeklagten, dass das Kind, das er immer wieder als Bastard bezeichnete, weg müsse, hatten die Angeklagten auch erwogen, das Kind vor einem Wohnanwesen oder in einer Kirche auszusetzen oder nach Polen zu verbringen. "Keiner der Angeklagten unternahm jedoch einen Versuch, einen dieser Pläne in die Tat umzusetzen." Von einer Tötung des Kindes war aber nie die Rede.

Folgende einzelne Vorfälle vermochte die Strafkammer dann festzustellen, wobei ihr eine genaue zeitliche Einordnung nur teilweise möglich war. Am 1. Januar 2004 bemalte K in der Wohnung herumliegendes Papier, was missfiel. Zur Strafe brachte der Angeklagte

K in einen unbeheizten Raum, die so genannte "Kalte Kammer". Dort schlug er dem Kind zunächst mit einem Holzstab auf die Finger beider Hände, so dass jene rot anliefen und anschwollen. Dann musste K, nur mit einem kurzärmligen T-Shirt und mit einer Strumpfhose bekleidet, bei geöffnetem Fenster und bei Minustemperaturen im Außenbereich, einige Stunden in der "Kalten Kammer" stehen bleiben. Nachdem sich der Angeklagte beruhigt hatte, cremte er Ks geschwollene Hände ein und verband sie.

Zum Ärger des Angeklagten spielte K am Morgen des 2. Januar 2004 mit der letzten gefüllten Methadonflasche, die dem Angeklagten noch zur Verfügung stand. Er erhitze mit einem Feuerzeug den Plastikverschluss einer leeren Methadonflasche, packte die am Unterkörper entblößte K am Nacken, drückte sie mit dem Gesicht auf eine Matratze und presste die angeschmorte Spitze des Verschlusses mit Drehungen auf das Gesäß und die Oberschenkel des Mädchens. Dies wiederholte der Angeklagte mehrfach so wohl an diesem wie auch am nächsten Tag. Die Angeklagte half hierbei dem Angeklagten jeweils "weisungsgemäß", das Kind festzuhalten.

Bei anderer Gelegenheit zwang der Angeklagte K, sich mit dem Bauch auf den Boden zu legen. Dann schlug er mit einem Ledergürtel so auf das entblößte Kind ein, dass es vom Rücken bis zu den Kniekehlen etwa sechs rote Striemen erlitt. Nach diesem Vorfall drohte die Angeklagte dem Angeklagten, ihn zu verlassen. Er entschuldigte sich, cremte das Kind ein und bandagierte es.

Zu einem weiteren Zeitpunkt versetze der Angeklagte dem Kind einen Schlag mit der flachen Hand ins Gesicht, sodass das Mädchen mit dem Kopf gegen die Wand prallte. An einem der Abende holte der Angeklagte K aus dem ungeheizten Keller - dorthin hatte er sie einige Stunden zuvor verbracht - ins Schlafzimmer, haute ihr das schnurlose Telefon zwei Mal gegen den Kopf, setzte sich mit der Angeklagten auf das Bett und schlug dem vor ihm stehenden Kind mit der Hand so gegen den Hinterkopf, dass es mit dem Gesicht auf der Kommode aufschlug und dann zu Boden fiel. Dies wiederholte er auf ähnliche Art und Weise noch vier Mal, allerdings ohne dass sich das Mädchen erneut an der Kommode stieß. K erlitt an den Ohren und im Gesicht blutende Verletzungen. Diese cremte der Angeklagte dann zwar ein und ließ den Kopf des Kindes von der Angeklagten in ein Tuch wickeln. Dann verbrachte er K aber wieder in einen unbeheizten und dunklen Kellerraum und zwang sie, sich - Schuhe trug sie nicht - ohne Abstützen an der Wand auf einem Bein hinzustellen. Die Angeklagte versuchte nun, telefonisch polizeiliche Hilfe herbeizurufen. Dies unterband der Angeklagte, indem er ihr das schnurlose Telefon entriss.

In einer weiteren Nacht brachte der Angeklagte die bereits verletzte und am Auge stark geschwollene K erneut in den Keller und legte sie bäuchlings auf einem Schrank ab. Von dort zog er sie einige Stunden später an den Beinen fassend wieder herunter und ließ sie in einem Nebenraum im Keller, wiederum auf einem Bein stehend, zurück. Erst am Morgen durfte die Angeklagte das vor Kälte zitternde Kind ins Bett bringen.

Als beim Essen Brotkrümel herunterfielen, schlug der Angeklagte K mit der flachen Hand gegen den Kopf, brachte das Kind in die kalte Speisekammer und dann in den Keller. Nach einigen Stunden holte er K - ihre Augen waren zugeschwollen, sie blutete, ihre Haare hatte ihr der Angeklagte teilweise, tonsurartig, ausgerissen - nach oben, indem er sie an der Kleidung am Hals packte und so die Treppe hinauftrug, der auf dem Bett sitzenden Angeklagten vor die Füße warf, wobei das laut schreiende und weinende Kind mit dem Kopf am Nachttisch anschlug. Die Angeklagte sollte das Mädchen waschen, da es eingekotet hatte. Als K in der Badewanne wegen eines Wasserspritzers ins Gesicht aufschrie, schlug ihr der Angeklagte mit dem Duschkopf auf den Kopf. Anschließend rasierten die Angeklagten dem Mädchen die restlichen Haare vom Kopf. Kurze Zeit später schlug der Angeklagte K mit der flachen Hand gegen die Brust, so dass sie gegen einen Schrank fiel und zu Boden sank. Der Angeklagte riss sie an den Kleidern hoch und warf sie zuerst aufs Bett. Dann sollte sich K ins Zimmereck stellen.

K sank jedoch kraftlos zu Boden. Der Angeklagte verweigerte dem Mädchen gleichwohl zunächst den Schlaf, bis sie sich auf ein auf dem Boden zubereitetes Lager legen durfte. Als der Angeklagte bemerkte, dass sie eingenässt hatte, drückte er eine brennende Zigarette an ihrem Knie aus.

Am Nachmittag des 4. Januar 2004 sperrte der Angeklagte K in den Tankraum im 2. Untergeschoss. Am Abend, nach der Rückkehr der Angeklagten vom Besuch bei einer Nachbarin drückte der Angeklagte den heißen Kopf eines Feuerzeugs auf die nackte Haut des Kindes. Später öffnete er mindestens vier Brandblasen vollends und cremte sie ein.

Als der Angeklagte im weiteren Verlauf des Abends über die Angeklagte in Wut geraten war, reagierte er sich an K ab. Er schlug sie mit einem Ledergürtel ins Gesicht und auf den Kopf. Danach schlug er das Kind mit der flachen linken Hand "mit einer Wucht von mindestens 80 G" seitlich gegen das Gesicht, so dass K mit dem Kopf gegen die Zimmerwand prallte. K röchelte und sank bewusstlos zu Boden. Der Angeklagte rief aus: "Das wollte ich nicht".

Den Angeklagten gelang es nicht, K wieder zu Bewusstsein zu bringen. Sie hofften dennoch, der Zustand des regelmäßig atmenden Kindes werde sich bessern. Sie rechneten nicht mit dessen Ableben. Am Tag darauf entschlossen sich die Angeklagten um 9.00 Uhr, K in einer stark frequentierten Toilette eines Krankenhauses abzulegen. Erst fünf Stunden später setzten sie dies kurz nach 14.00 Uhr im Stiftungskran-

kenhauses W. in die Tat um. Um 15.45 Uhr wurde K gefunden. Trotz sofortiger Intensivbehandlung erlangte sie das Bewusstsein nicht mehr und verstarb am 7. Januar 2004 um 10.40 Uhr. Todesursache war eine zentrale Lähmung aufgrund einer raumgreifenden Blutung unter die harte Hirnhaut, verursacht durch den vom Angeklagten zuletzt geführten Schlag und den Aufprall des Kopfes von K gegen die Wand. Dieser tödliche Ausgang wäre auch bei sofortiger ärztlicher Hilfe nicht auszuschließen gewesen.
Die Angeklagten hatten sich bereits am 6. Januar 2004, nachdem sie im Rundfunk vom Auffinden des Kindes gehört hatten, auf Drängen des Angeklagten auf die Flucht begeben. Bereits wenige Tage später konnten sie in B. festgenommen werden, nachdem die Angeklagte, die mit einer weiteren Flucht in die Türkei nicht einverstanden war, polizeiliche Hilfe in Anspruch genommen hatte.

Aus den Gründen:

I. Entscheidung des Landgerichts; Rechtsmittel
[...] Die Schwurgerichtskammer des Landgerichts Memmingen hat beide Angeklagte wegen Misshandlung einer Schutzbefohlenen (§ 225 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3 Nr. 1 StGB) in Tateinheit mit Körperverletzung mit Todesfolge (§ 227 Abs. 1 StGB) - bei der Angeklagten begangen durch Unterlassen (§ 13 StGB) zu Freiheitsstrafen verurteilt, den Angeklagten - wegen erheblicher Verminderung der Steuerungs- und damit der Schuldfähigkeit zur Tatzeit ausgehend von dem nach den §§ 21, 49 Abs. 1 StGB herabgesetzten Strafrahmen des § 227 Abs. 1 StGB - zu der Freiheitsstrafe von zehn Jahren und drei Monaten, die Angeklagte - unter Herabsetzung des Strafrahmens des § 227 Abs. 1 StGB gemäß §§ 13 Abs. 2, 49 Abs. 1 StGB - zu der Freiheitsstrafe von fünf Jahren und sechs Monaten. Außerdem verfügte die Strafkammer die Unterbringung des Angeklagten in einem psychiatrischen Krankenhaus, bei Anordnung des Vorwegvollzugs von drei Jahren Freiheitsstrafe. Tötungsvorsatz im Zusammenhang mit dem tödlichen Schlag hat die Strafkammer bei beiden Angeklagten verneint.
Dies, sowie die fehlende Prüfung einer Strafbarkeit jedenfalls wegen versuchten Mordes durch Unterlassen nach dem Schlag (keine sofortige Herbeiholung ärztlicher Hilfe) beanstandet die Staatsanwaltschaft mit ihrer zu Ungunsten der Angeklagten eingelegten sowie auf die Sachrüge und einige Formalrügen gestützte Revision und erstrebt die Aufhebung des Urteils. Das Rechtsmittel der Staatsanwaltschaft hat schon mit der Sachrüge Erfolg. Die Beweiswürdigung zur Feststellung fehlenden bedingten Tötungsvorsatzes ist nicht frei von Rechtsfehlern. Auf die Formalrügen kommt es deshalb nicht mehr an.

II. Begründung des Landgerichts

1. Zum Fehlen des (bedingten) Tötungsvorsatzes bei den Angeklagten
- Bedingten - Tötungsvorsatz vermochte die Strafkammer weder bei dem Angeklagten A noch bei der Angeklagten C festzustellen.
Der Angeklagte habe sich unwiderlegt dahin eingelassen, dass er mit einem tödlichen Ausgang nicht gerechnet habe. Dass derartige Schläge gegen den Kopf wegen der dadurch ausgelösten Rotationsbewegung "besonders" gefährlich sind und in Folge des Risses der Brückenvene zu einer tödlichen Hirnblutung führen kann, sei auch kein Allgemeinwissen. Der Angeklagte habe diese Kenntnis bestritten. Bei Schlägen mit der flachen Hand handele es sich auch nicht um "äußerst" gefährliche Gewalthandlungen und sie stünden - wie die Vorverurteilungen erhellten - am unteren Ende der Skala von Gewalttätigkeiten des Angeklagten. Auch habe das Kind - so die Strafkammer weiter - auf frühere gleichartige Schläge "nicht in einer Weise reagiert, dass der Angeklagte es für möglich halten musste, dass derartige Schläge tödlich sein könnten". Schließlich seien die Überraschung des Angeklagten nach dem Eintritt der Bewusstlosigkeit und die sofort einsetzenden hektischen Rettungsbemühungen "mit einem Wollen des Todes des Kindes nicht vereinbar".

2. Zur verminderten Schuldfähigkeit (§ 21 StGB) des Angeklagten A
Das Landgericht kam zu dem Ergebnis, dass der Angeklagte A im Zustand verminderter Schuldfähigkeit (§ 21 StGB) handelte. Bei ihm lägen, so die sachverständig beratene Strafkammer, massive Persönlichkeitsstörungen (dissozial - ICD 10 F 60.2 - und emotional instabil vom Borderline-Typ ICD 10 F 60.3 -) vor, die hier als schwere andere Abartigkeit im Sinne von § 20 StGB zu bewerten sind, sowie eine als krankhafte seelische Störung im Sinne des § 20 einzuordnende Polytoxikomanie - ICD 10 F 19.2 - mit Abhängigkeiten von Heroin und Benzodiazepinen bei zusätzlichem chronischen Missbrauch von Alkohol vor. Dadurch sei die Steuerungsfähigkeit (§ 21 StGB) des Angeklagten zu den Tatzeitpunkten erheblich vermin dert gewesen.

III. Entscheidung des BGH

1. Zum Vorliegen von bedingtem Tötungsvorsatz bei den Angeklagten
Die Erwägungen, mit denen das Landgericht zu der Feststellung gelangte, die Angeklagten hätten nicht mit bedingtem Tötungsvorsatz gehandelt, halten rechtlicher Überprüfung nicht stand. Zwar ist auch insoweit die Beweiswürdigung Sache des Tatrichters und revisionsrechtlicher Überprüfung nur eingeschränkt zugänglich. Wenn bei der Beantwortung der Frage, ob Angeklagte vorsätzlich, bedingt vorsätzlich oder (bewusst) fahrlässig gehandelt haben, allein aus äußeren Umständen auf deren innere Einstellung zur Tat ge-

schlossen werden muss, bedarf es jedoch einer umfassenden Würdigung des insoweit relevanten festgestellten Sachverhalts (vgl. BGH NStZ 2004, 35, 36). Dem genügen die Darlegungen der Strafkammer nicht; sie sind widersprüchlich und lassen eine umfassende Auseinandersetzung mit allen für die Bewertung der subjektiven Tatseite relevanten Umständen sowie der Persönlichkeit der Angeklagten vermissen. Zudem hat die Strafkammer zu hohe Anforderungen an die Feststellung des bedingten Vorsatzes gestellt.

Im Ansatz zutreffend geht die Strafkammer zwar zunächst davon aus, dass es bei „äußerst" gefährlichen Gewalthandlungen grundsätzlich nahe liegt, dass der Täter auch mit der Möglichkeit rechnet, das Opfer könne dabei auch zu Tode kommen, wenn dies für sich allein betrachtet aber noch kein zwingender Beweisgrund für die Billigung eines Todeserfolges durch den Täter ist (sog. voluntatives Element des Vorsatzes, vgl. BGH NStZ 2001, 475, 476). Schon die Grundvoraussetzung - äußerst gefährlich - verneint die Strafkammer dann aber, indem sie die vom Angeklagten ausgeübte und von der Angeklagten hingenommene Tathandlung lediglich als "besonders" gefährlich bewertet. Abgesehen davon, dass allein aus dieser Nuance bei der erforderlichen Gesamtbetrachtung kaum tragfähige Schlussfolgerungen zum Tötungsvorsatz zuverlässig gezogen werden können, ist die Begründung für diese Herabstufung des Gefährlichkeitsgrads nicht tragfähig.

Die Strafkammer hebt entscheidend darauf ab, der Angeklagte habe "das Kind unwiderlegbar lediglich mit der flachen Hand und nicht etwa mit der Faust oder irgendwelchen Gegenständen gegen den Kopf geschlagen".

Damit lässt das Landgericht bei der Bewertung dieses Vorgangs im Hinblick auf die subjektive Tatseite einen entscheidenden Teil des an anderer Stelle festgestellten Sachverhalts außer Acht, nämlich das Aufprallen des Kopfes auf die Wand infolge des wuchtigen Schlages. Mit dieser verkürzten Betrachtung setzt sich die Strafkammer zudem in Widerspruch zu den Darlegungen des Sachverständigen Prof. Dr. E., "denen sich die Kammer anschließt". Danach "war sowohl ein Faustschlag als auch ein mit Wucht (mindestens 80 G) geführter Schlag mit einer flachen Hand und anschließendem Aufprall des Kopfes gegen einen festen Gegenstand geeignet, die tödliche Blutung mit Abriss einer Brückenvene auszulösen". Die Tathandlung des Angeklagten entsprach also einem Faustschlag und war nicht weniger gefährlich. Das Aufschlagen des Kopfes war auch vorhersehbar. Auch schon früher traktierte der Angeklagte K mehrfach so, dass deren Kopf gegen einen festen Gegenstand (Wand, Kommode, Nachttisch) prallte.

Die Strafkammer stellt des weiteren zu hohe Anforderungen an den Umfang der Kenntnis über die möglichen Folgen eines Schlages gegen den Kopf, wenn sie meint, "tatsächlich gehört es nicht zum allgemeinen Erfahrungswissen, dass seitliche Schläge gegen den Kopf im Kieferbereich wegen der dadurch ausgelösten Rotationsbewegungen von besonderer Gefährlichkeit sind und zum Riss der Brückenvene mit der Folge einer tödlichen Hirnblutung führen können". Es entspricht gesicherter allgemeiner Kenntnis, dass derartige Schläge gegen den Kopf eines kleinen Kindes mit anschließendem Aufprall gegen einen festen Gegenstand immer äußerst schwerwiegende Folgen bis hin zum Tod haben können. Medizinischen Detailwissens bedarf es dazu nicht. Vor dem Hintergrund des Allgemeinwissens über mögliche Folgen derartiger Misshandlungen ist deshalb auch das Argument der Strafkammer, "trotz mehrfacher gleichartiger Schläge hat das Kind auf alle Schläge mit Ausnahme des letzten (tödlichen) nicht in einer Weise reagiert, dass der Angeklagte es für möglich halten musste, dass derartige Schläge tödlich sein könnten" nicht tragfähig. Vielmehr lag schon bei den entsprechenden früheren Handlungen das Vorliegen bedingten Tötungsvorsatzes nicht fern. Ein Umstand, den die Strafkammer nicht in ihre Erwägungen einbezog. Denn letztlich war es eher ein Zufall, bei welcher dieser Misshandlungen K zu Tode kam.

Die Strafkammer hat sich zudem bei der Beurteilung der subjektiven Tatseite zu sehr allein mit dem letzten, dem dann tödlichen Vorfall befasst. Deshalb hat sie zu hohe Anforderungen an die Feststellung des bedingten Tötungsvorsatzes gestellt, worauf auch der Satz hindeutet, die Rettungsbemühungen seien mit dem Wollen des Todes des Kindes nicht vereinbar. Das Landgericht betont zunächst ausdrücklich - was an sich selbstverständlich ist -, der Tötungsvorsatz müsse sich gerade auf die Handlung beziehen, die den tatbestandsmäßigen Erfolg verursacht hat. Das Landgericht verweist dann auf die hohe Hemmschwelle bei Tötungsdelikten, die beim Angeklagten nicht herabgesetzt gewesen sei. Nun belegt zwar - wovon die Strafkammer damit im Ansatz zutreffend ausgeht - die Indizwirkung einer offen zutage tretenden Lebensgefährlichkeit wegen der höheren Hemmschwelle gegenüber der Tötung eines Menschen für sich gesehen noch nicht zwingend Handeln mit bedingtem Tötungsvorsatz.

Bedeutung kommt dem aber insbesondere bei einmaligen Spontantaten in einer emotional aufgeladenen, häufig alkoholbedingt enthemmten Atmosphäre zu. Der Angeklagte misshandelte demgegenüber das Kind wiederholt hemmungslos und gleichwohl auf geradezu systematische Art und Weise und bedrohte das Leben des Mädchens in jedem Einzelfall in hohem Maße.

Darüber hinaus hätten aus der viertägigen Tortur, auch soweit die teilweise geradezu sadistischen Handlungen für sich gesehen nicht lebensbedrohlich waren, der der Angeklagte A die K unterwarf - bei Duldung und teilweiser Mitwirkung der Angeklagten C -, sowie aus der Persönlichkeit der Angeklagten, die bei A unter ande-

rem durch einen Mangel an Empathie, andauernde Verantwortungslosigkeit, Missachtung sozialer Normen geprägt ist, weitere Rückschlüsse auf die subjektive Tatseite der Angeklagten gezogen werden können. All dies hätte jedenfalls eingehender Erörterung bedurft.

Das anschließende Erschrecken, wenn sich der nach den Feststellungen ja nicht von vornherein beabsichtigte, aber gleichwohl in Kauf genommene Erfolg realisiert, "das habe ich nicht gewollt", steht bedingtem Vorsatz nicht entgegen. Vielmehr könnte hier das weitere Verhalten der Angeklagten nach dem Eintritt der Ohnmacht des Kindes trotz der "hektischen" Rettungsbemühungen, die sich allerdings in eher untauglichen Maßnahmen, wie Beatmungsversuchen und Bespritzen mit Wasser erschöpften, nämlich dem Absehen von der Herbeiholung sofortiger ärztlicher Hilfe und das heimliche Ablegen des Kindes in einer Krankenhaustoilette tags darauf, eher dafür sprechen, dass sich die Angeklagten - insbesondere der Angeklagte A - von vornherein der möglicherweise tödlichen Folgen der Misshandlungen bewusst war, deren strafrechtlichen Konsequenzen sich die Angeklagten zu entziehen suchten. Auch dies wäre jedenfalls zu erörtern gewesen.

Die bei der Prüfung der subjektiven Tatseite gebotene umfassende Erörterung der für die Tat bedeutsamen Umstände und der Persönlichkeit der Angeklagten (vgl. BGH NStZ 1999, 507, 508) lassen die Urteilsgründe deshalb nicht ausreichend erkennen. Bei der sich über mehrere Tage erstreckenden brutalen und wiederholt lebensgefährlichen Behandlung liegt das voluntative Element des - zumindest bedingten - Vorsatzes im Grunde auf der Hand. Die Sache bedarf daher insgesamt neuer Verhandlung und Entscheidung.

Die nunmehr zur Entscheidung berufene Strafkammer wird Gelegenheit haben, die Mordmerkmale, namentlich der Grausamkeit und der sonstigen niedrigen Beweggründe, zu prüfen. Bezüglich der Angeklagten C wird zu erörtern sein, ob der Schwerpunkt ihrer Handlungen beim aktiven Tun liegt.

2. Zur Schuldfähigkeit des Angeklagten A

Schließlich begegnen die Darlegungen zur Annahme erheblich verminderter Steuerungsfähigkeit des Angeklagten A. Bedenken. Zwar sind die Eingangsmerkmale des § 20 StGB - sachverständig beraten - rechtsfehlerfrei festgestellt. Der Generalbundesanwalt führt dann aber in seiner Antragsschrift - wie dann auch in der Hauptverhandlung - zutreffend aus: "Das Landgericht hat sich dem Gutachten des Sachverständigen Prof. Dr. N angeschlossen, nach dessen Ausführungen die Steuerungsfähigkeit des Angeklagten [deshalb] erheblich im Sinne von § 21 StGB vermindert gewesen sei. Insoweit hat die Kammer jedoch verkannt, dass die Frage, ob die Steuerungsfähigkeit erheblich beeinträchtigt ist, eine Rechtsfrage ist (st. Rspr.; BGHSt 49, 45, 53 = NStZ 2004, 437, 438). Diese hat der Tatrichter ohne Bindung an Äußerungen von Sachverständigen in eigener Verantwortung zu beantworten.

Entscheidend sind die Anforderungen, welche die Rechtsordnung an jedermann stellt (BGHSt 43, 66, 77; BGH NStZ-RR 1999, 295, 296, jeweils mit weiteren Nachweisen). Diese Anforderungen sind umso höher, je schwerwiegender das in Rede stehende Delikt ist (Senat, Urteil vom 21. März 2001 - 1 StR 32/01). Dass sich das Landgericht eigenständig und losgelöst vom Sachverständigen mit diesen Anforderungen und der Frage der Erheblichkeit im Sinne von § 21 StGB befasst hätte, lässt sich den Urteilsgründen nicht entnehmen." Die Rechtsordnung darf erwarten, dass Menschen mit den hier festgestellten Störungen, ihr Verhalten so steuern, dass es nicht zu tagelangen, grausamen, letztlich tödlichen Misshandlungen eines kleinen Kindes kommt, wie hier bislang festgestellt. [...]

Standort: §§ 136 I 2, 136 a StPO — Problem: Fehlerhafte Belehrung

BGH, BESCHLUSS VOM 18.10.2005
1 STR 114/05 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Bei seiner ersten Vernehmung durch die Polizei war der Angeklagte (der damalige Beschuldigte) von den Polizeibeamten - entsprechend den Anforderungen des § 136 I 2, 3 StPO - darüber belehrt worden, dass er sich nicht zur Sache äußern müsse, jederzeit einen Verteidiger befragen und zu seiner Entlastung einzelne Beweiserhebungen beantragen könne. Der Angeklagte hatte darauf geantwortet, er könne sich sowieso keinen Verteidiger leisten. Die Polizisten waren sodann mit der Vernehmung fortgefahren, ohne den Angeklagten darauf hinzuweisen, dass er trotzdem versuchen könne, zumindest einen Pflichtverteidiger zu bekommen. In der späteren Verhandlung hatte das Landgericht Regensburg das in dem polizeilichen Verhör abgegebene Geständnis des Angeklagten verwertet und ihn verurteilt. Der Angeklagte hatte dieses Vorgehen mit der Revision gerügt, die der BGH jedoch als unbegründet zurückwies.

Prüfungsrelevanz:

Prozessuale Probleme sind in strafrechtlichen Aufgabenstellungen vor allem im zweiten Examen zu finden. Im ersten Examen erfreuen sie sich allerdings in Form von Zusatzfragen zu Examensklausuren in der letzten Zeit einer gesteigerten Beliebtheit. Gerade die im vorliegenden Fall relevante Frage nach dem Vorliegen

eines Beweisverwertungsverbots bei einer fehlerhaften Belehrung stellt insofern ein Standardproblem dar.

Zunächst befasst sich der BGH mit der Frage der Befangenheit von Schöffen. Gem. § 338 Nr. 3 StPO stellt es einen absoluten Revisionsgrund dar (der stets zur Aufhebung des Urteils führt), wenn bei dem Urteil ein Richter oder Schöffe mitgewirkt hat, der wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt worden war und bei dem das Ablehnungsgesuch zu Unrecht verworfen worden war. Im vorliegenden Fall hatte sich einer der Schöffen zu Beginn des Prozesses gegenüber einem Reporter in dem Sinne geäußert, der Angeklagte sei sowieso schuldig und er solle doch gestehen, weil das das Verfahren verkürzen würde. Die Verteidiger des Angeklagten hatten dies relativ früh erfahren, den Ablehnungsantrag gem. §§ 24, 26, 31 StPO allerdings erst recht spät gestellt. Gem. § 25 II StPO ist ein Antrag auf Ablehnung eines Richters nach Beginn der Hauptverhandlung nur möglich, wenn die Gründe für seine Ablehnung erst nachträglich entstehen oder bekannt werden, sofern dann die Ablehnung unverzüglich geltend gemacht wird. Der BGH sah den Antrag im vorliegenden Verfahren aber nicht als verspätet an, da dieser zwar nicht unverzüglich nach Kenntniserlangung durch die Verteidiger, aber doch unverzüglich nach der Kenntnisnahme des Angeklagten erfolgt sei und im Rahmen von § 25 II StGB auf dessen Kenntnis abzustellen sei (so bereits BGHSt 37, 264). Die Ablehnung des Antrages sei aber zu Recht erfolgt, so dass kein Revisionsgrund gem. § 338 Nr. 3 StPO gegeben sei, da sich aus der - wenn auch unbedachten - Äußerung des Schöffen gegenüber dem Journalisten nicht notwendigerweise eine Befangenheit ergebe. Der BGH nahm diesen Fall jedoch zum Anlass, festzustellen, dass es für den vorsitzenden Richter ratsam sei, seine Schöffen darauf hinzuweisen, sich solcher Äußerungen zu enthalten.

Schwerpunkt der Ausführungen des BGH sind jedoch der Umfang der Belehrungspflicht aus § 136 I StPO sowie die Folgen eines entsprechenden Verstoßes. Seit der grundlegenden Entscheidung BGHSt 38, 214 geht der BGH davon aus, dass bei einem Verstoß gegen die Pflicht zur Belehrung des Beschuldigten bzgl. des ihm zustehenden Schweigerechtes ein Verwertungsverbot für die so erlangte Aussage besteht. Diese darf also im späteren Verfahren keine Berücksichtigung finden. Dies soll auch dann gelten, wenn der Beschuldigte nicht über sein Recht zur Konsultation eines Verteidigers belehrt worden ist (BGHSt 47, 172; Meyer-Goßner, § 136 Rn. 21 mwN). Im vorliegenden Fall lag die Besonderheit darin, dass die Polizisten den Angeklagten zwar auf sein Recht, einen Verteidiger hinzuzuziehen, hingewiesen hatten, ihm auf dessen Hinweis, dass er sich ja doch keinen leisten könne (obwohl dies ja deutlich macht, dass er eigentlich gerne einen Verteidiger hätte) nicht darauf hingewiesen hatten, dass er sich auch einen Pflichtverteidiger beiordnen lassen könnte. Dies wiegt umso schwerer, da es sich im vorliegenden Fall - was auch für die Polizisten schon ersichtlich war - um einen Fall der notwendigen Verteidigung gem. § 140 I StPO handelte. Trotzdem betonte der BGH, dass die Polizisten den Angeklagten - entsprechend den Anforderungen der StPO - belehrt hatten. Auf dessen Reaktion hin wäre es zwar richtig gewesen, ihn darüber aufzuklären, dass es auch für einen vermögenslosen Beschuldigten Wege gibt, sich der Dienste eines Verteidigers zu versichern. Der Verstoß gegen diese Pflicht wiege jedoch keineswegs so schwer wie die Nichtbelehrung über die in § 136 I 2, 3 StPO genannten Rechte, so dass dieser Verfahrensfehler kein Beweisverwertungsverbot nach sich ziehe.

Vertiefungshinweise:

❑ Zur Befangenheit von Schöffen: *BGH*St 21, 85; 22, 289; *BGH*, NStZ 1991, 144; *LG Bremen*, StV 2002, 357; *Hanack*, JR 1967, 229

❑ Zur erforderlichen Belehrung des Angeklagten gem. § 136 I StPO: *BGH*St 38, 214; *BGH*, JR 1993, 332; *Ransiek*, StV 1994, 343; *Rieß*, JZ 1993, 425; *Wollweber*, StV 1999, 355

Kursprogramm:

❑ *Assessorkurs*: "Maxi-Markt"

Leitsätze (der Redaktion):

1. Maßgeblich für die rechtzeitige Stellung eines Ablehnungsantrags im Sinne von § 25 II StPO ist der Zeitpunkt der Kenntnis des Angeklagten von den die Befangenheit begründenden Umständen.

2. Der Vorsitzende einer Strafkammer sollte die ehrenamtlichen Richter bei der Belehrung über mögliche Befangenheitsgründe vor einer Verhandlung ermahnen, Außenstehenden gegenüber Äußerungen über das Verfahren tunlichst zu unterlassen. Auch völlig unverfängliche Bemerkungen können missverstanden werden oder können bei mündlicher Weitergabe sinnentstellende Veränderungen erfahren, die dann - wenn auch zu Unrecht - den Eindruck der Befangenheit vermitteln.

3. Erklärt der Beschuldigte bei seiner polizeilichen Vernehmung, dass er sich keinen Anwalt leisten könne, so sollte er darüber belehrt werden, dass fehlende Mittel einen ersten Kontakt zu einem Rechtsanwalt nicht ausschließen, da dieser in der Regel trotzdem im Hinblick auf die später zu erwartende Pflichtverteidigerbestellung sofort tätig wird, und dass dem Beschuldigten deshalb die Möglichkeit gegeben werden kann, einen Rechtsanwalt seines Vertrauens zu kontaktieren oder - gegebenenfalls - den anwaltlichen Notdienst anzurufen. Dies gilt jedenfalls dann, wenn der Tatvor-

wurf einen Fall der notwendigen Verteidigung gemäß § 140 StPO nahe legt.
4. Unterbleibt diese - weiter gehende - Belehrung, so kommt dies im Gewicht einer völlig fehlenden Belehrung nicht annähernd gleich. Da aber nur gravierende Verfahrensverstöße ein Verwertungsverbot auslösen können, da auch dem unabweisbaren Bedürfnis einer wirksamen Strafverfolgung und Verbrechensbekämpfung, dem Interesse an einer möglichst vollständigen Wahrheitsermittlung im Strafverfahren, insbesondere der wirksamen Aufklärung gerade schwerer Straftaten Verfassungsrang zukommt, folgt aus diesem Verstoß grundsätzlich kein Verwertungsverbot bzgl. der infolge der unterbliebenen Belehrung vom Beschuldigten gemachten Aussage.

Sachverhalt:
Am 26. August 2002 war in einem Appartement in T. die zerstückelte Leiche des lange vermissten Sp aufgefunden worden. Mieter des Appartements war der Angeklagte, der sich während dieses Zeitraums nicht in Rumänien aufhielt. Darüber war am Abend im rumänischen Fernsehen berichtet worden. Dies hatte das Bundeskriminalamt zur Rückfrage bei der Direktion der rumänischen Kriminalpolizei veranlasst. Das Bundeskriminalamt informierte die Kriminalpolizeiinspektion L., die dann unter Anregung umfangreicher strafprozessualer Maßnahmen, darunter die Beantragung eines - deutschen - Haftbefehls, die Staatsanwaltschaft R. unterrichtete. Das Amtsgericht in T. hatte bereits am 27. August 2002 Haftbefehl gegen den Angeklagten erlassen.
Nach Einleitung von Fahndungsmaßnahmen seitens der Staatsanwaltschaft konnte der Angeklagte bereits am 28. August 2002 um etwa 01.00 Uhr in der Wohnung seiner geschiedenen Frau in N. festgenommen werden. Gegen 01.30 Uhr wurden hiervon Staatsanwältin D telefonisch und seitens der Polizeidirektion L. um 03.06 Uhr verschiedene andere polizeiliche Dienststellen, darunter die Lagezentrale beim Polizeipräsidium in R. und das Bayerische Landeskriminalamt in München per Fax unterrichtet.
Noch am selben Tag wurde der Angeklagte um etwa 11.00 Uhr Kriminalhauptkommissar E und Kriminalhauptkommissar C von der Polizeidirektion L. zur Beschuldigtenvernehmung vorgeführt.
Das Landgericht hat hierzu in den Urteilsgründen Folgendes ausgeführt:
“.... steht weiter fest, dass vor der förmlichen Vernehmung des Angeklagten ..... ein ca. 10 Minuten dauerndes Vorgespräch geführt worden ist. Eingangs dieses Vorgesprächs wurde dem Angeklagten dabei eröffnet, dass ihm die Tötung des Sp zur Last liege. Er wurde darauf hingewiesen, dass es ihm freistehe, Angaben zur Sache zu machen oder nicht auszusagen und dass er jederzeit einen Verteidiger befragen könne. Daraufhin äußerte der Angeklagte, dass er keine Angaben zur Sache machen wolle. Als ihn KHK C darauf hinwies, er könne nun sein Gewissen erleichtern, begann der Angeklagte zu weinen; er äußerte, er wolle nun sagen wie es passiert sei und habe den Tatablauf in groben Zügen geschildert. Daraufhin wurde das Vorgespräch unterbrochen und der Angeklagte noch einmal förmlich als Beschuldigter belehrt ... . Die daraufhin durchgeführte Beschuldigtenvernehmung lief so ab, wie in der Niederschrift protokolliert.”
Die Vernehmungsniederschrift hat eingangs folgenden Inhalt:
Ort der Vernehmung: 84028 L.
Tag der Vernehmung: 28.08.2002
Vernehmungsbeginn: 11.14 Uhr Vernehmungsende: 13.40 Uhr
“Zur Sache:
Vorhalt: Herr M, Sie werden beschuldigt Herrn Sp getötet zu haben. Sie haben das Recht, zur Sache auszusagen bzw. keine Aussage zu machen. Sie können einen Rechtsanwalt ihrer Wahl mit ihrer Vertretung beauftragen und Sie haben das Recht, Beweiserhebungen zu beantragen, die zu ihrer Entlastung dienen.
Fr.: Haben Sie diese Belehrung verstanden und wollen Sie aussagen?
Aw.: Ich habe diese Belehrung verstanden und will auch aussagen, ich weiß aber nicht ob ich das schaffe.
Fr.: Wollen Sie einen Rechtsanwalt nehmen?
Aw.: Ich habe kein Geld und ich kann mir deshalb keinen RA nehmen.
Fr.: Herr M, Sie wurden schon in dieser Sache als Zeuge vernommen. Geben Sie bitte noch einmal an wie Sie Herrn Sp kennen gelernt haben?
Aw.: Wie ich Herrn Sp kennen gelernt habe, das entspricht der Wahrheit, wie ich es damals angegeben habe.”
In der Folge gestand der Beschuldigte die Tat unter Schilderung des Geschehens im Detail einschließlich der Vorgeschichte sowie der Verwahrung des Toten in seiner Wohnung und der Zerstückelung der Leiche nach etwa zehn Monaten zum Transport in eine andere Wohnung unter Mithilfe seiner Freundin. Am nächsten Tag, dem 29. August 2002, wurde der Angeklagte der Haftrichterin vorgeführt. Die Vernehmungsniederschrift hat folgenden Wortlaut:
“Dem Beschuldigten wird eröffnet, welche Tat ihm zur Last gelegt wird und welche Strafvorschriften in Betracht kommen.
Dem Beschuldigten wird mitgeteilt, dass die Staatsanwaltschaft beantragt habe, Haftbefehl zu erlassen.
Sodann wurde der Beschuldigte belehrt, dass es ihm freistehe, sich zu der Beschuldigung zu äußern oder nicht zur Sache auszusagen und jederzeit, auch schon vor der Vernehmung, einen
von ihm zu wählenden Verteidiger zu befragen, und dass er zur Entlastung einzelne Beweiserhebungen beantragen könne.

Der Beschuldigte erklärte:
Mir tut das alles so leid. Ich habe das alles so nicht gewollt. Ich möchte nach Rumänien ausgeliefert werden und dort in Haft gehen. Ich habe das alles ja auch dort gemacht. Bevor ich Angaben zur Sache mache, möchte ich mich erst mit einem Pflichtverteidiger besprechen. … Ich möchte im Moment keine weiteren Angaben machen. Ich beantrage, dass mir ein Pflichtverteidiger bestellt wird.
Ich habe nicht mehr vor mich umzubringen. Ich habe das im Dezember 2001 und im April 2002 in Rumänien versucht. Jetzt habe ich das nicht mehr vor, weil die Tat aufgeklärt ist. Der Druck ist weg. …"
In der Hauptverhandlung bestritt der Angeklagte die Tat. Auf der Vernehmung der Polizeibeamten über die Angaben des Angeklagten bei seiner polizeilichen Vernehmung am 28. August 2002 beruhen die Urteilsfeststellungen über die Ursachen und den Ablauf der Tat sowie zum Nachtatverhalten. Zu den Angaben des Beschuldigten bei der Vorführung am 29. August 2002 wurde die Ermittlungsrichterin gehört.

Aus den Gründen:

A. Entscheidung des Landgerichts; Rechtsmittel
Das Landgericht Regensburg hat den Angeklagten - nach zehnmonatiger Hauptverhandlung an 42 Verhandlungstagen - am 13. September 2004 wegen Mordes zu lebenslanger Freiheitsstrafe verurteilt. Nach den Feststellungen des Landgerichts tötete der Angeklagte, ein Deutscher, der seinerzeit in Rumänien lebte, am 28. September 2001 in T. seinen Geschäftspartner, den deutschen Autohändler Sp, bei einem Streit über die ausstehende Bezahlung einer Restforderung gegen den Angeklagten in Höhe von 4.500,-- DM, zur Verdeckung einer vorhergegangenen Körperverletzung, die anzuzeigen der Geschädigte gedroht hatte; er werde ihn - den Angeklagten - jetzt für immer ins Gefängnis bringen.
Die Revision, die die Verletzung materiellen sowie formellen Rechts rügt, ist unbegründet (§ 349 Abs. 2 StPO), in Teilen der Revisionsbegründung - soweit sie vom Angeklagten selbst verfasst wurde - bereits unzulässig (§ 349 Abs. 1 StPO). Hierzu wird zunächst auf die Ausführungen des Generalbundesanwalts in seiner Antragsschrift vom 29. März 2005 verwiesen.
Lediglich zu folgenden Punkten ist ergänzend etwas zu bemerken:

B. Entscheidung des BGH

I. Zur Revisionsbegründung der Verteidiger, Rechtsanwälte H und B aus R., vom 3. Januar 2005

1. Zum Fehlen des absoluten Revisionsgrundes des § 338 I Nr. 3 StPO
Behauptung des absoluten Revisionsgrundes des § 338 Nr. 3 StPO, da der Befangenheitsantrag gegen den Schöffen Re zu Unrecht als unbegründet zurückgewiesen worden sei.
Der Befangenheitsantrag vom 30. Juli 2004 (am 37. Verhandlungstag) stützte sich insbesondere darauf, dass der Schöffe am 5. Verhandlungstag (13. November 2003) im Fahrstuhl des Gerichtsgebäudes einem Journalisten gegenüber gesagt haben soll: "Der M ist der Täter, davon bin ich überzeugt, der soll gestehen, dann dauert das Verfahren nicht so lang." Zwei bis drei Wochen später (also spätestens im Dezember 2003) hat der Verteidiger - so der Vortrag in der Revisionsbegründung - während eines Gesprächs mit dem Journalisten beiläufig davon erfahren. "Herr M [der Angeklagte] ist über dieses Gespräch, welches Rechtsanwalt B mit Herrn St [richtig: St, der Journalist] geführt hatte, nie informiert worden", so der Verteidiger in der Begründung des Befangenheitsantrags.
Ausgehend von der unterbliebenen Unterrichtung des Mandanten war die Antragsstellung nicht verspätet (§ 25 Abs. 2 Nr. 2 StPO), wie der Generalbundesanwalt zutreffend ausgeführt hat, da es nach herrschender Meinung auf die Kenntnis des Angeklagten ankommt (vgl. BGHSt 37, 264 [265]; Wendisch in Löwe/Rosenberg StPO 25. Aufl. § 25 Rdn. 20; Pfeiffer in Karlsruher Kommentar zur StPO 5. Aufl. § 25 Rdn. 3, Meyer-Goßner StPO 47. Aufl. § 25 Rdn. 7 - ob daran festzuhalten ist, kann hier dahinstehen).
Allerdings ist es kaum nachvollziehbar, dass ein gewissenhafter (§ 43 Abs. 1 Satz 1 BRAO) und den Interessen seines Mandanten verpflichteter Verteidiger jenen nicht unverzüglich über einen ihm zugetragenen, den Eindruck der Befangenheit eines Richters begründenden Sachverhalt unterrichtet und statt dessen ohne Beratung mit dem Mandanten zulässt, dass über diesen ein aus seiner Sicht möglicherweise befangener Schöffe noch monatelang zu Gericht sitzt. Bei einem so schwerwiegenden Verdacht gegen die Unbefangenheit eines Schöffen hätte sich, worauf der Generalbundesanwalt zu Recht hinweist, für eine sachgerechte Verteidigung die zeitnahe Ablehnung eines Mitglieds des Gerichts geradezu aufgedrängt, damit - gegebenenfalls - eine neue Hauptverhandlung ohne größere Verzögerungen mit einem unbefangenen Gericht hätte begonnen werden können. Darauf kommt es im vorliegenden Fall allerdings letztlich nicht an.
Denn die Strafkammer lehnte den Befangenheitsantrag zu Recht als unbegründet ab, da ein die Befangenheit des Schöffen begründender Umstand nicht glaubhaft gemacht wurde, wie der Generalbundesanwalt in seiner Antragsschrift im Einzelnen zutreffend ausgeführt hat.
Es kann hier auch dahinstehen, ob bei der langen Verhandlungsdauer zwischen dem Vorfall, der Grundlage des Befangenheitsantrags war, und dem Zeitpunkt, als dieser gestellt wurde, in der Revisionsbegründung nicht dazu hätte etwas mitgeteilt werden müssen (§

344 Abs. 1 Satz 2 StPO), dass zwischenzeitlich keine Umstände eingetreten sind, die den - behaupteten - Eindruck der Voreingenommenheit des Schöffen jedenfalls wieder beseitigten.
Dieser Befangenheitsantrag gibt Anlass zu dem Hinweis, der Vorsitzende einer Strafkammer möge die ehrenamtlichen Richter bei der anempfohlenen (vgl. RiStBV Nr. 126 Abs. 1) Belehrung über mögliche Befangenheitsgründe vor einer Verhandlung jedenfalls in spektakulären Fällen ermahnen, Außenstehenden gegenüber Äußerungen über das Verfahren tunlichst zu unterlassen. Auch völlig unverfängliche Bemerkungen können missverstanden werden oder können bei mündlicher Weitergabe sinnentstellende Veränderungen erfahren (vgl. BGH wistra 2002, 267 [266]), die dann - wenn auch zu Unrecht - den Eindruck der Befangenheit vermitteln.

2. Zur Rüge der Verletzung der §§ 163 a III 2, 136 I 2, 141 III 1 StPO, Art. 6 III Bstb. c MRK.

a. Vortrag des Revisionsführers
Der Vernehmung [der Polizeibeamten über die Angaben des Angeklagten bei seiner polizeilichen Vernehmung am 28. August 2002] und der Verwertung von deren Angaben widersprach der Verteidiger in der Hauptverhandlung. Fehlende Pflichtverteidigerbestellung und unzureichende Belehrung des Beschuldigten über sein Recht zur Verteidigerkonsultation verböten es, auf diese Beweismittel zurückzugreifen. Bei der Vorführung vor der Haftrichterin hätte der Beschuldigte darüber hinaus qualifiziert dahingehend belehrt werden müssen, dass auf seine Angaben bei der Polizei am Vortag wegen des
Verwertungsverbotes nicht zurückgegriffen werden kann.

b. Zur Verwertbarkeit der Angaben des Beschuldigten in der polizeilichen Vernehmung vom 18.08.2002
Die Angaben des Beschuldigten in seiner polizeilichen Vernehmung vom 28. August 2002 wie auch bei seiner Vorführung bei der Haftrichterin am 29. August 2002 sind trotz eines Belehrungsdefizits bei der polizeilichen Vernehmung verwertbar.

aa. Zum Vorliegen eines Belehrungsdefizits
Allerdings wäre es, nachdem der Angeklagte bei seiner polizeilichen Vernehmung am 28. August 2002 auf die Frage, ob er einen Rechtsanwalt nehmen wolle, dies nicht verneinte, sondern lediglich erklärte, er könne sich keinen Rechtsanwalt leisten, und damit klar geworden war, dass der Angeklagte eigentlich einen Rechtsanwalt konsultieren wollte, sich dazu aber allein durch durch seine Mittellosigkeit gehindert sah, angezeigt gewesen, den so inzident geäußerten Wunsch des Angeklagten nach einem Verteidiger nicht zu übergehen.
Der Angeklagte hätte zunächst darüber belehrt werden sollen, dass fehlende Mittel einen ersten Kontakt zu einem Rechtsanwalt nicht ausschließen, da dieser in Fällen der vorliegenden Art in der Regel trotzdem im Hinblick auf die später zu erwartende Pflichtverteidigerbestellung sofort tätig wird, und dass dem Beschuldigten deshalb die Möglichkeit gegeben werden kann, einen Rechtsanwalt seines Vertrauens zu kontaktieren oder - gegebenenfalls - den anwaltlichen Notdienst anzurufen.
Der Tatvorwurf richtete sich auf ein Verbrechen, seinerzeit Verdacht zumindest des Totschlags gemäß § 212 StGB, einem Fall der notwendigen Verteidigung gemäß § 140 Abs. 1 Nr. 2 StPO. Dies stand zum Zeitpunkt der Vernehmung für die polizeilichen Ermittlungsbeamten auch zweifelsfrei fest. Der Sachverhalt musste hinsichtlich des dringenden Tatverdachts nicht erst noch abgeklärt werden (vgl. BGHSt 47, 172 [176]). Aus den vielfältigen Aktivitäten vor und nach der Festnahme des Angeklagten war den Polizeibeamten die Bedeutung und das Gewicht des Tatvorwurfs auch im Übrigen vor Augen geführt worden. Der Beschuldigte wollte sich der Hilfe eines Verteidigers bedienen, sah hierzu aber allein aus wirtschaftlichen Gründen keine Möglichkeit. Hierbei irrte er. Denn Rechtsanwälte sind grundsätzlich bereit, jedenfalls bei Verbrechens-, gar Tötungsvorwürfen, auch mittellosen Beschuldigten sofort beizustehen, zumindest diese telefonisch zu beraten, im Hinblick auf eine alsbaldige Bestellung zum Pflichtverteidiger; diese zu veranlassen, sie dann auch in der Regel sofort bei der Staatsanwaltschaft beantragen. Dem Beschuldigten war dies bei seiner polizeilichen Vernehmung - anders als einen Tag später bei der Haftrichterin - ersichtlich nicht bekannt, während bei den Vernehmungsbeamten - beide Kriminalhauptkommissare - die Kenntnis dieser Praxis vorausgesetzt werden kann. Deshalb wäre es hier angezeigt gewesen, den Angeklagten, damals Beschuldigten, dahingehend zu belehren, dass ihm auch im Hinblick auf eine später zu erwartende Pflichtverteidigerbestellung Gelegenheit gegeben werden könne, bei einem Rechtsanwalt seines Vertrauens bzw. beim anwaltlichen Notdienst anzurufen, auch wenn er selbst nicht die Mittel hat, den Verteidiger selbst zu bezahlen (vgl. entsprechende Erwägungen des 5. Strafsenats des BGH zur effektiven Ermöglichung des Rechts auf Verteidigerkonsultation bei vergleichbarer Situation in BGHSt 47, 233 [235] und im Beschluss vom 11. August 2005 - 5 StR 200/05 -).

bb. Zur Verwertbarkeit der Angaben des Beschuldigten
Auch dies führte hier jedoch nicht zur Unverwertbarkeit der danach gemachten Angaben des Beschuldigten bei der Polizei am 28. August 2002. Hier steht kein Verstoß gegen die Belehrungspflicht nach § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO im Raum, der im Grundsatz zu einem

Verwertungsverbot führt. Der Angeklagte war vor seiner Vernehmung ordnungsgemäß auf sein Recht zu Schweigen und zur Verteidigerkonsultation hingewiesen worden, sowohl vor dem "Vorgespräch", als auch nochmals vor dem Beginn der Fertigung der Vernehmungsniederschrift. Seine Unkenntnis über die Möglichkeit der Kontaktaufnahme mit einem Rechtsanwalt auch im Hinblick auf eine spätere Pflichtverteidigerbestellung trat erst zu Tage, nachdem die Polizeibeamten - fürsorglich, ohne dass dies damals zwingend geboten gewesen wäre - die Frage nach dem Wunsch nach einem Verteidiger nochmals wiederholten. Als damit das Informationsdefizit des Angeklagten offenbar geworden war, hätte dies durch einen entsprechenden Hinweis behoben werden sollen.

Dass dieses unterblieb, kommt im Gewicht einer völlig fehlenden Belehrung nicht annähernd gleich. Aber nur gravierende Verfahrensverstöße können ein Verwertungsverbot auslösen, da auch dem unabweisbaren Bedürfnis einer wirksamen Strafverfolgung und Verbrechensbekämpfung, dem Interesse an einer möglichst vollständigen Wahrheitsermittlung im Strafverfahren, insbesondere der wirksamen Aufklärung gerade schwerer Straftaten Verfassungsrang zukommt (vgl. BGHSt 47, 172 [179]). Dieses Aufklärungsinteresse ist mit dem hier vorliegenden Verfahrensgeschehen abzuwägen. Dabei ist hier ausschlaggebend, dass gezielte Irreführung - wie schon der geschilderte Ablauf zeigt - ausgeschlossen werden kann. Das Interesse an einer umfassenden Aufklärung der Tat überwiegt deshalb hier bei weitem. Es kommt daher nicht mehr darauf an, dass der Angeklagte während des ersten Vernehmungsteils (Vorgespräch) nach ordnungsgemäßer Belehrung die Tötung bereits in den Grundzügen geschildert hatte und auch bei der Vernehmung durch die Haftrichterin - an deren Verwertbarkeit kein Zweifel besteht - einen Tag später nach Belehrung und - nun in Kenntnis einer möglichen Pflichtverteidigerbestellung - seine Tat nochmals pauschal gestand. Seine Äußerungen bei der Ermittlungsrichterin waren auch nicht lediglich Folge des umfassenden Geständnisses bei der Polizei am Tag davor, sondern Ausdruck seiner Erleichterung, der inneren Befreiung durch die Aufdeckung der Tat, "der Druck ist weg".

cc. Zum Erfordernis des Abwartens der Bestellung eines Pflichtverteidigers vor Durchführung einer Vernehmung des Beschuldigten

Dahinstehen kann auch, ob mit der Vernehmung des nach Belehrung gemäß § 136 StPO aussagebereiten Angeklagten nicht überhaupt bis zu einer Pflichtverteidigerbestellung zugewartet werden musste (vgl. hierzu BGHSt 47, 172 einerseits, BGHSt 47, 233 andererseits), da dies bei der dann gebotenen Abwägung (vgl. BGHSt 47, 172 [179 f.]) im vorliegenden Fall jedenfalls nicht zu einem Verwertungsverbot führen könnte.

II. Zur weiteren Revisionsbegründung (des Angeklagten selbst)

Die weitergehende, zwei Ordner umfassende Revisionsbegründung (Seiten 457 bis 1538 = Gerichtsakte Blatt 1793 bis 2874) entspricht, wie der Generalbundesanwalt bereits dargelegt hat, nicht der Form des § 345 Abs. 2 StPO. Ergänzend wird auf den Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 26. Juli 2005 - 3 StR 36/05 - verwiesen.

Dieser gesonderte Teil der Revisionsbegründung stammt ersichtlich nicht von den Verteidigern des Angeklagten. Auch wenn der Angeklagte eingangs erklärt, er gebe "die nachfolgende, in Zusammenarbeit mit meinen Verteidigern erstellte Revisionsbegründung" ab, erscheint es ausgeschlossen, dass diese an der Abfassung dieses Konvoluts ernsthaft gestaltend mitgewirkt haben. Dass sie auf der letzten Seite unter der vorangestellten Unterschrift des Angeklagten ihre Unterschriften beifügten, genügt nicht. Die Schrift wurde unter dem auf der ersten Seite oben vermerkten Namen des Angeklagten mit einer - nicht immer funktionstüchtigen - mechanischen Schreibmaschine zu Papier gebracht, soweit es sich nicht um Kopien aus den Verfahrensakten handelt. In Form, Inhalt und Darstellung unterscheidet sich diese Revisionsbegründung völlig von der von den Verteidigern unter dem Briefkopf der Kanzlei gekonnt verfassten Revisionsbegründung. Diese Bewertung wird durch die Darlegung der Verteidiger in der Gegenerklärung zur Antragsschrift des Generalbundesanwalts nicht entkräftet. Literatur zur Verfügung zu stellen, genügt nicht. Dies zeigt vielmehr, dass der Angeklagte selbstständig handeln sollte. Die Behauptungen, die Verteidiger hätten die gesamte Revisionsbegründung begleitet und ihrer Kontrollfunktion insofern Genüge geleistet und beide Verteidiger hätten für den Inhalt und auch die Form die volle Verantwortung für die Revisionsbegründung übernommen, sind nicht substanziiert und stehen im Widerspruch zu dem vom Angeklagten abgelieferten Schriftsatz.

Im Übrigen ergab die gleichwohl vorgenommene Durchsicht keine Anhaltspunkte für einen Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten.

Urteile in Fallstruktur

Standort: Öffentliches Recht Problem: Luftsicherheitsgesetz

BVERFG, URTEIL VOM 15.02.2006
1 BVR 357/05 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Das BVerfG hat entschieden, dass § 14 III Luftsicherheitsgesetz (LuftSiG), der die Streitkräfte ermächtigte, Luftfahrzeuge abzuschießen, die als Tatwaffe gegen das Leben von Menschen eingesetzt werden sollen mit dem Grundgesetz unvereinbar und nichtig ist. Das Gericht gab damit der Verfassungsbeschwerde von insgesamt fünf Vielfliegern und einem Piloten statt. Die Gründe lassen sich wie folgt zusammenfassen:

1. Für die Regelung fehle es bereits an einer Gesetzgebungsbefugnis des Bundes. Diese sei nicht aus Art. 73 Nr. 1 oder Nr. 6, sondern allein aus Art. 35 II 2, III 1 GG zu entnehmen, die den Einsatz der Streitkräfte bei der Bekämpfung von Naturkatastrophen oder besonders schweren Unglücksfällen besonders regeln. Diese erlauben dem Bund aber nicht einen Einsatz der Streitkräfte mit spezifisch militärischen Waffen.

a. Zwar müsse ein "besonders schwerer Unglücksfall" i.S.d. Art. 35 II 2 GG nicht bereits eingetreten sein; es genüge vielmehr, wenn dieser - wie im Fall einer in der Luft befindlichen, entführten und auf ein Ziel am Boden zusteuernde Maschine - unmittelbar bevorstehe; Art. 35 II 2 GG erlaube in diesem Fall aber nur die "Hilfe" des Bundes bei der Gefahrenabwehr durch die Länder. Ein eigenmächtiges, originäres Einschreiten des Bundes durch seine Streitkräfte sei nicht vorgesehen.

b. Ferner verstoße § 14 III LuftSiG gegen Art. 35 III 1 GG, der die Entscheidungskompetenz zum Einsatz der Streitkräfte im Fall des überregionalen Katastrophennotstands in die Hand der Bundesregierung lege. Das LuftSiG sieht hingegen vor, dass der Verteidigungsminister im Benehmen mit dem Bundesinnenminister entscheidet, wenn eine rechtzeitige Entscheidung der Bundesregierung nicht möglich ist. Dies werde bei einer Flugzeugentführung über der dicht besiedelten BRD die Regel sein. Art. 35 III 1 GG solle durch die Notwendigkeit einer Entscheidung des gesamten Kabinetts aber gerade vor übereilten Aktionen Einzelner schützen. Dies sei im Fall des § 14 III LuftSiG nicht gewährleistet.

c. Damit verstößt § 14 III LuftSiG letztlich auch gegen Art. 87 a II GG, der den Einsatz der Bundeswehr "außer zur Verteidigung" nur in den im GG geregelten Fällen erlaubt. Art. 35 II, III GG gehören zu diesen Fällen, erlauben aber - wie gesagt - einen solchen Einsatz nicht.

2. In materieller Hinsicht sei § 14 III LuftSiG ferner mit dem Grundrecht auf Leben und mit der Menschenwürdegarantie des Grundgesetzes nicht vereinbar, soweit von dem Einsatz der Waffengewalt unbeteiligte Menschen an Bord des Luftfahrzeugs betroffen werden. Diese würden dadurch, dass der Staat ihre Tötung als Mittel zur Rettung anderer benutzt, als bloße Objekte behandelt; ihnen werde dadurch der Wert abgesprochen, der dem Menschen um seiner selbst willen zukommt. Der Kernsatz lautet: "Unter der Geltung des Art. 1 I GG ist es schlechterdings unvorstellbar, auf der Grundlage einer gesetzlichen Ermächtigung unschuldige Menschen, die sich in einer derart hilflosen Lage befinden, vorsätzlich zu töten." Allen Versuchen, das Gegenteil zu begründen (die Passagiere hätten mutmaßlich in einen Abschuss eingewilligt, sie seien ohnehin dem Tode geweiht usw.) erteilt das Gericht eine scharfe Absage.

Aufbautechnisch interessant ist, dass das BVerfG die Menschenwürde nicht als eigenes Grundrecht prüft, sondern allein von Art. 2 II GG ausgeht und Art. 1 I GG als "Schranken-Schranke" in der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung des Eingriffs prüft.

3. Hingegen sei es mit materiellem Verfassungsrecht vereinbar, unbemannte oder allein von den Tätern geführte Luftfahrzeuge abzuschießen. Es entspreche der Subjektstellung des Angreifers, wenn ihm die Folgen seines selbstbestimmten Verhaltens persönlich zugerechnet werden und er für das von ihm in Gang gesetzte Geschehen in Verantwortung genommen wird. Gleichwohl hat die Regelung auch insoweit keinen Bestand, da es dem Bund wie erwähnt schon an der Gesetzgebungskompetenz mangeln soll.

Prüfungsrelevanz:

Das Urteil hat weltweit für Aufsehen gesorgt. Es wird auf absehbare Zeit *das* Tagesgespräch unter Juristen und Nichtjuristen bleiben. Teilweise wird ihm schon historische Bedeutung zugesprochen, weil das BVerfG erneut - nach der Entscheidung über den "großen Lauschangriff" (BVerfG, RA 2004, 280 = NJW 2004, 999) zum zweiten Mal - der Freiheit der Person den Vorrang vor staatlicher Bekämpfung von Gefahren durch Straftäter, Terroristen und dgl. eingeräumt hat.

Faktisch hat es zur Folge, dass über dem Luftraum der BRD entführte Luftfahrzeuge selbst dann nicht abge-

schossen werden dürfen, wenn sie unmittelbar auf ein Atomkraftwerk o.ä. zuhalten, solange nur ein Unbeteiligter an Bord ist. Viele sehen hierin eine Einladung an potentielle Attentäter. Die deshalb in ersten Reaktionen von diversen Politikern geforderte Änderung des Grundgesetzes - Dank der großen Koalition in Berlin steht ja zumindest die notwendige Zweidrittelmehrheit zur Verfügung - wird hieran übrigens nichts ändern können. Sie mag das Kompetenzproblem beseitigen, aber die vom BVerfG ferner festgestellte Verletzung der Menschenwürde kann nicht behoben werden, da die Ewigkeitsgarantie des Art. 79 III GG jede Beschränkung derselben auch durch eine Verfassungsänderung ausschließt. Bestenfalls könnten andere Mittel erdacht werden, die (anders als der Abschuss) nicht vorsätzlich und zwingend den Tod der unbeteiligten Passagiere herbeiführen, sondern allenfalls - vergleichbar dem zwar ebenfalls umstrittenen, aber überwiegend für zulässig gehaltenen "finalen Rettungsschuss" gegen Schwerkriminelle - eine *Gefährdung* derselben. Nur werden solche Mittel kaum zu finden sein. De facto zwingen den Staat also jedenfalls nach dem gegenwärtigen Stand der Dinge die wenigen Minuten, die ein an Bord eines entführten, als Waffe missbrauchten Flugzeugs befindlicher Passagier noch zu leben hat, notfalls den zusätzlichen Tod vieler tausend anderer Menschen am Boden sehenden Auges in Kauf zu nehmen, wenn es wirklich dazu käme, dass ein entführtes Flugzeug auf ein zur Massenvernichtung geeignetes Ziel am Boden zusteuert.

Das einzige "Hintertürchen" lässt das BVerfG in strafrechtlicher Hinsicht offen, indem es ausdrücklich nicht darüber entschieden hat, ob ein Abschuss eines solchen Flugzeugs strafrechtlich gerechtfertigt oder entschuldigt werden könnte. Würde sich also ein Bundeswehrpilot ohne staatlichen Befehl dazu entschließen, aus eigenem Antrieb zu handeln und eine solche Maschine abzuschießen, wäre sein strafrechtliches Schicksal weiterhin offen.

Vertiefungshinweise:

❑ Klausur zu § 14 III LuftSiG: *Linke*, NWVBl 2006, 71

❑ Literaturbeiträge zu § 14 III LuftSiG: *Pieroth*, Jura 2005, 729; *Baldus*, NVwZ 2004, 1278

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs* : "Die Bundeswehr - daheim und unterwegs"

Sachverhalt:

Sechs Beschwerdeführer (Bf.), fünf Vielflieger und ein Pilot, erheben kurz nach Inkrafttreten des Gesetzes Verfassungsbeschwerde (Vb.) gegen § 14 III LuftSiG. Die Norm hat folgenden Wortlaut:

§ 14: Einsatzmaßnahmen, Anordnungsbefugnis

(1) Zur Verhinderung des Eintritts eines besonders schweren Unglücksfalles dürfen die Streitkräfte im Luftraum Luftfahrzeuge abdrängen, zur Landung zwingen, den Einsatz von Waffengewalt androhen oder Warnschüsse abgeben.

(2) Von mehreren möglichen Maßnahmen ist diejenige auszuwählen, die den Einzelnen und die Allgemeinheit voraussichtlich am wenigsten beeinträchtigt. Die Maßnahme darf nur so lange und so weit durchgeführt werden, wie ihr Zweck es erfordert. Sie darf nicht zu einem Nachteil führen, der zu dem erstrebten Erfolg erkennbar außer Verhältnis steht.

(3) Die unmittelbare Einwirkung mit Waffengewalt ist nur zulässig, wenn nach den Umständen davon auszugehen ist, dass das Luftfahrzeug gegen das Leben von Menschen eingesetzt werden soll, und sie das einzige Mittel zur Abwehr dieser gegenwärtigen Gefahr ist.

(4) Die Maßnahme nach Absatz 3 kann nur der Bundesminister der Verteidigung oder im Vertretungsfall das zu seiner Vertretung berechtigte Mitglied der Bundesregierung anordnen. Im Übrigen kann der Bundesminister der Verteidigung den Inspekteur der Luftwaffe generell ermächtigen, Maßnahmen nach Absatz 1 anzuordnen.

Die Bf. rügen, dass der Bund keine Kompetenz zum Erlass eines derartigen Gesetzes habe, und dieses sie ferner in ihren Grundrechten aus Art. 1 I, 2 II GG verletze.

Hat die Vb. Erfolg? Prüfen Sie den Sachverhalt unter allen rechtlichen Gesichtspunkten.

Lösung:

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

A. Zulässigkeit

I. Zuständigkeit

Das BVerfG ist zur Entscheidung über die Vb. nach Art. 93 I Nr. 4a GG, §§ 13 Nr. 8a, 90 ff. BVerfGG zuständig.

II. Beteiligtenfähigkeit

Nach § 90 I BVerfGG kann "jedermann" Vb. erheben. Dazu gehören auch die Bf. als natürliche Personen.

III. Beschwerdegegenstand

Vb. kann gem. § 90 I BVerfGG gegen jeden Akt der "öffentlichen Gewalt" erhoben werden. Akte der öffentlichen Gewalt sind u.a. solche der Legislative, wie hier § 14 III LuftSiG als Bundesgesetz.

IV. Beschwerdebefugnis

"Die Beschwerdebefugnis setzt, wenn sich eine Ver-

fassungsbeschwerde - wie hier - unmittelbar gegen ein Gesetz richtet, voraus, dass der Beschwerdeführer durch die angegriffenen Normen selbst, gegenwärtig und unmittelbar in seinen Grundrechten betroffen ist (vgl. BVerfGE 1, 97 [101 ff.]; 109, 279 [305]; st.Rspr.). Die Voraussetzung der eigenen und gegenwärtigen Betroffenheit ist grundsätzlich erfüllt, wenn der Beschwerdeführer darlegt, dass er mit einiger Wahrscheinlichkeit durch die auf den angegriffenen Vorschriften beruhenden Maßnahmen in seinen Grundrechten berührt wird (vgl. BVerfGE 100, 313 [354]; 109, 279 [307 f.]). Unmittelbare Betroffenheit ist schließlich gegeben, wenn die angegriffenen Bestimmungen, ohne eines weiteren Vollzugsakts zu bedürfen, die Rechtsstellung des Beschwerdeführers verändern (vgl. BVerfGE 97, 157 [164]; 102, 197 [207]). Das ist auch dann anzunehmen, wenn dieser gegen einen denkbaren Vollzugsakt nicht oder nicht in zumutbarer Weise vorgehen kann (vgl. BVerfGE 100, 313 [354]; 109, 279 [306 f.])."

1. Selbst und gegenwärtig betroffen

"Nach diesen Grundsätzen ist die Beschwerdebefugnis der Beschwerdeführer gegeben. Sie haben glaubhaft dargelegt, dass sie aus privaten und beruflichen Gründen häufig zivile Luftfahrzeuge benutzen. Es ist deshalb hinreichend wahrscheinlich, dass sie durch die von ihnen angegriffene Vorschrift des § 14 Abs. 3 LuftSiG selbst und gegenwärtig in ihren Grundrechten betroffen werden. [...]

Die Betroffenheit der Beschwerdeführer wird nicht dadurch in Frage gestellt, dass im Verfassungsbeschwerdeverfahren die Auffassung vertreten worden ist, § 14 Abs. 3 LuftSiG sei nicht anwendbar, wenn sich an Bord eines Luftfahrzeugs Personen befänden, die - wie dessen Besatzung und Passagiere - für die Herbeiführung einer Gefahrenlage im Sinne dieser Bestimmung nicht verantwortlich seien. Im Wortlaut des § 14 Abs. 3 LuftSiG findet eine solche Beschränkung des Anwendungsbereichs der Vorschrift keinen Ausdruck. Die Gesetzesbegründung lässt im Gegenteil erkennen, dass von einer unmittelbaren Einwirkung mit Waffengewalt nach § 14 Abs. 3 LuftSiG auch Personen betroffen sein können, welche die Gefahr eines besonders schweren Unglücksfalls nicht geschaffen haben. Dort wird ausdrücklich von der Lebensbedrohung auch der Flugzeuginsassen durch die Angreifer auf das Luftfahrzeug gesprochen und nicht danach unterschieden, ob es sich bei den Insassen um Täter oder Opfer handelt (vgl. BTDrucks 15/2361, S. 21 zu § 14). Das lässt erkennen, dass von einer Anwendung des § 14 Abs. 3 LuftSiG auch unschuldige Menschen an Bord des Luftfahrzeugs betroffen sein können." [...]

2. Unmittelbar betroffen

"Auch die unmittelbare Betroffenheit der Beschwerdeführer ist unter diesen Umständen gegeben. Es kann ihnen nicht zugemutet werden abzuwarten, bis sie selbst Opfer einer Maßnahme nach § 14 Abs. 3 LuftSiG werden."

3. Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung

Es ist nicht von vornherein ausgeschlossen, dass die Bf. von der angegriffenen Regelung in ihren Grundrechten aus Art. 2 II i.V.m. Art. 1 I GG verletzt sind. Sie können eine Grundrechtsverletzung mithin i.S.d. § 90 I BVerfGG geltend machen.

V. Rechtswegerschöpfung, Grundsatz der Subsidiarität

Gegen Parlamentsgesetze des Bundes steht natürlichen Personen wie den Bf. kein Rechtsweg offen. § 90 II BVerfGG steht der Zulässigkeit der Vb. daher nicht entgegen. Entnimmt man der Norm darüber hinaus den Grundsatz der Subsidiarität, wonach die Bf. auch über die Rechtswegerschöpfung hinaus alles tun müssen, um eine Vb. entbehrlich zu machen, so wäre auch diese Voraussetzung gewahrt. Es ist nicht ersichtlich, wie sich eine solche vermeiden ließe.

VI. Form und Frist

Von der Wahrung der Form des § 23 BVerfGG und der Frist des § 93 III BVerfGG ist auszugehen.

Die Vb. ist zulässig.

B. Begründetheit

Die Verfassungsbeschwerde ist begründet, soweit die Bf. in einem ihrer Grundrechte oder grundrechtsgleichen Rechte i.S.d. Art. 93 I Nr. 4a GG verletzt sind. Diesbezüglich kommt zunächst das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 II GG in Betracht. Dieses wäre verletzt, wenn ein nicht zu rechtfertigender Eingriff in den Schutzbereich der Norm vorläge.

I. Schutzbereich betroffen

Das BVerfG umreißt zunächst den Schutzbereich des Art. 2 II GG, um sodann einen Eingriff zu bejahen:

"Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG gewährleistet das Recht auf Leben als Freiheitsrecht (vgl. BVerfGE 89, 120 [130]). Mit diesem Recht wird die biologisch-physische Existenz jedes Menschen vom Zeitpunkt ihres Entstehens an bis zum Eintritt des Todes unabhängig von den Lebensumständen des Einzelnen, seiner körperlichen und seelischen Befindlichkeit, gegen staatliche Eingriffe geschützt. Jedes menschliche Leben ist als solches gleich wertvoll (vgl. BVerfGE 39, 1 [59]). Obwohl es innerhalb der grundgesetzlichen Ordnung einen Höchstwert darstellt (vgl. BVerfGE 39, 1 [42]; 46, 160 [164]; 49, 24 [53]), steht allerdings auch dieses Recht nach Art. 2 Abs. 2 Satz 3 GG unter Gesetzesvorbehalt. Auch in das Grundrecht auf Leben kann deshalb auf der Grundlage eines förmlichen Parlamentsgesetzes (vgl. BVerfGE 22, 180 [219]) eingegriffen werden. Voraussetzung dafür ist aber, dass das betreffende Ge-

setz in jeder Hinsicht den Anforderungen des Grundgesetzes entspricht. Es muss kompetenzgemäß erlassen worden sein, nach Art. 19 Abs. 2 GG den Wesensgehalt des Grundrechts unangetastet lassen und darf auch sonst den Grundentscheidungen der Verfassung nicht widersprechen."

II. Eingriff

"§ 14 Abs. 3 LuftSiG [...] greift in den Schutzbereich des durch Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG garantierten Grundrechts auf Leben sowohl der Besatzung und der Passagiere des von einer Einsatzmaßnahme nach § 14 Abs. 3 LuftSiG betroffenen Luftfahrzeugs als auch derer ein, die dieses im Sinne dieser Vorschrift gegen das Leben von Menschen einsetzen wollen. Die Inanspruchnahme der Ermächtigung zur unmittelbaren Einwirkung mit Waffengewalt auf ein Luftfahrzeug nach § 14 Abs. 3 LuftSiG führt praktisch immer zu dessen Absturz. Dieser wiederum hat mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit den Tod, also die Vernichtung des Lebens aller seiner Insassen zur Folge."

III. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

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

1. Schranke

Als Schranke dient der Gesetzesvorbehalt des Art. 2 II 3 GG. § 14 LuftSiG ist ein Gesetz, konkretisiert also diese Schranke.

2. Eingriff gedeckt

Die Norm müsste aber auch im Übrigen verfassungsgemäß sein. Verstieße sie sonst gegen Verfassungsrecht, wäre sie nichtig und könnte demzufolge auch keinen Grundrechtseingriff legitimieren. An der Verfassungsmäßigkeit der Norm bestehen in formeller und materieller Hinsicht Zweifel.

a. Formelle Verfassungsmäßigkeit

Zweifelhaft ist zunächst die Gesetzgebungskompetenz des Bundes. Grundsätzlich liegt diese in der Hand der Länder. Fraglich ist, ob sich ein Kompetenztitel des Bundes finden lässt.

aa. Art. 73 I Nr. 1 GG

In der Rspr. und Literatur ist im Vorfeld der Entscheidung des BVerfG vertreten worden, dass Art. 73 I Nr. 1 GG eine ausschließliche Gesetzgebungskompetenz des Bundes enthalte, weil § 14 III LuftSiG die "Verteidigung" und den "Schutz der Zivilbevölkerung" betreffe (Linke, NWVBl 2006, 71 [72]; vgl. auch BVerwG, DÖV 1973, 490 [492]). Das BVerfG verneint dies hingegen:

"§ 14 Abs. 3 LuftSiG ist Teil der Bestimmungen in Abschnitt 3 des Luftsicherheitsgesetzes. Dieser trägt die Überschrift "Unterstützung und Amtshilfe durch die Streitkräfte" und macht damit deutlich, dass es sich bei deren Einsatz, so wie er in den §§ 13 bis 15 LuftSiG geregelt ist, primär nicht um die Wahrnehmung einer eigenständigen Aufgabe des Bundes, sondern "im Rahmen der Gefahrenabwehr" und der "Unterstützung der Polizeikräfte der Länder" (§ 13 Abs. 1 LuftSiG) um die Hilfe bei der Bewältigung einer den Ländern obliegenden Aufgabe handelt. Diese Hilfe vollzieht sich, wie § 13 LuftSiG in seinen Absätzen 1 bis 3 im Einzelnen ausweist, in den Bahnen einerseits des Art. 35 Abs. 2 Satz 2 GG und andererseits des Art. 35 Abs. 3 GG. Da diese Artikel unstreitig zu den Regelungen des Grundgesetzes gehören, die im Sinne des Art. 87 a Abs. 2 GG den Einsatz der Streitkräfte außerhalb der Verteidigung ausdrücklich zulassen (vgl. BTDrucks V/2873, S. 2 unter B i.V.m. S. 9 f.; zu Art. 35 Abs. 3 GG s. auch BVerfGE 90, 286 [386 f.]), geht es § 14 Abs. 3 LuftSiG ebenso wie den übrigen Regelungen des Abschnitts 3 des Gesetzes, auch im Sinne der Kompetenznorm des Art. 73 Nr. 1 GG, nicht um Verteidigung (a.A. die Begründung zum Entwurf des Gesetzes zur Neuregelung von Luftsicherheitsaufgaben, BTDrucks 15/2361, S. 14, und weiter etwa auch BVerwG, DÖV 1973, S. 490 [492]). Auch der in den Kompetenztitel "Verteidigung" eingeschlossene Teilbereich des Schutzes der Zivilbevölkerung ist deshalb nicht einschlägig."

bb. Art. 73 I Nr. 6 GG

Weiterhin ist in der Literatur vertreten worden, Art. 73 I Nr. 6 GG enthalte mit dem "Luftverkehr" einen tauglichen Kompetenztitel (Pieroth, Jura 2005, 729 [730]). Auch dies ist nach Ansicht des BVerfG nicht der Fall:

"Auf die Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes für den Luftverkehr nach Art. 73 Nr. 6 GG lässt sich § 14 Abs. 3 LuftSiG ebenfalls nicht stützen. Dabei ist hier nicht zu entscheiden, ob der Bund im Rahmen des Art. 73 Nr. 6 GG auch in weiterem Umfang, als er es bisher tut, Aufgaben der Gefahrenabwehr übernehmen könnte. Nach der Konzeption des Gesetzes geht es in den §§ 13 bis 15 LuftSiG um die Unterstützung bei der Gefahrenabwehr der Länder. Regelungsziel ist es, die Verfahrensabläufe im Bereich des Bundes und im Zusammenwirken mit den Ländern festzulegen sowie die Einsatzmittel der Streitkräfte für den Fall zu bestimmen, dass diese den Polizeikräften der Länder zur Unterstützung bei der Abwehr von Gefahren zur Verfügung gestellt werden, die durch einen erheblichen Luftzwischenfall ausgelöst werden. Es handelt sich also um Ausführungsregelungen zum Streitkräfteeinsatz in den Konstellationen des Art. 35 Abs. 2 Satz 2 und Abs. 3 GG. Dafür ergibt sich die Gesetzgebungsbefugnis des Bundes nicht aus Art. 73 Nr. 6 GG (so auch die Gesetzesbegründung der Bundesregierung; vgl. BTDrucks 15/2361, S. 14)."

cc. Art. 35 II 2 GG

Die Kompetenz für Regelungen des Bundes, die das Nähere über den Einsatz seiner Streitkräfte im Zusammenwirken mit den beteiligten Ländern zur Bewältigung eines regionalen oder überregionalen Katastrophennotstands bestimmen, folgt nach Ansicht des BVerfG vielmehr unmittelbar aus Art. 35 Abs. 2 Satz 2 und Abs. 3 GG selbst. § 14 III LuftSiG sei durch diesen Kompetenzbereich des Bundes jedoch deshalb nicht gedeckt, weil sich die Vorschrift mit den wehrverfassungsrechtlichen Vorgaben des Grundgesetzes nicht vereinbaren ließen:

(1). Enge Auslegung anhand des Wortlauts wegen Art. 87 a II GG geboten

"Die Streitkräfte, deren Einsatz die §§ 13 bis 15 LuftSiG regeln, werden vom Bund nach Art. 87 a Abs. 1 Satz 1 GG zur Verteidigung aufgestellt. Zu anderen Zwecken ("Außer zur Verteidigung") dürfen sie gemäß Art. 87 a Abs. 2 GG nur eingesetzt werden, soweit es das Grundgesetz ausdrücklich zulässt. Diese Regelung, die im Zuge der Einfügung der Notstandsverfassung in das Grundgesetz durch das Siebzehnte Gesetz zur Ergänzung des Grundgesetzes vom 24. Juni 1968 (BGBl I S. 709) geschaffen worden ist, soll verhindern, dass für die Verwendung der Streitkräfte als Mittel der vollziehenden Gewalt "ungeschriebene Zuständigkeiten aus der Natur der Sache" abgeleitet werden (so der Bundestagsrechtsausschuss in seinem Schriftlichen Bericht zum Entwurf einer Notstandsverfassung, BTDrucks V/2873, S. 13). Maßgeblich für die Auslegung und Anwendung des Art. 87 a Abs. 2 GG ist daher das Ziel, die Möglichkeiten für einen Einsatz der Bundeswehr im Innern durch das Gebot strikter Texttreue zu begrenzen (vgl. BVerfGE 90, 286 [356 f.]). Dieses Ziel bestimmt auch die Auslegung und Anwendung der Regelungen, durch welche im Sinne des Art. 87 a Abs. 2 GG der Einsatz der Streitkräfte im Grundgesetz außer zur Verteidigung ausdrücklich zugelassen wird. Zu ihnen gehören, wie schon erwähnt, die Ermächtigungen in Art. 35 Abs. 2 Satz 2 und Abs. 3 GG, auf deren Grundlage die §§ 13 bis 15 LuftSiG der Bekämpfung erheblicher Luftzwischenfälle und der damit verbundenen Gefahren dienen sollen."

(2). "Besonders schwerer Unglücksfall", Art. 35 II 2 GG

Im Fall des regionalen Katastrophennotstands nach Art. 35 Abs. 2 Satz 2 GG kann das betroffene Land zur Hilfe bei der Naturkatastrophe oder dem besonders schweren Unglücksfall unter anderem Kräfte und Einrichtungen der Streitkräfte anfordern.

(a). Gegenwärtige Gefahr eines Unglücks genügt

Von Verfassungs wegen nicht zu beanstanden ist allerdings, dass § 14 Abs. 3 LuftSiG, wie sich aus dem Zusammenhang der Vorschrift mit § 13 Abs. 1 und § 14 Abs. 1 LuftSiG ergibt, das Ziel verfolgt, im Rahmen der Gefahrenabwehr zu verhindern, dass ein besonders schwerer Unglücksfall nach Art. 35 Abs. 2 Satz 2 GG eintritt, der als Folge eines erheblichen Luftzwischenfalls als gegenwärtige Gefahr bevorsteht. Unter einem besonders schweren Unglücksfall im Sinne des Art. 35 Abs. 2 Satz 2 GG - und damit auch im Sinne der §§ 13 bis 15 LuftSiG - wird im Allgemeinen ein Schadensereignis von großem Ausmaß verstanden, das - wie ein schweres Flugzeug- oder Eisenbahnunglück, ein Stromausfall mit Auswirkungen auf lebenswichtige Bereiche der Daseinsvorsorge oder der Unfall in einem Kernkraftwerk - wegen seiner Bedeutung in besonderer Weise die Öffentlichkeit berührt und auf menschliches Fehlverhalten oder technische Unzulänglichkeiten zurückgeht (in diesem Sinne schon Abschnitt A Nr. 3 der Richtlinie des Bundesministers der Verteidigung über Hilfeleistungen der Bundeswehr bei Naturkatastrophen oder besonders schweren Unglücksfällen und im Rahmen der dringenden Nothilfe vom 8. November 1988, VMBl S. 279). Von diesem Begriffsverständnis, das verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden ist, werden auch Ereignisse umfasst, wie sie hier in Rede stehen. [...]

Dass die Anforderung der Streitkräfte und deren Einsatz nach Art. 35 Abs. 2 Satz 2 GG "zur Hilfe" "bei" einer Naturkatastrophe und "bei" einem besonders schweren Unglücksfall erfolgen, zwingt nicht zu der Annahme, dass das jeweilige Schadensereignis bereits eingetreten sein muss. Der Wortsinn der Regelung lässt gleichermaßen eine Auslegung dahin gehend zu, dass die Hilfe schon angefordert und geleistet werden kann, wenn erkennbar wird, dass sich mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit in Kürze ein Schadensfall ereignen wird, wenn also im polizeirechtlichen Sinne eine gegenwärtige Gefahr gegeben ist. Davon geht erkennbar auch Art. 35 Abs. 3 Satz 1 GG aus, der, an Art. 35 Abs. 2 Satz 2 GG anknüpfend, die Befugnisse der Bundesregierung für den Fall erweitert, dass die Naturkatastrophe oder der Unglücksfall das Gebiet mehr als eines Landes "gefährdet". Wie hier im überregionalen Katastrophenfall ist demnach für den Streitkräfteeinsatz auch beim regionalen Katastrophennotstand nach Art. 35 Abs. 2 Satz 2 GG das Vorliegen einer gegenwärtigen Gefahr als ausreichend anzusehen."

(b). Vorsatz, Fahrlässigkeit oder höhere Gewalt irrelevant

"Dass der Absturz des Luftfahrzeugs, gegen das sich die Maßnahme nach § 14 Abs. 3 LuftSiG richtet, absichtlich herbeigeführt werden soll, steht der Anwendung des Art. 35 Abs. 2 Satz 2 GG nicht entgegen. Nach dem allgemeinen Sprachgebrauch kann unter einem Unglücksfall unschwer auch ein Ereignis verstanden werden, dessen Eintritt auf den Vorsatz von Menschen zurückgeht. Anhaltspunkte dafür, dass Art.

35 Abs. 2 Satz 2 GG, davon abweichend, auf unwillentlich ausgelöste oder fahrlässig herbeigeführte Unglücksfälle beschränkt bleiben, auf Vorsatz beruhende Vorfälle also nicht erfassen soll, sind weder dem Wortlaut der Norm noch den Gesetzesmaterialien (vgl. BTDrucks V/1879, S. 22 ff.; V/2873, S. 9 f.) zu entnehmen. Sinn und Zweck des Art. 35 Abs. 2 Satz 2 GG, durch den Einsatz auch der Streitkräfte einen wirksamen Katastrophenschutz zu ermöglichen (vgl. BTDrucks V/1879, S. 23 f.), sprechen ebenfalls dafür, den Begriff des Unglücksfalls weit auszulegen."

(3). Selbstbestimmter Einsatz von Waffengewalt durch die Bundeswehr jedoch keine "Hilfe" i.S.d. Art. 35 II 2 GG

"Die Einsatzmaßnahme der unmittelbaren Einwirkung auf ein Luftfahrzeug mit Waffengewalt nach § 14 Abs. 3 LuftSiG wahrt jedoch deshalb nicht den Rahmen des Art. 35 Abs. 2 Satz 2 GG, weil diese Vorschrift einen Kampfeinsatz der Streitkräfte mit spezifisch militärischen Waffen bei der Bekämpfung von Naturkatastrophen und besonders schweren Unglücksfällen nicht erlaubt. Die "Hilfe", von der Art. 35 Abs. 2 Satz 2 GG spricht, wird den Ländern gewährt, damit diese die ihnen obliegende Aufgabe der Bewältigung von Naturkatastrophen und besonders schweren Unglücksfällen wirksam erfüllen können. Davon geht zutreffend auch § 13 Abs. 1 LuftSiG aus, nach dem der Einsatz der Streitkräfte der Unterstützung der Polizeikräfte der Länder bei der Verhinderung des Eintritts eines besonders schweren Unglücksfalls im Rahmen der Gefahrenabwehr dienen soll, soweit es zur wirksamen Bekämpfung erforderlich ist. Die Ausrichtung auf diese Aufgabe im Zuständigkeitsbereich der Gefahrenabwehrbehörden der Länder, der ausweislich der Gesetzesbegründung durch die §§ 13 bis 15 LuftSiG nicht angetastet werden soll (vgl. BTDrucks 15/2361, S. 20 zu § 13), bestimmt notwendig auch die Art der Hilfsmittel, die beim Einsatz der Streitkräfte zum Zweck der Hilfeleistung verwandt werden dürfen. Sie können nicht von qualitativ anderer Art sein als diejenigen, die den Polizeikräften der Länder für die Erledigung ihrer Aufgaben originär zur Verfügung stehen. Das bedeutet, dass die Streitkräfte, wenn sie nach Art. 35 Abs. 2 Satz 2 GG auf Anforderung eines Landes "zur Hilfe" eingesetzt werden, zwar die Waffen verwenden dürfen, die das Recht des betreffenden Landes für dessen Polizeikräfte vorsieht. Militärische Kampfmittel, beispielsweise die Bordwaffen eines Kampfflugzeugs, wie sie für Maßnahmen nach § 14 Abs. 3 LuftSiG benötigt werden, dürfen dagegen nicht zum Einsatz gebracht werden.

Dieses Normverständnis, zu dem der Wortlaut sowie Sinn und Zweck des Art. 35 Abs. 2 Satz 2 GG zwingen, wird durch den systematischen Standort und die Entstehungsgeschichte dieser Vorschrift bestätigt [wird ausgeführt]."

dd. Art. 35 III 1 GG

"§ 14 Abs. 3 LuftSiG ist auch mit der Regelung des Art. 35 Abs. 3 Satz 1 GG über den überregionalen Katastrophennotstand nicht vereinbar."

(1). Kompetenzen

Dies folgt nach Ansicht des BVerfG schon aus der unzulässigen Kompetenzverteilung, weil nach dem LuftSiG nicht durchweg eine vorherige Einsatzentscheidung der Bundesregierung erfolgen müsse:

(a). Alleinige Entscheidungskompetenz der Bundesregierung

"Zum Einsatz der Streitkräfte im Fall des überregionalen Katastrophennotstands ist nach Art. 35 Abs. 3 Satz 1 GG ausdrücklich nur die Bundesregierung ermächtigt. Diese besteht nach Art. 62 GG aus dem Bundeskanzler und den Bundesministern. Sie ist Kollegialorgan. Ist die Zuständigkeit für die Entscheidung über den Einsatz der Streitkräfte zum Zweck der überregionalen Katastrophenhilfe der Bundesregierung vorbehalten, verlangt Art. 35 Abs. 3 Satz 1 GG demzufolge einen Beschluss des Kollegiums (vgl. - zu Art. 80 Abs. 1 Satz 1 GG - BVerfGE 91, 148 [165 f.]). Die Entscheidungszuständigkeit der Bundesregierung als Ganzes sichert auch stärker die Belange der Länder, die durch die Verwendung der Streitkräfte in ihrem Kompetenzbereich ohne vorherige Anforderung durch die gefährdeten Länder nachhaltig berührt werden (vgl. BVerfGE 26, 338 [397 f.])."

(b). Entscheidung einzelner Minister unzulässig

"§ 13 Abs. 3 LuftSiG wird dem lediglich in Satz 1 gerecht, nach dem die Entscheidung über einen Einsatz der Streitkräfte nach Art. 35 Abs. 3 GG die Bundesregierung im Benehmen mit den betroffenen Ländern trifft. Die Sätze 2 und 3 sehen dagegen vor, dass der Bundesminister der Verteidigung oder im Vertretungsfall das zu seiner Vertretung berechtigte Mitglied der Bundesregierung im Benehmen mit dem Bundesminister des Innern entscheidet, wenn eine rechtzeitige Entscheidung der Bundesregierung nicht möglich ist; deren Entscheidung ist in diesem Fall, bei dem es sich nach Auffassung des Gesetzgebers um den Regelfall handeln wird (vgl. BTDrucks 15/2361, S. 21 zu § 13), unverzüglich nachzuholen. Die Bundesregierung wird danach bei der Entscheidung über den Einsatz der Streitkräfte im überregionalen Katastrophenfall nicht nur ausnahmsweise, sondern regelmäßig durch einen Einzelminister ersetzt. Das lässt sich im Blick auf Art. 35 Abs. 3 Satz 1 GG auch nicht mit einer besonderen Eilbedürftigkeit rechtfertigen. Das knappe Zeitbudget, das im Anwendungsbereich des § 13 Abs. 3 LuftSiG im Allgemeinen nur zur Verfügung steht, macht vielmehr gerade deutlich, dass Maßnahmen der in § 14 Abs. 3 LuftSiG normierten Art auf dem in Art. 35 Abs. 3 Satz 1 GG vorgesehenen Wege in der Regel nicht zu

bewältigen sein werden."

(2). Selbstbestimmter Einsatz von Waffen durch die Bundeswehr unzulässig

Darüber hinaus legitimiere laut BVerfG Art. 35 III GG ebenso wenig wie Art. 35 II GG den selbstbestimmten Einsatz von Waffen der Bundeswehr:

"Darüber hinaus ist der wehrverfassungsrechtliche Rahmen des Art. 35 Abs. 3 Satz 1 GG vor allem deshalb überschritten, weil auch im Fall des überregionalen Katastrophennotstands ein Einsatz der Streitkräfte mit typisch militärischen Waffen von Verfassungs wegen nicht erlaubt ist.

Art. 35 Abs. 3 Satz 1 GG unterscheidet sich von Art. 35 Abs. 2 Satz 2 GG nur in zweifacher Hinsicht. Einmal verlangt Art. 35 Abs. 3 Satz 1 GG das Vorliegen einer Gefahrenlage, von der das Gebiet mehr als eines Landes bedroht ist. Zum andern werden im Hinblick auf die Überregionalität der Notstandslage die Initiative für die wirksame Bekämpfung dieser Situation auf die Bundesregierung verlagert und deren Kompetenzen zur Unterstützung der Polizeikräfte der Länder erweitert; die Bundesregierung kann unter anderem von sich aus Einheiten der Streitkräfte einsetzen. Dass diese bei einem solchen Einsatz spezifisch militärische Waffen verwenden dürfen, wie sie für eine Maßnahme nach § 14 Abs. 3 LuftSiG benötigt werden, ist dagegen nicht vorgesehen. Der Wortlaut des Art. 35 Abs. 3 Satz 1 GG, der den Streitkräfteeinsatz lediglich "zur Unterstützung" der Polizeikräfte der Länder, also wiederum nur bei Wahrnehmung einer Landesaufgabe, erlaubt, und der daraus ersichtliche Regelungszweck der bloßen Unterstützung der Länder durch den Bund schließen einen Einsatz mit militärtypischer Bewaffnung im Lichte des Art. 87 a Abs. 2 GG vielmehr auch bei der Bekämpfung überregionaler Katastrophennotstände aus."

b. Zwischenergebnis

Weitere Kompetenztitel sind nicht ersichtlich. § 14 III LuftSiG ist daher schon formell wegen mangelnder Gesetzgebungskompetenz des Bundes nichtig. Die verfassungsrechtliche Rechtfertigung des Eingriffs in Art. 2 II GG gelingt daher nicht. Das Grundrecht ist verletzt, die Vb. ist begründet.

c. Materielle Verfassungsmäßigkeit

In materieller Hinsicht könnte § 14 III LuftSiG gegen die Menschenwürde des Art. 1 I GG verstoßen. Während in der Literatur teilweise jede Relevanz der Menschenwürde für § 14 III LuftSiG verneint wird, weil die Vorschrift nicht die Entwürdigung, sondern "nur" die Tötung von Menschen erlaube (Baldus, NVwZ 2004, 1278 [1284]). Das BVerfG sieht dies aber völlig anders, wobei das Gericht Art. 1 I GG explizit als Schranken-Schranke (nicht als eigenes Grundrecht) prüft:

"Das durch Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG gewährleistete Grundrecht auf Leben steht gemäß Art. 2 Abs. 2 Satz 3 GG unter dem Vorbehalt des Gesetzes. Das einschränkende Gesetz muss aber seinerseits im Lichte dieses Grundrechts und der damit eng verknüpften Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG gesehen werden."

aa. Inhalt der Menschenwürde: Objektformel

"Das menschliche Leben ist die vitale Basis der Menschenwürde als tragendem Konstitutionsprinzip und oberstem Verfassungswert (vgl. BVerfGE 39, 1 [42]; 72, 105 [115]; 109, 279 [311]). Jeder Mensch besitzt als Person diese Würde, ohne Rücksicht auf seine Eigenschaften, seinen körperlichen oder geistigen Zustand, seine Leistungen und seinen sozialen Status (vgl. BVerfGE 87, 209 [228]; 96, 375 [399]). Sie kann keinem Menschen genommen werden. Verletzbar ist aber der Achtungsanspruch, der sich aus ihr ergibt (vgl. BVerfGE 87, 209 [228]). Das gilt unabhängig auch von der voraussichtlichen Dauer des individuellen menschlichen Lebens (vgl. BVerfGE 30, 173 [194] zum Anspruch des Menschen auf Achtung seiner Würde selbst nach dem Tod).

Dem Staat ist es im Hinblick auf dieses Verhältnis von Lebensrecht und Menschenwürde einerseits untersagt, durch eigene Maßnahmen unter Verstoß gegen das Verbot der Missachtung der menschlichen Würde in das Grundrecht auf Leben einzugreifen. Andererseits ist er auch gehalten, jedes menschliche Leben zu schützen. Diese Schutzpflicht gebietet es dem Staat und seinen Organen, sich schützend und fördernd vor das Leben jedes Einzelnen zu stellen; das heißt vor allem, es auch vor rechtswidrigen An- und Eingriffen von Seiten Dritter zu bewahren (vgl. BVerfGE 39, 1 [42]; 46, 160 [164]; 56, 54 [73]). Ihren Grund hat auch diese Schutzpflicht in Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG, der den Staat ausdrücklich zur Achtung und zum Schutz der Menschenwürde verpflichtet (vgl. BVerfGE 46, 160 [164]; 49, 89 [142]; 88, 203 [251]).

Was diese Verpflichtung für das staatliche Handeln konkret bedeutet, lässt sich nicht ein für allemal abschließend bestimmen (vgl. BVerfGE 45, 187 [229]; 96, 375 [399 f.]). Art. 1 Abs. 1 GG schützt den einzelnen Menschen nicht nur vor Erniedrigung, Brandmarkung, Verfolgung, Ächtung und ähnlichen Handlungen durch Dritte oder durch den Staat selbst (vgl. BVerfGE 1, 97 [104]; 107, 275 [284]; 109, 279 [312]). Ausgehend von der Vorstellung des Grundgesetzgebers, dass es zum Wesen des Menschen gehört, in Freiheit sich selbst zu bestimmen und sich frei zu entfalten, und dass der Einzelne verlangen kann, in der Gemeinschaft grundsätzlich als gleichberechtigtes Glied mit Eigenwert anerkannt zu werden (vgl. BVerfGE 45, 187 [227 f.]), schließt es die Verpflichtung zur Achtung und zum Schutz der Menschenwürde vielmehr generell aus, den Menschen zum bloßen Objekt

des Staates zu machen (vgl. BVerfGE 27, 1 [6]); 45, 187 [228]; 96, 375 [399]). Schlechthin verboten ist damit jede Behandlung des Menschen durch die öffentliche Gewalt, die dessen Subjektqualität, seinen Status als Rechtssubjekt, grundsätzlich in Frage stellt (vgl. BVerfGE 30, 1 [26]; 87, 209 [228]; 96, 375 [399]), indem sie die Achtung des Wertes vermissen lässt, der jedem Menschen um seiner selbst willen, kraft seines Personseins, zukommt (vgl. BVerfGE 30, 1 [26]; 109, 279 [312 f.]). Wann eine solche Behandlung vorliegt, ist im Einzelfall mit Blick auf die spezifische Situation zu konkretisieren, in der es zum Konfliktfall kommen kann (vgl. BVerfGE 30, 1 [25]; 109, 279 [311])."

bb. Subsumtion

(1). Hinsichtlich der vorsätzlichen Tötung Unbeteiligter

"Nach diesen Maßstäben ist § 14 Abs. 3 LuftSiG auch mit Art. 2 Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG nicht vereinbar, soweit vom Abschuss eines Luftfahrzeugs Personen betroffen werden, die als dessen Besatzung und Passagiere auf die Herbeiführung des in § 14 Abs. 3 LuftSiG vorausgesetzten nichtkriegerischen Luftzwischenfalls keinen Einfluss genommen haben."

(a). Opfer werden zum Objekt staatlicher Gewaltanwendung degradiert

In der Situation, in der sich diese Personen in dem Augenblick befinden, in dem die Anordnung der unmittelbaren Einwirkung mit Waffengewalt auf das in den Luftzwischenfall verwickelte Luftfahrzeug gemäß § 14 Abs. 4 Satz 1 LuftSiG erfolgt, muss nach § 14 Abs. 3 LuftSiG davon auszugehen sein, dass das Luftfahrzeug gegen das Leben von Menschen eingesetzt werden soll. Das Luftfahrzeug muss, wie es in der Gesetzesbegründung heißt, von denen, die es in ihre Gewalt gebracht haben, zur Angriffswaffe umfunktioniert worden sein (vgl. BT-Drucks 15/2361, S. 20 zu § 13 Abs. 1), es muss selbst von den Straftätern als Tatwaffe, nicht lediglich als Hilfsmittel zur Tatbegehung zielgerichtet gegen das Leben von Menschen verwandt werden (vgl. BTDrucks 15/2361, S. 21 zu § 14 Abs. 3), die sich in dem Bereich aufhalten, in dem das Luftfahrzeug zum Absturz gebracht werden soll. In dieser Extremsituation, die zudem durch die räumliche Enge eines im Flug befindlichen Luftfahrzeugs geprägt ist, sind Passagiere und Besatzung typischerweise in einer für sie ausweglosen Lage. Sie können ihre Lebensumstände nicht mehr unabhängig von anderen selbstbestimmt beeinflussen.

Dies macht sie zum Objekt nicht nur der Täter. Auch der Staat, der in einer solchen Situation zur Abwehrmaßnahme des § 14 Abs. 3 LuftSiG greift, behandelt sie als bloße Objekte seiner Rettungsaktion zum Schutze anderer. Die Ausweglosigkeit und Unentrinnbarkeit, welche die Lage der als Opfer betroffenen Flugzeuginsassen kennzeichnen, bestehen auch gegenüber denen, die den Abschuss des Luftfahrzeugs anordnen und durchführen. Flugzeugbesatzung und -passagiere können diesem Handeln des Staates auf Grund der von ihnen in keiner Weise beherrschbaren Gegebenheiten nicht ausweichen, sondern sind ihm wehr- und hilflos ausgeliefert mit der Folge, dass sie zusammen mit dem Luftfahrzeug gezielt abgeschossen und infolgedessen mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit getötet werden. Eine solche Behandlung missachtet die Betroffenen als Subjekte mit Würde und unveräußerlichen Rechten. Sie werden dadurch, dass ihre Tötung als Mittel zur Rettung anderer benutzt wird, verdinglicht und zugleich entrechtlicht; indem über ihr Leben von Staats wegen einseitig verfügt wird, wird den als Opfern selbst schutzbedürftigen Flugzeuginsassen der Wert abgesprochen, der dem Menschen um seiner selbst willen zukommt."

(b). Zudem Gefahr übereilter Entscheidungen

"Dies geschieht zudem unter Umständen, die nicht erwarten lassen, dass in dem Augenblick, in dem gemäß § 14 Abs. 4 Satz 1 LuftSiG über die Durchführung einer Einsatzmaßnahme nach § 14 Abs. 3 LuftSiG zu entscheiden ist, die tatsächliche Lage immer voll überblickt und richtig eingeschätzt werden kann. [...] Vor allem die Vereinigung Cockpit hat darauf hingewiesen, schon die Feststellung, dass ein erheblicher Luftzwischenfall im Sinne des § 13 Abs. 1 LuftSiG vorliegt und dieser die Gefahr eines besonders schweren Unglücksfalls begründet, sei je nach Sachlage von großen Unsicherheiten geprägt. Diese Feststellung könne nur selten mit Gewissheit getroffen werden. Neuralgischer Punkt bei der Lagebeurteilung sei, inwieweit die möglicherweise betroffene Flugzeugbesatzung den Versuch oder den Erfolg der Entführung eines Luftfahrzeugs den Entscheidungsträgern am Boden noch mitteilen könne. Gelinge das nicht, sei die Tatsachengrundlage von Anfang an mit dem Makel einer Fehlinterpretation behaftet. [...] Die Gefahr bei der Anwendung des § 14 Abs. 3 LuftSiG liege infolgedessen darin, dass der Abschussbefehl auf ungesicherter Tatsachengrundlage zu früh erteilt werde, wenn der Einsatz von Waffengewalt im Rahmen des zur Verfügung stehenden, im Regelfall äußerst knappen Zeitfensters überhaupt noch rechtzeitig mit Aussicht auf Erfolg und ohne unverhältnismäßige Gefährdung unbeteiligter Dritter vorgenommen werden solle. Damit ein solcher Einsatz wirkungsvoll sei, müsse deshalb von vornherein in Kauf genommen werden, dass die Maßnahme möglicherweise gar nicht erforderlich sei. Es werde mit anderen Worten häufig wohl mit Übermaß reagiert werden müssen. [...]

Auch wenn sich im Bereich der Gefahrenabwehr Prognoseunsicherheiten vielfach nicht gänzlich vermeiden

lassen, ist es unter der Geltung des Art. 1 Abs. 1 GG schlechterdings unvorstellbar, auf der Grundlage einer gesetzlichen Ermächtigung unschuldige Menschen, die sich wie die Besatzung und die Passagiere eines entführten Luftfahrzeugs in einer für sie hoffnungslosen Lage befinden, gegebenenfalls sogar unter Inkaufnahme solcher Unwägbarkeiten vorsätzlich zu töten."

(c). Gegenargumente nicht überzeugend

(aa). Mutmaßliche Einwilligung
"So kann - anders als gelegentlich argumentiert wird - nicht angenommen werden, dass derjenige, der als Besatzungsmitglied oder Passagier ein Luftfahrzeug besteigt, mutmaßlich in dessen Abschuss und damit in die eigene Tötung einwilligt, falls dieses in einen Luftzwischenfall im Sinne des § 13 Abs. 1 LuftSiG verwickelt wird, der eine Abwehrmaßnahme nach § 14 Abs. 3 LuftSiG zur Folge hat. Eine solche Annahme ist ohne jeden realistischen Hintergrund und nicht mehr als eine lebensfremde Fiktion."

(bb). Ohnehin bevorstehender Tod
"Auch die Einschätzung, diejenigen, die sich als Unbeteiligte an Bord eines Luftfahrzeugs aufhalten, das im Sinne des § 14 Abs. 3 LuftSiG gegen das Leben anderer Menschen eingesetzt werden soll, seien ohnehin dem Tode geweiht, vermag der mit einer Einsatzmaßnahme nach dieser Vorschrift im Regelfall verbundenen Tötung unschuldiger Menschen in einer für sie ausweglosen Lage nicht den Charakter eines Verstoßes gegen den Würdeanspruch dieser Menschen zu nehmen. Menschliches Leben und menschliche Würde genießen ohne Rücksicht auf die Dauer der physischen Existenz des einzelnen Menschen gleichen verfassungsrechtlichen Schutz (vgl. oben unter C I, II 2 b aa). Wer dies leugnet oder in Frage stellt, verwehrt denjenigen, die sich wie die Opfer einer Flugzeugentführung in einer für sie alternativlosen Notsituation befinden, gerade die Achtung, die ihnen um ihrer menschlichen Würde willen gebührt."

(cc). Opfer als Teil der Waffe
"Eine andere Beurteilung rechtfertigt auch nicht die Annahme, wer an Bord eines Luftfahrzeugs in der Gewalt von Personen festgehalten werde, die das Luftfahrzeug im Sinne des § 14 Abs. 3 LuftSiG als Tatwaffe gegen das Leben anderer Menschen einsetzen wollen, sei selbst Teil dieser Waffe und müsse sich als solcher behandeln lassen. Diese Auffassung bringt geradezu unverhohlen zum Ausdruck, dass die Opfer eines solchen Vorgangs nicht mehr als Menschen wahrgenommen, sondern als Teil einer Sache gesehen und damit selbst verdinglicht werden. Mit dem Menschenbild des Grundgesetzes und der Vorstellung vom Menschen als einem Wesen, das darauf angelegt ist, in Freiheit sich selbst zu bestimmen (vgl. BVerfGE 45, 187 [227]), und das deshalb nicht zum reinen Objekt staatlichen Handelns gemacht werden darf, lässt sich dies nicht vereinbaren."

(dd). Aufopferungspflicht
"Der Gedanke, der Einzelne sei im Interesse des Staatsganzen notfalls verpflichtet, sein Leben aufzuopfern, wenn es nur auf diese Weise möglich ist, das rechtlich verfasste Gemeinwesen vor Angriffen zu bewahren, die auf dessen Zusammenbruch und Zerstörung abzielen (so etwa Enders, in: Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 1, Art. 1 Rn. 93 [Stand: Juli 2005]), führt ebenfalls zu keinem anderen Ergebnis. Dabei braucht der Senat nicht zu entscheiden, ob und gegebenenfalls unter welchen Umständen dem Grundgesetz über die mit der Notstandsverfassung geschaffenen Schutzmechanismen hinaus eine solche solidarische Einstandspflicht entnommen werden kann. Denn im Anwendungsbereich des § 14 Abs. 3 LuftSiG geht es nicht um die Abwehr von Angriffen, die auf die Beseitigung des Gemeinwesens und die Vernichtung der staatlichen Rechts- und Freiheitsordnung gerichtet sind. Die §§ 13 bis 15 LuftSiG dienen im Rahmen der Gefahrenabwehr der Verhinderung des Eintritts von besonders schweren Unglücksfällen im Sinne des Art. 35 Abs. 2 Satz 2 und Abs. 3 GG. Derartige Unglücksfälle können ausweislich der Gesetzesbegründung politisch motiviert sein, aber auch von Kriminellen ohne politische Absichten oder von geistig verwirrten Einzeltätern ausgehen (vgl. BTDrucks 15/2361, S. 14). Auch wo sie im Einzelfall auf politische Motive zurückgehen, werden, wie die Einbindung der §§ 13 ff. LuftSiG in das System der Katastrophenbekämpfung nach Art. 35 Abs. 2 Satz 2 und Abs. 3 GG zeigt, Vorgänge vorausgesetzt, die nicht darauf zielen, den Staat selbst und seinen Fortbestand in Frage zu stellen. Für die Annahme einer Einstandspflicht im dargelegten Sinne ist unter diesen Umständen kein Raum."

(ee). Schutzpflicht des Staates
"Schließlich lässt sich § 14 Abs. 3 LuftSiG auch nicht mit der staatlichen Schutzpflicht zugunsten derjenigen rechtfertigen, gegen deren Leben das im Sinne von § 14 Abs. 3 LuftSiG als Tatwaffe missbrauchte Luftfahrzeug eingesetzt werden soll.
Dem Staat und seinen Organen kommt bei der Erfüllung derartiger Schutzpflichten ein weiter Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsbereich zu (vgl. BVerfGE 77, 170 [214]; 79, 174 [202]; 92, 26 [46]). Anders als die Grundrechte in ihrer Funktion als subjektive Abwehrrechte sind die sich aus dem objektiven Gehalt der Grundrechte ergebenden staatlichen Schutzpflichten grundsätzlich unbestimmt (vgl. BVerfGE 96, 56 [64]). Wie die staatlichen Organe solchen Schutzpflichten nachkommen, ist von ihnen prinzipiell in eigener Verantwortung zu entscheiden (vgl. BVerfGE 46, 160 [164]; 96, 56 [64]). Das gilt auch für die

Pflicht zum Schutz des menschlichen Lebens. Zwar kann sich gerade mit Blick auf dieses Schutzgut in besonders gelagerten Fällen, wenn anders ein effektiver Lebensschutz nicht zu erreichen ist, die Möglichkeit der Auswahl der Mittel zur Erfüllung der Schutzpflicht auf die Wahl eines bestimmten Mittels verengen (vgl. BVerfGE 46, 160 [164 f.]). Die Wahl kann aber immer nur auf solche Mittel fallen, deren Einsatz mit der Verfassung in Einklang steht. Daran fehlt es im Fall des § 14 Abs. 3 LuftSiG. Die Anordnung und Durchführung der unmittelbaren Einwirkung auf ein Luftfahrzeug mit Waffengewalt nach dieser Vorschrift lässt außer Betracht, dass auch die in dem Luftfahrzeug festgehaltenen Opfer eines Angriffs Anspruch auf den staatlichen Schutz ihres Lebens haben. Nicht nur, dass ihnen dieser Schutz seitens des Staates verwehrt wird, der Staat greift vielmehr selbst in das Leben dieser Schutzlosen ein. Damit missachtet jedes Vorgehen nach § 14 Abs. 3 LuftSiG, wie ausgeführt, die Subjektstellung dieser Menschen in einer mit Art. 1 Abs. 1 GG nicht zu vereinbarenden Weise und das daraus für den Staat sich ergebende Tötungsverbot. Daran ändert es nichts, dass dieses Vorgehen dazu dienen soll, das Leben anderer Menschen zu schützen und zu erhalten."

(2). Hinsichtlich der vorsätzlichen Tötung der Täter

"§ 14 Abs. 3 LuftSiG ist dagegen mit Art. 2 Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG insoweit vereinbar, als sich die unmittelbare Einwirkung mit Waffengewalt gegen ein unbemanntes Luftfahrzeug oder ausschließlich gegen Personen richtet, die das Luftfahrzeug als Tatwaffe gegen das Leben von Menschen auf der Erde einsetzen wollen. Insoweit steht der Anordnung und Durchführung einer Einsatzmaßnahme nach § 14 Abs. 3 LuftSiG die Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG nicht entgegen. Das versteht sich bei Maßnahmen gegen unbemannte Luftfahrzeuge von selbst, gilt aber auch im anderen Fall. Wer, wie diejenigen, die ein Luftfahrzeug als Waffe zur Vernichtung menschlichen Lebens missbrauchen wollen, Rechtsgüter anderer rechtswidrig angreift, wird nicht als bloßes Objekt staatlichen Handelns in seiner Subjektqualität grundsätzlich in Frage gestellt (vgl. oben unter C II 2 b aa), wenn der Staat sich gegen den rechtswidrigen Angriff zur Wehr setzt und ihn in Erfüllung seiner Schutzpflicht gegenüber denen, deren Leben ausgelöscht werden soll, abzuwehren versucht. Es entspricht im Gegenteil gerade der Subjektstellung des Angreifers, wenn ihm die Folgen seines selbstbestimmten Verhaltens persönlich zugerechnet werden und er für das von ihm in Gang gesetzte Geschehen in Verantwortung genommen wird. Er wird daher in seinem Recht auf Achtung der auch ihm eigenen menschlichen Würde nicht beeinträchtigt."

cc. Zwischenergebnis

§ 14 III LuftSiG verstößt auch in materieller Hinsicht gegen Art. 1 I GG, soweit er die Tötung unbeteiligter Dritter an Bord des Luftfahrzeugs erlaubt. Hinsichtlich unbemannter Luftfahrzeuge wäre ein Abschuss hingegen ebenso zulässig wie in dem Fall, in dem lediglich das Leben der Täter ausgelöscht würde.

3. Ergebnis

Da es dem Bund für § 14 Abs. 3 LuftSiG - wie gezeigt - aber insgesamt an der Gesetzgebungskompetenz mangelt, hat die Vorschrift auch insoweit keinen Bestand, als sie nach materiellem Vefassungsrecht zu rechtfertigen wäre. Die Regelung ist in vollem Umfang verfassungswidrig und infolgedessen gemäß § 95 Abs. 3 Satz 1 BVerfGG nichtig. Die Verfassungsbeschwerde ist insgesamt erfolgreich.

Standort: Verbraucherrecht Problem: Widerrufsrecht bei Hausbauvertrag

BGH, URTEIL VOM 22.12.2005
VII ZR 183/04 (IBR 2006, 126)

Problemdarstellung:

Die Bekl. wollten sich in diesem Fall nach Möglichkeit von einem Vertrag über die Lieferung und Errichtung eines sog. "Ausbauhauses" für 99.990,- € lösen. Die Vergütung hierfür sollte laut den vertraglichen Vereinbarungen mit der Kl. in drei Raten gestaffelt nach dem Grad der Fertigstellung des Hauses zu entrichten sein. Nach zwei Rücktrittserklärungen, deren Rechtswirksamkeit im Laufe des Rechtsstreites bislang ungeklärt blieb, erklärten sie sodann den Widerruf des Vertrages gem. § 355 BGB, so dass der BGH sich nunmehr mit der Frage zu befassen hatte, ob auf Verträge der geschlossenen Art der § 355 BGB aufgrund direkter oder analoger Anwendung des § 505 I 1 Nr. 1 BGB (Ratenlieferungsvertrag) oder aufgrund §§ 499 II, 501 S. 1, 495 I BGB (Teilzahlungsgeschäft) angewandt werden kann. Er verneinte beide Ansätze und setzte so dem Anwendungsbereich des Verbraucherschutzrechtes auf "sonstige Finanzierungshilfen" i. S. d §§ 499 ff BGB sowie auf Ratenlieferungsverträge trennscharfe Grenzen.

Prüfungsrelevanz:

Das Verbraucherschutzrecht mit seinem zentralen Element des Widerrufes nach § 355 BGB, der aber nur aufgrund ausdrücklichen Verweises in einer weiteren verbraucherschützenden Norm zur Anwendung kommen kann, ist beliebtes Prüfungsthema im ersten wie zweiten Staatsexamen. Insbesondere im Bereich der §§ 499 ff BGB bereitet diese Materie den Kandidaten aufgrund der zahlreichen Querverweise sowie Ausnahmen und Rückausnahmen des Gesetzes nicht selten erhebliche Schwierigkeiten. Die Lektüre des vorliegenden Falls ist daher geeignet, größere Klarheit über den sachlichen Anwendungsbereich dieser Regelungen zu schaffen. Es sind zudem interessante Ausführungen des BGH zur Abgrenzung zwischen Werkvertragsrecht und Kaufrecht enthalten, die verdeutlichen, dass diese Problematik durch die Neufassung des § 651 BGB im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung keinesfalls vollkommen obsolet geworden ist.

Vertiefungshinweise:

❑ Zurechnung einer Haustürsituation bei Vertragsabschluss auch ohne Kenntnis des vertretenen Vertragspartner: *BGH*, NJW 2006, 497

❑ Minderungsbegehren des Bestellers anstelle der Abnahme: *BGH*, RA 2002, 636 = NJW 2002, 3019

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs:* "Existenzgründung auf Raten"
❑ *Examenskurs:* "Hubschrauberleasing"
❑ *Assessorkurs:* "Der Ehelohn"

Leitsätze:

1. Ein Vertrag, in dem sich ein Unternehmer zur Lieferung und Errichtung eines Ausbauhauses gegen Teilzahlungen verpflichtet, ist ein Werkvertrag (im Anschluss an BGHZ 87, 112).
2. Ein Verbraucher kann einen solchen Vertrag weder nach §§ 505 I 1 Nr. 1, 355 I BGB (Ratenlieferungsverträge) noch nach §§ 501 S. 1, 499 II, 495 I, 355 I BGB (Teilzahlungsgeschäfte) widerrufen.

Sachverhalt:

Die Kl. fordert von den Bekl., die einen Vertrag über die Lieferung und Errichtung eines Ausbauhauses widerrufen haben, eine um ersparte Aufwendungen verminderte Vergütung. Die Kl. stellt Ausbauhäuser her. Die Parteien schlossen am 11.11.2002 einen weitgehend vorformulierten Vertrag über die Lieferung und Errichtung eines Ausbauhauses und weiterer Leistungen zum Gesamtpreis von 99.990,- €. Die Kl. schuldete den Bekl. neben bestimmten planerischen Leistungen die Lieferung und Errichtung eines sog. P.-Hauses, das den Rohbau einschließlich Dach und Dacheindeckung, den Fußbodenaufbau, den Einbau der Außentüren, Fenster und Treppen sowie bestimmte Installationsleistungen umfasste. Der Preis war in drei Raten zu zahlen, nämlich 5 % 30 Tage nach Absendung der Auftragsbestätigung, 80 % nach Fertigstellung des Rohbaus, Auflegung der Dachpfannen, Einbau der Fenster und der Hauseingangstür sowie 15 % nach Fertigstellung der beauftragten Leistung und Hausübergabe. Es wurde ein Rücktrittsrecht der Bekl. für den Fall vereinbart, dass das Eigentum an dem vorgesehenen Grundstück von den Erwerbern nicht zum Preis von 40 € pro qm erworben werden kann. Am 17. und am 28.11.2002 erklärten die Bekl. gegenüber der Kl. schriftlich den Rücktritt vom Vertrag. Mit Schreiben vom 31.12.2002 widerriefen sie ihre auf den Vertragsschluss gerichtete Erklärung. Die Kl. hat auf der Grundlage ihrer Kalkulation unter Abzug ersparter Aufwendungen eine Vergütung in Höhe von 12.929,79 € geltend gemacht.

Hat die Kl. den geltend gemachten Zahlungsanspruch, wenn ein Rücktrittsgrund nicht bestand und die Kl. ihre Vergütung zutreffend kalkuliert hat ?

Lösung:

Die Kl. könnten einen Anspruch gegen die Bekl. auf

Zahlung von 12.929,79 € gem. § 631 I i. V. m. § 649 S. 2 BGB haben.

A. Anspruch entstanden
Der Anspruch müsste zunächst entstanden sein.

I. Werkvertrag
Hierfür müssten die Parteien einen Werkvertrag geschlossen haben.

1. Einigung i. S. d. §§ 145 ff BGB
Zwischen den Parteien war vereinbart, dass die Kl. ein näher beschriebenes Ausbauhaus den Bekl liefern und für sie errichten sollten. Die Vergütung hierfür sollte 99.990,- € betragen. Die für einen Vertragsschluss erforderliche Einigung lag hiermit vor.

2. Abgrenzung des § 631 BGB gegenüber § 433 BGB
Fraglich ist allerdings, ob diese Einigung inhaltlich einen Werkvertrag i. S. d. § 631 BGB zum Gegenstand hatte. Dafür könnte sprechen, dass die Kl. mit der Errichtung des Ausbauhauses die Bewirkung eines konkreten Erfolges versprochen hat. Das Versprechen ein bestimmtes Arbeitsergebnis gegen Vergütung für den Besteller herbeizuführen, ist charakteristisch für den Werkvertrag (Palandt/Sprau, vor § 631, Rz. 1). Andererseits könnte Schwerpunkt des Vertrags allerdings die Lieferung des Hauses bzw. der einzelnen Bauteile hierfür sein und die Montage desselben demgegenüber in den Hintergrund treten. Dieses könnte auf den Abschluss eines Kaufvertrages hindeuten.

[Anmerkung: Schuldet der Unternehmer die Lieferung einer von ihm herzustellenden oder zu erzeugenden beweglichen Sache, so liegt ein Werklieferungsvertrag vor, auf den gem. § 651 BGB grundsätzlich Kaufrecht anzuwenden ist. Angesichts der hier versprochenen Lieferung eines Hauses ist dieser Vertragstyp jedoch nicht ernsthaft in Betracht zu ziehen.]

Welcher Vertragstyp dem Willen der Vertragsparteien entspricht, ist in derartigen Zweifelsfällen durch Auslegung gem. §§ 133, 157 BGB zu ermitteln.
Hierzu der BGH:
"Rechtsfehlerfrei geht das BerGer. davon aus, dass die Parteien einen Werkvertrag geschlossen haben. Der Vertrag über die Lieferung und Errichtung des hier geschuldeten Ausbauhauses ist wie der Vertrag über die Errichtung eines Fertighauses (vgl. BGHZ 87, 112; BGH, BauR 1985, 79 = ZfBR 1985, 81) rechtlich als Werkvertrag im Sinne des § 631 BGB zu qualifizieren."

a. Ortsfeste und dauerhafte Erstellung eines Wohnhauses Vertragsziel
"Für die rechtliche Beurteilung der von der Kl. zu erbringenden Leistungen kommt es nicht darauf an, in welchem Umfang die Bekl. nach dem Vertrag hinsichtlich der Erstellung der Fundamentplatte und des Innenausbaus Eigenleistungen zu erbringen hatten. Entgegen der Ansicht der Bekl. ist ebenfalls nicht von Bedeutung, ob die Montage der Bauteile insgesamt nur wenig Zeit beanspruchte. Entscheidend für die rechtliche Einordnung des Vertrages ist, ob nach dem Vertrag die Pflicht zur Eigentumsübertragung zu montierender Einzelteile oder eine Herstellungspflicht im Vordergrund steht (vgl. BGHZ 87, 112 [117] und BGH, BauR 2004, 1152 [1153] = ZfBR 2004, 555). Nach dem Inhalt des Vertrags stellt die Errichtung des Ausbauhauses die für die Rechtsbeziehungen der Parteien wesentliche Vertragspflicht dar. Vertraglicher Zweck, der für die rechtliche Zuordnung von Grenzfällen bedeutsam sein kann (BGHZ 117, 121 [125]), war die dauerhafte und ortsfeste Herstellung eines Wohnhauses. Die Kl. schuldete den Bekl. neben bestimmten planerischen Leistungen die Lieferung und Errichtung eines sog. P.-Hauses, das den Rohbau einschließlich Dach und Dacheindeckung, den Fußbodenaufbau, den Einbau der Außentüren, Fenster und Treppen sowie bestimmte Installationsleistungen umfasste. Die Kl. war neben der Lieferung der in der Regel serienmäßig vorgefertigten Bauteile zur Errichtung eines Ausbauhauses verpflichtet, das hinsichtlich seiner Bauweise und der verwendeten Baustoffe bestimmten technischen Anforderungen genügen musste. An einer die Annahme eines Kaufvertrags nahelegenden Verpflichtung, Eigentum und Besitz an den Einzelteilen auf die Bekl. zu übertragen, fehlt es. Das Interesse der Bekl. war nicht auf die Übereignung der vorgefertigten Bauteile, sondern auf die Erstellung eines funktionsfähigen und zum Aus-bau geeigneten Wohngebäudes gerichtet. Die Lieferung der zur Herstellung erforderlichen Bauteile tritt in diesem Fall hinter die Verpflichtung zur Erstellung des Ausbauhauses als dem eigentlichen Vertragsziel zurück."

b. Abgrenzung zur bloßen Aufstellung eines standardisierten Mobilheims
"An dieser Beurteilung ändert nichts die Entscheidung des Senats vom 15. April 2004 (BauR 2004, 1152 = ZfBR 2004, 555), in der die Verpflichtung, ein standardisiertes und serienmäßig ausgestattetes Mobilheim zu liefern und auf vom Erwerber zu errichtende Fundamente zu stellen, nach Kaufvertragsrecht beurteilt wurde. Im Hinblick auf die serienmäßige Herstellung solcher Mobilheime stand dort die den Warenumsatz prägende Verpflichtung zur Übertragung von Eigentum und Besitz im Vordergrund. Der Verpflichtung zur Montage, die im wesentlichen darin bestand, das Mobilheim auf die vom Erwerber zu errichtenden Fundamente aufzusetzen, kam kein solches Gewicht zu, dass sie die Annahme eines Werkvertrags rechtfertigte (vgl. BGH, aaO., 1153)."

3. Zwischenergebnis
Ein Werkvertrag lag somit vor.

II. Kündigung der Bekl. gem. § 649 BGB
Der Anspruch aus § 631 I i. V. m. § 649 S. 2 BGB setzt weiter voraus, dass der Besteller von seiner Möglichkeit Gebrauch macht, den Werkvertrag nach § 649 S. 1 BGB bis zur Fertigstellung des Werkes zu kündigen. Es entsteht sodann ein Vergütungsanspruch des Unternehmers, der von vornherein auf die Differenz aus ursprünglich vereinbartem Werklohn und der infolge Vertragsbeendigung durch den Unternehmer ersparten Aufwendungen bzw. der durch anderweitigen Einsatz seiner Arbeitskraft erzielten oder böswillig nicht erzielten Erlöse gerichtet ist (Palandt/Sprau, § 649 Rz. 4; Münch.Komm.-BGB/Busche, § 649 Rz. 18). Die Berechnung dieses Anspruches ist durch die Kl. ordnungsgemäß vorgenommen worden. Allerdings ist fraglich, inwiefern seitens der Bekl. eine Kündigung des Werkvertrages gem. § 649 S. 1 BGB ausgesprochen wurde.

1. Ausdrückliche Erklärungen der Bekl.
Ausdrücklich haben die Bekl. mit Schreiben vom 17. und 28.11.2002 den Rücktritt vom Vertrag erklärt. Mit Schreiben vom 31.12.2002 haben sie ihn sodann widerrufen. Eine Kündigung gem. § 649 S. 1 BGB wurde dagegen nicht erklärt.

2. Umdeutung der Rücktrittserklärungen
Allerdings kann die Kündigung auch konkludent erklärt bzw. aus der Umdeutung einer Rücktrittserklärung entnommen werden. Letzteres ist insbesondere bei Bauverträgen dann möglich, wenn dies dem unzweifelhaften Willen des Bestellers entspricht, den Vertrag schnellstmöglich zu beenden (Palandt/Sprau, § 649 Rz. 2).
Die Bekl. haben durch zweifache Rücktrittserklärung unmissverständlich deutlich gemacht, sich schnellstmöglich vom Vertrag mit der Kl. lösen zu wollen. Da es an einem Rücktrittsgrund fehlte, blieb hierfür nur die Kündigung nach § 649 S. 1 BGB. Demzufolge kann jedenfalls das Schreiben vom 28.11.2002 als Kündigung i. S. d. § 649 S. 1 BGB herangezogen werden.

III. Fälligkeit
Der Anspruch müsste auch fällig sein. Der Werklohnanspruch aus § 631 I BGB wird nach § 641 I 1 BGB grundsätzlich erst nach Abnahme des Werkes durch den Besteller fällig.
Im Falle eines Anspruches aus § 631 I i. V. m. § 649 S. 2 BGB ist fraglich, ob hier zumindest die bis zur Kündigung erbrachten Werkleistung des Unternehmers durch den Besteller abgenommen sein müssen (dafür Münch.Komm.-BGB/Busche, § 649 Rz. 20; dagegen Palandt/Sprau, § 649 Rz. 3 f.; jew. m. w. N.).
Hier ist jedoch überhaupt nicht bekannt, inwiefern die Kl. seit Vertragsabschluss bis zur zeitnahen Kündigung durch die Bekl. gut zwei Wochen später überhaupt schon abnahmefähige Leistungen erbringen konnte bzw. erbracht hat. Von der Fälligkeit des Vergütungsanspruches ist daher auszugehen.

B. Anspruch erloschen
Der Vergütungsanspruch könnte jedoch erloschen sein. Mangels vorliegender Rücktrittsgründe kommt hier nur ein wirksamer Widerruf durch die Bekl. gem. § 355 I 1 BGB in Betracht. Einen solchen haben sie mit Schreiben vom 31.12.2002 erklärt. Dann müsste § 355 BGB aber auf den vorliegenden Vertrag auch anwendbar sein. Das Widerrufsrecht besteht nur kraft ausdrücklichen Verweises einer Verbrauchschutznorm auf § 355 BGB (Jauernig/Jauernig, § 355 Rz. 4).

I. Widerrufsrecht gem. §§ 505 I 1 Nr. 1, 355 BGB
Ein Widerrufsrecht der Bekl. könnte sich aus §§ 505 I 1 Nr. 1, 355 BGB ergeben. Dann müsste der geschlossene Vertrag die Lieferung mehrerer als zusammengehörend verkaufter Sachen in Teilleistungen zum Gegenstand haben und das Entgelt für die gesamte Lieferung in Teilzahlungen zu entrichten sein. Beispiele hierfür sind Sukzessivlieferungen etwa von mehrbändigen Lexika oder Buchreihen (vgl. Jauernig/Berger, § 505 Rz. 2). Fraglich ist, ob auch ein Werkvertrag über die Errichtung eines Hauses hierunter subsumierbar ist. Hierfür könnte insbesondere die zwischen den Parteien vereinbarte Aufteilung des Werklohnes in drei Teilzahlungen nach Grad der Fertigstellung des Hauses sprechen.
Hierzu jedoch der BGH:
"Ein Widerrufsrecht der Bekl. gemäß §§ 505 I 1 Nr. 1, 355 I BGB ist nicht gegeben. Die Vorschrift des § 505 I 1 Nr. 1 BGB findet auf Werkverträge, bei denen die Vergütung in Teilbeträgen zu ent-richten ist, grundsätzlich keine Anwendung. Die Vorschrift [...] ist [...] weder direkt noch entsprechend anwendbar."

1. Keine Verpflichtung der Kl. zu Teilleistungen
"§ 505 I 1 Nr. 1 BGB setzt nach seinem Wortlaut den Verkauf mehrerer zusammengehörender Sachen voraus, die in Teilleistungen geliefert werden. Entgegen der Auffassung des BerGer. schuldete die Kl. nicht abgrenzbare Einzelteile und daher keine Lieferung in Teilleistungen. Sie war zur Errichtung des Hauses unter Einsatz der gelieferten Materialien verpflichtet. Anders liegen die Fälle, in denen der Verkäufer Bausätze zu liefern hat, mit denen der Käufer selbst ein Wohnhaus errichtet (vgl. BGHZ 78, 375 f.)."

2. Historische Auslegung des § 505 I 1 Nr. 1 BGB
"Auch aus der Entstehungsgeschichte des § 505 I 1 Nr. 1 BGB ergibt sich, dass diese Vorschrift auf Werkverträge nicht anwendbar ist. Mit § 505 I 1 Nr. 1 BGB ist

die Regelung des § 2 Nr. 1 VerbrKrG, die der Vorschrift des § 1c Nr. 1 AbzG nachgebildet ist, ohne inhaltliche Änderung in das Bürgerliche Gesetzbuch übernommen worden (vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 258). Die Aufnahme der bisher im Verbraucherkreditgesetz enthaltenen Regelungen dient nach der Gesetzesbegründung der Integration der in verschiedenen Nebengesetzen enthaltenen Verbraucherschutzvorschriften; sie soll gewährleisten, dass das zivilrechtliche Verbraucherrecht an den Grundprinzipien des Bürgerlichen Gesetzbuchs ausgerichtet wird (BT-Drucks. 14/6040, S. 97). Eine inhaltliche Änderung gegenüber der bisher geltenden Rechtslage war dagegen nicht beabsichtigt (vgl. BT-Drucks. aaO., S. 258). Mit § 2 VerbrKrG sollte wiederum gewährleistet werden, dass der bestehende Verbraucherschutz in Form eines dem Käufer eingeräumten Widerrufsrechts nach §§ 1c, 1b AbzG beibehalten wird (vgl. BT-Drucks. 11/8274, S. 21). § 1c AbzG ist dahin ausgelegt worden, dass er auf Werkverträge über Fertighäuser nicht anzuwenden ist, bei denen das Entgelt in Teilbeträgen zu leisten war (vgl. BGH, BauR 1985, 79 [82] = ZfBR 1985, 81; BGHZ 87, 112 [116]). Anhaltspunkte dafür, dass mit der Aufnahme dieser Regelung in das Verbraucherkreditgesetz der Schutz des Verbrauchers auf Werkverträge erstreckt werden sollte, lassen sich weder dem Wortlaut noch der Gesetzesbegründung entnehmen."

3. Auch keine analoge Anwendung des § 505 I 1 Nr. 1 BGB

"Eine entsprechende Anwendung des § 505 I BGB auf Werkverträge kommt nicht in Betracht. Dagegen spricht bereits, dass in § 505 I 1 BGB im Einzelnen bezeichnete Vertragsarten aufgeführt sind (vgl. Staudinger/Kessal-Wulf (2004), § 505 Rz. 7). Eine analoge Anwendung des § 505 I 1 Nr. 1 BGB kann auch nicht damit gerechtfertigt werden, dass ein dem Zweck dieser Vorschrift entsprechendes Schutzinteresse des Verbrauchers vorhanden sei. Der Bundesgerichtshof hat eine analoge Anwendung des § 505 I 1 Nr. 2 BGB auf Verträge über Dienstleistungen mit laufenden Zahlungsverpflichtungen mit der Begründung abgelehnt, der Gesetzgeber habe mit § 505 BGB wie mit den Vorgängerregelungen in § 2 VerbrKrG und in § 1c AbzG gerade keinen allgemeinen Rechtsgrundsatz aufgestellt, dass einem Verbraucher bei langfristigen Verträgen mit laufenden Zahlungsverpflichtungen in jedem Fall ein Widerrufsrecht zustehe (vgl. BGH, NJW 2003, 1932 [1933] m. w. N.). Nichts anderes gilt für eine analoge Anwendung auf Werkverträge."

Es bestand daher kein Widerrufsrecht der Bekl. gem. §§ 505 I 1 Nr. 1, 355 BGB.

II. Widerrufsrecht gem. §§ 501 S. 1, 499 II, 495 I, 355 BGB

Ein Widerrufsrecht könnte aber aus §§ 501 S. 1, 499 II, 495 I, 355 BGB herzuleiten sein, wenn aufgrund der den Bekl. bewilligten Zahlung des Werklohns in drei Raten von einer entgeltlichen Finanzierungshilfe seitens der Kl. in Form eines Teilzahlungsgeschäfts ausgegangen werden kann. Allerdings handelte es sich bei der durch die Bekl. geschuldeten Zahlung um Werklohn, dessen Fälligkeit nach der gesetzlichen Regelung des § 641 I 1 BGB an und für sich ohnehin erst nach Abnahme des fertiggestellten Werkes fällig geworden wäre. Da die Ratenzahlungsvereinbarung für den Großteil des Werklohns frühere Zahlungstermine vorsah, dürfte es sich kaum um eine "Finanzierungshilfe" handeln können.

So auch der BGH:

"Die Bekl. waren ferner nicht gemäß §§ 501 S. 1, 499 II, 495 I, 355 I BGB berechtigt, ihre auf den Vertragsschluss gerichtete Willenserklärung zu widerrufen. Bei dem zwischen den Parteien geschlossenen Vertrag handelt es sich nicht um ein Teilzahlungsgeschäft im Sinne des § 499 II BGB. Teilzahlungsgeschäfte sind nach der Legaldefinition des § 499 II BGB Verträge, die die Lieferung einer bestimmten Sache oder die Erbringung einer bestimmten anderen Leistung gegen Teilzahlungen zum Gegenstand haben. Die Annahme eines Teilzahlungsgeschäfts setzt voraus, dass die Fälligkeit der vom Verbraucher geschuldeten Zahlung gegenüber dem gesetzlichen Fälligkeitszeitpunkt gegen Zahlung eines Entgelts hinausgeschoben wird, um dem Verbraucher die Zahlung des vereinbarten Preises zu erleichtern (vgl. Staudinger/Kessal-Wulf (2004), § 499 Rz. 1, 28; Münch.Komm.-BGB/Habersack, § 499 Rz. 37; Erman/Saenger, BGB, 11. Aufl. § 499 Rz. 4 f.; Bülow, Verbraucherkreditrecht, 5. Aufl., § 499 Rz. 19, 30). Die Parteien haben mit der Vereinbarung, die Vergütung in drei Teilbeträgen zu entrichten, Voraus- bzw. Abschlagszahlungen vereinbart. Hierdurch wird die nach § 641 I BGB mit der Abnahme eintretende Fälligkeit des Anspruchs auf Schlusszahlung nicht hinausgeschoben."

III. Zwischenergebnis

Der Vergütungsanspruch der Kl. ist demzufolge nicht kraft wirksamen Widerrufs der Bekl. erloschen.

C. Ergebnis

Da andere Erlöschensgründe oder Einreden der Bekl. nicht ersichtlich sind, hat die Kl. den geltend gemachten Vergütungsanspruch i. H. v. 12.929,79 €. Die Bekl. haften für diese Forderung mangels entgegenstehender Vereinbarung gem. § 427 BGB grundsätzlich als Gesamtschuldner.

[Anmerkungen:

I. Im tatsächlich entschiedenen Fall lag noch keine Entscheidungsreife vor, da dem BGH Feststellungen der Vorinstanzen zur Berechtigung des Rücktritts der Bekl. sowie zur ordnungsgemäßen Berechnung des

Vergütungsanspruches der Kl. fehlten, was für die klausurmäßige Bearbeitung des Falles aus Gründen der Vereinfachung vorgegeben wurde. Das angebebene Urteil führte dementsprechend nur zur Aufhebung des die Klage abweisenden Berufungsurteils und zur Zurückverweisung an das BerGer.
II. Eine Einrede der Bekl. wäre etwa gem. § 320 BGB im Falle bereits erbrachter Teilleistungen seitens der Kl. denkbar gewesen. Wurden diese mangelhaft erbracht - wobei die kündigungsbedingte Unvollständigkeit selbstverständlich nicht als Mangel herangezogen werden kann - hat der Besteller diesbezüglich auch die allgemeinen Mängelrecht, insbes. den im vertraglichen Synallagma zum Vergütungsanspruch stehenden Nacherfüllungsanspruch gem. §§ 634 Nr. 1, 635 BGB (Palandt/Sprau, § 649 Rz. 3).]

Standort: § 24 I StGB — Problem: Beendeter und unbeendeter Versuch

BGH, URTEIL VOM 10.11.2005
4 STR 337/05 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte hatte das Opfer über mehrere Stunden hinweg gequält und ihm zahlreiche Verletzungen beigebracht, insbesondere einen einen stark blutenden Schnitt in den Hals. Dann gelang es dem Opfer, die Wohnung zu verlassen und an einer anderen Wohnung zu klingeln. Der Angeklagte, der dem Opfer auf den Flur gefolgt war, ließ dieses dort liegen und ging fort. Das Opfer wurde durch den von den Nachbarn verständigten Notarzt gerettet. Das Landgericht Dortmund verurteilte des Angeklagten wegen gefährlicher Körperverletzung (§§ 223, 224 StGB), eine Strafbarkeit wegen versuchten Mordes (§§ 211, 22, 23 I StGB) lehnte es ab, da der Angeklagte jedenfalls strafbefreiend zurückgetreten sei. Der BGH bestätigte diese Entscheidung.

Prüfungsrelevanz:

Sowohl die im vorliegenden Fall zu prüfenden Körperverletzungs- und Tötungsdelikte als auch die vom BGH angesprochenen Voraussetzungen eines strafbefreienden Rücktritts stellen in beiden Examen Standardprobleme dar, bei denen auch die Detailkenntnis unerlässlich ist.

Im Rahmen des strafbefreienden Rücktritts vom Versuch gem. § 24 StGB ist beim Rücktritt des Alleintäters (§ 24 I StGB) zwischen unbeendetem und beendetem Versuch zu unterscheiden, da in beiden Fällen unterschiedliche Rücktrittsanforderungen gelten. Beim unbeendeten Versuch muss der Täter lediglich freiwillig die weitere Ausführung der Tat aufgeben (§ 24 I 1 1. Fall StGB), während er beim beendeten Versuch freiwillig die Vollendung verhindern muss (§ 24 I 1 2. Fall StGB) bzw. wenn die Tat ohne sein Zutun nicht vollendet wird, sich freiwillig und ernsthaft um die Vollendungsverhinderung bemühen muss (§ 24 I 2 StGB). Bei einem Versuch mit mehreren Beteiligten ist diese Differenzierung entbehrlich, da dort gem. § 24 II StGB stets dieselben Rücktrittsvoraussetzungen gelten.

Im Rahmen von § 24 I StGB wird von der ganz herrschenden Meinung ein beendeter Versuch angenommen, wenn der Täter glaubt, alles seinerseits Erforderliche zur Verwirklichung des Tatbestandes getan zu haben; unbeendet ist der Versuch, solange der Täter glaubt, dass zur Tatbestandsverwirklichung noch weitere Handlungen seinerseits erforderlich seien (BGH, StV 1982, 70; Tröndle/Fischer, § 24 Rn. 14 mwN). Im vorliegenden Fall erweitert bzw. präzisiert der BGH seine bisherige Rechtsprechung dahingehend, dass ein beendeter Versuch auch dann gegeben ist, wenn der Täter sich keine Vorstellungen über die Folgen seines Handelns macht (so bereits BGHSt 40, 304).

Vertiefungshinweise:

❑ Zur Abgrenzung von beendetem und unbeendetem Versuch: *BGH*St 40, 304; 48, 147; *BGH*, NStZ 1997, 485; 2003, 252; NJW 2000, 1730; *Brandt/Fett*, NstZ 1998, 507; *Freund*, NStZ 2004, 326; *Kudlich/Hannich*, StV 1998, 370

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs*: "Argentina"

Leitsatz (der Redaktion):

Ein unbeendeter Versuch ist dann gegeben, wenn der Täter nach der letzten Ausführungshandlung nicht mit dem Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolges rechnet und die Vollendung aus seiner Sicht noch möglich erscheint; ein beendeter Versuch liegt dagegen vor, wenn der Täter zu diesem Zeitpunkt in seiner subjektiven Vorstellung den Erfolgseintritt für möglich hält oder sich - namentlich nach besonders gefährlichen Gewaltanwendungen, die zu schweren Verletzungen geführt haben - keine Vorstellungen über die Folgen seines Handelns macht.

Sachverhalt:

A fügte der ihm flüchtig bekannten N nach gemeinsamem erheblichem Alkoholkonsum aus ungeklärter Motivation in deren Wohnung in der Zeit zwischen 12.30/13.00 Uhr und 20.00 Uhr vorsätzlich vielfältige

Verletzungen zu, wobei er unter anderem ein Messer und eine leere Weinbrandflasche einsetzte. N erlitt massiv blutende Kopfverletzungen und eine 9 cm lange Schnittwunde im oberen Halsbereich, die weit auseinanderklaffte und ebenfalls stark blutete; außerdem trug es durch stumpfe Gewaltanwendung einen Nasenbeinbruch und Prellungen im Augen- und Brustbereich davon. Während des gesamten Tatgeschehens verlor die N mehrfach das Bewusstsein.
Zu einem nicht näher bestimmbaren Zeitpunkt stellte A seine Übergriffe auf N ein. Schließlich erklärte er, er werde ihr nichts mehr tun, und forderte sie auf, ein Bad zu nehmen, was diese aus Angst vor ihm ablehnte. Gegen 20.00 Uhr gelang es N, aus der in einem Mehrfamilienhaus gelegenen Wohnung zu fliehen und an einer Wohnungstür zu klingeln; danach brach sie auf einem Treppenabsatz zusammen. A hatte mittlerweile die Flucht der N bemerkt und verließ an der am Boden Liegenden vorbeigehend das Haus. Nahezu zeitgleich sorgten Hausbewohner für ärztliche Hilfe, so dass N gerettet werden konnte.

Strafbarkeit des A?

[Bearbeitervermerk: §§ 221, 323 c StGB sind nicht zu prüfen.]

Lösung:

A. Strafbarkeit des A gem. §§ 211, 22, 23 I StGB
A könnte sich dadurch, dass er der N zahlreiche Verletzungen, insb. einen tiefen Schnitt in den Hals, zufügte, wegen versuchten Mordes gem. §§ 211, 22, 23 I StGB strafbar gemacht haben.

I. Vorprüfung
Da N nicht gestorben ist, ist die Tat nicht vollendet. Da es sich beim Mord gem. §§ 211 I, 21 I StGB um ein Verbrechen handelt, ist der Versuch auch strafbar (§ 23 I StGB).

II. Tatentschluss
A müsste Tatentschluss zur Begehung eines Mordes gehabt haben.
Der Tatentschluss beinhaltet den Vorsatz bzgl. der Verwirklichung aller objektiven Tatbestandsmerkmale sowie das Vorliegen der sonstigen subjektiven Tatbestandsmerkmale (Wessels/Beulke, AT, Rn. 596).

1. Bzgl. Tötung der N
A müsste zunächst Tatentschluss gehabt haben, die N zu töten.
Dass A den Tod der N für sicher hielt (direkter Vorsatz) oder gezielt handelte, um die N zu töten (Absicht), lässt dich dem Sachverhalt nicht entnehmen. Im Betracht kommt also allenfalls ein Eventualvorsatz bzgl. der Tötung der N. Ein solcher ist nach herrschender Meinung dann gegeben, wenn der Täter den Eintritt des tatbestandlichen Erfolges für möglich hält und ihn billigend in Kauf nimmt; ein Billigen in diesem Sinne liegt auch dann vor, wenn der Erfolg dem Täter eigentlich unerwünscht ist, er sich mit dessen Eintritt aber abfindet; anders ist es dann, wenn der Täter ernsthaft (und nicht nur vage) darauf vertraut, dass der Erfolg nicht eintritt (BGH, NStZ 1999, 507; Wessels/Beulke, AT, Rn. 219 ff.). Der Sachverhalt macht zu den Vorstellungen des A bzgl. des Todes der N keine konkreten Angaben. Bei äußerst gefährlichen Handlungen des Täters kann jedoch grundsätzlich vom Vorliegen eines (Eventual-) Vorsatzes des Täters auch bzgl. des Todes des Opfers ausgegangen werden (BGH NStZ 2001, 475, 476; BGH, Urteil vom 13.12.2005, Az.: 1 StR 410/05 (in diesem Heft)). Bei einem tiefen, stark blutenden Schnitt in den Hals des Opfers wie ihn A der N im vorliegenden Fall zufügt, liegt eine "äußerst" gefährliche Handlung in diesem Sinne vor, so dass die Annahme eines Vorsatzes bzw. Tatentschlusses des A bzgl. der Tötung der N eine angemessene Wertung des Sachverhaltes darstellt.
So sieht es auch der BGH im vorliegenden Fall: "[...] die Frage des (bedingten) Tötungsvorsatzes, der bei einer so gefährlichen Gewalthandlung, wie sie ein Schnitt in den Hals darstellt, allerdings nahe liegt (vgl. BGHR StGB § 212 Abs. 1 Vorsatz, bedingter 42), [...]"

2. Bzgl. Grausamkeit
A könnte weiter Tatentschluss gehabt haben, die N grausam zu töten.
Eine Tötung ist dann grausam i.S.v. § 211 StGB, wenn der Täter seinem Opfer in gefühlloser, unbarmherziger Gesinnung körperliche oder seelische Schmerzen oder Qualen zufügt, die nach Stärke oder Dauer über das für die Tötung erforderliche Maß hinausgehen (BGH, StV 1997, 565; LK-Jähnke, § 211 Rn. 53 mwN).
A wollte hier den Tod der N durch eine Vielzahl kleinerer Verletzungen herbeiführen; er wollte N erst eine erhebliche Zeit (etwa 7 Stunden!) lang quälen, bevor er ihr eine tödliche Verletzung zufügte. Und die Schnittverletzung im Hals, die nach der Vorstellung des A den Tod herbeiführen würde, wäre auch nicht geeignet, einen schnellen Tod zu verursachen, sondern würde dazu führen, dass N langsam verblutet. Jeder einzelne dieser Umstände - Folterungen vor der Herbeiführung des Todes (vgl. BGH, StV 1984, 509), Zufügung einer Vielzahl kleiner Verletzungen (vgl. BGH, NStZ/A 1998, 344; Frister, StV 1989, 344) und Wahl einer langsam wirkenden Todesart (vgl. Tröndle/Fischer, § 211 Rn. 23) - reicht aus, um eine grausame Tötung anzunehmen, so dass im vorliegenden Fall, in dem A sich alle drei Faktoren kumulativ vorstellte, eine grausame Tötung jedenfalls gegeben wäre. Da A auch aus einer gefühllosen, unbarmherzigen Gesinnung heraus vorging, hatte er Tatentschluss bzgl.

einer grausamen Tötung der N.

3. Mordlust; Niedrige Beweggründe
Denkbar wäre auch, dass A eines der subjektiven Mordmerkmale vewirklichte, insb. aus Mordlust oder aus niedrigen Beweggründen handelte.
Da der Sachverhalt jedoch keine Angaben zu den Motiven des A macht, ist nach dem Grundsatz "in dubio pro reo" davon auszugehen, dass die Beweggründe des A nicht die Voraussetzungen eines - subjektiven - Mordmerkmals erfüllen.

A hatte dennoch Tatentschluss zur Begehung eines Mordes.

III. Unmittelbares Ansetzen (§ 22 StGB)
A müsste auch gem. § 22 StGB unmittelbar zur Verwirklichung des Tatbestandes angesetzt haben.
Nach der ganz herrschenden gemischt subjektiv-objektiven Theorie setzt der Täter dann unmittelbar an, wenn er die Schwelle zum "jetzt geht es los" überschreitet, was der Fall ist, wenn er Handlungen vornimmt, die nach seinem Tatplan so eng mit der tatbestandlichen Ausführungshandlung verknüpft sind, dass sie bei ungestörtem Fortgang ohne wesentliche Zwischenschritte unmittelbar in die Tatbestandsverwirklichung einmünden sollen, so dass aus Tätersicht das geschützte Rechtsgut bereits konkret gefährdet erscheint (BGH, NStZ 1997, 83; Wessels/Beulke, AT, Rn. 601).
Spätestens nachdem A der N den tiefen Schnitt in den Hals zugefügt hatte, an dem sie verblutet wäre, waren aus seiner Sicht keine wesentlichen Zwischenschritte mehr erforderlich, um den Tod der N herbeizuführen, so dass er auch unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung angesetzt hat.

IV. Rechtswidrigkeit und Schuld
A handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

V. Rücktritt (§ 24 StGB)
A könnte jedoch gem. § 24 StGB strafbefreiend zurückgetreten sein.

1. Kein fehlgeschlagener Versuch
Ein Rücktritt ist nach herrschender Meinung ausgeschlossen, wenn der Versuch fehlgeschlagen ist; ein Fehlschlag in diesem Sinne liegt vor, wenn der Täter erkannt hat, dass er mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln den tatbestandlichen Erfolg gar nicht mehr oder jedenfalls nicht ohne erhebliche zeitliche Zäsur herbeiführen kann (BGH, StV 1999, 596; Schönke/Schröder-Eser, § 24 Rn. 7 mwN).
Auch nachdem N die Wohnung verlassen und an der Nachbartür geklingelt hatte, hätte A den Mord immer noch vollenden können, indem er einen erneuten Angriff auf die N unternahm, diese zum Beispiel mit dem Messer noch einmal verletzte oder die Treppe hinunterwarf. Es ist davon auszugehen, dass A sich dessen auch bewusst war, sodass der Versuch nicht fehlgeschlagen ist.

2. Beendeter oder unbeendeter Versuch
Beim Rücktritt, der sich nach § 24 I StGB richtet, was im vorliegenden Fall deshalb so ist, da es neben A keine weiteren Beteiligten mehr gibt, ist zwischen unbeendetem und beendetem Versuch zu differenzieren, da für diese unterschiedliche Rücktrittsanforderungen gelten (§ 24 I 1 1. Fall StGB für den unbeendeten Versuch und § 24 I 1 2. Fall, I 2 StGB für den beendeten Versuch).
Hierzu der BGH: "Die Erwägungen, auf Grund derer das Landgericht von einem unbeendeten Versuch ausgegangen ist, von dem der Angeklagte durch bloßes Unterlassen weiterer Tathandlungen zurücktreten konnte, weisen letztlich keinen Rechtsfehler auf. Ein unbeendeter Versuch ist nach ständiger Rechtsprechung dann gegeben, wenn der Täter nach der letzten Ausführungshandlung nicht mit dem Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolges rechnet und die Vollendung aus seiner Sicht noch möglich erscheint (vgl. BGHSt 39, 221, 227 m.w.N.; BGHR StGB § 24 Abs. 1 Satz 1 Versuch, unbeendeter 31); ein beendeter Versuch liegt dagegen vor, wenn der Täter zu diesem Zeitpunkt in seiner subjektiven Vorstellung den Erfolgseintritt für möglich hält (vgl. BGHSt aaO; 31, 170, 171) oder sich - namentlich nach besonders gefährlichen Gewaltanwendungen, die zu schweren Verletzungen geführt haben - keine Vorstellungen über die Folgen seines Handelns macht (vgl. BGHSt 40, 304 f.).
Das Landgericht hat sich nicht davon überzeugen können, dass der Angeklagte zu dem Zeitpunkt, als er die Gewalthandlungen einstellte und der Nebenklägerin erklärte, er werde ihr nichts mehr tun, davon ausgegangen ist, sie werde ohnehin an den ihr zugefügten Verletzungen sterben. Es hat dabei berücksichtigt, dass diese Verletzungen nicht so schwerwiegend waren, dass sie unverzüglich oder innerhalb kürzester Frist zum Tode führen mussten, sondern dass die konkrete Gefahr des Todes erst durch den kontinuierlichen Blutverlust eingetreten ist. In diesem Zusammenhang ist auch von Bedeutung, dass das Landgericht nicht festzustellen vermochte, zu welchem Zeitpunkt innerhalb des insgesamt etwa siebenstündigen Aufenthalts in der Tatwohnung die einzelnen Verletzungshandlungen vorgenommen wurden. Es hat, wenngleich an anderer Stelle des Urteils, zu Gunsten des Angeklagten nicht ausgeschlossen, dass dieser seinem Opfer alle schweren Verletzungen bereits in der Anfangsphase zugefügt hat. Hiervon ausgehend hätte der Angeklagte bereits zu einem Zeitpunkt von weiteren Verletzungshandlungen abgesehen, zu dem die Auswirkungen seiner Tat für ihn als medizinischem Laien möglicherweise noch nicht erkennbar waren, weil der lebensgefähr-

liche Blutverlust erst allmählich eintrat. Schließlich kann zwar die Tatsache, dass der Angeklagte sich beim Verlassen des Wohnhauses nicht um das erneut zusammengebrochene Opfer kümmerte, auf eine gewisse Gleichgültigkeit diesem gegenüber hindeuten; den Schluss, er habe sich auch bei und nach Einstellung der Tätlichkeiten aus Gleichgültigkeit keine Vorstellungen über die - möglicherweise tödlichen - Folgen seines vorangegangenen Tuns gemacht, musste das Gericht entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin daraus allerdings nicht ziehen.
Die Annahme eines [unbeendeten Versuchs] beruht somit auf einer rechtsfehlerfreien Würdigung des festgestellten Sachverhalts durch das Tatgericht.
Diese ist vom Revisionsgericht hinzunehmen, auch wenn eine andere Würdigung möglich gewesen wäre oder sogar näher gelegen hätte."
Es handelt sich also im vorliegenden Fall um einen unbeendeten Versuch.

3. Rücktrittsanforderungen (§ 24 I 1 1. Fall StGB)
A müsste bei dem hier einschlägigen Rücktritt gem. § 24 I 1 1. Fall StGB die weitere Tatausführung freiwillig aufgegeben haben.
A hat keine weiteren Angriffe auf die N unternommen und somit die weitere Tatausführung aufgegeben. A müsste auch insofern freiwillig gehandelt haben. Freiwillig i.S.v. § 24 I StGB ist ein Rücktrittsverhalten dann, wenn es nicht durch zwingende Hinderungsgründe veranlasst wird, sondern der eigenen autonomen Entscheidung des Täters entspringt (BGHSt 7, 296; Wessels/Beulke, AT, Rn. 651); ein sittlich hochwertiges Motiv ist insofern nicht erforderlich (BGHSt 35, 184). Zu den Gründen des A, keine weiteren Anhgriffe auf N auszuführen, gibt es keinen Angaben. Ein äußerer Zwang oder ein anderes unüberwindbares Hindernis für eine Fortführung der Tat sind jedoch nicht ersichtlich, sodass davon auszugehen ist, dass A aus autonomen Motiven und somit freiwillig gehandelt hat. A ist also gem. § 24 I 1 1. Fall StGB strafbefreiend zurückgetreten.

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

B. Strafbarkeit des A gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 2, 5 StGB
A könnte sich jedoch dadurch, dass er der N unter Verwendung eines Messers und einer Branntweinflasche zahlreiche Verletzungen zufügte, wegen gefährlicher Körperverletzung gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 2, 5 StGB strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

1. Grunddelikt: § 223 I StGB
A müsste zunächst den Tatbestand des Grunddelikts, der Körperverletzung (§ 223 I StGB), erfüllt haben. Dazu müsste A die N körperlich misshandelt und/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; Tröndle/Fischer, § 223 Rn. 6).
Die Schläge, die A - auch unter Verwendung der Branntweinflasche - der N zugefügt hat, sowie der Schnitt mit dem Messer stellen üble, unangemessene Behandlungen dar, durch die das Wohlbefinden und die körperliche Integrität der N erheblich beeinträchtigt wurden. Die zahlreichen blutenden Kopfverletzungen und Prellungen, das gebrochene Nasenbein und die Schnittverletzung am Hals stellen pathologische Zustände dar, die A hervorgerufen hat. A hat die N also sowohl körperlich misshandelt als auch an der Gesundheit geschädigt.

2. Qualifikation: § 224 I StGB

a. § 224 I Nr. 2 StGB
A könnte mit der Branntweinflasche und dem Messer gefährliche Werkzeuge verwendet haben.
Ein gefährliches Werkzeug i.S.v. § 224 I Nr. 2 StGB ist jeder (bewegliche) Gegenstand, der nach seiner objektiven Beschaffenheit und der Art seiner konkreten Verwendung im Einzelfall dazu geeignet ist, erhebliche Körperverletzungen zuzufügen (BGH, NStZ 1999, 616; Tröndle/Fischer, § 224 Rn. 9 mwN).
Sowohl eine leere Branntweinflasche, die als Schlagwerkzeug eingesetzt wird, gerade wenn sich die Schläge gegen den Kopf des Opfers richten, als auch ein Messer, das dazu benutzt wird, dem Opfer Schnittwunden am Hals zuzufügen, sind nach ihrer Beschaffenheit und konkreten Verwendung dazu geeignet, erhebliche Verletzungen zuzufügen. A hat also gefährliche Werkzeuge bei der Tat verwendet.

b. § 224 I Nr. 5 StGB
Die Misshandlungen des A könnten auch eine lebensgefährdende Behandlung darstellen.
Zwar ist i.R.v. § 224 I Nr. 5 StGB streitig, ob die Handlung nur abstrakt geeignet sein muss, das Leben des Opfers zu gefährden (so die herrschende Meinung, vgl. BGH NStZ-RR 1997, 7; Frisch, JuS 1990, 365 mwN), oder ob eine konkrete Lebensgefährdung erforderlich ist (so Schröder, JZ 1967, 522). Dies kann jedoch im vorliegenden Fall dahinstehen, da die N an den ihr beigebrachten Verletzungen gestorben wäre, wenn nicht die Nachbarn einen Arzt verständigt hätten, so dass sogar eine konkrete Lebensgefahr und damit nach allen Meinungen eine lebensgefährdende Be-

handlung i.S.v. § 224 I Nr. 5 StGB gegeben ist.

3. Vorsatz
A handelte sowohl bzgl. der Verwirklichung des Grunddelikts als auch bzgl. der qualifizierenden Umstände vorsätzlich.

II. Rechtswidrigkeit und Schuld
A handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

III. Ergebnis
A ist strafbar gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 2, 5 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.

Literaturauswertung

Öffentliches Recht

Autor/Titel:	Wiefelspütz, Dieter: "Bundeswehr und innere Sicherheit"
Fundstelle:	NWVBl 2006, 41 (Heft 2)
Inhalt:	Spätestens seit Verkündung des Urteils zu § 14 III Luftsicherheitsgesetz (als Urteil in Fallstruktur in diesem Heft) gibt es kein aktuelleres öffentlich-rechtlicheres Thema mehr als den Einsatz der Bundeswehr innerhalb der Bundesrepublik Deutschland. Der Autor geht dem verfassungsrechtlichen status quo nach, stellt fest, dass die gegenwärtigen Rahmenbedingungen unzureichend sind und fordert eine Verfassungsänderung.

Autor/Titel:	Nolte, Martin / Tams, Christian: "Grundfälle zu Art. 12 GG"
Fundstelle:	JuS 2006, 31 (Heft 1)
Inhalt:	Der Beitrag ist auf drei Teile angelegt. In diesem ersten Teil werden Schutzbereich und Eingriffsdogmatik des Grundrechts auf Berufsfreiheit behandelt. Die Autoren gehen von anschaulichen Beispielsfällen aus und erläutern anhand derselben das examensrelevante Wissen. Es handelt sich weniger um eine wissenschaftliche Abhandlung als vielmehr um einen reinen Lernbeitrag.

Zivilrecht

Autor/Titel:	Flume, Johannes W.: "Der verdrossene Familienvater - Das Problem der Selbstvornahme in der gutachtlichen Fallprüfung"
Fundstelle:	JURA 2006, 86 (Heft 2)
Inhalt:	In diesem Aufsatz wird ein kurzer Fall zu der jüngst in den Focus von Rechtsprechung und Literatur gerückten Problematik der eigenmächtigen Mangelbeseitigung durch den Käufer (vgl. zuletzt *BGH*, RA 2005, 583 mit zahlreichen Vertiefungshinweisen) gutachterlich gelöst. Der Autor leistet sich zwar die eine oder andere Ungenauigkeit, indem er etwa die Rechtsgrundlage für ein Minderungsrecht unter Ausschluss des § 323 BGB zitiert oder Schadensersatzansprüche "aus §§ 437 Nr. 3, 280 ff." erörtert, wo es doch eindeutig um den (kleinen) Schadensersatz statt der Leistung gehen müsste. Gleichwohl liefert der Aufsatz einen guten Überblick und behandelt das in der Literatur zum Teil hitzig diskutierte Problem eines Anspruches auf Ersatz der vom Käufer getätigten oder zumindest der seitens des Verkäufers ersparten Aufwendungen für die Mangelbeseitigung wohltuend unaufgeregt.

Autor/Titel:	Thüsing, Gregor / Wege, Donat : "Der Abfindungsanspruch des § 1 a KSchG"
Fundstelle:	JuS 2006, 97 (Heft 2)
Inhalt:	Die Lektüre dieser ausführlichen Erörterung verschiedenster Rechtsprobleme im Zusammenhang mit dem zum 01.01.2004 in Kraft getretenen § 1 a KSchG sei nicht nur Examenskandidaten mit dem Wahlfach /Schwerpunkt Arbeitsrecht empfohlen. Einerseits dürfte der Abfindungsanspruch nach betriebsbedingter Kündigung, die nicht mittels Kündigungsschutzklage angegriffen wurde, bereits zu den Grundzügen des Arbeitsrechts gehören, andererseits streifen die Autoren etwa bei ihren Überlegungen zur rechtsdogmatischen Einordnung des Abfindungsanspruches interessante Probleme des allgemeinen Zivilrechts (Bedeutung des Schweigens im Rechtsverkehr, Tatbestandsvoraussetzungen einer Willenserklärung, Widerruf nach § 130 I 2 BGB, etc.).

Autor/Titel:	Kocher, Eva: "Anfechtung bei falscher Kaufpreisauszeichnung im Internet"
Fundstelle:	JA 2006, 144 (Heft 2)
Inhalt:	Dieser Beitrag befasst sich mit einer BGH-Entscheidung zu folgendem interessanten Fall: Die Kl. befasst sich mit dem Vertrieb von Computern im Internet. Ihr Sachbearbeiter hatte in die betriebene Datenbank für das anzubietende Notebook den richtigen Verkaufspreis von 2.650,- € eingegeben. Bei der elektronischen Weiterleitung dieser Daten auf die für den Kaufinteressenten sichtbare Internetseite wurden aufgrund eines Softwarefehlers hieraus 245,- €. Zu diesem Preis hatte der Bekl. gekauft und das Notebook geliefert bekommen. Er sah sich nun dem Rückübereignungsverlangen der Kl. nach erfolgter Anfechtung gem. § 119 I Fall 2 BGB ausgesetzt. Die Autorin legt sehr gut verständlich die Gründe des BGH dar, diesem Begehren stattzugeben (falsche EDV-gesteuerte Weiterleitung der Daten bei Erstellung einer invitatio ad offerendum wirkt fort bis zum Zeitpunkt der Abgabe der Vertragserklärung) und beleuchtet auch noch einige interessante Nebenaspekte, wie etwa die Frage, inwieweit der Bekl. oder zumindest sein Rechtsanwalt mit diesem Ergebnis hätten rechnen müssen.

Strafrecht

Autor/Titel:	Kusch, Roger: "Tabu Sterbehilfe"
Fundstelle:	NJW 2006, 261 (Heft 5)
Inhalt:	Der Verfasser stellt drei Fallgruppen vor, in denen er ein strafbares Verhalten bei Tötung eines Sterbewilligen, wie es der BGH entsprechend seiner gegenwärtigen Rechtsprechung aber annehmen würde, für unbillig hält. Er schlägt vor, einen § 217 StPO (Sterbehilfe) einzuführen, der die Strafbarkeit gem. § 216 StGB beschränken würde und insb. die von ihm geschilderten Fallgruppen lösen könnte. Interessanter wären allerdings Vorschläge gewesen, diese Grenzfälle anhand der gegenwärtigen Gesetzeslage zu lösen.

Autor/Titel:	Duttgem Gunnar: "Strafrechtliche Rätsel - Zur Bedeutung der Rechtsgutslehre für Einwilligung und Gesetzeskonkurrenz"
Fundstelle:	Jura 2006, 15 (Heft 1)
Inhalt:	Welches Rechtsgut wird durch einen bestimmten Tatbestand geschützt? Die Beantwortung dieser Frage spielt nicht nur eine Rolle für die Möglichkeit einer rechtfertigenden Einwilligung (die ja nur zulässig ist, wenn das betreffende Delikt ein "disponibles Rechtsgut" schützt), sondern kann auch auf Konkurrenzebene Relevanz erlangen. Der Verfasser greift sich bestimmte Deliktsgruppen (die Brandstiftungs-, Urkunds- und Amtsdelikte) heraus und stellt anhand dieser anschaulich dar, dass die Feststellung des jeweils geschützten Rechtsguts nicht immer so einfach ist wie sie auf den ersten Blick erscheint und dass tatsächlich Diskrepanzen bei der jeweiligen Berücksichtigung auf Rechtswidrigkeits- und Konkurrenzebene auftreten können. Sehr schön anregend zu vertiefenden eigenen Überlegungen.

Autor/Titel:	Geppert, Klaus: Die Nötigung (§ 240 StGB)
Fundstelle:	Jura 2006, 31 (Heft 1)
Inhalt:	Sehr schöner Aufsatz, der - fast kommentarhaft - alle wesentlichen Probleme des § 240 StGB im Rahmen eines detaillierten Prüfungsschemas anspricht und die wesentlichen Auffassungen nebst Argumenten und Konsequenzen aufzeigt. Hervorragend zur Nacharbeit, Wiederholung oder Erarbeitung dieses durchaus examensrelevanten Tatbestandes geeignet.